

**Универзитет у Нишу
Правни факултет**

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

Тематски број – Изградња правног система Републике Србије

Ниш, 2007

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
Тематски број - Изградња правног система Републике Србије

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. Др Мирољуб Симић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Милан Петровић

Чланови редакционог одбора из земље

Проф. др Милан Петровић

Проф. др Предраг Димитријевић

Проф. др Миомира Костић

Проф. др Драган Николић

Проф. др Љубица Николић

Мр Мира Симовић

Чланови редакционог одбора из иностранства

Проф. др Владимир Андреицев, декан Правног факултета Универзитета Тарас Шевченко, Кијев, Украјина

Prof. dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија

Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног факултета Јустинијан први Скопље, Македонија

Проф. др Анатолиј Капустин, професор Универзитета Дружба народов, Москва, Русија

Prof. dr Isabel S. Marcus, професор Правног факултета Универзитета Бафалоа, Бафало, САД

Академик Игор Г. Побирченко, председник Међународног суда трговинске арбитраже при Привредној и индустријској комори Украјине

Проф. др Александер Воденичаров, декан Факултета права и историје Неофит Рилски, Благоевград, Бугарска

Секретар Редакционог одбора: др Дејан Јанићијевић

Преводи: Гордана Игњатовић

Технички уредник: Бранко Стевановић

Штампа: „Графика Галек“

Тираж: 150

САДРЖАЈ

Prof. Maria Eder, LL.D
Associate Professor
University of Salzburg, Austria
COMPENSATION CLAIMS
FOR IMPRISONMENT ON REMAND9

Митина Светлана Игоревна,
Кандидат исторических наук, доцент кафедры теории и истории
государства и права, юридического факультета, Новгородского
государственного университета имени Ярослава Мудрого
РОЛЬ ПРИНЦИПА БАЛАНСА СИЛ В РЕГУЛИРОВАНИИ
МЕЖГОСУДАРСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ ЭПОХИ
ЭЛЛИНИЗМА21

Irina Sferdian, PhD
Senior Lecturer (Associate Professor),
Faculty of Law, the West University, Timișoara
THE ABSOLUTISM OF THE PROPERTY RIGHT33

Dr. sc. Dragan Bolanča
redoviti profesor Pravnog fakulteta u Splitu
prorektor Sveučilišta u Splitu
PRAVNA I FUNKCIONALNA INTEGRACIJA SVEUČILIŠTA U
REPUBLICI HRVATSKOJ45

Др Боса Ненадић,
судија Уставног суда Србије
ОСОБЕНОСТИ КОНТРОЛЕ УСТАВНОСТИ ЗАКОНА У
РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ.....59

Проф. др Слободанка Стојичић, редовни професор Правни факултет, Универзитет у Нишу ЕЛЕМЕНТИ УСТАВНОГ КАРАКТЕРА У ОРГАНСКИМ ЗАКОНИМА ИЗ 1870. ГОДИНЕ.....	89
Проф. др Гордана Станковић, редовни професор Правни факултет, Универзитет у Нишу МЕЃУПРЕСУДА.....	117
Проф. др Милева Анђелковић, ванредни професор Правни факултет, Универзитет у Нишу РЕФОРМА БУЏЕТСКОГ СИСТЕМА СРБИЈЕ.....	129
Др Владимир Серјевић, редовни професор Правни факултет, Универзитет у Нишу Вања Серјевић, судијски помоћник Трговинског суда у Нишу ЗАШТИТА ЕКОНОМСКИХ ИНТЕРЕСА ПОТРОШАЧА - ХАРМОНИЗАЦИЈА ПРОПИСА СА ПРАВОМ ЕУ.....	143
Проф. др Предраг Димитријевић, редовни професор Правни факултет, Универзитет у Нишу ПРОБЛЕМИ У ФУНКЦИОНИСАЊУ ЛОКАЛНОГ ОМБУДСМАНА.....	159
Снежана Бркић, ванредни професор Правног факултета у Новом Саду ПУТЕВИ И СТРАНПУТИЦЕ КРИВИЧНОПРОЦЕСНОГ ЗАКОНОДАВСТВА СРБИЈЕ.....	177

Проф. др Драган Јовашевић, ванредни професор Правни факултет, Универзитет у Нишу Проф. др Борислав Петровић Правни факултет у Сарајеву	185
КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ ПРАВНИХ ЛИЦА У САВРЕМЕНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ.....	185
Др Ирена Пејић, ванредни професор Правни факултет, Универзитет у Нишу УСТАВНОСУДСКА КОНТРОЛА И НАДЛЕЖНОСТИ УСТАВНОГ СУДА: УСТАВ СРБИЈЕ 2006.....	210
Tanja Karakamisheva, PhD Associate Professor on the Constitutional Law and Political System Law Faculty “Justinianus Primus” – Skopje, Republic of Macedonia EUROPEAN CONSTITUTION – DILEMMA’S AND PERSPECTIVES.....	225
Проф. др Наташа Стојановић, ванредни професор Правни факултет, Универзитет у Нишу ВАНРЕДНИ ПРАВНИ ЛЕКОВИ У ПОСТУПКУ ЗА РАСПРАВЉАЊЕ ЗАОСТАВШИНЕ У ФУНКЦИЈИ ОСТВАРИВАЊА ПРАВА НА ПРАВНИ ЛЕК	237
Доц. др Небојша Ранђеловић Правни факултет у Нишу СУДСТВО У СРПСКИМ УСТАВИМА	261

Доц. др Видоје Спасић,
Правни факултет, Универзитет у Нишу
ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПОТРОШАЧА У УСЛОВИМА
ЕЛЕКТРОНСКЕ ТРГОВИНЕ271

Ас. др Марина Димитријевић
Правни факултет, Универзитет у Нишу
ПОРЕСКИ ПОСТУПАК У НАШЕМ ПРАВУ291

Мр Драгана Ђорић, асистент
Правни факултет у Новом Саду
(СТВАРНА) ПРИМЕНА ПРАВА КАО ИМПЕРАТИВ САВРЕМЕНЕ
ДРЖАВЕ (СА ОСВРТОМ НА ТРАНЗИЦИОНЕ ПРОЦЕСЕ У
СРБИЈИ)303

Мр Марко Трајковић
Правни факултет, Универзитет у Нишу
ПРИХВАТАЊЕ И ПРИМЕНА ЖЕНСКЕ ЕТИКЕ КАО БИТАН
ЕЛЕМЕНТ ИЗГРАДЊЕ ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ
СРБИЈЕ313

Ивана Симоновић
Правни факултет Универзитета у Нишу
АЛТЕРНАТИВНО РЕШАВАЊЕ СПОРОВА У ДОМЕНУ
ГРАЂАНСКОПРАВНИХ ОДНОСА
– ИСКУСТВА СЛОВЕНИЈЕ, ХРВАТСКЕ
И БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ325

Новак Крстић
Правни факултет, Универзитет у Нишу
ВАНРЕДНА ПРАВНА СРЕДСТВА SUI GENERIS ПРОТИВ
ПРАВНОСНАЖНОГ РЕШЕЊА О НАСЛЕЂИВАЊУ341

Сања Марјановић
Правни факултет, Универзитет у Нишу
О УСКЛАЂЕНОСТИ ДОМАЋЕГ МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ
ПРАВА СА ТЕНДЕНЦИЈАМА КОМУНИТАРНОГ ПРАВА
У МАТЕРИЈИ МЕРОДАВНОГ ПРАВА
ЗА НАСЛЕДНЕ ОДНОСЕ363

БИБЛИОГРАФИЈА МОНОГРАФСКИХ И СЕРИЈСКИХ
ПУБЛИКАЦИЈА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ391

Prof. Maria Eder, LL.D
Associate Professor
University of Salzburg, Austria

UDK: 341.1:347.426.4](436)

COMPENSATION CLAIMS FOR IMPRISONMENT ON REMAND

Summary

According to the Austrian Compensation (Criminal Proceeding) Act 2005, which came into force on the 1st January 2005, the compensation for illegal acts performed by legal institutions is widened and the proceeding is improved and simplified. After the Court of Human Rights declared that the old law violated Art 6 European Convention, this new Act meets the requirements of this Convention and also includes the compensation for non-pecuniary damages. Exclusions and limitations of the compensation are reduced, too.

Key Words: Claim for compensation, compensation procedure, European Court on Human Rights, illegal or unjustified detention, lack of public hearing, presumption of innocence, pecuniary and non-pecuniary damages.

The new Austrian Compensation (Criminal Proceeding) Act 2005 is an example to what extent the national legislation was influenced by decisions of the European Court on Human Rights. Violations of Article 6 of the European Convention by Austrian Compensation (Criminal Proceeding) Act 1969 concerning the lack of public hearing and the public delivery of decisions and the presumption of innocence led to a completely new Austrian Compensation (Criminal Proceeding) Act 2005, that came into force on the 1st January 2005. This act meets the requirements of the European Convention and widens the measure of compensation for illegal detention done by legal institutions, including also compensation of non-pecuniary damages. The whole procedure is ameliorated and accelerated. The new compensation procedure beginning with the request at the Financial Authorities can be followed by a proceeding at the Civil Courts, which makes it easier for the injured person to get a just compensation. In case of financial difficulties even an advocate free of charge can be granted.

A. Violation of Article 6 of the European Convention on Human Rights

The Austrian Compensation (Criminal Proceedings) Act 1969, BGBl 1969/270, which provided the right to compensation under section 2 § 1

(a) especially for any detention on remand, where this detention was applied illegally („illegal detention“) or

(b) where the injured party has been placed in detention or remanded in custody by a domestic court on suspicion of having committed an offence making him liable to criminal prosecution in Austria...and is subsequently acquitted of the alleged offence or otherwise freed from prosecution and the suspicion that he committed the offence has been dispelled or prosecution is excluded on other grounds, in so far as these grounds existed when he was arrested... (“unjustified detention”) or

(c) where the injured person was convicted and after a resumption...acquitted or otherwise freed from prosecution or newly convicted to a milder punishment...” (“case of resumption”).

The illegal detention can be a violation of Article 5 § 5 of the European Convention on Human Rights or Article 7 of the Austrian Federal Convention for the Protection of Personal Freedom 1988 and in these cases of violation the compensation for pecuniary and non-pecuniary damages is granted. In the case of unjustified detention or resumption the court which acquitted the person had to decide also about the compensation claim. This decision – as a part of the proceeding – need not be made public. It has to be handed over to the detained or convicted person personally.

The cases of Szücs and Werner (1997), Asam Rushiti (2000) and Lamanna (2001) were brought to the European Court on Human Rights (ECHR) complaining that the Compensation Act 1969 violates Article 6 of the European Convention on Human Rights, which under Austrian law has the force of constitutional law, precisely the lack of public hearing and the public delivery (Article 6 § 1) and the principle of presumption of innocence (Article 6 § 2) .

1. Violation of Article 6 § 1: Lack of public hearing and public delivery

According to the European Court on Human Rights (ECHR) the Austrian Compensation (Criminal Proceedings) Act 1969 violated Art 6 of the European Convention: In the Lamanna, Rushiti, Szücs and Werner Cases the applicants complained about the lack of a public hearing and the lack of any public pronouncement of the decisions in the proceedings relating to their compensation claim for detention on remand.

They relied on Art 6 § 1 of the Convention which provides: “In the determination of his civil rights and obligations..., everyone is entitled to a fair and public hearing...by [a]...tribunal...Judgment shall be pronounced publicly...”

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Even Article 90 § 1 of the Austrian Federal Constitution provides public oral hearings: “Hearings by trial courts in civil and criminal cases shall be oral and public. Exceptions may be prescribed by law”.

In these cases the European Court (ECHR) pointed out that the applicant is entitled to a public hearing, the guarantee to a fair trial, or public delivery of judgments, which constitutes a fundamental principle of Article 6 § 1 of the European Convention. In the Rushiti, Szücs and Werner Cases there had been no public delivery of the decisions and no public hearing. In the Lamanna Case the court declared that although the first instance did not deliver the decision publicly as it was dependent on his acquittal becoming final, there was no violation of Article 6 § 1 because the Supreme Court’s judgement was delivered publicly. That means that one public delivery, would fulfil this provision.

2. Violation of Article 6 § 2: The presumption of innocence

In the Lamanna, Rushiti, Szücs and Werner Cases the claim for compensation for detention was negated, in other words the applicant were not entitled to compensation for their detention under section 2 § 1 b of the Compensation (Criminal Proceedings) Act 1969, on the ground that the suspicion concerning them had not been dispelled.

The Section 2 § 1 b of the Compensation (Criminal Proceedings) Act 1969 read as follows:

“(1) A right to compensation arises:...

(b) where the injured party has been placed in detention or remanded in custody by a domestic court on suspicion of having committed an offence making him liable to criminal prosecution in Austria...and is subsequently acquitted of the alleged offence or otherwise freed from prosecution and the suspicion that he committed the offence has been dispelled or prosecution is excluded on other grounds, in so far as these grounds existed when he was arrested;...”.

The court which acquits the person must decide whether these provisions for the conditions have been satisfied or not. This decision has to be handed over to the detained or convicted person personally and to the public prosecutor. These persons may appeal against the decision to a higher court within two weeks (section 6 § 4 and 5 of Compensation Act 1969).

The jurisdiction of Courts of Appeal in Austria held consistently that suspicion must be dispelled sufficiently to establish that the detained person is

not punishable, and cannot be prosecuted, on account of the conduct in respect of which his detention was ordered. Where that remains only doubtful, suspicion is not dispelled within the meaning of section 2 § 1 b of the Act. Jurisdiction in Austria has always differentiated between the “dispelling of suspicion”, in the sense of being cleared from suspicion without doubt and the use of the “benefit of the doubt” (“in dubio pro reo”), where suspicions remains still doubtful. In this case there is no compensation.

Example: Asam Rushiti Case: The applicant was suspected of attempted murder, aggravated robbery and the unlawful possession of a weapon. The Jury Court (Geschworenengericht) at Salzburg’s Regional Court acquitted the applicant of all charges against him. The acquittal is founded on the jury’s verdict. According of the jury’s deliberations (Niederschrift), the jury found in dubio pro reo, that the applicants defence in the murder case could not be refuted and that the accused did not have the intention to commit a robbery. Following his acquittal the applicant was released. The compensation claim was dismissed, referring to section 2 (1) b of the 1969 Act the court found that there had been a reasonable suspicion against the applicant, which had not been dispelled. In other words, they had the opinion that the evidence did not suffice to find Asan Rushiti guilty of the charges brought against him .

The European Court declared, that dismissing his compensation claim on the ground that the suspicion against him had not been dissipated violated the presumption of innocence laid down in Article 6 § 2 of the European Convention, which is worded as follows: “Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law”.

The European Court decided also that once an acquittal has become final – be it an acquittal giving the accused the “benefit of the doubt“ (“in dubio pro reo”) in accordance with Art 6 § 2 – the voicing of any suspicions of guilt, including those expressed in the reasons for the acquittal, is incompatible with the presumption of innocence .

The courts dealing with the compensation proceedings expressed the view that there was a continuing suspicion against the injured person (applicant) and, thus, casting doubt on his innocence. This has been a violation of Article 6 § 2 of the European Convention. In other words only a verdict of guilt as a result of a fair and formal criminal proceeding can proof the guilt, all other decisions means innocence .

Summing up: If an acquittal has become final any suspicion of guilt in the following compensation proceedings violate Article 6 § 2 of the European Convention.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

3. Consequences of the declared violations of the European Convention

a) Satisfaction of pecuniary damages or cost and expenses

Art 41 of the European Convention provides: “If the Court finds that there has been a violation of the convention or the protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

In the prescribed cases generally the claims for costs and expenses incurred in the domestic proceedings were refunded in an equitable basis and the convention proceedings in full.

As to non-pecuniary damage, the European Court considered it sufficiently compensated by the finding of violations of Article 6 §§ 1 and 2.

b) Influence on the national law

The declared violations of the Convention influenced at first the jurisdiction and interpretation of the law in Austria.

So the Austrian Supreme Court declared regarding the obligation of a public hearing and public delivery, that this must not take place in all instances, if it takes place in one – e.g. the Court of Appeal– this is enough .

Further the Supreme Court of Austria interpreted Article 2 § 1 b of the Act 1969 regarding the presumption of innocence according to the European Court’s decision . The compensation claim has to be renewed but without proofing if the suspicion was dispelled. This new interpretation even against the Act 1969 (“contra legem”) showed that an amendment was required. In the discussion about it a complete new reform in favor of persons unlawfully held in detention or custody was created. This was the Austrian Compensation (Criminal Proceedings) Act 2005, BGBl I 2004/ 125, which came into force on the 1st January 2005.

B. Austrian Compensation (Criminal Proceedings) Act 2005

1. Introduction

This reform included:

Amelioration of the position of the injured person

Standardization and acceleration of the procedure

Compensation of pecuniary and also non-pecuniary damages

a) Amelioration of the position of the injured person

The position of the injured person (applicant) was ameliorated: this means after an acquittal there is no more the obligation to dispell the suspicion. In cases of dismissal there is statuated a „differentiated discretion“ that comply with the European Convention .

b) Standardization and acceleration of the procedure regarding the compensation

The whole procedure dealing with compensation matters was completely renewed. The procedure was taken from the Criminal Courts and given in the hands of Civil Courts. There are two important steps to accelerate the process. At first the applicant demand the Financial Authority („Finanzprokuratur“) as a representative of the state to compensate the damages as result of the detention within the period of three months („Aufforderungsverfahren“). If the compensation is negated or partly negated the injured person can claim his compensation at a Civil Court.

c) Non-pecuniary damages

In future the injured person can claim apart the pecuniary damages also non-pecuniary damages as a result for being in detention.

2. Liability of the Federal Government for damages that arise for persons on ground of detention on remand

The Federal Government is made liable for damages that arise for persons because of detention on remand or conviction. This includes pretrial detention, detention concerning extradition and any imprisonment on ground of conviction or execution of preventive measures against dangerous perpetrators with expection of disciplinary measures.

3. The claim for compensation (Section 2)

Compensation is given to a person for illegal detention through official judicial authorities or decisions of a Criminal Court of Austria (litera 1),

in case of unjustified detention: where a person was taken into custody or held in detention on ground of having committed a criminal offence and was subsequently acquitted by an Criminal Court of Austria or otherwise freed from prosecution (litera 2)

or in case of resumption, where the injured person was convicted and after a resumption or renewal of the procedure or abolishment of the conviction

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

was acquitted or otherwise freed from prosecution or newly convicted to a milder punishment or release of preventive measures (litera 3).

Illegal detentions through official judicial authorities regarding the criminal procedure are for example violations of basic or constitutional rights as Art 5 § 5 of the European Convention and Art 7 of the Convention for Protection of Personal Freedom (1988) on the constitutional level, and any violations of the criminal procedure (StPO) and other provisions (StVG, StGB) in this regard. This includes violations of substantial and formal procedural law; e.g. no substantial suspicion for a detention on remand, no danger of flight or to commit a criminal act or to cover the act. Violation of formal procedural law as e.g. to exceed the statutory time of 48 hours until the decision about the detention or to omit the trial about detention.

If the illegal detention is a violation of basic rights or constitutional law like Art 5 § 5 of the European Convention or Art 7 of the Convention for Protection of Personal Freedom (1988) a full compensation without exclusions is granted (section 3 § 3 and section 4 § 2).

In case of unjustified detention, where a person was taken into custody or held in detention on ground of having committed a criminal offence and was subsequently acquitted by an Criminal Court of Austria or otherwise freed from prosecution. An acquittal is given, if substantial law is not fulfilled and also if the evidence is not enough to prove the guilt of the accused person. („benefit of the doubt“ or „in dubio pro reo“). To be „otherwise freed from prosecution“ could include any kind of a final dismissal .

In the case of resumption, where a conviction by Austrian Courts has become final and this decision has been overruled by a new procedure and the person was acquitted or convicted and a lighter sanction was imposed.

The compensation for illegal or unjustified detentions include generally all damages linked to the unjustified conviction and did not exist before conviction. This includes for example not only cost for criminal procedure and cost for the defense but also loss of earnings because of loss of employment caused by the detention.

4. Exclusion, limitation or restriction of compensation (section 3 and 4)

Section 3 and 4 statute all the circumstances of exclusion, limitation or restriction of the compensation. Some provisions lead to exclusion of the compensation and because these restrictions differentiate between the kind of detention, it is important to clarify at first place if the compensation is on ground of illegal or unjustified detention or resumption.

In case of illegal detention that dealt with violation of Article 5 of the European Convention on Human Rights or Art 7 of the Convention for Protection of Personal Freedom (1988) the liability of the state can not be limited.

In case of unjustified detention exclusion and limitations are possible, as e.g. if the detention is given credit to the following arrest (section 3 § 1 litera 3); in cases of procedural bars like a limitation of time, or if the person could not be prosecuted because he committed the act in an insane condition (section 3 § 1 litera 4) or in the case of responsibility of the detained or convicted person, e.g. the suspicion was created by the accused person himself (section 4 § 1 litera 1). If the statement the accused person gave to the juridicial authorities was untrue the compensation can be restricted, unless the person was forced by police to do so or there is no causal link to the detention because of that. Furthermore, e.g. if the injured person did not take remedies or did not appear at the court when summoned.

The detained person has also the obligation to mitigate the damages for instance to look for a job if possible. In that case the onus of proof is given to the Financial Authority or the Civil Court.

5. Object of compensation (section 5)

The compensation includes pecuniary damages and non-pecuniary damages (section 5 § 1 and 2).

a) Pecuniary damages

The range of the compensation complies with the Austrian Civil Code (ABGB) and includes loss of earnings, cost and expenses for the defense, the proceeding and any essential measures to regain freedom. These expenses are given specially for the resumption proceeding but not for appellation to Higher Courts .

b) Non-pecuniary damages

Non-pecuniary damages are adequate compensations for the annoyance caused by the detention. Criteria of immaterial damages are the lenght and intensity of the detention and the personal circumstances for the person concerned: for example the psychophysical situation of the detained person, his sensibility, which may be shown for instance in fear of the future, sleeplessness, anxiety, sorrow, shock, traumas etc .

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

The sum of money is calculated with the help of an index of damages for pain and suffering which includes light, medium and strong (bodily or mentally) pains.

The daily rate is measured as follows: for a light pain between 100 to 110 €, for a medium pain 150 to 200 €, for a strong pain 250 to 300 € and for an agonizing pain 350 to 700 €. The annoyance caused by a detention will be in most cases measured as a light pain and in a global sum.

6. Period of limitation

The claim for compensation is limited generally in a period of three years when the injured person knows about the provisions to have a title or within 10 years, if the provisions for a title are not known or the damages is the cause of a criminal offense committed intentionally and sanctioned with a penalty of more than one year (section 8). This period of limitation can be suspended.

7. Compensation Procedure

a) Request to the Financial Authorities

The injured person has to demand the Financial Authorities („Finanzprokuratur“) as representatives of the state to check the claim for compensation within a time of three months („Aufforderungsverfahren“). The Financial Authorities can then accept the demanded compensation or refuse it entirely or partly. Although an advocate is not obligatory the applicant can use legal assistance, which in case of financial problems can be provided free of charge (section 9).

b) Civil claim

If the claimed compensation is entirely or partly negated, the injured person can put a civil claim against the Federal Government. This civil process correspond the fair process clause, and offer a public hearing and publicly delivery of decisions pursuant Article 6 § 1 of the European Convention .

c) Jurisdiction

The jurisdiction lies on the Regional Civil Court (Landesgericht für Zivilsachen) and in the hand of a single judge (section 12 in connection with section 9 of the Official Liability Code). An advocate is obligatory and legal aid, in cause of financial problems, can be provided free of charge.

d) Reimbursement of the compensation by the acting authority

Generally it is the obligation of the Federal Government to compensate the damages created by the judicial authorities. In case these authorities have acted intentionally or negligently in a high grade, the state can demand a reimbursement (section 7) . The procedure is statuated in section 12 and contains a reference to the Official Liability Code.

**Проф. Марија Едер,
ванредни професор
Универзитет у Салцбургу, Аустрија**

**ЗАХТЕВИ ЗА КОМПЕНЗАЦИЈУ ЗБОГ ЛИШЕЊА
СЛОБОДЕ У СЛУЧАЈУ УКИДАЊА ОДЛУКЕ**

Апстракт

Аустријским законом о компензацији (Кривични поступак), који је ступио на снагу 1. 1. 2005. године могућност компензације за неуаконите акте правосудних институција је проширена, а процедура је унапређена и упрошћена. Након што је Европски суд за људска права утврдио да је стари закон противан одредби члана 6 Европске конвенције, новим законом испуњени су захтеви конвенције и, такође, обухваћена компензација за нематеријалне штете. Број искључења и ограничења могућности компензације такође је смањен.

**Митина Светлана Игоревна,
Кандидат исторических наук, доцент кафедры теории и истории
государства и права, юридического факультета, Новгородского
государственного университета имени Ярослава Мудрого.**

УДК: 34(38)

РОЛЬ ПРИНЦИПА БАЛАНСА СИЛ В РЕГУЛИРОВАНИИ МЕЖГОСУДАРСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ ЭПОХИ ЭЛЛИНИЗМА

Резюме:

В современной судебной конституционной практике отмечается значительное влияние принципов и предписаний Конституционного Суда Российской Федерации на процедуру принятия окончательного решения конституционным (уставным) судом субъекта Российской Федерации. Однако неприменение правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации конституционным (уставным) судом субъекта вовсе не означает, что общеобязательные решения Конституционного Суда России не найдут своего отражения в актах органов конституционного (уставного) контроля, поскольку позиции конституционных (уставных) судов могут повторять выводы, к которым когда-то пришел Конституционный Суд Российской Федерации.

Другой вопрос заключается в том, что функционирование конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации может быть поставлено в зависимость от Конституционного Суда Российской Федерации. Поскольку Конституционный Суд Российской Федерации правомочен признать не соответствующей Конституции Российской Федерации норму закона субъекта, на основании которой было принято решение конституционного (уставного) суда. Подобная ситуация влечет фактическую отмену решения, принятого региональным органом конституционного контроля. Исходя из этого вывода, целесообразно заключить, что «...судебные акты Конституционного Суда Российской Федерации, их выводы и решения обязательны и для конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации при решении конституционных вопросов и споров».

Правовой анализ практики деятельности конституционных (уставных) судов субъектов РФ (Конституционных Судов Республик Татарстан, Бурятия, Карелия; областей Калининградской, Свердловской и города федерального значения – Санкт-Петербурга) показал, что далеко не все судебные органы судебного контроля субъектов Российской Федерации следуют в процессе принятия решений правовым позициям Конституционного Суда Российской Федерации, касающимся защиты прав и свобод человека и гражданина. Как было установлено, только Конституционный Суд Республики Бурятия при осуществлении правосудия по делам о защите прав граждан не применил ни одного предписания федерального Конституционного Суда. Остальные конституционные (уставные) суды, так или иначе, ссылались в своих решениях на постановления и определения Конституционного Суда Российской Федерации.

Приходится констатировать, что качество решений конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации заметно уступает уровню актов Конституционного Суда Российской Федерации, а также во многом не соответствует требованиям логичности и конкретности в изложении выводов. Причиной такого положения, очевидно, является несовершенство законов о конституционных (уставных) судах субъектов Российской Федерации либо же неправильная оценка органами конституционной (уставной) юстиции собственной компетенции и, как результат, превышение полномочий в связи с рассмотрением обращения.

Это, в свою очередь, объясняет свойственный лишь конституционным (уставным) судам субъектов Российской Федерации механизм отправления правосудия по делам о защите прав и свобод человека и гражданина и их роль в исполнении «...решений федерального Конституционного Суда на региональном уровне, исключая действие признанных им неконституционных актов...» для развития федеративного государства и вхождения субъектов Российской Федерации в единое правовое пространство Российской Федерации.

Ключевые слова: Эпоха эллинизма, международное публичное право, древнегреческое право, Восточное Средиземноморье, принцип саблюдения баланса.

Греческое право в современной науке часто характеризуется как «ускользающий феномен» человеческой цивилизации. В этом определении точно отразилось состояние современного научного знания о данной ступени в развитии европейского права. Причина этого «ускользания» в недостатке систематизированных источников и отсутствии у современных исследователей четкого представления о специфике данной ветви античного права и его влияния на становление и развитие римского права.

Следует признать, что в основе греческих представлений о регулировании отношений между народами должен был лежать принцип соблюдения баланса, паритета сил. На основе данного принципа с глубокой древности формировалась обычная практика взаимоотношений общин, полисов, а затем и монархий. Глобализм древнегреческого правосознания стал одной из наиболее важных предпосылок формирования общей для всего региона базы регулирования межгосударственных отношений. Именно стремление сохранить паритет сил в Восточном Средиземноморье было одной из черт, характеризующих развитие правовых институтов. Эта задача стала особенно актуальной после краха идеи создания единой великой империи. Конечно, нет серьезных оснований предполагать существование в эллинистический период принципа равновесия политических сил как формализованного и принятого в качестве основы регулирования межгосударственных отношений. Политическая ситуация, характерная для эпохи, во многом была обусловлена реальной расстановкой сил, примерным равенством возможностей в проведении активной внешней политики крупных эллинистических монархий.

Таким образом, в эллинистическую эпоху принцип баланса политических сил проявился не в сформировавшемся политологическом и юридическом определении, а в виде обусловленной жизненной потребностью всего сообщества восточно-средиземноморских государств бурного процесса становления и развития институтов и механизмов правового регулирования межгосударственных отношений. Цель данного процесса: обеспечить жизнеспособность молодых эллинистических государств и их способность противостоять варварскому миру, к которому относилась и Римская республика. Реализация данной цели была невозможна без согласования позиций всех государств эллинистической системы, начиная от монархий, заканчивая независимыми полисами. Согласование позиций во все века и времена предполагает признание необходимости уступок и компромиссов. Таковые фиксировались, прежде всего, в договорах, в постановлениях специальных судебных комиссий, в декретах монархов и городов.

Одной из интереснейших проблем историко-правовой науки была в прошлом и остается по сей день история формирования институтов регулирования межгосударственных отношений эллинистической эпохи. Эллинизм, отличавшийся весьма интенсивными новациями всех сфер общественной жизни, предоставил будущим поколениям блестящий пример трансформации основ политической и правовой системы классического античного общества, дающий современным специалистам неопценимый фактический материал для сравнительно-правового анализа.¹ Этот факт признается в современной исследовательской литературе¹. Однако остаются неясными и вызывают немало дискуссий вопросы о степени развития институтов регулирования межгосударственных отношений, их формального закрепления.

Заметим, что эпоха ярко выраженного практицизма ценила не столько классификационные определения, сколько действенность правовых механизмов. Эти механизмы первоначально возникли как политические и даже идеологические. Реализация на практике панэллинской идеи вызвала к жизни своеобразный прецедент, выразившийся в развитии на эллинской почве абсолютизма². Нарушение старой схемы государственных форм вело к трансформации практики межгосударственных отношений.

Замечание Ф. Эдкока и Д. Мосли как нельзя более точно отражает состояние научной дискуссии о возможном начале отсчета времени истории становления и развития институтов регулирования межгосударственных отношений. Сравнивая античную эпоху с миром Средневековых городов и государств, Ф. Эдкок и Д. Мосли подчеркивают, что в оба периода налицо был развитый смысл религиозных идеалов, моральных установок, но не было общепризнанного «тела» международного права, к которому можно было бы обращаться и которое было бы способно бросить вызов неповиновению или искажению его норм³. Действительно, отсутствие в античную эпоху «международного права» в современном его понимании лишает исследователей возможности оперировать привычной для современной науки методологией и терминологией. Кроме того, надо четко представлять себе, что при изучении взаимоотношений эллинистических государств и соответствующих регуляторов следует

1 Adcock F., Mosley D.J. *Diplomacy in ancient Greece*. London, 1975. P. 121; Жигунин В.Д. *Международные отношения эллинистических государств в 280-220 гг. до н.э.* Казань, 1980. С. 56.

2 Philip of Macedon / Ed. By M.B. Hatzopoulos, L.D. Loukopoulos. Athens, 1980. P. 136.

3 Adcock F., Mosley D.J. *Op. cit.* P. 120.

отталкиваться от специфики самого процесса государствообразования, о котором говори-лось выше. Речь идет не просто о системе государств, созданной волей конкретных политиков, а о этно-культурном комплексе. И государства, составившие его «костяк» строили фундамент всего взаимодействия с соседями на основе единого для всех опыта, соединявшего политическую и правовую культуру полисной жизни, дополненную традициями македонской и восточных монархий. Поэтому формирование правовой базы межгосударственного общения в эллинистическом обществе от Греции до Египта происходило в рамках единого процесса. Начальным звеном строительства единой системы регулирования мог стать лишь одинаково, жизненно важный для всех государств эллинистической системы принцип баланса сил. Ничто так не стимулирует развитие правовых институтов как стремление весьма военизированного общества выжить и сохраниться, что возможно было лишь при достижении определенного паритета сил внутри эллинистической системы. Отсутствие в источниках соответствующего термина с юридическим содержанием отнюдь не отменяет факт влияния такого на практику взаимного общения эллинистических государств.

И.Е. Суриков характеризует в целом греческое право как «ускользающий феномен» человеческой цивилизации. В этом определении как нельзя более точно отразилось состояние современного научного знания о данной ступени в развитии европейского права. Автор справедливо видит причину этого «ускользания» в недостатке систематизированных источников и отсутствии у современных исследователей четкого представления о специфике данной ветви античного права и его влияния на становление и развитие римского права. Суть этой специфики в «глобализме» древнегреческого правосознания. И.Е. Суриков обращает внимание, что греческие представления о праве связаны, прежде всего, с понятием δικη, олицетворяющим принцип упорядоченности, регулярности, баланса. Любое отклонение от δικη чревато подрывом мировой гармонии, угрожает не только непосредственно пострадавшим индивидам, но и всему обществу⁴. Исходя из такого положения, следует признать, что в основе греческих представлений о регулировании отношений между народами должен был лежать принцип соблюдения баланса, паритета сил. На основе данного принципа с глубокой древности формировалась обычная практика взаимоотношений общин, полисов, а затем и монархий. Глобализм древнегреческого правосознания, о котором говорит И.Е. Суриков, стал

4 Суриков И.Е. Проблемы раннего афинского законодательства. М., 2004. С. 14.

одной из наиболее важных предпосылок формирования общей для всего региона базы регулирования межгосударственных отношений, тем более, что население Греческого мира, несмотря на свою политическую разобщенность, всегда осознавало свое этническое единство. Итак, национальное единство, помноженное на общность правосознания, вот что способствовало складыванию системы эллинистических государств, опиравшихся в практике межгосударственных отношений на реально осознаваемый принцип паритета сил.

Именно стремление сохранить паритет сил в Восточном Средиземноморье было одной из черт, характеризующих развитие правовых институтов. Эта задача стала особенно актуальной после краха идеи создания единой великой империи. Здесь вновь на первый план выходят идеи, сформулированные как раз накануне эллинистической эпохи. С.Я. Лурье напоминает речь Демосфена, который считал, что в интересах международного равновесия можно поддерживать даже нарушителей международного права, лишь бы они выступали против угрожающих международному равновесию государств. С.Я. Лурье называет такое положение общим местом античной дипломатической науки⁵. Однако по мнению самих древних авторов, целостность права не всегда могла быть попорчена во имя политических целей. Полибий рассматривал борьбу с гегемонистскими замыслами отдельных эллинистических государств как средство не допустить общество до той крайности, когда становится возможным посягательство на общепризнанные нормы права (Polyb. I. 83. 4-5).

Современные исследователи сходятся во мнении относительно того, что нет серьезных оснований предполагать существование в эллинистический период принципа равновесия политических сил как формализованного и принятого в качестве основы регулирования межгосударственных отношений. Просто политическая ситуация, характерная для эпохи, во многом была обусловлена реальной расстановкой сил, примерным равенством возможностей в проведении активной внешней политики крупных эллинистических монархий⁶.

Упомянутая выше неразвитость формальной терминологии, отсутствие теории права межгосударственных отношений, что

5 Лурье С.Я. История Греции. СПб., 1993. С. 599.

6 Ротермель Л. Проблемы межгосударственных отношений в Восточном Средиземноморье в эпоху эллинизма в работах западногерманских историков 1960-1970-х гг. // Античный вестник: Сб. науч. трудов / Под ред. А.А.Елагиной. Омск, 2002. Вып. 6. С. 32.

естественно для данного исторического периода, вели к тому, что сама концепция «равновесия сил» была доступна для общественного сознания лишь в форме конкретных практических проявлений и не нашла выражения в каком-либо определенном термине, определении. Ф. Эдкок и Д. Мосли отмечают, что при всем разнообразии слов, обозначающих различные соглашения и союзы, налицо была несогласованность их использования даже в официальных документах. Так, например, *spondai* (σπονδη) могло означать заключение соглашения о перемирии посредством специального празднества с «возлияниями», а также использовалось как синоним для обозначения соглашения вообще. Даже там, где были отдельные слова, чтобы описать оборонительный союз *epimachia* (ἐπιμαχία) и наступательно-оборонительный *symmachia* (συμμαχία), последний использовался почти исключительно, чтобы обозначить союз другого вида⁷.

Таким образом, в эллинистическую эпоху принцип баланса политических сил проявился не в сформировавшемся политологическом и юридическом определении, а в виде обусловленной жизненной потребностью всего сообщества восточно-средиземноморских государств бурного процесса становления и развития институтов и механизмов правового регулирования межгосударственных отношений. Цель данного процесса: обеспечить жизнеспособность молодых эллинистических государств и их конкурентоспособность в противостоянии варварскому миру, к которому относилось и Римская республика. Реализация данной цели было невозможно без согласования позиций всех государств эллинистической системы, начиная от монархий, заканчивая независимыми полисами. Согласование позиций во все века и времена предполагает признание необходимости уступок и компромиссов. Таковые фиксировались прежде всего в договорах, в постановлениях специальных судебных комиссий, в декретах монархов и городов.

Каждое государство стремилось закрепить свои позиции в регионе посредством официально признаваемых всем эллинистическим сообществом норм. Самыми активными правотворцами, учитывая природу формирования самой эллинистической системы государств, следует признать монархов. Как справедливо подчеркивает В.Д. Жигунин, политика в эллинистическую эпоху персонифицируется⁸. Ф. Эдкок и Д. Мосли обращают внимание на то, что теоретическому осмыслению роль субъективных факторов в вопросах войны и мира была подвергнута еще

7 Adcock F., Mosley D.J. Op. cit. P. 122.

8 Жигунин В.Д. Указ. соч. С. 28.

античными авторами⁹. Это позволяло обосновать значение новых политических цен-ностей в условиях крушения старых полисных идеалов. На этапе же становления эллинистической системы персонификация политики превращается в один из решающих факторов, что наиболее наглядно отразилось в панэллинской идее и непосредственно в дипломатии Александра Македонского. Начиная с него, в монархических государствах руководителями дипломатических ведомств были сами цари, а в республиканских - специальные органы, которые А.С. Шофман сопоставляет с римским сенатом (Polyb. XXII. 10. 4-11; XXIII. 3. 7; Liv. XXXII. 5; XXXIX. 53)¹⁰.

Наиболее широкое поле для проявления политической инициативы предоставляла монархам война. Поскольку большинство войн велось в пределах самой эллинистической системы, стала очевидной необходимость скорректировать правила их ведения (Polyb. II. 58; XIII. 3. 4-9; XXIII. 15). Именно с этим А.Г. Бокшанин связывает установление в эпоху эллинизма нечто вроде международного права. Международные обычаи становятся законами для всех эллинов. Например, не допускалось на войне применение отравленного оружия (отравленных стрел или наконечников копий), обязательное возвращение пленных за выкуп, необходимость обращения к третейскому суду и объявления войны перед непосредственным нападением¹¹. Но, даже находясь в состоянии войны, враждующие стороны как объективную необходимость воспринимали сохранение status quo в регионе. Отсюда нежелание доводить противника до полного поражения. Так, Х. Хайнен напоминает, что Птолемей IV после нанесения поражения Антиоху III при Рафии вовсе не намеревался доводить последнего до полного разгрома. В этом выражается одно из основных правил практики построения отношений между государствами внутри эллинистического сообщества: сохранять паритет сил ради стабильности всей системы¹².

Определенная заслуга в поддержании равновесия политических сил принадлежала малым и средним государствам, которые избрали в качестве политико-правовой базы своей внешней политики нейтралитет. В нем находило выражение стремление отдельных полисов избежать прямого или опосредованного подчинения со стороны более агрессивных

9 Adcock F., Mosley D.J. Op. cit. P. 121-122.

10 Шофман С. Дипломатическая деятельность Персея // Проблемы истории и историографии. Античность. Средние века: Межвуз. сб. Уфа, 1990. С. 29.

11 Бокшанин А.Г. История международных отношений и дипломатия в древнем мире. М., 1945. С. 50.

12 Heinen H. The Syrian-Egyptian wars and the new kindoms of Asia Minor // САН. 1984. Vol. 7. P. 437; 445.

и сильных соседей. Нейтралитет как политико-правовой институт также перекочевал в эллинистическую практику из античной классики. Стремление обеспечить себе нейтралитет диктовалось желанием добиться политической неприкосновенности и обеспечить беспрепятственную реализацию экономических целей.

С одной стороны, это давало возможность им самосохраниться в условиях обострения противоречий и явных конфликтах между крупными державами, а с другой стороны, позволяло играть роль независимых арбитров и тем самым повышало их политический статус в эллинистическом мире. Анализируя политику Родоса в условиях противостояния Селевкидов и Рима, можно отметить, что островное государство до последнего старалось оставаться нейтральным в конфликте и даже прилагало усилия к сохранению паритета сил. Востребованный в союзники с обеих сторон, Родос не спешил включаться в реализацию римских планов, хотя и понимал всю бесперспективность открытого противостояния этому опасному союзнику. И хотя перспектива закрепления влияния Селевкидов на Балканском полуострове не слишком-то воодушевляла родосцев, они вышли из нейтралитета лишь в 191 г. до н. э., когда военное противостояние стало свершившимся фактом. Родосцы окончательно осознали бесперспективность надежд на мирное разграничение интересов между великими державами.

Ярким примером политического нейтралитета для эллинистического периода являлась политика Византия, стремление которого к нейтралитету было продиктовано экономической необходимостью, поскольку, прежде всего, международная торговля обеспечивала ему стабильное существование. Престиж этого города-государства был настолько высок, что зачастую именно к нему эллинистические монархи обращались с просьбами о посредничестве в межгосударственных конфликтах. Представители Византия по просьбе Птолемея участвовали в мирных переговорах с Антиохом III (Polyb. V. 63. 5), осуществляли посредническую миссию в разрешении военного конфликта между Филиппом V с Этолийским союзом (Polyb. V. 100. 9). В большинстве политических ситуаций налицо было стремление Византия сохранить мир в Греции (см.: Polyb. XI. 4. 1).

Стараясь избегать непосредственного участия в военных действиях, византийцы, тем не менее, вынуждены были считаться с политической ситуацией, которая не всегда складывалась в их пользу, и пробовали корректировать ее за счет политических мер, не нарушающих явно принципов нейтралитета. Это проявилось в их поддержке Антигона Одноглазого, пытавшегося переправиться с войском через проливы в Европу, чему старался воспрепятствовать Полиперхонт. Последний

направил к месту переправы флот (Diod. XVIII. 72). Антигон был разбит, но византийцы завершили его военную операцию, предоставив ему свои суда для переправы войска. Тем не менее, на предложение Антигона войти в союз с ним Византий ответил твердым отказом (Diod. XIX. 77).

Лишь агрессивная политика Филиппа V спровоцировала Византий выйти из нейтралитета. Поставленные перед прямой угрозой агрессии византийцы вынуждены были консолидировать свои усилия в борьбе за независимость вместе с противниками Македонии, что выразилось в их непосредственном участии в морском сражении у острова Хиос в составе союзной эскадры родосцев (Polyb. XVI. 2.10)¹³.

Статус нейтралитета признавался в соответствии с формальной декларацией или посредством специального соглашения. Особенность эллинизма выражается в том, что действенность этих соглашений во многом зависела теперь от согласия соблюдать таковые монархами.

Главным средством обеспечения равновесия сил были межгосударственные договоры, начиная с тех, что были заключены диадохами в ходе раздела империи Александра Великого, и заканчивая многочисленными договорами об оборонительных союзах, создававшихся на всех этапах истории Эллинистического мира. Наиболее показательными из них были скрепленный клятвой договор участников Коринфского конгресса и мирное соглашение 311 г., о которых говорилось выше. В первом случае Македония в лице Филиппа II выступала гарантом сохранения равновесия политических сил в Греции, главную угрозу которому в то время представляло недовольство большого числа высланных из греческих полисов участников политической оппозиции¹⁴. Мирное соглашение диадочов о разграничении сфер влияния 311 г. до н.э., оценивается в научной литературе как образец всеобщего мира, временно положившего конец военным действиям между ведущими политическими силами того времени¹⁵. Гарантией реализации норм договоров служило достаточно развитое межгосударственное правосудие.

Ведущий принцип регулирования межгосударственных отношений утратил свое значение в результате распространения в регионе римского влияния. Римляне осознавали лишь себя в роли блюстителей мирового порядка, а свое государства в качестве гаранта политической

13 Невская В.П. Византий в классическую и эллинистическую эпохи. М., 1953. С. 145 -146.

14 Jehne M. Koine eirene: Untersuchungen zu den Befriedungen - und Stabilisierungsbemuhungen in der griechischen Poliswelt des 4. Jahrhunderts v. Chr. Stuttgart, 1994. S. 171.

15 Сапрыкин С.Ю. Насильственный и ненасильственный мир в эллинистическую эпоху // Межгосударственные отношения и дипломатия в античности. Казань, 2000. Ч. I. С. 161.

стабильности. Это означало кардинальное изменение не просто политической, но и правовой системы, обеспечивавшей жизнеспособность всего эллинистического сообщества. Основные эллинистические государства, воевавшие за оспариваемые территории и интриговавшие, чтобы подорвать друг друга на протяжении истории двух поколений после смерти Александра Великого, были слишком заняты, чтобы распознать угрозу принципу равновесия политических сил региона, на котором базировалось независимое существование каждого из них. Птолеми, Селевкиды, Антигониды, а также Пергам, Вифиния и даже Этолийский и Ахейский союзы – все они, несмотря на политические разногласия, играли свою роль в реализации названного принципа, и исчезновение любого из них вело к катастрофе. Эллинистический мир был основан на строгом балансе политических сил¹⁶. Разрушение механизма гарантий данного баланса, среди которых первое место занимали правовые, означало конец истории эллинистического общества.

Таким образом, принцип баланса политических сил на всем протяжении истории эллинизма служил основным вектором правового регулирования, определяя его содержание и цели. В нем выразилось главное достижение политического и правового строительства античного общества, осознававшего жизненную потребность соотнесения интересов отдельных государств с интересами всего эллинистического сообщества, искавшего оптимальные варианты ограничения весьма частых военных конфликтов.

16 Badian E. Roman imperialism in the late Republic. Ithaca; N. Y., 1971. P. 5

Митина Светлана Игоревна,
Доцент на катедри за правно-историјске науке,
Правни факултет Јарослав Мудри, Новгород, Русија

УЛОГА ПРИНЦИПА РАВНОТЕЖЕ СНАГА У РЕГУЛИСАЊУ МЕЃУДРЖАВНИХ ОДНОСА ХЕЛЕНИСТИЧКЕ ЕПОХЕ

Апстракт

Старогрчко право у савременој науци често је окарактерисано као "исчезавајући феномен" људске цивилизације. На такво утврђивање појма прецизно је утицало стање савремене науке о датој етапи у развоју европског права. Разлог тог "исчезавања" је у недостатку систематизованих извора права и одсуства јасног схватања савремених истраживача о специфичности дате гране античког права и њеног утицаја на настајање и развој римског права.

Треба признати да је у основи старогрчких схватања о регулисању међународних односа морао да буде принцип очувања равнотеже, паритета снага. На основу датог принципа, још од дубоке старине, настајала је обичајна пракса међусобних односа општина, полиса, а касније и монархија. Глобализам старогрчке свести о неопходности постојања правног поретка постао је једна од најважнијих претпоставки (заједничке за цео регион) формирања темеља за регулисање међу-државних односа. Баш настојање очувања паритета сила у источном Средоземљу било је једно од својстава карактеристично за развој правних института. Тај задатак постао је посебно актуелан после краха изградње јединствене велике империје. Наравно, нема озбиљних повода да се у хеленистичком периоду претпостави постојање принципа равнотеже политичких сила као формално-правног основа за регулисање међу-државних односа. Политичка ситуација, карактеристична за епоху, у многоме је била условљена фактичком поделом снага, приближном једна-кошћу могућности у спровођењу активне спољне политике великих хеленистичких монархија.

На тај начин, у хеленистичкој епохи принцип равнотеже политичких снага појавио се не у коначно формираном политичком и правном одређењу, већ у форми условљеној животним потребама читаве заједнице држава источног Средоземља, у бурном процесу настанка и развоја института и механизма правног регулисања међудржавних односа.

Циљ тога процеса био је обезбеђење животне снаге младих хеленистичких држава и њихова способност да се супротстављају варварском свету, укључујући ту и Римску републику. Реализација тог циља била је немогућа без усклађивања ставова свих држава хеленистичког система, почев од монархија па до независних полиса (градава-држава).

Усклађивање ставова и интереса у свим временима и епохама претпоставља неопходно давање уступака и склапање компромиса. То се записивало пре свега у уговорима, у одлукама специјалних судских комисија, у декретима владара и прописима градова.

Irina Sferdian, PhD
Senior Lecturer (Associate Professor),
Faculty of Law, the West University, Timișoara

UDK: 347.23

THE ABSOLUTISM OF THE PROPERTY RIGHT

Summary

When we say that the property right is an absolute right we mean, first and foremost, that it is enforceable against anybody, *erga omnes*. The *erga omnes* opposability of the property right presupposes that all the others, except for the owner of the property right, must abstain themselves from encumbering the latter in exercising his/her right, namely to recognize and observe his/her property right. In this case, opposability equals inviolability and characterizes the property right to the same degree as it does any real right or lien. In this first meaning, the absolute character is not something specific only to the property right, but a common trait of any subjective civil right.

Secondly, the absolutism of property rights does not reduce itself to the right's opposability, but presupposes the fact that the owner is the only one who can gather together all the prerogatives of property, that is *usus*, *fructus* and *abusus*. We encounter these prerogatives in the dismemberments rights, where they are being exercised more or less concurrently with the bare proprietor, but under no circumstance shall the usufructuary, the superficiary owner or the holder of an easement, have the right to exercise simultaneously all the property prerogatives. Thus, the property attributes are being exercised by the owner in an absolute manner. It is a feature of absolutism through which property differentiates itself from any other real right.

According to another opinion, the absolute character is represented by the owner's freedom to do whatever s/he chooses with his/her property. There are no inherent limits to the right of property, but only limits that are exterior to the space of absolute action or inaction of the owner. It has been therefore admitted that the property right is absolute only if it is reported to itself, to its holder. This is the significance of the inexistence of the limits inherent to the property right.

Then, property has an absolute character in the sense that it is a general, global notion. Its definition does not vary according to circumstances. It applies to everybody and to everything; it does not vary from person to person or from

owner to owner. Property appears as absolute by means of the state of legal equilibrium which it guarantees in the situation of goods. The property right escapes prescription. Property absorbs dismemberments in order to reunify itself. Therefore, the right's dismemberments can be but temporary and subject to prescription. Easements make an exception, since they are considered to be the only perpetual real rights.

Finally, the absolute character of the property right presupposes that property does not define itself in relation to any other right. It does not need another right as element of reference. The property relation does not have a determined or determinable passive subject that might owe something to the owner.

Key words: absolute right, inexigibility of the right, exclusivity, opposability.

1. The property right is an absolute right. The absolutism of property is expressly stipulated in the provisions of article 480 of the Romanian Civil Code. The meanings of the term "absolute" are multiple.

When we say that the property right is an absolute right, what we understand, first and foremost, is that it is enforceable against anybody, erga omnes. The erga omnes opposability of the property right presupposes that all the others, except for the owner of the property right, must abstain themselves from encumbering the latter in exercising his/her right, namely to recognize and observe his/her property right. Opposability equals, in this case, inviolability and characterizes the property right to the same degree as it does any real right or debt-claim. In this first meaning, the absolute character is not something specific only to the property right, but a common trait of any subjective civil right.

2. Secondly, the property's absolutism does not reduce itself to the right's opposability, but presupposes the fact that the owner is the only one who can gather together all the prerogatives of property, that is usus, fructus and abusus. We encounter these prerogatives in the dismemberments rights, where they are being exercised more or less concurrently with the bare proprietor, but under no circumstance shall the usufructuary, the superficiary owner or the holder of an easement, have the right to exercise simultaneously all the property's prerogatives. Thus, the property's attributes are being exercised by the owner in an absolute manner. It is a feature of absolutism through which property differentiates itself from any other real right.

According to another opinion, the absolute character is represented by the owner's freedom to do with his/her good whatever s/he chooses to. There are no inherent limits to the right of property, but only limits that are exterior to the space of absolute action or inaction of the owner. The property right must be exercised upon the observance of the limits imposed by the law. The limitations brought to the exercise of property are increasingly diverse and numerous, to such an extent that, not without reason, it has been said that "the property is an absolute power that is, by no means, absolute". It has been therefore admitted that the property right is absolute only if it is reported to itself, to its holder. This is the significance of the inexistence of the limits inherent to the property right.¹

3. Then, property has an absolute character in the sense that it is a general, global notion. Its definition does not vary according to circumstances. It applies to everybody and to everything; it does not vary from person to person or from owner to owner. The nature or the physical features of the goods are irrelevant. It does not matter whether the object of property is a corporeal or an incorporeal good, whether it is movable or immovable. Property thus appears as a procedure that allows the extraction of all uses out of a thing. According to this opinion, absolutism affirms the purely technical role of property.²

4. Another meaning of the term consists in the fact that property appears as absolute by means of the state of legal equilibrium which it guarantees in the situation of goods. The property right escapes prescription. Property absorbs dismemberments in order to reunify itself. Therefore, the right's dismemberments can be but temporary and subject to prescription. Easements make an exception, since they are considered to be the only perpetual real rights. The derogation is explained by the fact that easements bring only partially affect the owner's use and always have as an object the utility of a fund³.

5. Finally, the absolute character of the property right presupposes that property does not define itself in relation to any other right. It does not need

1 V. Stoica, *Drepturile reale principale*, Editura Humanitas, 2004, pp. 242-243 and note 62. The author points out that the notion of inherent limits must not be mistaken with that of internal limits of the exercise of the right, which is opposed to that of external rights and which are being used in the theory of the abuse of right. The inherent limits presuppose the relations between the owner of the property right and his/her right, and not the relations between the owner of the property right and the others. The internal or external limits of the exercise of property have as point of reference the relation between the owner of the property right with the others.

2 C. Atias, *Droit civil. Les biens*, quatrième édition, Litec, Paris, 1999, p. 90.

3 F. Zenati, *Les biens*; Presses Universitaire de France, 1988, p. 117.

another right as element of reference.⁴ In this approach, the property right has a profoundly original character. The other real rights and debt-claims are relative because their owner exercises his/her prerogatives by reference to another person (the bear proprietor or the debtor). The property relation does not have a determined or determinable passive subject that might owe something to the owner.⁵

In the theoretical debates concerning the existence of the passive subject of the property relation, one has made the necessary distinction between the “direct” and the “indirect” effects of the property right, stating the fact that the internal relation is a direct and immediate legal relation between a person – the owner of the right - and a thing - the object of the right - expressing the authority of the subject over the thing, without the mediation of a third person. On an external plan, one has mentioned the indirect consequence over the surrounding people, namely the external legal relation of absolute opposability of the property right, which can be exercised and which imposes itself, purely and simply, to third persons, even without the prerequisite of being aware of the respective right. There has been said, wisely, that the internal legal relation is a field of relativity, and that the external relation of the property right is a field of opposability. As a conclusion, the external relation of the legal report of property is considered to be taking place between the holder of the right and third persons, and the internal relation refers to the relation between the holder and the thing which belongs to him/her.⁶

This opinion has been criticized in the sense that, when one refers to the right of property, both the internal and the external reports are reports towards a thing, with the ascertainment that the first report is a legal relation of appropriation and control of a thing by a certain person, expressing the authority of the subject towards the thing, without the mediation of a third person, whilst the report between thing and third persons is a mere relation of opposability (inviolability), since all the subjects of civil law have the duty to observe and not to encumber the exercise of the right by its owner. The inviolability has the value of a principle that governs the indirect effects and consequences, namely towards third parties, of the legal situations.⁷

The thing is the common element of the two reports (the internal and the external one), it is the contact point and the geometric locus of the two plans regarding relativity and opposability. If the external report of property is a

4 C. Atias, *op.cit.*, p. 90.

5 F. Zenati, *Les biens*, p.117.

6 I. Deleanu, *Părțile și terții. Relativitatea și opozabilitatea efectelor juridice*, Editura Rosetti, București, 2002, p. 172.

7 I. Lulă, *Observații asupra subiectului pasiv al raportului de proprietate*, in *Dreptul* no. 7/2007.

consequence of the internal report, it means that it is a consequence of the direct and immediate legal relation between man and thing. Being a consequence of a legal report, it means that the external report cannot be a legal relation, all the more since it does not generate, modify or extinguishes a legal situation. The external report, of opposability, imposes itself without the condition of the prior awareness concerning the owner of the subjective right, as it results from the provisions of article 136, last paragraph, from the Constitution, according to which private property is inviolable, in accordance with the organic law. Then, the external report of the subjective right of property cannot be considered a legal report also on the basis that it is not assumed by any passive subject, as distinct from the personal report, where the obligation of not to do something is assumed by the debtor.⁸

The opinion according to which the external report of the property right is a report of mere abstention, namely of not encumbering the exercise of this right by its owner, is founded also on a statistical argument since, usually, the third parties do not know what prerogatives the subject of the respective right has upon the thing, and therefore they have to restrain themselves from any sort of disturbance, that is they should never ignore the presumption that upon all things there might exist internal legal relations. This solution imposes itself because the third parties are only indirectly and under the express form of inviolability, as expression of the interdependency of people within social life, affected by the effects of the internal report. Furthermore, as long as the exercise of the internal report of the property right does not imply any disturbance from the part of another person, the external report between the third parties and the thing can have no legal relevance.⁹

When property is concerned, the opposability cannot be in the own interest of the third parties, since it refers to the security of the legal situation of the owner of the subjective right. The third is a person that is alien in relation to a certain legal situation. His/Her obligation of not to affect the goods of others and of not to use them represents the indirect legal effects of the internal report of property, which project themselves *erga omnes*.¹⁰

It should be noted that the active subject of the internal relation of property and the general, undetermined passive subject of the external relation of the subjective right have no relation whatsoever between them, the only connection between them being the fact that both reports refer themselves to the same thing, and that the third parties do not need the participation of the active subject or of other persons in order to fulfill their obligation to abstain

8 Idem.

9 Idem.

10 Idem.

themselves and not to hinder the exercise of the right of property by its owner. To consider that the external report of the property right is a report between the owner and third parties means to ignore the fact that this subjective right is report of exclusion, that cannot be overlooked and hindered by other subjects of law, it also means to transform it into claim, although this right rejoices a sovereignty that is limited only by law and although nobody could contest the fact that between the holder and the third parties no civil legal reports are born, modified or extinguished.¹¹

6. By analyzing the report between the power over the thing and opposability, the following fact has been underlined: “that which is manifest within the property right is not the fact that its owner can ask everybody not to disturb it but the fact that he/she can exercise a power over the respective thing. To see inside the real right first and foremost the other's obligation not to disturb the owner means to see the negative and secondary part of the right, without seeing its positive and principle one”¹².

The external report of the property right is a simple report of inviolability between third parties and the thing, and not between third parties and the owner of the thing. Furthermore, if the external report of the property right would be, in its turn, a legal report also, one could get to the absurd conclusion that the property relation has in its composition two civil subjective rights. The opposability towards third parties is a consequence of the social character of the property right¹³, to the extent that, if there existed only the

11 Idem.

12 I. Filipescu, *Dreptul de proprietate și alte drepturi reale*, București, 1993, p. 22.

13 The social character of the property right results from the analysis of the provisions of article 136, last paragraph, article 57 and article 44 of the Constitution, as well as of articles 1 and 3 of the Decree no. 31/1954. Thus, according to article 136, last paragraph, of the Constitution, “private property is inviolable, in accordance with the organic law”; according to article 57 of the Constitution, “Romanian citizens, foreign citizens, and stateless persons shall exercise their constitutional rights and freedoms in good faith, without any infringement of the rights and liberties of others”, and, according to its article 44: “(1) The right of property, as well as the debts incurring on the State are guaranteed. The content and limitations of these rights shall be established by law. (2) Private property shall be equally guaranteed and protected by the law, irrespective of its owner. Foreign citizens and stateless persons shall only acquire the right to private property of land under the terms resulting from Romania's accession to the European Union and other international treaties Romania is a party to, on a mutual basis, under the terms stipulated by an organic law, as well as a result of lawful inheritance. (3) No one shall be expropriated, except on grounds of public utility, established according to the law, against just compensation paid in advance. (4) The nationalization or any other measures of forcible transfer of assets to public property based on the owners' social, ethnic, religious, political, or other discriminatory features. (5) For projects of general interest, the public authorities are entitled to use the subsoil of any real estate with the obligation to pay compensation to its owner for the damages caused to the soil, plantations or buildings, as well as for other damages imputable to

internal report between the owner of the right and his/her thing, then, in order for the property not to lose its social character, we would be forced to include it within the content of the obligational civil legal report.

The absolutism concords, in this approach, with the inexigibility of the right. The property right is the only right that is intrinsically non-exigible. Its owner, in order to exercise his/her right, does not need the participation of another person. There is no need for an intermediary. There is no need for a passive subject.¹⁴

7. The undetermined passive subject is a legal fiction whose necessity does not justify itself. It is nothing else than the proclamation of a lack of clarity that has been invented on reasons of stability of the legal system and because of the wish for conceptual perfection of the civil legal relation. The active subject owns the appropriated thing as being his own, and, for everybody else, its object is an alien thing. This means that, from the point of view of all third parties, since it is an object that belongs to someone else, it cannot be argued that there existed some other subject who might have a civil obligation towards the active subject, with the exception of the obligation of inviolability.¹⁵

these authorities. (6) Compensation provided under paragraphs (3) and (5) shall be agreed upon with the owner, or by the decision of the court when a settlement cannot be reached. (7) The right of property compels to the observance of duties relating to environmental protection and insurance of neighborliness, as well as of other duties incumbent upon the owner, in accordance with the law or custom. (8) Legally acquired assets shall not be confiscated. Legality of acquirement shall be presumed. (9) Any goods intended for, used or resulting from a criminal or minor offence may be confiscated only in accordance with the provisions of the law. Then, the normative provision stipulated in article 1 of the Decree no. 31/1954 on the natural and legal person, "The civil rights of natural persons are recognized with a view to satisfying the personal, material and cultural interests, in agreement with the public interests, according to the law and regulations", and article 3, of the same Decree, adds that "the civil rights are protected by the law. They can be exercised only according to their economic and social purpose".

14 F. Zenati, *Les biens*, p. 117.

15 See I. Lulă, *op. cit.*; the author points out that the relation of property cannot have a double volitional character since the opposability of exclusivism, which is of the essence of this right, does not allow, apart from the will of the owner and of the society organized in the state, expressed through the provisions of article 480 Civil Code, the existence of any other subject, passive, with which the respective legal relation to link. The double volitional relation presupposes that all the people on earth should find themselves, at the same time, both as undetermined passive subjects and as concrete legal relations, sprung from the manifestation of subjective will of the parties. Also, the changing of the undetermined passive subject with some other passive subject is totally inconceivable, because that would mean that a subject of law would change with itself, since the latter is formed of all the other persons, with the exception of the owner. Moreover, the equality of the parties in the obligational civil relation means that none of them can impose to the other, in a unilateral manner, either the entry into such a relation nor its content. It is out of the question that the relation of property might fulfill such conditions since this subjective right does not require a service from the part of another person, being intrinsically

The direct relation with the thing is sufficient for the owner in order to be able to enjoy all the uses of the good.

Property is an individual and solitary prerogative. Only the owner holds the monopoly over his/her good.¹⁶

As one can notice, the absolute character is tightly related to the exclusive one, in the sense that the absolute right is exercised in an exclusive manner.

The exclusive character covers both the exclusivism and the exclusivity of the property right. The doctrine underlines the necessity to distinguish between the notions of exclusivism and exclusivity. Exclusivity is a general trait of all subjective rights and signifies the exclusion of people, other than the owner of the right, from its exercise.¹⁷

In this opinion, the exclusivity must be correlated with the erga omnes opposability of the rights. The removal of any person, other than the owner of the right, from the exercise of that right is a manifestation of the right's opposability. The exclusivity protects the owner against third parties. The fact that the good belongs to a determined person means that it does not belong to anyone else. From this perspective, the analysis of exclusivity presupposes rather the analysis of the relations between persons, namely between the owner and third parties, than that of the relations between persons and the thing¹⁸.

As it has been stated, the theory of opposability can give to the property's absolutism all the strength that it needs in order to develop itself, seeking in it the legal basis that it is lacking. The profound study of the theory of opposability in the field of property has departed from the distinction between the opposability of exclusivity and that of the title.¹⁹

8. The opposability of exclusivity is understood as an opposability of appurtenance. The fact that we know that a good is not ours is sufficient for us

inexigible. The passive subject of the property right cannot be identified through the legal operation of determination, since, during the course of this attempt, the mere object of research disappears, because, instead of the passive subject of property we obtain a passive subject of some other relation, namely the obligational one. The fact that the passive subject cannot be identified even by the change of the legal nature of the relation under study, demonstrates its inexistence as element of the property relation and the inconsistency of the personalist thesis.

16 In the sense of the opinion that, for the understanding of the exclusive character of the property right the accent must be placed not upon the plenitude of the owner's prerogatives, but on the latter's monopoly in the exercise of his/her prerogatives, see V. Stoica, *op.cit.*, vol. 1, p. 244.

17 M. Levis, *L'opposabilité du droit réel*, ed. Economica, Paris, 1989, p. 127.

18 F. Zenati, *Les biens*, p. 117.

19 F. Zenati, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, *Revue trimestrielle de droit civil* nr.2/1993, p. 321.

to infer that it belongs to someone else and that we must observe the right of property of that person, without interfering in the exercise of the owner's attributes. Thus, even if the good is corporeal, possession is not necessary in order to underlie the efficacy of property against third parties.²⁰ It is not from the fact that the good is possessed by someone else that we infer that we have to observe the property right over the good, but rather from the fact that we know that this good does not belong to us. The person of the owner is indifferent to us. What we observe is a relation of appurtenance which has someone else as owner for the simple reason that we infer this because of our non-appurtenance.

The abstract character of incorporeal goods can determine third parties to act in an involuntary manner and to harm the owner's interests. The only modality by which they can become aware of the right is that the title should be opposable to them. In the case of incorporeal goods, the right's opposability gets reduced to the title's opposability. The title's opposability does not have the same power as the opposability of exclusivity. In other words, although it is necessary for us to know that a good does not belong to us, this fact is not sufficient in itself, since, in order for the title to be opposable to us, we must know that it belongs to a certain person.²¹

In the situation in which the owner has disposed of his/her good in favor of several persons, the conflicts between the assignees can be solved by applying the principle of opposability. In matter of corporeal movables, the proof of good faith of the assignees result out of assumptions which are not based, essentially, upon the fact of possession. If the owner has remained in possession, the assignees are considered to be in good faith until contrary proof.

In the case of the constitution of real rights over the thing of another, if the right has a corporeal object, the opposability of the dismembered right is the opposability of the property of the corporeal things.²²

In the case of the institution of personal rights, the opposability of the claims depends upon the good faith of the third parties. The latter can contest the opposability of the claim as long as they act in good faith, respectively, as long as they ignore the existence of the wronged right.²³

20 Idem.

21 Idem.

22 Idem.

23 Idem.

Ирина Сфердиан, доцент
Ванредни професор, Правни факултет,
Западни Универзитет, Темишвар, Румунија

АПСОЛУТИЗАМ ПРАВА СВОЈИНЕ

Апстракт

Када кажемо да је право својине апсолутно право ми на првом месту мислимо да оно делује према сваком, *erga omnes*. *Erga omnes* дејство права својине претпоставља да се свако други, осим титулара права својине, мора уздржати од узнемиравања поменутог у вршењу његовог/њеног права, тј. признати и поштовати право својине. У овом случају могућност заштите изједначена је са неповредивошћу и карактерише право својине у истом степену као и свако друго стварно право. У овом првом значењу, карактер апсолутности није нешто специфично само за право својине већ заједничка црта сваког субјективног грађанског права.

Друго, апсолутност права својине није ограничена на могућност заштите права, већ претпоставља чињеницу да је власник једини коме могу припадати сви прерогативи својине, тј. *usus*, *fructus* и *abusus*. Са овим прерогативима сусрећемо се када су у питању имаоци изведених права, која они врше више или мање истовремено са власником, али ни под каквим околностима плодоуживалац или ималац службености не може имати овлашћење да истовремено врши све својинске прерогативе. Стога, својинске атрибуте власник врши на апсолутан начин. По особини апсолутности право својине се разликује од сваког другог стварног права.

Према другом мишљењу апсолутни карактер огледа се у слободи власника да са имовином чини шта год хоће. Не постоје никаква урођења ограничења права својине, већ само ограничења која су спољна у односу на простор апсолутне слободе чињења или нечињења власника. Зато се признаје да је право својине апсолутно само у односу на само себе, за свог имаоца. У овоме је значај непостојања ограничења урођених праву својине.

Затим, својина има апсолутни карактер у том смислу што је општи, глобални појам. Његова дефиниција не зависи од околности. Она се примењује на сваког и све; не разликује се од особе до особе или од власника до власника.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Својина се појављује као апсолутна у смислу стања правне равнотеже које гарантује у погледу правне ситуације добара. Право својине измиче прописивању. Својина апсорбује изведена права да би их објединила у себи самој. Зато, изведена права могу бити привремена и прописана. Службености су изузетак, будући да се сматрају јединим изведеним стварним правом.

Коначно, апсолутни карактер права својине подразумева да се право својине не дефинише у вези са било којим другим правом. Њему ниједно друго право као елемент упућивања није потребно. Својински однос нема одређеног или одредивог пасивног субјекта који може нешто дуговати власнику.

Dr. sc. Dragan Bolanča
redoviti profesor Pravnog fakulteta u Splitu
prorektor Sveučilišta u Splitu

UDK: 378.014.3 (497.5)

PRAVNA I FUNKCIONALNA INTEGRACIJA SVEUČILIŠTA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Абстракт

U akademskoj godini 2006./2007. u Republici Hrvatskoj započela je provedba Bolonjskog procesa s ciljem da se do 2010. godine zajedno sa 45 zemalja potpisnica Bolonjske deklaracije uspostavi zajednički europski prostor visokog obrazovanja. Tijekom razdoblja do uvođenja novog modela visokog obrazovanja intenzivno su stvarane zakonske i institucionalne pretpostavke za provedbu novog procesa. Zakonodavni je okvir za prvu fazu procesa dovršen u srpnju 2004. godine izmjenama i dopunama Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju («Narodne novine», br. 123/03, 198/03, 105/04 i 174/04) i stupanjem na snagu Zakona o priznavanju inozemnih obrazovnih kvalifikacija («Narodne novine», br. 158/03, 198/03 i 130/06). Usporedno se odvijala uspostava novih tijela i institucija sustava. Stvaranje institucionalnog okvira započelo je u travnju 2004. godine imenovanjem Nacionalne skupine za praćenje Bolonjskog procesa, nastavljeno je u drugoj polovini iste godine ustrojavanjem Nacionalnog ENIC/NARIC ureda i imenovanjem Nacionalnog vijeća za visoko obrazovanje i Nacionalnog vijeća za znanost, a zaključeno je ustrojavanjem Agencije za znanost i visoko obrazovanje u ožujku 2005. godine.

Bolonjski proces obuhvatio je sva hrvatska sveučilišta, počev od najstarijeg (u Zagrebu, osnovanog 1669. godine), preko Rijeke (1973. godine), Splita (1974. godine), Osijeka (1975. godine) do onih najmlađih Zadra (2002. godine), Dubrovnika (2003. godine) i Pule (2006. godine). Dosadašnja praksa pokazala je da su starija i najveća hrvatska sveučilišta kroz dugi niz godina bila organizirana disfunkcionalno, tako da su sastavnice potpuno neovisno o cjelini akademskog života i poslovanja na razini sveučilišta kreirale svoju politiku. Nova reforma zahtijeva financijsku, funkcionalnu i pravnu integriranost sveučilišta. Uvođenje novog modela cjelovitog financiranja visokih učilišta (tzv. *lump sum* model) od početka 2006. godine omogućio je visokim učilištima autonomno upravljanje sredstvima osiguranim putem Državnog proračuna, pa

predstavlja finansijski aspekt integracije. Legislativni okvir i pojedina statutarna rješenja omogućuju funkcionalnu integraciju prvenstveno putem učinkovitijeg organizacijskog modela povezivanja raznih sveučilišnih dijelova i djelovanja. Međutim, u zakonskim rješenjima nema ni riječi o pravnoj integraciji, pa stoga ostaje otvoreno podrazumijeva li pravno integriranje sveučilišta ukinuće pravne osobnosti sastavnica ili ne, koji stupanj «pravne» autonomije treba ostaviti sastavnicama i u kojim dijelovima upravljanja treba zadržati njihovu autonomiju. Pretpostavka je da odgovor na navedena pitanja nije jednoznačan za sva hrvatska sveučilišta. Osim toga, određene promjene pravnog statusa sastavnica sveučilišta povlače za sobom niz pravnih pitanja i potrebnih pravnih usaglašavanja na razini cjelokupnog pravnog sustava u Hrvatskoj.

Ključne reči: sveučilište, boljski proces, integracija

U akademskoj godini 2006./2007. u Republici Hrvatskoj započela je provedba Bolonjskog procesa s ciljem da se do 2010. godine zajedno sa 45 zemalja potpisnica Bolonjske deklaracije uspostavi zajednički europski prostor visokog obrazovanja. Tijekom razdoblja do uvođenja novog modela visokog obrazovanja intenzivno su stvarane zakonske i institucionalne pretpostavke za provedbu novog procesa. Zakonodavni je okvir za prvu fazu procesa dovršen u srpnju 2004. godine izmjenama i dopunama Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju («Narodne novine», br. 123/03, 198/03, 105/04 i 174/04) i stupanjem na snagu Zakona o priznavanju inozemnih obrazovnih kvalifikacija («Narodne novine», br. 158/03, 198/03 i 130/06). Usporedno se odvijala uspostava novih tijela i institucija sustava. Stvaranje institucionalnog okvira započelo je u travnju 2004. godine imenovanjem Nacionalne skupine za praćenje Bolonjskog procesa, nastavljeno je u drugoj polovini iste godine ustrojavanjem Nacionalnog ENIC/NARIC ureda i imenovanjem Nacionalnog vijeća za visoko obrazovanje i Nacionalnog vijeća za znanost, a zaključeno je ustrojavanjem Agencije za znanost i visoko obrazovanje u ožujku 2005. godine.

Bolonjski proces obuhvatio je sva hrvatska sveučilišta, počev od najstarijeg (u Zagrebu, osnovanog 1669. godine), preko Rijeke (1973. godine), Splita (1974. godine), Osijeka (1975. godine) do onih najmlađih Zadra (2002. godine), Dubrovnika (2003. godine) i Pule (2006. godine). Dosadašnja praksa pokazala je da su starija i najveća hrvatska sveučilišta kroz dugi niz godina bila organizirana disfunkcionalno, tako da su sastavnice potpuno neovisno o cjelini akademskog života i poslovanja na razini sveučilišta kreirale svoju politiku.

Nova reforma zahtijeva finansijsku, funkcionalnu i pravnu integriranost sveučilišta. Uvođenje novog modela cjelovitog financiranja visokih učilišta (tzv. lump sum model) od početka 2006. godine omogućio je visokim učilištima autonomno upravljanje sredstvima osiguranim putem Državnog proračuna, pa predstavlja finansijski aspekt integracije. Legislativni okvir i pojedina statutarna rješenja omogućuju funkcionalnu integraciju prvenstveno putem učinkovitijeg organizacijskog modela povezivanja raznih sveučilišnih dijelova i djelovanja. Međutim, u zakonskim rješenjima nema ni riječi o pravnoj integraciji, pa stoga ostaje otvoreno podrazumijeva li pravno integriranje sveučilišta ukinuće pravne osobnosti sastavnica ili ne, koji stupanj «pravne» autonomije treba ostaviti sastavnicama i u kojim dijelovima upravljanja treba zadržati njihovu autonomiju. Pretpostavka je da odgovor na navedena pitanja nije jednoznačan za sva hrvatska sveučilišta. Osim toga, određene promjene pravnog statusa sastavnica sveučilišta povlače za sobom niz pravnih pitanja i potrebnih pravnih usaglašavanja na razini cjelokupnog pravnog sustava u Hrvatskoj.

1. U V O D

Suvremeni trendovi globalizacije tržišta i njihove refleksije na planu obrazovanja zahvatile su Europu sredinom devedesetih godina prošlog stoljeća. U nastojanju jačanja konkurentnosti i kompatibilnosti europskog obrazovanja s međunarodnim strukturama koncipirana je ideja o europskom području visokog obrazovanja (EHEA).¹ Potonje su inicijative bile najprije prezentirane u deklaracijama iz Sorbonne (1988.)² i Bologne (1999.).³ Bolonjski proces je i u

1 EHEA, engl. European Higher Education Area.

2 Zajednička deklaracija o harmonizaciji strukture visokog školstva u Europi potpisana je u Parizu (Sorbonna), 25. svibnja 1998. god. od strane ministara Francuske, Njemačke, Italije i Velike Britanije. Ta je deklaracija naglasila središnju ulogu sveučilišta u razvitku europskog kulturnog kruga – pobjeđe Helena Jasna Mencer – Nada Čikeš – Vera Turković – Ivan Vicković – Ana Ružička – Giovanna Kirinić: Međunarodna suradnja u visokom obrazovanju – europski sustav prijenosa bodova (ECTS), «Sveučilišni vjesnik», Zagreb, posebni broj, 2000., str. 8. – 9.

3 Bolonjska deklaracija izrijeком upozorava na temeljna načela Magne Charte Universitatum koja je potpisana u Bologni 1988. god. Prema Magna Charti osnovan je Observatory, kojemu je cilj skupljanje informacija, priprema dokumenata i izražavanje mišljenja koji se odnose na poštivanje i zaštitu temeljnih sveučilišnih vrijednosti i prava. U tom se dokumentu o Hrvatskoj kaže: «Rascjepkanost sveučilišta u brojne neovisne jedinice koje se s Vladom odvojeno sporazumijevaju oko svoje uloge i proračuna, ugrožava integritet pa čak i sam pojam sveučilišta kao autonomne akademske ustanove koja je kadra preuzeti odgovornost za sveobuhvatno institucionalno upravljanje i koordinaciju, za kvalitetu i primjerenost svojih nastavnih i istraživačkih aktivnosti, te za svoju cjelokupnu odgovornost društvu. Samo se sveučilišta koja imaju mogućnost utvrđivanja svoje zadaće prioriteta, koja donose strateške odluke, koja sklapaju ugovore i dodjeljuju novčana sredstva imajući u vidu čitavu ustanovu mogu nazivati autonomnima» - Davor Rajčić: Komentar Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom

Republici Hrvatskoj postao glavna referenca restrukturiranja visokoškolskog sustava, jer je u akademskoj godini 2006./2007. započela provedba tog procesa s ciljem da se do 2010. godine zajedno sa 45 zemalja potpisnica Bolonjske deklaracije uspostavi zajednički europski prostor visokog obrazovanja. Povijest nam ukazuje da se visoko školstvo u Hrvatskoj nalazilo nekoliko puta pred većim ili manjim preustrojem, ali preobrazba zacijelo nikada nije zahvaćala toliko temeljito studijske programe i i ustroj sveučilišta kao Bolonjski proces. Ranije su reforme imale proturječne učinke. Osebujan je akademski način rada sačuvao vitalnost u nekim elementima, ali je zato u cjelini sveučilište gubilo svoju središnju ulogu u upravljanju sastavnicama i počelo se zapletati u neriješenim međusobnim odnosima.⁴ Reformski pokušaj obnove hrvatskih sveučilišta započeo je Zakonom o visokim učilištima iz 1993. god.⁵, ali premda je imao znatan broj dobrih rješenja, on je posegnuo za novim ustrojem sveučilišta po američkom tzv. odjelskom modelu, koji nije odgovarao srednjoeuropskoj tradiciji u kojoj se razvijao akademski život u Hrvatskoj. Fakulteti su sa svojim stečenim pravima i pravnom osobnošću, pružili žestok otpor, pa nije došlo do masovnog osnivanja odjela, kako se najavljivalo, nego su to činila samo nova manja sveučilišta. Tako se dogodilo da u preradikalnom zahtjevu reforma nije bitno promijenila postojeće stanje, nego je samo pojačala nered i razmrvljenost sveučilišta.⁶ Stoga se i postavlja opravdano pitanje, hoće li bolonjska preobrazba visokog obrazovanja biti uspješnija od drugih?

2. ZAKON O ZNANSTVENOJ DJELATNOSTI I VISOKOM OBRAZOVANJU IZ 2003. GOD.

Zakon o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju iz 2003. god. (dalje – ZZDVO)⁷ stupio je na snagu dana 15. kolovoza 2003. god., a primjenjuje se od 01. siječnja 2005. god. (čl. 124). Tijekom razdoblja do uvođenja novog modela visokog obrazovanja u akademskoj 2005/2006 godini intenzivno su stvarane zakonske i institucionalne pretpostavke za provedbu

obrazovanju, Zagreb, 2005., str. 167. Hrvatska je pristupila Bolonjskoj deklaraciji u Pragu 2001. god.

⁴ Tako Pavo Barišić: Zakonski i institucionalni okvir Bolonjskog procesa, Zbornik radova sa međunarodnog znanstveno-stručnog savjetovanja «Bolonjska deklaracija – put do europske diplome», Split, 2006., str. 25.

⁵ Vidi «Narodne novine», br. 96/93, 34/94, 48/95, 29/96, 54/96, 59/96, 14/00, 26/00, 67/00, 94/00 i 129/00.

⁶ Ibid., ste. 25.

⁷ Vidi «Narodne novine», br. 123/03, 105/04, 174/04 i 46/07. ZZDVO je derogirao Zakon o visokim učilištima iz 1993. god. i Zakon o znanstvenoistraživačkoj djelatnosti iz 1993. god.

novog procesa. Zakonodavni je okvir za prvu fazu procesa dovršen u srpnju 2004. godine izmjenama i dopunama ZZDVO-a i stupanjem na snagu Zakona o priznavanju inozemnih obrazovnih kvalifikacija.⁸ Usporedno se odvijala uspostava novih tijela i institucija sustava. Stvaranje institucionalnog okvira započelo je u travnju 2004. godine imenovanjem Nacionalne skupine za praćenje Bolonjskog procesa, nastavljeno je u drugoj polovini iste godine ustrojavanjem Nacionalnog ENIC/NARIC ureda⁹ i imenovanjem Nacionalnog vijeća za visoko obrazovanje¹⁰ i Nacionalnog vijeća za znanost,¹¹ a zaključeno

8 Vidi «Narodne novine», br. 158/03, 198/03, 130/06 i 138/06. Taj je zakon usklađen s Lisabonskom konvencijom iz 1997. god. o priznavanju visokoškolskih kvalifikacija u području Europe, čime je olakšan i unaprijeđen sustav priznavanja inozemnih obrazovnih kvalifikacija.

9 ENIC (engl. European National Information Centre on Academic Recognition and Mobility) – Europsko informacijsko središte za akademsko priznavanje i pokretljivost, NARIC (engl. National Academic Recognition Information Centre) – Nacionalni informacijski centar za akademjsko priznanje.

10 Nacionalno vijeće za visoko obrazovanje je stručno i savjetodavno tijelo koje brine za razvitak i kvalitetu cjelokupnog sustava visokog obrazovanja Republike Hrvatske. Radi izvršenja svoje zadaće Nacionalno vijeće za visoko obrazovanje: 1.predlaže i potiče donošenje mjera za unapređenje visokog obrazovanja, 2. predlaže projekciju mreže javnih visokih učilišta u Republici Hrvatskoj, 3.daje suglasnost na uvjete Rektorskog zbora i Vijeća veleučilišta i visokih škola za stjecanje znanstveno-nastavnih, umjetničko-nastavnih i nastavnih zvanja, 4.predlaže ministru pravilnike o mjerilima i kriterijima za osnivanje i vrednovanju visokih učilišta i studijskih programa, 5.imenuje recenzente i daje mišljenje o osnivanju novih visokih učilišta i studijskih programa, 6.provodi vrednovanje visokih učilišta i studijskih programa te predlaže ministru izdavanje dopusnica, 7.obavlja i druge poslove utvrđene ovim Zakonom i drugim propisima (čl. 7. ZZDVO-a).

11 Nacionalno vijeće za znanost je stručno i savjetodavno tijelo koje se brine za razvitak i kvalitetu cjelokupne znanstvene djelatnosti i sustava znanosti u Republici Hrvatskoj, sukladno ovome Zakonu. Radi izvršenja svoje zadaće Nacionalno vijeće za znanost: 1.raspravlja pitanja od važnosti za znanstvenu djelatnost te predlaže i potiče donošenje mjera za njezino unapređenje, 2.predlaže ministru nadležnom za poslove znanosti i visokog obrazovanja (u daljnjem tekstu: ministar) pravilnik o vrednovanju znanstvenih projekata, kolaborativnih znanstvenih programa i znanstvenih organizacija, 3.nadzire kvalitetu znanstvenih organizacija te ih vrednuje sukladno ovom Zakonu i utvrđenim kriterijima, 4.utvrđuje znanstvena i umjetnička područja, polja i grane te interdisciplinarna znanstvena i umjetnička područja, 5.imenuje područna znanstvena i umjetnička vijeća te matične odbore za pojedina polja, 6. pobliže utvrđuje uvjete za stjecanje znanstvenih zvanja, u skladu s ovim Zakonom, 7.utvrđuje uvjete koje trebaju ispuniti znanstvene organizacije da bi dobile ovlaštenje za provođenje postupka izbora u znanstvena zvanja, 8. provodi vrednovanje znanstvenih projekata, kolaborativnih znanstvenih programa, natječaja za nabavku znanstvene opreme i infrastrukture i suradničkih radnih mjesta, te predlaže ministru njihovo financiranje, 9.daje mišljenje o znanstvenim projektima na zahtjev neovisnih izvora financiranja znanstvene djelatnosti, 10.predlaže proglašavanje znanstvenih centara izvrsnosti i provodi njihovo vrednovanje, 11.daje mišljenje o osnivanju znanstveno-tehnoloških parkova te 12.obavlja i druge poslove utvrđene ovim Zakonom i drugim propisima (čl. 6. ZZDVO-a).

je ustrojavanjem Agencije za znanost i visoko obrazovanje¹² u ožujku 2005. godine. Krajem lipnja 2005. god. ispunjen je najzahtjevniji bolonjski prioritet – restrukturiranje postojećih i priprema novih studijskih programa.¹³ Bolonjski proces obuhvatio je sva hrvatska sveučilišta, počev od najstarijeg (u Zagrebu, osnovanog 1669. godine), preko Rijeke (1973. godine), Splita (1974. godine), Osijeka (1975. godine) do onih najmlađih Zadra (2002. godine), Dubrovnika (2003. godine) i Pule (2006. godine).

Jedna od osnovnih karakteristika ZZDVO-a jest ona o minimalnom zakonskom normiranju rada hrvatskih sveučilišta, uz ostavljanje autonomne slobode sveučilištima da, polazeći od danih specifičnosti, internom regulacijom utvrde svoj ustroj i sustav upravljanja. Pitanje je u kojoj su mjeri sveučilišta uspješno realizirala tu temeljnu zakonsku postavku, jer se uspješnost ovdje

12 Agencija za znanost i visoko obrazovanje (u daljnjem tekstu: Agencija) je specijalizirana ustanova koju uredbom osniva Vlada Republike Hrvatske radi provođenja stručnih poslova pri vrednovanju znanstvene djelatnosti i visokog obrazovanja te obavljanja poslova vezanih uz priznavanje diploma i kvalifikacija, sukladno ovom Zakonu. Ustroj i način rada Agencije utvrđuju se osnivačkim aktom. Agencija obavlja stručne poslove u postupku vrednovanja: 1.znanstvenih organizacija, odnosno visokih učilišta, 2.znanstvenih projekata i kolaborativnih znanstvenih programa prijavljenih na natječaje Ministarstva, znanstvenih projekata prijavljenih na natječaje drugih ministarstava i ostalih korisnika proračuna kao i znanstvenih projekata koje financiraju drugi izvori na njihov zahtjev, 3.nacionalne znanstvene mreže, posebice u odnosu na racionalno i svrhovito korištenje kapitalne znanstvene opreme, 4.studijskih programa na visokim učilištima, 5.sustava za unapređenje i kontrolu kvalitete koji se uspostavljaju na visokim učilištima, odnosno u postupku akreditacije studijskih programa, 6. prikuplja i obrađuje na nacionalnoj razini podatke vezane uz sustav znanstvene djelatnosti i visokog obrazovanja. Sukladno pravilniku koji donosi ministar na prijedlog Nacionalnog vijeća za visoko obrazovanje, Agencija osigurava Hrvatskom izvještajnom centru o akademskoj pokretljivosti i provodi osnivanje: nacionalne mreže za osiguravanje kvalitete visokog obrazovanja, uključene u europsku mrežu za osiguravanje kvalitete, Nacionalnog informacijskog centra i nacionalne mreže ureda za prepoznavanje diploma i kvalifikacija ostvarenih u obrazovnim sustavima izvan Republike Hrvatske, koji su uključeni u europsku mrežu informacijskih centara (European Network of Information Centers – ENIC). U svom radu pri izvršavanju zadaća Agencija angažira vanjske (domaće i inozemne) suradnike – stručnjake za određeno područje znanstvene djelatnosti ili visokog obrazovanja. Agencija izvještuje Nacionalno vijeće za znanost i Nacionalno vijeće za visoko obrazovanje o provedenim postupcima i njihovim rezultatima, a ta Vijeća na temelju izvješća Agencije donose odgovarajuće odluke (čl. 15. ZZDVO-a).

13 Preko 9000 nastavnika i njihovih suradnika sudjelovalo je u izradi 835 preddiplomskih i diplomskih studijskih programa. U postupku vrednovanja koje je provodilo Nacionalno vijeće za visoko obrazovanje sudjelovalo je oko 1050 domaćih i stranih recezenata, izvjestitelja i stručnih suradnika – pobjliže Dragan Primorac: Daljnji izazovi Bolonjskog procesa, Zbornik radova sa međunarodnog znanstveno-stručnog savjetovanja «Bolonjska deklaracija – put do europske diplome», Split, 2006., str. 14.

ogleda u tome do koje su mjere sveučilišta, prvenstveno temeljem svojih statuta, dosegla funkcionalnu integraciju, odnosno do koje mjere se povećala razina povezivanja raznih sveučilišnih dijelova i djelovanja. Ostvarenje funkcionalne integracije omogućene prvenstveno putem učinkovitijeg organizacijskog modela pretpostavka je za pravnu integraciju. Jedan od ključnih instrumenata za integriranje sveučilišta jest i raspodjela financijskih sredstava tj. potrebna je financijska integriranost sveučilišta kroz uvođenje novog modela cjelovitog financiranja visokih učilišta (tzv. lump – sum model).

3. FUNKCIONALNA INTEGRACIJA SVEUČILIŠTA

Sveučilište je ustanova koja ustrojava i izvodi sveučilišne studije te obavlja i znanstveno-istraživačku, umjetničku i stručnu djelatnost.¹⁴ Neupitno je da je sveučilište pravna osoba, ali ZZDVO izrijeком ne uređuje pravni status fakulteta i ostalih sastavnica sveučilišta, jer je to ostavljeno samim sveučilištima da to urede temeljem propisa.¹⁵ Međutim, zakon traži da sastavnice sveučilišta djeluju jedinstveno i usklađeno, prvenstveno u akademskim pitanjima, financijskom poslovanju i investicijama, utvrđivanju znanstvenoistraživačkih prioriteta i u međunarodnoj suradnji (čl. 53., st. 2.).¹⁶ Dakle, pod funkcionalnom integriranošću treba prvenstveno razumjeti jedinstven nastup sveučilišta i njegovih sastavnica u akademskim, znanstvenim i financijskim poslovima.¹⁷

14 Sukladno svojoj zadaći iz članka 3. ovoga Zakona sveučilišta su obrazovne ustanove koje povezivanjem znanstvenog istraživanja, umjetničkog stvaralaštva, studija i nastave razvijaju znanost, struku i umjetnost, pripremaju studente za obavljanje profesionalnih djelatnosti na temelju znanstvenih spoznaja i metoda kao i umjetničkih vrijednosti, obrazuju znanstveni i umjetnički podmladak, sudjeluju u ostvarivanju društvenih interesa studenata te promiču međunarodnu, posebice europsku suradnju u visokom obrazovanju te znanstvenoj i umjetničkoj djelatnosti. O ispunjavanju svojih zadaća, posebno u izgradnji hrvatske nacionalne kulture, sveučilišta obavještavaju javnost najmanje jednom godišnje (čl. 53., st. 1. ZZDVO-a).

15 Statuti svih hrvatskih sveučilišta izričito predviđaju da su fakulteti pravne osobe.

16 Sveučilište integrira funkcije svojih sastavnica, posebno fakulteta, akademija i odjela (dalje: funkcionalna integracija) te putem svojih tijela osigurava njihovo jedinstveno i usklađeno djelovanje u skladu sa strateškim i razvojnim odlukama o akademskim pitanjima i o profiliranju znanstvenih istraživanja te jedinstveno i usklađeno djelovanje u financijskom poslovanju i pravnom prometu, investicijama, razvojnim planovima te u nastupu prema vanjskim partnerima u znanstvenim djelatnostima i visokom obrazovanju. Sveučilište osigurava unutarnju i vanjsku mobilnost studenata i nastavnika, racionalno korištenje ljudskih i materijalnih resursa, razvoj multidisciplinarnih studija te nadzor i stalni rast kvalitete kao i konkurentnosti nastavnoga, znanstvenoga, umjetničkog i stručnog rada. Sveučilište razvija jedinstveni informacijski i knjižnični sustav (čl. 53., st. 2. ZZDVO-a).

17 Tako Rajčić, op. cit., str. 167.

Ostvarenje funkcionalne integracije omogućene prvenstveno putem učinkovitijeg organizacijskog modela, pretpostavka je za pravnu integraciju.

4. PRAVNA INTEGRACIJA SVEUČILIŠTA

ZZDVO samo na jednom mjestu spominje pravnu integraciju sveučilišta i to među završnim i prijelaznim odredbama (čl. 114., st. 6.) gdje se navodi da pravno integriranje sveučilišta započinje danom stupanja na snagu zakona,¹⁸ a završit će se najkasnije do 31. prosinca 2007. god. Međutim, i ta je jedina odredba ukinuta odlukom Ustavnog suda Republike Hrvatske br.: U-I-1707/2006 od 20. prosinca 2006. god.¹⁹ Naime, Ustavni sud je ocijenio da ta odredba nije u suglasnosti s načelom vladavine prava, najvišom vrednotom ustavnog poretka Republike Hrvatske utvrđenom u članku 3. Ustava Republike Hrvatske, jer je razvidno da ona ne ispunjava zahtjeve koje pred nju postavlja načelo vladavine prava. Ona sadrži nejasan i neodređen pojam «pravnog integriranja sveučilišta» koji zakonom nije razrađen. Također nije jasno na koji bi se način pravno integriranje sveučilišta provelo, koje bi subjekte to integriranje trebalo obuhvatiti i koje bi pravne posljedice ono trebalo izazvati. Nadalje, Ustavni je sud utvrdio da osporena odredba ugrožava i jamstvo autonomije sveučilišta propisano u članku 67. Ustava. Taj je sud napomenuo da svako sveučilište ima svojstvo pravne osobe s javnim ovlastima. Pravnu osobnost mogu imati, a danas većinom i imaju, i njegova učilišta (fakulteti i umjetničke akademije). Pravna osobnost sveučilišta i mogućnost stjecanja pravne osobnosti njezinih sastavnica izraz je sveučilišne autonomije, jer autonomija obuhvaća sveučilište odnosno drugo visoko učilište unutar sveučilišnog sustava, ali i svaku pojedinu članicu sveučilišta tj. svaki pojedini fakultet ili drugu ustrojbenu jedinicu unutar pojedinog sveučilišta. Hoće li sveučilišta imati sastavnice u svojstvu pravnih osoba ili ne uređuje se općim aktima sveučilišta, jer je to izraz njihove Ustavom zajamčene autonomije i njihova ustavnog prava da samostalno odlučuju o svom ustrojstvu i djelovanju, a u skladu sa zakonom. Sud je zaključio da ukinuta odredba dovodi do narušavanja Ustavom zajamčene autonomije sveučilišta, jer priječi sveučilištu samostalno uređivanje njegova unutarnjeg ustroja u vezi s pravnom osobnošću njegovih sastavnica.

I nakon donošenja naprijed navedene odluke Ustavnog suda, u praksi su ostala otvorena mnogobrojna pitanja. Podrazumijeva li pravno integriranje sveučilišta ukinuće pravne osobnosti sastavnica ili ne? Koji stupanj pravne

18 Tj od 15. kolovoza 2003. god.

19 Vidi «Narodne novine», br. 2/07.

autonomije treba ostaviti sastavnicama i u kojim dijelovima upravljanja treba zadržati njihovu autonomiju? Moraju li se sva sveučilišta pravno integrirati na identičan način? Smatramo da odgovor na postavljena pitanja nije jednoznačan za sva hrvatska sveučilišta. Naime, prilikom utvrđenja kriterija za pravnu integraciju sveučilišta samo neka od relevantnih uporišta su veličina pojedinog sveučilišta, broj sastavnica i učinkovitost postojećih organizacijskih modela.

5. FINACIJSKA INTEGRACIJA SVEUČILIŠTA

Uvođenje novog modela cjelovitog financiranja visokih učilišta (tzv. lump sum model) od početka 2006. godine omogućio je visokim učilištima autonomno upravljanje sredstvima osiguranim putem Državnog proračuna, pa predstavlja finacijski aspekt integracije. Financiranje znanstvene djelatnosti i visokog obrazovanja uređeno je odredbama čl. 107.,²⁰ čl. 108.²¹ i čl. 109.²²

20 Visoka učilišta, instituti i druge znanstvene organizacije financiraju se iz: 1.sredstava osnivača, 2.državnog proračuna Republike Hrvatske, 3.proračuna županija, gradova i općina, 4.Nacionalne zaklade za znanost, visoko školstvo i tehnologijski razvoj Republike Hrvatske, 5.vlastitih prihoda ostvarenih na tržištu od školarina, istraživačkih, umjetničkih i stručnih projekata, elaborata, ekspertiza, nakladničke i drugih djelatnosti, 6.sveučilišnih i ostalih zaklada, ostvarene dobiti trgovačkih društava i drugih pravnih osoba iz članka 66. ovoga Zakona, 7. izravnih ulaganja pojedinaca, trgovačkih društava i drugih pravnih osoba, 8.donacija te 9.ostalih izvora (st. 1.). Sveučilišta, veleučilišta, visoke škole i javni znanstveni instituti mogu se financirati samo iz onih izvora koji ne utječu na njihovu neovisnost i dostojanstvo. Vlastiti prihodi mogu se ostvarivati samo djelatnostima koje ne štete ostvarenju osnovnih zadaća sveučilišta, veleučilišta, visokih škola i javnih znanstvenih instituta (st. 2.).

21 Savjet za financiranje znanstvene djelatnosti i visokog obrazovanja razrađuje kriterije za raspodjelu proračunskih sredstava za znanstvenu djelatnost i visoko obrazovanje te ih predlaže Nacionalnom vijeću za znanost i Nacionalnom vijeću za visoko obrazovanje (st. 1.). Nacionalno vijeće za znanost i Nacionalno vijeće za visoko obrazovanje konačno utvrđuju kriterije iz stavka 1. ovoga članka i objavljuju ih na Internetu (st. 2.). Ministarstvo prikuplja prijedloge proračuna znanstvenih organizacija i sveučilišta, veleučilišta i visokih škola te sačinjava prijedlog proračuna za financiranje znanosti i visokog obrazovanja. Tako izrađeni prijedlog dostavlja Savjetu za financiranje znanosti i visokog obrazovanja (st. 3.). Savjet, uzimajući u obzir kriterije iz stavka 1. ovoga članka razmatra prijedlog proračuna te ga sa svojim mišljenjem dostavlja Nacionalnom vijeću za znanost i Nacionalnom vijeću za visoko obrazovanje. Oni donose konačan prijedlog raspodjele sredstava i dostavljaju ga ministru. Prijedlog obuhvaća ukupne iznose za pojedina sveučilišta, veleučilišta, visoke škole, znanstvene institute i druge znanstvene organizacije te iznose za financiranje znanstvenih projekata, kolaborativnih znanstvenih programa, suradničkih radnih mjesta i nabavku znanstvene opreme te iznose troškova rada Nacionalnog vijeća za znanost, Nacionalnog vijeća za visoko obrazovanje, Agencije i drugih tijela (st. 4.). U postupku donošenja prijedloga proračuna Vlade Republike Hrvatske i njegovog razmatranja u Hrvatskom saboru ministar će se konzultirati o mogućim preinakama prijedloga s Nacionalnim vijeću za znanost i Nacionalnim vijećem za visoko obrazovanje te sa Savjetom kao njihovim savjetodavnim tijelom, sve do konačnog izglasavanja proračuna za narednu proračunsku godinu (st. 5.). Sredstva

ZZDVO-a. Te se odredbe odnose na sva visoka učilišta, bez obzira jesu li ona javna ili privatna. Dosadašnja praksa je ukazala na manjkavosti u provedbi navedenih zakonskih odredaba, jer još uvijek nisu doneseni kriteriji niti formirana tijela za raspodjelu proračunskih sredstava. Jedino više ne postoji mogućnost samostalnog i izravnog pregovaranja pojedine sastavnice s Ministarstvom znanosti, obrazovanja i sporta ili Vladom Republike Hrvatske, jer to narušava integriranost sveučilišta, a time i njegovu autonomiju.

6. ZAKLJUČAK

U akademskoj godini 2006./2007. u Republici Hrvatskoj započela je provedba Bolonjskog procesa s ciljem da se do 2010. godine zajedno sa 45 zemalja potpisnica Bolonjske deklaracije uspostavi zajednički europski prostor visokog obrazovanja. Tijekom razdoblja do uvođenja novog modela visokog obrazovanja intenzivno su stvarane zakonske i institucionalne pretpostavke za provedbu novog procesa. Zakonodavni je okvir za prvu fazu procesa dovršen u srpnju 2004. godine izmjenama i dopunama Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju («Narodne novine», br. 123/03, 198/03, 105/04 i 174/04) i stupanjem na snagu Zakona o priznavanju inozemnih obrazovnih kvalifikacija («Narodne novine», br. 158/03, 198/03 i 130/06). Usporedno se odvijala uspostava novih tijela i institucija sustava. Stvaranje institucionalnog okvira započelo je u travnju 2004. godine imenovanjem Nacionalne skupine za praćenje Bolonjskog procesa, nastavljeno je u drugoj polovini iste godine ustrojavanjem Nacionalnog ENIC/NARIC ureda i imenovanjem Nacionalnog

za razvoj sustava znanosti i visokog obrazovanja, znanstveno izdavaštvo, znanstvene konferencije te znanstvene i znanstveno-stručne udruge u ukupnom iznosu do 10% ukupnih proračunskih sredstava za znanstvenu djelatnost i visoko obrazovanje raspoređuje ministar na temelju javnog natječaja i mišljenja odgovarajućih povjerenstava Nacionalnog vijeća za znanost i Nacionalnog vijeća za visoko obrazovanje (st. 6.). Minimalne plaće sudionika u znanosti i visokom obrazovanju utvrđuju se kolektivnim ugovorom u skladu sa zakonom (st. 7.).

22 Javna sveučilišta, veleučilišta i visoke škole financiraju se iz državnog proračuna uzimajući u obzir utvrđene kapacitete pojedinoga visokog učilišta, cijenu pojedinih studija te ocjenu o njihovoj kvaliteti na temelju vrednovanja iz članka 16. ovoga Zakona (st. 1.). Iz državnog proračuna mogu se financirati i privatna visoka učilišta prema pravilima koje utvrđuje Nacionalno vijeće, uzimajući u obzir raspoloživa sredstva i kvalitetu tih učilišta te vodeći računa o tome odgovaraju li njihovi kapaciteti potrebama za obrazovanjem na određenom znanstvenom, umjetničkom ili stručnom području (st. 2.). Sredstva iz državnog proračuna namijenjena sveučilištima, veleučilištima i visokim školama doznajuju im se kao ukupni iznos za njihov rad a oni ih svojim proračunom raspoređuju na pojedine troškovne stavke, sukladno statutu i odlukama svojih nadležnih tijela. Proračun sveučilišta donosi senat na prijedlog sveučilišnog vijeća, a proračun veleučilišta i visoke škole stručno vijeće na prijedlog dekana (st. 3.). Sastavnice sveučilišta dio vlastitih prihoda iz članka 107. stavka 1. ovoga Zakona izdvajaju u proračun sveučilišta za kapitalna ulaganja i razvojne programe, sukladno općim aktima sveučilišta (st. 4.).

vijeća za visoko obrazovanje i Nacionalnog vijeća za znanost, a zaključeno je ustrojavanjem Agencije za znanost i visoko obrazovanje u ožujku 2005. godine.

Bolonjski proces obuhvatio je sva hrvatska sveučilišta, počev od najstarijeg (u Zagrebu, osnovanog 1669. godine), preko Rijeke (1973. godine), Splita (1974. godine), Osijeka (1975. godine) do onih najmlađih Zadra (2002. godine), Dubrovnika (2003. godine) i Pule (2006. godine). Dosadašnja praksa pokazala je da su starija i najveća hrvatska sveučilišta kroz dugi niz godina bila organizirana disfunkcionalno, tako da su sastavnice potpuno neovisno o cjelini akademskog života i poslovanja na razini sveučilišta kreirale svoju politiku. Nova reforma zahtijeva financijsku, funkcionalnu i pravnu integritetnost sveučilišta. Uvođenje novog modela cjelovitog financiranja visokih učilišta (tzv. lump sum model) od početka 2006. godine omogućio je visokim učilištima autonomno upravljanje sredstvima osiguranim putem Državnog proračuna, pa predstavlja financijski aspekt integracije. Legislativni okvir i pojedina statutarna rješenja omogućuju funkcionalnu integraciju prvenstveno putem učinkovitijeg organizacijskog modela povezivanja raznih sveučilišnih dijelova i djelovanja. Međutim, u zakonskim rješenjima nema ni riječi o pravnoj integraciji, pa stoga ostaje otvoreno podrazumijeva li pravno integriranje sveučilišta ukinuće pravne osobnosti sastavnica ili ne, koji stupanj «pravne» autonomije treba ostaviti sastavnicama i u kojim dijelovima upravljanja treba zadržati njihovu autonomiju. Pretpostavka je da odgovor na navedena pitanja nije jednoznačan za sva hrvatska sveučilišta. Osim toga, određene promjene pravnog statusa sastavnica sveučilišta povlače za sobom niz pravnih pitanja i potrebnih pravnih usaglašavanja na razini cjelokupnog pravnog sustava u Hrvatskoj. Međutim, Bolonjski proces zahtijeva neprestano promišljanje, preispitivanje i dograđivanje.²³

23 Tako Dragan Primorac: *Finale prve faze provedbe Bolonjskog procesa*, Posebni prilog Vjesnika i Ministarstva znanosti, obrazovanja i sporta, Zagreb, 28. lipnja, 2005., str. 3. i Arsen Bačić: *Finis origine pendet – treba li nam etnografija Bolonjskog procesa*, Zbornik radova sa međunarodnog znanstveno-stručnog savjetovanja «Bolonjska deklaracija – put do europske diplome», Split, 2006., str. 37. – 45.

Prof. Dragan Bolanča,
Full Professor, Faculty of Law, University of Split
Vice-Rector of the University of Split, Croatia

LEGAL AND FUNCTIONAL INTEGRATION OF UNIVERSITIES IN THE REPUBLIC OF CROATIA

Summary

In the academic year 2006/2007, the Republic of Croatia started the implementation of the Bologna Process for the purpose of establishing a common European Higher Education Area together with 45 signatories to the Bologna Declaration by the end of 2010. The period preceding the introduction of the new model of higher education was marked by an intensive work on creating legislative and institutional assumptions for the implementation of the new process. The legislative framework for the first phase of this process was completed in July 2004 by amending and supplementing the Scientific Research and Higher Education Act ("Narodne novine", No. 123/03, 198/03, 105/04 and 174/04), and by entering into force the Act on the Recognition of International Education Qualifications ("Narodne novine", No. 158/03, 198/03 and 130/06). New bodies and institutions of the system were being established at the same time. The establishment of the institutional framework started in April 2004 by appointing the National Committee for the monitoring of the Bologna Process, proceeded in the second half of 2004 by instituting the national ENIC/NARIC office and by constituting the National Council for Higher Education and the National Council for Science, and was completed in March 2005 by instituting the Agency for Science and Higher Education.

The Bologna Process has encompassed all the universities in Croatia, including the Universities of Zagreb (established in 1669), Rijeka (1973), Split (1974), Osijek (1975), as well as most recently established Universities of Zadar (2002), Dubrovnik (2003) and Pula (2006). The practice has shown that, for a long period of time, the largest and oldest Croatian universities were dysfunctional organized, whereby the constituent parts (Faculties) had autonomy to create their own policies independently from the overall academic and administrative activities at the university level. The new reform calls for a financial, functional and legal integration of the university.



ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

The financial aspect of the integration has been provided for at the beginning of the year 2006 by introducing a new model of comprehensive funding of higher education institutions (the so-called "lump sum model"), which enabled the higher education institutions to autonomously manage their financial assets secured by means of the State Budget (calculation on the financial assets). The functional integration has been enabled by the legislative framework and some statutory provisions, which prescribe a more efficient organizational model by correlating different parts and activities at the University. However, the legal solutions do not cater for the legal integration; consequently, there is still a number of related issues open to further discussion: whether the legal integration of the universities does or does not imply the revocation of the legal capacity of its constituent parts (Faculties); which level of "legal" autonomy should be given to the constituents, and in which parts of the administration universities should be entitled to preserve their autonomy. There is an assumption that the answers to the above questions do not have an equal significance for all the Croatian universities. Besides, some changes in the legal status of the university constituents give rise to a large number of legal issues, and necessitate further harmonization at the level of the entire legal system in Croatia.

Др Боса Ненадић,
судија Уставног суда Србије

УДК:342.4(497.11) 342. 526.2(497.11)

ОСОБЕНОСТИ КОНТРОЛЕ УСТАВНОСТИ ЗАКОНА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

- У светлу новог Устава -

Абстракт

Устав Републике Србије од 2006. године у односу на решења Устава од 1990. године, донео је значајне промене у погледу улоге и положаја Уставног суда, као "самосталног и независног државног органа који штити уставност и законитост и људска и мањинска права и слободе", чије су одлуке «коначне, извршне и општеобавезне». У том циљу, уставотворац је извршио и значајне промене у погледу надлежности Уставног суда, стварајући тиме основне претпоставке које треба да воде ка томе да Уставни суд у друштвеној стварности буде "чувар Устава". Примарна функција Уставног суда и даље се огледа у томе, да Суд врши контролу законодавне власти (и других носилаца нормативне делатности) обезбеђујући тако уставност закона у формалном и материјалном смислу и «спречавајући злоупотребу и прекорачење овлашћења носилаца законодавне власти». Уобичајено је да се ова функција узима као *differentia specifica* уставног судства у односу на друге судове, па се тако каже «да уставни суд не суди правним и физичким лицима», већ "законима којима се повређује устав».

Како је Уставни суд дужан да "очува и заштити" Уставом успостављене односе између правних аката у правном систему Републике Србије, а који се испољавају као принципи уставности (и законитости), Суд то чини управо остваривањем непосредне нормативне контроле, коју због сложености односа који су успостављени у правном поретку врши кроз различите облике и поступке за решавање тзв. «апстрактних уставних спорова».

Зависно од времена када се врши контрола уставности закона, према Уставу, она може бити накнадна или репресивна – контрола *a posteriori* и претходна или превентивна – контрола *a priori*. Накнадна контрола врши се пошто закон (или други општи акт) ступи на снагу и она данас преовлађује у већини земаља, за разлику од претходне контроле

која се врши пре него што закон усвојен у парламенту постане правно перфектан, односно пре него што буде проглашен, званично објављен и ступи на снагу (и која се данас јавља само у пракси неколико земаља). Тако је савремени уставни систем Србије добио један мешовити систем контроле уставности закона, у коме у односу на ову врсту аката истовремено егзистирају оба начина контроле као правно могућа. Оцена уставности закона, пре њиховог проглашења, односно "пре његовог ступања на снагу" је нова надлежност Уставног суда (уведена по узору на решења садржана у уставном систему Француске) али са значајним особеностима које намећу бројна питања.

Нови Устав утврдио је још један облик нормативне контроле закона од стране Уставног суда, а који се огледа у оцени сагласности закона са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима. Из чињенице да потврђени међународни уговори чине саставни део правног поретка и да се непосредно примењују, као и да ти уговори "морају бити у складу са Уставом" односно да "не смеју бити у супротности с Уставом" произашла је и надлежност Уставног суда да одлучује о сагласности потврђених међународних уговора с Уставом. У вези с овом надлежношћу Уставног суда, отвара се више дилема: да ли је то само контрола *a posteriori* што би из језичког значења Уставних одредби неспорно произлазило или та контрола може бити и контрола *a priori*; да ли се ова контрола односи само на контролу закона о потврђивању међународног уговора, а што се тешко из језичког значења наведене уставне норме може закључити.

Кључне речи: устав, уставност, контрола, правни акти

Устав Републике Србије од 2006. године у односу на решења Устава од 1990. године, донео је значајне промене у погледу улоге и положаја Уставног суда, као "самосталног и независног државног органа који штити уставност и законитост и људска и мањинска права и слободу", чије су одлуке «коначне, извршне и општеобавезне». У том циљу, уставотворац је извршио и значајне промене у погледу надлежности Уставног суда, стварајући тиме основне претпоставке које треба да воде ка томе да Уставни суд у друштвеној стварности буде "чувар Устава". Примарна функција Уставног суда и даље се огледа у томе, да Суд врши контролу законодавне власти (и других носилаца нормативне делатности)

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

обезбеђујући тако уставност закона у формалном и материјалном смислу и «спречавајући злоупотребу и прекорачење овлашћења носилаца законодавне власти». Уобичајено је да се ова функција узима као *diferentia specifica* уставног судства у односу на друге судове, па се тако каже «да уставни суд не суди правним и физичким лицима», већ "законима којима се повређује устав».

Како је Уставни суд дужан да "очува и заштити" Уставом успостављене односе између правних аката у правном систему Републике Србије, а који се испољавају као принципи уставности (и законитости), Суд то чини управо остваривањем непосредне нормативне контроле, коју због сложености односа који су успостављени у правном поретку врши кроз различите облике и поступке за решавање тзв. «апстрактних уставних спорова».

Зависно од времена када се врши контрола уставности закона, према Уставу, она може бити накнадна или репресивна – контрола *a posteriori* и претходна или превентивна – контрола *a priori*. Накнадна контрола врши се пошто закон (или други општи акт) ступи на снагу и она данас преовлађује у већини земаља, за разлику од претходне контроле која се врши пре него што закон усвојен у парламенту постане правно перфектан, односно пре него што буде проглашен, званично објављен и ступи на снагу (и која се данас јавља само у пракси неколико земаља). Тако је савремени уставни систем Србије добио један мешовити систем контроле уставности закона, у коме у односу на ову врсту аката истовремено егзистирају оба начина контроле као правно могућа. Оцена уставности закона, пре њиховог проглашења, односно "пре његовог ступања на снагу" је нова надлежност Уставног суда (уведена по узору на решења садржана у уставном систему Француске) али са значајним особеностима које намећу бројна питања.

Нови Устав утврдио је још један облик нормативне контроле закона од стране Уставног суда, а који се огледа у оци сагласности закона са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима. Из чињенице да потврђени међународни уговори чине саставни део правног поретка и да се непосредно примењују, као и да ти уговори "морају бити у складу са Уставом" односно да "не смеју бити у супротности с Уставом" произашла је и надлежност Уставног суда да одлучује о сагласности потврђених међународних уговора с Уставом. У вези с овом надлежношћу Уставног суда, отвара се више дилема: да ли је то само контрола *a posteriori* што би из језичког значења Уставних одредби неспорно произлазило или та контрола може бити и

контрола а priori; да ли се ова контрола односи само на контролу закона о потврђивању међународног уговора, а што се тешко из језичког значења наведене уставне норме може закључити.

1. Уводне напомене

У породици савремених уставних судова, Уставни суд Србије спада међу судове са најширим, односно најразноврснијим надлежностима. Ова оцена следи, пре свега, из анализе одредаба чл. 166. до 175. Шестог дела Устава које су посвећене Уставном суду.¹ Новим Уставом Републике Србије од 2006. године задржане су све надлежности Уставног суда које је овај суд имао по Уставу из 1990. године, с тим што су неке од њих проширене - како у погледу врсте аката који су предмет контроле, тако и аката у односу на које се врши контрола. Но, Уставом су установљене и бројне нове надлежности Суда. Ове надлежности Уставног суда, последица су, с једне стране, промењеног "стагуса" Суда (који је од свог оснивања 1963. године све до 2006. године функционисао као Уставни суд државе чланице), а с друге стране, опредељења уставотворца да Уставни суд постане јемац основних вредности на којима се темељи уставни систем савремене Србије.

У новом Уставу видно је тако настојање уставотворца да Уставни суд, као "самостални и независни државни орган који штити уставност и законитост и људска и мањинска права и слободе", у својој надлежности (у крајњем) обухвати све облике нарушавања Устава и решава их као уставноправне спорове. У првом реду те спорове чине: спорови о уставности и законитости свих општих аката; спорови о усклађености националног (домаћег) права са општеприхваћеним правима међународног права и потврђеним међународним уговорима; спорови о сукобима надлежности; спорови о повреди Устава од стране носилаца највиших државних функција (председника Републике); спорови о повредама права на територијалну аутономију и локалну самоуправу; изборни спорови; спорови о забрани деловања политичких странака, синдикалних организација и удружења грађана; одлучивање о "уставним

¹ Надлежност Уставног суда превасходно је утврђена у члану 167. Устава Републике Србије ("Службени гласник РС", број 98/2006.). Међутим, за разлику од ранијих уставних текстова у којима је надлежност Уставног суда била таксативно утврђивана (у једном члану Устава), у новом Уставу надлежност Уставног суда је, поред члана 167. Устава, утврђена и у бројним другим одредбама Устава. Тако су поједина питања која спадају у надлежност Уставног суда прописана и у одредбама члана 44. став 3, члана 55. став 4., члана 99. став 2. члана 101. став 5., члана 118. став 3., члана 148. став 2., члана 155, члана 161. став 4. и чл. 169, 170, 186, 187. и 193. Устава.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

жалбама" и другим "жалбама", због повреде уставом зајамчених слобода и права актима и радњама јавне власти, а потом и други спорови поводом "кршења" Устава. Следствено изнетом, Уставни суд Србије је постао надлежан за бројна питања, а међу њима свакако има и оних која нису типични "уставни спорови".²

По први пут у нашој уставној пракси надлежност Уставног суда није одређена стриктно (и само) у Уставу. Наиме, у члану 167. став 2. тачка 6. Устава стоји клаузула која даје могућност законодавцу да прошири уставом утврђену надлежност Уставног суда, односно да установи и друге послове у надлежности Уставног суда, поред оних утврђених Уставом. Међутим, када је у питању овакво одређивање надлежности Уставног суда, пада у очи да у тексту Устава постоји одређена нормативна неуједначеност између одредаба тачке 6. става 2. члана 167. Устава у којој је прописано да Уставни суд «врши и друге послове утврђене Уставом и законом», и става 4. члана 167. Устава, у коме стоји да «Уставни суд обавља и друге послове предвиђене Уставом». С обзиром на наведено, основано се поставља питање да ли је надлежност Уставног суда искључиво *materia constitutionis*, као што је то до сада био случај у нашем уставном систему или се пак надлежност Уставног суда, може утврђивати и законом. Остаје да се види како ће се те две, по садржини, различито формулисане одредбе члана 167. Устава реализовати у пракси и хоће ли законодавац проширивати надлежности Уставног суда или не. Из одредаба Устава које утврђују шта је предмет законског уређивања, када је у питању Уставни суд, произлази да су то следећа питања: "уређење Уставног суда", "поступак пред Судом" и "правно дејство одлука Суда", «извршење одлука Суда», те поједина питања статуса судија Уставног суда (сукоб интереса, престанак дужности судија и др.).³ Ми смо заговорници оног становишта које сматра да надлежности Уставног суда, с обзиром на његов уставни положај и улогу, треба да буду одређене само Уставом, односно актом са уставном снагом (амандманима на Устав, уставним законом и сл.), али не и актима ниже правне снаге, а то значи ни законом. Уставном положају и улози Уставног суда "као чувара Устава" и "контролора законодавца и закона" такво одређивање надлежности не приличи.

² У теорији уставног права, постоје спорења о значењу "појма уставног спора", као и о томе да ли уставни спорови морају бити "аутентично правни", или су то увек «спорови са већом или мањом дозом политичких елемената».

³ Вид. нпр. одредбе члана 171. став 3., члана 173. став 1., члана 174. став 1., члана 175. став 3. Устава Републике Србије.

Решења новог Устава о надлежности Уставног суда треба да воде ка томе да Уставни суд постане неприкосновена институција заштите Устава, односно чувар његових основних принципа и начела, зајамчених људских слобода и права и других темељних вредности на којима се заснива уставно устројство Републике Србије. Да ли ће се у друштвеној стварности то и остварити, и да ли ће Уставни суд у стварности моћи оправдати разлоге свог постојања, зависи од бројних околности у којима буде функционисао овај суд, односно од тога да ли ће Уставни суд у реалности делати као независан, високо компетентан и непристрасан орган у односу на законодавну и извршну власт, и без било каквих (непосредних или посредних) утицаја и притисака са било које стране или не.

Подвргавање уставу и праву носилаца државне власти уопште, а тиме и законодавне, један је од основних захтева модерних уставних система. Уставно судство свакако у томе има важну улогу. Отуда је логично, што је и функција заштите уставности и законитости у правном поретку Србије и даље остала примарна функција њеног Уставног суда. Новина је у томе, што ће Уставни суд у остваривању те функције вршити контролу општих аката законодавне власти (и других носилаца нормативне делатности), не само у односу на Устав, већ и у односу на општеприхваћена правила међународног права и потврђене међународне уговоре који обавезују Републику Србију.

Како су закони међу најважнијим правним актима у нашем правном систему, то је и разлог што смо се у овом раду определили за ближе сагледавање облика и начина контроле уставности, односно контроле усаглашености закона са актима више правне снаге, коју врши Уставни суд Србије.

2. Општи осврт на нормативну контролу уставности (и законитости) у нашем правном поретку

У савременој уставној држави тежиште њеног устава је на успостављању и одржавању јединства правног система. Отуда је нормативна контрола уставности (и законитости) потврђена и у новом Уставу (члан 167. став 1. тач. 1. до 5. Устава) као основна, примарна надлежност Уставног суда Србије. Уобичајено је у правној струци да се функција нормативне контроле узима као *diferentia specifica* уставног судства у односу на друге судове, па се тако каже «да уставни суд није суд који суди правним и физичким лицима», него "законима и другим општим правним актима» којима се повређује устав. Контрола уставности права од

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

стране Уставног суда Србије, по Уставу има своја два облика: контролу усаглашености закона и свих других општих правних аката у правном поретку Републике Србије са Уставом као највишим правним актом (оцена уставности) и контролу усаглашености свих општих аката нижих од закона са законом (оцена законитости).

За успостављање ефикасне контроле уставности (и законитости) нормативних аката од стране уставног суда у реалности, поред обезбеђивања независности (организационе, функционалне и финансијске) и високе компетентности овог државног органа, нужно је постојање чврстог устава и прецизно успостављене хијерархије правних аката, које чине правни поредак једне замље. То се, с једне стране, чини путем хијерархије правних норми (које своје извориште имају у уставу), а с друге, успостављањем ефикасног система надзора и контроле тако установљених односа између правних аката у правном систему. И наш уставотворац је то учинио: прво, у одредбама члана 167. Устава утврђена је належност Уставног суда у заштити уставности и законитости; друго, у одредбама чл. 194. и 195. Устава, утврђена је хијерархија правних аката који чине правни поредак државе. Из одредаба Устава о хијерархији правних аката следи: а) да је правни поредак Србије јединствен; б) да је Устав највиши правни акт; в) да сви закони и други општи акти у Републици морају бити сагласни са Уставом; г) да су потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права део правног поретка Републике Србије и да потврђени међународни уговори не смеју бити у супротности са Уставом; д) да закони и други општи акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права; е) да сви подзаконски општи акти Републике Србије, општи акти организација којима су поверена јавна овлашћења, политичких странака, синдиката и удружења грађана и колективни уговори морају бити сагласни закону; е) да статuti, одлуке и други општи акти аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе морају бити сагласни са законом; ж) да сви општи акти аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе морају бити сагласни њиховим статутима (тзв. статутарност).

Следствено наведеном, место закона у правном поретку Републике Србије је у новом Уставу нешто друкчије утврђено, него што је то било према решењима ранијег Устава, што је делом последица и промене статуса Републике Србије - која је 2006. године од државе чланице постала самостална (и суверена) држава. Тако се на врху правног поретка Републике Србије налази њен Устав; непосредно испод Устава су

општеприхваћена правила међународног права, испод њих иду потврђени међународни уговори⁴ а испод њих су закони. Дакле, међународни уговори, у правном поретку Републике Србије имају надзаконску правну снагу, те тако закони као национални прописи, на темељу Устава "имају бити сагласни" међународном праву које обавезује Републику Србију, односно не могу противречити општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима.

Систем нормативне контроле уставности закона (и свих других општих аката) у правном поретку Србије је централизован, јер о уставности и законитости општих аката може одлучивати само Уставни суд. Тако, кроз непосредну контролу уставности закона Уставни суд треба да остварује своју основну функцију - функцију чувара устава, и то управо у оном сегменту правног поретка у коме је неопходно обезбедити "мир и хармонију" бројних прописа различите правне снаге и очувати границу између државне власти и људских и грађанских слобода и права. Дакле, како је Уставни суд Србије, поред осталог, дужан да "очува и заштити" наведене Уставом успостављене односе између правних аката у правном систему Републике Србије, Суд то, сагласно Уставу, чини управо остваривањем непосредне, нормативне контроле уставности и законитости општих аката. Због сложености односа који су успостављени у правном поретку Републике Србије она се врши кроз различите облике и поступке за решавање «апстрактних» уставних спорова. С обзиром на предмет нашег интересовања, ми ћемо се ближе осврнути само на облике контроле уставности закона од стране Уставног суда, и то на: а) накнадну контролу уставности закона - контролу а posteriori; б) претходну контролу уставности закона - контролу а priori; в) контролу "усаглашености" закона с општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима: г) контролу "уставности" потврђених међународних уговора, односно контролу уставности закона о потврђивању (ратификацији) међународних уговора.

Савремени уставни поредак Републике Србије са новим Уставом добио је један мешовити систем нормативне контроле уставности закона. То је систем у коме егзистирају два начина контроле уставности закона,

⁴Из Устава се јасно не види место општеприхваћених правила међународног права у правном систему Србије у односу на Устав, с једне стране, а с друге, у односу на међународне уговоре. Има аутора који сматрају да су ова правила по правној снази у "рангу" с Уставом. С обзиром на природу и карактер општеприхваћених правила међународног права није спорно да ова правила имају "надговорну снагу", али је отворено питање да ли она стоје у истој равни са уставним нормама, с обзиром на одредбу члана 194. Устава.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

као правно могућа. Наиме, зависно од тога када се врши контрола уставности текста закона, према новом Уставу, ова контрола може бити накнадна или репресивна – контрола *a posteriori* (као и до сада), али и претходна или превентивна – контрола *a priori*. Накнадна контрола уставности, врши се пошто закон (или други општи акт) буде проглашен, ступи на снагу и почне да се примењује, за разлику од новоуведене претходне контроле уставности закона која се врши пре него што закон који је усвојен у парламенту постане правно перфектан, односно пре него што буде проглашен, званично објављен и ступи на снагу.

Поред оцене сагласности закона (и других општих аката) с Уставом, Уставни суд одлучује и о сагласности закона са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, вршећи тако један посебан облик контроле уставности закона. Ова надлежност Суда је логична последица принципа утврђеног у члану 194. Устава, према коме сви закони (и други општи акти) Републике Србије, "не смеју бити у супротности" са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права.

Начело уставности закона у ужем смислу захтева да закони, као акти нижне правне снаге, у формалном смислу буду у сагласности са уставом, као општим актом више правне снаге, те да норме закона својом садржином буду утемељене на принципима и решењима устава у материјалном смислу. У савременом уставном поретку Србије начело уставности закона захтева, поред наведеног, да закони буду "у сагласности", односно да не буду "у супротности" са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима. Отуда се, само за закон који је донет од стране Народне скупштине, по предвиђеном поступку и у складу са садржином и захтевима уставних норми може рећи да испуњава захтеве принципа уставности у формалном и материјалном смислу.

2.1. Контрола *a posteriori* - контрола уставности закона који су на снази

Накнадна контрола уставности закона - контрола *a posteriori* данас преовладава у савременим европским земљама које познају уставносудску контролу. Она је израз становишта и оцене да се упоређивањем текстова устава и закона који није примењиван, могу запазити само "очигледне и више мање формалне несагласности између ова два акта", а да се стварне

противречности и сагласности прописа најбоље могу уочити у њиховој примени.

Као и до сада, Уставни суд Србије одлучује у првом реду о сагласности закона с Уставом (члан 167. став 1. тачка 1. Устава) и то након њиховог ступања на снагу. Вршећи тако накнадну оцену уставности закона Уставни суд врши контролу уставности закона који су у правном поретку, тј. закона који су проглашени, објављени и званично ступили на снагу и који важе у моменту покретања поступка за оцену њихове уставности. Када је у питању "важење" закона, од овог правила, постоји и Уставом установљени изузетак, по коме Уставни суд може ценити сагласност закона (и другог општег акта) с Уставом и по престанку његовог важења, ако је поступак оцене уставности покренут најкасније у року од шест месеци од престанка његовог важења (члан 168. став 5.). Овај изузетак је постојао и у ранијем Уставу, с тим што је рок, у коме је било могуће покренути поступак за оцену уставности закона који је престао да важи, био дужи и износио је годину дана. Скраћујући наведени рок у коме је могуће покренути поступак за оцену уставности закона који су престали да важе, уставотворац је очигледно стао на становиште да се у «случају сукоба» два основна принципа владавине права - принципа правне сигурности и принципа уставности, мора у одређеној мери, више него до сада, водити рачуна о принципу правне сигурности, те да стога не треба ићи у далеку прошлост код оцене уставности (и законитости) општих аката који су престали да важе, а који су већ произвели одређена правна дејства. Наведено уставно решење је у интересу заштите права и интереса грађана и других субјеката права, а има за циљ да омогући измену (ревизију) појединачних аката који су донесени на основу евентуално неуставног закона.⁵ Наиме, ово решење омогућава отклањање штетних последица примене неуставних закона и након престанка њиховог важења.

Контрола уставности закона је типично уставносудска функција и она се у суштини састоји у "упоређивању" форме и садржаја закона (односно његових појединих одредаба) са одговарајућим одредбама устава и изрицању правне оцене суда о томе да ли је закон у складу с уставом или не. Та контрола обухвата истовремено контролу уставности закона у формалном и материјалном смислу. Формална неуставност закона јавља се кад законодавац непоштује прописани поступак доношења закона или кад прекрши одредбе о облику у којем се доносе закони, док материјална неуставност закона постоји у случају кад закон својим одредбама садржајно противречи одредбама устава. Ова неуставност закона у пракси

5 Р. Марковић, Уставно право и политичке институције, Београд, 2005, стр. 690.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

се испољава у различитим видовима кршења устава: поступање законодавног тела на основу предлога неовлашћених подносилаца текста закона, односно покретање законодавног поступка на основу предлога неовлашћеног предлагача; непоштовање одредаба о кворуму, тј. броју посланика који морају присуствовати седници да би законодавно тело могло правоваљано одлучивати; непоштовање одредби устава о већини потребној за усвајање закона; спровођење хитног или скраћеног поступка кад за то нису испуњени прописани услови; непоштовање одредаба о проглашењу закона и др. Материјална неуставност закона постоји, пре свега, у случају када су поједине одредбе закона или закон у целини својом садржином неусклађене са уставом, и то било да се ради о непосредној супротности (*contra constitutionem*) или пак уређивању односа супротном смислу уставних одредби (*praeter constitutionem*). До таквог несклада долази због незнања или погрешног тумачења устава, али не ретко и у свесној намери парламентарне већине да се појединим одредбама закона одређени однос уреди на другачији начин од начина који следи из уставних одредаба.⁶ Међу материјалним повредама Устава од стране законодавца, судећи према досадашњој пракси Уставног суда Србије, најчешће се срећу повреде принципа поделе власти, одредаба о људским слободама и правима, али и одредаба о ступању на снагу закона и др.

Контрола уставности закона је, по нашем Уставу, непосредна, или тзв. апстрактна контрола.⁷ Код непосредног, апстрактног оцењивања уставности закона питање усклађености закона са Уставом представља саму бит спора тако да се његова улога састоји у поређењу и оцени закона *in abstracto*, без обзира на било какав конкретни случај.⁸ Другим речима, пред Уставним судом Србије, закон, односно његове поједине одредбе се подвргавају оцени уставности "саме по себи", а не поводом примене закона на једну конкретну правну ситуацију или спорни случај", па се стога ова контрола зове апстрактна, нормативна контрола. Наравно, да ова контрола не искључује ни ситуацију која на први поглед стоји између апстрактне и конкретне контроле уставности, а то је онај случај кад један државни орган (суд или орган управе) који је надлежан да примењује

6 Б. Смерди и С. Сокол, Уставно право, Загреб, 2006, стр. 168.

7 Увођењем уставне жалбе и других жалби о којима ће одлучивати Уставни суд Србије, могло би се рећи да ће овај суд убудуће вршити одређене облике оцене уставности, које ће имати и поједине особености конкретне контроле уставности.

8 У упоредној пракси постоје и системи посредног или акцесорног оцењивања уставности закона, у коме питање уставности није бит (*meritum*) судског поступања. Оно се јавља као претходно (прејудичијелно) питање које треба решити како би се могао решити сам предмет судског спора.

закон, посумња да је тај закон или његова поједина одредба несагласна уставу, па застане с применом тог закона на конкретан случај и затражи од Уставног суда да оцени његову уставност. Ова контрола у теорији позната и као тзв. инцидентна контрола, по нашем мишљењу, мада гранична, ипак више нагиње апстрактној контроли. Дакле, оно што је најважније у овој врсти уставног спора, јер у бити опредељује његов карактер, јесте чињеница да одлука донета у поступку оцене уставности закона пред Уставним судом и у овом случају "има начелно деловање". Она делује према свима (*erga omnes*), и са последицом "на само важење закона, односно појединих његових одредаба у правном систему". Уставни суд, при том неће решавати конкретни случај на који треба да се примени спорни закон, а његова одлука имаће опште дејство (*erga omnes*), независно од тога што је доношење те одлуке иницирано у поводу решавања једног (или више) конкретних спорова.⁹ Наиме, за поступање Уставног суда и дејство његових одлука, није битно који овлашћени предлагач покреће поступак за оцену уставности закона и из којих "мотива" и "циљева" он то чини.

Нормативна контрола уставности закона, Уставом је утврђена, не само као непосредна апстрактна контрола, већ и као универзална контрола. Следствено томе, нема закона у нашем правном поретку који је од те контроле изузет. Тако сви закони Републике Србије, независно од тога по ком поступку су донети, тј. којом већином су усвојени у Народној скупштини, подлежу уставној судској контроли и у формалном и у материјалном смислу. И не само то, нема општег акта у нашем правном систему који је "поштеђен" од ове контроле, сем наравно оних аката који имају снагу устава, и који су донети по истом поступку као и сам устав (као што су нпр. промене устава које се врше уставним амандманима или уставним законом). Питање је да ли би закони који буду изношени на референдум могли бити предмет уставној судској контроли. По нашем мишљењу, и ти закони су, без обзира на специфичност поступка њиховог усвајања ипак закони, те стога и у поступку оцене уставности треба да деле судбину закона.¹⁰ Уставни суд Србије, у својој досадашњој пракси није имао таквих захтева. Међутим, када је у питању «уставни закон за спровођење устава», Суд стоји на становишту да овај закон није подложен оцени уставности. Наиме, по оцени Суда овај закон није, ни по форми ни

9Д. Поповић, наводи и другачија мишљења, по којима се у овим случајевима не ради о апстрактној контроли уставности закона, већ о конкретној уставној контроли. Вид. Д. Поповић, Врсте контроле уставности и Европске нове демократије, Архив за правне и друштвене науке, бр. 2-3/2001. стр. 381.

10Вид. и другачије мишљење Р. Марковић, оп.цит., стр. 688.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

по садржини, исто што и други "обични закони" - он се доноси по посебном поступку, а по садржини његове одредбе у суштини "имају карактер прелазних уставних одредби".¹¹ Осим тога, указује се и да ова надлежност Уставног суда није ни изричито поменута у Уставу, а сам Устав познаје ову категорију закона. Међутим, ми смо мишљења, да би Уставни суд требао да преиспита ово своје становиште када је у питању ова врста уставних закона, тј. уставних закона који се не доносе ради промене (измене или допуне) устава, већ искључиво за спровођење (примену) уставних одредби и по поступку који није идентичан поступку промене устава. Ови акти су ипак ближи закону као акту, него уставу. Уосталом и у називу овог акта појам "закон" је именица а "уставни" придев. Принцип уставности захтева да сви општи акти донети на темељу устава морају бити сагласни с уставом. Уз то, овог закона и нема без устава. Емпиријско искуство говори о томе да доносиоци уставног закона за спровођење устава често излазе и изван уставних оквира у уређивању појединих питања у овом закону. Тако је овај акт не ретко губио карактер спроведбеног уставног акта, и бивао акт који својим решењима "изворно" уређује одређене односе, понекад и друкчије од самог устава. Став Уставног суда да ти акти не подлежу уставној контроли, охрабривао је скупштинску већину да у уставне законе за спровођење устава уноси и наведена решења.¹²

Питање покретања поступка за оцену уставности закона пред Уставним судом је свакако једно од најзначајнијих питања уставној судске заштите уставности.¹³ Од круга "покретача" овог поступка увелико зависи да ли ће контрола уставности закона бити "само контрола правом предвиђена или ће она и у животу постојати". Ово питање је и у новом Уставу изричито уређено, док се сва друга питања поступка пред Уставним судом, уређују законом. Поступак за оцену уставности закона, према члану 168. Устава, могу да покрену: а) државни органи; б) органи

¹¹Вид. ставове Уставног суда Србије од 9. марта 1995. године, Уставни суд Србије, Београд, 2003. године.

¹²Вид. нпр. Уставни закон за спровођење Устава Републике Србије ("Службени гласник РС", број 1/90). Посебно је илустративан Закон за спровођење Уставне повеље државне заједнице Србије и Црне Горе из 2003. године, којим су уређивана одређена питања која објективно јесу *materia constitutionis* нпр. одредбе члана 5. о опозиву посланика или су пак поједина питања уређивана на другачији начин од уставом утврђеног (одредбе члана 20. о усклађивању прописа са уставном повељом). О томе опширније Б. Ненадић, Дејство Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора, Архив за правне и друштвене науке, бр. 2-3. стр. 75. и д.

¹³Вид. о томе опширније Р. Марковић, Покретање уставног спора о уставности нормативних аката, Београд, 1973, стр. 7. и д.

територијалне аутономије; в) органи локалне самоуправе; д) најмање 25 народних посланика. Мада, према одредбама члана 168. став 1. Устава органи територијалне аутономије и локалне самоуправе имају овлашћење за покретање поступка за оцену уставности (и законитости) свих општих аката, а тиме и поступка за оцену уставности било ког закона, уставотворац је и у одредбама члана 187. став 2. и 193. став 2. Устава, утврдио да орган одређен статутом аутономне покрајине, односно орган одређен статутом општине, може покренути и поступак за оцену уставности закона којим се повређује право на покрајинску аутономију, односно право на локалну самоуправу. Отуда се с правом може поставити питање да ли органи јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе имају "генерално овлашћење" за покретање поступка за оцену уставности било ког закона или пак само закона којим се повређују Уставом зајамчено право на покрајинску аутономију, односно право на локалну самоуправу.

По ранијем важећем Уставу право на покретање поступка за оцену уставности закона пред Уставним судом имали су, поред државних органа и други органи и организације «кад оцене да су им права и интереси непосредно повређени актом чија се уставност и законитост оспорава». Тиме је нови Устав, с једне стране, формално правно проширио круг субјеката који се могу јавити као предлагачи, а с друге стране, тај круг је ефективно сужен изостављањем "заинтересованих органа и организација" из круга овлашћених предлагача. У досадашњој пракси, међу овлашћеним предлагачима најбројнији су били они органи и организације «које су сматрале да су им права и интереси непосредно повређени актом чију су уставност и законитост оспоравали», што је и логично јер несагласност једног закона са Уставом најпре откривају они који су таквим "прописом непосредно погођени".¹⁴ Уставотворац је из круга овлашћених предлагача искључио управо оне који су имали "интерес" и били мотивисани за "обарање" неуставних закона, што ће се по нашем мишљењу одразити на остваривање нормативне контроле уставности закона, односно може имати за последицу умањење могућности уставносудске заштите слобода и права човека и грађанина.

Свако правно или физичко лице (као и до сада) има право да поднесе иницијативу за покретање поступка за оцену уставности закона а *posteriori*. Међутим, иницијатива се, по свом правном ефекту, битно разликује од предлога за покретање поступка за оцену уставности закона.

14Р. Марковић, оп. цит., стр. 164.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Подношењем предлога овлашћеног предлагача Уставном суду поступак се сматра покренутим, а о иницијативи Уставни суд одлучује, па тек ако Суд оцени да поводом иницијативе треба покренути поступак, донеће решење о покретању поступка. Поступак се сматра покренутим даном доношења решења о његовом покретању.

Поступак за оцену уставности закона а *posteriori*, може покренути и сам Уставни суд (*ex officio*). Ово овлашћење уставних судова у теорији је предметом сталне расправе, мада га Уставни суд Србије у досадашњој пракси није често користио. За очекивати је да ће то чинити веома ретко и у будуће, тим пре што нови Устав за овакву одлуку Суда тражи двотрећинску већину од укупног броја судија.

У поступку оцене уставности закона Уставни суд ће моћи доносити одлуку о тзв. привременим мерама. Наиме, нови Устав је у одредби члана 168. став 4. преузео законом установљени институт привремених мера, па ће тако Уставни суд, али сада на темељу Устава, моћи "до доношења коначне одлуке и под условима одређеним законом, обуставити извршење појединачног акта или радње предузете на основу закона чију уставност оцењује".

Као и по ранијем Уставу, дејство касаторне одлуке Уставног суда донете у споровима нормативне контроле прописа огледа се у томе што закон или други општи акт (у целини или његове поједине одредбе) за који Уставни суд утврди да није сагласан Уставу (и закону) престаје да важи даном објављивања одлуке Уставног суда у службеном гласилу (члан 168. став 3. Устава). Следствено томе одлука Уставног суда делује (*erga omnes*) и у принципу за убудуће (*ex nunc*).

Вршећи нормативну контролу уставности закона у формалном и материјалном смислу, Уставни суд није орган који ствара устав или закон, већ орган који у вршењу функције заштите устава и уставности отклања повреде Устава, на тај начин што из правног поретка Републике елиминише неуставне законе, тј. законске прописе који нису сагласни са Уставом. Суд то чини као тзв. негативни законодавац (Келзен).

Ма колико важна ова функција Уставног суда, треба рећи да уставносудска контрола уставности закона сама по себи не доводи до "добрих закона", па ни владавине права, а најмање до "здравог друштва". Његова улога, као што је већ речено, се огледа у томе, да "спречава" законодавну власт, односно њену већину да доноси законе несагласне Уставу. Другим речима, Уставни суд вршећи ову надлежност штити и чува Устав од стране неуставних аката законодавца.

2.2. Контрола a priori - контрола уставности закона
"пре његовог ступања на снагу"

Поред контроле уставности закона a posteriori као редовне, нови Устав Србије у одредбама члана 169. предвиђа да је на "захтев најмање једне трећине народних посланика" Уставни суд дужан да «у року од седам дана оцени уставност закона који је изгласан, а указом још није проглашен». Мада је претходна (a priori) контрола историјски старији облик контроле уставности закона,¹⁵ већина савремених европских држава примењује накнадну (a posteriori) контролу уставности закона - закони се подвргавају контроли уставности тек пошто почну да се примењују. Превентивни облик контроле уставности закона, поред Француске,¹⁶ познају данас и уставни системи још једног броја европских земаља, и то: у облику уставносудске контроле - попут Румуније¹⁷ и Португалије,¹⁸ претходне контроле од стране посебних парламентарних тела - попут Финске или пак претходне контроле закона од стране Врховног суда у Ирској. Но, свакако да је превентивна контрола уставности закона своју "најмаркантнију примену" нашла у пракси Уставног савета Француске.¹⁹

Систем претходне контроле уставности закона предметом је посебне пажње у теорији уставног права. Присталице овог облика контроле наводе њене бројне предности у односу на накнадну контролу, а превасходно њено превентивно дејство, ефикасно и правовремено

15У уставној теорији се наводи да је својеврстан облик претходне контроле закона познавао пре свих један колумбијски устав из 19. века, док је први облик судске контроле уставности закона уведен Уставом Републике Ирске из 1937. године. Вид Д. Поповић, оп. цит., стр. 375.

16У Француској претходну контролу уставности врши Уставни савет, као специфични уставни орган. Сагласно члану 61. Устава Француске из 1958. године ова контрола је обавезна када је реч о органским законима и пословницима парламентарних домова, а факултативна када је реч о свим другим законима, и то по предлогу председника Републике, председника Владе, председника једног од домова парламента или најмање 60 посланика, односно сенатора.

17Уставни суд Републике Румуније, према члану 144. Устава из 1991. године, оцењује уставност свих закона пре проглашења кад то затражи: председник Републике, председник Владе, председник једног од домова парламента, председник Врховног суда или најмање 50 посланика односно 25 сенатора. Поред тога Уставни суд испитује ex officio и уставност предлога за промену устава.

18И уставни систем Португалије познаје једну врсту мешовитог система контроле уставности закона. Тако осим накнадне контроле као редовне, сви закони, међународни уговори и други прописи могу бити подвргнути претходном испитивању уставности на предлог председника Републике. Вид. члан 278. Устава Португалије од 1976. године.

19О француском искуству превентивне контроле закона вид. С. Булајић, "Чувар француског Устава", Београд, 2006. стр. 27. и д.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

отклањање неуставних одредаба закона - пре његовог ступања на снагу и обезбеђивање високог степена правне сигурности. Те предности се у суштини могу свести на оно што су, у суштини "мане накнадне контроле".²⁰ Значајна предност овог надзора је и по нама очигледна и неспорна: њоме се "спречава примена неуставног закона" и наступање штетних последица по слободу и права грађана проузроковане таквом применом. Но, не може се занемарити чињеница да се тек у спровођењу закона може на прави начин уочити неуставност неке од његових одредаба.

Претходна контрола уставности закона у основи се врши после усвајања закона у парламенту, и то пре промулгације (проглашења) закона, односно како несмотрено каже наш уставотворац у називу члана 169. Устава "пре његовог ступања на снагу". Проглашење и ступање на снагу закона су два различита чина, између којих стоји *vacatio legis* који у стандардном облику код нас износи седам дана. О томе наши уставописци очито нису водили довољно рачуна у одредбама Устава посвећеним претходној контроли уставности закона. Не осврћући се овом приликом на све правнотехничке непрецизности, као и садржинске недоречености уставних решења о претходној контроли, указаћемо само на оне мањкавости које ће, извесно је, у примени овог облика контроле стварати одређене проблеме и изазивати спорења.

У односу на решења у упореном праву, особеност оцене уставности закона пре његовог проглашења према нашем Уставу, већ на први поглед испољава се у више елемената: карактеру, овлашћеним предлагачима за покретање поступка, току поступка, роковима за одлучивање, дејству одлука, итд. Из анализе одредаба члана 169. Устава, пре свега, произлази да претходна контрола уставности у нашем систему није обавезна, већ искључиво факултативна. Устав не познаје ни један случај обавезне контроле уставности закона *a priori*. То је она врста превентивне контроле која се у принципу врши само у односу на "законе". Изузетак у том погледу, са одређеним специфичностима, представљају само општи акти, односно «одлуке аутономне покрајине», који такође под

200 добрим и лошим странама претходне и накнадне контроле уставности закона у упоредној пракси опширније: D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, 1998. стр. 76. и д; С. Сокол, Претходни надзор уставности закона и могућност његове примене према Уставу Републике Хрватске, Зборник Правног факултета, Загреб, бр. 5-14/96., стр. 9. и Д. Поповић, оп. цит., стр. 373. - 379.

одређеним условима могу бити предмет претходне контроле уставности (али и законитости).²¹

До претходне контроле уставности закона од стране Уставног суда може доћи само на захтев посебно овлашћеног предлагача, а то је најмање једна трећина народних посланика. Тако, овај поступак контроле закона, за разлику од праксе других земаља који познају овај облик контроле, не може покренути, ни један државни орган који је овлашћени предлагач накнадне контроле из члана 168. Устава. Дакле, за разлику од поступка накнадне контроле уставности закона који може покренути и сваки државни орган, поступак претходне контроле по Уставу не може покренути ни један државни орган, па тако ни председник Народне Скупштине који треба да потпиште усвојени закон, нити председник Републике који треба да прогласи усвојени закон, па ни Влада која треба да изврши закон у чију се уставност основано сумња. Овакво уређено питање покретања поступка уставности закона умањује њен стварни значај, а не кореспондира ни са правом председничког вета утврђеног у члану 133. Устава. Указујемо да у европским земљама у којима постоји овај облик контроле, поступак те контроле се без изузетка може покренути од стране шефа државе.

Како поступак за оцену уставности закона пре његовог ступања на снагу, може покренути само једна трећина од укупног броја народних

21 Претходној контроли уставности и законитости, пред Уставним судом Србије, на одређен начин и под одређеним условима, подлежу још само «одлуке аутономне покрајине». Наиме, у одредбама члана 186. Устава, који је насловљен као «Надзор над радом органа аутономне покрајине» стоји овлашћење Владе да «може пред Уставним судом покренути поступак за оцену уставности или законитости одлуке аутономне покрајине, пре њеног ступања на снагу», те да у том случају «Уставни суд може, до доношења своје одлуке, одложити ступање на снагу оспорене одлуке аутономне покрајине». Из наведеног неспорно следи: а) да «одлуке» аутономне покрајине пре њиховог ступања на снагу, могу бити предмет оцене не само уставности, већ и законитости пред Уставним судом, и то само на предлог Владе, као јединог овлашћеног предлагача; б) да у овом случају Уставни суд може, својом тзв. привременом мером, односно до доношења коначне одлуке «одложити ступање на снагу» оспорене одлуке аутономне покрајине. Наравно, да се и у вези ове одредбе Устава у суштини намећу истоветна питања, као и и вези одредбе члана 169. Устава, али и још нека, као што су: кад то Влада може покренути поступак - «непосредно» по усвајању текста одлуке од стране надлежног органа аутономне покрајине, или тек након објављивања одлуке у службеном гласилу, односно само у току *vacatio legis*-а; да ли овај поступак пред Уставним судом Влада може покренути само када је у питању «одлука» као општи акт, независно који је орган у аутономној покрајини донео одлуку, или појам «одлуке» подразумева и «све друге опште акте» органа аутономне покрајине; какав је карактер тзв. привремених мера које Уставни суд изриче у овом поступку", итд.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

посланика, нема спора да ће ово значајно средство у рукама парламентарне мањине (опозиције) бити често коришћено. Отуда ће се Уставни суд Србије у овој врсти контроле фактички појављивати као својеврсни арбитар између парламентарне већине и опозиције. Коришћењем овог средства парламентарна мањина ће, попут оне у Француској, потврдом њеног захтева од стране Уставног суда (која ће се огледати и у оглашавању закона или појединих одредба закона неуставним), на најлакши и веома прецизан начин дезавуисати Владу, односно парламентарну већину и промовисати свој политички програм.²² У овоме заговорници превентивне контроле виде и њену значајну предност, јер она води рационализацији парламентаризма и држи парламентарну већину и законодавство које она доноси у оквиру граница утврђених Уставом.²³

Ефикасност система превентивне контроле установљеног чланом 169. Устава, увелико може бити доведен у питање јер Устав дозвољава да закон који је предмет оцене уставности буде проглашен и пре доношења одлуке о уставности. У том случају, Уставни суд наставља да поступа по захтеву у складу са «редовним поступком» (вероватно се мисли на поступак оцене уставности који се води након ступања на снагу закона).²⁴ Ово практично значи, да ће се у том случају вршити накнадна, а не претходна контрола уставности закона. Уколико Уставни суд донесе одлуку о неуставности закона пре његовог проглашења, ова одлука ће сагласно Уставу "ступити на снагу даном проглашења закона".²⁵ Овим решењима се, по нашем мишљењу, уз непримерено кратак рок за оцену уставности,²⁶ доводи у питање смисао и суштина, односно *raison d'être* установљене превентивне контроле. Наиме, текст закона који је усвојен у Народној скупштини, а чија се оцена уставности проверава од стране Уставног суда не би требала да се прогласи, док траје поступак пред Уставним судом. Смисао превентивне контроле огледа се управо у томе да се онемогући да текст закона који је усвојен у парламенту, а у чију се уставност основано сумња буде проглашен, док надлежни орган не одлучи

²²Вид. С. Булајић, оп.цит., стр. 93.

²³ Вид. Б. Смердл и С. Сокол, оп.цит., стр. 201-202.

²⁴Одредбама члана 196. став 1. Устава, прописано је да се "закони и сви други општи акти" објављују пре ступања на снагу", док према ставу 4. истог члана, закони и други општи акти ступају на снагу најраније осмог дана од објављивања и могу ступити на снагу раније само ако за то постоје нарочито оправдани разлози, утврђени приликом њиховог доношења.

²⁵Законска или пословничка одредба за који Уставни савет Француске утврди да је неуставна не може се прогласити нити применити.

²⁶Примера ради, тај рок у Француској износи 30. дана.

о његовој уставности. Улога Уставног суда би требала да буде управо у томе да својом одлуком у овом поступку "предупреди примену може бити неуставних правних норми", па самим тим и настанак непредвидивог броја неуставних аката и радњи који се доносе или предузимају у примени таквог закона. Уставна решења која омогућавају да оспорени закон буде проглашен, односно да ступи на снагу и почне да се примењује упркос томе што у његову уставност "сумња" и доводи је у питање једна трећина народних посланика, пре окончања поступка оцене његове уставности започете пред Уставним судом, сасвим сигурно не доприносе правној сигурности и утемељењу уставности, односно постизању сврхе превентивне контроле уставности закона. Ова решења су отуда и повод да се у нашој теорији констатује да је институт претходне контроле уставности закона у Уставу од 2006. године из «основа погрешно постављен».²⁷

Специфичност превентивне контроле уставности закона у нас, огледа се и у томе што поступак за оцену уставности не може бити покренут против закона који је ступио на снагу, чија је усклађеност са Уставом утврђена пре "његовог ступања на снагу". Онако како је формулисана одредба члана 169. став 4. Устава, по нашем мишљењу, не би могла да значи да и закон чије је само поједине одредбе оцењивао Уставни суд у поступку превентивне контроле, не би могао подлећи накнадној контроли уставности у погледу других одредаба закона. У супротном би одлука Уставног суда донета у поступку за оцену уставности закона пре његовог «ступања на снагу» у суштини имала карактер "пресуђене ствари" о целини закона, независно од тога да ли се одлука Уставног суда односи на закон у целини или само на његове поједине одредбе. Имајући у виду да у року од седам дана Уставни суд тешко може оценити уставност закона у целини (осим у случају када се ради о формалној оцени уставности), то верујемо да ће се у реалности ова уставна "забрана" односити само на оне одредбе закона које су биле предмет претходне оцене уставности.

Устав ближе не прописује поступак за вршење ове контроле (и то је уставотворац препустио законодавцу), и ако ову контролу уставотворац с правом сматра «посебном». Мишљења смо да између поступка контроле уставности закона а priori и контроле закона а posteriori у основи не може бити значајније разлике. Досадашња пракса Уставног суда показује да су поступци у којима је Уставни суд оцењивао уставност закона (сем у

²⁷Вид. тако Р. Марковић, Предговор: Устав Републике Србије од 2006. године - критички поглед, објављен уз текст Устава ИПД Јустинијан, Београд, 2006. године.

појединим случајевима), трајали више од месец дана, а не ретко и дуже од годину дана. Отуда је неспорно, да је рок од седам дана непримерен, односно да тера Суд у брзоплетост и да не омогућава ништа више, сем да се уоче и отклоне очигледне несагласности.

Дакле, изнето неспорно говори да систем контроле а priori установљен у члану 169. Устава није најсрећније уређен, односно нормативно изведен, те да због тога у пракси могу изостати не само његове предности, већ и његова примена уопште.

2.3. Контрола "сагласности" закона са међународним правом

Савремени Устав Србије утврдио је још један облик нормативне контроле закона и других општих аката од стране Уставног суда, а који се огледа у оцени сагласности закона и других општих аката са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима. Наиме, из одредбе члана 167. став 1. тачка 1. Устава произлази да Уставни суд не одлучује, као до сада, само о сагласности закона и других општих аката са Уставом, већ и о њиховој сагласности са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима. Ова уставносудска надлежност је раније, по природи ствари, "припадала" уставном суду савезне државе, односно суду државне заједнице, чија је једна од чланица била Република Србија.

Место општеприхваћених правила међународног права и ратификованих међународних уговора у нашем правном поретку (који је јединствен) опредељено је одредбама чл. 16. и чл. 194. Устава, као и одредбама члана 167. Устава о надлежности Уставног суда. Према овим одредбама општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују.²⁸ Потврђени међународни уговори "морају бити у складу са Уставом" (члану 16.), односно "не смеју бити у супротности са Уставом" (члан 194. став 4.), док закони и други општи акти донети у Републици Србији "не смеју бити у супротности" са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права (члана 194. став 5.). У одредби члана 167. став 1. тачка 1. Устава утврђено је да Уставни суд одлучује "о сагласности закона..... са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним

²⁸Уставом није изричито прописано да општеприхваћена правила међународног права и ратификовани међународни уговори имају примат над правом Србије, као што је то било предвиђено чланом 16. Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора од 2003. године.

међународним уговорима". Оно што није спорно за ову врсту надлежности Уставног суда, а то је, да из одредаба Устава о хијерархији правних аката и одредаба о надлежности Уставног суда следи да општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори имају јачу правну снагу од закона, јер су по правној снази одмах иза Устава. У Уставу нема јасних одређења шта све чини корпус "општеприхваћених правила међународног права који чине саставни део правног поретка Србије", односно који су то "општепризнати принципи и правила међународног права на којима почива спољна политика Републике Србије". На ова питања ближи одговор ће дати пракса, и то пре свега уставносудска, која буде настајала у поступку контроле усклађености домаћег законодавства у односу на поменута правила међународног права. Било би добро када би Уставни суд Србије у пракси био управо онај орган који ће попут уставних судова у појединим европским земљама "установљавати" да ли нека норма међународног права припада правном поретку Србије.²⁹

Не улазећи овом приликом у ближу анализу одређених термилолошких и других неуједначености поменутих уставних решења која утврђују однос домаћег и међународног права и надлежност Уставног суда, указујемо само да она могу изазивати, не само академске расправе, већ и одређене недоумице у пракси. Наиме, ове разлике нису занемарљиве, нити су без значаја за поступак уставносудске контроле закона, јер начелно доносилац "закона који не сме бити у супротности" са међународним уговором (као актом више правне снаге), "сме све оно што му виши пропис не забрањује", што је "лабавији, односно слабији облик уставноправне везаности законодавца" од оне везаности која тражи "сагласност закона" са међународним уговорима као вишим прописом.

Када је у питању поступак контроле сагласности закона са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, мишљења смо да се одредбе члана 168. Устава која се односи на овлашћене предлагаче за покретање поступка, начин одлучивања и дејство одлука, као и друге одредбе о поступку накнадне

²⁹ Основним законом Немачке, у члану 100. став 2. утврђена је надлежност Савезног уставног суда, да одлучи у случају спора, односно сумње да ли је неко правило међународног права, односно међународно обичајно правило којим се непосредно одређују права и обавезе за физичка лица саставни део савезног правног поретка земље. И у овој земљи, ова правила у Немачкој имају већу правну снагу од оне коју имају савезни закони и закони држава чланица.

контроле уставности закона могу *mutatis mutandis* применити и на ову оцену. У суштини, ради се о истоврсном послу.

2.4. Контрола сагласности"потврђених међународних уговора" с Уставом

Из чињенице да је Уставом утврђено да потврђени међународни уговори чине саставни део правног поретка Републике Србије, да се непосредно примењују, те да ти уговори "морају бити у складу са Уставом" (члан 16.) односно да међународни уговори "не смеју бити у супротности са Уставом" (члан 194.), произашла је још једна нова надлежност Уставног суда, која се огледа у томе да овај суд одлучује о сагласности потврђених међународних уговора с Уставом. Напомињемо и овом приликом да појмови "усклађен" односно "усаглашен" и појам "супротан" који се употребљавају у наведеним одредбама Устава којима се уређује однос Устава и потврђених међународних уговора у правном поретку Србије, немају идентичну садржину. То је још један номотехнички пропуст текстописца Устава, који сам по себи може стварати потешкоће у примени ових одредаба, пре свега у поступку закључивања и извршавања међународних уговора, а потом у поступку њихове оцене пред Уставним судом.

Ако би се за тренутак занемариле тешкоће које ће произаћи из наведене нормативне неуједначености уставних одредби, у вези с овом надлежношћу Уставног суда, отвара се још једна крупна дилема: кад то заправо Уставни суд може (и треба) да врши контролу сагласности једног међународног уговора с Уставом. Да ли је то само контрола *a posteriori*, што би из језичког значења одредбе члана 167. став 1. тачка 2. Устава произлазило, или та контрола може бити и контрола *a priori*. Када је реч о овом виду уставносудске контроле, мора се имати у виду правна природа и карактер међународних уговора као правних аката, те да је општепризнато правило у међународном праву да се одредбе међународних уговора "могу мењати и укидати само на начин и под условима који су њима утврђени, или сагласно општим правилима међународног права". Отуда се, као важно поставља и питање, какав би карактер и дејство имале одлуке Уставног суда донете у овом спору, с обзиром на одређење нашег Устава, да су одлуке Уставног суда Србије «општеобавезне, извршне и коначне», тј. да ли би ове одлуке деловале на одредбе међународних уговора или одредбе Устава.³⁰ Из Устава следи да

30 Примера ради у члану 54. Устава Француске је утврђено да ако Уставни савет, коме се обрате председник Републике, председник Владе или председник једног од домова, "изјави

би се и у овом случају радило о одлуци Уставног суда којом би се утврдила несагласност нижег акта у правном поретку Републике Србије - у овом случају потврђеног међународног уговора, са вишим правним актом - у овом случају Уставом. Међутим, по нашем мишљењу, то не мора (и не може) да значи да би одлука Уставног суда у овој врсти спорова могла укинути правна правила, односно поједине одредбе међународних уговора, нити да би та одлука могла да мења међународне обавезе које је Република Србија преузела. У супротном, такве одлуке водиле би међународној одговорности државе Србије. Међутим, сасвим је друго питање да ли би таква одлука Уставног суда могла спречити примену неуставних одредаба међународног уговора у унутрашњем правном поретку Републике Србије.

Ваља напоменути да се управо због напред наведених разлога уставним судовима у компаративном праву, по правилу, не даје овлашћење накнадне контроле уставности потврђених међународних уговора. Неки уставни (нпр. Мађарске, Румуније, Шпаније, Португала, Француске и др.) изричито утврђују, односно познају могућност претходне контроле међународних уговора", односно оцену усклађености "међународних обавеза са уставом пре њиховог потврђивања".

Било би сврсисходно да се претходна контрола уставности међународних уговора и у пракси Уставног суда Србије прихвати, тим пре што у Уставу не постоје непремостиве препреке за такво делање Суда. Напротив, мишљења смо, да се без било каквих уставноправних сметњи, закон о потврђивању међународних уговора, као и сваки други закон може подврћи контроли уставности а priori.

У вези са наведеним намеће се и питање да ли се ова уставносудска контрола у суштини односи само на контролу закона о потврђивању, односно ратификацији међународног уговора, а што се, из језичког значења наведене уставне норме тешко може закључити. Међутим, уколико би преовладало такво становиште (уз све резерве), и у том случају би се наметнуло питање да ли би Уставни суд при том ценио

да нека међународна обавеза садржи одредбу супротно Уставу, овлашћење за ратификовање, односно потврду може бити дато само после измене Устава". Дакле, "декларација", односно изјава Уставног савета о неуставности повлачи за собом ревизију Устава, а не анулацију међународног уговора. Међутим, друга процедура је предвиђена чланом 61. Устава и део је контроле уставности обичних закона, па тако и закона о потврђивању међународних уговора и споразума. Наиме, у пракси је Уставни савет прихватао предлоге (најчешће посланика, односно сенатора) за оцену уставности закона о ратификацији, односно потврди међународних уговора, иако се у тим предлозима у суштини оспоравала неуставност текста закона о ратификацији већ текст међународног уговора.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

само формалну или пак формалну и материјалну уставност закона о потврђивању међународног уговора.³¹ И док оцена формалне уставности овог закона не би у суштини изазивала веће проблеме, то се не би могло рећи за материјалну оцену уставности. Уколико би ценио његову материјалну уставност, то би значило да би Суд морао ући у оцену и одредаба међународног уговора, јер у нашој законодавној пракси међународни уговор у номотехничком погледу, чини саставни део закона о његовом потврђивању, односно ратификацији.

Када је ова надлежност Уставног суда у питању, у Уставу нема посебних одредаба о томе ко и када може покренути поступак уставносудске оцене сагласности међународног уговора с Уставом, под којим условима, како тече поступак оцене, а посебно какво је дејство одлуке Уставног суда и сл. Реализовање ове надлежности Уставног суда тражи и одговарајућа посебна поступовна правила прилагођена карактеру Уставом утврђеног односа између Устава и потврђених међународних уговора, као и природи и карактеру међународних уговора. Наиме, овај поступак би у основи могао да тече следствено поступовним правилима о оцени уставности било ког закона, али уз нужне специфичности установљене преваходно у погледу дејства одлука Суда у овом спору.

Нема сумње, да би било примереније да је уставотворац изричито ставио у надлежност Уставном суду да цени међународне уговоре пре ратификације, и да би тако утврђена надлежност Уставног суда била у складу са природом односа који се на међународном плану успостављају између суверених држава, односно карактером и природом међународних уговора.

3. Закључна оцена

Уставом Републике Србије од 2006. године дошло је до ширења компетенција Уставног суда и у домену нормативне контроле права уопште. То ширење је ишло у правцу уставносудског контролисања већег броја правних акта, односно у правцу повећања броја аката у односу на које се врши оцена усклађености општих аката у правном поретку Републике Србије, али и установљавања нових облика и видова нормативне контроле.

³¹Према усвојеном становишту бившег Савезног уставног суда (СФРЈ), уставни суд формално правно у овом спору, не одлучује о уставности - неуставности међународног уговора, већ о уставности или неуставности закона којим је тај уговор ратификован, односно потврђен.

Може се рећи да Република Србија има један мешовити систем централизоване, непосредне (апстрактне) нормативне контроле уставности закона са више различитих облика претходне и накнадне контроле уставности закона (и других општих аката). Наиме, у оквиру редовног облика накнадне контроле уставности закона, који је својствен нашем уставном судству још од 1963. године, контрола уставности закона, по новом Уставу обухвата и оцену сагласности у односу на опште прихваћена правила међународног права и потврђене међународне уговоре. Осим тога, према члану 169. Устава сви закони могу бити подвргнути и претходном оцењивању уставности (пре њиховог проглашења). И док се решењима новог Устава којим је уређена накнадна контрола уставности закона (сем општепознатог приговора да ова контрола изазива правну несигурност, односно угрожава правну сигурност) не може много приговарати, та се оцена не може изрећи за решења Устава којима је уређена претходна контрола уставности закона. Наиме, решења посвећена превентивној контроли нису на јасан и целовит начин уредила овај облик контроле, нити су својом садржином створила претпоставке за обезбеђивање сврхе ове контроле - спречавање проглашења закона и његове примене пре доношења одлуке Уставног суда. Отуда се, с правом поставља питање, шта је заправо уставотворац хтео да постигне увођењем овог облика контроле. Она је уређена знатно другачије од превентивне контроле која постоји у појединим савременим европским земљама, а посебно оне контроле која се данас примењује у Француској. Те разлике огледају се, како у погледу карактера ове контроле, тако и подносилаца предлога за њено покретање, рокова за испитивање, а напосе у погледу дејства одлуке донете у поступку превентивне контроле.

Стојимо на становишту да је била добра замисао нашег уставотворца да начелно, у једном систему, обједини претходну и накнадну контролу уставности закона. Нису непозната теоријска гледања која сматрају да са становишта уставноправне теорије, надзор који у себи обједињава институте претходне и накнадне контроле представља "идеалан систем контроле уставности закона којим би се најпотпуније могле штитити слободе и права човека и грађанина" (Сокол). Вештим обједињавањем претходне и накнадне контроле над уставношћу закона, могла би се «решити у уставноправној науци врло стара и дуга расправа о предностима и лошим странама тих двеју, по времену кад се обављају, различитих контрола» - претходна контрола треба да спречи примену неуставног закона и тиме превентивно и делотворно штити слободе и права грађана од примене неуставног прописа, док би се кроз накнадну контролу отклониле оне неуставности закона које се објективно могу

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

уочити тек кроз примену његових одредаба. Но, велико је питање да ли поменуте одредбе Устава својом садржином то могу обезбедити.

Поред наведеног, одређене недоумице изазивају и оне одредбе Устава које утврђују надлежност Уставног суда у оцени усаглашености потврђених међународних уговора са Уставом. На те диле одговор ће пружити уставносудска пракса, али већ сада је сасвим извесно да ће бити почетних тешкоћа и у остваривању ове надлежности Уставног суда.

Bosa Nenadić, LL.D.
Judge of the Constitutional Court of Serbia

**THE CHARACTERISTICS OF THE CONTROL OF
CONSTITUTIONALITY IN THE REPUBLIC OF SERBIA - IN LIGHT
OF THE NEW CONSTITUTION OF 2006**

Summary

As compared to the solutions contained in the Constitution of 1990, the new Constitution of the Republic of Serbia of 2006 has brought about significant changes in terms of the role and the position of the Constitutional Court, defined as “an independent and sovereign state body of authority which protects the constitutionality and legality, human and minority rights and freedoms” and whose decisions are “final, enforceable and binding for all”. For that purpose, the framer of the constitution introduced significant changes in respect of the authorities of the Constitutional Court, thus creating the basic presumptions for the Court to become the “guardian of the Constitution” in the given social reality. The primary role of the Constitutional Court is still the control of the legislative authority (and other exponents of normative activities), thus securing the constitutionality in the formal and material sense and “preventing the legislative bodies to abuse and exceed their authorities”. In comparison to other courts, this function is commonly understood as *diferentia specifica* of the constitutional judiciary; therefore, it is often said that “the constitutional court does not adjudicate cases regarding legal and natural persons” but “reviews laws violating the constitution”.

As the Constitutional Court is obliged to “preserve and protect” the Constitution-imposed relations among legal acts in the legal system of the Republic of Serbia, which are articulated as the principles of constitutionality (and legality), the Court does it by exercising immediate normative control; due to the complexity of relations established in the legal order, the Court has different forms and proceedings for resolving the so-called “abstract constitutional disputes”.

Depending on the time when the review of the constitutionality of laws is performed, under the Constitution the control may be posterior or repressive – control a posteriori, and prior or preventive – control a priori. The posterior control is performed after the act (or some other general enactment) has entered into force, and is today the predominant form of control in most countries.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

On the other hand, the prior control is performed before the act adopted in parliament becomes legally perfect, i.e. before it is pronounced, officially published and entered into force, which is today the practice of just a few countries. Thus, the contemporary constitutional system of Serbia has a mixed system of judicial control of the constitutionality of laws, where both forms of control are legally possible at the same time depending on the kind of acts. The evaluation of the constitutionality of laws before they are actually pronounced and "entered into force" is a new authority of the Constitutional Court (introduced on the model of the legal solution contained in the French constitutional system) but it is characterized by a number of specific features which raise a number of questions.

The new Constitution has instituted another form of normative control by the Constitutional Court, including the evaluation of the compliance of laws with the generally accepted rules of international law and ratified international agreements. This responsibility/authority of the Constitutional Court to decide on compliance of the ratified international agreements with the Constitution came from the fact that the ratified international agreements are a constituent part of the legal order, that they are directly implemented, and that these agreements "must be in compliance with the Constitution", i.e. they "must not be in conflict with the Constitution". However, there is a number of ensuing dilemmas related to this new authority of the Constitutional Court: does the control include the control a posteriori which may be directly inferred for the linguistic context of the Constitutional provisions, or does it also imply the control a priori; does this control refer only to the control of laws on the confirmation of international agreements, which is difficult to infer from the linguistic context of the given constitutional norm.

**Проф. др Слободанка Стојичић, редовни професор
Правни факултет, Универзитет у Нишу**

УДК: 342.4(497.11)”1869”

ЕЛЕМЕНТИ УСТАВНОГ КАРАКТЕРА У ОРГАНСКИМ ЗАКОНИМА ИЗ 1870. ГОДИНЕ

Апстракт

Нови устав Републике Србије од 2006. године, чије увођење у живот тек предстоји, предвиђа у самом тексту Устава (у својих 206 чланова) преко 150 пута обавезу разраде и допуне уставних одредби путем закона. За разраду уставних одредби и за њихово детаљније регулисање путем закона, који се тек имају донети у Уставу су употребљаване најчешће формулације: „уређује се законом“, „у складу са законом“, „на начин предвиђен законом“, „под условима утврђеним законом“, „доноси се закон“, „прописују се законом“ и сл. Зато се очекује неопходна врло обимна законодавна делатност, најављена у смислу различитих већ поменутих формулација из самог Устава. Обимна законодавна делатност такође додатно призилази и из текста Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије од 10. новембра 2006. године и до ње ће доћи кад се за то стекну институционални услови (формира влада и конституише Народна скупштина).

У уставном развоју Кнежевине и Краљевине Србије у XIX и почетком XX века (у 6 устава које је Кнежевина односно од 1882. године Краљевина Србија имала), у наведеном смислу индикативан је Устав Кнежевине Србије од 1869. године (Намеснички устав). Овај устав садржи много начелних, декларативних одредби и велики број празнина. И начелност његових одредби и његове празнине се могу објаснити, осим политичких разлога, и чињеницом да је садржао укупно 133 одредбе. Све то требало је и могло се надоместити органским законима којима би се Устав увео у живот, уставне одредбе разрадиле и допуниле, што и јесте функција органских закона.

Године 1870. донесено је 5 органских закона, наравно на обичној, законодавној скупштини одржаној са тим циљем годину и два месеца после доношења Намесничког устава на Великој уставотворној скупштини. То су: Закон о пословном реду у Народној скупштини од 1. октобра, Закон о пословном реду у Државном савету од 5. октобра, Закон

о избору народних посланика од 10. октобра, Закон о министарској одговорности од 21. октобра и Закон о штампи од 23. октобра 1870. године. Међутим, ови органски закони су превазишли своју намену: они садрже и уставне одредбе, што не би требало, па чак и мењају уставне одредбе што се не би смело допустити.

Анализа односа Устава Србије од 1869. године и органских закона из 1870. године је тема овога рада, у намери да се укаже на евентуалне такве могућности и код доношења низа закона који произилазе из текста новог Устава Републике Србије.

Однос Устава од 1869. године и органских закона из 1870. године којима се Устав уводи у живот, и уопште у случају када су уставне одредбе декларативног карактера а устав има доста празнина које се законима морају попунити, може довести до еластичности уставних ситуација, односно до сасвим различитих уставних ситуација под једним истим уставом. У првој фази примене Устава Србије од 1869. године (1869-1888) више пута су променом органских закона и доношењем нових политичких закона створане сасвим нове уставне ситуације под тим истим Уставом. Оне су настале као израз новог односа политичких снага и могле су зависно од тог односа бити прогресивније или регресивније од самог Устава. То може имати и други значај: нове уставне ситуације могла је стварати влада својим законима, али у пракси би и Народна скупштина која оснажена може испољити своје политичке захтеве била способна да законима мења уставну ситуацију.

Тако су регресивне уставне ситуације настале органским законима из 1870. године и законима из 1884. године после Тимочке буне, али су законима из краја 1875 и почетка 1876. године као и из 1881. године настале врло прогресивне уставне ситуације, које су превазилазиле Устав од 1869. године. Овакве могућности чине ову врсту устава врло погодним за владајуће режиме и дуготрајним, нарочито за одржање режима који нису ни успели ни хтели да прате прогресивније друштвене и политичке тежње. У томе се налази и образложење и разумевање чина враћања на снагу Устава од 1896. године државним ударом Александра Обреновића 1894. године, после укидања врло напредног Устава Србије од 1888. године.

Кључне речи: устав, устав Србије органски закони, уставне ситуације, намеснички устав,

Општи поглед

Годину дана после убиства кнеза Михаила Обреновића Кнежевина Србија је донела нови устав – Устав од 1869. године, познат у историографији као Намеснички устав. Новим уставом је уведен представнички систем, извршена је подела законодавне власти између кнеза и Народне скупштине, чиме је Народна скупштина први пут постала законодавно тело.

Устав Србије од 1869. године формално одликује мноштво начелних одредби и велики број празнина. И начелност његових одредби и празнине у њему резултат су политичке премоћи кнеза (намесништва) и владе, који су пристали на увођење представничког система с тога што су били у ситуацији да му даду облик и домет. Како се у таквим настојањима и покушајима на Великој уставотворној скупштини није могло у свему успети, остављено је то законском регулисању. Прва таква прилика била је законодавна скупштина 1870. године, предвиђена прелазним одредбама Устава (чл. 133), која је доношењем органских закона требало да разради уставну материју, уведе Устав у живот и испуни оне празнине код појединих питања за које је у самом Уставу одређено да буду регулисане посебним законима.

Народна скупштина, одржана у Крагујевцу од 14. септембра до 25. октобра 1870. године, донела је пет органских закона: Закон о пословном реду у Народној скупштини од 1. октобра, Закон о пословном реду у Државном савету од 5. октобра, Закон о избору народних посланика од 10. октобра, Закон о министарској одговорности од 21. октобра и Закон о штампи од 23. октобра 1870. године.

Међутим, органски закони из 1870. године су превазишли своју намену. Они нису само проста разрада појединих начелних уставних одредби и допуна уставних празнина, нити у потпуности задржавају дух и смисао устава. Одступања од Устава су и по обиму и по садржини код појединих закона различита. Према Уставу органски закони имају различит однос: у појединим законима садржане су одредбе које би, по материји и своме значају, морале бити у Уставу, док с друге стране Устав садржи и одредбе које се иначе могу препустити законима; у појединим законима многе су уставне формулације ублажене или промениле смисао и намену; поједине одредбе Устава остале су без одговарајућих санкција.

Анализа односа Устава од 1869. године и органских закона из 1870. године указује и на могућност стварања различитих уставних ситуација под истим уставом, на еластичност уставних ситуација. Као израз новог односа политичких снага могло је доћи до доношења нових политичких закона, па би тиме настајале и нове уставне ситуације, које су, зависно од односа политичких снага, могле бити прогресивније или регресивније и од самог устава. Другим речима: нове уставне ситуације могла је стварати влада својим законима, али у пракси би и народна скупштина, која оснажена може испољити своје политичке захтеве, била способна да законима мења уставне ситуације. То се под Уставом од 1869. године често дешавало, и у првом (1869 – 1888) и у другом (1894 – 1901) периоду његовог важења. Такве могућности су плодно тле за врло опасну појаву у уставном животу државе, за фактичку уставност, која обично одудара од своје формалноправне основе из уставног текста.

I

Доношење Устава Србије од 1869. године

Устав Кнежевине Србије од 1869. године (Намеснички устав) настао је као резултат деловања оних либералних друштвених и политичких снага које је изненадни догађај маја 1868. године (убиство кнеза Михаила) затекао спремне у њиховој тежњи да дођу на власт. Те снаге су већ биле сазреле и друштвено и политички, када је на најрадикалнији начин светоандрејски либерализам најавио и обликовао, ударио темеље представничком систему као њиховом политичком облику и самим тим и политичком програму. У даљем развоју догађаја, међутим, није радикална либерална струја била главни актер, него се у периоду Михаилове владавине припремила и оформила реформаторска либерална струја, која је ушла у државни апарат, дуго се припремала и постала спремна за преузимање водеће улоге у даљим догађајима. Ти режимски либерали ће прерасти у највиталније елементе реакције седамдесетих година XIX века у Србији. Основу својих тежњи да дођу на власт и могућност да то остваре сагледале су у уставном преображају земље на принципима ограниченог представничког система, до ког степена практичне примене се могао и настојао, у тим друштвеним и политичким условима, подићи скупштински систем после деценија борбе за његово увођење на принципима народног суверенитета.

Приликом доношења новог устава непосредно по убиству владара ови политички кругови су се срили са различитим тенденцијама и

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

могућностима даљег трајања и развитка државноправног и политичког живота земље, али су се се њима врло успешно обрачунали. Намесништво на челу са Јованом Ристићем, које је деловало са позиција јединства законодавне и извршне власти, у условима малолетства кнеза Милана, имало је у томе нарочиту улогу. Оно се нужно срело са саветском конзервативном опозицијом, али и са опозицијом у самој Народној скупштини. Такву ситуацију су нарочито ошљавале и формалне, процедуралне сметње за доношење новог устава (надлежност Државног савета у доношењу устава, малолетство кнеза, ингеренције Порте у уставним променама у Србији као њеној провинцији).

При обрачуна са овако структурираном опозицијом, намесништво се врло успешно послужило политичком игром и тиме добило у одлучујућем моменту битну улогу у уставном конституисању оне мере представничког система која је одговарала умереним, пролибералним реформским политичким круговима, либералима од 1868. године, тј. режимским либералима. Са позиција задобијених новим уставом намесништво је могло најпре да дограђује и ограничава представнички систем органским законима, а затим и да ствара свој појам уставности и уставне праксе. Намеснички устав заиста је добио адекватан наслов и у историји уставног развитка Србије и у историографији, јер и јесте дело намесника који су осмислили и његово доношење и његову садржину (меру представничког система коју је садржао и могућности у заобилажењу током примене), те се надаље управо такви напори намесништва и прате и анализирају. кроз однос Устава од 1869. и органских закона из 1870. године. Кад се говори о намесништву и његовом месту и улози у доношењу Намесничког устава, онда се заиста у свему подразумева назаобилазна улога и умешност Јована Ристића и као политичара и као државника, који и сам припада генерацијама режимских либерала – либералима реформистима, који у тенденцијама за поступношћу и умереношћу промена виде једину могућност опстанка на власти, имајући их као штит од губљена позиција евентуалном наглом променом носилаца власти.

Поступак доношења Намесничког устава од 1869. године обележавају четири фазе, делом неопходне због изузетних околности насталих поводом атентата на кнеза Михаила, делом наметнутих потребом мера за неутралисање процедуралних сметњи које су биле препрека његовом настанку.

Те фазе су: Велика народна скупштина, Никољски одбор, претходна конференција са посланицима и дебата на Уставотворној скупштини.

Велика народна скупштина одржана је јуна 1868. године у Топчидеру. Сазвана је одмах после убиства кнеза Михаила, када је требало извршити избор новог кнеза, с обзиром да законског наследника престола није било. Упркос утврђеној надлежности Велике народне скупштине да она бира кнеза, када нема законског наследника престола, Велика народна скупштина у Топчидеру је само потврдила избор малолетног Милана Обреновића, унука Јеврема Обреновића, (брата кнеза Милоша Обреновића) за кнеза Србије, јер су је до тог завршног чина и начина решавања питања упражњеног престола довеле поменуте политичке снаге преко својих представника, спровевши већ пре тога и кроз војску избор новог кнеза. На Великој народној скупштини потврђен је и унапред утврђен састав намесништва, које би у уме кнеза до његовог пунолетства вршило кнежевску власт: (Миљивоје Блазнавац, Јован Ристић и Јован Гавриловић).

Али, Велика народна скупштина се није зауставила само на задацима које су јој политички кругови око намесништва и владе наменили. Сасвим у складу са дотадашњом праксом скупштинских заседања и ова Велика народна скупштина је изнела и своје жеље за реформама. Велика народна скупштина, осим осуде убиства кнеза Михаила и захтева за строгу осуду осумњичених лица, у пет од седамнаест тачака своје изјаве изражава и „опште неке назоре своје у смотрењу управе земљом“: „ 8. , Да се што шре сазове редовна народна скупштина, а иза тога да се сазива сваке године. 9. , Да се закон о народној скупштини разшири према потреби времена и жељи народа. 10. , Да се изда закон о слободи штампе, такође према околностима и потреби времена. 11. , Да се што пре изда закон о суђењу поротном, јер је то преко потребно према нашим околностима. 12. , Да се изда закон о одговорности министара.“

Ова изјава и жеље Велике народне скупштине послужиле су намесништву као формални повод, покриће за покретање уставне реформе. Уставна реформа 1869. године није спроведена због набројаних жеља народних посланика на Великој топчидерској народној скупштини, али намесништво јесте искористило ову изјаву и жеље, да би савладало отпоре доношењу новог устава, и унутрашње и спољашње разлоге противне уставној реформи. Намесништво се није саглашавало са овим прогресивним жељама Велике народне скупштине, као што се уосталом нису уважавале ни раније скупштинске сличне жеље и изјаве. Али,

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

претварајући их у својим прокламацијама, беседама, званичним актима и изјавама у формални повод уставне реформе, намесништво их је подигло на ниво уставних питања која истиче 500 народних посланика, па због тога постаје обавезујућа и сама уставна реформа. На уставну реформу намесништво и влада као експоненти одређених друштвених и политичких кругова имају сопствене погледе и очекивања, те су се при сусрету са овим прогресивним народним жељама одмах изјаснили не само за свестраност реформе, него и за „смотреност“, „постепеност“ и „умереност“ у њеном спровођењу.

Саветска конзервативна бирократија је такође пружала отпор уставној реформи, инсистирајући на формалним, процедуралним препрекама доношењу устава. Те отпоре намесништво је решило отварањем друге фазе доношења устава, која се састоји у формирању и раду уставотворног одбора, названом, по дану сазивања (6/19 децембар 1868. г.) Светоникољски (Никољски) одбор. Овај Одбор је имао око 80 чланова, међу којима су осим присталица намесништва и владе, били у највећем броју управо они представници опозиционих група које су се позивале на процедуралне сметње доношењу устава, са намерама да тако заузму одређену улогу и политичке позиције у спровођењу уставне реформе. Намесништво је том Одбору поставило питање да ли је време и потреба да се Србији да нови устав. Очекивану сагласност у одговору на то питање, намесништво је потпомогло мудрим предлогом устава са дводомим народним представништвом, у коме би горњи дом, Државни савет, у проширеном саставу, имао превагу над доњим домом, Народном скупштином. Како су чланови Никољског одбора, с обзиром на друштвену структуру Србије и њихове високе позиције у државном апарату и репутацију искусних политичара и државника једино и могли да буду и чланови горњег дома, од Никољског одбора намесништво лако добија сагласност за доношење устава. Само је искоришћена заинтересованост чланова Никољског одбора за установу горњег дома, мада и самим намесницима, у њиховим погледима на уставне реформе, није била страна могућност контроле једног горњег дома над Народном скупштином у оквиру дводомог представничког система, који је у неким претходним нацртима устава такође било најављиван. Међутим, када се у Никољском одбору у дебати поводом састава и надлежности горњег дома исказала и могућност и намера да горњи дом треба да врши и контролу над владом, намесници су одустали од дводомог представничког система и Јован Ристић се дефинитивно одлучио за Народну скупштину као једнодомо представничко тело. У целој наведеној политичкој игри и влада је сматрала да је боље да контролу над њеним радом има Народна

скупштина него Државни савет као горњи дом, не устручавајући се да се више пута изјасни да од контроле „сељачке скупштине“ може да се сачува путем доброг изборног механизма и увођењем интелигенције у Скупштину, избегавањем увођења политичке министарске одговорности и уз издашнију помоћ цензурисане штампе.

Упркос појачаном полицијском притиску на изборима за Велику уставотворну народну скупштину, изван број опозиционих посланика прошао је изборну цензуру, те се њихов отпор приликом дебате о уставном нацрту очекивао. Намесништво и влада, у циљу добијања изричне и потпуне подршке за готова решења у нацрту устава и за намеравана решења у неким још нерешеним питањима уставног садржаја, заказују и одржавају претходну конференцију са посланицима, те она представља трећу фазу у доношењу Устава од 1869. године. Из средине већ изабране Уставотворне скупштине влада и намесништво издвајају „виђеније народне посланике“, своје приврженике, и у консултацији са њима утврђују нацрт устава са Народном скупштином као народним представништвом које дели са кнезом законодавну власт. Том приликом се утврђује дефинитивно и састав Скупштине, односно у „кнежевим посланицима“ се налази замена за горњи дом и начин увођења интелигенције у Скупштину.

После претходне конфереције са посланицима намесници и влада су могли изаћи пред Велику народну скупштину са својим нацртом устава и бранити ону меру представничког система која је могла да опстане уз увек истицану „најзначајнију“ чињеницу: самог чина увођења представничког система, чиме се могло правдати свако закидање на елементима његовог пунијег формулисања и функционисања. Дебата у Великој народној скупштини у Крагујевцу је четврта и завршна фаза доношења Намесничког устава од 1869. године. Она представља последњи покушај на узлазној линији дотадашњих борби за скупштински систем као основу укупног политичког система и система функционисања државе на принципу народног суверенитета. Са тога гледишта репрезентативно је учешће у дебати адвоката Михаила Стајковца и трговца Александра Николајевића, који су и кроз нацрт скупштинске адресе и кроз критику чл.5. нацрта устава („Књаз потврђује и проглашује законе. Никакав закон не може важити, докле га Књаз не прогласи“.), покушали да подсети на принцип народног суверенитета и Народну скупштину као њеног носиоца у оквиру представничког система који се уводи. Али влада и намесништво су били спремни да не допусте изненађења, те су успешно и политички и теоретски, образлажући значај представничког система који се први пут

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

уводи, истакли потребу и нужност умерености и постепености у његовом оживљавању.

У дебати на Уставотворној скупштини, као и у целокупном дотадашњем раду на уставној реформи, намесништво и влада су многа питања остављала нерешеним, нарочито онда када су њихови предлози и комбинације наилазили на отпор њихових присталица и приврженика много више него опозиционих опонената. Влада је једино пристала на измену чл.53. нацрта устава који говори у избору скупштинског часништва, где је у попуштању ишла само до мере која неће нарушити евентуалне будуће притиске на Народну скупштину. Управо у том тактичком сегменту, кад су нека питања остављала нерешеним (скупштинска периода, заштита политичких права и слобода, министарска одговорност, општинско питање), влада и намесништво су се уствари опредељивали да их уместо на Уставотворној скупштини решавају на обичној, законодавној скупштини кроз органске законе, чиме и настаје особени појам фактичке уставности под Уставом Србије од 1869. године.

II

Представнички систем према Уставу од 1869. године

Уставом Србије од 1869. године у Србије је први пут уведен представнички систем: „III. О Народном представништву. Члан 41. Народна је Скупштина Народно Представништво.“ Наравно да је представнички систем уведен овим Уставом добио оне оквире који га нису приближили циљевима и програму вишедеценијске борбе за скупштински систем као основом укупног политичког система и функционисања државе на приципу народног суверенитета (народ преко свог народног представништва врши избор и контролу укупне власти). Представнички систем уведен Намесничким уставом добио је низ ограничења, са циљем да се обезбеди премоћ владе над Народном скупштином, али је као реална чињеница на коју је режим могао пристати а да се не осети угроженим, представљао уставно решење које се је могло, зависно од деловања прогресивних друштвених и политичких снага и дограђивати и превазилазити.

Народна скупштина дели са кнезом законодавну власт. („Књаз врши законодавну власт са Народном скупштином“). Народна скупштина је обична и велика, које се разликују по саставу, надлежностима и начину избора скупштинског часништва (председника, потпредседника и секретара).

Обична (мала или законодавна, како се у историографији такође назива) Народна скупштина је свакогодишња чињеница, састаје се сваке године, с тим што се избори не врше сваке године (тек ће законом о изборима народних посланика из 1870. године бити одређен њихов избор сваке треће године, па је тако део уставне материје – скупштинска периода – остављена законском регулацији). Место и време одржавања Скупштине одређује кнез. Састоји се од $\frac{3}{4}$ народних и $\frac{1}{4}$ кнежевих посланика („Књаз бира на свака три посланика по једног од своје стране из реда људи, који се одликују науком или искуством у народним пословима“). Њена основна надлежност је изгласавање закона („Никакав закон не може бити без пристанка Народне скупштине издат, укинут, измењен или протумачен“), па је она дакле основна претпоставка и услов први пут уведеног представничког система. Избори за народне посланике су непосредни и посредни (тек Законом о избору народних посланика из 1870. године одређени су непосредни избори народних посланика у окружним варошима а посредни избори, преко повереника у срезовима). На три хиљаде пореских глава сваки срез и свака окружна варош бира по једног посланика. Избор председника и потпредседника обичне Народне скупштине врши се, према дефинитивном тексту Устава, тако што најпре Народна скупштина из своје средине бира шест лица која предлаже кнезу, а кнез једног од њих поставља за председника и једног за потпредседника Скупштине.

Међутим, поред већ поменутих ограничења положаја и круга власти Народне скупштине (кнежеви посланици, кнежево право да одређује време и место одржавања Скупштине, начин избора скупштинског часништва, посредни избори народних посланика), Устав садржи и значајна ограничења Народне скупштине везаних за најважнији сегмент њеног увођења – законодавну надлежност. Битно је било ту ограничити Скупштину, иначе би се она могла отети контроли и од владе и од двора. Законодавну власт, као што је већ наведено, Народна скупштина врши заједно са кнезом, али кнез потврђује и проглашује законе. У обнародовању закона мора се казати да је пристанак Народне скупштине предходно доношењу закона, никакав закон не може бити издат, укинут, измењен или протумачен без пристанка Народне скупштине, али закон не може ступити на снагу док га кнез на обнародује и прогласи. Тако закон, иако изгласан у Скупштини, може вољом кнеза остати ван могућности примене (апсолутни вето кнеза). Затим, Народна скупштина нема право законодавне иницијативе (подношење формалних пројеката закона), јер у Уставу изричито стоји, да иако кнез може чинити предлоге скупштини и скупштина кнезу да се какав закон изда, „формални

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

пројекти проишлаго само од Књаза“ (чл.58 Устава). То управо значи да је Скупштина могла изгласати само оне законе које јој влада предложи, а не и оне, или онакве садржине, за које она сама налази да су потребни и корисни. Поред свих наведених ограничења законодавне надлежности Народне скупштине, највеће је било ипак издавање закона без садејства Народне скупштине : кнез у случају када је у питању безбедност земље, сам, на предлог министарског савета, издаје закон, уз обавезу да га првој следећој Скупштини изнесе на одобрење. Овакви ванредни „закони“, с обзиром да је појам угрожене безбедности остао недефинисан и иначе растегљив, могли су бити у пракси често злоупотребљени од стране режима.

Буџетско право Народне скупштине, као врло снажан елемент значајнијег положаја Народне скупштине и њене контролне улоге над владом, нажалост због низа ограничења није постало инструмент скупштинског утицаја и подређености владе Народној скупштини. Скупштина је дужна да буџет „у свако време одма предузети“ ако се то од ње захтева, тако да у Србији Народна скупштина није могла једну проверену праксу у развоју представничког система у европским земљама да користи, да остављајући разматрање и усвајање буџета за крај скупштинског заседања, изнуди нека законска решења у материји политичких права и слобода, политичког законодавства или уопште ојача своје политичке позиције, заштити скупштинска права или освоји нова. Осим тога, ако Скупштина не усвоји буџет, Уставом је предвиђена важност буџета из претходне године и у следећој години. И даље: постојећи буџет важиће и за идућу годину, ако Скупштина буде распуштена пре него што би буџет био решен. С обзиром да кнез може увек распустити Скупштину и на овај начин је сужено буџетско право Скупштине, те је Намесничким уставом Народна скупштина остала без најјачег инструмента контроле и утицаја над извршном влашћу.

Осим буџетског права, које кад се веже за Народну скупштину може битно да одреди однос Скупштине и владе у корист Скупштине, и другим инструментима тај однос је решен у корист владе. Уставом су одређена права министара у односу на Скупштину: министри имају право да присуствују скупштинским седницама, у претресу сваког предлога могу да учествују кадгод захеле, са правом да могу да говоре и после завршеног претреса, непосредно пре гласања о предлогу. Скупштина је дужна да предмете које јој влада поднесе најпре узме у разматрање, али је и влада дужна да предмете које Скупштина означи као хитне, што пре разматра. Влади је остављено право да од Скупштине тражи примање или

одбацивање свог предлога у целини; кад Скупштина одбаци владин предлог у целини, влада га више, без измена, не може поднети истој Скупштини; али, следећој Скупштини, у новом саставу, влада може свој једном одбачени предлог без измене поново поднети.

Народна скупштина се сазива редовно сваке године, а може се „кад би хитни послови захтевали“ и ванредно сазвати. Кнез одређује место и време сазива и одржавања Скупштине, сазива, отвара и закључује Скупштину. Кнез може Скупштину и одложити и распустити. Читав оквир скупштинског сазива и рада у компетенцији је кнеза: „Без кнежевог позива, посланици не могу се скупити у седнице скупштинске, нити могу скупљени остати, и шта радити, пошто су седнице закључене, одложене или скупштина распуштена.“

За рад Скупштине нарочито су битне одредбе о раду скупштинскиг одбора. Сваки владин предлог и сваки предлог уопште мора се најпре испитати у једном или више одбора, пре него што се на скупштинским седницама о њима расправља.

Скупштински кворум износи најмање три четвртине посланика, „а за пуноважно закључење изискује се да су за предлог дали глас најмање половина присуствујући чланова и један више“. Посланик свој глас може дати само лично и јавно. Седнице Скупштине по правилу су јавне; изузетно могу бити и тајне, кад председник Скупштине, министар или повереник изјаве да је при њиховим саопштењима „нужна тајност“.

Велика народна скупштина регулисана је у посебном одељку са једним чланом (89), којим је одређен и њен састав (само народни посланици у броју четири пута оноликом колико народ бира за обичну скупштину) и надлежности (међу којима су најважније: избор кнеза, уколико нема уставом утврђеног наследника, и промена устава).

Новоуведени представнички систем регулисан је у Уставу и низом других института и установа, које су ту своје место и форму нашле из политичких разлога. Односно, представнички систем се потпуно може сагледати само уз осврт и поређењем и са одредбама о другим органима и институтима (кнез, министри, државни савет, судови, права и дужности грађана, гаранцијама грађанских и политичких права грађана). Неке од ових одредби указују на однос Скупштине са владом директно, односно имају намену да обезбеде примат владе над Скупштином или кнеза над Скупштином, па и ако су садржане код уставног регулисања тих саставних делова организације централне власти, оне што се наше теме тиче такође омогућују да се представнички систем у целини прикаже и објасни, јер су

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

и његова допуна и разрада. Неке пак од ових одредби односе се на пратеће институте и установе самог представничког система, па се и без њих не може у целини сагледати представнички систем и његово функционисање (права и дужности грађана, гаранције политичкиг и грађанских права, начин регулписања општина и општинских власти). У одредбама о овој уставној материји уставотворци су налазили и највише прилика за присак на Скупштину, које су владајући режими у скупштинској пракси примењивали. Осим ових фактичких притисака, у поменутој уставној материји је из истих разлога остављано је највише простора за доношење посебних закона, којима су се под истим уставом уобличавале различите уставне ситуације.

Органски закони из 1870. године, иако нужни по самом тексту Устава, превазилазе своју формалну основу, дубоко задиру у уставну материју, мењају и садржај и дух Устава, па се могу у анализи тих закона препознати елементи уставног карактера, који су већ дакле 1870. године створили битно другачију уставну ситуацију од оне које је настала самим доношењем Устава годину дана раније.

III

Елементи уставног карактера у органским законима из 1870. године

Органски закони, које је Народна скупштина сазвана 1870. године ради њиховог доношења, усвојила у прилично кратком времену и без веће дебате, даваће у дужем периоду оквире односа Народне скупштине и владе. Намесништво и влада су врло спремно приступили циљевима које је њиховим доношењем требало испунити. Како су ови закони били врло битни за организацију и функционисање државних и политичких установа, разумљива су настојања намесништва и владе да преко њих обезбеди примат владе у односу на Народну скупштину и још шире (преко политичких закона – о министарској одговорности и штампи) да се онемогући деловање опозиције и у Народној скупштини и ван ње. Опозицију, и скупштинску и ванскупштинску, све присутнију и све јачу, требало је кроз цензуру штампе и отежаног поступка позивања министара на одговорност, спречити да одлучније утиче на владину унутрашњу политику, нарочито у периоду који би уследио после престанка функције намесништва.

Пре него што се укаже на елементе уставног карактера садржане у органским законима, мора се истаћи једна чињеница: 1870. године, иако се по тексту Устава то морало учинити, влада није предложила доношење једног органског закона – закона о општинама са разрађеном општинском самоуправом. Ова негативна чињеница – изостављање овог закона – битан је део нове уставне ситуације, бар толико колико и позитивне чињенице доношења сваког од ових пет органских закона, кроз чију садржину су намесништво и влада спровели своје интенције супротстављања либерализацији политичких односа. То што се влада није појавила са слободумнојим општинским законом је најаву читаве ситуације са органским законима. Већ је тада било јасно и левим либералима да оно што је у либералном смислу изостало у Уставу неће бити надокнађено на Народној скупштини 1870. године кроз органске законе, иако су леви либерали полагали велике наде да ће се на Скупштини 1870. године кроз органске законе десити управо либерализација политичких односа.¹ У питањима за која није било сигурно да ће на Уставотворној скупштини продрети, намесништво је изоставило да их регулише, оставило је празнине. Народној скупштини 1870. године оно је поверило стварну допуну Устава путем органских закона, према свом схватању уставности, рачунајући да ће на њу имати јачи утицај него на Уставотворну скупштину.

Општинска самосталност и самоуправа, иако најављене чланом 127. Устава („општине су самосталне у својој управи, сходно прописима закона“) нису постале украс нове уставне ситуације: влада је успешно успела да избегне подношење предлога закона о општинама и општинским властима, упркос поменутој уставној обавези. Суочена са већ више пута исказаном тежњом за либерализацијом општинског питања, влада је успела да и у овој императивној ситуацији избегне доношење новог општинског закона. На Великој уставотворној скупштини одбор за преглед нацрта устава је нашао да је чл. 127. Устава нејасан „јер се у њему каже, општине су самосталне у својој управи сходно прописима закона, а овамо садањи закон о устројству општина не даје општинама никакве самосталности“. Одбор је одустао од своје примедбе, када је влада и одбору и скупштини „дала реч“ да ће што пре саставити пројекта закона о општинама, заједно са другим законским пројектима, „у духу уставом

¹ Истичући да су Уставом од 1869. године „изречена општа начела владе и државног устројства кнежевине српске“, Стојан Бошковић, припадник ове либералне групе, сматрао је тада, а касније писао, да су широко отворене могућности за увођење нових услова доношењем нових закона - Ст. Бошковић, За просвету и слободу, 1882, Београд.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

изреченог начела“², и поднети га првој наредној скупштини.² Како влада своје обећање није испунила, остао је на снази Закон о устројству општина и општинских власти од 24. марта 1866. године,³ којим је општина сведена на најнижу јединицу полицијске управе, без икаквих атрибута општинске самосталности или самоуправе, ревносно, под строгим државним надзором, спроводећи наредбе централне власти.

Закон о пословном реду у Народној скупштини био је нужан, по тексту Устава (чл. 88), да би „определио ближе прописе о пословном реду скупштине“. Треба одмах нагласити да је део материје овог закона већ сам Устав садржао, јер је влада реално проценила значај који су те одредбе могле имати у њеном односу са Скупштином. Значај уставног регулисања пословног реда у скупштини показао се већ у дебати о скупштинском часништву на Уставотворној народној скупштини 1869. године, када је влада морала, под притиском и својих приврженика, да одступа од свог предлога и код избора часништва за обичну скупштину тражи компромисно решење. Тада се показало да је значај уставног регулисања пословног реда у скупштини незаменљиво средство у усмеравању скупштинског рада, преко кога се врши утицај на садржину и судбину многих закона. У први план је избио положај и улога скупштинског часништва, пре свега председника скупштине, на шта је указивало и искуство са претходних скупштина (Светоандрејске народне скупштине 1858. године и скупштина за време друге владавине кнеза Михаила). Намесништво и влада су инсистирали на уставним гаранцијама процедуралних одредби скупштинског рада, иако су код много важнијих питања уставне садржине „заборавили“ на тај принцип. Сада када је и Народна скупштина добила део законодавне власти, рачунало се да се преко одређене процедуре израде закона може обезбедити и одговарајућа садржина појединих закона, моменат подношења појединих предлога закона и усмеравајући притисци на дебату о њима. Зато су уставне одредбе о пословном реду у Народној скупштини обимне и детаљне, што нарочито постаје уочљиво када много важнија питања политичких односа уопште нису регулисана уставом, а незаобилазни су део уставне материје. Разумљиво је да се у Уставу нађу делови пословног скупштинског реда о законодавној иницијативи или скупштинском кворуму, али у Уставу нису неопходне детаљне одредбе о јавности или тајности скупштинских седница, о отварању и закључивању скупштинских седница, о раду

² Протоколи Велике народне скупштине држане 10. јунија у Крагујевцу, 1870, Београд, стр. 89.

³ Зборник закона и уредаба у Кнежевини Србији, књ. XIX

скупштинских одбора, детаљне одредбе о посланичком имунитету, итд. И њих ће Закон о пословном реду у Народној скупштини још више разрадити, што и треба да буде циљ његовог доношења, али је и ту прилику требало искористити и скупштински пословник учинити средством за маневрисање у скупштини.

Управо ту се показало да циљ намесништва и владе при изради Закона о пословном реду у Народној скупштини није био само формални циљ сваког пословног реда у раду једног колегијалног тела: обезбедити функционисање и ефикасност рада Народне скупштине, него да се регулише однос између скупштинске већине и скупштинске мањине, да се скупштинска мањина правилима пословног реда сузбије у своме деловању. С обзиром да тај однос већине и мањине у скупштини одређује снагу и положај Народне скупштине у политичком животу и политичким односима уопште, разумљиво је што су намесништво и влада настојали да тај однос буде регулисан на штету скупштинске опозиционе мањине и да се различитим средствима у пословном реду обезбеђује предност скупштинске већине над мањином. За илустрацију наведених могућности указује се на неколико примера најчешће коришћених чланова Закона о пословном реду у Народној скупштини помоћу којих је скупштинска већина могла у свако доба да спречи говор посланика из опозиције. На питање председника скупштине да ли су посланици у неком предмету довољно обавештени, по добијању позитивног одговора или његовој процени да је добијен позитиван одговор, председник скупштине објављује да је претрес о том питању завршен (чл. 59. Закона). Скупштинска већина може своју изјаву да је довољно обавештена дати и непосредно после говора министра или одборског известиоца, па се тада опозиција потпуно онемогућује да своје мишљење изнесе. Скупштина (скупштинска већина) има право да искључи посланике који нису долазили редовно на седнице, а своје разлоге не оправдају „довољно важним узроцима“ (чл. 6. Закона). Овим се уствари пружала прилика одузимања мандата народним посланицима, што је скупштинска већина могла користити у притисцима на скупштинску мањину. У случају да мањина својим недоласком на скупштинске седнице жели да спречи доношење неког закона или одлуке, ако дакле посегне за могућношћу остављања скупштине без кворума потребног за скупштински рад, скупштинска већина је могла да из скупштинског састава искључи посланике скупштинске мањине и да настави сама да ради.

Скупштински пословник садржан и разрађен Законом о пословном реду у Народној скупштини често је служио за маневрисање у скупштини. Влада га је могла својим тумачењима и превазилазити (такав је покушај да

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

се по чл. 103. Закона могу оптужити министри, да су министри по том члану чак могли и политички бити одговорни, о чему се и тада, а и касније водила полемика, нарочито између Јована Ристића и Милутина Гарашанина),⁴ док га у почетку збуњени посланици нису ни разумели ни умели тумачити. Али употреба и злоупотреба пословника у почетку је била тесно повезана са положајем владе. Док је постојала фактичка премоћ владе, она је успешно све „завијала“ у пословничку (процедуралну) форму и израз, да би са променом односа снага у скупштини дошло до превазилажења пословника и у корист скупштинских права и слобода, па тиме доприносила и развоју тактике у скупштинским борбама и развоју скупштинске праксе.

Закон о избору народних посланика на специфичан начин поставља питање односа између Устава и једног органског закона, којим се Устав само може уводити у живот. Док су се многе одредбе о пословном реду у народној скупштини нашле у Уставу, што није требало, овде је ситуација другачија: Закон о изборима народних посланика садржи одредбе изборног система које су се морале наћи у Уставу. Устав од 1869. године није у потпуности регулисао уставну материју изборног система, коју би затим изборни скупштински закон требало само да разради. Из материје изборног система уставу припадају одлуке о времену на које се посланици бирају, односно одлука о трајању скупштинског периода и о начину гласања (јавно или тајно гласање), а управо та питања, упркос своме значају, нису решена Уставом, него су препуштена изборном скупштинском закону.

У нацрт Устава, који је скупштински одбор за преглед нацрта разматрао, предложено је да се народни посланици бирају на три године, а кнежеви посланици постављају на годину дана. Скупштински одбор је тражио да се народни посланици бирају на годину дана. Министри и скупштински одбор су се најзад сагласили „да се овај члан устава сасвим изостави, па о томе у изборном закону како се најцелисходније нађе пропише“. На тај начин Велика уставотворна скупштина, не пристајући на владин предлог, оба битна питања скупштинског изборног система скида са дневног реда.

Међутим, на обичној скупштини 1870. године, која је требало да донесе органске законе, ова питања су морала да се реше. Влада је и тада изашла са предлогом да се народни посланици бирају на три године, а кнежеви постављају на годину дана, иако Велика уставотворна скупштина

⁴ Протоколи народне скупштине 1873, 261; Протоколи ванредне народне скупштине 1874, 472-473.

такав предлог није усвојила. Скупштински одбор за преглед Закона о изборима народних посланика у свом извештају скупштини, наводећи све предлоге који су се на одбору чули, прихватио је владин предлог да се народни посланици бирају на три године, али је тражио да се и кнежеви посланици постављају на три године. Свој предлог одбор је образложио следећим разлозима: 1. посланици изабрани на три године, „кад се једно за другим састају у више скупштина“, много су вичнији обављању законодавних послова и пословном скупштинском реду; 2. једна скупштина не може све законе донети, те је зато потребно исти састав скупштине да се и остали закони у истом смислу и смери донесу; 3. посланици који су на дуже време изабрани „имају јачу вољу и већу пажњу обраћају на све што се ради у земљи“. ⁵ У дебати поводом одборског извештаја диференцирала су се међу посланицима три мишљења: да трогодишњи мандат имају и народни и кнежеви посланици (како је и скупштински одбор предложио); да се народни посланици бирају на три године, а кнежеви постављају на годину дана (како је влада предложила); да и једни и други посланици имају једногодишњи мандат. За једногодишњи мандат наведени су следећи разлози: влада ће мање утицати на посланике ако се сваке године бирају и постављају; скупштина је „школа у којој се људи спремају за законодавца“, па треба што већи број људи да прође кроз скупштину; изборима сваке године у скупштину ће долазити млађи и способнији људи; посланици бирали и постављани на три године могу лако злоупотребити свој положај. ⁶ За трогодишњи скупштински период истакнути су такође валидни аргументи: посланици су самосталнији кад су изабрани или постављени на три године; кад учествују у раду више скупштина (пошто се скупштина редовно одржава сваке године, а може се и ванредно сазивати), онда посланици постају вичнији законодавним пословима; ако посланици изабрани или постављени на три године злоупотребе свој положај и „ударе правцем који је опасан за земљу... влада има право да распусти скупштину и нареди нове изборе“, да је у напреднијим земљама скупштинска периода и дужа; и др. ⁷

Председник министарског савета Радивоје Милојковић, истичући питање скупштинског периода као најважније питање изборног система, подржао је у свом говору на крају дебате компромисни предлог владе и скупштинског одбора: да се народни посланици бирају, а кнежеви

⁵ Протоколи наредне скупштине 1870, 107-108.

⁶ Исто, стр. 119-124.

⁷ Исто, стр. 119-125.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

постављају на три године. Потом је предлог одбора усвојен једногласно. Обична народна скупштина пристала је на оно на шта Велика народна скупштина није хтела да пристане.

Питање о јавном или тајном гласању, упркос своме значају, такође није решено Уставом, него је остављено да га реши обична народна скупштина при доношењу изборног закона. Скупштина је усвојила владин предлог да се избор народних посланика обавља јавним гласањем.

Закон о пословном реду у Државном савету пример је несагласности одредби једног органског закона са уставним одредбама. Била је то најаве не само опасне праксе допуне Устава путем закона, него и још опасније праксе потирања и измене уставних одредби путем закона.

Према Уставу Државни савет, који више није имао законодавну власт, постао је највише административно тело и највиши административни суд. У споровима који су били изазвани министарским решењима, Државни савет је доносио коначна решења обавезна за министре : Државни савет „разматра и решава жалбе против министарских решења у спорним административним питањима (чл.90. т. 3. Устава).

Међутим, према Закону о пословном реду у Државном савету, Државни савет то више није могао да ради, чиме је изгубио надлежности највишег административног суда. После много оспоравања и усаглашавања, притисака и „надмудривања“ између владе и скупштинских одбора и посланика, постигнута је сагласност око садржине чл. 48. Закона о пословном реду у Државном савету, којим чланом се је мења одредба Устава (чл. 90.т.3.).

Према чл. 48. Закона о пословном реду у Државном савету, кад министар не усвоји примедбе савета на његово решење и решење не измени, „он ће учинити савету своје против примедбе, па ако савет и после тога остане при своме мишљењу, он ће по други пут изрећи своје решење и навести закон и побуде, које га утврђују у своме пређашњем посматрању. Ако би министар и после овог остао при своме схваћању закона, он ће изнети ствар пред министарски савет, па ако би овај усвојио његово схватање, онда ће се захтевати да се закон протумачи“. Ова одредба пословног реда у Државном савету је типично бирократског карактера, којим се замагљивало и компликовало решавање административних спорова. Било је очигледно да је у овом надметању између министарског савета и Државног савета око примарне улоге једног или другог тела, са рефлексима некадашње моћи Државног савета и савремене претежне улоге владе (министарског савета), предност била на

страни владе и појединих министара. Предност се састојала у могућности да министарски савет, који у случају сукоба између Државног савета и поједних министара пружи подршку министру, увек могао поводом појединих решења Државног савета да тражи тумачење закона, одлажући, у међувремену, извршење саветског решења све док Народна скупштина не протумачи закон. Заиста је влада у пракси, кад год се није слагала са Државним саветом, одлагала извршење саветског решења и тражила да Народна скупштина протумачи закон, а са тражењем тумачења се уопште није журила.⁸ Посебно је питање увећања обима послова коме Народна скупштина не би могла да одговори, због важности својих примарнијих надлежности у односу на тумачење закона у министарским решењима поводом административних спорова.

Закон о министарској одговорности је разрадио одредбе Устава о министарској одговорности пред посебним Државним судом. Министри су по чл. 101. Устава могли бити одговорни само за четири кривична дела: издајство према домовини или владаоцу, повреду Устава, примање мита или оштету државе из користољубља. Уставом је дакле уведена само кривична министарска одговорност пред Народном скупштином, јер их је Народна скупштина могла оптужити само за наведена четири кривична дела, док су министри политички могли бити одговорни евентуално само пред кнезом, јер их он поставља и отпушта (чл.99. Устава). Тако и треба разумети одредбу Устава из чл.100: „Министри су одговорни Књазу и народној скупштини за своја званична дела“. Уставом се установљава она мера министарске одговорности којом се хтело постићи скидање одговорности са кнеза, па је прописано, такође у чл. 100. да сваки акт у државним делима, који кнез потписује, мора бити противпотписан од стране министра. С друге стране, министарска одговорност је формално уведена, али није учвршћена, што одговара схватању намесништва изнетом у адреси пред Никољским одбором: министри треба да одговарају за свој рад, али оптужбу министра не треба уредити тако да то буде извор страховања за министре и да их ограничава у њиховом раду.

Иако су већ самим Уставом министри били довољно заштићени од оптужења пред скупштином (предлог за оптужење министра мора садржати тачке оптужења и мора бити потписан од најмање двадесет посланика, за скупштинску одлуку да има места оптужењу тражи се двотрећинска већина), Закон о министарској одговорности је, на линији изнетог схватања намесништва, још више сузио могућности за оптужење министара и ублажио мере против незаконитог рада министара.

⁸ Сл. Ј о в а н о в и ћ , Влада Милана Обреновића, књ. I, Београд, 1934, 419.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Најпре је врло кратак рок за застарелост дела за која се министар може пред скупштином оптужити била законска формула заштите министара од одговорности. Закон о министарској одговорности предвидља да ако прва скупштина по учињеном делу не покрене питање одговорности министра и не реши да се министар оптужи, право скупштине да оптужи министра за то дело престаје. Ако кнез и влада желе да ослободе министра од оптужбе, довољно је било одложити, распустити или закључити скупштину, јер ови кнежеви акти, које он чини најчешће на предлог владе, аутоматски прекидају започети поступак оптужбе министра или покретање оптужбе уопште.

Оптуженом министру суди Државни суд, чији је састав одређен Законом о министарској одговорности. Државни суд се састоји од дванаест чланова, који се бирају коцком између чланова касационог и апелационог суда и народних посланика.

Казне за оптужене ministre које Државни суд може да им изрекне су заиста благе: лишење звања и неспособност за државну службу. Ако Државни суд при изрицању казне нађе да је министар учинио дело које је по кривичном закону кажњиво најмање са пет година робије или заточења, оптуженог министра предаје редовном суду.

Министарска одговорност по Уставу од 1869. године и Закону о министарској одговорности из 1870. године више је имала значај због њеног формалног увођења, него што се дотичала намере да се та нова установа учврсти. Показало се то у покушајима да се ипак нешто постигне у погледу политичке министарске одговорности, прековезивања за чл. 103. т. 5. Закона о пословном реду у Народној скупштини, на чему је инсистирао скупштински одбор код разматрања Закона о министарској одговорности. Тај посредни пут за довођење у везу поступка по молбама и жалбама које Народна скупштина прима од лица која нису посланици, који прописује чл.105. Закона о пословном реду у Народној скупштини, са министарском одговорношћу, поготову политичком, у условима непостојања парламентарне владавине, више је израз недостатка политичке воље да се министри учине одговорним.

У много каснијој полемици са Милутином Гарашанином, Јован Ристић је тврдио да су министри били и политички одговорни, и то управо на основу чл. 103. Закона о пословном реду у Народној скупштини, а да се то и хтело постићи додатком скупштинског одбора уз чл.1. Закона о министарској одговорности: „... а у случају чл. 100. устава, поступа се по

пропису чл. 103. закона о пословном реду у народној скупштини“.⁹ За своја званична дела – тврдио је Јован Ристић, тада намесник и творац Устава од 1869. године – министри одговарају скупштини и кнезу. У скупштини министри се оптужују за четири дела побројана у чл. 101. устава. У осталим случајевима министри одговарају по чл. 103. Закона о пословном реду у народној скупштини. По т. 5. тога члана може доћи до скупштинског предлога да се министри оптуже.¹⁰ Милутин Гарашанин пак констатује да је по Уставу од 1869. године и Закону о министарској одговорности из 1870. године била „празна беспослица“.¹¹ Заиста, да се хтела постићи министарска одговорност за сва њихова званична дела, (кривична и политичка министарска одговорност) онда се то свакако не би оставило натегнутом тумачењу Закона о пословном реду у Народној скупштини, већ би се регулисала првенствено Уставом и Законом о министарској одговорности, како ће то бити у каснијој уставној и законодавној пракси Краљевине Србије.

Законом о министарској одговорности владама је дата могућност да увек од своје скупштинске већине добијају разрешницу, која касније онемогућује подизање оптужнице и против појединих министара те владе, што је указивало на сву илузорност министарске одговорности и у облику у коме су је Устав и Закон о министарској одговорности садржали. У пракси то се најбоље видело када је убрзо у скупштини покренуто питање одговорности министра војног Јована Белимарковића за оштећење државе из користољубља.

Закон о штампи је донесен на основу одредбе чл. 32. Устава, којим се гарантује право на исказивање мисли речима, писмено, средством печатње или у виду ликова и којим је издавање Закона о штампи изричито предвиђено. Устав штампу спомиње још само у једном члану, у чл.38, где, предвиђајући које све чланове Устава влада може у случају преке опасности по јавну сигурност обуставити, убраја и „опредељења ...члана 32. односно слободе говора о печатње“. Питање слободе штампе, која се тражила више деценија а и када се у формулацији из чл. 32. Устава може препознати слобода штампе као начелни став, није Уставом регулисано, него је остављено законском регулисању, а самим тим и ограничењу слободе штампе. На примеру Закона о штампи из 1870. године, као једном од органских закона, то је нарочито дошло до изражаја. Принцип слободе штампе није добио гаранције ни у Закону о штампи из 1870. године. Влада

⁹ Протоколи народне скупштине 1870, 318.

¹⁰ Ј. Р и с т и ћ, Једно намесништво, 1869-1872, Београд, 1894.

¹¹ М. Г а р а ш а н и н, Два намесништва, 1892, Београд, 48.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

је истицала чиљеницу да овим законом није заведена цензура штампе, али низом законом уведених мера и поступака власти према штампи, заведена је строга контрола штампе која превазилази отворену цензуру. Уместо претходне заведена је накнадна цензура, која је и политички и економски спутавала посленике у штампарској делатности.

Већ на Великој уставотворној скупштини 1869. године показале су се разлике у схватањима о штампи између владе и посланика. Влада је успела да из првобитног нацрта скупштинске адресе, између осталих захтева скупштине, потисне и захтев за слободом штампе. У пробитном нацрту скупштинске адресе тражила се слобода штампе, а не само закон о штампи. У томе је и била разлика између онога на шта је влада хтела да пристане и онога што су посланици упорно тражили. Тадашњи министар војске Јован Белимарковић добро је то осетио: „Овде се иште слобода печатње, а ја мислим, да би слобода печатње била од штете по народ, кад се не би законом уредила“. То је дало повода Јовану Јовановићу, познатом опозиционару из времена Михаилових скупштина, да министра војног упита да ли је слобода печатње „какав баук“ и да сликовити образложи своје залагање за слободу штампе: „Доказано је у целом свесном свету, да је слобода печатње права потреба. Слободну печатњу неки неће, јер се боје зла; и ја се бојим зла. Човек може учинити зло на два начина, н. пр. физички, руком, па зар да повежу људима руке, зато, што би могли зло учинити... Слобода печатње јест исповедање истине и откривање мана, што постоје у нашем друштву“.¹²

Посебне мере контроле и притисака на штампу уведене су члановима 6, 13, 21, 25, 37, 38, 43, 45, 46. и 47. Закона о штампи.

Закон о штампи у чл.6, који је усвојен на предлог владе, обавезује штампара да један примерак новина на један сат пре растурања достави месној полицијској власти или нарочито зато одређеном званичнику. У току једног сата од предаје листа није се смело вршити растурање (продаја) новина. Иако цензура овим законом није уведена, пракса је убрзо показала да је забрана по чл.6. исто што и цензура, накнадна и још тежа од раније уобичајене, мање спутана законским обзирима и мање одговорна. „Заобилазним путем опет се ишло на цензуру, с том разликом само што се цензура није вршила над рукописом него над коректуром“ – рећи ће Слободан Јовановић¹³ – објашњавајући како су уредници уместо

¹² Протоколи Велике народне скупштине држане 10. јунија 1869. године у Крагујевцу, 1870, Београд, 112.

¹³ Сл. Ј о в а н о в и ћ, Влада Милана Обреновића, књ. I, 1934, Београд, 120.

одштампаног текста подносили на увиђај коректуру текста, па је уредник да би избегао евентуалну забрану, брисао већ из коректуре „неподобне“ текстове.

По чл. 13 Закона о штампи за издавање новина није важио систем одобрења, али ни чист систем пријаве. У пријави је требало навести низ података и доказа о постојању законских услова код лица која су пријавила намеру да издају лист. Оцену тих доказа вршила је окружна полицијска власт, која је и издавала уверење о испуњеним условима за издавање новина. Али, у коме ће року она то урадити, није било законом одређено, него је неодређено речено „чим власт нађе“. Често су на тај начин, одлагањем и одуговлачењем издавања дозволе, оштећени и онемогућени потенцијални издавачи у својој намери да почну са издавањем листова.

Чланом 21. Закон о штампи такође није одредио рок у коме је полицијска власт била дужна да преда суду кажњива дела која се налазе у садржају одштампаног списка. „Полицијска власт дужна је за најкраће време поднети ствар суду“, а колико траје то најкраће време одређује опет сама полицијска власт, с тим што је у томе року и даље забрањено да се штампана ствар растура, пошто је једино суд могао скинути забрану.

За кривице учињене путем штампе одговарају писац, уредник, издавач и штампар, али не сваки посебно, него по општим прописима кривичног законика о саучесништву (чл. 25 Закона о штампи). Штампар је одговарао и мимо прописа из чл. 25, ако се за њега нису стекли услови о саучесништву. То је одредба чл.27. која је штампаре чинила још опрезнијим, па су ради своје сигурности често одбијали да штампају текстове „неподобних“ опозиционара и противника режима, односно и сами представљали једну врсту цензуре. Чланом 38. прописано је да казне по закону о штампи не искључују казне по кривичном законнику, ако је у штампаном делу садржано које кривично дело. Ако уредник, осуђен на новчану казну, не плати казну за петнаест дана, лист се обуставља све док се казна не плати (чл. 43). Ако ко од криваца по Закону о штампи „позива јавно и купи прилоге да би подмирио новчану казну“, кажњава се казном од 300 талира или до једне године затвора (чл.45).

Обустава листа је предвиђена чл.46, у случају да новине и после две опомене од стране министра унутрашњих дела наставе да се „тако уређују да се њима стално и у непријатељском духу нападају и изопачавају дела државних власти, или се уопште тако уређују, да постану убитачни за јавни мир и поредак“. Ова обустава, као и обустава због

неплаћене новчане казне, нису ишле на оцену судске власти. То је практично значило да је министар унутрашњих дела по слободној оцени могао сваку критику рада државних органа и злоупотребе власти прогласити „убитачно по мир и поредак“ и „нападањем и изопачавањем дела државних власти“, због тога обустављао излажење новина и тако елиминисао могућност критике рада државних органа и уопште изношења опозиционих ставова.

Застарелост кривица учињених путем штампе предвиђена је у чл. 47, али на такав начин да практично застарелости штампарских кривица и није било. По овом члану рок застарелости је износио шест месеци, али се застарелост прекидала и нови рок од шест месеци је почињао да тече сваким актом власти који има за циљ да извиђање отпочне, настави се или заврши, што је власт и радила непосредно пред истек рока.

XXX

Републици Србији, која је нови Устав донела 8. новембра 2006. године предстоји врло обимна законодавна делатност. Увођење овог Устава у живот тек предстоји, али у самом тексту Устава (206 чланова) предвиђена је преко 150 пута обавеза разраде и допуне уставних одредби путем закона. За разраду уставних одредби, њихово оживотворење или њихово детаљније регулисање путем закона, који се тек имају донети, у Уставу су употребљене најчешће формулације: „уређује се законом“, „у складу са законом“, „под условима утврђеним законом“, „доноси се закон“, „прописују се законом“, „на начин предвиђен законом“, и сл. Зато, на поукама и порукама из наше уставне прошлости и управо на примеру односа Устава Кнежевине Србије од 1869. године и органских закона из 1870. године, треба бити изузетно опрезан, да се не би законском регулисању препустила уставна материја. У томе је значај поука и порука историје, о којима треба едуковати носиоце функција и политичаре, скретати пажњу и скупштинској позицији и скупштинској и ванскупштинској опозицији, сада, када поред обимне законодавне делатности која је разрађена и у погледу садржине и у погледу рокова у уставном закону за спровођење Устава Републике Србије од 10. новембра 2006. године, Србији предстоји и обимна законодавна делатност за усаглашавање нашег правног система са правом Европске уније, као израза нашег избора у перспективама развитка придруживањем Европској унији. Или, када се већ предузимају кораци на завођењу фактичке, Уставом Републике Србије неутемељене уставности (Савет за националну безбедност и други елементи политичког компромиса који су у току).

Prof. Slobodanka Stojić, LL.D
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

THE SERBIAN CONSTITUTION OF 1869 AND THE ORGANIC ACTS OF 1870

Summary

The new Constitution of the Republic of Serbia of 2006, whose implementation is still ahead, envisaged the obligation of elaborating and supplementing the constitutional provisions by means of statutory legislation. The wording of the Constitution (in 206 articles) contains more than 150 references on upgrading the constitutional provisions and their further detailed statutory regulation, which is yet to be adopted. The most frequent phrases used in the Constitution are as follows: "(the matter) is regulated by law", "in compliance with the law", "in the manner envisaged by the law", "under the conditions established by the law", "which is to be prescribed by the law", "the law is to be adopted", etc. Consequently, an extensive legislative activity is anticipated in terms of clarifying the diverse aforementioned formulations used in the Constitution. An extensive legislative activity additionally ensues from the text of the Constitutional Act for Implementing the Constitution of the Republic of Serbia of 10th November 2006, but it will take place only after all the institutional conditions have been satisfied (by forming the Government and constituting of the National Assembly).

In the constitutional development of the Principality and the Kingdom of Serbia in the 19th and at the beginning of the 20th century (which is characterized by six constitutions of the Principality of Serbia, i.e. the Kingdom of Serbia from 1882), the most indicative constitution was the 1869 Constitution of the Principality of Serbia (the so-called Regent's Constitution). This Constitution contained many principled, declarative provisions and a large number of legal gaps. Apart from the political reasons, the declarative nature of these provisions and the legal gaps can be explained by the fact that the Constitution contained 133 provisions altogether. It was supposed to and could be easily compensated by adopting organic acts which would help elaborate and amend the constitutional provisions, and put the Constitution into effect.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

In the year 1870, five organic acts were adopted in ordinary, legislative parliamentary procedure, in the assembly held for that purpose a year and two months after the adoption of the Regent's Constitution in the Grand Constitutional National Assembly. These acts were: the Act on the Rules of Order in the National Assembly of 1st October 1870, the Act on the Rules of Order in the State Council of 5th October, the Act on the Election of Members of Parliament of 10th October, the Act on the Ministerial Responsibility of 21st October, and the Act on the Press of 23rd October 1870. However, these organic acts exceeded their primary purpose. Not only did they comprise some constitutional provisions but they also changed some of the provisions, neither of which should be allowed.

The subject matter of this paper is the analysis of the correlation between the 1869 Serbian Constitution and the 1870 organic acts. The author's intention is to point to possible options in adopting a series of organic acts ensuing from the text of the new 2006 Constitution of the Republic of Serbia.

The correlation of the 1869 Constitution and the subsequent organic act of 1870 which enabled the implementation of the Constitution (and generally in the circumstances when the constitutional provisions are of a declarative character, and when the constitution has a significant number of legal gaps which are to be compensated by the statutory legislation), may generate certain flexibility of constitutional circumstances, i.e. bring about quite different constitutional circumstances under the same constitution. In the first phase of implementing the 1869 Serbian Constitution (in the period from 1869 to 1888), there was a number of occasions when the change of organic acts and the adoption of new political acts created completely new constitutional circumstances under the same constitution. The new constitutional circumstances came as a result and expression of a new political balance of powers, depending on which they could be more progressive or more regressive than the Constitution itself. Another issue of great significance may be that the government could create new constitutional circumstances by adopting its own acts; however, in practice it was also the strengthened National Assembly with clearly articulated political demands that was able to change the constitutional circumstances by passing acts of parliament.

Thus, the regressive constitutional circumstances were created by the organic acts of 1870 and the acts of 1884 following the Timok Insurrection, whereas the act from the end of 1875 and the beginning of 1876 as well as of 1881 created very progressive constitutional circumstances, which exceeded the 1869 Constitution.

These options make this kind of constitution long-lasting and quite suitable for the governing regimes, particularly in maintaining the regimes which never succeeded or wished to keep up with more progressive social and political developments. This may also contribute to a better understanding of the act of re-enforcing of the 1869 Constitution after the state coup in 1894 by Aleksandar Obrenović, which eradicated a very progressive Serbian Constitution of 1888.

МЕЋУПРЕСУДА*

Апстракт

Реформа парничне процедуре Републике Србије, започета доношењем Закона о парничном поступку 2004. г. донела је одређене промене и у погледу врста пресуда. Једна од новина у том домену тиче се међупресуде, коју парнични суд може да донесе у неколико различитих ситуација и под различитим условима, тако да у савременом српском парничном поступку постоји неколико врста међупресуде.

Кључне речи: пресуда, међупресуда, врсте међупресуде

1. Међупресуда је посебна врста пресуде коју, према одредбама Закона о парничном поступку Републике Србије¹ парнични суд доноси у неколико различитих ситуација. Између ситуација и међупресуда којима се одлучује у парничном поступку постоје извесне разлике, тако да у српском парничном поступку постоји, фактички, неколико врста међупресуде с обзиром на услове, разлоге, циљеве и фазе поступка у којима се оне доносе. Та околност представља повод да се анализирају ситуације у којима суд одлучује међупресудом и укаже на разлике које постоје између појединих врста међупресуде.

2. Први тип међупресуде изричито је регулисан у одредби чл. 335. ЗПП.² То је она пресуда коју доноси првостепени парнични суд по

* Овај рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ првосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство науке и заштите животне средине Републике Србије.

¹ Сл. гласник РС, бр. 125/04

² Одредба из чл. 335. ЗПП о међупресуди идентична је са одредбом чл. 330. Закона о парничном поступку из 1976.г. одн. чл. 319. Закона о парничном поступку из 1956.г. Међупресуду је, по узору на аустријско процесно право, познавао и Законик о грађанском судском поступку Краљевине Југославије из 1929.г. О међупресуди у упоредном процесном праву детаљно: Познић, Б. – Међупресуда, Књига о грађанском судском

службеној дужности и из разлога целисходности кад су у једној парници спорни основ и висина тужбеног захтева. Ако је тужени оспорио основаност тужбеног захтева тако што је оспорио и правни основ тужбеног захтева и висину износа тужбеног захтева, а у погледу основа је правна ствар сазрела за одлучивање, суд може, из разлога целисходности, да сам одлучи да донесе међупресуду и да њоме одлучи само о основу тужбеног захтева. Пошто донесе међупресуду, суд ће застати са поступком док не истекне рок за изјављивање правног лека или док другогостепени суд, уколико је изјављена жалба, не одлучи о правном леку. Тек кад међупресуда, којом је одлучено о постојању правног основа, постане правноснажна, првостепени суд, у наставку поступка, приступа утврђивању висине спорног износа тужиочевог захтева и коначно одлучује о основаности тужиочевог тужбеног захтева. У даљем току поступка, пошто је правни основ тужбеног захтева неспоран, јер је његово постојање утврђено на ауторитативан начин, суд извиђа чињенице које се односе на висину истакнутог захтева и, кад ствар сазри за одлучивање, доноси коначну пресуду.

3. Међупресуда из одредбе чл. 335. ЗПП је врста пресуде која се у првостепеном поступку, по правилу, може донети поводом кондемпнаторне тужбе одн. противтужбе. Поред тога, према опште прихваћеном мишљењу у домаћој процесној литератури и судској пракси, она се може донети и у појединим парницама³ у којима је истакнут захтев за преиначење правне ситуације.⁴ Парнични суд може донети међупресуду уколико утврди да постоји преображајно право одн. право на правну промену чије постојање представља услов да суд изрекне тражену правну промену одређене врсте.

Међупресуда се не може донети ако је тужени или само оспорио основ или је само оспорио износ захтева. Уколико је тужени оспорио само износ истакнутог захтева, нема услова за доношење међупресуде јер се сматра да тужени признаје постојање правног основа тужбеног захтева и да је он неспоран.⁵

4. У парницама у којима је оспорена основаност тужбеног захтева тако што су оспорени и основ и износ захтева, оправдано је и целисходно

поступку, Први том, Парнични поступак, Правни живот, 1989, стр. 181; Салма, М. – Међупресуда, Зборник „Право и културне разлике“, Копаоничка школа природног права, Правни живот, 12/04, стр. 159.

3 Нпр. у парници у којој тужилац захтева смањење уговорне казне.

4 У том смислу: Познић, Б. – *op.cit.*; Јухарт, Ј. – *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Ljubljana, 1961, стр. 426; Живановић, М. – Међупресуда, Бања Лука, 2002, стр. 20.

5 Видети: Јухарт, Ј. – *op.cit.*, стр. 426.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

доношење међупресуде јер се у поступку избегава непотребно и сувишно доказивање чињеница које се односе на висину спорног потраживања уколико се коначно испостави да тужилац није имао прави основ и да је због тога његов захтев био неоснован.

У парницама у којима је истакнут захтев за осуду на чинидбу и у којој су спорни и основ и висина тужбеног захтева, суд има задатак да најпре утврди постојање основа тужиоцевог захтева, а да потом, путем доказивања, утврђује постојање оних спорних чињеница које се односе на висину спорног износа потраживања. Иста је ситуација и у парницама у којима је спорно право на правну промену и висина самог захтева. У том случају суд има задатак да најпре одлучи о основу, као „о квалитативном делу тужбеног захтева“,⁶ а да потом одлучује и о обиму, као „квантитативном делу тужбеног захтева.“⁷

Ако би првостепени суд, у ситуацији кад су спорни правни основ и висина захтева, донео коначну пресуду и накнадно се, пошто је и био спроведен другостепени поступак, испостави и утврди да не постоји правни основ тужбеног захтева, то би, не само изазвало непотребно ангажовање суда у погледу извођења доказа који се односе на висину захтева и непотребно дуго трајање поступка, већ би и изазвало и повећање трошкова поступка. Из тог разлога, у парницама у којима су спорни и основ и висина тужбеног захтева, законодавац предвиђа могућност да суд, из разлога целисходности, може прво да одлучи о основу тужбеног захтева и да застане са поступком у коме би се расправљало, извиђало и одлучивало о износу тужбеног захтева. Доношењем међупресуде, којом одлучује само о основу тужбеног захтева, суд привремено одлаже извођење доказа који се односе на утврђивање висине спорног износа потраживања. Тек кад буде потпуно извесно да постоји право тужиоца и правни основ утуженог потраживања буде на ауторитативан начин утврђен, пошто међупресуда којом је одлучено о основу тужбеног захтева постане правноснажна, суд може да настави са извиђањем и одлучивањем о спорном износу потраживања.

5. О раздвајању поступка и одлучивању у две етапе, првостепени суд одлучује по службеној дужности јер је могућност доношења међупресуде инспирисана искључиво разлозима целисходности, а о томе

6 Ibidem.

7 У литератури се говори о раслојавању јединственог тужбеног захтева тј. на његово хоризонтално и вертикално раслојавање. Тако: Triva – Belajec – Dika – Грађанско парнично процесно право, Загреб, 1986, стр. 491.

искључиво одлучује суд јер тужилац није истакао захтев такве садржине. Сваки искусан судија најпре ће извидети и расправити питање о правном основу тужбеног захтева, да би, тек уколико закључи да он постоји, утврђивао чињенице и изводио доказе који се односе на висину истакнутог захтева. Могућност доношења међупресуде, по схватању законодавца, представља средство које омогућава да се, с једне стране, расчлани процесна грађа. С друге стране, међупресуда представља инструмент који омогућава да се донесе законита и правилна коначна пресуда.⁸

6. Кад суд закључи⁹ да прво треба да одлучује међупресудом у погледу основа тужбеног захтева, он ће, практично, одлучивати о постојању условљавајућег правног односа или права тј. о захтеву за утврђење који је пређутно садржан у захтеву за осуду на чинидбу одн. о праву на правну промену који је пређутно садржан у правопренаправном захтеву.¹⁰ Само ако је суд закључио да постоји право тужиоца да захтева осуду на чинидбу одн. одговарајућу правну промену, основано је затражена правна заштита. У том случају, пошто је закључак суда о постојању правног основа тужбеног захтева позитиван, суд ће о основаности тужбеног основа одлучити међупресудом, и до њене правноснажности застаће са поступком расправљања и извиђања о износу тужбеног захтева, а потом ће, после правноснажности међупресуде, одлучивати о висини захтева и о томе одлучити коначном пресудом. На тај начин наставак расправљања и извиђања по правноснажности међупресуде лишава и првостепени суд и странке опасности да ће читав труд око утврђивања висине износа тужбеног захтева бити узалудан и да ће, евентуално, непотребно бити изложене трошковима уколико је виши суд у поступку контроле законитости уврдио да тужиоцу не припада право да захтева одређену чинидбу.

7. Првостепени суд међупресудом одлучује о једном елементу тужбеног захтева – о основу тужбеног захтева.¹¹ Међупресудом се не одлучује о делу тужбеног захтева, као што је то случај са делимичном пресудом. Разлика између ова два типа пресуде је у њиховој процесној функцији иако је доношење обе врсте пресуда инспирисано разлозима целисходности и економности. Суд упавља поступком и суверено одлучује

⁸ Познић, Б. – *op.cit.* стр. 182.

⁹ У том случају није потребно да суд донесе посебно решење којим ће одлучити да раздвоји одлучивање о основу од питања о висини захтева.

¹⁰ Видети: Станковић, Г. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Ниш, 2007, стр. 64.

¹¹ Међупресудом се не може одлучивати о елементима самог основа тужбеног захтева или о приговорима туженог који се тичу основа тужиоцевог захтева.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

кад је поједино спорно питање сазрело за одлучивање. Делимичном пресудом суд одлучује коначно о једном од више кумулираних тужбених захтева или о делу тужбеног захтева, док међупресудом одлучује о једном елементу тужбеног захтева. Међупресуда, за разлику од делимичне пресуде, није коначна пресуда јер се њеним доношењем поступак за решавање спора коначно не завршава. Она само припрема терен за доношење коначне пресуде која се не може донети пре но што међупресуда постане правноснажна.¹²

8. Међупресуда коју суд доноси по службеној дужности представља изузетак од правила да суд одлучује о захтеву и у границама истакнутог захтева јер сам суд, из разлога целисходности, одлучује међупресудом само о основу тужбеног захтева¹³ иако тужилац у тужби није поставио изричит захтев да суд одлучи о основу његовог захтева и да о његовом захтеву одлучује у две етапе.

9. Међупресуда је одлука која има утврђујући карактер¹⁴ и то карактер позитивног утврђења о постојању правног основа тужбеног захтева. Њоме се утврђује постојање правног односа, који је од прејудисијелног значаја за одлучивање о основаности истакнутог тужбеног захтева.

Међупресуда се не може донети ако суд закључи да не постоји правни основ тужиоцевог захтева, иако то законом није изричито предвиђено, јер то несумњиво произлази из логике ствари.¹⁵ Ако суд утврди да правни основ тужбеног захтева не постоји, онда је очигледно да тужбени захтев није основан у целини и у таквој ситуацији суд не може донети међупресуду којом би одлучио да не постоји правни основ. Суд ће одмах донети коначну одлуку – и о основу и о висини захтева и одбити тужбени захтев као неоснован,¹⁶ без расправљања и извиђања о висини захтева.

12 Тако и: Салма, М. – *op.cit.* стр. 169.

13 Пошто се ради о питању које је пређутно садржано у тужиоцевом тужбеном захтеву, доношењем међупресуде суд не суди ни *ultra* ни *extra petitum*.

14 О диспозитиву међупресуде видети: Јухарт, Ј. – *op.cit.* стр. 427; Познић, Б. – *op.cit.* стр. 187; Видети и Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег привредног суда у Београду, 11. јула 1995, наведен код: Радованов, А. – Парнични поступак, Закон о парничном поступку са судском праксом и напоменама, Intermex, Београд, 2006, стр. 314.

15 Видети одлуке Врховног суда Србије, Рев. 1537/99 и Гж. 2117/69 наведене код: Радованов, А. – *op.cit.* стр. 314.

16 Видети одлуку Вишег привредног суда у Београду, Пж. 440/81 наведену код: Радованов, А. – *op.cit.* стр. 314.

10. Међупресуда предвиђена одредбом чл. 335. ЗПП је самостална одлука против које је допуштена самостална жалба.¹⁷

Кад постане правноснажна, међупресуда, пре свега, производи дејство у конкретној парници у којој је одлучено о постојању правног основа оспореног тужбеног захтева.¹⁸ Кад међупресуда постане правноснажна, наставља се поступак да би се одлучило о висини спорног потраживања и у даљем току поступка, по природи ствари, не може се више расправљати о условљавајућем односу о коме је одлучено међупресудом.

Пошто се ради о правноснажној пресуди у којој је мериторно одлучено о постојању одређеног правног односа или права, међупресуда делује и изван парнице у којој је донесена, као и свака правноснажна пресуда декларативног типа.¹⁹

Међупресуда је одлука декларативног типа и из тог разлога она није подобна за принудно извршење.

11. Међупресуда предвиђена у одредби чл. 335. ЗПП представља специфичну врсту пресуде чије је постојање резултат настојања законодавца да омогући ефикасно, економично и целисходно решавање спора који је био повод парници уколико је првостепени суд закључио да је у погледу основа ствар сазрела за доношење одлуке. Доношењем међупресуде омогућава се поједностављење поступка у сложеним правним стварима и знатна уштеда судског рада и трошкова уколико међупресуда постане правноснажна.

12. Други тип међупресуде није изричито регулисан у ЗПП, за разлику од међупресуде из одредбе чл. 335. ЗПП, иако је самим законом регулисана ситуација у којој је могућно да суд донесе ову врсту међупресуду. Наиме, првостепени суд може да одлучи међупресудом и кад је у парници истакнут захтев за утврђење у току парнице²⁰ (међупредлог за утврђење или инцидентни захтев за утврђење).²¹

17 Међупресуда се може побјигати и предлогом за понављање поступка. Иако међупресуда није коначна или завршна одлука о истакнутом захтеву, поступак у коме се расправљало и одлучивало о основу је завршен и утврђено је да захтев има основ. Из тог разлога може се поновити поступак који је претходио међупресуди.

18 У судској пракси насталој у време важења југословенског ЗПП сматрало се да међупресуда узима само странке и суд у парници у којој је донета. Видети: Живановић, М. - *op.cit.* стр. 27.

19 Видети: Juhart, J. - *op.cit.* стр. 427; Triva - Belajec - Dika - *op.cit.* стр. 493.

20 О правној природи захтева за утврђење истакнутог у току парнице детаљно: Станковић, Г. - Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Ниш, 2007, стр. 377.

21 ЗПП не познаје термин "међупредлог за утврђење", који је, као технички термин био коришћен у Закону о грађанском судском поступку Краљевине Југославије из 1929.г. У

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

У процесној литератури, која је настала у време важења оба југословенска ЗПП, постојала су различита схватања у погледу могућности доношења међупресуде поводом међупредлога за утврђење одн. прејудицијелног (инцидентног) захтева за утврђење.²² Наиме, било је мишљења да се о међупредлогу може донети само делимична пресуда,²³ да суд, иако доноси делимичну пресуду, суштински одлучује међупресудом²⁴ јер она својим садржајем условљава коначну пресуду, као и да суд о међупредлогу одлучује међупресудом.²⁵

13. Захтев за утврђење истакнут у току парнице, према одредби из чл. 189. ЗПП је парнична радња тужиоца којом он у току парнице, поред тужбеног захтева, истиче нови захтев за пресуду којим тражи да суд утврди да постоји или да не постоји правни однос или право од кога, у целости или делимично, зависи основаност тужбеног захтева уколико је тужени оспорио његову основаност у току парнице.²⁶

Често се догађа да тужилац, у тренутку подизања тужбе, не зна да ће тужени у току парнице оспорити постојање правног односа или права на коме тужилац заснива свој захтев за пресуду. Уколико тужени оспорава тужиоцу постојање права или правног односа пре парнице, а тужилац има интереса да се спор ове врсте дефинитивно ликвидира, он ће, још у тужби, поред захтева за осуду на чинидбу, истаћи и захтев за утврђење.

Кад тужилац у тужби истакне само захтев за осуду на чинидбу, јер није знао да постоји спор између њега и туженог око постојања правног односа или права, а тужени, у свом одговору на тужбу, оспори постојање правног односа или права на коме се тај захтев заснива, тужилац ће морати да доказује да тај правни однос или право постоји. Пошто се захтев за утврђење прећутно садржи у захтеву за осуду на чинидбу, суд ће испитивати да ли тај условљавајући однос или право, који су од прејудицијелног значаја за одлуку о тужбеном захтеву, постоје и о томе ће

савременој процесној литератури коришћени су, као синоними, и термини "инцидентни предлог за утврђење", "инцидентни захтев за утврђење", "прејудицијелни захтев за утврђење", "прејудицијелни предлог за утврђење", „међуутврђујући предлог“.

22 Видети: Познић, Б. – *op.cit.* стр. 182, Јухарт, Ј. – *op.cit.* стр. 260, Triva – Belajec – Dika – *op.cit.* стр. 493.

23 Нпр. Познић, Б. – *op.cit.* стр. 182.

24 Нпр. Triva – Belajec – Dika – *op.cit.* стр. 493.

25 Марковић, М. - Грађанско процесно право, књига прва, Парнични поступак, свеска друга, Парничне радње, Приштина, 1966, стр. 118. и 189, Живановић, М. – *op.cit.* стр. 29, Станковић, Г. – Грађанско процесно право, Београд, 2004, стр. 365.

26 Детаљно о томе: Станковић, Г. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Ниш, 2007, стр. 376.

се изјаснити у пресуди, као о прејудицијелном питању, у образложењу одлуке. Одлука о прејудицијелном питању, садржана у образложењу пресуде, не може да постане правноснажна јер о томе суд није ауторитативно одлучивао, и зато спор око постојања или непостојања правног односа или права, и даље латентно постоји.

Да би омогућио да се настали спор око постојања правног односа или права дефинитивно реши, законодавац је предвидео могућност да тужилац, чим сазна за да су они оспорени, подигне захтев за утврђење у току парнице (или међупредлог за утврђење) и да овом својом новом парничном радњом у текућој парници истакне нови захтев за пресуду о коме ће суд ауторитативно одлучити.²⁷ Одлука коју суд доноси поводом захтева за пресуду који је садржан у захтеву за утврђење истакнутом у току парнице може да постане правноснажна и стекне снагу пресуђене ствари, тако да ће спор око постојања или непостојања неког правног односа или права бити дефинитивно и ауторитативно ликвидираан.

14. Кад је тужилац, пошто је тужени у парници оспорио основ и висину тужиоачевог тужбеног захтева, истакао нови захтев за пресуду у форми захтева за утврђење у току парнице, првостепени суд може, на предлог тужиоца, да о њему одлучује одвојено или истовремено кад одлучује о тужбеном захтеву.

15. Ако је извиђање и расправљање о тужбеном захтеву и захтеву за утврђење истакнутом у току парнице било одвојено, суд може, на предлог тужиоца, да донесе међупресуду и да њоме, најпре, одлучи о захтеву који је истакнут међупредлогом уколико је то целисходно, јер међупресуда, као посебна врста одлуке, може да убрза поступак и донесе уштеде у раду и парничним трошковима. Међупресудом коју доноси поводом захтева за утврђење истакнутог у току парнице суд, на тражење тужиоца, одлучује о једном правном односу од кога зависи доношење одлуке о основаности одлуке о тужбеном захтеву.

16. Уколико суд закључи да о захтеву за утврђење истакнутом у току парнице не треба да одлучује међупресудом, суд ће о новом захтеву за пресуду одлучити коначном пресудом истовремено кад доноси одлуку о тужбеном захтеву. Суд ће тада у диспозитив коначне пресуде унети и одлуку којом је утврдио постојање условљавајућег односа који је био истакнут захтевом за пресуду у току парнице.

27 О разликама између тужбе, преиначења тужбе и захтева за утврђење истакнутог у току парнице видети: Станковић, Г. – Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Ниш, 2007, стр. 377.

17. Међупресуда коју суд доноси по захтеву који је садржан у међупредлогу за утврђење разликује се од пресуде коју суд доноси по сопственој иницијативи и по службеној дужности.

Кад одлучује међупресудом о захтеву за утврђење који је истакнут у току парнице (одн. о међупредлогу за утврђење), суд одлучује о новом захтеву за пресуду и на тражење тужиоца; кад доноси међупресуду из разлога целисходности, он одлучује о правном основу тужбеног захтева иако странка није изричито захтевала да суд такву одлуку донесе. Поводом захтева за утврђење који је, као нови захтев за пресуду истакнут у току парнице, суд одлучује о постојању или непостојању условљавајућег односа и та међупресуда има прејудисијелни карактер у односу на одлуку којом се мериторно одлучује о основаности тужбеног захтева. Међупресуда коју суд доноси по сопственој иницијативи представља одлуку о основаности правног основа тужбеног захтева која има прејудисијелни значај за одлуку о основаности висине износа тужбеног захтева. Кад суд сам одлучи да донесе међупресуду, он одлучује о нечему што тужилац није захтевао у тужбеном захтеву да би смањио трошкове и олакшао доношење коначне одлуке, док приликом одлучивања о захтеву за утврђење суд одлучује о новом захтеву за пресуду истакнутом у току парнице.

18. Трећа врста међупресуде је она коју доноси другостепени суд. Ова врста међупресуде, предвиђена одредбом чл. 373. ст. 2. ЗПП, представља ново законско решење у парничном поступку које је инспирисано досадашњом судском праксом.

Међупресуду, по правилу, доноси првостепени суд. Међутим, у инстанционом поступку, и другостепени суд може да донесе једну врсту међупресуде, тако да поред првостепене међупресуде постоји и другостепена међупресуда.

19. У југословенској литератури је доста дуго било спорно питање да ли другостепени суд може донети међупресуду. У том погледу постојала су раније различита схватања.²⁸ Дилеме око могућности доношења међупресуде у другостепеном поступку у парничном поступку Републике Србије више не постоје јер је ЗПП (2004) нормативно регулисао ситуацију кад другостепени суд може да донесе међупресуду иако ову одлуку инстанционог суда није изричито назвао другостепеном међупресудом.

28 Познић, Б. – *op.cit.* стр. 188; Јухарт, Ј. – *op.cit.* стр. 428; Zuglia, S. – *Gradanskoj parnični postupak FNRJ, Zagreb, 1957*, стр. 452; Zuglia – Triva – *Komentar Zakona o parničnom postupku, Zagreb, 1957*, стр. 117; Живановић, М. – *op.cit.* стр. 34.

20. Другостепени суд може да одлучи међупресудом приликом испитивања основаности жалбе у материјалноправном домену.

Кад другостепени суд у поступку по жалби на првостепену пресуду нађе да је првостепени суд побијаном одлуком правилно одлучио у погледу основа тужбеног захтева али да није правилно одлучио у погледу износа тужбеног захтева, јер је погрешно пресудио у погледу висине досуђеног износа, он може укинути првостепену пресуду само у погледу износа тужбеног захтева, а потврдити је у погледу основа тужбеног захтева. У том случају другостепени суд је одлучио само о једном елементу тужбеног захтева – о правном основу тужбеног захтева и то правно питање је сада неспорно јер је одлука о условљавајућем односу постала правноснажна. Делимичним укидањем побијане пресуде само у погледу износа тужбеног захтева, другостепени суд својом одлуком креира међупресуду јер фактички утврђује да је донесена пресуда основана само у погледу самог основа тужбеног захтева. Потврђивањем првостепене пресуде у погледу основа тужбеног захтева, инстанциони суд по изричитом законском наређењу, претвара (кондемпнаторну) пресуду у правноснажну другостепену међупресуду, док правну ствар у погледу одлучивања о висини износа враћа на поновно суђење.

У поновљеном поступку пред првостепеним судом, првостепени суд је везан за одлуку другостепеног суда којом је одлучено о основу тужбеног захтева. Првостепени суд ће у поновљеном поступку поново спровести извиђање о околностима од којих зависи одлука о висини тужбеног захтева и поново ће одлучивати само у погледу износа тужбеног захтева.

21. Очигледно је да је и доношење међупресуде у другостепеном поступку мотивисано у одређеној мери принципом економичности јер се њоме на несумњив и ауторитативан начин утврђује постојање тужиоачевог права, а првостепеном суду препушта да правилно одмери обим дуговане чинидбе. Доношењем међупресуде, другостепени суд може, посредно, да утиче и на понашање самих парничара који, у поновљеном поступку, могу да ликвидирају спор склапањем судског поравнања.

22. И поред тога што је међупресуда израз принципа економичности, у пракси се може догодити да њено доношење изазове не само дуже трајање парнице, већ и повећање трошкова поступка.²⁹

²⁹ То је, вероватно, и био разлог што савремено парнично процесно право Републике Босне и Херцеговине, у оба њена ентитета, не познаје више институт међупресуде, као ни институт делимичне пресуде. По схватању редактора који су координирано радили на

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Уколико међупресуду укине другостепени суд, могућно је да у поновљеном поступку накнадно дође до расправљања о чињеницама које су од значаја за одлучивање о основаности тужбеног захтева и да се, из тог разлога, поступак знатно одужи или да суд, после поновног расправљања и извиђања, евентуално дође до закључка да је тужбени захтев неоснован. У том случају, тужилац ће бити дужан да сноси знатно веће трошкове поступка.

С друге стране, пошто међупресуда постане правноснажна, могућно је да суд, приликом утврђивања висине износа потраживања које припада тужиоцу, утврди да му припада незнатан износ одн. количина. Из тог разлога, може се испоставити да одлука о доношењу међупресуде није била целисисходна мера управљања поступком.

Уколико је, после правноснажности међупресуде у наставку парнице тужилац успео и буде му досуђен висок новчани износ са припадајућом каматом или је преиначио тужбу у објективном смислу и повисио износ захтева или је додао нови захтев по истом основу,³⁰ накнада парничних трошкова коју тужиоцу дугује тужени биће знатно већа, кад је вредност предмета спора била велика, јер ће обухватити и трошкове поступка који су изазвани доношењем међупресуде.

ентитетским законима, ове врсте пресуда нису имале своје "рационално упориште у концепцији новог законског текста". Видети: Коментар на Нацрте Закона о парничном поступку и Закона о извршном поступку, Сарајево, 2002, стр. 62.

³⁰ Несумњиво је да ће у том случају доћи до знатног дужег трајања парнице.

Prof. Gordana Stanković, LL.D
Full Professor
Faculty of Law, University of Niš

INTERLOCUTORY JUDGMENT

Summary

Pursuant to the legal provisions contained in the of Litigation Procedure Act of the Republic of Serbia (2004), a court may bring a interlocutory judgment in several distinctive situations and circumstances. Accordingly, the contemporary civil procedure recognizes a number of different types of interlocutory judgment.

In this paper, the author analyses the situations in which the first and the second instance court may bring an interlocutory judgment, stating that this special type of judgment is - in the legislator's opinion - an expression and normative materialization of the principle of efficiency and effectiveness. In practice, however, such a judicial decision may not only prolong the litigation proceedings but also result in a significant increase of litigation costs.

Проф. др Милева Анђелковић, ванредни професор
Правни факултет, Универзитет у Нишу

УДК:336.14(497.11)

РЕФОРМА БУЏЕТСКОГ СИСТЕМА СРБИЈЕ

Апстракт

У раду се даје општи осврт на промене у буџетском систему Републике Србије. Дешавања у сфери буџетирања део су процеса свеукупне реформе система и политике јавних финансија код нас. Економско-политичке прилике задњих петнаестак година утицале су на спорије преображавање расходне стране јавне потрошње у односу на промене у пореском систему. Такав тренд уочљив је и у другим земљама у транзицији. Оквир за анализу чине релевантни финансијски закони донети задњих година којима се уређује буџетска материја. Најпре се излажу полазне основе буџетске реформе а даље се указује на правни оквир спровођења промена у буџетском систему. У следећем делу рада објашњавају се основне категорије и институције уведене Законом о буџетском систему. У кратком периоду примене нових финансијских прописа испољили су се озбиљни проблеми у функционисању система буџетирања. Таква ситуација захтева потребу доследног придржавања правне регулативе у буџетској материји али и политичку одговорност свих институција укључених у буџетски процес, ради контроле буџетских токова и одржавања стабилности система јавних финансија.

Кључне речи: буџетски систем, буџетски принципи, управљање јавним расходима, привремено финансирање

Уводна разматрања

Реформа буџетског система одвија се у склопу процеса преображаја целокупног система и политике јавних финансија Републике Србије, као део ширих друштвено-економских и политичких промена. Транзициони процес који започиње почетком деведесетих година двадесетог века и тешкоће које га прате, определили су носиоце економске политике да пажњу преваходно усмере на приходну страну јавних финансија. Расходној страни финансијске делатности државе није се посвећивала одговарајућа пажња. То је касније резултирало неизмиривањем или одлагањем измиривања буџетских обавеза државе, немогућношћу одржавања равнотеже у буџету и држања јавне потрошње у прихватљивим оквирима, као и другим штетним економским

последицама. Неблаговремено и неусклађено предузимање реформских активности у процесу буџетирања у протеклих петнаестак година представљало је одраз укупних неповољних политичко-економских кретања. Актуелна политичка дешавања показују да улоге парламента и владе у буџетском процесу морају да се допуњују, а не да извршна власт преузима законодавне ингеренције у сфери буџетирања.

Да би се правилно разумеле промене у сфери јавне потрошње код нас, треба указати да се оне одвијају у оквиру концепта «структуралног прилагођавања» који намећу моћне међународне финансијске организације. Такав приступ подразумева обавезно прихватање међународних стандарда наметањем земљама у развоју и у транзицији «најбоље праксе» поступања у пореској и буџетској материји.

Полазне основе буџетске реформе

Да би реформа била успешна, потребно је прво дефинисати који су то циљеви реформе и друго, извршити свеобухватан преглед буџетског система како би се утврдиле основне слабости и мере потребне за њихово уклањање. Као и у другим земљама у транзицији, стратегија реформе управљања јавним расходима одвија се у две фазе. Предузете мере у првој фази више су биле усмерене на питања извршења буџета и стварање основног правног и институционалног оквира и јачање капацитета министарства финансија, као „владиног финансијског менаџера“. У другој фази буџетских реформи већи нагласак је стављен на припрему буџета (увођење програмске класификације) и побољшање система праћења извршења буџета, прихватањем савремених рачуноводствених стандарда за буџетско извештавање, применом нових метода буџетског планирања и финансијске контроле.¹

После политичких промена у Србији у јесен 2000. године, чине се први покушаји увођења реда у систем јавних финансија доношењем сета системских финансијских закона током 2001. године. Систем бруто буџета уводи се почев од 1.1.2001. године, али се брзо разбија доношењем појединачних закона којима се одређени јавни приходи у целини или делимично усмеравају појединим републичким органима и организацијама.

¹ Вид. више о томе: Jack Diamond and Duncan Last, Budget System Reform in Transition Economies: The Case of the Former Yugoslav Republics, OECD Journal on Budgeting, Vol.4, No.1, OECD 2004, стр. 16-28.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Може се рећи да суштинска реформа буџетског система у Републици Србији започиње током 2002. године доношењем Закона о буџетском систему.² Овим законом на јединствени начин се уређује планирање, припрема и доношење буџета Републике Србије и нижих територијално-политичких јединица, као и извршење буџета, задуживање, издавање гаранција, управљање дугом, буџетско рачуноводство и извештавање, затим контрола и ревизија буџета. Норме овог закона примењују се и на организације обавезног социјалног осигурања.

Промене у систему буџетирања Србије дешавају се под утицајем буџетских кретања у развијеним земљама у којима се редефинише улога државе у привреди и друштву, са настојањима да се ограничи домен јавног сектора и смањи величина јавне потрошње. Заједнички трендови буџетских реформи које се уочавају у земљама ОЕЦД-а треба да обезбеде ефективну контролу јавних расхода. У том контексту постављају се институционални елементи нужни за ефективно управљање јавним расходима: средњорочни буџетски оквир; озбиљна економска предвиђања; техника буџетирања одозго на доле; слабија централна контрола инпута (трошкова); усмереност на резултате (учинак); буџетска транспарентност; пракса модерног финансијског управљања.³

Генерално је прихваћено у развијеним државама да буџетски системи морају постићи три циља: одржавање укупне фискалне дисциплине; алокација средстава у складу са приоритетима владе и промовисање ефикасног пружања услуга. И од земаља у транзицији и земаља у развоју очекује се да прате ове опште трендове у правцу побољшања фискалне дисциплине, алокацијске ефикасности и рационализације јавне потрошње на свим нивоима. Међутим, не треба губити из вида политички аспект овог процеса. Успешност реформе буџетског система у циљу побољшања фискалне дисциплине и алокацијске ефикасности у суштини зависи од политичке обавезаности да се ти циљеви и постигну.⁴ Добро управљање буџетом захтева од свих учесника у буџетском процесу доследно придржавање формалних и неформалних правила поступања прилагођених политичком, економском, административном и културном контексту сваке државе, уколико се жели постизање повољног исхода. Аутоматско прихватање и примењивање

² Закон је објављен у "Сл. гласнику РС», бр.9/2002. и претрпео је неколико измена до сада.

³ Вид.: Jón R. Blöndal, Budget reform in OECD member countries: common trends, OECD Journal on Budgeting, Vol.2, No. 4, 2003. стр.8-25.

⁴ Вид.: Управљање јавним издацима, Приручник за земље у транзицији, уред. Richard Allen и Daniel Tommasi, OECD, 2001, Paris, стр.22.

међународних стандарда буџетирања без критичких опсервација може произвести неред и створити напете односе у сфери јавних финансија. То је поступан процес који се одвија кроз изградњу потребне буџетске организације и поштовање прихваћених правила којих се морају придржавати сви субјекти буџетске потрошње. Ради постизања жељеног буџетског резултата (рационализација јавне потрошње), реформа буџетског система мора се првенствено заснивати на правилно постављеним полазним основама и изградњи савремених буџетских институција.

Правни оквир спровођења реформе буџетског система

Делотворно управљање буџетским системом почиње са јасном расподелом одговорности и дужности у склопу владе и између различитих нивоа власти, као и пажљивим балансирањем поделе овлашћења између парламента и извршне власти. Из тог разлога, правни оквир мора бити успостављен на исправан начин.⁵ Устав као највиши правни акт требало би да садржи широко прихваћене принципе заштите јавних финансија, као што је захтев да сва јавна средства морају бити уплаћена на одређеним рачунима и да се та средства могу трошити само под надзором законодавног органа. Нови Устав Републике Србије посвећује посебан члан (92.) буџету предвиђањем принципа свеобухватности јавних прихода и расхода.⁶ Остала правила која се морају поштовати, као што је распоред овлашћења и одговорности приликом усвајања и извршења буџета, садржана су у основном закону о буџету. Регулаторни оквир процеса буџетирања код нас чине, поред Устава, Закон о буџетском систему, као основни односно органски закон о буџету, и други релевантни закони, као што су: Закон о јавним набавкама⁷, Закон о јавном дугу⁸, Закон о државној ревизорској институцији⁹, Закон о финансирању локалне самоуправе¹⁰, Закон о државној управи¹¹, годишњи закони о буџету и подзаконски прописи (Уредба о буџетском рачуноводству¹²; Правилник о стандардном класификационом оквиру и контном плану¹³).

5 Вид.: Управљање јавним издацима, стр.65.

6 Нови Устав Србије спада у опште правне акте где се посебан део посвећује регулисању економског уредјења и јавним финансијама.

7 «Сл. гласник РС», бр. 39/2002, 43/2003, */2004, 101/2005.

8 «Сл. гласник РС», бр. 61/2005.

9 «СЛ. гласник РС», бр.101/2005.

10 «Сл. гласник РС», бр.62/2006.

11 «Сл. гласник РС», бр. 79/2005, 101/2005.

12 «Сл. гласник РС», бр.12/2006.

13 «Сл. гласник РС», бр.37/2007.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Приступ реформи буџетског система захтева успостављање полазних основа кроз јасно дефинисање буџетских принципа као интегралног дела Устава, основног закона о буџету и релевантних закона. Ови принципи треба да подржавају правни оквир система буџетирања. У савременим буџетским системима, поред класичних буџетских начела, промовишу се и нови принципи буџетског привређивања у складу са «новим концептом јавног управљања». Најзначајнији од свих принципа тиче се доследне поделе буџетских овлашћења између парламента и владе. У класична буџетска начела спадају: принцип потпуности, јединства, равнотеже, годишњости и специјализације. Постављањем савремених буџетских начела више се наглашава процес извршења буџета и постигнути резултати: принцип одговорности, транспарентности, стабилности и учинка (ефикасност, економичност и ефективност).

Током писања овог рада у нашој буџетској пракси појавило се једно специфично правно питање али и дилема: може ли Влада да пренебрегне уставна и законска овлашћења продужавањем Уредбе о привременом финансирању? Буџет Републике Србије за 2007. годину због нестабилних политичких односа у парламенту није донет благовремено. Уредбом Владе о привременом финансирању омогућено је финансирање јавне потрошње у текућој години. Влада је поступила на основу овлашћења из чл 28. ст.3. Закона о буџетском систему. Проблем је настао из разлога што је овакав механизам финансирања лимитиран «у времену најдуже прва три месеца фискалне године». У том периоду требало је да се усвоји буџет за текућу годину, међутим, нова Републичка Скупштина није могла да одлучује о томе док се не формира нова Влада, а у међувремену је истекла важност Уредбе о привременом финансирању. Закон о буџетском систему не предвиђа решење за такву ситуацију тако да се појавила својеврсна правна празнина. Једино легално решење била би измена Закона о буџетском систему који би предвидео трајање привременог финансирања и дуже од три месеца у току фискалне године. «Стара» Влада је посегнула за прагматичним решењем очито налазећи правни основ за своје поступање у овлашћењима из чл. 33. Закона о јавним приходима и јавним расходима¹⁴ који у ст. 4. предвиђа могућност «продуженог» привременог финансирања за свако наредно тромесечје, ако се буџет не донесе пре 31. марта године за коју се доноси. При томе је надлежно тело за тумачење правних прописа занемарило само једну «ситницу», наиме, стари правни принцип да *lex posteriori derogat lege priori*. Одредбом члана 76. Закона о буџетском систему изричито се

¹⁴ «Сл. гласник РС», бр. 135/2004.

прописује: «како су одредбе других закона који важе на дан ступања на снагу овог закона у супротности са овим законом, примењују се одредбе овог закона». Јасно је да нема правног основа за продужавање важности Уредбе о привременом финансирању.¹⁵ Уставни суд се није огласио а несумњиво је да је нарушен основни уставно-правни принцип поделе власти.

Основне новине уведене Законом о буџетском систему

Једну од великих новина регулисану овим Законом представља институција трезора, која се уводи на оба нивоа власти. Државни трезор се формира у оквиру Министарства финансија односно локалног органа надлежног за финансије. Његова имплементација треба да омогући реализацију следећих главних функција: финансијско планирање; управљање готовинским средствима; контролу расхода; управљање дугом; буџетско рачуноводство и извештавање и управљање финансијским информационим системом. Задњим новелама овог Закона, Управи за трезор се поверавају и одредјени послови везани за припрему буџета. Наведене функције указују на значај улоге трезора у осигурању стабилности, ефикасности и дисциплини у водјењу политике јавних расхода и на републичком и на локалном нивоу државног трошења.¹⁶ Смисао деловања трезора је у томе да држава у сваком тренутку зна којим средствима располаже захваљујући отварању консолидованог рачуна трезора¹⁷ и водјењу главне књиге трезора. Изменама и допунама Закона о буџетском систему¹⁸ интегрише се Трезор Републике Србије са Управом за јавна плаћања у Управу за трезор што ће допринети ефикаснијем управљању јавним издацима и јавним дугом.¹⁹

Значајну новину за буџетско планирање представља и припрема средњорочног макроекономског и фискалног оквира који мора бити почетна основа за израду годишњих буџета. То се постиже усвајањем Меморандума о буџету и економској и фискалној политици за буџетску

15 Вид.: «Сл. гласник РС», бр.31/2007.

16 Вид.:Божидар Раичевић, Јавне финансије, Центар за издавачку делатност, Економски факултет, Београд, 2005, стр.341.

17 Консолидовани рачун трезора представља један или више рачуна, отворених код Народне банке Србије на коме се воде сви јавни приходи и расходи државе а у оквиру њега отворени су подрачуни за све кориснике буџетских средстава.

18 Објављен у „Сл. гласнику РС“, бр.66/05.

19 Оснивањем Управе за трезор и јачањем њених капацитета треба да се створе услови за реализацију пројекта Сталног информационог система трезора који ће омогућити да се извршење јавних расхода за све директне и индиректне кориснике буџетских средстава на републичком нивоу врши са једног рачуна.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

годину и наредне две фискалне године. У овом важном политичком документу о јавној потрошњи постављају се циљеви економске и фискалне политике и предвидјају мере за њихову реализацију. У припреми средњорочног фискалног оквира јавних расхода (у складу са савременим буџетским трендовима) користи се приступ буџетског планирања од врха ка дну, којим се превасходно одредјује агрегатни ниво могућих јавних расхода, утврђивањем секторских плафона. При томе се механизмом интеграције са супротним приступом (од дна ка врху), кроз формулисање и трошковну елаборацију програма расхода и израду секторских буџета, врши међусобно усаглашавање у поступку утврђивања могућег оквира расхода. Овакав начин буџетског планирања представља само један елемент стратегије управљања јавним расходима. Она подразумева избор буџетских приоритета и алокацију средстава у складу са изабраним приоритетима уз ефикасније коришћење јавних средстава.²⁰

Ефикасно буџетирање захтева припрему и извршавање буџета на основу система јединствене буџетске класификације. У сагласности са међународним стандардима и препорукама ММФ, буџетска класификација обухвата програмску класификацију, економску класификацију прихода и примања, економску класификацију расхода и издатака, организациону класификацију, функционалну класификацију и класификацију према рачуноводственим фондовима.²¹

Од 1.1.2007. године у буџетски систем Србије уводи се програмско буџетирање, и то најпре на нивоу појединих министарстава, што означава постепено напуштање система традиционалног буџета линијских ставки. Овакав вид израде буџета треба да покаже не само трошкове јавне потрошње већ, превасходно, како су та средства трошена и да ли су њима остварени планирани циљеви фискалне политике. Програмски део буџета је, према законској дефиницији, део буџета који садржи задатке и активности корисника буџетских средстава које се спроводе у циљу ефикасног управљања средствима по предложеним програмима, а који доприносе остварењу стратешких циљева у складу са економском политиком земље.

Значајну новину представља и уводјење више степена буџетске контроле. Последњим новелама Закона о буџетском систему из 2006. године (чл.66.) извршене су измене у делу који регулише буџетску

20 Вид.: Меморандум о буџету и економској и фискалној политици за 2006. годину са пројекцијама за 2007. и 2008. годину, стр.52.

21 Вид. чл. 4. Закона о изменама и допунама Закона о буџетском систему из 2006. године

контролу и ревизију. Предвидја се образовање Централне јединице за хармонизацију финансијске контроле, за финансијско управљање и контролу и интерну ревизију при Министарству финансија, ради обављања послова у овим доменима. Најнижи степен буџетске контроле одвија се кроз успостављање интерне контроле унутар свих директних и индиректних буџетских корисника али и других друштвених субјеката основаних од стране државе и са већинским учешћем јавних средстава или омогућеном контролом у органима управљања. Циљ интерне контроле је да обезбеди примену закона, прописа, правила и процедура; успешно пословање; економично, ефикасно и наменско коришћење средстава. Интерна контрола се организује као систем процедура и одговорности свих лица укључених у финансијске и пословне процесе директних и индиректних корисника буџетских средстава и организација обавезног социјалног осигурања. Следећи ниво финансијске контроле представља интерна ревизија која се успоставља у директним корисницима средстава буџета Републике и организацијама обавезног социјалног осигурања. Ови друштвени субјекти имају обавезу да спроведу одговарајуће облике интерне ревизије за индиректне кориснике буџетских средстава који су у њиховој надлежности. Функције интерне ревизије су, између осталог, провера примене закона и поштовања правила интерне контроле; оцена система интерних контрола у погледу њихове адекватности, успешности и потпуности; успостављање сарадње са екстерном ревизијом (чл. 67). Виши ниво финансијске контроле у државном сектору јавља се у виду буџетске инспекције коју обавља Министарство финансија над свим корисницима буџетских средстава који у целини или делимично послују јавним средствима, на републичком као и на локалном нивоу. Буџетска инспекција треба да оствари контролу примене закона у области материјално-финансијског пословања и наменског и законитог коришћења средстава корисника буџетских средстава, организација, предузећа, односно правних лица предвидјених законом. Највиши ниво буџетске контроле означава екстерна ревизија којој подлежу завршни рачун буџета Републике, буџета локалне власти и финансијских планова организација обавезног социјалног осигурања. Извештај независне ревизије је важан за вршење парламентарне контроле Народне скупштине и објективно треба да покаже како су трошена буџетска средства. Независна ревизија јавних расхода има за циљ да открива одступања од прихваћених стандарда и кршења принципа легалности, ефикасности, ефективности и економичности у финансијском управљању јавним средствима.²² Законом

22 Вид.: Вера Леко, Буџетска контрола и ревизија, Иницијатива за фискалну децентрализацију, Магна Агенда, Београд, 2002, стр. 107.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

је предвидјено да ће, до установљивања врховне екстерне ревизорске институције, Народна скупштина одлучити о ангажовању ревизора са одговарајућим квалификацијама²³ за обављање екстерне ревизије завршног рачуна буџета и организација за обавезно социјално осигурање.

Испољени проблеми током реформе буџетског система

За разлику од других савремених држава, у Србији за сада не функционише систем ревизије јавних расхода. Наиме, крајем 2005. године Србија је донела Закон о Државној ревизорској институцији, као највишем државном органу независне ревизије јавних средстава.²⁴ И поред постојања законског оквира за успостављање државне ревизије, она још увек није институционализована. Ова институција треба непристрасно и без било каквих спољних утицаја да проверава функционисање система одговорности у државној управи и јавном сектору у целини. Значај установљивања независне државне ревизије односи се на проверу економичности, ефикасности и ефективности коришћења државних средстава.²⁵

Када државни ревизор врши контролу извршења буџетских средстава, у извештај треба да укључи: (а) разјашњења предрачуна прихода и расхода буџета, затим процене прихода из почетног стања буџета, провере остварења пореза, царина и такси и да ли се могу упоредити са годишњим финансијским извештајем о извршењу буџета; (б) разјашњења предрачуна прихода и расхода, где се буџетски дефицит покривао одговарајућим зајмовима и у вези са тим одговарајућа законска усаглашавања везана за пренети салдо из претходног периода и да ли су

23 Ради се о ревизорима који контролишу остала правна лица на основу Закона о ревизији рачуноводствених извештаја и међународних стандарда ревизије.

24 У извршавању послова и задатака из своје законске надлежности ова институција је непосредно одговорна Народној скупштини. Њена независност у односу на Владу и друге државне органе и успешно извршавање законских функција обезбедјено је њеним посебним положајем, којим акта Државне ревизорске институције не могу бити предмет оспоравања пред судовима и другим државним органима (чл. 3. Закона).

25 Ови постулати према INTOSAI стандардима државне ревизије обухватају: (а) контролу рационалности административних активности у складу са принципима савремене државне управе, праксом и политиком ефикасног управљања државном администрацијом; (б) контролу ефикасности коришћења људских, финансијских и осталих ресурса, укључујући и преглед информационих система, извршавање мерења и објављивање споразума и процедура праћених од стране субјеката државне ревизије, нарочито у отклањању идентификованих недостатака; контролу ефективности извршења у односу на постигнуте циљеве субјекта државне ревизије.

обухваћена у поднетом финансијском извештају буџета за текући период.²⁶

На жалост, државна ревизија јавних расхода код нас не функционише у организационо-функционалном смислу будући да нису изабрани органи Државне ревизорске институције: председник, потпредседник, савет, ревизорске службе и пратеће службе. Зашто је то тако и где треба тражити одговоре нисмо баш сигурни. Али оно што је сигурно, јесте суштинска важност што хитнијег активирања система државне ревизије посредством ове Институције, која треба да осигура законито и целисходно трошење буџетских средстава, што би значило и крај шпекулацијама везаним за салдо буџетске потрошње. Разлоге за њено нефункционисање можда треба тражити у политичким превирањима или у бојазни појединих друштвених структура да се не открију и не обелодане финансијске преваре, противзаконита отудјења државних средстава, корупција и друге негативне појаве у извршавању буџета. Таквом стању погодовала је досадашња парламентарна пракса у којој је проверавано само да ли су предвидјени корисници буџетских средстава користили планирана односно одобрена буџетска средства до предвидјеног лимита одредјене буџетске позиције. При томе, није постојала институција контроле проверавања да ли су постигнути планирани ефекти односно очекиване вредности од утрошених буџетских средстава.²⁷

Изражен проблем везан за буџетско финансирање који се најчешће не уочава у јавности јесте трошење буџетских средстава ван предвидјене законске процедуре. Члан 37. Закона о буџетском систему регулише да уговори о набавци добара, пружању услуга или изводјењу градјевинских радова, које закључују директни и индиректни корисници буџетских средстава и организација обавезног социјалног осигурања, морају бити додељени у складу са прописима који регулишу јавне набавке. Законом о јавним набавкама²⁸ уредјена је посебна процедура за прибављање добара и услуга или уступање изводјења радова од стране државног органа, организације, установе или других правних лица као наручилаца. Строгост процедуре обезбедјује се прописивањем и поштовањем начела јавне набавке: начела економичности и ефикасности употребе јавних средстава; начела обезбедјивања конкуренције међу понудјачима; начела

26 Вид.:INTOSAI стандарди државне ревизије, издати од Међународне организације највиших институција државне ревизије, превод и редакција Драгутин Драгојевић, ЈУБМЕС БАНКА а.д. Београд, децембар 2006, стр.33.

27 Вид.: Драгутин П. Драгојевић, Државна ревизорска институција, Аудитор, 33/2006, стр. 6. 28 "Сл. Гласник РС", бр. 39/2002, 43/2003, */2004, 101/2005.

транспарентности употребе јавних средстава и начела једнакости понудјача.²⁹ Развијање ефикасног система јавних набавки може смањити трошкове јавних издатака, подстаћи конкуренцију за уговоре које додељују буџетски корисници и допринети отклањању негативних појава испољених у процесу трошења буџетских средстава.

Усвајањем завршног рачуна буџета окончава се буџетски циклус. Завршни рачун има значаја не само као извор дефинитивних података у вези са остваривањем буџета, реалним буџетским планирањем за наредне периоде већ и као документ за оцену оствариване политике финансирања, законитости и дисциплине извршне власти у реализовању буџетске потрошње. Завршни рачун буџета и резултати контроле рада извршилаца буџета јавно се објављују.³⁰ Последњи објављени закон о завршном рачуну буџета односи се на 2001. годину. Отада нема званичних података о томе како је стварно држава финансијски пословала преко буџета тако да се изјаве у јавности званичника Министарства финансија о оствареним буџетским суфицитима или дефицитима могу примити са резервом. Али једна чињеница је несумњива. И Србија као и друге државе данас, сучава се са проблемом уравнотежења буџета. Реафирмација начела буџетске равнотеже најочљивији је тренд у савременим буџетским реформама са циљем јачања фискалне дисциплине и побољшања квалитета јавних услуга. Решавање овог проблема види се у постављају и поштовању фискалних правила као специфичних ограничења мера политике владе у областима уравнотежења буџета, јавног дуга, потрошње или опорезивања.³¹

Сви испољени проблеми у току реформских напора осавремењивања буџетског система испољили су се у пракси кроз меко буџетско финансирање јер су власти олако манипулисале јавним приходима и јавним расходима и инструментима монетарне политике.

29 Ова начела су прекршена још током 2003. године када је ондашњи МУП наручио од америчке фирме "Моторола" опрему за издавање нових биометријских личних карти са циљем електронске идентификације грађана, без тендера, чувајући то у највећој тајности, са несагледивим последицама по могућност кршења једног од основних људских права - права на приватност. Чини нам се да се ова ситуација не може подвести под став 1. тачка 4. члана 2. Закона о јавним набавкама који предвиђа изузимање набавки наоружања и других набавки које су као поверљиве одређене посебним прописима, што баца сумњу у намере власти према својим грађанима.

30 Вид. Јован Горчић, Милева Андјелковић, Јавне финансије, финансијско право и економија јавног сектора, Ниш, 2005, стр.494.

31 Вид. више о томе: Милева Андјелковић, Шта се променило у буџетском систему и буџету, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2004, стр.108-113.

Пројектовани буџетски суфицити по протеклу појединих фискалних година завршавали су се као буџетски дефицити, вршењем ребаланса буџета током године, што је доприносило макроекономској нестабилности. Законодавац уочава овај проблем и редифинише категорије „суфицита“ и „дефицита“³² што треба да елиминира могућност „прикривања“ суфицита или дефицита код доношења буџета.

Закључна разматрања

Рационализација јавне потрошње јавља се као општи тренд у савременим државама у складу са неолибералистичком концепцијом водјења економске политике. Стандарди у сфери буџетирања усвојени у оквиру моћних међународних финансијских организација намећу се беспоговорно свим државама, а нарочито слабије развијеним. Србија није изузетак у том погледу. Има се утисак као да се убрзавају промене у сфери јавне потрошње са, на први поглед, разумљивим и оправданим циљем постизања редукције јавног сектора и јачања тржишног сектора привреде. Али, као и свуда, безболних промена нема. Оштрину ових реформских мера већ су осетили неки субјекти буџетске потрошње кроз отпуштање „вишка“ радника у појединим секторима државне управе или других области државног привредјивања. Значајније смањење појединих врста јавних расхода у бруто домаћем производу намеће се као један од приоритета фискалне политике дугорочно посматрано, што ће утицати на измену нивоа и структуре јавних расхода, пре свега, смањење државних административних трошкова.³³ Време које је пред нама показало да ли ће промене у буџетском систему трајати дуже или краће време у односу на пореску реформу и како ће се то одразити на финансијску позицију државе, али и благостање свих који непосредно или посредно зависе од буџетског финансирања.

32 Вид. члан 13. Закона о изменама и допунама Закона о буџетском систему, у коме се буџетски суфицит односно буџетски дефицит одређује као разлика између укупног износа текућих прихода и примања остварених по основу продаје нефинансијске имовине и укупног износа текућих расхода и издатака за набавку нефинансијске имовине.

33 Вид. ближе: Меморандум о буџету и економској и фискалној политици за 2006. годину са пројекцијама за 2007. и 2008. годину, стр.52-55.

Prof. Mileva Anđelković, LL.D.
Associate Professor,
Faculty of law, University of Niš

THE REFORM OF THE BUDGETARY SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The intrinsic reform of the Serbian budgetary system was initiated by adopting the Budget System Act in 2002. This Act, along with other subsequently adopted relevant financial acts, created the necessary regulatory framework for instituting changes in the field of budgeting. The primary goal of these activities has been the rationalization of public expenditures by introducing contemporary budget categories and institutions. The secondary goals have been aimed at achieving the microeconomic stability, providing efficient public services and adapting to the international budgeting standards. A successful reform of the budget system calls for a holistic approach to all budgetary segments including planning, drafting, adoption, implementation and control of the budgetary revenues and expenditures.

In the course of the implementation of the new budgetary regulation in the past few years, there have been considerable problems in managing the budgetary system. The instability of the system has also been demonstrated through the rebalance of the budget and introducing provisional financing. Given the unsettled constitutional, political and economic circumstances, the National Assembly and the Government have kept struggling over the control of the budget. The predominance of the executive branch of government over the legislative authority has been demonstrated only recently when the provisional financing was prolonged without legal title. We have to bear in mind that the effective management of the budgetary process calls for a carefully balanced distribution of responsibility between the two institutions and a clearly determined long-term strategy to accomplish socially eligible goals in the sphere of public finances.

Др Владимир Серјевић, редовни професор
Правни факултет, Универзитет у Нишу
Вања Серјевић, судијски помоћник Трговинског суда у Нишу

УДК: 366.5(497.11:4-67)

ЗАШТИТА ЕКОНОМСКИХ ИНТЕРЕСА ПОТРОШАЧА - ХАРМОНИЗАЦИЈА ПРОПИСА СА ПРАВОМ ЕУ

Апстракт

Заштита економских интереса потрошача јесте важан сегмент заштите људских права уопште. С друге стране, она се одражава на ефикасност деловања тржишта, као и на ефикасност привређивања. Делује у правцу развоја лојалне конкуренције између учесника на тржишту и повећања конкурентске способности привреде. Све то омогућава земљи интеграцију и укључивање у међународне економске и политичке токове.

У раду се разматра само један сегмент заштите потрошача – заштита њихових економских интереса. А у вези с тим, нарочито права односно обавезе које, по мишљењу аутора, заслужују посебну пажњу.

У првом делу рада говори се о нашим прописима. Приказ има претензију да пружи увид о следећем. Прво, о економским интересима потрошача и о утврђеним правима и обавезама које изражавају те интересе. Друго, о систему и ефикасности остваривања тих права. И треће, о недостацима важећих прописа.

У другом делу указује се на области даљег развоја и изградње прописа о заштити економских интереса потрошача. Посебно, о хармонизацији са правом Европске уније. Односно, у вези с тим, о оним областима које имају најшири значај.

Кључне речи: потрошачи, економски интереси потрошача, заштита потрошача, хармонизација са правом ЕУ.

I

(1) Економски интерес потрошача огледа се, најкраће, у обезбеђивању (на тржишту) производа и услуга са којима ће на бази расположивог дохотка максимирати своју корисност у потрошњи. Према

томе, заштита тог интереса усмерена је у два основна правца. Прво, у правцу заштите у вези са производом који се купује ради потрошње. И друго, у правцу заштите у вези са дохотком који се троши приликом куповине.

Сама заштита заснива се на утврђеним правима потрошача, односно обавезама продавца. У Закону о заштити потрошача ¹ (у даљем тексту ЗЗП) ова права и обавезе изложена су у тринаест делова или група: 1) основни облици заштите; 2) цена производа и услуга; 3) материјал за паковање; 4) издавање рачуна; 5) гарантни лист; 6) испорука производа; 7) технички производи; 8) куповина на даљину; 9) потрошачки кредит; 10) куповина на рате; 11) распродаја производа; 12) продаја производа са недостатком; као и 13) приговор (рекламација). Међутим, налазе се и изван наведених делова.

Она се експлицитно не деле у правцу производа и у правцу дохотка потрошача. Али, ми их овде укратко приказујемо тако систематизоване. Наводимо оне који, по нашем мишљењу, имају највећи значај.

(2) Када је реч о производу, у ЗЗП-у су утврђена следећа најважнија права потрошача, односно обавезе продавца.

Прво, право на информисаност на разумљив начин (чл. 3, 13, 15, 23, 32, 33, 46, 55. и 56). Оно се наводи у оквиру основних одредби ЗЗП-а, као једно од основних права потрошача. Овде, као и у делу где се говори о заштити економских интереса потрошача, није јасно одређено. Међутим, одређује се касније, у члановима 46, 55. и 56. Може се рећи да има више елементарних делова, па чини њихов скуп.

Најпре, потрошач мора бити информисан о идентитету производа. То јест, мора бити упознат, нарочито: са његовим називом и шифром; са употребним својствима, начином и роком употребе; са саставом; као и са пореклом, произвођачем или увозни-ком и продавцем. Ове информације садржане су у декларацији производа. А код техничких производа, још и у техничком упутству и упутству за употребу.

У члану 32. наводи се посебно право на информисаност потрошача о датуму истека рока употребе производа, када се врши његова распродаја пред истеком тог рока. А у члану 33, посебно право на информисаност о недостацима производа, када се он продаје као такав.

¹ „Сл. Гласник РС“, бр. 79/2005.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Комплементарно са правом на информисаност јесте право доступности производа. У члану 13. утврђено је да производи који се нуде потрошачу морају бити изложени, доступни и мерљиви. Другим речима, морају бити стављени на увид потрошачу.

Друго, право на слободан избор (чл. 3, 12, 14, 15. и 16). Истакнуто је као једно од основних права потрошача. Није дозвољена тзв. „везана“ продаја. Такође, ни условљавање или ограничавање продаје у погледу количине (и по другим основима). Потрошач има право на количину производа коју тражи, када је та количина на располагању односно у понуди.

Слободан избор потрошача подразумева и понуду производа под једнаким условима. Дискриминација потрошача се чланом 16. забрањује. Ако су прописани посебни услови за поједине категорије потрошача, то мора бити назначено. Затим, резервисани производи морају бити посебно обележени и издвојени, а рок резервације не може бити дужи од осам дана. Исто важи и за плаћене а неиспоручене производе.

Треће, право на испоруку производа у купљеној мери и количини, као и на проверу те мере и количине (чл. 15). Утврђивање овог права у члану 15. у функцији је заштите потрошача од закидања на мери и количини. Односно, у функцији је његове заштите од умањења корисности коју, према властитом очекивању, треба да му пружи тражена количина производа.

Четврто, право на паковање производа (чл. 19). Продавац је дужан да, у складу са врстом и својствима производа, изврши његово паковање. При томе, ако је јединица мере тежински изражена, материјал за паковање не може значајно да утиче на нето масу производа. Материјал за паковање је урачунат у цену. Потрошач може тражити посебно паковање производа, при чему такво паковање плаћа издвојено, највише до износа продајне цене материјала употребљеног за паковање.

Пето, право на испоруку у одређеном року и на одређену адресу (чл. 15. и 22). Испорука у одређеном року јесте испорука у уговореном року или, ако рок није уговорен, у року до осам дана. Код малопродаје, за производе веће тежине и већег обима ЗЗП утврђује испоруку купљеног производа на адресу потрошача, ако се место отпреме и место пријема налазе на подручју исте општине или истог града.

Потрошач може да одбије испоруку која није извршена у одређеном року и да затражи повраћај плаћеног новчаног износа.

Шесто, право на одређени квалитет производа (чл. 15). Реч је овде о уговореном или прописаном квалитету. А ако квалитет није уговорен или прописан, онда мора бити уобичајени за дату врсту производа.

И седмо, право на документацију уз купљени производ (чл. 13, 15, 20, 21. и 23). Најпре, оно обухвата право на издавање рачуна. Затим, обухвата право на техничко упутство и упутство за употребу, гарантни лист, списак сервиса и слично (за техничке производе). Право на издавање рачуна у функцији је пре свега идентификације продавца и остваривања права на рекламацију и надокнаду штете (као и неких других, већ поменутих права). А право на осталу документацију (код техничких производа), има функцију обезбеђења квалитета потрошње односно употребне вредности производа у процесу и времену потрошње.

(3) Заштиту дохотка потрошача у ЗЗП-у обезбеђују пре свега следећа права.

Прво, право на одговарајућу цену производа (чл. 15, 17. и 18). Она мора бити правилно обрачуната, а утврђена путем уговора или у складу са посебним прописима о ценама. Правилно обрачуната цена значи, најпре, да је формирана од елемената чији износи су познати или се могу утврдити на тржишту.

Цена мора бити позната и видљива. То јест, истакнута – поред производа и у ценовнику, као и у понуди за закључивање уговора о продаји. Такође, исказана не само за упаковану количину, него и за јединицу мере производа.

Друго, право на исказивање продајне вредности (чл. 17). Поред исказане цене по јединици мере, мора бити исказана и продајна вредност укупне (продате) количине.

Треће, право на недовођење у заблуду потрошача у вези цене (чл. 18). Обавештењем о цени не може да се ствара утисак – да је она нижа него што јесте, да су у цену укључене посебне додајне услуге, као и да предстоји повећање цене или да је она снижена.

Четврто, право на познавање осталих финансијских услова продаје – поред цене (чл. 29. и 30). ЗЗП утврђује експлицитно само права у вези продаје на потрошачки кредит. Реч је овде углавном о каматној стопи и трошковима кредита у вези закључивања уговора о потрошачком кредиту, отплате кредита и раскида уговора.

Потрошачу мора бити јасно колико га укупно кошта куповина на потрошачки кредит, да би правилно извршио избор куповине на бази очекиваног износа дохотка у време отплате кредита.

Закон експлицитно не предвиђа попуст за куповину у већој количини, те за авансно плаћање и испоруку са почеком које стабилизује производњу. Међутим, могућност остваривања попушта је дата – путем утврђивања уговорене цене.

И пето, право на информисање потрошача које ће штитити њихов доходак (чл. 3, 46, 47. и 51). Не могу се потстицати потрошачи да купују производе на бази неадекватних информација (нетачних, неистинитих, двосмислених, нејасних, неблаговремених и слично) и тиме умањују свој доходак и корисност. Реч гаранција, гарантовано и слични изрази могу се наводити само када је гаранција за дати производ утврђена законом или другим прописом. Затим, не могу се потстицати путем оглашавања да купују производе који стварају зависност (алкохолна пића, цигарете и друге). Односно да повећањем њихове конзумације, поред угрожавања здравља, нерационално троше и свој доходак.

(4) Заштита економских интереса потрошача заснива се, даље, на праву рекламације и праву надокнаде штете (чл. 22, 34, 35. и 58).

За производе за које се не издаје гаранција потрошач има право приговора због недостатка производа, у року од шест месеца од дана куповине. Продавац је дужан да приговор размотри за осам дана од подношења. Ако је приговор основан, потрошач има право на – отклањање недостатка, замену производа или повраћај плаћеног новчаног износа у висини малопродајне цене на дан враћања. Могућ је и споразум о смањењу цене сразмерно недостатку.

У члану 58. утврђено је право потрошача на – испоруку новог производа или повраћај новца у висини малопродајне цене производа – када је производ у гарантном року приликом поправке уништен, изгубљен или оштећен. Такође, и право повраћаја стварне вредности производа на дан његове предаје на поправку – када се ради о поправци по истеку гарантног рока.

Право на накнаду штете независно од цене и вредности производа потенцира заштиту економских интереса потрошача. У члану 22. утврђено је право надокнаде штете настале услед непоштовања рока испоруке производа. А у члану 35, право надокнаде штете због недостатка производа који није настао кривицом потрошача. Чланом 59. ближе се

одређује недостатак производа. Он се јавља – када производ не одговара својој намени и не може се употребити на уобичајени начин, када је потрошач доведен у заблуду у погледу датума производње и рока употребе, и када употреба производа проузрокује штету потрошачу.

(5) Заштита права потрошача – у смислу начина – има више облика који у ЗЗП-у нису систематизовани. Можемо их поделити у две основне групе. Прву, коју чине облици превентивне заштите. И другу, коју чине облици заштите у случају стварне повреде права конкретног потрошача.

Превентивна заштита права потрошача остварује се: путем образовања потрошача, формирањем и активирањем њихових организација, њиховим укључивањем у креирање националне политике и стратегије заштите у овој области, путем контроле продаваца на тржишту, као и утврђивањем низа ефикасних казnenих одредби.

Право на образовање утврђује се у члану 3. и 57. Тежиште образовања су права потрошача (и обавезе продавца), као и начин њиховог остваривања у случају повреде. Процес образовања остварује се: у образовним установама и удружењима потрошача; путем курсева, семинара, и саветовања; као и путем средстава јавног информисања.

Организације потрошача доприносе заштити њихових права на више начина. Они се наводе у члану 68. Овде истичемо следеће: контролу и анализу употребних својстава и квалитета производа; информисање потрошача о томе; подношење пријава и тужби због повреда права потрошача; као и пружање помоћи потрошачима у процесу у коме траже и остварују заштиту својих права.

У члану 3. ЗЗП-а утврђује се право заступљености интереса потрошача у процесу доношења и спровођења политике заштите потрошача, као једно од њихових основних права. Министарство надлежно за послове трговине, које доноси годишње програме заштите потрошача и предлаже Закон и Национални програм заштите потрошача, дужно је да контактира и сарађује са удружењима потрошача (чл. 64). У Министарству се образује и Савет заштите потрошача, као саветодавно тело (чл. 65). Затим, у локалној самоуправи образују се арбитражна тела за решавање спорова између потрошача и продаваца (чл. 66). Чланови у њима могу бити и представници потрошача.

Превентивна заштита потрошача врши се и путем инспекцијског надзора. Пре свега, тржишни инспектори министарства надлежног за трговину (али и инспектори министарстава других надлежности), као и

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

комунални инспектори, проверавају да ли продавци остварују своје обавезе из ЗЗП-а. Ако утврде недостатке, доносе најпре решење којим се налаже отклањање тих недостатака у одређеном року. За непостапање продавца по наведеном решењу, инспектор доноси ново решење којим врши забрану продаје.

Најзад, у функцији превентивне заштите потрошача јесу и бројне казнене одредбе. Повреде многих права потрошача наводе се у ЗЗП-у као привредни преступи и прекршаји. Запређене новчане казне у не малим износива у значајној мери утичу на поштовање одредби Закона.

Заштита интереса конкретног потрошача у случају када су му повређена права из ЗЗП-а остварује се, најчешће, у међусобном контакту са продавцем. Његова права су заштићена ако продавац поступи по Закону у вези његовог основаног приговора, односно у вези његовог основаног захтева за надокнаду штете.

Затим, може се остваривати у вансудском поступку уз посредовање тела за решавање спорова потрошача у оквиру локалне самоуправе.

Најзад, утврђена је и могућност судске заштите. Потрошач може поднети тужбени захтев за надокнаду штете и надлежном суду. Овај захтев може поднети и организација за заштиту потрошача.

(6) Заштита потрошача намеће се као врло важан сегмент правног уређења државе. Јер, само ако грађани као потрошачи имају одговарајући ниво правне сигурности, моћи ће да доносе рационалне одлуке и у свим осталим областима друштвеног и привредног живота. Без утврђивања и заштите права потрошача нема тржишне конкуренције. То јест, нема уређеног тржишта које се јавља као претпоставка инвестиционе активности домаћих и страних лица-улагача. И, даље, нема јачања конкурентне способности произвођача на домаћем и страном тржишту. Када је посебно реч о јачању конкурентне способности произвођача на страном тржишту – неопходна је и хармонизација прописа.

Имајући у виду значај заштите потрошача, посебно у вези са придруживањем ЕУ, у Србији се приступило утврђивању Националног програма заштите потрошача за период 2007. до 2012. године,² као и годишњих програма заштите потрошача. Национални програм у функцији

² Види, „Сл. Гласник РС“, бр. 11/2007.

је развоја и унапређења заштите потрошача, јер се у свету њихова права непрестано и интензивно развијају.³

II

Законом о заштити потрошача успостављен је само оквирни правни систем заштите који се мора дограђивати. Када је реч о хармонизацији са прописима ЕУ, неопходно је његово унапређење како у делу којим су дефинисани основни принципи система заштите потрошача, тако и у посебном делу заштите економских интереса потрошача.

Најпре, указујемо на пропуст законодавца у дефинисању појма потрошача. Према одредби чл. 2(а) Директиве о непоштеној трговачкој пракси⁴, потрошач је искључиво физичко лице које набавља производе за своје потребе. Дефиницијом појма потрошача није, дакле, обухваћено правно лице и предузетник који купује производе, односно користи услуге за своје потребе, насупрот одредби чл. 2. ст. 2. Закона о заштити потрошача (ЗЗП).

У погледу основних права потрошача и инструмената њихове заштите, истичемо следећа запажања. Право на задовољавање основних потреба, односно доступност најнужнијих производа (чл. 3. тач. 1. ЗЗП), као и право на избор (тачка 4) деклараторног је карактера. Оно се не може заштитити путем инструмената заштите колективних нити индивидуалних интереса потрошача.⁵ То право је, додуше, конкретизовано забраном

3 Заштита потрошача интензивира се и добија на значају крајем 20. века. Генерална скупштина Уједињених нација је Резолуцијом број 39/248 из 1985. године донела смернице о заштити потрошача. Пре тога, почетком седамдесетих година, донети су прописи о заштити потрошача у САД и ЕЕЗ (Закон о заштити потрошача, 1972. године; односно, Европска повеља о обавештавању и заштити потрошача, 1973. године). На самиту ЕУ – САД у Вашингтону, покренут је крајем априла 2007. године процес заједничког јачања конкурентске способности на светском тржишту – пре свега, путем хармонизације прописа и стандарда у области економије.

4 Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Direct. 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the Europ. Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the Europ. Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive'), OJ L 149, 11.6.2005.

5 Право на доступност производа и услуга је више објект заштите у поступку санкционисања повреде конкуренције шпекулативним радњама, на начин и под условима предвиђеним у Закону о трговини (чл. 25). Право надзора над применом одредаба тог закона, као и Закона о заштити потрошача и допунских прописа (нпр. Закон о оглашавању) у надлежности је Министарства за трговину и туризам, преко инспекцијских служби (и, у

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

предвиђеном у одредби чл. 16. тач. 1. ЗЗП: „Забрањено је одбијање да се потрошачу прода производ који је изложен или на други начин припремљен за продају или одбијање пружања услуге која се може обавити, уколико то није у супротности са другим прописом и општеприхваћеним пословним обичајима.“ Поступање продавца противно наведеној забрани представља прекршај (чл. 78. ст. 1. тач. 7. ЗЗП). Може се рећи да је даља конкретизација права на доступност и права на избор производа остварена осталим забранама из чл. 16. Закона: забрана условљавања продаје 'везивањем' производа, као и забрана дискриминације потрошача. Условљавање продаје јесте привредни преступ (чл. 77. ст. 1. тач. 8. ЗЗП), док дискриминација потрошача, пропустом законодавца, није кажњива.

У вези са заштитом права потрошача, треба указати на специфичност система заштите економских интереса потрошача. Предмет заштите тих интереса је знатно шири од оног који се непосредно инкриминише законом. Он излази из оквира основних људских права, гарантованих Уставом, и законом предвиђених забрана и ограничења. Наиме, економски интереси потрошача могу бити нарушени и у случају поступања трговца противно добрим пословним обичајима које примењује већина припадника односног сектора трговине (*professional dilligence*), као и у случају повреде професионалних (етичких) кодекса пословања (*codes of conduct*). Те институте, међутим, наш Закон о заштити потрошача уопште не дефинише, иако су они уграђени у појмовну дефиницију непоштене трговачке праксе (*unfair business-to-consumer practices*) одредбом чл. 5 Директиве. То је у вези са битном тачком мимоилажења предмета Директиве и домаћег закона. Наиме, основни предмет заштите економских интереса потрошача у праву ЕУ јесте заштита колективних интереса. Законом о заштити потрошача, с друге стране, акценат заштите је на индивидуалним интересима, чија се заштита остварује преко основног права потрошача на обештећење. Остваривање тог права регулисано је одредбама главе VII „Накнада штете“ (чл. 58-62. ЗЗП). Ова глава Закона је сувишна, јер накнада штете подлеже општим правилима из

зависности од врсте интереса који се штите, инспекцијских служби других министарстава). Пријаву за привредни преступ, односно, прекршајну пријаву може поднети надлежна инспекција, као и организација потрошача (чл. 68. тач. 6. ЗЗП). Уз пријаву је потребно доставити одговарајуће доказе. Предмет заштите у тим поступцима може бити само колективни интерес потрошача, као групе. Благовремене пријаве повреде основних права организацији потрошача, те уредно вођење записника са изјавама потрошача о месту, датуму и начину повреде тих права, једини је начин санкционисања лоше пословне праксе трговца у домену основних права потрошача.

Закон о облигационим односима (ЗОО). Штавише, њене одредбе су одраз недовољно аналитичког приступа систему заштите потрошача у Европској Унији. На пример, став 1. члана 59. ЗЗП у духу је одредбе ЗОО о терету доказивања штете (на ономе ко се на њу позива). Међутим, у другим одредбама ЗЗП, у којима се помиње колективни интерес потрошача (нпр. код права на информисаност), нема речи о терету доказивања штете настале услед повреде добре пословне праксе. Оно што је битно у систему заштите колективних интереса потрошача јесте то да и није потребно доказати постојање штете, као ни намере или непажње трговца – довољно је само доказати повреду добре пословне праксе (*unfair business-to-consumer practice*) којом се угрожава економски интерес потрошача.⁶ Та повреда се огледа у радњи или пропуштању од стране трговца, укључујући оглашавање и било који други вид промоције и маркетинга производа (робе/услуге), предузете у циљу продаје крајњем потрошачу, којима се просечни потрошач (*an average consumer*) доводи или може довести у заблуду о битним елементима понуде производа. На тај начин умањује се могућност потрошача, који је добро информисан, брижљив и обазрив (*well-informed, observant and circumspect*), да донесе правилан и економичан избор (*efficient choice*) у вези са куповином. Директивом ЕУ уведен је још један вид заштите колективних интереса потрошача, предвиђањем санкција за тзв. агресивну пословну праксу (*aggressive commercial practices*). Реч је о принуди (*coercion*), укључујући и физичку силу (*physical force*), узнемиравању (*harassment*) и прекомерном утицају на вољу потрошача (*undue influence*). Наш закон, с друге стране, не предвиђа такав вид заштите, осим у делу општих одредби Закона о облигационим односима.

На основу реченог, може се закључити да у нашем праву није обезбеђена адекватна заштита потрошача, у складу са одредбама чл. 11. и 12. Директиве. Требало је, наиме, предвидети могућност да организације потрошача, у оквиру овлашћења из чл. 68. тач. 8. Закона, подносе надлежном (трговинском) суду тужбу са захтевом за доношење одлуке којом се трговац, група трговаца или носилац професионалног кодекса

6 Колективни економски интереси потрошача штите се забраном непоштене пословне праксе којом се износе нетачне информације о битним елементима понуде производа на продају; износе тачне информације које, имајући у виду целокупну презентацију производа, доводе или могу довести у заблуду потрошаче о истима; прикривају или непотпуно, нејасно или двосмислено износе информације о битним елементима понуде, чиме се просечни потрошач доводи или може довести у заблуду при доношењу одлуке о предузимању фактичких и правних радњи у вези са куповином производа, коју иначе не би донео/предузео (*transactional decision that he would not have taken otherwise*).

етике обавезује да престане са применом непоштене пословне праксе. Предмет захтева би могао бити и налог суда да се туженик обавезе на уздржавање од примене праксе којом се угрожавају економски интереси потрошача, уколико је примена те праксе извесна у будућности. С тим у вези, требало је прописати листу понашања⁷ која се, без обзира на околности, увек имају сматрати обликом непоштене пословне праксе. У свим осталим случајевима, суд би имао дужност да на основу конкретних околности случаја, процени да ли је одређено понашање непоштено, тј. да ли се њиме врши повреда дужности доброг привредника (у смислу стандарда који важе у односном сектору трговине), те да ли је повреда утицала или је могла утицати да потрошач донесе одлуку коју под уобичајеним условима не би донео. Такође, требало је предвидети посебне процесне одредбе за ову врсту поступка по убрзаној процедури (accelerated procedure).

У вези са посебним елементима понуде на продају и врстама производа, истичемо неке важније пропусте у процесу хармонизације са прописима ЕУ. Најпре, код обавештења о цени производа, Закон о заштити потрошача, једнако као и Закон о оглашавању, не декларише непоштеном праксу нуђења производа на начин који има за циљ да „намами“ купца (bait advertising; bait and switch).⁸ Осим тога, када је у питању оглашавање о цени, Анекс II уз Директиву упућује на посебну Директиву 98/6/ЕС о заштити потрошача у погледу означавања цене производа.⁹ У том смислу указујемо на потребу имплементације одредбе чл. 4. и 5. ове Директиве у Закону о оглашавању.

7 Таква листа понашања предвиђена је Анексом I уз Директиву о непоштеној трговачкој пракси. Анекс II уз Директиву садржи листу посебних прописа ЕУ, којима је, између осталог, регулисан и начин оглашавања производа у специфичним секторима трговине (нпр. електронска трговина, куповина на даљину, рекламирање цене, маркетинг финансијских услуга и друго). С тим у вези, ова листа допуњује одредбе чл. 7. ст. 4. Директиве о битним информацијама (material information), које је продавац дужан дати у понуди производа на продају на јасан, разумљив, недвосмислен и правремен начин (in a clear, intelligible, unambiguous and timely manner).

8 Реч је о позиву на куповину производа по одређеној цени (at specified price) уз прикривање реалне могућности неиспуњења свих поруџбина због ограничене количине робе, односно, о позиву на куповину производа по одређеној цени уз одбијање продавца да такав производ учини доступним купцу са намером да му прода неки други производ (тачка 5. и 6. Анекса I уз Директиву).

9 Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers, OJ L 18/03/1998, p. 27-31.

Затим, у делу одредаба ЗЗП о куповини на даљину (чл. 24-28) требало је дефинисати основне појмове те куповине, као што су: куповина (уговор) на даљину (distance contract) и средства даљинске комуникације (means of distance communication), као што је то учињено у Директиви 97/7/ЕЦ о заштити потрошача код уговора на даљину.¹⁰ Уз предвиђање изузетака од примене одредаба о куповини на даљину код одређених врста уговора (промет финансијских услуга, непокретности и права на непокретности, аукцијска продаја и др), требало је таксативно набројати минимум информација које је понудилац производа на даљину (supplier) дужан дати у понуди (Article 4 – Prior information). Осим тога, ЗЗП је пропустио да регулише право на опозив поруџбине (right of withdrawal). Одредбом чл. 6. Директиве предвиђено је да потрошач може опозвати поруџбину, чак и онда када производ задовољава критеријуме саобразности опису датом у понуди. Он то може учинити без навођења разлога за опозив и без обавезе на накнаду било каквих трошкова и компензације, изузев трошкова повраћаја робе.¹¹ Одредбе ЗЗП о понуди производа и услуга коришћењем електронских средстава (чл. 27) представљају конкретизацију чл. 3. тач. 3. ЗЗП (информисаност потрошача) и тач. 6. истог члана (обештећење). Изостале су битне одредбе о информацијама које је провајдер услуге чувања и обраде података у информатичком систему (information society services provider) дужан да обезбеди примаоцу информације (receiver) о техничком поступку прихвата понуде, начину измене података који се односе на прихват понуде, времену закључења уговора електронским путем, заштити приватности примаоца, доступности општих услова понуђача, професионалног кодекса, начину решавања спорова итд. У том смислу, требало би усвојити посебан Закон о електронској трговини, који би преузео решења из Директиве 2000/31/ЕЦ о електронској трговини.¹²

Такође, требало је прописати посебну заштиту потрошача у случају закључења уговора о финансијским услугама на даљину. Значај

10 Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, OJ L 144, 4.6.1997, p. 19.

11 Услед пропуштања законодавца да регулише ово веома важно питање, остаје само могућност коришћења права на опозив у складу са општим условима предвиђеним у Закону о облигационим односима. Имајући, међутим, у виду да те одредбе (чл. 37. ст. 4, чл. 39. ст. 3. и чл. 40. ст. 2. ЗОО) не пружају минимални ниво заштите потрошача код куповине на даљину (у складу са начелом минималних права – minimal clause из чл. 14. Директиве), јасно је да је пропуст законодавца велики.

12 Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce).

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

тих услуга и потпуне и правилне информисаности потрошача о условима уговора указује на потребу преузимања решења из Директиве 2002/65/ЕЦ о маркетингу потрошачких финансијских услуга на даљину.¹³

У вези са потрошачким кредитом, који је у ЗЗП регулисан одредбама чл. 29-30, истичемо следеће пропусте. Требало је дефинисати потрошачки кредит у складу са одредбама чл. 1(2-ц) и чл. 2. Директиве о потрошачком кредиту.¹⁴ У том смислу, потрошачки кредит јесте кредитни споразум којим давалац кредита даје или се обавезује дати потрошачу кредит у форми одложеног плаћања, зајма или другог сличног финансијског аранжмана, уз предвиђене изузетке од примене (према намени кредита, доњој и горњој граници износа кредита, времену и броју рата отплате и слично).¹⁵ Тако дефинисан појам потрошачког кредита односи се, пре свега, на кредит ради набавке робе или услуге, али и на аванс и дозвољени минус на текућем рачуну кредитне картице (*credit granted for the aquisition of goods; advance on a current credit card account; tacitly accepted overdrafts*). Даље, закон је пропустио да пропише следећи обавезни елемент оглашавања услуге кредитирања (укључујући и јасно истакнуте понуде у пословном простору понуђача) – обавештење о годишњој стопи коштања кредита, и то по принципу репрезентативног примера, у одсуству другог погодног начина презентације. Ова стопа (*annual percentage rate of charge*) обрачунава се према утврђеној методологији у односу на укупну цену коштања кредита (*total cost of the credit to consumer*), која представља збир свих трошкова кредита укључујући камату (која се обавезно и посебно исказује) и остале трошкове који су директно везани за кредит, а утврђени су посебним националним прописима и преовлађујућом пословном праксом у датом сектору финансијских услуга. У случају отплате кредита (чл. 30. ст. 1. тач. 4. ЗЗП) пре уговореног рока, требало је (у складу са чл. 8. Директиве) прописати право потрошача на сразмерно смањење укупне цене коштања кредита. Остали инструменти заштите потрошача код ове врсте уговора,

13 Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directive 97/7/EC and 98/27/EC.

14 Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit, OJ L 42, 12.02.1987, p. 48-53.

15 Правила Директиве о потрошачком кредиту не примењују се на кредит чији износ прелази 20.000 екија, нити се примењују на кредите за куповину или реновирање стана или стицање стварних права на непокретности. Предмет Директиве нису ни потрошачки уговори код којих је уговорен рок отплате краћи од три месеца, или 12 месеци код уговора са максималним бројем отплата четири.

које би требало предвидети у закону, тичу се: повраћаја државине робе (repossession of goods), средстава плаћања и обезбеђења плаћања кредита, те правних средстава заштите.

Индивидуални интереси потрошача су у праву ЕУ, пре свега, регулисани Директивом 1999/44/ЕЦ о одређеним аспектима продаје потрошачке робе и пратећим гаранцијама.¹⁶ Директивом није предвиђен рок у коме се недостатак мора појавити да би потрошач имао права по основу несаобразности робе према продавцу или произвођачу, као што је то учињено одредбом чл. 34. ст. 1. ЗЗП. На сличан начин формулисан је у одредби чл. 5(3) Директиве рок од шест месеци од дана испоруке у коме (за случај да се у том року покаже недостатак) важи претпоставка да је недостатак постојао у тренутку испоруке, осим ако се тој претпоставци противи природа робе или природа недостатка. Права потрошача по основу несаобразности робе (non-conformity with the contract) – право на поправку, замену, снижење цене и раскид уговора – могу се остваривати у року од две године од дана испоруке робе и то је рок застарелости наведених права потрошача. Услов њиховог коришћења у означеном року је да је потрошач благовремено обавестио продавца о недостатку, тј. у року од два месеца од дана када је уочио недостатак. ЗЗП не садржи одредбе о роковима коришћења права потрошача. Ту би се, с тога, имале применити опште одредбе ЗОО,¹⁷ које су неповољније од одредаба Директиве.¹⁸ У погледу права потрошача и услова њиховог коришћења, истичемо потребу усаглашавања чл. 35. ЗЗП са одредбама чл. 3. Директиве.

Институционални инструменти заштите индивидуалних права потрошача адекватни су прописаним принципима заштите у ЕУ.¹⁹ Тако је, поред судске (чл. 60. ЗЗП) обезбеђена и вансудска заштита: „За повреде права потрошача, односно проузроковану штету мале вредности, могу се образовати арбитражна тела за решавање спорова потрошача у оквиру локалне самоуправе или коморе за решавање спорова потрошача, у складу

16 Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, OJ L 171, 7.7.1999, p. 12.

17 Чланови 481, 482, 500. Закона о облигационим односима.

18 Дужи рокови предвиђени Директивом услов правилног функционисања система заштите индивидуалних права потрошача у оквирима прекограничног промета робе и услуга на јединственом тржишту ЕУ.

19 Commission Recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes (OJ L 115, 17.4.1998, p. 31.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

са законом.“ (чл. 61. ЗЗП). Одредбом чл. 6. ст. 2. Закона о арбитражи²⁰ предвиђено је да сталне арбитражне институције могу да оснују привредне коморе, професионална и струковна удружења, удружења грађана у складу са њиховим оснивачким актом и овим законом, ако је то у сагласности са њиховом делатношћу. Одлука арбитраже је обавезујућа. Иако могућност споразумног решавања спора (consensual resolution) не произилази из одредаба ЗЗП, оно је доступно под условима и на начин предвиђен Законом о медијацији.²¹ То је у складу са препорукама Комисије о принципима вансудских тела која учествују у споразумном решавању потрошачких спорова.²²

С друге стране, дефицит у регулисању система заштите колективних економских интереса потрошача, на који смо указали у претходном делу рада, треба надоместити увођењем инструмената заштите предвиђених Директивом 98/27/ЕЦ о мерама заштите интереса потрошача.²³ Активну страначку легитимацију за покретање одговарајућих поступака пред судским и/или административним (управним) органима, имало би једно или више независних јавних тела (independent public bodies), одговорних за заштиту колективних интереса потрошача, и/или организације потрошача. С тим у вези, требало би прописати следеће инструменте заштите: одлуку о изрицању мере престанка, односно забране повреде (cessation; prohibition of the infringement); одлуку о објављивању изречене мере у средствима јавног информисања (publication of the decision in full or in part) и/или објављивању изјаве о корективним мерама отклањања дуготрајних ефеката повреде (corrective statement with a view to eliminating the continuing effects of the infringement); и, изрицање новчаних казни или судских пенала због непоступања противника у складу са изреченим мерама (an order against the losing defendant for payments into the public purse or to any beneficiary designated in or under national legislation).

20 Закон о арбитражи („Службени гласник РС“ бр. 46/2006).

21 Закон о медијацији („Службени гласник РС“ бр. 18/2005).

22 Commission Recommendation of 4 April 2001 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes, OJ L 109, 19.4.2001, p. 56.

23 Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers' interests, OJ L 166, 11.6.1998, p. 51.

Prof. Vladimir Serjević, LL.D
Full Professor, Faculty of Law, University of Niš
Vanja Serjević, LL.B
Judge's Assistant, Trade Court, Niš

THE PROTECTION OF CONSUMERS' ECONOMIC INTERESTS: HARMONIZATION WITH THE EU LAW

Summary

The protection of consumers' economic interests is an important segment of human rights protection. On the other hand, it is reflected both on the market efficiency and on the economic efficiency. It is aimed at developing loyal competition between the participants on the market and increasing the competitive capacity of economy. It helps the country's integration and association into the international economic and political currents.

In this paper, the authors consider only one segment of consumer protection – the protection of their economic interests, with particular reference to their rights and duties which - in the authors' opinion - deserve special attention.

In the first part of the paper, the authors deal with our legal regulations. The aim of the survey is to offer an insight into the following issues: 1) the consumers' economic interests and the prescribed rights and duties expressing those interests; 2) the system and efficiency of exercising these rights; and 3) the shortcomings of the existing legal regulations.

In the second part of the paper, the authors point to the areas of further development and upgrading of legal regulations pertaining to the protection of consumers' economic interests, particularly regarding the harmonization with the EU regulation in this field and in the respective areas of general importance.

Key words: consumers, consumers' economic interests, consumer protection, harmonization with the EU law

Проф. др Предраг Димитријевић, редовни професор
Правни факултет, Универзитет у Нишу

УДК: 351.942:352/353](497.11)

ПРОБЛЕМИ У ФУНКЦИОНИСАЊУ ЛОКАЛНОГ ОМБУДСМАНА

Апстракт

Институција омбудсмана на локалном и регионалном нивоу власти није непозната у свету. У погледу организације ове институције заступљени су различити модели: поред државних омбудсмана, у федералним државама срећемо и омбудсмани на нивоу држава чланица, потом постоје и регионални и локални омбудсмани, као и општи и специјализовани. Свака од тих институција делује у оквирима своје надлежности.

У Републици Србији Омбудсман се установљава на локалном нивоу само ако се сматра да је ова институција потребна, да се може организовати и финансирати. Данас је ова институција установљена у свега четрнаест градова и општина у Србији од укупно 167 општина и градова. Шта је узрок овако малом броју установљених грађанских бранилаца (омбудсмана) на нивоу јединица локалне самоуправе? Први разлог је у законској необавезности, а други у суштинском неразумевању положаја и улоге локалног омбудсмана. Наиме, у локалним политичким структурама он се доживљава као независна политичка личност која ће имати право да контролише законитост њиховог рада, па се доживљава као опасност за вршење локалне власти. Трећи разлог је проблем стручног и финансијског капацитета, нарочито малих општина. У малим и сиромашнијим општинама врло је тешко наћи одговарајући стручни кадар, будући да улога омбудсмана претпоставља, пре свега стручност, радно искуство, углед у друштву и сл.

Питање политичке непристрасности је отворено, јер није пронађен механизам за успостављање потпуне политичке неутралности. Њега поставља скупштина општине на предлог председника општине или надлежног радног тела. Ова чињеница говори о томе да је тешко постићи политичку непристрасност у пуном смислу. Други проблем самосталности је финансирања његовог рада. Трећи разлог је питање дужине трајања његовог мандата. Уколико се мандат локалног омбудсмана везује за мандат скупштине, онда и ова чињеница доводи у питање његову политичку независност и непристрасност.

Локални омбудсман је надлежан да штити индивидуална и колективна права и интересе грађана, тако што врши општу контролу рада управе и јавних служби. Он је овлашћен да о појавама незаконитог и неправилног (нецелисходног) рада којим се повређују права и интереси грађана, упозорава управу и јавне службе, упућује им препоруке, критике и о томе обавештава скупштину јединице локалне самоуправе и саму јавност. То је суштина његове функције: контрола, сугерисање исправки и обавештавање јавности. На тај начин штити грађане.

Локални омбудсман посебно штити људска права и слободе од повреда учињених од стране општинске управе и организација и јавних служби које врше управна и јавна овлашћења, а чији је оснивач општина. Најкрупнији проблем је управо чињеница да је регулатива о Омбудсману препуштена скоро у потпуности статутарним одредбама. Законска регулатива је врло штура.

Омбудсман, па био и локални, свакако мора стрпљиво и упорно, некад брже и испред догађаја, а некад пратећи их и реагујући на њих, сам и у сарадњи са другим институцијама и невладиним сектором, постојати и радити.

Кључне речи: Контрола управе, Заштитник грађана, Грађански бранилац, људска права.

1. Савремена управа је веома сложен и моћан институционални систем. Свакодневно се масовно дешавају разни облици повреда и угрожавања права грађана у бројним поступцима пред административним органима. Грађани имају проблем како да заштите своја права јер незнају која им правна средства стоје на располагању или ако и знају путеве правне заштите они су компликовани, дуги и скупи. Због тога треба наћи ефикасна, једноставна и јефтина средства и механизме контроле управе, за утврђивање и отклањање разноврсних недостатака у раду и тако омогућити заштититу права грађана¹. Постојеће институције контроле управе незадовољавају јер нефункционишу собзиром-на реално стање и потребе или њихово активирање је тешко, споро, скупо и компликовано. Концепт институције омбудсмана налазимо у идејама Валтер Гелхорна по коме треба створити једноставне и брзе процедуре (цхееп анд еасу) заштите људских права насупрот спорим, формалним и скупим судским процесима².

1 S. V. Anderson, Proposals and politics, Andersons "Ombudsman for American Government?" New York, 1968. str. 155.

2 Walter Gellhorn, Ombudsman And Others - Citizen's Protectors In Nine Countries, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1967, str. 3-4.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Назив омбудсман потиче од старе шведске кованице умботхсмаџр, која има значење "повереник који представља" односно представник. У ширем контексту омбудсман³ се назива "чуварем законитости, заштитником грађана, плебејским трибуном" итд. О популарности ове установе говори и то да се сам назив примењује у изворном шведском облику у многим земљама широм света. Међутим, у већини земаља институција омбудсмана означава се различитим називима, углавном обојеним националним духом у којима функционише.

Омбудсман је настао у Шведској, уведен је уставом из 1809. године, а потом је прихваћен и у осталим скандинавским земљама, Великој Британији, Канади и др. Прва институција Омбудсмана изван Шведске био је Омбудсман Финске (1918) а прва институција Омбудсмана изван Нордијских земаља била је институција Омбудсмана на Новом Зеланду (1962). Од седамдесетих година XX века ова институција бива заступљена у правним системима великог броја европских и ваневропских земаља, а од почетка деведесетих и у правним системима бивших социјалистичких држава источне Европе укључујући и државе бивше СФРЈ.

Основне заједничке карактеристике омбудсмана, без обзира на систем у коме се јавља, су:

Омбудсман је заснован на идеји људских права. Филозофија људских права у средиште правног и политичког живота поставља индивидуалност људског бића и самосталност његове личности. Људска права као највиши правни стандард.

Он штити законитост и права грађана тако што врши ефикасну контролу управе. Његов основни задатак је заштита права грађана посебно од незаконитог и неправилног рада управе (маладминистрацион);

Омбудсман нема овлашћења да укида, поништава или мења акте управних органа, као што то раде судови, већ може само да констатује њихову незаконитост, да тражи уклањање уочених недостатака, да износи мишљење о конкретном случају, да цени целисходност рада органа, упуштајући се и у оцену коришћења дискреционог овлашћења;

³ У Скандинавским земљама одржао се назив "Омбудсман" уз додатак "парламентарни". У Француској то је "Медијатор Републике", у Великој Британији "Парламентарни представник за управу", у Аустрији "Народни правобранилац", у Словенији "Заштитник човекових права", у Хрватској "Пучки правобранитељ", у Румунији "Народни адвокат", у Русији "Комесар за људска права", у Албанији "Адвокат Народа", у Аргентини "Народни бранилац", у Босни и Херцеговини "Омбудсман за људска права БиХ", у Црној Гори "Заштитник људских права и слобода", у Србији "Заштитник грађана".

Овај орган је независан и самосталан у вршењу својих функција, а бира га парламент;

Грађани се овом органу обраћају без посебних формалности и без трошкова.⁴

2. Институција омбудсмана на локалном и регионалном нивоу власти није непозната у свету. У једном броју земаља ова институција је уведена уставом, док је у већем броју земаља уведена законом. У погледу организације ове институције заступљени су различити модели: поред државних омбудсмана, у федералним државама срећемо и омбудсмана на нивоу држава чланица, потом постоје регионални и локални омбудсмани, као и општи и специјализовани (на пример, омбудсмани у области здравства, образовања, заштите личних података, социјалног старања, полиције, војске, потрошачки омбудсман, спорт, екологија, или заштите одређене категорије становника као, заштита деце и жена, студената, новинара, тзв. прес омбудсман итд.). Поред омбудсмана у јавном сектору, један мањи број земаља познаје и праксу омбудсмана у приватном сектору. Надлежност омбудсмана простире се, на контролу над радом државних органа управе, али и над радом органа локалне самоуправе, као и других органа и организација које врше јавна овлашћења.

Један број земаља је децентрализовао институцију омбудсмана, тако да она постоји на регионалним или локалним нивоима. Свака од тих институција делује у оквирима своје надлежности. За разлику од тога, поједини централизовани омбудсмани на националном нивоу организују се тако да њихова структура буде деконцентрисана, Како би поједини омбудсмани и њихови заменици били надлежни за поједине општине и области. Тако би се обављање њихове функције приближило грађанима на локалном и регионалном нивоу (нпр. БиХ).

Регионални и локални омбудсмани постоје у Великој Британији, Данској, Италији, Канади, САД, Француској, Холандији, Швајцарској и неким другим земљама. У Данској постоје регионални омбудсмани (Ландстингетс), као и посебан омбудсман за Гренланд. Сви већи холандски градови имају општинске омбудсмана. У Француској постоји посебан омбудсман (Медиатеур) за Ил-де-Франце и париску општину. Већина италијанских покрајина увела је својим прописима покрајинске омбудсмана (Дефенсори цивици регионали). Прва је то учинила Тоскана (почетком 1974), затим Лигурија (средином 1974) и касније других 14

4 Donald Rowat, *The Ombudsman, Citizen's Defender*, London, 1965; Миодраг Јовичић, *Омбудсман - чувар законитости и права грађана*, Београд, 1969.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

покрајина, тако да омбудсмани постоје у укупно 16 покрајина. У Шпанији осам региона има своје омбудсмани (Дефенсор дел Пуебло). Поред Парламентарног комесара за управу, Уједињено Краљевство Велике Британије и Северне Ирске има посебног Парламентарног комесара за управу и жалбе у Северној Ирској (уведен 1969), као и комисије за локалну управу Енглеске, Велса и Шкотске (уведене 1974-1975). Пошто британски систем локалних власти не омогућује “једноставну трансплантацију” или мешање Парламентарног комесара за управу (као органа централних власти) у рад локалних власти, успостављене су посебне комисије за локалну управу у чији састав по службеној дужности (ex officio) улази и Парламентарни комесар за управу. Комисије су надлежне за жалбе на неправде настале услед лошег вршења управне функције од стране локалних органа управе, полиције и неких других локалних власти. Омбудсмани на локалном нивоу уживају најширу подршку у САД, где се у новије време оснивају широм земље у окрузима, градовима и општинама, било са општим или специјализованим надлежностима.

Омбудсман поступа по жалбама грађана који сматрају да су њихова права повређена радњама и поступцима органа управе, али омбудсман може да покрене поступак и по сопственој иницијативи (ex officio) кад нађе да је дошло до кршења права грађана од стране органа над чијим радом врши контролу. При томе је он овлашћен да тражи податке и обавештења од органа управе, да врши увид у службене акте, да узима изјаве од запослених, овлашћених лица, сведока и вештака. После спроведеног поступка омбудсман даје мишљења, предлоге и препоруке у вези са утврђеним неправилностима, које по правилу упућује органу који је починио повреду. Уколико су у питању озбиљније повреде ширег значаја, омбудсман свој налаз доставља највишим државним органима да би они предузели мере из своје надлежности. У појединим земљама омбудсмани су овлашћени да дају иницијативу за измене закона, да покрену поступак пред уставним судом, да иницирају дисциплински и кривични поступак, па чак и да га непосредно воде у својству тужиоца (нпр. Шведска). Грађани који сматрају да су им повређена одређена права радом органа управе углавном могу директно да се обрате омбудсману подносећи жалбу писмено, с тим што жалба мора бити потписана, јер анонимне жалбе се по правилу не узимају у разматрање.

3. Увођење заштитника грађана - омбудсмана у правни систем Србије⁵, започето је пре неколико година доношењем одговарајућих

5 Јован Ђорђевић, Политички систем, Београд, 1967, стр. 636. Стеван Лилић, Зашто је нови Устав оставио Србију без омбудсмана, Архив за правне и друштвене науке, Београд, бр. 2-

прописа који су регулисали надлежност и поступак омбудсмана на локалном и покрајинском нивоу, као и доношењем Закона о Заштитнику грађана ("Службени гласник РС", бр. 79/2005), којим се успоставља државни омбудсман као независан централни државни орган који контролише рад државне управе и штити права грађана⁶.

Пре доношења овог Закона о Заштитнику грађана, (2005) скраћено ЗоЗГ, донети су одређени прописи којима је, парцијално и на нижим нивоима, у Србији уведена институција омбудсмана. Тако, ова институција је регулисана најпре Законом о локалној самоуправи ("Службени гласник РС", број 9/2002), скраћено ЗоЛС, и то као факултативна институција (грађански бранилац), затим, Одлуком о Покрајинском омбудсману (за АП Војводину) и Одлуком републичког Министарства здравља установљен је специјални омбудсман - заштитник пацијентових права.

Према томе, Омбудсман је у Србији уведен "на мала врата", једним чланом (члан 126. Закон о локалној самоуправи). Друго, што се уочава је термилошка неусклађеност назива института (у Покрајини Војводини - Покрајински омбудсман, у јединицама локалне самоуправе - грађански бранилац, у здравству - заштитник пацијентових права, док се републички законодавац определио за термин Заштитник грађана). Треће, у правној регулацији овог института ишло се обрнутим редом од нижег ка вишем, уместо да је прво донет закон о републичком, односно државном Заштитнику грађана који би представљао правни основ за даљу разраду овог института на нижим нивоима и под истим називом.

Таква хронолошко нормативна неусклађеност у регулисању ове институције као и околност да ни накнадно није правно регулисан однос ова два закона (ЗоЛС и ЗоЗГ) у смислу надлежности ова два заштитника грађана. Другим речима, остало је отворено питање да ли локални омбудсман може да указује на незаконитости републичких аката из којих проистичу повреде људских права на локалном нивоу, а што је честа појава, с обзиром да повреде и угрожавања права грађана (људских права) често проистичу из аката централне власти а не локалне.

4. Закон о локалној самоуправи ("Службени гласник РС", број 9/2002) је пружио правни основ и могућност да се у јединицама локалне

3, 1991. Богољуб Милосављевић, Омбудсман - заштитник права грађана, ЦАА, Београд, 2001. Драган Радиновић, Омбудсман и извршна власт, Београд, 2001.

6 На жалост, морамо да констатујемо да Народна Скупштина Републике Србије још није изабрала Заштитника грађана, иако су сви рокови прописани овим Законом протекли.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

самоуправе установи грађански бранилац (омбудсман) који штити индивидуална и колективна права и интересе грађана и тако врши општу контролу рада управе и јавних служби.

Овим Законом предвиђена је могућност, али не и обавеза установљења грађанског браниоца (омбудсмана) на нивоу локалне самоуправе. Омбудсман се установљава на локалном нивоу само ако се сматра да је ова институција потребна, да се може организовати и финансирати.

Данас је ова институција установљена у свега једанаест градова и општина у Србији од укупно 167 општина и градова. Сматрало, да ће доношење овог Закона поспешити установљење већег броја грађанских бранилаца (омбудсмана) на нивоу локалне самоуправе. Међутим, то се није догодило.

Поставља се питање, шта је узрок овако малом броју установљених грађанских бранилаца (омбудсмана) на нивоу јединица локалне самоуправе? Први разлог је у законској необавезности и његовом факултативном карактеру, а други у суштинском неразумевању положаја и улоге локалног омбудсмана. Наиме, у локалним политичким структурама локални омбудсман се доживљава као независна политичка личност која ће имати право да контролише законитост њиховог рада, па се тако доживљава као опасност по вршење локалне власти. Трећи разлог је проблем стручног и финансијског капацитета, нарочито малих општина. У малим и сиромашнијим општинама врло је тешко наћи одговарајући стручни кадар, будући да улога омбудсмана претпоставља, пре свега стручност, радно искуство, углед у друштву и сл.

Као решење за наведене проблеме може се за две или више малих општина успоставити један заједнички омбудсман, који би штитио људска права или решавао друге проблеме у раду јавне управе и њених службеника. За овакав начин превазилажења проблема не постоје законске препреке, тако да све остаје у домену политичке воље локалних политичара.

5. Грађанског браниоца (омбудсмана) поставља скупштина јединице локалне самоуправе из реда угледних и политички непристрасних личности, под условима и на начин утврђен статутом и другим општим актом локалне самоуправе. Грађански бранилац је самосталан и независан у вршењу своје функције и нико нема право да утиче на његов рад и поступање.

Да би остварила своју улогу у заштити права сваког грађанина институција омбудсмана мора бити независна, самостална, стручна и професионална, а у исто време мора имати добру сарадњу са парламентом, са грађанима, са медијима и са свим релевантним институцијама на свим нивоима власти као и са невладиним сектором.

Грађански бранилац и његов заменик не могу обављати другу јавну функцију нити професионално обављати другу делатност, дужност или посао, који би могао утицати на њихову самосталност и независност. Они не могу бити чланови политичких организација. Грађански бранилац и заменик имају положај функционера у смислу закона о спречавању сукоба интереса у вршењу јавних функција и на њих се примењују одредбе тог закона.

Међутим, питање политичке непристрасности је отворено, јер није пронађен механизам за успостављање потпуне политичке неутралности. Омбудсмана поставља скупштина општине на предлог председника општине или надлежног радног тела (комисије). Ова чињеница говори да је тешко постићи политичку непристрасност у пуном смислу, нарочито на локалном. Други проблем самосталности је везан за финансирање његовог рада. Рад Омбудсмана финансира се из општинског буџета, а наредбодавац извршења буџета је председник општине. Трећи разлог је питање дужине трајања његовог мандата. Уколико се мандат локалног омбудсмана везује за мандат скупштине, онда и ова чињеница доводи у питање његову политичку независност и непристрасност.

На стварну самосталност и независност у раду пресудан је финансијских моменат па локалном омбудсману треба дати накнаду који представља максимални износ месечне зараде на локалном нивоу, тј. плату председника општине или председника скупштине. Тако се и психолошки показује да је локални омбудсман изједначен са првим човеком у општини и да нико не може утицати на његов рад.

У појединим општинама је статутом предвиђено да ће се институт омбудсмана уредити одлуком о организацији управе. На овај начин омбудсман постаје саставни део управног апарата, што никако не би смело да се деси, јер је он орган парламента, који у име парламента врши контролу управе. Он мора да буде орган који контролише управу и да се организационо налази изван управе.

У неким локалним одлукама Скупштина поставља грађанског браниоца и његовог заменика на предлог градоначелника, односно председника општине већином од укупног броја одборника. Такође, на акт

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

о унутрашњој организацији и систематизацији радних места у стручној служби, претходну сагласност даје градоначелник, односно председник општине. То је кршење начела поделе власти на локалном нивоу. Са друге стране, према закону градоначелник, односно председник усмерава и усклађује рад управе, предлаже постављење и разрешење начелника општинске управе, односно управе за поједине области. То све упућује на његову политичку блискост са градоначелником, односно председником општине.

Питање је како ће се његова политичка непристрасност остварити када се његов положај уређује актом који доноси политичка већина у парламенту јединице локалне самоуправе. Наиме, често је статутима којима је установљен омбудсман предвиђено да га поставља скупштина општине кворумском већином. Тиме се доводи у питање његова политичка непристрасност, јер њега на овај начин поставља политичка већина у локалном парламенту. Ова чињеница добија још више на значају ако се има у виду да по закону председник општине усмерава и усклађује рад управе, предлаже постављење и разрешење начелника општинске управе, односно управе за поједине области. На основу ових овлашћења јасно је да председник општине мора сарађивати са омбудсманом и да омбудсман није везан само за локални парламент. У оваквој ситуацији уколико парламентарна већина и председник општине припадају истој политичкој опцији омбудсман који је изабран од стране политичке већине врло лако може да постане покриће за лош рад управе. Међутим, уколико председник општине и парламентарна већина припадају супротстављеним политичким опцијама омбудсман може послужити као средство притиска на председника општине.

Због ових могућих проблема треба статутима општина предвидети да се омбудсман бира високо квалификованом апсолутном већином, тј. двотрећинском већином гласова од укупног броја одборника. На овај начин би се обезбедио шири политички консензус па и створили услови за релативно већу непристрасност омбудсмана јер би све политичке опције морале да се сагласе око једног кандидата. Истовремено би му се овако обезбедила велика подршка а тиме ауторитет и легитимитет омбудсмана. Начелно би изостале опструкције рада омбудсмана зарад политичких обрачуна јер кандидат изабран квалификованом апсолутном већином представља заједничко и опште прихватљиво решење.

Друго питање је дужина мандата. Општинским статутима се углавном предвиђа да мандат омбудсмана траје четири године. Јасно је да ако се на нивоу локалне самоуправе омбудсман бира простом већином а

мандат му траје колико и мандат одборника, онда његова функција зависи од политичких кретања и политичког расположења бирача. Тиме се и ова функција везује посредно за политичке странке и за изборе што није добро, јер она треба да буде политички непристрасна и усмерена на ефикасну и једноставну контролу управе. Уколико би се предвидело да мандат омбудсмана траје дужи од мандата одборника тиме би се његова функција свакако учинила политички независном јер не би зависила од политичких промена. Сматрамо да период од пет година је сасвим примерено време и да та функција не треба да траје дужи. Политичка непристрасност може се делимично решити тако што ће се за његов избор тражити општи политички консензус. Такво решење прихвата најновији Закон о изменама и допунама закона о заштитнику грађана (републички омбудсман) из 2007., где се за избор и разрешење омбудсмана, као и одлучивање о укидању његовог имунитета, захтева већина гласова свих народних посланика (апсолутна већина).

6. Функција грађанског браниоца јесте да заштити грађане од лошег рада управе и то тако што врши општу контролу рада управе и јавних служби.

Општа контрола управе подразумева да је омбудсман овлашћен да контролише законитост и целисходност рада управе али и све остало чињење и нечињење управе које представља лош рад управе - "маладминистратион". Законитост рада подразумева да сви донети акти и све предузете радње, морају бити у складу са законом (процесним и материјалним) и подзаконским актима. Управа може поступати законито али то још увек не значи да поступа и целисходно. У појединим стварима може се десити да управа повреди интерес или неко право грађанина а да није поступала незаконито, већ нецелисходно јер није поступила у складу са јавним интересом у конкретном случају. Маладминистратион, обухвата разне административне грешке, пропусте и неправде које јавни службеници свакодневно чине у контакту са грађанима. За разумевање појма лоше управе од великог је значаја дефинисати њему супротан појам, појам тзв. "добре управе", "доброг управног понашања" (Гоод административе бехавиоур) или "праведне управе". Европски Омбудсман је 1998. године покренуо иницијативу за доношење кодекса доброг управног понашања (А Цоде оф Гоод Административе бехавиоур). Добро управно понашање је "исправно", "праведно" и "непристрасно" поступање управе према грађанима и правним лицима. Ова три стандарда доброг понашања администрације садрже конкретна правила понашања администрације, која треба да знају грађани и јавни службеници. Листа

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

стандарда за добро поступање јавних службеника приликом свакодневног општења са грађанима заснована је на оригиналу направљеном од стране државног омбудсмана Републике Ирске. (омбудсман@охро.ба). Јавни службеници треба да се понашају у складу са овим етичким стандардима када грађанима као својим клијентима (партнерима) и корисницима административних услуга исте пружају свакодневно.

Међутим, постоји извесно ограничење у надлежности локалних омбудсмана. Тако, Грађански бранилац не може узети у разматрање захтев за покретање поступка који се односи на рад Скупштине општине, града, Градоначелника и градског већа. (Одлука о Грађанском браниоцу за Град Београд, "Сл. лист града Београда", бр. 25/05, Одлука о Грађанском браниоцу за Општине Краљево, "Сл. лист Општине Краљево", 24. фебруар 2005). Слична решења постоје и у другим локалним самоуправама. Сматрамо да ова тзв. негативна енумерација, ограничава надлежност и реалну моћ омбудсмана и да му треба дати знатно шири овлашћења које досежу све до државних органа, чији су акти најчешће највећи генератор повреда људских права, а људска права су универзална категорија и задатак омбудсмана је управо њихова заштита.

7. Локални омбудсман је надлежан да штити индивидуална и колективна права и интересе грађана. Он то чини тако што врши општу контролу рада управе и јавних служби (члан 126, став 1. Закона о локалној самоуправи). Након извршене контроле рада, омбудсман је овлашћен да о појавама незаконитог и неправилног (нецелисходног) рада којим се повређују права и интереси грађана, најпре упозори управу и јавне службе, затим им упућује препоруке и критике и најзад да о томе обавештава скупштину локалне самоуправе, као и саму јавност.

Према томе, правно је предвиђено овлашћење али и дужност омбудсмана да о незаконитом и неправилном раду упозорава управу и јавне службе и да им о томе даје препоруке за исправљање пропуста и грешака, као и да ће о томе обавештавати скупштину одговарајуће локалне самоуправе, као и јавност. То је суштина његове функције: контрола, сугерисање исправки и обавештавање јавности. На тај начин штити грађане.

Међутим, шта обезбеђује поштовање препорука или каква је поседица критичких опажања омбудсмана? Основна снага његове улоге је јавно изговорена реч. У највећој мери успешност његовог рада, зависиће од снаге његове личности, угледа и поштовања коју ужива у својој средини.

Управа јединице локалне самоуправе и јавне службе дужни су да грађанском браниоцу, на његов захтев дају податке и информације од значаја за вршење његових контролних и саветодавних овлашћења.

Сваки грађанин који сматра да му је неком радњом или актом повређено неко право или интерес (рђаво вршење управне власти, шиканирање, неједнак третман, спорост и неажурност, закидање права, дискриминација, нељубазност и сл.), од стране органа општинске управе, може се обратити локалном омбудсману. Обраћање омбудсману није отежано некаквим формалностима. Довољно је да неко сматра да му је учињена нека повреда и да може да се обрати омбудсману.

Међутим, обраћање грађанском браниоцу (омбудсману) претпоставља исцрпљивање свих редовних правних средстава. Поступање грађанског браниоца (омбудсмана) не може претходити, нити заменити управни поступак пред вишим органом управе, односно управни спор пред судом тзв. судску контролу управе. Грађански бранилац (омбудсман) је допунско (супсидијарно) средство контроле и његова интервенција следи тек након што су исцрпљена сва правна средства заштите, а која нису прибављена.

Омбудсман не сме да буде замена за постојеће видове заштите. Пре подношења притужбе омбудсману, подносилац је дужан да покуша да заштити своја права у одговарајућем правном (управном или судском) поступку. Омбудсман ће упутити подносиоца притужбе на покретање одговарајућег правног поступка, ако је такав поступак предвиђен и неће поступати по притужби док претходно не буду исцрпљена сва правна средства, у одговарајућем правном поступку. Не би било добро да се ови видови заштите заобилазе јер би то онда значило узурпацију власти и тиме би се омбудсман претворио у своју супротност.

Ово правно решење има свој процесно правни рацио јер захтева поштовање редовног правног пута што даље значи рационалност правне заштите. Међутим, то често води у правни формализам, спорост и неефикасност заштите грађана, који су принуђени да изгубе пуно времена и новаца да би само дошли до омбудсманове заштите, са неизвесним исходом. Због тога, не би требало на локалном нивоу исувише инсистирати да сва правна средства буду искоришћена јер би то ограничило рад омбудсмана. У општинским одлукама постоје изузетне ситуације када омбудсман може да реагује не чекајући крај свих правних процедура. Тако, омбудсман може изузетно покренути поступак и пре него што су исцрпљена сва правна средства ако би подносиоцу притужбе

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

била нанета ненадокнадива штета или кад он оцени да је дошло до грубог кршења правила етичког понашања запослених у локалној управи или јавној служби. Сматрамо да ове изузетке треба проширити и у случајевима када је дошло до очигледне повреде људских права или флагрантне повреде права и интереса грађана и слично.

8. Омбудсман пре свега штити индивидуална и колективна права и интересе грађана када су она повређена актом, радњом или нечињењем локалне управе или јавних служби, а пре свега, када је повреда учињена у извршавању одлука и других општих аката или у вршењу послова (изворних и поверених) локалне самоуправе. Према томе, локални омбудсман пре свега штити људска права и слободе од повреда учињених од стране општинске управе и јавних служби које врше јавна (управна) овлашћења, а чији је оснивач општина. Ради заштите и унапређења људских права омбудсман надзире примену прописа, контролише законитост, целисходност и ефикасност управе и може истраживати рад управе како би штитио људска права.

Међутим, належност локалног омбудсмана не треба ограничавати само на повреде људских права на територији једне локалне самоуправе. У природи ове институције јесте контрола локалне управе али је циљ заштита људских права а људска права су универзална вредност и локални омбудсман треба да интервенише чак и ако се утврди да узроци повреда и угрожавања људских права долазе ван територије општине. Локалног омбудсмана не треба ограничавати у том смислу, односно ограничавати његову месну надлежност јер то никоме не штети већ само доприноси ефикасном, системском и комплементарном дејству ове институције на читавом простору државе. Нарочито, што су често баш закони и подзаконски акти државних органа генератор повреда људских права на локалном нивоу.

Са друге стране, локални омбудсман има овлашћења законске иницијативе за измену и допуну закона и других прописа ако сматра да до повреде права грађана долази због недостатка у прописима. Он може иницирати доношење нових закона, других прописа и општих аката, када сматра да је то од значаја за заштиту права грађана. Такође, омбудсман даје мишљење на нацрт општег акта локалне самоуправе када се њиме уређују питања заштите и унапређења права и интереса грађана⁷.

7 Одлука о Грађанском браниоцу за Град Београд, "Сл. лист града Београда", бр. 25/05.

У радној верзији Закона о локалној самоуправи у члану који је уређивао институт омбудсмана било је предвиђено да омбудсман може предложити покретање дисциплинског поступка или поступка за разрашење функционера органа управе или јавне службе, у случајевима када у вршењу контроле управе утврди да постоје озбиљни пропусти у раду. У Закону о локалној самоуправи који је усвојен ових одредби нема. То не значи да се оваква овлашћења не би могла предвидети статутима локалних самоуправа.

У циљу сто ширих овлашћења локалног омбудсмана треда истаћи и овлашћење за иницирање покретања поступка пред Уставним судом. Наиме, омбудсман може поднети иницијативу за покретање поступка пред Уставним судом за оцену уставности и законитости закона и општих аката којима се уређују питања која се односе на права и интересе грађана.

Такође, он има и право покретања поступка и пред другим надлежним органима. Уколико нађе да у радњама руководећег радника или запосленог у локалној управи и јавној служби, има елемената кривичног или другог кажњивог дела, омбудсман је овлашћен да надлежном органу поднесе захтев, односно пријаву за покретање кривичног, прекршајног или другог одговарајућег поступка.

Законом о локалној самоуправи нормирана је и обавеза сарадње са грађанским браниоцем. Органи локалне самоуправе и јавне службе обавезни су да сарађују са грађанским браниоцем. Они су дужни да дају све потребне информације када омбудсман то захтева. Грађански бранилац (омбудсман) има право да обави разговор са сваким запосленим у локалној управи и локалној јавној служби, када је то од значаја за поступак који води и то без присуства стрешина и претпостављених.

Нормирана је и обавеза пријема грађанског браниоца јер председник локалне скупштине, председник општине, градоначелник, начелник локалне управе и директори јавних служби дужни су да приме, без одлагања, а најкасније у року од 15 дана, грађанског браниоца на његов захтев.

9. Недостатак правне регулативе је и то што ниједним актом није уређен однос између омбудсмана на нивоу локалне самоуправе и омбудсмана на републичком нивоу. У суштини и један и други се налазе на истом задатку а то је заштита људских права. Њихов рад је комплементаран и допуњује се било где долази до повреде људских права, на локалном или државном нивоу. Лјудска права су универзална вредност и често је немогуће разграничити повреде права грађана с обзиром да су

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

повреде на локалном нивоу, проузроковане актима и радњама државних органа управе.

Најкрупнији проблем је управо чињеница да је регулатива препуштена скоро у потпуности статутарним одредбама. Законска регулатива је врло штура. Организација, надлежност и овлашћења, начин поступања, избор и престанак дужности се регулише статутом јединице локалне самоуправе. Пракса у правном регулисању локалних омбудсмана путем општинских статута и одлука показује доста сличности и по структури као и по садржини ових аката. Доношење републичког закона само ће допринети у хармонизацији правне регулативе на локалном нивоу, као и смелијем и креативнијем регулисању овог већ незаобилазног института локалног политичког система, који отуда и де јуре треба да представља обавезан орган.

10. Омбудсман је врло специфичан контролни механизам који надзире, контролише, упозорава, саветује и уверава. Он није орган власти, нема наредбодавну моћ и нема инструменте присиле. Он не доноси мериторне одлуке, не одлучује у коначном о повреди или кршењу права грађана, а чак и његово интервенисање, било да се ради о препоруци, налазу, закључку и слично нема обавезујућу снагу. Такви се примери (случајеви) износе у годишњем извештају, одговорни се прозивају у медијима и слично.

Омбудсман је овлашћен да прати и истражује рад органа локалне самоуправе, органа државне управе, јавних служби, односно свих субјеката који непосредно одлучују о правима и обавезама грађана, а чијим би радом и нерадом, права грађана могла бити повређена или угрожена. Основни циљ успостављања институције је промоција и успостављање добре управе и владавине права, те заштита права и слобода физичких и правних лица. Контролна функција омбудсмана подразумева посредовање између грађана и органа власти, давање савета и мишљења и једној и другој страни, чиме у исто време делује превентивно, доприноси квалитетнијем раду органа управе, а тиме и заштити грађана и њихових права.

Предности институције Омбудсмана су да се бирократски зачаран круг пробија и ствара атмосфера отвореног друштва. Ауторитативан административни систем постаје транспарентан. Омбудсман има право да покреће поступак контроле и води непристрасну истрагу. Извештајима скреће пажњу парламента и јавности на жалбе грађана. Нема процедуралне крутости и правног формализма. Активност Омудсмана је

комбинација правне (покретање поступка као јавни тужилац) и политичке контроле (отварање парламентарне расправе о министарској одговорности). Свест о ефикасном надзору је моћно средство административне правде. Успоставља се јавност рада управе. Транспарентност административних структура и процеса. Омбудсман је по својој природи антибијурократска институција⁸.

⁸ Стеван Лилић, Дејан Миленковић, Биљана-Ковачевић-Вучо, Омбудсман - међународни документи, упоредно право, законодавство и пракса, Комитет правника за људска права, Београд, 2002.

Prof. Predrag Dimitrijević, LL.D
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

PROBLEMS IN THE FUNCTIONING OF THE LOCAL OMBUDSMAN

Summary

The institution of the local and regional ombudsman is well-known in the world. There are different models in respect of the organization of this institution: beside state ombudsmen, federal states have an ombudsman at the level of member states; there are also regional and local ombudsmen, as well as ombudsmen for general and special issues. Each of these institutions functions within the framework of its jurisdiction and powers of authorities.

In the Republic of Serbia, the local ombudsman is established only if there is a need for such a local institution, and if it can be organized and financed. In Serbia, this institution has been established only in 14 out of the total number of 167 cities and municipalities. What is the reason for such a small number of civil defenders (ombudsmen) at the local government level? The first reason is the lack of the binding character of statutory regulation on this matter; the second reason is the essential misunderstanding of the position and role of the local ombudsman. Namely, in the local political structures, the ombudsman is often perceived as an independent political person who shall control the legality of the work of the local government and is, therefore, seen as a danger for the local government authorities. The third reason is the problem of professional competence and financial assets, particularly in smaller and impoverished municipalities. Considering the fact that the role of the ombudsman presumes professional competence, previous work experience, good reputation in the society, etc, there is a problem of providing suitable qualified professionals for this position.

There is also the issue of political impartiality, as there is still a lack of relevant mechanisms for establishing full political neutrality. The ombudsman is elected by the municipal parliamentary assembly or a competent operative body of authority, which explains the difficulty of achieving full his political impartiality. Another problem related to the ombudsman's independence is the funding. The third reason is the period of his term of office.

The issue of his political independence and impartiality is directly related to the question whether the local ombudsman's term of office is directly corresponds and overlaps with the term of office of the municipal parliamentary assembly.

The local ombudsman has the authority to protect the individual and collective rights and interests of the citizens by exercising an overall, comprehensive control of the operation of the local administration and public services. On observance of some unlawful activity or irregularity (inefficiency) causing a violation of citizens' rights and interests, the ombudsman has the authority to issue a warning to the administration and public services, to give recommendation, to refer critical remarks, and to inform the municipal parliamentary assembly, the local government and the general public. Considering the ombudsman's primary role of the guardian of citizens' rights, the essence of his office is to control, suggest corrections and inform the general public.

The local ombudsman is primarily involved in protecting civil rights and freedoms violated by the activities of the administration authorities, organizations and public services whose founder is the municipality. The greatest problem is the fact that this matter is regulated only in the statutory provision. The legislation is rather insubstantial, inadequate, and incomplete.

The ombudsman's work certainly involves patience and persistence, observance of local government activities and response, as well as quick reaction in anticipation of events. The ombudsman may act alone or in cooperation with other institutions and non-governmental organizations.

Снежана Бркић, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

УДК: 343.1(497.11)

ПУТЕВИ И СТРАНПУТИЦЕ КРИВИЧНОПРОЦЕСНОГ ЗАКОНОДАВСТВА СРБИЈЕ

Апстракт

У раду се указује на веома динамичан развој кривичнопроцесног законодавства Србије, који је резултат општих друштвених, економских и културних промена. У основи, иза многобројних процесних реформи стоји потреба за адекватном реакцијом на промене обима и структуре криминалитета. Процесни законодавац Србије се, међутим, критикује због сувише честих, нетемељито припремљених, прагматички узрокованих промена и разних неусклађености унутар правног система.

Кључне речи: законик о кривичном поступку, процесне реформе, неусклађеност закона

1. Кривичнопроцесно законодавство Србије карактерише веома динамичан и брз развој. У принципу, то би за предмет такве регулације требало да буде чудно. Системски закони у правилу немају потребу да се мењају ни лако, ни брзо, ни често. Некада се њихов век важења мерио деценијама. Међутим, данас ништа више није као некада. Сведоци смо дубоких друштвених, економских и културних промена, које не заобилазе ни једну земљу. То се нарочито односи на област југоисточне Европе која се налази у фази тзв. транзиције.

Последице свих тих промена се добрим делом одражавају и на стање криминалитета у Србији. Пораст криминалитета у условима свеопште друштвене кризе има за последицу повећани прилив кривичних предмета, који није праћен сразмерним улагањем у правосуђе. Преоптерећеност органа кривичног правосуђа резултира његовим спорим и неажурним радом, што доводи у питање остваривање циљева кривичног поступка.

У знаку промена је и структура криминалитета, којој све више дају печат две појаве: доминација масовног, ситног криминалитета, с једне стране, али и све већи раст крвних и насилних деликата, организованог, високотехнолошког, привредног криминалитета, као и других облика

компликованијих и тежих кривичних дела. У таквим условима, решење се види у једној новој стратегији при креирању процесних форми, чији плуралитет верно одражава стање криминалитета. Наиме, последња деценија је карактеристична по честим процесним реформама, које почивају на већој разуђености процесних форми. Оне се разликују по степену сложености своје структуре или по битно другачијој организацији процесних функција, које су под владавином различитих процесних начела. При паралелној организацији једне опште и више посебних процесних форми, рачуна се управо на моћ ових последњих да конзумирањем скупине лакших и једноставнијих кривичних дела, значајно растерете правосудни апарат и тако омогуће више времена за квалитетније суђење тежих и сложенијих случајева. Наиме, посебне процесне форме обично иду за императивом једноставности, брзине и неформалности.

2. Поред већ наведене тенденције упрошћавања поступка за лакше и једноставније случајеве, у савременим правима све је присутнија тежња ка потезима у истом правцу, мада не и исте садржине и обима, и у односу на сложеније и теже случајеве. Већој сложености предмета доприноси онај део промена у структури криминалитета који је у знаку све присутнијих обележја професионализма и организованости учинилаштва. У том погледу нису ретки прави монстре процеси, које одликује постојање мноштва окривљених и мноштва кривичних дела. Примена општих процесних правила у таквим случајевима често резултира бесконачним одуговлачењем процеса, који у екстремним случајевима успева пре да застари него да буде правноснажно пресуђен. Осим тога, неке од постојећих процесних одредби се у таквим поступцима лакше и радо злоупотребљавају у циљу његовог развлачења. Отуда потреба да се у у таквим случајевима реагује посебним мерама.

Посебан проблем представља организовани криминалитет. Ефикасније откривање, гоњење и пресуђење таквих кривичних дела захтева прибегавање тзв. специјалним истражним техникама, као што су надзор и тајно снимање комуникација, ангажовање прикривеног иследника и сведока сарадника, склапање симулованих правних послова итд.

3. У нашој земљи су честе законске промене диктиране делом и променама у организацији државе, односно константним процесом распадања некадашње федерације. Дугогодишње примењивани ЗКП бивше СФРЈ из 1976. године је сишао са сцене доношењем новог ЗКП СРЈ 2001. године (Сл. лист СРЈ бр. 70/01) који је ступио на снагу 28.03.2002. године, а његове измене и допуне 27.12.2002. године (Сл. лист СРЈ бр.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

68/02). Законодавство о кривичном поступку, раније у искључивој надлежности савезне државе, према Уставној повељи државне заједнице Србија и Црна Гора, прешло је потпуно у надлежност држава-чланица. Сходно одредби чл. 64/2 Уставне повеље, Србија до доношења републичког прописа у тој материји примењује затечени савезни ЗКП као свој закон и неколико пута га мења (Сл. гл. РС бр. 58/04; 85/05 и 115/05).

4. Најновији ЗКП Србије је донет 25.05.2006 (Сл. гл. РС бр. 46/06), ступио је на снагу 10.06.2006, а примењиваће се од 01.06.2007, изузев неколико одредаба које се примењују од његовог ступања на снагу а односе се на одлагање и прекидање главног претреса, саслушање посебно осетљивих сведока и процесну заштиту сведока. Није уобичајено, али би смо критику тог закона могли започети управо у вези са тим прелазним и завршним одредбама. Није спорно да је оваквим законима потребан знатно дужи *vacatio legis*, нарочито ако се њиме уводе радикалне промене. Дискутабилан је правнотехнички начин на који је та идеја изражена. Наиме, нови ЗКП је ступио на снагу осмог дана од дана објављивања, али се за нешто мање од годину дана одлаже почетак његове примене! Поставља се питање, зашто једноставно није речено да се он примењује од ступања на снагу 01.06.2007, јер нема никаквих уставних препрека за тако дуг период од објављивања до ступања на снагу.. До сада је било уобичајено да коегзистирају два закона из исте материје, али се знало да нису оба истовремено на снази. Сада имамо чудну ситуацију у којој су оба закона на снази али се само један од њих примењује, што може довести до конфузије. Питамо се шта значи израз ступање на снагу? Ако он не означава могућност ефективне примене закона, онда је то празна фраза. Можда би се овим феноменом могла позабавити општа теорија права и пружити нам аргументацију за и против таквог решења, које је у Србији већ ухватило корена.

5. Следеће питање које бих дотакла јесу крупне дилеме у погледу потреба, могућности и обима процесних реформи. Последњи гест нашег законодавца говори о губљењу из вида демаркационе линије која дели доношење комплетно новог закона од већег или мањег броја интервенција у постојећем закону. ЗКП Србије из 2001. године је иначе оцењен као савремен и успешан закон, којег је требало у неким деловима изменити и допунити. Сматра се да је таква техника довољна уколико се не мења више од 30% одредби старог закона, што овом приликом није доведено у питање. Већи део стручне и научне јавности је, заправо, на становишту да није ни било места доношењу новог законика, већ само измена и допуна постојећег.¹ Изгледа да до самог краја ни само Министарство правде није

¹ Вид. нпр. М. Грубач, „Нови Законик о кривичном поступку“, Ревизија за криминологију и кривично право 2/06, стр. 5.

имало јасну концепцију о томе, с обзиром на смернице дате претходној радној групи.

6. Даље, иако је прошла скоро година дана од ступања на снагу најновијег ЗКП, његова судбина је крајње неизвесна, с обзиром на контрадикторне информације које о томе добијамо. Тако се у Министарству правде тврди да је протекли период био довољно дуг за обуку органа кривичног правосуђа, да нема никаквих разлога за одлагање почетка његове примене, те да ће се на побољшању неких спорних решења радити „успут“. Сам законодавац је и пре почетка примене закона уочио читав низ погрешних решења, тако да је убрзо после његовог усвајања припремљен и предлог за измене и допуне око педесетак његових чланова. Можемо се запитати шта ће тек моћи да се закључи о валидности неких одредаба после њихове вишегодишње примене у пракси.

С друге стране, најстроже критике тог закона стижу, како из Адвокатске коморе Војводине, тако и из Адвокатске коморе Србије, које су најавиле да ће тражити повлачење тог закона или бар одлагање његове примене. Удружење јавних тужилаца Србије поздравља потенцирану улогу јавног тужилаштва у новом ЗКП, мада би и њима због недовољне кадровске, организационе и просторне оспособљености одговарало пролонгирање почетка примене закона. У случају да се то не деси, јавнотужилачка организација је ипак изразила спремност на професионалну примену новог закона.

7. Постоји неуједначеност у дужини и темељитости фазе припрема за доношење закона. За разлику од ЗКП из 2001., који је био дуго припреман и који представља само наставак дугогодишњег рада на реформи нашег процесног законодавства, то се не би могло констатовати и за најновији ЗКП из 2006. године, који је припремљен на брзу руку. У том погледу, као да није схваћено да је кривичнопроцесни закон системски закон, који треба пажљиво и дуго припремати, уз широку консултацију научне и стручне јавности. Не само да је изостала благовремена и шира стручна расправа о тексту предложеног закона, већ није обављено ниједно озбиљније истраживање резултата примене у пракси одредаба претходног ЗКП из 2001. године. Без таквих истраживања, тешко да се може донети ваљан суд о његовој неадекватности и потреби за променама.

8. Рад на доношењу нашег основног извора кривичног процесног права већ по традицији иде испред доношења Устава, тако да се већ по трећи пут јавља питање њихове усаглашености. Најгоре стање у том погледу било је са ЗКП СФРЈ из 1976. године, чије су многе одредбе

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

постале противуставне доношењем Устава СРЈ из 1992. године. Такве законске одредбе су се упркос новом Уставу примењивале готово читаву деценију. Југословенска судска пракса није имала слуха за непосредну примену нових либералнијих уставних одредаба о основним људским слободама и правима, унаточ уставном основу за то, већ се слепо држала застарелог законског текста. Несагласност поменутог закона са Уставом СРЈ из 1992. је дуго игнорисао чак и Савезни Уставни суд.

Када је најзад 2001. године донет нови Законик о кривичном поступку СРЈ, десио се својеврсни парадокс. Усклађивање ЗКП са Уставом, десило се у тренутку када је већ постало извесно да ће тај Устав припасти прошлости. Са доношењем Уставне повеље (04.02.2003), поново се отворио проблем неусаглашености, који је овог пута био решен изменама и допунама ЗКП из 2004. године.

У последњу процесну реформу 2006. године се свесно ушло пре доношења новог Устава Србије, који је усвојен 08.11.2006. По нашој процени, није било разлога за толику журбу. Са друге стране, треба имати у виду чињеницу да је пензионисањем председника Уставног суда Србије већ дуже време блокиран рад нашег уставног судства, које није успело да пре конституисања Народне скупштине пронађе адекватно решење за тај проблем.

9. Оно што карактерише наше кривично процесно законодавство, јесу честе процесне реформе условљене прагматичким захтевима. Звучи невероватно да је ЗКП из 2001. године мењан чак четири пута, и то у кратким временским размацама (2002, 2004 и у два наврата 2005. године), да је већ 2006. године замењен потпуно новим законом, а на чијим изменама и допунама се већ сад ради! Време у коме живимо је динамично, али што је много, много је! Јавна је тајна да је један од разлога за приступање хитним законским изменама 2004. године, била прагматичка потреба да се због неких текућих озбиљних кривичних поступака продужи трајање притвора након подигнуте оптужнице, како неки оптуженици у међувремену не би морали бити пуштени на слободу пре доношења пресуде!

10. Могли би смо рећи да су наше досадашње процесне реформе биле руковођене истим циљем. У формалном смислу, то је било усклађивање са допунским изворима домаћег кривичног процесног и материјалног права, с једне стране, као и са општеприхваћеним међународним правним стандардима, с друге стране.² Не треба губити из

² Тако смо се нпр. ратификацијом Конвенције УН против транснационалног организованог криминала обавезали на увођење ефикасног система заштите сведока.

вида да честе измене трпе и остали прописи са којима би основни извор кривичног процесног права морао бити усклађен. То, нажалост код нас није увек случај. Тако смо нпр. једно време имали две различите дефиниције организованог криминала, једну у ЗКП допуњеном 2002. главом XXIX а, а другу у, иначе спорном, проблематичном и често мењаном Закону о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала. Као други пример могу нам послужити такође неусаглашене одредбе о прислушкивању у ЗКП, с једне стране, и бившем Закону о унутрашњим пословима, односно у е.³ важећем Закону о безбедносно-информативној агенцији, с друге стране. Не знам како се могло десити да у најновијем ЗКП из 2006. одредбе о поступку за брисање осуде остану неусаглашене са већ важећим одредбама новог Кривичног законика о рехабилитацији!

11. У садржајном смислу, све наше процесне реформе биле су руковођене успостављањем баланса између идеје ефикасности поступка и идеје заштите права учесника поступка.. Међутим, ти циљеви нису увек били подједнако успешно реализовани, нити су понуђена средства увек била легитимна и добро осмишљена. Ова последња констатација се нарочито односи на најновији ЗКП Србије из 2006. године. Илустровали би смо то само једним примером: преласком на јавнотужилачки модел истраге. Рекли би смо да је тако нешто у тренду, али ипак треба имати у виду да при томе неке ствари нису добро постављене и да угрожавају права одбране. До сада јасна линија разграничења између преткривичног и кривичног поступка, сада се замагљује и уместо да спречи продор истражних резултата у главни поступак, она омогућава увлачење у њега доказа чак из преткривичног поступка. Нарочито треба имати у виду да јавнотужилачка организација до сада није реорганизована, а у условима њене подређености извршној власти, нема довољно гаранција за објективно вођење истраге.

³ У овом случају, предмет критике су одредбе тих других закона, а не ЗКП.

Prof. Snezana Brkic, LL.D.,
Associate Professor, Faculty of law, University of Novi Sad

**SERBIAN LEGISLATION IN THE FIELD OF CRIMINAL
PROCEDURE**

This paper highlights the dynamic development of the Serbian legislation in the field of Criminal Procedure, as a result of the general social, economic and cultural changes. The roots of numerous procedural reforms can be found in the need for adequate reaction to the changes in scope and structure of crime. However, the legislator is criticized for too numerous, unthoroughly prepared, pragmatically induced changes and different inconsistencies within the legal system.

Проф. др Драган Јовашевић, ванредни професор
Правни факултет, Универзитет у Нишу
Проф. др Борислав Петровић,
Правни факултет у Сарајеву

УДК: 343.222

КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ ПРАВНИХ ЛИЦА У САВРЕМЕНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Апстракт

Иако је у савременом кривичном праву прихваћен систем субјективне кривичне одговорности за учињено кривично дело, ипак многи релевантни међународно правни акти као и кривични закони, посебно они донети у последње време, предвиђају одступања, дакле изузетке од овог система. На тај начин се и у кривично право уводи нови облик кривичне одговорности – објективна одговорност или одговорност на бази проузроковања последице. Један од видова ове објективне одговорности је, дуго времена оспоравана, кривична одговорност правних лица. При томе, је потпуно очигледно да правна лица не могу да се јаве као учиниоци свих врста кривичних дела, на њих се не примењују одредбе о урачунљивости и кривици као основима субјективне кривичне одговорности нити да се према њима могу применити све врсте кривичних санкција које уопште познаје кривично законодавство.

Прихватајући кривичну одговорност правних лица за учињена кривична дела, низ земаља у свом новом или новелираном кривичном законодавству, паралелно са владајућим системом субјективне одговорности физичких лица (која се базира на урачунљивости и кривици) инаугурише систем објективне кривичне одговорности. Наравно да сва правна лица не могу бити кривично одговорна за учињено дело, већ се и ту праве изузеци (посебно када се ради о држави и државним органима) али то не искључује кривичну одговорност њихових одговорних лица за проузроковану последицу кривичног дела. Због специфичног карактера правне и пословне способности правних лица у праву уопште, а нарочито у кривичном праву предвиђени су посебни основи те кривичне одговорности који се разликују од одговорности физичког лица (као свесног, мисаоног и вољног бића које својим понашањем – чињењем или нечињењем остварује последицу кривичног дела).

Те специфичне карактеристике кривичне одговорности правних лица се нарочито огледају код покушаја, продуженог кривичног дела

односно саучесништва. Свакако да се највеће специфичности положаја правних лица у кривичном праву јављају у погледу примене кривичних санкција. Стога су савремени кривични закони и одредили посебне врсте кривичних санкција : казне, мере безбедности и условну осуду те меру одузимања имовинске користи која је прибављена кривичним делом те начин, поступак и услове за њихово изрицање. И на крају, ова законска решења могу да буду солидан узор законодавцу у Републици Србији у предстојећој реформи целокупног казненог законодавства у правцу имплементације међународноправних стандарда у области кривичне одговорности правних лица.

Управо у овом раду ће стога бити говора о специфичностима у примени појединих општих института кривичног права када се као учинилац кривичног дела јави правно лице.

Кључне речи: субјект, кривично дело, правно лице, закон, одговорност, казна, мере безбедности, застарелост

1. Уводна разматрања о субјекту кривичног дела

Основни појам кривичног права јесте кривично дело којим се повређују или угрожавају друштвене вредности заштићене кривичним законодавством. Кривичног дела нема без његовог субјекта. У правној теорији се тако разликују две врсте субјеката кривичног дела : активни и пасивни субјект¹.

Активни субјект кривичног дела је лице које својом радњом чињења или нечињења остварује последицу кривичног дела. То је дакле учинилац кривичног дела (извршилац и саучесници). По правилу, свако лице може бити учинилац кривичног дела под условом да је навршило четрнаест година². Али код појединих кривичних дела, закон тражи посебно лично својство, однос или околност лица да би могло бити учинилац дела – *delicta propria* (кривична дела са посебним, специјалним субјектом нпр. службена или војна кривична дела). Из објективног појма кривичног дела произилази да се као учинилац дела (активни субјект) може јавити и неурачунљиво лице, правно лице и малолетник. То значи да се може правити разлика између појмова : учинилац, извршилац и кривац³.

1 Д. Јовашевић, Лексикон кривичног права, Београд, 2006. године, стр.697

2 Нека инострана законодавства познају другачија решења. Тако према члану 20. Шпанског кривичног законика кривац је физичко лице које је навршило 18 година. Лица испод 18 година не подлежу кривичној одговорности. (Н.Ф. Кузњецова, Ф.М. Решетников, Уголовниј кодекс Испанији, Москва, 1998. године, стр.6)

3 Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2002. године, стр.146-151

Тако извршилац кривичног дела може бити свако лице које предузме радњу извршења предвиђену у закону као обележје бића тог дела, а учинилац је поред извршиоца и свако лице које било којом делатношћу доприноси остварењу дела (саучесник), док је кривац учинилац који поседује одређени узраст и кривицу (виност). Поред физичког лица, под одређеним условима се као активни субјект може јавити и правно лице. Активни субјект кривичног дела може остварити свршено или покушано кривично дело. Извршилац може бити лице које само предузима радњу кривичног дела (непосредни извршилац) или може да користи друго лице као средство за извршење дела (посредни извршилац). Најзад, у улози извршиоца се може појавити једно или више лица (саизвршиоци).

Пасивни субјект кривичног дела је лице које је повређено или оштећено кривичним делом, односно жртва кривичног дела. Пасивни субјект нема исти значај у кривичном праву као што је то случај са активним субјектом, већ он налази своју примену код појединих института кривичног права : нужне одбране, крајње нужде, пристанка повређеног, самоповреде итд. Одређивање пасивног субјекта у пракси изазива понекад тешкоће услед тога што се више лица код једног кривичног дела могу појавити као повређена или оштећена лица (пасивни субјект тако могу бити блиски сродници, родитељи или деца). Због тешкоћа око одређивања лица која се могу појавити као пасивни субјекти узима се да су то лица која су носиоци права и интереса који су повређени вршењем кривичног дела, тј. која су титулар добара чија заштита је сврха кривичног дела⁴.

Пасивни субјект може бити свако физичко и правно лице. За постојање пасивног субјективитета није нужно да је физичко лице пословно, па чак ни правно способно. Исто онако као што се у извршењу кривичног дела може појавити више субјеката (саучесници), тако се може појавити и већи број пасивних субјеката (повређених). Сматра се да једно лице не може бити истовремено и активни и пасивни субјект. У извесним случајевима објект кривичног дела и пасивни субјект се стичу у истој личности, нпр. код убиства или телесне повреде.

4 Д. Јовашевић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002. године, стр.77-81; група аутора, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 1995. године, стр.126-131

2. Правно лице као субјект кривичног дела

Још од периода римског права важило је правило да правна лица нису субјекти кривичног права⁵, али могу бити носиоци грађанске одговорности⁶. Међутим, са развијањем буржоаске привреде, са појавом привредних предузећа и других привредних субјеката јављају се ситуације у којима долази до кршења прописа у области привредног и финансијског пословања од стране таквих субјеката. Све је то наметнуло потребу разматрања питања увођења казнене одговорности правних лица. У давању одговора на питање да ли правно лице може бити активни субјект кривичног дела разликују се три схватања : а) теорија фикције, б) теорија реалности и в) компромисна теорија.

По теорији фикције правно лице је фикција, па не може да изврши кривично дело. Ова теорија се ослања на принцип римског права : *societas delinquere non potest*. Као разлози за ово схватање наводе се : 1) кривично дело се врши телесним покретом или пропуштањем телесног покрета, што може да учини само човек, 2) правно лице не поседује свест и вољу и не може да има психички однос, па ни да буде криво и 3) казна примењена према правном лицу не би била лична јер би погодила све чланове правног лица, па и оне који нису били сагласни са извршењем делатности због које се она изриче.

По теорији реалности правно лице је органско, реално биће, а не фикција. Оно има представнике који доносе одлуке и органе који извршавају такве одлуке. Воља представника је заправо воља правног лица. Према томе, оно има способност за психички однос, што значи да може бити криво. Што се тиче неправичности казне, тј. да она није лична, представници ове теорије наводе да казна није сасвим лична ни код физичких лица, јер нужно погађа и чланове породице учиниоца кривичног дела, који такође нису криви за извршење кривичног дела. По овој теорији би правна лица требало да буду субјекти кривичног права по истом основу по коме су субјект у грађанском праву. Овој теорији се замера да тежи ка објективизацији кривичне одговорности.

Најзад, по теорији компромиса, која је дошла до изражаја после Другог светског рата, правном лицу треба изузетно да се призна својство

5 У теорији има мишљења да је ово правило ипак у римском праву важило само као изузетак (З. Стојановић, Одговорност правног лица за привредне преступе, Правна мисао, Сарајево, број 3-4/1990. године, стр.90

6 М. Врховшек, Одговорност правних лица за привредне преступе или кривична одговорност правних лица, Правни зборник, Подгорица, број 1-2/1996. године, стр.99-107

субјекта кривичног дела. Ова теорија није одредила ни критеријуме, ни поједине случајеве када би се правно лице могло сматрати субјектом кривичног дела, већ је то препустила судској пракси и законодавству⁷. То питање се у последње време практично поставило у међународном кривичном праву, у вези са кажњавањем злочиначких организација, које су вршиле масовне злочине широм Европе током Другог светског рата, али и у интерном кривичном праву у вези са кажњавањем домаћих квислиншких организација и других правних лица која су сарађивала са окупатором. Статутом Међународног војног суда у Нирнбергу дато је овлашћење овом суду да извесне организације прогласи злочиначким, што је и дошло до изражаја у Нирнбершкој пресуди из октобра 1946. године⁸.

3. Развој идеје о успостављању кривичне одговорности правних лица

Кривично право СФР Југославије је непосредно после рата предвиђало кажњавање правних лица (члан 10. Закона о кривичним делима против народа и државе, члан 11. Закона о недопуштеној трговини, недопуштеној шпекулацији и привредној саботажи и члан 14. Закона о врстама казни). Општи део Кривичног закона из 1947. године предвиђао је могућност да правно лице може изузетно бити субјект кривичног дела, тј. у случајевима када је у закону изричито одређена њихова одговорност. Кривични законик ФНРЈ из 1951. године, Кривични закон СФРЈ из 1976. године и најновији Кривични законик Републике Србије из 2005. године прихватајући субјективну кривичну одговорност, искључују одговорност правних лица за кривична дела (али постоји њихова одговорност за друге врсте јавноправних деликата – привредне преступе и прекршаје).

Но, у кривичном праву 20. века су дуго времена присутне тенденције у правцу успостављања кривичне одговорности правних лица. Тако је на Првом и Другом конгресу међународног удружења за кривично право који су одржани 1926. и 1929. године прихваћено схватање да правна лица представљају друштвене снаге које могу да буду опасне за вршење кривичних дела и других недозвољених дела којима се наносе или се могу нанети огромне штете правима и интересима других. На Седмом конгресу овог удружења 1937. године донета је чак и резолуција која је предвиђала одговорност правних лица за кривична дела у случајевима који су одређени законом.

7 М. Радовановић, Кривично право, Општи део, Београд, 1975. године, стр. 19-193 ; Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, Кривично право СФРЈ, Општи део, Београд, 1978. године, стр. 136-137

8 В. Ђурђић, Д. Јовашевић, Међународно кривично право, Београд, 2003. године, стр. 15-19

Крајем 20. века су интензивирани напори међународе заједнице да се успостави кривична одговорност правних лица. Тако је Савет Европе 1988.године донео препоруку П – 88/18 којом је свим земљама чланицама ове регионалне организације препоручено да у своја национална законодавства уведу систем кажњавања предузећа која имају статус правних лица за преступе учињене у свом пословању. Међународни конгрес за кривично право који је 1994. године одржан у Рио де Жанеиру препоручио је такође националним законодавствима да пропишу кривичну одговорност не само руководећих лица, већ и самих институција – правних лица – предузећа и других јавних лица, додуше само у области еколошке деликвенције.

Савет Европе је 1998. године усвојио Конвенцију о заштити животне средине путем кривичног права⁹ која инаугурише одговорност правних лица за кривична дела којима се повређује или угрожава животна средина под условом да је одговорно лице учинило кривично дело у име и за рачун тог правног лица.

Кривичноправна конвенција о корупцији Савета Европе из 1999. године такође прописује кривичну одговорност правних лица за кривична дела корупције. Од ове одговорности су изузете држава и друга јавна тела која врше државну власт као и међународне организације. Овом је конвенцијом државама чланицама ове регионалне међународне организације наметнута обавеза да у свом националном законодавству утврде систем кривичне одговорности и кажњивости правних лица за корупцијска кривична дела, посебно дела активног подмићивања, трговину утицајем и прање новца које учини одговорно лице које има водећу улогу у саставу правног лица, поступајући самостално или у саставу тог правног лица. У основи овако конципиране кривичне одговорности правних лица, конвенција полази од одговорности одговорног физичког лица које има право (овлашћење) да заступа правно лице или да има власт над процесом доношења одлука у том правном лицу или да има власт у вршењу надзора у оквиру правног лица као и да је кривично дело учињено у корист правног лица.

Кривичну одговорност правних лица у области привредног (посебног финансијског) криминалитета, предвиђа и Други протокол уз Конвенцију за заштиту финансијских интереса Европске уније из 1997. године.

9 Д. Јовашевић, Заштита животне средине, Београд, 2005. године, стр.26-27

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Конвенција УН против транснационалног организованог криминала усвојена у Палерму 2000. године изричито прописује кривичну, грађанску и административну одговорност правних лица за учињена кривична дела у оквиру организованог транснационалног криминала. На сличан начин кривичну одговорност правног лица прописује и Конвенција о сајбер криминалу усвојена у Будимпешти 2001. године за кривична дела повреде тајности и доступности компјутерских података и система, компјутерска кривична дела као и кривична дела повреде ауторских и сродних права и сл.

У последње време је у више националних законодавстава изричито предвиђена кривична одговорност и кажњивост правних лица. Тако Кривични законик Краљевине Холандије из 1976. године¹⁰ уводи општу кривичну одговорност за правна лица за кривична дела која могу извршити с обзиром на своје карактеристике и обележја. У Краљевини Шведској је новелом Кривичног законика из 1986. године предвиђено изрицање новчане казне за кривична дела која изврше правна лица¹¹. Фински кривични законик из 1996. године¹² у првом поглављу под називом : "Простор примене кривичног права Финске", у другом одељку изричито одређује корпоративну кривичну одговорност – кривичну одговорност правних лица за кривична дела само у случајевима и на начин који је предвиђен законом.

Француски кривични законик из 1992.године у низу својих одредби (чл.121-2; 131-12-49) предвиђа на специфичан начин утврђивање кривичне одговорности и систем казни за правна лица као учиниоце кривичних дела¹³. Према овом законском решењу сва правна лица изузев државе су кривично одговорна у случајевима који су предвиђени законом или другим прописом ако су испуњена два услова : 1) да је кривично дело учињено за њихов рачун и 2) да је кривично дело учинио њихов орган или представник. На исти начин је утврђена и кривична одговорност територијалних јединица и њихових органа за кривична дела која су учињена од стране њихових службеника у вршењу службених активности. Кривична одговорност правних лица не искључује при томе истовремену

10 A. Huss, Die Strafbarkeit der juristischer Personen, Z St W, No. 1/1978. p.248 ; Види : L. Rayer, S. Wadsworth, The Dutch Penal Code, Colorado, 1997. године

11 Information Bulletin on Legal Activities, Council of Europe, 27.July 1988. pp. 41-42 ; Види : The Swedish Penal Code, National Council for Crime Prevention, Stockholm, 1990. године

12 Finnish Penal Code (General Part) Source Finnish Ministry of Justice No. 626/1996, Helsinki, 1996. године

13 M. Vauzelle, Nouveau Code penal du 22.Juillet 1992., Mode d emploi, Paris, 1993. године, p. 54

и паралелну одговорност физичких лица за учињено кривично дело када се јаве у улози извршиоца или саучесника у истом кривичном делу. Чланом 54. Закона о изменама Кривичног законика Француске 2004-204 од 9. марта 2004. године који је ступио на снагу 31. децембра 2005. године правно лице одговара за свако кривично дело предвиђено француским кривичним законодавством што значи да је укинута начело специјалне кривичне одговорности "le principe de specialite" правног лица¹⁴.

И Кривични законик Републике Словеније са изменама и допунама до 1999. године у члану 33. предвиђа на специфичан начин кривичну одговорност правних лица која је конкретно разрађена посебним законом¹⁵. Тај је закон под називом Закон о одговорности правних лица за кажњива дела коначно донет 2004. године¹⁶. Босна и Херцеговина новим кривичним законодавством¹⁷ из 2003. и 2004. године уводи систем кривичне одговорности и кажњивости правних лица за кривична дела. У исто време и Република Хрватска доноси посебан Закон о одговорности правних лица за казнена дела¹⁸ којим одређује претпоставке кажњивости, систем кривичноправних санкција и кривични поступак за правна лица као учиниоце кривичних дела¹⁹.

На исти начин кривичну одговорност правних лица познаје и Кривични законик Републике Македоније у члану 28а. (после новеле из 2004. године) при чему се ради о посебној, "специјалној" одговорности правних лица само за законом таксативно набројана кривична дела²⁰. Швајцарски кривични законик је после новеле из 2003. године такође прихватио концепцију одговорности правних лица за кривична дела²¹. И коначно, Република Црна Гора после доношења Кривичног законика из

14 P. Poncela, Droit de la peine, Themis, Paris, 2005. godine, p.25-37 ; R. Bernardini, Droit penal general, Manuel, Paris, 2003. godine

15 Б. Пенко, К. Стролиг, Казенски законик Републике Словеније, з уводними појаснили, Љубљана, 1999. године, стр. 85 ; Љ. Бавцон, А. Шелих, Казенско право, Сплошниј дел, Љубљана, 2003. године, стр. 372 ; А. Шелих, Д. Корошец, Материјално казенско право – Сплошни дел, Јудикатура словенских содишч, Љубљана, 2000. године

16 Урадни лист Републике Словеније број 98/2004 од 9. септембра 2004. године

17 Б. Петровић, Д. Јовашевић, Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио, Сарајево, 2005. године, стр. 256-259

18 Народне новине Републике Хрватске број 151/2003 од 24. септембра 2003. године, Закон је ступио на снагу после шест месеци од дана објављивања.

19 Више : П. Новоселец, Темељне претпоставке за одговорност правних особа за кажњива дејања, Правник, Љубљана, број 6-8/2001. године, стр.6-8 ; П. Новоселец, Опћи дио Казненог права, Загреб, 2004. године, стр.455.

20 В. Камбовски, Казнено право, Општ дел, Скопље, 2005. године, стр.363

21 Schweizerisches strafrecht, Bern, 2004. godine

децембра 2003. године²² у члану 31. изричито предвиђа одговорност правних лица за кривична дела без ближег одређења у чему се она састоји с тим што је остављено споредном закону да одреди основе те кажњивости и систем кривичних санкција²³.

Иначе, данас је у казненом праву низа европских земаља готово опште прихваћено да правна лица могу бити извршиоци посебне врсте кажњивих дела – привредних преступа и прекршаја, посебно у области привредног и финансијског пословања односно фискалних давања (нпр. у Немачкој у члану 30. Кривичног законика је предвиђено да се правном лицу може изрећи прекршајна казна – новчана казна, ако његови органи или са њима изједначена лица учине кривично дело или прекршај који представља кршење дужности правних лица или је тим кривичним делом правно лице стекло или могло стећи противправну имовинску корист)²⁴.

4. Основне карактеристике кривичне одговорности правних лица у упоредном праву

Различита су решења о кривичној одговорности и кажњавању правних лица прихваћена у упоредном кривичном законодавству.

1) Тако ново кривично законодавство Босне и Херцеговине²⁵ предвиђа изричито кривичну одговорност за правна лица чиме им се признаје својство активног субјекта кривичног дела. Тако је у чл. 122-144. Кривичног закона Босне и Херцеговине (КЗ БИХ)²⁶, чл. 126-148. Кривичног закона Федерације Босне и Херцеговине (КЗ ФБИХ)²⁷, чл. 126-148. Кривичног закона Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине (КЗ БД БИХ)²⁸ и чл. 125-146. Кривичног закона Републике Српске (КЗ РС)²⁹ предвиђена одговорност свих домаћих и страних правних лица изузев :

22 Службени лист Републике Црне Горе број 70/2003 од 21. децембра 2003. године

23 Љ.Лазаревић, Б.Вучковић, В. Вучковић, Коментар Кривичног законика Републике Црне Горе, Цетиње, 2004. године, стр.105-106

24 Н. Blei, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 18. Auflage, Munchen, 1983. godine

25 Б. Петровић, Д. Јовашевић, Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио, Сарајево, 2005. стр.223-229

26 Службени гласник Босне и Херцеговине, Сарајево, број 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004 и 61/2004

27 Службене новине Федерације Босне и Херцеговине, Сарајево, број : 36/2003, 37/2003, 21/2004 и 69/2004

28 Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, Брчко, број : 10/2003 и 45/2004

29 Службени гласник Републике Српске, Бања Лука, број : 49/2003 и 108/2004

Босне и Херцеговине, Федерације Босне и Херцеговине, Републике Српске, Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине, кантона, града, општине и месне заједнице за учињено кривично дело.

Као правно лице које подлеже кривичној одговорности у смислу чл. 1. ст. 10. КЗ БИХ сматра се : сваки организациони облик привредног друштва и сви облици повезивања привредних друштава, установе, институције за вршење кредитних и других банкарских послова, за обезбеђење имовине и лица као и друге финансијске институције, фонд, политичке организације и удружења грађана и други облици удруживања који могу да стичу средства и да их користе на исти начин као и свака друга институција или орган који остварује и користи средства и којем је законом признато својство правног лица. Као привредно друштво у смислу чл. 1. ст.11. КЗ БИХ сматрају се корпорација, предузеће, удружење, фирма, друштво (ортаклук) и сваки организациони облик регистрован за обављање привредне делатности. На сличан начин појам и облике правних лица дефинишу и чл. 2. ст.11. и 12. КЗ ФБИХ, чл.11. и 12. КЗ БД БИХ и чл. 147. ст.7. и 8. КЗ РС.

Овим је законским решењима предвиђена кривична одговорност : 1) домаћег и 2) страног правног лица за кривично дело учињено на територији Босне и Херцеговине, а које је непосредни учинилац учинио у име, за рачун или у корист тог правног лица. Домаће правно лице такође одговара за кривично дело учињено изван Босне и Херцеговине, а које је предузето против стране државе, страних држављана или страних правних лица. Страно правно лице одговара под следећим условима : 1) ако има седиште на територији Босне и Херцеговине или 2) у њој обавља своју делатност чак и ако је дело учињено изван Босне и Харцеговине, а против Босне и Херцеговине или њених држављана или домаћих правних лица.

Правно лице је кривично одговорно за кривично дело које је учинило физичко лице у име, за рачун или у корист правног лица под следећим условима : 1) када смисао учињеног кривичног дела произилази из закључка, налога или одобрења руководећих или надзорних органа правног лица, 2) када су руководећи или надзорни органи правног лица утицали на учиниоца дела или су му омогућили да учини кривично дело, 3) када правно лице располаже с противправно оствареном имовинском користи или користи предмете настале кривичним делом или 4) када су руководећи или надзорни органи правног лица пропустили дужни надзор над законитошћу рада радника.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

За учињено кривично дело правно лице одговара чак и у случају када непосредни учинилац није кривично одговоран за учињено дело. С друге стране, одговорност правног лица не искључује кривичну одговорност физичких односно одговорних лица за учињено кривично дело. То значи да кривична одговорност непосредног учиниоца није од утицаја на постојање и степен одговорности правног лица. Дакле, правно лице одговара самостално за учињено кривично дело. Када у правном лицу нема других физичких лица осим непосредног учиниоца дела или других органа који су могли усмеравати или надзирати учиниоца, онда правно лице одговара за учињено кривично дело само у границама одговорности непосредног учиниоца. Тада се одговорност правног и физичког лица подударају. За дело учињено из нехата, правно лице кривично одговара, али се може блаже казнити.

И коначно, правно лице у стечају такође је кривично одговорно за кривично дело без обзира да ли је дело учињено пре почетка стечајног поступка или у међувремену, али се у том случају таквом правном лицу не може изрећи казна, већ само мера безбедности одузимања предмета или мера одузимања имовинске користи прибављене кривичним длеом. Када је до престанка правног лица дошло пре правоснажног окончања кривичног поступка у коме је утврђена његова кривична одговорност, тада се казне и друге кривичне санкције изричу правном лицу које је његов правни следбеник под условом да су руководећи или надзорни органи пре престанка правног лица знали за учињено кривично дело³⁰.

2) И неки други инострани кривични закони изричито искључују кривичну одговорност државе односно јавних органа, органа државне власти. Тако Француски кривични законик у члану 121-2 искључује одговорност државе за кривична дела која су учињена од стране њених органа или представника. Према овом законском решењу сва правна лица изузев државе су кривично одговорна у случајевима који су предвиђени законом или другим прописом ако су испуњена два услова : 1) да је кривично дело учињено за њихов рачин и 2) да је кривично дело учинио њихов орган или представник. На исти начин је утврђена и кривична одговорност територијалних јединица и њихових органа за кривична дела која су учињена од стране њихових службеника у вршењу службених активности. Чланом 54. Закона о изменама Кривичног законика Француске 2004-204 од 9 .марта 2004. године који је ступио на снагу 31. децембра 2005. године правно лице одговара за свако кривично дело

30 Б. Петровић, Д. Јовашевић, Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио, оп.цит. стр.218-220

предвиђено француским кривичним законодавством што значи да је укинута начело специјалне кривичне одговорности " le principe de specialite " правног лица³¹.

3) Закон о одговорности правних лица за кривична дела Републике Словеније у члану 2. искључује одговорност Републике и органа локалне самоуправе за кривична дела. Сва остала домаћа или страна правна лица која учине кривично дело на територији Републике Словеније односно у иностранству под условом да имају седиште или пак обављају делатност на територији Републике Словеније ако је дело учињено на штету државе Словеније или њених физичких или правних лица (члан 3. овог закона).

4) Закон о одговорности правних лица за казнена дела Републике Хрватске одређује да ће се правно лице казнити за кривично дело које учини одговорно лице у том правном лицу ако се њиме повређује нека дужност правног лица или је њиме правно лице стекло или је требало да стекне противправну имовинску корист за себе или другог (члан 3. став 1. овог закона). Но, у члану 6. овог закона се искључује одговорност државе, док јединице локалне и подручне (регионалне) самоуправе одговарају само за кривична дела која нису учињена у извршавању јавне власти.

5) Закон о кривичној одговорности корпорација Републике Аустрије³² који је 1. јануара 2006. године ступио на снагу на специфичан начин одређује кривичну одговорност правних лица. Према овом законском решењу³³ свака форма правног лица (корпорације) је кривично одговорна за учињено дело укључујући у смислу члана 1. став 2. и 3. овог закона и државу односно територијалну аутономију (осим када предузимају радње у оквиру власти) те црква и друге верске организације (осим у вршењу верских послова). Но, ова је кривична одговорност успостављена само за таксативно наведена кривична дела : а) фалсификовање и прање новца, б) проузроковање банкрутства, в) недопуштена трговина и г) нехатно убиство и нехатно nanoшење телесне повреде.

Тако постављена кривична одговорност правних лица се заснива на својству лица : 1) које доноси одлуке, 2) које репрезентује, представља правно лице и 3) које врши унутрашњу контролу и надзор у правном лицу

31 P. Poncela, Droit de la peine, Themis, Paris, 2005. godine, p.25-37 ; R. Bernardini, Droit penal general, Manuel, Paris, 2003. godine

32 Bundesgesetz uber die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten – VbVG, Bundesgesetzblatt I 2005/151

33 K. Schmoller, Criminal Responsibility of Corporations – A new Regulation in Austria, Зборник радова, Функционисање правног система Републике Србије, Ниш, 2006. године, стр. 179-196

односно на други начин остварује главни утицај у њему. Заправо правно лице је одговорно у два случаја : 1) када одговорно лице које доноси одлуке у правном лицу учини неко од наведених кривичних дела са умишљајем или из нехата и 2) када је кривично дело учињено у корист правног лица или је пак вршење кривичних дела било у функцији предузетничке делатности таквог правног лица.

На сличан начин су утврђене претпоставке за кривичну одговорност правних лица сходно решењима из закона о одговорности правних лица за казнена дела Републике Хрватске (чл. 3. и 4.) и Републике Словеније (чл. 4-6.). Према овим законским решењима правно лице се кажњава за кривично дело предвиђено кривичним или неким другим законом, које учини његово одговорно лице којим се повређује нека дужност правног лица или је њиме правно лице остварило или требало да оствари противправну имовиску корист за себе или другог. А као одговорно лице се сматра физичко лице које води послове правног лица или му је поверено обављање послова из подручја деловања правног лица. За извршено кривично дело правно лице је одговорно и у случају када непосредни учинилац није кривично одговоран (услед недостатка урачунљивости или кривице). Одговорност правног лица постоји чак и када се налази у стечају без обзира да ли је кривично дело учињено пре почетка стечајног поступка или у међувремену .

5. Посебни облици одговорности правног лица

Будући да правно лице непосредно својом делатношћу не остварује последицу кривичног дела у односу на коју поступа са свешћу или вољом, то је потребно при разматрању кривичне одговорности правног лица указати и на посебене, специфичне облике ове одговорности. То су : 1) одговорност за покушај, 2) одговорност за продужено кривично дело и 3) одговорност за саучеништво.

1) Одговорност за покушај - правно лице под напред наведеним условима одговора за свршено кривично дело, дакле дело којим је проузрокована последица. Но, законом је изричито предвиђена и одговорност правног лица за покушано дело. Покушај или недовршено кривично дело постоји када је извршење кривичног дела започето са умишљајем, али није довршено (у Босни и Херцеговини - чл. 26. КЗ БИХ, чл. 28. КЗ ФБИХ, чл. 28. КЗ БД БИХ и чл. 20. КЗ РС односно чл. 8. Закона о одговорности правних лица за казнена дела Словеније). То је дакле умишљајно започето извршење кривичног дела које није довело до

наступања свих законских обележја кривичног дела³⁴. Код покушаја учинилац, пошто је донео одлуку и евентуално извршио припремне радње, прелази на остваривање радње извршења. Али и поред предузимања радње не долази до наступања последице те се не остварује биће кривичног дела у потпуности, већ само делимично.

Кривични закони Босне и Херцеговине односно Закон о одговорности правних лица за кажњива дела Словеније изричито одређују кривичну одговорност правног лица за покушај кривичног дела. Он постоји у смислу чл. 127. КЗ БИХ, чл. 131. КЗ ФБИХ, чл. 131. КЗ БД БИХ и чл. 130. КЗ РС ако је учинилац планирано кривично дело започео (предузимањем радње извршења), а законом је прописано кажњавање и за покушај таквог кривичног дела. У том случају се правно лице кажњава казном која је у закону прописана за довршено кривично дело, али се може и блаже казнити.

2) Одговорност за продужено кривично дело - продужено кривично дело постоји када једно лице са више радњи изврши више истих или истородних кривичних дела у одређеном временском периоду тако да се сва надовезују једно на друго и чине једно јединствено кривично дело³⁵. Мали број савремених кривичних законодавастава предвиђају продужено кривично дело : Кривични законик Италије у члану 81., Кривични законик Бугарске у члану 26³⁶, Кривични законик Македоније у члану 45³⁷ или Кривични законик Хрватске у члану 61.³⁸

Продужено кривично дело као конструкција на бази привидног реалног стицаја у смислу чл. 54. КЗ БИХ, чл. 55. КЗ ФБИХ и чл. 55. КЗ БД БИХ (овај институт не познаје Кривични закон Републике Српске) постоји када једно лице са умишљајем учини више истих или истоврсних кривичних дела која с обзиром на начин извршења, њихову временску повезаност и друге стварне околности које их повезују чине јединствену целину.

34 Д. Јаковљевић, Покушај као стадијум извршења кривичног дела, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 1-2/1995. стр.132 .На сличан начин говори и Тома Живановић када свршено и покушано дело одређује као две појамно највише опште врсте кривичних дела (Т. Живановић, Основни проблеми кривичног права, Београд, 1930. стр.99)

35 Д. Јовашевић, Продужено кривично дело у теорији и пракси, Гласник АК Војводине, Нови Сад, број 12/1996. стр. 494-507

36 R. Marino, Codice penale, Simone, Napoli, 1987. godine ; И. Ненов, Наказателно право, Обшћа част, Норма, Софија, 1992., стр.415

37 Службен весник на Република Македонија, Скопље, број 37/1996

38 Ф. Бачић, Коментар Казненог законика Републике Хрватске, Загреб, 2005. стр.173

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

У чл. 128. КЗ БИХ, чл. 132. КЗ ФБИХ, чл. 132. КЗ БД БИХ и чл. 131. КЗ РС предвиђена је одговорност правног лица за продужено кривично дело. За овај облик одговорности правног лица за привидни реални стицај потребно је да је код правног лица присутан исти основ одговорности када је извршено више истоврсних и временски повезаних кривичних дела од стране више учинилаца. Тада правно лице одговара као да је учињено једно кривично дело³⁹.

3) Одговорност за саучесништво - саучесништво постоји када у проузроковању последице кривичног дела учествује више лица⁴⁰. То је не само посебан облик извршења кривичног дела, већ и посебан облик криминалитета тзв. колективни криминалитет који је знатно опаснији за друштво од солитарног криминалитета. Та здруженост воља већег броја лица у заједничком остварењу кривичног дела, даје овом делу посебан вид тежине и опасности. Због посебног значаја саучесништво представља посебан институт који се регулише одредбама општег дела кривичних закона (чл. 29-32. КЗ БИХ, чл. 31-34. КЗ ФБИХ, чл. 31-34. КЗ БД БИХ и чл. 23-27. КЗ РС)⁴¹.

Кривично законодавство у Босни и Херцеговини на посебан начин одређује саучесништво правних лица у извршењу кривичног дела у члану 129. КЗ БИХ, члану 133. КЗ ФБИХ, члану 133. КЗ БД БИХ и члану 132. КЗ РС. За постојање саучесништва правних лица потребно је да два или више правних лица саучествују у извршењу кривичног дела. У том случају свако од њих је одговорно за дело које је учинилац учинио у име, за рачун или у корист правног лица. Тада наиме, свако правно лице одговара за

39 Б. Петровић, Д. Јовашевић, Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, *op.cit.* 2005. стр.190-193

40 И многи инострани кривични законици на сличан начин одређују појам и карактеристике саучесништва. Тако Кривични законик Украјине у чл. 19. саучесништво дефинише као намерно заједничко учествовање два или више лица у извршењу кривичног дела . (М.И. Коржанскиј, Популарниј коментар криминолног кодексу, Наукова думка, Киев, 1997.године); Кривични законик Аустрије у чл. 12. каже да кривично дело може извршити не само непосредни извршилац већ и свако ко другог наведе да га изврши или који допринесе његовом извршењу. (Е. Foregger, Е. Serini, Strafgesetzbuch StGB, 9.Auflage, Wien, 1989. godine) ; Кривични законик Шпаније у чл. 29. дефинише појам саучесника. Тако се као саучесници сматрају лица која учествују у извршењу кривичног дела и лица која предузимају делатности које претходе извршењу кривичног дела и на тај начин учествују у остварењу кривичног дела (Н.Ф. Кузњецова,Ф.М. Решетников, Уголовниј кодекс Испани, Зерцало, Норма, Москва,1998.године)

41 Д. Атанацковић, Саучесништво у кривичном делу, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 1-2/1995. стр.5-69; М. Томић, Облици судјеловања у извршењу казненог дјела, Зборник радова Правног факултета у Мостару, Мостар, 2002. стр.85-98

учињено кривично дело и кажњава се прописаном казном у закону као да је оно једино одговорно за то дело. На сличан начин институт саучесништва где више правних лица учествују у извршењу једног или више кривичних дела познаје и Закон о одговорности правних лица за кажњива дела Републике Словеније у чл. 9. и 10.

6. Систем кривичних санкција за правна лица

Кривичне санкције су законом одређене мере друштвеног реаговања против учиниоца кривичног дела које примењују државни органи у циљу заштите друштва, односно најзначајнијих друштвених добара и вредности од свих облика и видова криминалитета. Оне се јављају као принудне мере које примењује држава према учиниоцу кривичног дела и представљају његову реакцију због извршења кривичног дела којим се наноси штета друштву. Таква реакција има за циљ да спречи учиниоца да убудуће настави са вршењем кривичних дела као и да утиче на друге потенцијалне учиниоце да се уздржавају од вршења таквих аката⁴². То значи да је кривична санкција принудна мера за заштиту друштва од криминалитета, коју изриче суд учиниоцу кривичног дела, у поступку и под условима и на начин који су одређени законом, а која се састоји у одузимању или ограничавању слободе и права или упозорењу учиниоцу да ће му слобода или права бити одузети или ограничени ако поново изврши кривично дело.

Савремено кривично право познаје различите врсте кривичних санкција које се могу изрећи правном лицу као учиниоцу кривичног дела.

6.1. Казне за правна лица

1) У Босни и Херцеговини се правном лицу у смислу чл. 131-134. КЗ БИХ, чл. 135-138. КЗ ФБИХ, чл. 135-138. КЗ БД БИХ и чл. 134-137. КЗ РС за учињена кривична дела могу изрећи следеће казне : 1) новчана казна у износу од 5.000 до 5.000.000 КМ (конвертибилних марака). Но, у случају да је кривичним делом правног лица другоме проузрокована имовинска штета или пак прибављена противправна имовинска корист, највећа мера изречене новчане казне може износити двоструки износ причињене штете односно прибављене користи, 2) казна одузимања (конфискација) имовине – која се може изрећи за кривично дело за које је прописана казна затвора од пет година или тежа казна. У том случају се правном лицу може

42 Љ. Бавцон, Дружбена функција казенских санкција, Правник, Љубљана, број 9/1961.године,стр. 253-262

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

одузети најмање половина имовине или већи део имовине или целокупна имовина. Ако је пак отворен стечајни поступак као последица изречене казне одузимања имовине, тада се повериоци из стечаја могу намирити из овако одузете стечајен масе и 3) казна престанка правног лица – може се изрећи ако је делатност правног лица у целисти или у претежној мери коришћена за вршење кривичних дела. Уз овако изречену казну престанка правног лица, суд предлаже надлежном суду да отвори поступак ликвидације правног лица. Уз ову казну суд може правном лицу да изрекне и казну одузимања имовине из које се могу такође исплатити и повериоци .

Према члану 135. КЗ БИХ, члану 139. КЗ ФБИХ, члану 139. КЗ БД БИХ и члану 138. КЗ РС приликом одмеравања казне правном лицу као учиниоцу кривичног дела, поред свих олакшавајућих и отежавајућих околности, суд је дужан да узме у обзир и економску моћ (активу и пасиву) правног лица као и да се придржава граница изричито постављених у закону. При изрицању новачне казне за кривична дела за која се уз новчану казну изриче и казна одузимања имовине, закон је ограничио суд тако да новчану казну може да изрекне највише до половине имовине правног лица.

У члану 144. КЗ БИХ, члану 148. КЗ ФБИХ и члану 148. КЗ БД БИХ закон је изричито прописао ограничења за суд приликом одмеравања казне правном лицу за учињено кривично дело . Тако за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до три године, правно лице може бити кажњено новчаном казном у износу до 850.000 КМ или до десетоструког износа штете проузроковане или имовинске користи прибављене кривичним делом. Но, суд је овлашћен да уместо новачне казне у овом случају изрекне и меру престанка правног лица. Ако је пак закон за одређено кривично дело прописао казну затвора преко три године, суд је везан тако да правном лицу може изрећи новчану казну најмање 2.500.000 КМ или до двадесетоструког износа штете проузроковане или имовинске користи прибављене кривичним делом. И коначно, за кривична дела за која је у закону прописана казна затвора од пет година или тежа казна, суд може правном лицу уместо новчане казне да изрекне казну одузимања имовине.

Кривични закони у члану 130. ст.2. КЗ БИХ, члану 134. ст.2. КЗ ФБИХ, члану 134. ст.2. КЗ БД БИХ и члану 133. ст.2. КЗ РС предвиђају посебан основ за ослобођење од казне правном лицу као учиниоцу кривичног дела под условом да је руководећи или надзорни орган по учињеном кривичном делу одлучио да врати противправно остварену

имовинску кориост или да отклони проузроковане штетне последице или пак саопшти податке о основаности одговорности других правних лица.

2) Закон о одговорности правних лица за кажњива дела Републике Хрватске у чл.8-12. предвиђа следеће казне које судско веће може да изрекне правном лицу као учиниоцу кривичног дела : 1) новчану казну у износу од 5.000 до 5.000.000 куна при чему закон поставља ограничења у погледу изрицања ове казне зависно од прописане казне затвора за учињено дело и 2) укидање правног лица у случају када је оно и основано ради вршења кривичних дела или је своје деловање претежно искористило за вршење кривичних дела.

3) И Закон о одговорности правних лица за кажњива дела Републике Словеније у чл. 12-15. предвиђа следеће казне за правна лица : 1) новачну казну у износу од 500.000 до 150.000.000 толара, 2) одузимање овлашћења у целости или делимично за обављање делатности и 3) престанак правног лица када је његова делатносту целости или претежно управљена на вршење кривичних дела.

б. 2. Условно кажњавање правног лица

1) Поред казни, кривично право Босне и Херцеговине предвиђа могућност изрицања услове осуде правном лицу за учињено кривично дело. Условна осуда⁴³ је самостална кривична санкција коју суд изриче учиниоцу кривичног дела којом приликом утврђује казну и истовремено одређује да се она неће извршити ако осуђени за време које суд одреди, а које не може бити краће од једне ни дуже од пет година (време проверавања или време кушње) не учини ново кривично дело (члан 59. КЗ БИХ, члан 62. КЗ ФБИХ, члан 62. КЗ БД БИХ и члан 46. КЗ РС)⁴⁴. При одлучивању да ли ће изрећи условну осуду, суд води рачуна о сврси условне осуде, а посебно узима у обзир следеће околности : личност учиниоца дела, његов ранији живот, његово понашање после учињеног кривичног дела, степен кривичне одговорности и друге околности под којима је дело учињено.

Кривични закони у Босни и Херцеговини предвиђају могућност изрицања условне осуде и правном лицу као учиниоцу кривичног дела. Тако према члану 136. КЗ БИХ, члану 140. КЗ ФБИХ, члану 140. КЗ БД

43 Т. Васиљевић, Условна осуда, Београд, 1935. стр. 53-64

44 Б. Петровић, Д. Јовашевић, Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, оп.цит. стр. 333-341

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

БИХ и члану 139. КЗ РС суд може правном лицу уместо новчане казне да изрекне условну осуду ако је утврђена ова казна у висини до 1.500.000 КМ с тим што се одређује да се она неће извршити под условом да правно лице у време проверавања које траје од једне до пет година не учини ново кривично дело.

2) У Републици Словенији према чл. 17. закона суд уместо утврђене новчане казне до 50.000.000 толара правном лицу може да изрекне условну осуду са роком прокушавања од једне до пет година.

3) У Републици Хрватској се правном лицу као учиниоцу кривичног дела у смислу члана 13. Закона о одговорности правних особа за казнена дјела може изрећи и условна осуда уместо утврђене новчане казне ако у року од једне до три године не учини ново кривично дело под условима : а) ако се ради о кривичном делу за које је рописана казна затвора до три године, б) ако је суд учиниоцу утврдио новчану казну до 50.000 куна.

б. 3. Примена мера безбедности према правном лицу

Мере безбедности су врста кривичних санкција које се могу изрећи учиниоцу кривичног дела ако су за то у конкретном случају испуњени законом услови за њену примену. При томе суд може изрећи једну или више мера ако су испуњени услови који су прописани законом. Изрицање мера безбедности је факултативно. Наиме, и кад се стекну законски услови, суд није дужан да изрекне ову меру. На сличан начин се мере безбедности могу изрећи и правном лицу као учиниоцу кривичног дела.

1) Кривични закони у Босни и Херцеговини предвиђају три мере безбедности за правно лице као учиниоца кривичног дела (чл. 137-139. КЗ БИХ, чл. 141-143. КЗ ФБИХ, чл. 141-143. КЗ БД БИХ и чл. 140-142. КЗ РС). То су :

а) одузимање предмета (које се изриче са истом садржином и под истим условима као и физичком лицу),

б) објављивање пресуде и

в) забрана обављања одређене привредне делатности.

2) Закон о одговорности правних лица за кажњива дела Републике Хрватске у чл. 14-21. прописује следеће врсте мера безбедности :

а) забрану обављања одређених делатности или послова у трајању од једне до три године ако би даље обављање таквих делатности било опасно за живот или здравље или сигурност људи и имовине или за

привреду или ако је правно лице већ било кажњавано за исто или истоврсно дело ,

б) забрану стицања одређених дозвола, овлашћења, концесија или субвенција која издају државни органи или јединице локалне или регионалне самоуправе на време од једне до три године ако би то могло подстицајно да делује на извршење новог кривичног дела,

в) забрану пословања с корисницама државног и локалног буџета ако постоји опасност да би такво пословањем могло подстицајно да делује на извршење кривичног дела у трајању од једне до три године и

г) одузимање предмета који су употребљени или намењени као средство за извршење кривичног дела или који су настали извршењем кривичног дела када постоји опасност да ће бити поново употребљени за извршење кривичног дела или када се у циљу заштите опште безбедности или из моралних разлога одузимање чини апсолутно неопходно, а налазе се у власништву учиниоца (члан 74. КЗ БИХ, члан 78. КЗ ФБИХ, члан 78. КЗ БД БИХ и члан 62. КЗ РС).

3) Закон о одговорности правних лица за казнена дела Републике Словеније у чл. 18-20. предвиђа две мере безбедности. То су :

а) јавно обављивање пресуде ако је корисно да се јавност упозна у целости или делимично са истом како би се отклонила опасност за живот или здравље људи, сигурност промета или привредне интересе и

б) забрану правном лицу да обавља пословну делатност – производњу одређених производа, послове промета робе и услуга или друге привредне делатности за време од шест месеци до пет година под условом да је учињеним кривичним делом проузрокована опасност за живот или здравље људи или је наступила штета за привредно или финансијско пословање других правних лица или или привреду у целини или ако је правно лице у последњих две године већ кажњено за слично кажњиво дело.

Као најчешће и најпримењивије мере безбедности које савремено кривично право прописује за правна лица као учиниоце кривичних дела сматрају се :

1) јавно објављивање пресуде је мера безбедности која се изриче правном лицу када би било корисно да јавност сазна за осуду, особито ако би то објављивање било од користи да се отклони опасност за живот или здравље људи или да се обезбеди безбедност саобраћаја или каква корист

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

привреди. Приликом одлучивања о изрицању ове мере суд полази од значаја кривичног дела и потребе јавности да сазна за осуду правног лица при чему одлучује на који ће се начин и којим средством објавити донета пресуда : у штампи, радију, телевизији или у више наведених средстава јавног информсања као и да ли да се објави образложење донете пресуде у целости или изводу узимајући при томе у обзир да се начином објављивања омогући обавештеност свих лица у чијем је интересу и донета мера,

2) забрана обављања одређене привредне делатности је мера безбедности којом се правном лицу може забранити производња одређених производа или обављање одређених послова или забранити бављење одређеним пословима промета робе или другим привредним послом при чему у донетој пресуди суд мора тачно да одреди на које се привредне послове или делатности односи изречена мера. Ради се управо о оној врсти делатности коју је правно лице злоупотребило ради вршења кривичног дела. При изрицању мере, суд одређује и време њеног трајања које почиње да тече од дана правоснажности судске одлуке којом је мера изречена,

3) одузимање предмета се као мера безбедности састоји у одузимању предмета који су употребљени или намењени као средство за извршење кривичног дела или који су настали извршењем кривичног дела када постоји опасност да ће бити поново употребљени за извршење кривичног дела или када је то потребно у циљу заштите опште безбедности или из моралних разлога.

6. 4. Одузимање имовинске користи

Одузимање имовинске користи⁴⁵ је посебна кривичноправна мера која се састоји у одузимању од учиниоца кривичног дела новца, предмета од вредности и сваке друге имовинске користи која је прибављена кривичним делом (члан 111. КЗ БИХ, члан 115. КЗ ФБИХ, члан 115. КЗ БД БИХ и члан 95. КЗ РС односно члан 20. Закона о одговорности правних лица за кажњива дела Републике Хрватске). Ова се мера у неким кривичним законима⁴⁶ и данас јавља као мера безбедности односно као

45 Има мишљења да историјски гледано ова мера води порекло од одузимања предмета (Г. Марјановић, Македонско кривично право, оп.цит. стр. 375)

46 Као самостална кривично правна мера она је предвиђена у чл. 95-98. Казенског законика Републике Словеније, чл.82. Казенског закона Републике Хрватске, чл. 97-100. Кривичног законика Републике Македоније, док је као посебна врста казне под називом "заплена" у чл. 20. односно под називом "неосновано богаћење" у чл. 21. предвиђена у Кривичном законнику Аустрије, а Кривични законик Немачке у делу под називом "Правне последице

споредна казна⁴⁷. Овде се не ради о примени кривичне санкције, већ о примени правног принципа - о реституцији или успостављању ранијег правног и фактичког стања⁴⁸ који истовремено делује и као психолошка принуда⁴⁹ на учиниоца да прибављање користи не може да буде мотив за предузимање криминалне делатности. У основи примене ове мере је принцип "nullum commodum capere potest de sua propria iniuria" – нико не може да има користи од сопственог злодела⁵⁰.

Имовинска корист се одузима судском одлуком којом је утврђено постојање кривичног дела, па се тада истом одлуком одузимају новац, предмети од вредности и свака друга имовинска корист која је прибављена извршењем тог дела. Суд такође може одузети ову корист у одвојеном поступку уколико постоји оправдан разлог да се верује да је она прибављена кривичним делом, а власник или држалац (уживалац) није у могућности да пружи доказе да је корист прибављена законито. Уколико фактичко одузимање те користи није могуће, нпр. због тога што је предмет уништен, изгубљен или продат непознатом лицу, тада ће се учинилац обавезати на исплату новчаног износа који је сразмеран прибављеној имовинској користи, односно вредности предмета.

Имовинска корист прибављена кривичним делом може се одузети и од лица на које је пренесена без накнаде или уз накнаду која не одговара стварној вредности ако су та лица знала или су могла знати да је имовинска корист прибављена кривичним делом. Када је корист која је прибављена кривичним делом сједињена са имовином која је иначе стечена на законит начин, и таква имовина може бити предмет одузимања, али само у мери која не прелази процењену вредност имовинске користи која је иначе прибављена кривичним делом. На исти начин и у истој мери се одузимају приход и друге користи које накнадно произађу из имовинске користи која је прибављена кривичним делом или из имовине у коју је имовинска корист уложена (претворена) или из имовине с којом је таква корист сједињена.

Забрана стицања имовинске користи вршењем кривичних дела односи се и на правна лица. Незаконито и противправно стечена

кривичног дела" поред кривичних санкција говори у чл.73-76а. о одузимању имовинске користи и одузимању предмета.

47 Види : М. Кокољ, Ђ. Лазин, Имовинске санкције и мере у југословенском кривичном праву, Београд, 1986. године

48 Љ. Бавцон, А. Шелих, Казенско право, Сплошни дел, Љубљана, 1978. године, стр.334

49 Ф. Бачић, Кривично право, Опћи дио, Загреб, 1986.године, стр.493

50 Ђ. Лазин, Правна природа мере одузимања имовинске користи и њен практични значај, Анали Правног факултета у Београду, Београд, број 1-3/1986. године, стр. 108-115

имовинска корист подлеже одузимању и онда када је она прибављена за другог. Нису ретки случајеви да се инкриминисаним радњама појединаца који врше одговорне функције или имају посебна овлашћења у предузећу, установи или другој организацији оствари имовинска корист за то правно лице. Зато је у члану 140. КЗ БИХ, члану 144. КЗ ФБИХ, члану 144. КЗ БД БИХ и члану 143. КЗ РС односно у члану 20. Закона о одговорности правних особа за казнена дјела предвиђено одузимање имовинске користи која је прибављена кривичним делом од правног лица под следећим условима : 1) да је извршеним кривичним делом прибављена противправна имовинска корист, 2) да је такву корист прибавило правно лице и 3) да је кривично дело извршило физичко лице у име, за рачун или у корист правног лица.

7. Закључна разматрања

Прихватајући кривичну одговорност правних лица за учињена кривична дела, низ савремених држава у свом новом или новелираном кривичном законодавству, паралелно са владајућим системом субјективне одговорности физичких лица (која се базира на урачунљивости и кривици) инаугурише систем објективне кривичне одговорности. Наравно да сва правна лица не могу бити кривично одговорна за учињено дело, већ се и ту праве изузеци (посебно када се ради о држави и државним органима), али то не искључује кривичну одговорност њихових одговорних лица за проузроковану последицу кривичног дела. Због специфичног карактера правне и пословне способности правних лица у праву уопште, а нарочито у кривичном праву предвиђени су посебни основи те кривичне одговорности који се разликују од одговорности физичког лица (као свесног, мисаоног и вољног бића које својим понашањем – чињењем или нечињењем остварује последицу кривичног дела).

Те специфичне карактеристике кривичне одговорности правних лица се нарочито огледају код покушаја, продуженог кривичног дела односно саучесништва. Свакако да се највеће специфичности код положаја правних лица у кривичном праву јављају у погледу примене кривичних санкција. Стога су кривични закони и одредили посебне врсте кривичних санкција : казне, мере безбедности и условну осуду те меру одузимања имовинске користи која је прибављена кривичним делом те начин, поступак и услове за њихово изрицање.

И на крају, ова законска решења могу да буду солидан узор законодавцу у Републици Србији у предстојећој реформи целокупног казног законодавства у правцу имплементације међународноправних стандарда у области кривичне одговорности правних лица.

Prof. Dragan Jovašević, LL.D.,
Associate Professor, Faculty of law, University of Niš
Prof. Borislav Petrović, LL.D.
Associate Professor, Faculty of Law, University of Sarajevo

CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN THE CONTEMPORARY CRIMINAL LAW

Summary

Even though the contemporary criminal law recognizes the system of subjective (individual) criminal liability for a perpetrated criminal act, many relevant international law acts and criminal legislations (particularly those enacted in the last period) still envisage some aberration, i.e. exclusions. Accordingly, a new form of criminal liability has been introduced into criminal law: the objective liability or liability on the grounds of causation. One of the forms of objective liability is the criminal liability of legal persons, which has been disputed and challenged for a long time. Apparently, legal persons may not appear as perpetrators of all types of criminal offences; therefore, they are not subject to the legal provisions on the mental capacity and culpability (which are the basic elements of subjective criminal liability), nor are they subject to all kinds of criminal sanctions generally recognized in criminal legislation.

By recognizing the criminal liability of legal persons for the perpetrated criminal acts, a number of counties have installed the system of objective criminal liability into their new or innovated criminal legislations, in conjunction with the predominant system of subjective liability of natural persons. As legal persons certainly cannot be held individually liable for a criminal offence, there are exemptions (pertaining particularly to the state and the bodies of authority); this, however, does not absolve the individuals in positions of authority of their criminal liability for causing the effect of a criminal act. Considering the specific character of legal and business capacity of legal persons in law, the criminal law has envisaged specific grounds for establishing their criminal liability which are quite different from the liability of natural person (perceived as a conscious, free, and thinking human being, whose conduct - commission or omission to act - produces the effect of a criminal act.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

These specific characteristics of criminal liability of legal persons are primarily reflected in the attempt of a criminal offence, the prolonged criminal offence, or accompliceship. Certainly, the most specific characteristics of the position of legal persons in criminal law pertain to the use of criminal sanctions. It is for this reason that contemporary criminal legislations have prescribed special kinds of criminal sanctions (such as: penalty, security measures, and probation, as well as the measure of depriving the offender of the property benefit gained by the commission of the criminal offence), including the manner, proceedings and conditions for awarding these sanctions. Finally, these legal solutions may serve as a good example for the legislator in the Republic of Serbia in the forthcoming reform of the entire penal legislation in the direction of the implementation of the international law standards in the field of criminal liability of legal persons.

In this paper, the authors deal with the specific application of some general institutes of criminal law in cases when the perpetrator of the criminal offence is a legal person.

Key words: subject (individual), criminal act, legal person, substantive law, criminal liability, penalty, security measures, statute of limitations

Др Ирена Пејић, ванредни професор
Правни факултет, Универзитет у Нишу

УДК:342.565.2(417.11)

УСТАВНОСУДСКА КОНТРОЛА И НАДЛЕЖНОСТИ УСТАВНОГ СУДА: УСТАВ СРБИЈЕ 2006*

Апстракт

У раду су анализирани надлежности Уставног суда Србије у правним оквирима које пружа нови српски Устав усвојен 2006. године. У првом делу рада учињен је кратак осврт на позицију уставног суда као гаранта устава, као и на функције овог органа у савременој уставној демократији. У другом делу рада анализирани су уставне надлежности Уставног суда Србије, пре свега надлежност оцене уставности и законитости *in abstracto*, као и нова овлашћења Уставног суда да одлучује по уставним жалбама грађана и оцењује постојање правног основа за утврђивање одговорности шефа државе.

Кључне речи: уставни суд, уставносудска контрола

1. Функционисање уставног суда у савременој демократији

Од настанка уставносудске контроле до данас развијена су два гледишта која сагледавају функцију уставног суда у уставној демократији.⁵¹ Једно гледиште поставља уставни суд у контекст правног поретка и одређује његову улогу са аспекта права. У том контексту уставни суд има положај органа чији је задатак или овлашћење да "прогласи право". Тако се његова основна функција може изједначити са

* Рад је резултат истраживања на пројекту: "Приступ правосудју – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије" бр. 149043Д који финансира Министарство науке и заштите животне средине Републике Србије.

⁵¹ Политичке и уставне прилике у време „пост-ратовског пораћања“ уставних судова, најпре аустријског (1920. године, који је ре-институционализован 1945), затим Уставног суда у Италији (установљен Уставом 1948, конституисан 1956) и Уставног суда у Немачкој (конституисан 1951, две године након доношења Основног закона), показују неке заједничке карактеристике са приликама у земљама које су деведесетих година раскинуле са социјалистичким моделом уставности и комунистичком политичком оријентацијом. Са малим разликама у односу на аустријски Уставни суд, заједничко обележје у еволуцији првих уставних судова је њихово уздицање из отпора тоталитарним системима и стварање темеља модерне уставне демократије. (Упор. Т. Cole, "Three Constitutional Courts: a Comparison" *The American Political Science Review* Vol. 54, No 4, 1959, p. 966)

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

оном коју имају носиоци законодавне власти у држави. Има мишљења да уставни суд у правном поретку има позицију трећег дома парламента, чија је функција да потврди акте претходна два дома донете у законодавној процедури.⁵² Друго гледиште полази од функције уставног суда у систему поделе власти ("checks and balances") где је претпостављену равнотежу у односима између три гране власти могуће остварити само уколико свака од њих подлеже одређеном облику контроле. Уставни суд је независан државни орган чији је задатак не само да обезбеди контролу законодавне власти, већ и да спречи сваку злоупотребу и прекорачење овлашћења било ког од органа власти.⁵³ Посматран у политичкој организацији државе, уставни суд представља добар „јавни и политички капитал“⁵⁴ да се избегну различити сукоби између три гране власти, нарочито зато што су представници законодавне и извршне власти подложни променама на периодичним изборима, а што не би смело да буде опасност за функционисање уставносудске контроле и угрожавање независности уставног суда.

Уставни суд игра важну улогу у процесу доношења нормативних аката и креирања политике у држави, где се као стварни актери појављују власт, оличена у законодавној и извршној грани, и политичке партије, оне које партиципирају у влади или чине њену опозицију. Уколико власт, законодавна и извршна, и политичке партије као учесници у вршењу власти, желе да виде своје акте, односно програме преточене у право, они морају да поштују и приклањају се одлукама уставног суда. Овакав правнополитички оквир био би идеалан за успостављање потпуно независног органа и уставносудске контроле посебно у новим демократијама насталим у последњој деценији прошлог века. Са својим коначним и обавезујућим одлукама уставни суд би требало да представља један од параметара стварања и реализације права у уставној држави.⁵⁵

Функционисање уставног суда требало би да помири два захтева у уставној држави: да се успостави посебан чувар правног поретка овлашћен да одлучује искључиво о уставним споровима и да се обезбеди

52 A.Stone, "Complex Coordinate Construction in France and Germany" in C.N.Tate & T.Vallinder (eds.) *The Global Expansion of Judicial Power*, New York: New York University Press, 1995, p. 225

53 Y.Mény & A.Knapp, *Government and Politics in Western Europe: Britain, France, Italy, Germany*, Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 329

54 L.Epstein, J.Knight & O.Shvetsova, *op.cit.* p. 127

55 L.Epstein, J.Knight & O.Shvetsova, "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government", *Law & Society Review* Vol. 35, No 1 (2001), p. 124

независност и аутономија уставног суда према његовим политичким партнерима кроз генерални принцип независности судства у уставном систему.⁵⁶ Тако се функција уставног суда развија са циљем да се обезбеди „заштита политичке демократије, као и да развије конзистентно читање устава у свим гранама и на свим нивоима власти“.⁵⁷

Након слома реалсоцијализма и доношења нових грађанских устава у источноевропским државама, Србија је међу првим републикама на простору бивше Југославије донела свој Устав 1990. године. За разлику од неких других посткомунистичких земаља које су по први пут установиле уставни суд, Србија је имала искуство са уставносудском контролом. Овај облик контроле је у домаћем систему постојао у форми *ex post* апстрактне контроле уставности коју обавља посебан и независан уставни орган у лику Уставног суда.⁵⁸ Успостављена судска контрола припада моделу тзв. централизоване судске контроле уставности и законитости, коју примењују европски уставни системи, и то као апстрактна и накнадна контрола сачињена по узору на аустријски модел и Келзенову теорију о уставном суду као „чувару устава“.⁵⁹

56 A.T.von Mehren, "Constitutionalism in Germany – The First Decision of the New Constitutional Court", *The American Journal of Comparative Law* Vol. 1, No.1-2 (1952), pp. 70-94

57 D.P.Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham and London: Duke University Press, 1989, p. 1

58 Данас је систем уставносудске контроле преовлађујући у земљама чланицама Европске уније. Од 27 земаља чланица Европске уније чак 18 земаља примењује форму уставносудске контроле: Аустрија, Белгија, Француска (Уставни савет врши претходну контролу уставности, али се може сврстати у континентални модел), Немачка, Италија, Португалија, Шпанија, Кипар, Чешка, Мађарска, Летонија, Литванија, Малта, Пољска, Словачка, Словенија, Бугарска и Румунија. Осим тога, уставносудска контрола установљена је и у Русији, Белорусији, Украјини, Хрватској, Босни и Херцеговини, Македонији и Црној Гори.

59 Модел судске контроле заступљен у Европи има обележја „централизоване контроле“ коју обављају искључиво уставни судови, за разлику од америчког типа „децентрализоване контроле“ коју обављају сви редовни судови. „Централизована контрола“ произилази из „дуалистичке“ судске структуре, коју чине: редовни судови и уставни судови. За разлику од овог, „децентрализовани“ модел је структуриран монистички, као у САД где судска грана власти јединствено остварује обе функције, редовну судску и уставносудску. (Упор. A.Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, London: Yale University Press, 1999, pp. 225-230; V.F.Comella, "The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism", *Texas Law Review* Vol. 82 (2004) p. 1705; A.Bradley, "The relation between law and facts in case-law and the limits of investigation of law and facts in constitutional law" (report) in *Law and Fact in Constitutional Jurisprudence (International Conference)*, Vilnius, Lithuania, 2005, pp. 1-14)

2. Уставносудска контрола у Уставу Србије 2006

Доношењем новог Устава Србије 2006. године уставносудска контрола је добила шири простор у уставним одредбама са увећаним надлежностима и измењеном процедуром за именовање чланова уставног суда. Дакле, прва претпоставка за успостављање ефективне уставносудске контроле је испуњена.⁶⁰ Проширење круга надлежности требало би да обезбеди да овај орган добије позицију истинског гаранта устава у још увек младој српској демократији.⁶¹ Основна надлежност Уставног суда Србије је апстрактна контрола уставности и законитости. Искуство Уставног суда у области апстрактне контроле уставности у домаћем систему постоји и у овом процесу Уставни суд поступа као тзв. негативни законодавац.

Нови Устав Србије проширује правни оквир за утврђивање уставности у процесу уставносудске контроле увођењем основа за мерило уставности у облику општеприхваћених правила међународног права и међународних уговора (чл. 167). То произилази из уставом утврђене хијерархије нормативних аката у јединственом правном поретку Републике Србије чији су саставни део потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права.⁶² Остаје, међутим, отворено питање утврђивања и испуњавања неких генералних уставних принципа чија демократска садржина није прецизно утврђена, а не постоји ни довољно дуга уставна и политичка пракса која би помогла у њиховом решавању. Тако се може десити да Уставни суд у апстрактној оцени уставности буде суочен са проблемом да ли је један уставни спор увек и само аутентично правни или он у себи садржи елементе политичког спора. У недавној прошлости то се десило 2003. године приликом оцене уставности Изборног закона у одредби о престанку мандата народних посланика.⁶³ Оценом уставности закона Уставни суд је том приликом

60 Осим ове претпоставке, М.Пајванчић истиче још две: "да постоји уставни идентитет заједнице" и "да постоји спремност свих актера политичке заједнице". М.Пајванчић, Србија између устава и уставности, Београд: Хелсиншки одбор за људска права у Србији, 2005, стр. 16-17

61 О легитимности уставног судства видети: П.Николић, "Нужност и легитимност уставног судства у демократским системима", Правни живот бр. 12, 1995, стр. 177-184

62 Чл. 194 ст. 5 Устава гласи: „Закони и други општи акти у Републици Србији не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права.“

63 Одлука Уставног суда Републике Србије ИУ бр. 197/02, Сл. Гласник РС 57/2003

пружио „ново читање“ тада важећег Устава и прогласио демократски принцип слободног посланичког мандата.⁶⁴

У области апстрактне контроле Уставни суд доноси одлуке којима укида неуставан или незаконит нормативни акт, односно, његова одлука делује од тренутка њеног објављивања у службеном гласилу (*ex nunc*). Ретроактивно дејство одлука Уставног суда у области апстрактне контроле није примењено, што је добро решење јер би правило „једном неуставан заувек неуставан акт“ могло да изазове хаос у правном поретку и несигурност свих субјеката права.⁶⁵

Апстрактној контроли уставности додата су овлашћења суда да оцењује уставност потврђених међународних уговора, као и да оцењује сагласност осталих нормативних аката са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима. Нова надлежност Уставног суда произашла је из монистичког концепта о односу унутрашњег и међународног права, јер „потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права део су правног поретка Републике Србије“. У хијерархији нормативних аката потврђени међународни уговори налазе се одмах испод Устава, јер они „не смеју бити у супротности са Уставом“ (чл. 194. ст. 4 Устава). Установљена надлежност Уставног суда може да отвори проблеме у погледу уставног и политичког капацитета органа извршне власт да закључују међународне споразуме. Овај тип судске контроле уставности уноси висок степен

64 Уставни спорови имају претежно „аутентично“ правно значење, али се не могу оспорити њихове политичке импликације или последице. С обзиром на уставне спорове, који су били решавани у пракси Уставног суда Србије последњих година, јасно је да су они захтевали „ново читање“ устава и уставних принципа у погледу граница и овлашћења којима располажу носиоци власти (све три гране и на свим нивоима власти, од централне до локалних власти). Зато данас можемо упасти у замку објашњавајући улогу уставног суда у домаћем систему, јер је у првој декади било примера да (благо речено) Уставни суд покаже "крајњу уздржљивост и бојажљивост пред ауторитетом скупштинске већине" (К.Чавошки). Уставносудску контролу не треба изоловати из система поделе власти, јер улога уставног суда сублимира и ову димензију. Међутим, то не значи подређеност политичким ауторитетима, већ потребу да се исти ауторитети "потчине" праву и да се обезбеди функционисање уставне и политичке демократије са очувањем равнотеже у уставном систему.

(О деловању Уставног суда Србије у првој деценији након доношења Устава видети: К.Чавошки, "Бојажљивост Уставног суда Србије", Правни живот, бр. 5-6, 1993, стр. 596; С.Вучетић, "Однос правног и политичког карактера контроле уставности закона", Правни живот, бр. 12, 1995, стр. 201-215)

65 Упор. Brünneck, W.R.v. "Admonitory Functions of Constitutional Courts – Germany: The Federal Constitutional Court", The American Journal of Comparative Law Vol. 20, No.3. (1972), p. 391

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

неизвесности код уговорних страна, како у току преговарања тако и приликом закључивања међународних уговора.

Питање које се отвара тиче се накнадне и апстрактне контроле уставности закључених и законом потврђених међународних уговора. У упоредној уставносудској пракси овај облик контроле уставности (*ex post* контрола) није уобичајен када се ради о међународним уговорима. Уставни савет Француске, на пример, ову надлежност реализује у претходној контроли уставности што представља део општег концепта претходне контроле у овом уставном систему. Са друге стране, европске државе које су успоставиле уставносудску контролу као облик накнадне контроле уставности, предвиђају неке форме претходног преиспитивања уставности, односно, временски ову контролу лоцирају на период пре потврђивања самог уговора.⁶⁶

Да се ова надлежност Уставног суда не би окренула против функције уставносудске контроле и утврђене хијерархије домаћих и међународних општих правних аката, модус за решење проблема могао би се пронаћи у самом Уставу Србије 2006. Уставни суд би могао да одлучује о уставности ових аката у поступку предвиђеном за „оцену уставности закона пре његовог ступања на снагу“ (чл. 169 ст. 1 Устава). Уколико се овај поступак примени и на међународни уговор, онда би у поступку потврђивања било допуштено да Уставни суд оцени уставност међународног уговора који је законом потврђен у Народној скупштини, али још увек није проглашен указом председника Републике. Текст споразума је интегрални део закона о потврђивању, па он тако може бити предмет оцене уставности како у формалном тако и у материјалном смислу, односно, он може бити предмет Уставом предвиђене претходне контроле уставности.

Осим накнадне контроле уставности, по први пут у српском уставном систему појављује се поменути модел претходне контроле уставности закона.⁶⁷ Закони који су изгласани у Народној скупштини могу

⁶⁶ Тако Устав Португала 1976 (чл. 278 ст. 1) предвиђа да Уставни суд одлучује о уставности закона о потврђивању међународног уговора пре потписивања указа о његовом проглашењу од стране председника Републике.

⁶⁷ Слично решење садржано је у Уставу Румуније 1991 (чл. 145 ст. 1), који допушта поступање Уставног суда у тзв. међуфази, односно, након изгласавања закона у парламенту а пре него што је он потписан од стране шефа државе. Међутим, када овај Уставни суд оцени закон у тој фази неуставним он се враћа парламенту на поновну дебату. Уколико оба парламентарна дома усвоје исти закон већином од две трећине посланика закон ће ступити на снагу. То значи да је у односима парламента и Уставног суда успостављена узајамност

бити предмет уставносудске контроле пре него што буду проглашени указом председника Републике.⁶⁸ Ова комбинација модела претходне и накнадне контроле може дати позитивне ефекте у будућности, али она садржи и једну замку. Тако, закон „чија је усклађеност са Уставом утврђена пре његовог ступања на снагу“ не може више да буде предмет уставносудске контроле.⁶⁹ Представници одређених парламентарних група могу да користе овај облик уставносудске контроле на начин да заштите „свој“ предлог од интервенције или контроле у будућности, односно, након проглашења и ступања закона на снагу. Олакшавајућа је околност да је претходни поступак профилисан као хитан поступак, односно временски ограничен на седам дана и мале су могућности, техничке и професионалне, да овај облик контроле буде предмет злоупотребе. У сваком случају, уколико закон буде проглашен „пре доношења одлуке о уставности“ (чл. 169. ст. 3) Уставни суд може да настави са поступком *ex post* апстрактне контроле уставности, што значи да је у овом случају примењено правило *ex officio* вођења поступка уставносудске контроле.

У погледу ове новине (комбинација претходне и накнадне контроле) изостало је детаљно уставно уређење правних последица које уставносудска одлука изазива у процесу претходне контроле уставности. Ако је циљ контроле да Уставни суд указује законодавцу на неуставност закона, онда је било пожељно оставити Уставном суду више времена од једне недеље, колико је Уставом предвиђено, за спровођење поступка контроле. Са дужим временским роком у погледу претходног испитивања уставности акта који није ступио на снагу одлука Уставног суда би могла да изазове парламентарну расправу и накнадну могућност да Народна скупштина отклони неуставност закона. Без овога уставно решење је остало недоречено, а парламент је и даље у позицији да одлучује по својој политичкој процени, тј. процени парламентарне већине, док је Суду остављено да у накнадном поступку контроле касира или укида неуставне акте парламента.

Најзначајнија новина је увођење уставне жалбе у систем заштите уставом гарантованих права и слобода. Уставна жалба гарантује

контроле, која укључује сувереност парламента у погледу законодавне надлежности. Слично овом је решење садржано у Уставу Португала 1976 (чл. 279 ст. 2).

68 Чл. 169. ст. 1. Устава 2006. гласи: „На захтев најмање једне трећине народних посланика, Уставни суд је дужан да у року од седам дана оцени уставност закона који је изгласан, а указом још није проглашен.“

69 Чл. 169. ст. 4. Устава 2006. гласи: „Поступак за оцену уставности не може бити покренут против закона чија је усклађеност са Уставом утврђена пре његовог ступања на снагу“.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

грађанима право да се директно обраћају Уставном суду ако су њихова права повређена појединачним актом или радњом државних органа и организација које врше јавна овлашћења.⁷⁰ Да би се остварила ефективна заштита, као и да Суд не би био затрпан захтевима по којима не може квалитетно да одговори, допунски услов за улагање уставне жалбе је да су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту. У овом случају Суд поступа као специјална и највиша судска инстанца одлучујући по жалбама грађана по принципу *inter partes*, што представља изузетак у погледу функције Уставног суда да одлучује *erga omnes*.⁷¹ Надлежност Уставног суда да одлучује о уставној жалби представља истовремено могућност да се функција уставносудске контроле испољи као „позитивна“ функција. Уставном суду се у овом случају отвара могућност тумачења уставом гарантованих права и попуњавања њихове позитивне садржине, док је у случајевима апстрактне контроле истакнута функција уставног суда као „негативног законодавца“.⁷²

Уставна жалба гарантована је и колективитетима, као што су јединице локалне самоуправе и покрајинске аутономије, које располажу правом да се жале ако се појединачним актом или радњом државног органа, покрајинског или органа локалне самоуправе нарушава "вршење надлежности" општине или аутономне покрајине. Осим тога, они располажу правом да покрећу поступак апстрактне контроле уставности када је законским или неким другим општим актом централних органа повређено право на локалну самоуправу и покрајинску аутономију. На овај начин, Уставни суд би требало да обезбеди принцип децентрализације, као и да решава компетенционе спорове између централних органа и органа аутономне покрајине, тј. локалне самоуправе.

70 Опширније о заштити основних права човека пред уставним судом видети: Д.Стојановић, "Уставно судство и заштита права и слобода човека и грађанина", Правни живот бр. 12, 1995, стр. 185-199

71 Ова надлежност Уставног суда могла би се назвати оценом „микро-уставности“ („the review of micro-constitutionality“). (Упор. G.Harutyunyan & A.Mavcic, *Constitutional Review and its Development in the Modern World: a Comparative Constitutional Analysis*, Yerevan-Ljubljana, 1999, p. 157)

72 У том контексту може се навести Келзеново виђење (1942) уставног суда који функционише у области апстрактне контроле уставности као "негативни законодавац" ("negative legislator"), док је функција "позитивног законодавца" препуштена парламенту. (Цитирано према: R.Hague & M.Harrop, *Comparative Government and Politics: an Introduction*, Palgrave Macmillan, 2004, p. 214)

Очекивана улога Уставног суда може да се развије само ако његове одлуке буду поштоване и спроведене. Проблем спровођења одлука уставног суда остаје отворен, јер његове одлуке не зависе само од органа надлежног за њихово спровођење већ и од политичког окружења, као и свести о важности и значају уставносудске одлуке. Правна формулација уставне одредбе да је „свако дужан да поштује и извршава одлуку Уставног суда“ (чл. 171 ст. 1) пружа само апстрактно широке гаранције у односу на претходно уставно решење које је предвиђало да, у случају потребе, Влада обезбеђује извршење одлуке Уставног суда (чл. 129 ст. 3 Устава РС 1990). Ново уставно решење је, у најмању руку, слабо да пружи озбиљне правне гаранције у погледу спровођења уставносудске одлуке. Док су одлуке парламента и владе подвргнуте посебном режиму правне заштите и грађани су дужни да се придржавају ових одлука, код уставног суда ствари стоје другачије. Одлука уставног суда има дејство према свима (*erga omnes*), али је она првенствено усмерена на носиоце власти. Они могу, што се у домаћем систему често дешавало, да донесу нови закон или други нормативни акт којим ће заобићи уставносудску одлуку и тако умањити значај функције уставног суда.

Осим надлежности побројаних у одељку о Уставном суду (Шести део Устава), Уставни суд располаже и другим надлежностима у складу са Уставом. Уставни суд одлучује о постојању повреде Устава од стране председника Републике,⁷³ на основу поступка за разрешење шефа државе који је покренула Народна скупштина на предлог једне трећине народних посланика (чл. 118 Устава). Коначну одлуку о разрешењу доноси Народна скупштина двотрећинском већином. Уставом уређени поступак разрешења председника Републике не упућује експлицитно на обавезу Народне скупштине да уставносудску одлуку уважи. Суд је само дужан да, најкасније у року од 45 дана по покренутом поступку за разрешење, одлучи о постојању повреде Устава. Са друге стране, „председник

73 Ова надлежност уставног суда позната је у европским системима који традиционално примењују уставносудску контролу. У неким од њих установљена је надлежност уставног суда да одлучује о кривичној одговорности других високих државних функционера, као што су министри. Утврђивање основа правне одговорности министара поверена је уставном суду у Немачкој, Аустрији и Италији. Уставни суд Аустрије изриче санкције против највиших државних функционера за законске повреде или кривична дела, која произилазе из њихове службене активности (чл. 142 Устава). Ова надлежност уставног суда простире се и на остале високе државне, савезне и земаљске функционере, као и представнике у органима Европске уније. До сада се овај правни институт у пракси појављивао једино када су у питању земаљски, а не и савезни функционери. (Gekürzte Wiedergabe des Kapitels "Der Verfassungsgerichtshof" aus Adamovich-Funk-Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Springer-Verlag, Wien New York, Bd. 2, 1998)

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Републике разрешава се због повреде Устава, одлуком Народне скупштине, гласовима најмање две трећине народних посланика“ (чл. 118 ст. 1 Устава). Реч је о кривичноправној одговорности високог државног функционера за кривично дело „повреде Устава“ чије биће није утврђено, док је скупштинској (политичкој) већини препуштено да коначно одлучи о разрешењу. Дакле, поступак разрешења подлеже процедури утврђивања основа правне одговорности за повреду Устава од стране Уставног суда, са једне стране, и изрицања правне санкције у облику разрешења на основу политичке одлуке парламентарне већине, са друге стране.

Надлежност Уставног суда у овом случају могла би се поставити као неспорна у парламентарној републици са свим елементима рационализације парламентаризма који су унети у нови Устав Републике Србије.⁷⁴ Мада је примарна улога Уставног суда да „прогласи право“ са нивоа примене принципа уставности и законитости, Уставни суд је укључен и у инструменте политичке равнотеже (checks and balances) са двоструким задатком: да обезбеди поштовање вредности изражених у уставу и да спречи уставне органе у покушају да прекораче успостављене границе њихове моћи.⁷⁵ Међутим, биће самог кривичног дела (повреда устава) није прецизно утврђено и оно оставља простора да се његова садржина попуни одређеним политичким елементима.⁷⁶ У систему

74 У земље које ову надлежност додељују Уставном суду спадају: Немачка (чл.61 Устава Немачке 1949), Аустрија (чл.142 Устава Аустрије 1929) и Италија (чл.134 Устава Италије 1948). Утврђивање одговорности шефа државе као надлежност уставног суда установљена је и у великом броју земаља Источне Европе: Бугарска (чл. 97 Устава 1991), Хрватска (чл.104 Устава 1990), Мађарска (чл.31А Устава 1949), Македонија (чл.87 Устава 1991), Словачка (чл.107 Устава 1992), Словенија (чл.108 Устава 1991) и Чешка Република (чл.65 Устава 1992). У неким од ових земаља председник је непосредно изабран од стране грађана (Бугарска, Хрватска, Словенија), док је у другим системима примењен модел тзв. парламентарног председника (Мађарска, Словачка, Чешка). (Упор. J.Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques (15^e Édition), Paris, 1997. p. 376; M.Lesage, Constitutions d'Europe centrale, orientale et balte (DF), Paris, 1995, p. 20)

75 Y.Mény & A.Knapp, Government and Politics in Western Europe: Britain, France, Italy, Germany, Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 329

76 Кривична дела везана за обављање председничке функције немају, осим уставног утемељења, одговарајућу разраду у кривичним законима. Зато на одређивање позитивне садржине инкриминисаних радњи утиче став правне теорије или чак политички став органа надлежног за утврђивање кривичне одговорности. Правна непрецизност и неодређеност често доводе до тога да се пропис о кривичној одговорности искористи или преформулише у основ политичке одговорности шефа државе. У француској правној теорији развила су се различита гледишта о томе шта чини садржину инкриминисаног дела „велеиздаје“ које председник изврши током обављања своје функције. Има мишљења да се под државном издајом може схватити сваки озбиљнији пропуст приликом испуњавања председникових обавеза, као, на пример, крупније грешке шефа државе или незаконито вршење члана 16.

независног и објективног судства са уставним гаранцијама, утврђивање кривичне одговорности шефа државе може довести у конфликт стручно одмеравање, са једне стране, и попуњавање правнополитичке садржине уставом утврђеног основа за правну одговорност шефа државе, са друге стране. У случају правне одговорности шефа државе за кривично дело „повреде устава“ које он изврши у току обављања своје функције, Уставни суд би требало да оствари обе стране своје функције, правнополитичку и судску: да обезбеди равнотежу у односима између носилаца власти и да стручно одмери постојање основа правне одговорности, чиме би се искључила могућност коришћења овог правног инструмента у политичке сврхе.

3. Закључна разматрања

Неопходно време за демократску транзицију у Србији је „исцурело“, а стандарди уставне демократије постављени су као иманентан услов за преговарање о приступању Европској унији. С обзиром да је Уставни суд Србије последњих година показао правни и професионални капацитет да одлучује о уставним стандардима у области поделе власти, неопходно је у јако кратком року отворити претпоставке да Суд буде активно укључен у област заштите основних права грађана. Нови Устав Србије (2006) отворио је формалне претпоставке за уставну жалбу, које нису биле предвиђене претходним уставним актом Републике Србије. У овој области се може очекивати активна улога Уставног суда, јер је то предуслов за стицање поверења код грађана у погледу уставом прокламованих основних права.⁷⁷

Следећи озбиљан задатак у реализацији уставносудске контроле превазилази строге националне оквире. У поступку европске интеграције Уставни суд ће бити активан учесник у имплементацији и хармонизацији правног поретка Србије са правом Европске уније. Пред уставне судове земаља чланица Уније, нарочито нових, постављени су значајни задаци у погледу усаглашавања националног законодавства са правом Уније, заштитите основних права и примене Европске конвенције о заштити

Устава, који се односи на његова овлашћења у ванредним околностима. Тумачење и садржинско одређивање дела „велеиздаја“ наводи на несумњиву везу политике и права. M.Duverger је написао: "Реч је о политичком преступу, који се састоји у злоупотреби дужности путем радњи противних Уставу и вишим интересима државе." (M.Duverger, *Le système politique français*, Paris, 1985, p 254)

⁷⁷ Видети: International Conference "Role of the Constitution in Building a State Governed by the Rule of Law" (report), European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Baku, Azerbaijan, 2005

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

људских права и основних слобода, као и преношења одређених надлежности са нивоа националних власти на ниво органа Уније. То захтева сталну сарадњу између националних судова (уставних и редовних судова који се баве уставносудском контролом), Европског суда правде и Европског суда за људска права.⁷⁸

Уколико се у свом развоју Уставни суд брзо не ослободи елементарних питања у погледу арбитража између различитих носилаца власти и успостављања равнотеже у подели власти, не може се очекивати да уставносудска заштита буде ефикасна на овом трећем претпостављеном и очекиваном нивоу контроле. Услов да би се томе приступило је не само да су решени елементарни спорови у области поделе власти, већ и да је успостављен ефикасан механизам уставносудске заштите основних права грађана, са применом уставне жалбе и потенцијално индивидуалних петиција грађана на уставност закона. На овај начин била би остварена уставна гаранција једнакости грађана пред законом у погледу отвореног приступа уставном суду и другим уставним органима.

78 Видети: International Conference "The Position of Constitutional Courts following Integration into the European Union" (report), European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Bled, Slovenia, 2004

Dr. Irena Pejić, LL.D
Associate Professor
Faculty of Law, University of Niš

**CONSTITUTIONAL REVIEW AND THE AUTHORITIES OF
THE CONSTITUTIONAL COURT: THE CONSTITUTION OF SERBIA
2006**

Summary

The constitutional court has a very important role in the protection of constitutional democracy. Whereas the constitution provides a normative framework for the operation of the constitutional system, the constitutional court has an active role in achieving and implementing the principles of constitutional democracy. The constitutional court performs this function in collaboration with all participants in the legal and political system. Although the constitutional review in Serbia did exist in the period of the socialist constitutionality, as well as in the first Serbian Constitution (1990), the new Serbian Constitution of 2006 provides a wider legal framework for the operation of the constitutional court.

This paper is structured in two parts. In the first part, the author observes the position of the constitutional court as a safeguard of the constitution, including its *modus operandi* in a contemporary constitutional democracy. In the second part, the author analyses the powers of the Constitutional Court of Serbia within the legal framework provided by the new Serbian Constitution, primarily including the authority to rule on constitutionality and legality in abstracto but also regarding the new authorities of the Constitutional Court to decide on constitutional complaints submitted by citizens and review the legal grounds for establishing the accountability of the head of state. Expanding the scope of authorities of the Constitutional Court should enable that this body of authority attain the position of a genuine safeguard of the Constitution in the young Serbian democracy. The basic authority of the Constitutional Court in respect of providing an abstract control of constitutionality and legality has been expanded in compliance with the hierarchy of legal acts in the legal system of the Republic of Serbia, as envisaged in the Constitution. The universally accepted international law rules and the ratified international agreements are part of the unified legal order; in the hierarchy of legal acts, they come immediately after the Constitution.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

The presumed function of the Constitutional Court and a full exercise of its constitutional authorities may be developed only if the Constitutional Court decisions are observed and implemented. However, the problem of implementing the constitutional court decisions remains open because it does not depend merely on the statutory regulation on the execution of these decisions. As the Serbian constitutional system operates on a generalized legal formulation without specifying a competent body of authority, the observance and the implementation the constitutional court decisions will greatly depend on the political awareness of the relevance and significance of constitutional judicial control in preserving the constitutional democracy. The parliamentary and governmental decisions are subject to a special regime of legal protection, and the citizens are obliged to observe them. However, the situation is quite different with the Constitutional Court decisions. Despite the fact that a constitutional court decision has an erga omnes effect, it is primarily aimed at the authorities in power. In turn, the authorities may pass a new act of parliament or some other normative act contrary to the constitutional court decision and, thus, diminish the significance of the constitutional court control, which has already happened in the domestic legal system.

Key words: Constitutional Court, constitutional judicial control

Tanja Karakamisheva, PhD
Associate Professor on the Constitutional Law and Political System
Law Faculty “Justinianus Primus” – Skopje, Republic of Macedonia

UDK: 342.4(4-672EU)

EUROPEAN CONSTITUTION – DILEMMA’S AND PERSPECTIVES

Summary

Generally, in Europe exists a number of academic and legal opinions that claims that European Union already has a constitution. Actually, it is not a constitution in the formally conventional sense, but rather material constitution that speaks to those social practices that are regarded as the basic norms of the European society. The Court of Justice and national constitutional courts have developed the means to determine the contents of this material constitution of the Union out of the basic constitutional materials (the founding Treaties and the common national constitutional traditions).

So, it is not the Constitution in the traditional, rather static sense of “constitution” being the legal foundation of a classical State. On this basis, the European Constitution is in the making process since the fifties of the last century. Talking about the elements and structure of the European Constitution, thus, includes the national and European level of what is seen as one composed constitutional system, serving the interests of the citizens of the member-states

Key Words:, European Union ,European society, Constitution

1. Basic remarks about the European need of a Constitution

Generally, in Europe exists a number of academic and legal opinions that claims that European Union already has a constitution. Actually, it is not a constitution in the formally conventional sense, but rather material constitution that speaks to those social practices that are regarded as the basic norms of the European society.¹ The Court of Justice and national constitutional courts have

¹ Habermas, Grimm, Menéndez and Möllers remind us of an important three distinctions in the conceptualization of a democratic constitution: a material constitution, a formal constitution and a constitution in the normative sense. This means that a constitution not only has to be written and effective, but also has to be connected to democratically enacted law. It has to stems from the people and can be amended by them. The EU have already a few constitutional Treaties: Treaty of the European Coal and Steel Community (1951), Treaties of Euroatom and the European

developed the means to determine the contents of this material constitution of the Union out of the basic constitutional materials (the founding Treaties and the common national constitutional traditions).

So, it is not the Constitution in the traditional, rather static sense of “constitution” being the legal foundation of a classical State. On this basis, the European Constitution is in the making process since the fifties of the last century. Talking about the elements and structure of the European Constitution, thus, includes the national and European level of what is seen as one composed constitutional system, serving the interests of the citizens of the member-states.²

Some analysts, like Maduro, for example, find that existing material constitution is the best constitution that the EU can ever get. Following this main point, Dieter Grimm goes further in explanation that since there is no European people there can be no European constitution.

Referring to the fact that the European Union does not have European people and cannot constitute a state in the classical sense of the word, some academics argued that the EU would not need a Constitution.³

But, other side of this logic is that, by establishing progressively the European Union through their respective national institutions, these citizens have defined themselves as citizens of the Union, and added a new, European, identity to their national, regional and local identities. The citizens will and must be the ones who may or may not agree on the re-arrangement of the division of powers between the member-states and the Union, on the revision of the institutional structure of the Union, as well as on the common values and fundamental rights to be made a binding foundation of the Union.

Joseph Weiler focuses on the risk that a constitution in a formal sense—especially if there were some attempt to depart from the international law basis of the current arrangement and to assert that the EU could be legitimated via popular participation at the present stage of its development—would upset the

Economic Community (1957) as a Founding Treaties. See: *Developing a Constitution for Europe*, Edited by Erik Oddvar Eriksen, John Erik Fossum and Agustin José Menéndez, Routledge Studies on Democratizing Europe, Taylor & Francis Group, London and New York.

2 See: I. Pernice, “Multilevel constitutionalism in the European Union”, *E.L.Rev.*, page 511-529, especially at 514-516, (2002).

3 Not only academics were skeptical about the opportunity of existing the totally new formal Constitution, but also the Eurobarometer findings in February 2004 showed that for the total of 25 countries, 62% of all respondents agreed that their country had to get ready to make concessions in order to enable the constitution of the EU come into life.

See: European Commission, *Flash Eurobarometer. The Future European Constitution*, February 2004, in: www.europa.eu.int/com/public_opinion/flash/fl159_fut_const.pdf.

delicate constitutional balance based on “tolerance” which he identifies as the basis for the EU at the present stage.⁴

Why, then, do so many Europeans favor the drafting of a constitution for the European Union?

As many analytics have said, the Laeken mandate for the Constitutional convention contained, in fact, little direct focus on the constitutional question, but provided instead a general analysis of the “state” of the European integration process and its challenges, with special emphasizes on the four main issues:

- re-defining the competences of the EU, or what is the European Union and what functions ought it to serve (sets up institutions, their decision-making procedures and the conditions according to which the persons responsible are elected and nominated);

- status of the Charter of Fundamental Rights, because it is hard to imagine a modern liberal polity with constitutional pretensions without some form of bill of rights as a definitive statement of social, political and civic values,

- existing treaties have to be merged to one unique treaty, consolidated and simplified, and

- role of national parliaments.

The special point of those questions is the goal of transparency.

There are aspects of the existing constitutional law of the EU, which have escaped logical explanation, such as the system governing the attribution, exercise and control of competences, or which are generally accepted not to be working particularly well, such as the concept of subsidiarity. It is important not to confuse the proportion that the EU has a constitutional framework with the debate about whether Europe ought to have a Constitution.

⁴ He argues that, “constitutional actors in the member-states accept the European constitutional discipline not because, as a matter of legal doctrine, as is the case in the federal state, they are subordinate to a higher sovereignty and authority attaching to norms validated by the federal people, the constitutional demos. They accept it as an autonomous voluntary act, endlessly renewed on each occasion, of subordination, in the discrete areas governed by Europe to a norm which is the aggregate expression of others wills, other political identities, other political communities”. See more in: *The Covention on the Future of Europe, Working Towards an EU Constitution*, Jo Shaw, Paul Magnette, Lars Hoffinan & Anna Vergés Bausili, The Federal Trust for Egucation & Research, page50.

The main objective of the so called European Constitution must be to obtain a text which-as it has been emphasized by Jacques Chirac⁵-can be called a constitution, while it would not be the legal foundation of a “super-State”, as Tony Blair has underlined⁶, or of a “federation of nation-States”, a description originally proposed by Jacques Delors, and taken up by many others including the presidents Carlo Azeglio Ciampi⁷, Johannes Rau⁸, and, in a slightly different way, Joschka Fischer.⁹

2. Reality of the project “Constitution of Europe”

Signed in Rome on 29 October 2004, the “Treaty establishing a Constitution for Europe” marks a significant step forward toward the overall level of “codification” of the EU core documents. Notwithstanding the inherent unpredictability of the ratification process that might last, the European Union has begun a new chapter in its history. Almost fifty years after the conclusion of the Treaties of Rome, this stage constitutes the “second founding moment of Europe”.¹⁰

Why the EU pursue the project of a Constitution for Europe? This question is interesting to be seen from three angles:

1) accomplishing immediate political goals of the EU, although it is clear that original political aims of EU have lost much of their relevance,

2) dilemmas stemming from virtually irreversible decisions of the past (to put an end to the bloody history of warfare between European nations), and

5 J.Chirac, Notre Europe, Speech to the German Bundestag, 26 June 2000, online:www.elysee.fr.

6 T. Blair, A Larger, Stronger, more Democratic Europe, Speech to the Polish Stock Exchange, Warsaw, 6th October 2000, online:www.number-10.gov.uk.

7 President C.Ciampi, Speech at Leipzig University, 6th of July 2000, and Speech at the ISPI, 3th of July 2001, both reported in: A.Battaglia/G.B.Grimaldi, An Overview of Leader’s Statements, in: EuropEos (ed), Institutional Reform in the European Union:Memorandum for the Convention, 2002, page 225.

8 President J. Rau, Speech to the European Parliament, 4th of April 2001, reported in: A.Battaglia/G.B.Grimaldi, supra, note 16, p.233.

9 J. Fischer, Vom Staatenverbund zur Federation-Gedanken über die Finalität der Europäischen Integration, FCE-Spezial, 2/2000, www.whi-berlin.de/fischer.htm.

10 See: Ludger Kuhnhardt, “From national identities to European Constitutionalism”, Discussion Paper C141, Center for European Integration Studies, University of Bonn, 2004. American historian Joseph Ellis has coined this term to characterize the completion of the American constitution in 1787, about half a generation after the United States had gained her independence in 1776. In the US, the work of the “Founding Fathers” was followed by the success of the “Founding Brothers”. See: Joseph Ellis, Founding Brothers. The Revolutionary Generation, New York:Knopf 2000, p.9.

3) the straightforward economic argument that a unified Europe was the surest path to growth and welfare.

Since the Coal and Steel Community of 1951, and the subsequent formation of Euratom and the European Economic Community of 1958, more and more countries have become gradually integrated through the free exchange of people, goods, services and capital between them—a process now completed by the single market and single currency.

The European Union frames an ever denser network of trade-relations, “foreign” direct investment, financial transactions and so forth. Alongside the United States of America and Japan, Europe has gained a rather strong position within the so-called Triad. Thus the rational expectation of mutual benefits within Europe and of differential competitive advantages on world markets could, to date, provide a legitimation “through outcomes” for an ever-closer Union.¹¹

The project “European constitution” opens a new chapter for European future and identity. It begins to “constitutionalize” the European integration process and to give new meaning to the search for political finality of this process without providing final, consistent and comprehensive answers yet.

In order to enter into force on 1 November 2006, as originally designed, the European “Constitution” had to be ratified by all member-states before this concluding date. In the event this fails, according to Article 447-IV of the Constitution, it would enter into force on the first day of the second month following the deposit of the instrument of ratification by the last signatory member-state.

It is completely understandable that in a twenty-five member Union the risk of some member states failing to ratify the Constitutional Treaty is high.¹²

The question of not accomplishing the whole ratification of the Constitutional Treaty has definitely been discussed and considered during the drafting of the Treaty, both formally and informally.

The Article 447, as well as Declaration 30 annexed to the Treaty, refers to this issue. However, the creators of the so-called Constitution of Europe did not create an alternative plan in case of problem about the ratification process.

11 Jürgen Habermas, *Why Europe needs a Constitution?*, *New Left Review* 11, September-October 2001.

12 Interesting comments see in: http://news.bbc.co.uk/1/hi/talking_point/4592431.stm.

If the agreed among the Member-States is not realizing, the creators of the Treaty will find themselves in a very unpleasant situation concerning the fact that substitute course of action had been left undecided.

According to the opinion of the most analysts, the compromise already reached in the "Constitution" is already enormous, that the member-states are not prepared to go forward one step more. On the other hand, such an omission could be intentional.¹³

So, the official alternative plan, in case of unsuccessful ratification in all member-states of the EU of the existing version of the European Treaty, does not exist. It is true that in the politics of the states which are traditionally eurosceptics exists enormous dark scenarios about the Constitutional Treaty of the EU, and its future. Especially, after the negative referendums for the draft-version of the Treaty in France and Holland, and the United Kingdom "pushed aside", the situation with the "Constitution" become even more dramatic¹⁴

What is happening in the EU about this issue can not be defined as catastrophe yet, but still can be marked as a beginning of discussion intensified period, with different proposals and options.

The ratification crisis about the Constitutional Treaty can not be explained only with the analyses of the politics of the two or three of the 27 EU member-states.

The agencies which are following and researching the public opinion of the EU citizen's, notices that the defeat of the "Yes" campaigns for the Constitutional Treaty is, per se, manifestation of popular distrust for the governments of France and Holland, or, a product of the low standing of

13 See: Chrysoula Diakatou, "What Happened To The Treaty Establishing A Constitution for Europe?", Intern, ELIAMEP, 14 July, 2005.

The crisis over constitution-making itself that was brought about by the EU Heads of States and Governments in December 2002, who were unable to find agreement on the draft Constitutional Treaty. The Constitutional Convention has presented the draft to them in June 2003 until last minute compromises were found in the summer of 2004, which were face-saving although not uplifting.

14 See: Brussels in Crisis, EU Summit Collapse is "Historic Failure", by Hans-Jurgen Schlamp and Frank Dohmen, <http://service.spiegel.de/cache/international/spiegel/0,1518,361374,00.html>

Jacques Chirac, the French ex-president, and Jan Balkenende, the Dutch prime minister.¹⁵

According to some opinions, the popular distrust is a result of citizen's dissatisfaction about the new restrictions on national sovereignty. On the other hand, the main reason for the popular distrust is the EU rapid enlargement with new member-states which created the European system with many failures. Nevertheless, European commissioners are persistable about the future enlargement of the EU.

After any kind of a positive signal for possible further enlargement of the EU, there are huge negative reactions from the citizen's of the EU on this issue.

For example, for every European citizen Turkey is known as a country with cheap labour and market. If one day Turkey become a new member-state of the EU, that will in practice mean that those elements of the Turkey economy will be involved into the European system. For this reason, the European leaders will have to think more carefully whether continued "chaotic expansion into the east" could bring about the collapse of the European house itself.¹⁶ And what is France if not the cornerstone of that house?

The initial reaction in Brussels after two consecutive rejections of the European Treaty by referendums was that the ratification process should continue in order for all member-states to have the chance to express their will about the Treaty. There was a general agreement about the need for continuing the ratification process of the Treaty.¹⁷

Suspending the process would leave the EU in a state of uncertainty and would make it more difficult to determine the reasons for the current crisis, and, therefore, possible ways to emerge from it. EU leaders seem willing to stick to their initial commitments towards the Treaty, but they can not find a proper way through which to accomplish such an objective. It is obvious that the European's political elites have only themselves to blame for what has happened.

15 See: YaleGlobal Online, Mikhail Gorbachev and Alexander Lebedev, "The Cracks in Europe's Expanding Empire", The Financial Times, 26 July 2005, <http://yaleglobal.yale.edu/display.article?id=6063>.

16 Ibid, <http://yaleglobal.yale.edu/display.article?id=6063>.

17 Joint Declaration:IP/05/627&Joint Statement:IP/05/653.

They were victims of their own "Europhoria"¹⁸, which has made them deaf to the rising popular revolt against the general European policy that subordinates all human concerns and needs. It is obvious that the process of suspending the constitutional referendums in other member-states is more than real.

But, at the same time, we cannot dismiss those who find many arguments in favour of ending the ratification process. There are numerous pros and cons both in continuing the process and in definitively suspending it. Mid-way between the two, some Europe's leaders will chose much more practical option: to neither continue the process nor suspend it for good, but rather to suspend it temporarily but indefinitely. This practicly means doing nothing, or, allowing to every member-state whatever it wants. The lack of instruments or mechanisms in the European Treaties for reaction in this concrete situation, open "the air" of buying the time for leaders whose credit is running low.

Now that the great virtue of the text, the unanimity of the 27 member-states, has been demolished from the ground up by the citizens as irritated with their own governments as with Europe itself, the time has come to decide what EU want to do: another Constitution consisting of a mishmash of principles, existing treaties and practical policies? A temporary arrangement to get out of a tight spot with pragmatic policies Or a true political union?¹⁹

Renegotiating the Constitutional Treaty is impossible mission, because it is already a result of a huge compromise between the member-states. Aware of this situation, the European think tanks produce numerous scenarios about the future of the Treaty. Proposals ranged from the least possible option of a renegotiation of the Constitutional Treaty, to the most likely scenario of a so called "Treaty-of-Nice-Plus". There have been many proposals on selecting some "good things" from the Constitutional Treaty and make them happen anyway, procedure so called "cherry-picking".²⁰

18 Diana Johnstone, "Revolt or Revolution? The French are At It Again", Paris, France, April 26,2005, <http://www.counterpunch.org/johnstone04262005.html>

19 The question underlying the solution to the crisis is whether certain governments, including those of France and the Netherlands among others, believe that the strategy for regaining the legitimacy of the EU necessarily means that the Union will have to settle for accomplishing less: a smaller budget, a smaller internal market, less immigration, more modest ambitions, less liberalization, an even, some would say, less monetary union. See: Jose I. Torreblanca, "A "Plan B" for the European Constitution: Looking the Other Way", Real Instituto Elcano, ARI No 77/2005.

20 About this procedure see more: Sebastian Kurpas, "What Could be Saved from the European Constitution if Ratification Fails? The Problems with a "Plan B", CEPS, Brussels, May 2005.

However, most of the Constitutional Treaty provisions cannot be applied informally. Therefore one of the possible variant in the future about the Constitution will be organizing a mini-intergovernmental conference in which it will be deciding upon amendments to the Treaty of Nice.

The Heads of State and Governments failed to reach an explicit agreement both on the current status and on the future of the Treaty, but, they realize that a period of reflection and wide debate in member-states is necessary since it is impossible to proceed as if nothing has happened with ratification process. Any decision other than to suspend the ratification process would widen the gap between the political class and the citizens.

3. What's wrong with the Constitutional Treaty?

The EU is facing a major crisis about the Constitutional Treaty that will hardly respond to small measures. In principle, it was the Union grand attempt at founding itself anew. However, in the opinion of many, the European Constitution rationalized what was already in existence and offered a number of improvements, but also many things they find wrong.

No one in European Union is quite sure what it is this document. Jurists point out that it is just another international Treaty, not a real Constitution. But since it has been presented to the public as a Constitution, people naturally judge it as such.

It is extremely long document, 482 pages in the English version, in four main sections totaling 448 articles, plus an endless series of annexes and protocols. This make it hard to understand and much harder to accept.

Unlike any normal Constitution, it goes beyond defining institutional structure to spell out in considerable detail the policies the European Union must follow.

Does Europe in its present shape meet the conditions necessary for the establishment, not simply of a confederation, but a federation of nation-states as cited in Constitution? The EU must address first the familiar objections of the Eurosceptics, and then deal more specifically with some of the prerequisites for a Union that would assume at least some qualities of a state.

As it is familiar, Eurosceptics reject a shift in the basis of legitimation of the Union from international treaties to a European constitution with the argument, "European Demos does not exist". According to this view, what is missing is the very subject of a constituent process, the collective singular of "a people" capable of defining itself as a democratic nation, although a nation of citizens must not be confused with a community of fate shaped by common descent, language and history. Europe has to challenge the myth of the missing demos as the root cause for its inability to generate a sufficiently solid public sphere.

Europe will have to resort continuously to pragmatism that argues in favor of issues and challenges of a future-oriented nature as first priority instead of becoming trapped by ghosts of past divisions. In the early 21st century, these ghosts still exist and could be revived easily. It is thus all the more a question of responsible political leadership to guide the European body politic during the next periods of its development. Such guidance could help further transformations of European identity. These transformations would not be the result of theories of integration, but rather of responses to concrete challenges.

This confusion fails to capture the voluntaristic character of a civic nation, the collective identity of which exists neither independent of nor prior to the democratic process from which it springs. Such a civic, as opposed to ethnic, conception of 'the nation' reflects both the actual historical trajectory of the European nation-states and the fact that democratic citizenship establishes an abstract, legally mediated solidarity between strangers.

The Constitution is "concluded for an unlimited period" and can be amended only by an extremely tortuous process requiring unanimity of all member-states. The "security and defense policy" is tied to current U.S. foreign policy doctrine, notably by the stress on combating "terrorist attacks" and on military contributions to the "fight against terrorism".

The EU Charter of Rights falls short of both the Universal Declaration of Human Rights and most Western European national constitutions, including those of France, Germany, and Italy.

One thing is clear.

The European Constitutional Treaty is not a revolutionary document. In fact, paradoxical as it may seem, the Maastricht Treaty brought a supranational constitution, but not a political union. For this reason, the best thing about the constitutional text was simply the fact that it existed.

4. Conclusion

The EU is facing a huge crisis which it will be difficult to overcome without concrete and more serious strategy of action. The European Constitutional Treaty is qualified as a step forward in the process of (re)anew of the EU infrastructure. However, in opinion of many, this Treaty is more of a judicial re-hash than a truly new constitution. It is obvious that the EU will go on functioning according to most recent of its treaties, the Treaty of Nice, until 2009.

The juridical situation will be unchanged. Politically, the French and the Dutch “no” will create a salutary shock wave through Europe. The prospect will open to enact radical transformation in the foundations of the EU-upwards social harmonization, the universal right to social services, a progressive industrial policy, dissolution of NATO, etc. In this meantime period, the EU has the obligation to be concentrated on three questions:

first, creation of so-called functional federalism, incremental progress towards political union. The most important legitimacy test for the European Union during the next decades will be whether or not it contributes to reconciliation of differences while at the same time generating strength through shared interests and future-oriented common perspectives;

second, striving to combine social and economy concerns with global liberalization and economic efficiency and

third, the consolidation and strengthening of the EU position in the world. European Union should worry about its capacity for influencing the path of global developments in the 21st century. The world might well live with a weak Europe, but Europe might not be happy to live with the consequences for itself.

The future of the Constitutional Treaty indeed remains uncertain.

No one is able, at this stage, to say with certainty whether the Constitutional Treaty is “dead or alive”. One thing is for sure-EU leaders have to work hard in order to regain the confidence of the public opinion. And that is the hardest task to do...

Др Тања Каракмишчева, ванредни професор
Правни факултет „Јустинијан Први“
Република Македонија

ЕВРОПСКИ УСТАВ – ДИЛЕМЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ

Начелно, у Европи постоје академска и стручна мишљења према којима Европска унија већ има свој устав. То, заправо, није устав у формалном, конвенционалном смислу, већ устав у материјалном смислу који отеловљује оне социјалне норме које се сматрају као основне норме европског друштва. Европски суд правде и национални уставни судови развили су средства опредељивања садржине овог материјалног устава Уније из основних уставних материјала (оснивачких уговора и заједничке уставне традиције).

Дакле, овај устав није устав у традиционалном, статичком смислу, као правни темељ класичне државе, већ творевина која је још од педесетих година прошлог века у процесу настајања. Разматрање елемената и структуре европског устава зато подразумева и национални и европски ниво онога што чини сложени уставни систем, а што треба да служи интересима грађана држава чланица.

Проф. др Наташа Стојановић, ванредни професор
Правни факултет, Универзитет у Нишу

УДК:347.65/68:347.955

ВАНРЕДНИ ПРАВНИ ЛЕКОВИ У ПОСТУПКУ ЗА РАСПРАВЉАЊЕ ЗАОСТАВШИНЕ У ФУНКЦИЈИ ОСТВАРИВАЊА ПРАВА НА ПРАВНИ ЛЕК¹

Апстракт

Поступак за расправљање заоставштине покреће се и води по службеној дужности у циљу утврђивања наследноправних дејстава смрти одређеног лица, као и ради одређивања мера за заштиту заоставштине и обезбеђивања права оних субјеката који у њему учествују. Овај специјални метод правне заштите начелно пружа довољно могућности и гаранција да се то и оствари и донесе законита одлука. Колико год оставински суд пажљиво проверавао чињенице и оцењивао доказе, предложене од стране заинтересованих лица, или оне које је сам прибавио о томе ко су наследници, какав је садржај и обим њихових права, шта све чини заоставштину итд., могуће је да он учини неправилности у поступку за расправљање заоставштине и приликом доношења одлуке. "Грешке" суда могу се исправљати изјављивањем редовних правних лекова и ванредних правних лекова. То право учесницима оставинског поступка гарантује и нови Устав Републике Србије (чл. 36, ст. 2).

Предмет овога рада јесу ванредни правни лекови који се могу изјављивати против одлука донетих у поступку за расправљање заоставштине. Наша пажња је нарочито фокусирана на истраживање праксе надлежних судова у погледу примене ових правних средстава, као интегралног и нераздвојивог дела јединственог система правне заштите.

Циљ рада јесте да се кроз анализу судске праксе сагледа обим примењивости ванредних правних лекова у оставинском поступку, разлози због којих се они најчешће изјављују, остваривање права на суђење у разумном року и степен заштите права наслеђа употребом ових правних средстава.

Кључне речи: ванредни правни лекови, оставштина, систем правне заштите, оставински поступак

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту "Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије", бр. 149043Д, који финансира Министарство науке и заштите животне средине Републике Србије.

Увод

Поступак за расправљање заоставштине покреће се и води по службеној дужности у циљу утврђивања наследноправних дејстава смрти одређеног лица, и ради одређивања мера заштите заоставштине и обезбеђења права оних субјеката који у њему учествују. Овај специјални метод правне заштите, начелно, пружа довољно могућности и гаранција да се то и оствари и донесе законита одлука. Колико год оставински суд пажљиво провераво чињенице и оцењивао доказе, предложене од стране заинтересованих лица, или оне које је сам прибавио о томе ко су наследници, какав је садржај и обим њихових права, шта све чини заоставштину итд., могуће је да учини неправилности у поступку за расправљање заоставштине и приликом доношења одлука. "Грешке" суда могу се исправљати изјављивањем редовних правних лекова и ванредних правних лекова. То право учесницима оставинског поступа гарантује и нови Устав Републике Србије (чл. 36, ст. 2).²

Предмет овога рада јесу ванредни правни лекови који се могу изјавити против правноснажних одлука донетих у поступку за расправљање заоставштине. Наша пажња је нарочито фокусирана на истраживање праксе надлежних судова у погледу примене ових правних средстава, као интегралног и нераздвојивог дела јединственог система правне заштите.

Циљ рада јесте да се кроз анализу праксе Врховног суда Србије, Општинског и Окружног суда у Нишу сагледа обим примењивости ванредних правних лекова у оставинском поступку, разлози због којих се они најчешће изјављују, остваривање права на суђење у разумном року и степен заштите права наслеђа употребом ових правних средстава.

Који се ванредни правни лекови могу изјавити против правноснажних одлука донетих у оставинским стварима?

Закон о ванпарничном поступку Републике Србије,³ у делу посвећеном поступку за расправање заоставштине, само фрагментарно уређује проблематику ванредних правних лекова којима се може контролисати законитост правноснажних решења донетих у оставинским

² "Сл. гласник РС", бр. 98/2006.

³ "Сл. гласник СРС", бр. 24/1982, 48/1987. У продужетку рада, за овај законски текст, биће коришћена и скраћеница ЗВПРС.

стварима. Оно што је евидентно, српски законодавац дозвољава могућност употребе наследноправних захтева после правноснажности решења о наслеђивању (чл. 128-130 ЗВПРС), а забрањује понављање оставинског поступка (чл. 29, ст. 2 и чл. 131 ЗВПРС). Употреба неблаговремене жалбе (чл. 21 ЗВПРС) и ревизије (чл. 27, ст. 2 ЗВПРС) предвиђене су у општим ванпарничним процесним правилима о ванредним правним лековима, док је примена захтева за заштиту законитости и директне ревизије могућа на основу чл. 30, ст. 2 ЗВПРС, који упућује на одговарајуће одредбе Закона о парничном поступку Републике Србије,⁴ посвећене овим контролорима законитости судских одлука.⁵

Ванредни правних лекови у оставинским стварима које регулише Закон о ванпарничном поступку Републике Србије

а) Наследноправни захтеви после правноснажности решења о наслеђивању

Накнадно пронађена заоставштина

Питање састава заоставштине не мора да буде у току оставинског поступка расветљено до краја и у целини. Могуће је, наиме, да се после правноснажности решења о наслеђивању сазна да заоставштину чине и нека друга имовинска права, осим оних наведених у диспозитиву ове судске одлуке.⁶ У таквом случају, ЗВПРС (чл. 128, ст. 1) прописује да о новопронађеној заоставштини оставински суд неће поново расправљати, већ ће њу расподелити универзалним сукцесорима оставиоца, према величини њихових наследних делова, већ раније утврђених решењем о наслеђивању.

Уколико је садржину диспозитива решења о наслеђивању чинио и споразум наследника о деоби наследства и начину деобе наследства, он није, по правилу, суду главни оријентир у подели накнадно пронађене

4 "Сл. гласник РС", бр. 125/2004. У продужетку рада биће употребљена и скраћеница ЗПП.

5 Видети одредбе ЗПП које се односе на захтев за заштиту законитости (чл. 413-421) и директну ревизију (чл. 389-393).

6 У теорији има мишљења да правнотехнички израз "накнадно пронађена заоставштина" треба да обухвати, заправо, све делове заоставштине који нису садржани у диспозитиву решења о наслеђивању, без обзира на то када се сазнало за њихово постојање, пре или после правноснажности решења о наслеђивању. Видети Ј. Црнић – М. Дика – Б. Хрватин – О. Јелчић – Т. Јосиповић – Ј. Матко Руждјак – З. Кохарић, Ново наследноправно уређење, Загреб, 2003, стр. 232-233. Ова констатација је сасвим на месту, уколико је било пропусти суда или је омашком учесника оставинског поступка пропуштено да се у диспозитиву решења о наслеђивању унесу сви релевантни подаци о саставу активе заоставштине.

заоставштине, осим ако за тако нешто не постоји сагласност наследника оставиоца.⁷ Они такође могу претходно сачињени споразум о деоби наследства и начину поделе, уколико она није и реализована, кориговати и новим споразумом обухватити и накнадно пронађену заоставштину.⁸

Ако су оставинску масу одређеног оставиоца чиниле само покретности, а нико од учесника оставинског поступка није тражио расправљање заоставштине, до расправе заоставштине може доћи накнадно, уколико се за одређене непокретности утврди да су припадале оставиоцу. Тада је оставински суд дужан да *ex officio* покрене поступак за расправљање заоставштине (чл. 128, ст. 2 ЗВПРС). Заоставштину оставиоца биће такође накнадно расправљена и уколико се утврди да су одређена покретна добра припадала оставиоцу, а само расправљање заоставштине захтевају заинтересована лица. До расправљања заоставштине доћи ће и када само неко од заинтересованих лица то тражи, а остали се томе неprotиве.⁹

Будући да често оставинску масу могу чинити само покретне ствари, које по својој вредности могу знатно премашити вредност појединих непокретности, не видимо ваљан разлог да се оставински поступак, накнадно, после правноснажности решења о наслеђивању покрене по службеној дужности, када су оваква наслеђена добра у питању. Када је реч о покретностима мање вредности, ту треба задржати решење о покретању оставинског поступка, на предлог лица која имају наследноправни интерес за то.¹⁰

Накнадно пронађена добра оставиоца могу са још једног аспекта бити интересантна у наследноправном смислу. Наиме, могуће су ситуације да се наследник, у току поступка за расправљање заоставштине одрекне права наслеђа. Он ће, по слову закона, уколико се накнадно пронађу оставиоочева добра, бити позван да дâ изјаву о томе да ли он прихвата њихов део или не. Уколико његов одговор буде потврдан, биће упућен на

7 У том правцу гласи и одлука Врховног суда Србије, Рев. 444/85. Наведено код: В. Тодоровић – Р. Кулић, *Наследно право и ванпарнични поступак у пракси*, Београд, 1996, стр. 452.

8 М. Креч –Ђ. Павић, *Коментар Закона о наслеђивању са судском праксу*, Загреб, 1964, стр. 749.

9 М. Креч –Ђ. Павић, *op. cit.*, стр. 749-750.

10 Такво решење садржано је и у чл. 140, ст. 4 Закона о ванпарничном поступку Републике Црне Горе ("Сл. лист РЦГ", бр. 27/2006). О томе опширније видети код Н. Стојановић, *Поступак за расправљање заоставштине у Закону о ванпарничном поступку Републике Србије*, Зборник радова "Двадесет година Закона о ванпарничном поступку Републике Србије", Ниш, 2003, стр. 230.

парницу да тамо оствари своје наследноправно овлашћење (чл. 130, ст. 2 ЗВПРС). Наведено законско решење није прихватљиво из неколико разлога. Прво, оно је у супротности са са једним од основних начела нашег наследноправног уређења, начелом универзалне сукцесије, јер дозвољава да у погледу једног дела заоставштине он не буде наследник, а у погледу другог дела заоставштине да има такав правни положај. Друго, наведено решење није усклађено са са садржином чл. 214, ст. 2 Закона о наслеђивању Републике Србије, где се јасно каже да одрицање од наслеђа не може бити делимично. Треће, наведено решење је у супротности и са начелом стицања наслеђа *ipso iure*, јер налаже наследнику да мора да да изјаву о прихватању наслеђа, ако жели накнадно пронађени део заоставштине.

У контексту изложеног, по нашем виђењу ствари, следи и закључак да наследник који се у поступку расправљања заоставштине одрекао наслеђа може прихватити део накнадно пронађене оставиочеве заоставштине једино ако захтева поништај изјаве о одрицању од наслеђа која је дата у заблуди о саставу заоставштине или услед преваре.¹¹

Закон о наслеђивању Републике Хрватске (чл. 234, ст. 1)¹², и Закон о ванпарничном поступку Републике Црне Горе (чл. 140, ст. 2) дозвољавају могућност понављања оставинског поступка у случају да се наследник у току трајања овог поступка одрекао наслеђа, а на накнадно пронађеном делу заоставштине прихватио наслеђе.¹³ Овакво решење, иако је бржи и економичнији пут у утврђивању наследноправних дејстава смрти одређеног оставиоца, није у духу начела универзалне сукцесије и начела стицања наслеђа *ipso iure*, јер се поновно расправљање заоставштине односи, запараво, на накнадно пронађени део заоставштине, а не на заоставштину у целини.

Ново завештање

После окончања поступака за расправљање заоставштине, правноснажном мериторном одлуком, постоји могућност проналажења оставиочевог завештања.¹⁴ У таквом случају законодавац у Републици

11 Тако и N. Gavella, *Наследно право*, Загреб, 1990, стр. 413, нап. бр. 989; Н. Стојановић, *op. cit.*, стр. 228-229.

12 "Н. новине", бр. 48/2003, 163/2003.

13 Опширније о томе видети код Ј. Црнић – М. Дика – Б. Хрватин – О. Јелчић – Т. Јосиповић – Ј. Матко Руждјак – З. Кохарић, *op. cit.*, стр. 233.

14 У правној литератури прави се разлика на накнадно пронађено завештање у објективном и субјективном смислу. За накнадно пронађено завештање у објективном смислу одлучно је то да га суд није узео у обзир приликом доношења решења о наслеђивању. Накнадно пронађено завештање у субјективном смислу пак постоји када учесник оставинског

Србији прописује дужност суда, коме је завештање предато, да исто прогласи, задржи његов препис и потом изворник достави оставинском суду (чл. 129, ст. 1 ЗВПРС). На њему је пак да, без поновног расправљања заоставштине, о новопронађеном и проглашеном завештању обавести сва заинтересована лица и при том их упозори да своја наследноправна овлашћења, која за основу имају изјаву последње воље оставиоца (доцније пронађену), могу остварити искључиво у парничном поступку (чл. 129, ст. 2 ЗВПРС). Изузетно, ако заоставштина није расправљена, а заједно са завештањем пронађу се и непокретности које су припадале оставиоцу, оставински суд дужан је да распореди заоставштину према касније пронађеном завештању. Исто би, начелно, важило и у погледу новопронађених покретности, под условом да расправу заоставштине захтевају овлашћена лица (чл. 128, ст. 2 и 3 ЗВПРС).¹⁵

Сва заинтересована лица, независно од тога да ли су учествовала у поступку за расправљање заоставштине или не, начелно, овлашћена су да своје наследноправне претензије, које за извориште имају завештање, остварују у парничном поступку. То право им припада, не само у погледу завештања за чије се постојање сазнало после окончања поступка за расправљање заоставштине, већ и у погледу оног завештања чија је егзистенција била потврђена у току поступка за расправљање заоставштине, али се, због објективних разлога, није знала ни садржина самог завештања, а ни место где се оно налази.¹⁶ На другој страни, свако лице са наследноправним интересом које је пре и у току расправљања заоставштине знало за постојање завештања, али га није намерно предало суду, не може касније, у парничном поступку, остварити своје

поступка, који се на њега позива, после правноснажности решења о наслеђивању, није знао за његово постојање у време вођења оставинске расправе. О томе опширније видети код Ј. Црнић – М. Дика – Б. Хрватин – О. Јелчић – Т. Јосиповић – Ј. Матко Руждјак – З. Кохарић, *op. cit.*, стр. 233-234.

¹⁵ У теорији, међутим, има мишљења да уколико оставински поступак буде обустављен, па се накнадно пронађе завештање, његово појављивање аутоматски отвара врата за покретање поступка за расправљање заоставштине, без обзира на квалитет добара који чине оставинску масу. Видети М. Стојанов, *Остваривање наследног права у парници*, *Правни живот*, бр. 2/1981, стр. 47; О. Антић – З. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996, стр. 66, нап. бр. 270. Морамо констатовати да за овако широк приступ у тумачењу слова закона нема места, будући да је намера српског законодавца врло јасно изражена у чл. 128, ст. 2 и 3 ЗВПРС.

¹⁶ У том правцу видети одлуку Врховног суда Југославије, 3345/64 од 10.02.1965. године. Наведено према: М. Стојанов, *op. cit.*, стр. 48, нап. бр. 8.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

наследноправне претензије, јер није реч о новопронађеном завештању.¹⁷ Такође, свако лице са наследноправним интересом које је сакрило, помогло у сакривању или је знало да је сакривено завештање оставиоца, па је то суду прећутало, не може због недостојности касније, у парничном поступку, остварити своје наследноправно овлашћење.¹⁸

Зависно од садржине новопронађеног завештања, оставиочева заоставштина може, у целини или само једним делом, бити другачије распоређена у односу на стање утврђено правноснажним мериторним решењем.

Уколико је новопронађеним завештањем постављен наследник, он је овлашћен да тужбом, подигнутом против наследника у чију је корист донето решење о наслеђивању, захтева утврђење и остварење свога права. Ако је завештањем остављена коме испорука, хонорисани је овлашћен да против дужника испоруке изјави тужбу и њоме захтева утврђење свога права и реализацију наложене обавезе. Уколико се у новопронађеном завештању појављује корисник налога, тужбу за утврђење његове наследноправне претензије могу, поред самог хонорисаног, истаћи извршилац завештања, али и свако друго лице које би, услед неиспуњења налога субјекта оптерећеног њиме, стекло одређену корист из заоставштине. Ако је накнадно пронађеним завештањем искључен наследник, нераспоређени део заоставштине, под условом да он у парничном поступку не захтева поништај завештања и не успе у томе, припада другим наследницима који *in concreto* наслеђују. Уколико је завештањем искључен једини наследник, заоставштина онда припада држави као последњем и принудном наследнику. Наведено важи уколико сам завешталац није на другачији начин уредио питање распореда заоставштине.¹⁹

Накнадно пријављени наследник

Правило је да се на расправу одређене заоставштине позивају сва она лица која имају какве наследноправне претензије према оставиочевој заоставштини. Могуће је, међутим, да сам оставински суд пропусти да позове неке од њих, и поред сазнања о њиховом постојању, или пак да му

17 Видети одлуку Врховног суда Србије, Рев. 399/99 од 19.01.2001. године. Наведено према: Т. Крсмановић, *Актуелна судска пракса из наследног права*, Београд, 2003, стр. 296-297.

18 Тако и М. Креч –Б. Павић, *op. cit.*, стр. 752.

19 О томе опширније видети код С. Марковић, *Наследно право*, Београд, 1981, стр. 467-468; О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 66-67.

такав податак буде недоступан, јер су остали сукцесори оставиоца прикрили његово постојање. Осим тога, постоји могућност и да неко од наследника буде проглашен умрлим, а испостави се да је у животу или пак да је у време отварања наслеђа постојао насцитурус, а да суд није имао податке о томе. Такође, могуће су и ситуације да после правноснажности решења о наслеђивању буде судским путем утврђено очинство или материнство оставиоца у односу на одређеног субјекта, или да се накнадо сазна за постојање потомака наследника који је оглашен недостојним за наслеђивање.

Сви наведени субјекти, односно њихови заступници, овлашћени су да у парничном поступку, без икаквих процесних временских граница, остварују своја наследноправна овлашћења (чл. 130, ст. 1 ЗВПРС).

Постојање услова за понављање оставинског поступка по правилима парничне процедуре

У току поступка за расправљање заоставштине могуће је да се десе одређене неправилности у раду суда, које се уоче тек после правноснажности решења о наслеђивању (нпр. пуномоћник одређеног наследника није имао специјално пуномоћје за заступање), или пак да се накнадо сазна за чињенице и доказе који би, да су употребљени у оставинском поступку, могли имати утицаја на доношње повољније одлуке у корист одређеног учесника (нпр. странка тек после правноснажности решења о наслеђивању сазна да је оставиочево завештање сачињено под принудом).

Српски ЗВП регулише такве процесне ситуације, дозвољавајући учесницима оставинског поступка да у парничном поступку остваре своја права, уколико су испуњени услови за понављање поступка по правилима парничне процедуре (чл. 29, ст 2 и чл. 131).

Дакле, наше право не дозвољава могућност понављања оставинског поступка, иако разлози ефикасности и економичности говоре њему у прилог, будући да је парнични поступак скупљи и компликованији пут остваривања и заштите наследноправних овлашћења.²⁰

Учесници оставинског поступка могу у парници остварити своја наследноправна овлашћења ако постоји неки од разлога за понављање поступка, таксативно наведених у чл. 422 ЗПП. Сви ти разлози чине посебне целине које се односе на битне повреде одредаба поступка²¹ (нпр.

²⁰ Тако и М. Стојанов, *op. cit.*, стр. 44.

²¹ Видети чл. 422, ст. 1, 2 и 6 ЗПП.

недостатак ванпарничне способности или овлашћења за заступање), учињена крвична дела од стране учесника у поступку²² (нпр. завештање је фалсификовао оставиочев унук по раније умрлој кћери), нове чињенице и нови докази²³ (нпр. накнадно се прибаве докази да је оставиочево завештање уништио један од учесника поступка)²⁴ и повреде људских права утврђене одлуком Европског суда за људска права.^{25 26}

За разлику од Закона о наслеђивању Републике Хрватске (чл. 237) који јасно предвиђа да је парница пут за остваривање и заштиту наследноправних овлашћења после правноснажности решења о наслеђивању, под условом да постоји неки од разлога за понављање парничног поступка и у роковима у којима је понављање парничне процедуре могуће, ЗВПРС својом недовољно прецизном формулацијом, у погледу временских граница у којима се може покренути парнични поступак, оставља простор за различиту интерпретацију слова закона и самим тим могућност неједнаког поступања судова. Да ли ту важе рокови прописани за понављање поступка²⁷ или је покретање парничног поступка могуће све док постоји могућност остваривања наследног права, дакле, док се не испуне услови за стицање права својине одржајем, стицање права својине од невласника или застарелост потраживања, будући да је наследнички захтев незастарив?²⁸ На постављено питање ни у теорији нема јединственог одговора. С једне стране, заступа се мишљење о примењивости процесних рокова,²⁹ уз обавезну координацију ових са материјалноправним роковима.³⁰ С друге стране, инсистира се на већој заштити интереса учесника оставинског поступка који се позивају на

22 Видети чл. 422, ст. 3, 4 и 5 ЗПП.

23 Видети чл. 422, ст. 7, 8 и 9 ЗПП.

24 Да би се "нове чињенице" сматрале разлогом за понављање поступка, потребно је да су оне постојале за време трајања оставинског поступка, а да странка њих није, без своје кривице, могла употребити. О томе опширније видети код М. Стојанов, *op. cit.*, стр. 55.

25 Видети чл. 422, ст. 10. ЗПП.

26 О разлозима за понављање парничног поступка детаљније видети код: Г. Станковић, *Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право*, Ниш, 2007, стр. 509-520.

27 Примена овог ванредног правног лека могућа је уколико су испоштована два рока, субјективни од тридесет дана, који зависно од разлога за понављање поступка различито почиње да тече и објективни од пет година, који почиње тећи од тренутка када је одлука постала правноснажна. Видети чл. 424 ЗПП.

28 Упоредити чл. 424 ЗПП и чл. 211 Закона о наслеђивању Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 46/1995, 101/2003).

29 Видети N. Gavella, *op. cit.*, стр. 425.

30 Тако О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 68-69.

разлоге за понављање поступка, омогућавањем да се парнични поступак покрене све док право наслеђа ужива правну заштиту.³¹

Евидентно је да овако конципирано решење, садржано у чл. 131 ЗВПРС, није у интересу првне сигурности и једнаког третмана учесника оставинског поступка. У будућој редакцији овог законског текста српски законодавац треба, уколико се не определи да уведе понављање поступка за расправљање заоставштине, да прецизира временске границе у којима је могућа примена овог ванредног правног средства. Нема сумње да је решење о могућности покретања парничног поступка, све до тренутка док се право наслеђа може принудним путем остварити, више у интересу наследника коме је наследноправно овлашћење повређено, али се, исто тако, оно супротставља и начелу сигурности у правном промету, јер дозвољава да неко ко се годинама није позивао на своје право, таквим чином поремети давно успостављене правне односе, што, опет, "отвара врата" низу практичних проблема.

У теорији има залагања да и за неке друге наследноправне захтеве, с обзиром на њихову сродност са разлозима који могу бити основ за понављање парничног поступка, аналогно треба применити одредбе посвећене овом ванредном правном леку. Ту се, у првом реду, има у виду чињеница накнадно пронађеног завештања.³² Нема сумње, то би за наследника који се позива на такав правни основ наслеђивања био ефикаснији и економичнији пут. Негативна страна овог решења јесте, међутим, у томе што су временске границе, ако би се применила правила ЗПП за истицање овог ванредног правног лека, много уже у односу на време у коме је наследноправно овлашћење заштићено према наследноправним прописима, што може бити посебно погубно за наследнике који се позивају на овај правни основ наслеђивања, ако је завештање пронађено после протеча рока у коме се може захтевати понављање поступка.

Накнадно остваривање наследноправних овлашћења у парници

Често се дешава да у току поступка за расправљање заоставштине, међу учесницима поступка, дође до спора о одређеним чињеничним³³ или

31 М. Креч – Б. Павић, *op. cit.*, стр. 755; М. Стојанов, *op. cit.*, стр. 53; С. Марковић, *op. cit.*, стр. 469.

32 Видети М. Стојанов, *op. cit.*, стр. 48; Ј. Црнић – М. Дика – Б. Хрватин – О. Јелчић – Т. Јосиповић – Ј. Матко Руждјак – З. Кохарић, *op. cit.*, стр. 234.

33 Видети чл. 119 ЗВПРС.

чињенично-правним питањима³⁴ релевантним за утврђење наследноправних дејстава нечије смрти. Шта ако је учесник оставинског поступка, упућен на парницу да реши настали спор, пропустио до правноснажности решења о наслеђивању да покрене парнични поступак или га оставински суд, и поред постојања спора није упутио на парницу? И док ЗВПРС (чл. 146) јасно прописује да правноснажност решења не спречава учесника у поступку за уређење управљања и коришћења заједничке ствари да накнадно оствари свој захтев у односу на ствар о чијем је управљању или коришћењу већ одлучено, у погледу накнадног остварења наследноправних овлашћења он ћути. Такво понашање српског законодавца могло би бити протумачено на штету учесника оставинског поступка који је био упућен на парницу, јер чл. 26 ЗВПРС недвосмислено инсистира на томе да таква могућност мора бити призната законом.

Без обзира на очигледну правну празнину, евидентно је да учеснике оставинског поступка који су у спору не везује материјална правноснажност решења о наслеђивању, у делу који се односи на то спорно питање, због ненадлежности оставинског суда да о томе одлучује.³⁵
³⁶ Разлози правне сигурности и уједначеног деловања судова, ипак, налажу да се и оваква реално могућа процесна ситуација уреди.^{37 38}

У овом случају, као и код осталих наследноправних захтева, у положају тужиоца налази се лице које истиче своје наследноправне претензије, према заоставштини одређеног оставиоца, после правноснажности решења о наслеђивању. У положају туженог (или тужених), зависно од околности конкретног случаја, налазе се сви

34 Видети чл. 121 ЗВПРС.

35 У том правцу гласи и чл. 232, ст. 5, тач. 2 Закона о наслеђивању Републике Хрватске.

36 Тако и М. Салма, Правноснажност мериторних одлука у парничном и ванпарничном поступку, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1-2/2003, стр. 158; Ј. Црнић – М. Дика – Б. Хрватин – О. Јелчић – Т. Јосиповић – Ј. Матко Руждјак – З. Кохарић, *op. cit.*, стр. 219. У правној литератури, међутим, има и мишљења да решење о наслеђивању не стиче материјалну правноснажност у делу који се односи на питања о којима је требао да одлучује парнични суд. Видети О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 60-61.

37 Тако су поступили, рецимо, хрватски, босански и црногорски законодавац. Видети чл. 225, ст. 5 Закона о наслеђивању Републике Хрватске, чл. 131, ст. 5 Закона о ванпарничном поступку Федерације Босне и Херцеговине ("Сл. новине Федерације БиХ", бр. 2/1998, 39/2004, 73/2005) и чл. 132, ст. 5 Закона о ванпарничном поступку Републике Црне Горе.

38 У правној литератури има мишљења да из разлога процесне дисциплине, економије и ефикасности треба ограничити могућност понављања парничног поступка после правноснажности решења о наслеђивању само на случајеве када су учесници оставинског поступка, пре правноснажности решења о наслеђивању, у року покренули поступак на који су биле упућене. О томе опширније видети код Ј. Црнић – М. Дика – Б. Хрватин – О. Јелчић – Т. Јосиповић – Ј. Матко Руждјак – З. Кохарић, *op. cit.*, стр. 228-229.

универзални сукцесори оставиоца, оглашени решењем о наслеђивању или само неки од њих. Правило је да тужба којом се покреће парнични поступак у себи обједињује два тужбена захтева: захтев за утврђење пречег права наслеђа тужиоца у односу на лица којима су наследноправна овлашћења призната решењем о наслеђивању и захтев за предају целокупне или дела заоставштине.³⁹ Пресудом, дакле, треба не само да се констатује, у односу на решење о наслеђивању, измењени круг наследника или другачији распоред заоставштине, већ и да се туженима нареди предаја наслеђених добара. Повраћај траженог дела наслеђа зависиће не само од успеха у парници већ и од савесности, односно несавесности наследника чије је наследничко својство утврђено правноснажним решењем о наслеђивању.⁴⁰

Истражена пракса Општинског суда у Нишу, за период од 2002. до маја 2007. године, показала је да странке после правноснажности мериторних решења најчешће захтевају расподелу накнадно пронађене заоставштине.⁴¹ Има и предмета у којима се појављују "нови наследници",⁴² док случајеви накнадно пронађеног завештања, покретања парничног поступка после правноснажности решења о наслеђивању, када је странка у току оставинског поступка била или требала да буде упућена на парницу, и покретања парничног поступка због постајања разлога за понављање поступка нису заступљени у пракси.

б) Неблаговремена жалба

Странка у оставинском поступку има право да, поред изјављивања жалбе, као редовног правног лека, изјави и неблагоприятну жалбу против правноснажног првостепеног мериторног решења.

39 Некада у тужби не могу бити кумулирана оба тужбена захтева. Такав случај, рецимо, постоји са налогом, будући да се у српском праву лице оптерећено налогом не може натерати принудним путем да измири своју обавезу. Овлашћена лица имала би једино право да траже престанак његовог наследноправног овлашћења, због неиспуњења доспеле обавезе. О томе опширније видети код: Н. Стојановић, Налог у завештању, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2002, стр. 242.

40 О томе детаљније видети код Б. Благојевић – О. Антић, Наследно право, Београд, 1991, стр. 432-433.

41 Видети нпр. решења Општинског суда у Нишу под ознаком: О. бр. 2533/03; О. бр. 2326/03 и О. бр. 1103/06.

42 Видети нпр. решења Општинског суда у Нишу под ознаком: О. бр. 2089/04 и О. бр. 1480/06.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Неблаговремена жалба је специфичан ванредни правни лек. Та специфичност се испољава у погледу услова и разлога за њено изјављивање, али и у њеном непреклузивном карактеру.

Како слово закона каже (чл. 21 ЗВПРС), неблагоприятна жалба може бити изјављена уколико постоје важни разлози и ако се преиначењем или укидањем правноснажног првостепеног решења не би вређала права других лица која су заснована на побјаној одлуци.

Употребљени термин "важни разлози" није ближе објашњен у Закону о ванпарничној процедури. О томе се не изјашњава ни доступна судска пракса, а у теорији постоји схватање да овај правни стандард, заправо, подразумева све оне разлоге због којих се може изјавити жалба као редовни правни лек.⁴³

Други, кумулативно постављени услов за изјављивање неблагоприятне жалбе не би могао да буде у потпуности прихватљив за решење о наслеђивању, будући да је оно по свом правном карактеру декларативне природе, којим се, дакле, само потврђује оно што се десило у време *delatio hereditatis*, и то искључиво за учеснике оставинског поступка. О заснивању неких права, у корист трећих лица, на бази решења о наслеђивању, и то само посредно, могло би бити речи само ако су универзални или сингуларни сукцесор *mortis cusa*, чије је својство потврђено правноснажним решењем о наслеђивању, са њима закључили одређене правне послове. Због тога је с правом примећено у теорији да законску формулацију о другом услову за изјављивање неблагоприятне жалбе треба посматрати шире, како би се заштитила права и оних лица која су само потврђена правноснажним решењем о наслеђивању, али и оних субјеката чија овлашћења нису непосредно заснована на овој судској одлуци.⁴⁴

Како је већ речено, неблагоприятна жалба је ванредни правни лек који се може изјавити без икаквих временских ограничења. Поједини аутори, ипак, заговарају временске лимите, везујући их за тренутак до

43 Видети Г. Станковић, Грађанско процесно право, Београд, 1989, стр. 449.

44 Видети С. Трива – М. Дика, Изванпарнично процесно право, Загреб, 1982, стр. 32. Н. Петрушић, Поступак за деобу заједничке ствари или имовине, докторска дисертација, Ниш, 1995, стр. 414-416. У правној литератури, међутим, има и теоретичара који се залажу за ужу интерпретацију синтагме "права других лица која се заснивају на том решењу", подразумевајући под тим само субјекте чија су права призната решењем о наслеђивању. Видети Ј. Црнић – М. Дика – Б. Хрватин – О. Јелчић – Т. Јосиповић – Ј. Матко Руждјак – З. Кохарић, *op. cit.*, стр. 194.

којег постоји дужност суда да чува предмет у архиви⁴⁵ или за време у коме се може захтевати понављање поступка.⁴⁶

Будући да за већину ванредних правних лекова, који се могу изјавити против правноснажног решења о наслеђивању, постоје временска ограничења, нејсно је ћутање законодавца на ову тему у погледу неблаговремене жалбе, јер не иде у прилог сигурности правног промета. Штавише оваквим решењем ствара се идеално тле за могућу злоупотребу права и поремећаје у већ давно засноване правне односе.

Ко одлучује о неблаговременој жалби? Недовољна јасноћа и прецизност чл. 21 ЗВПРС може пружити два дијаметрално супротна одговора.⁴⁷ С једне стране, граматичким, језичким и логичким тумачењем ст. 2 наведеног члана може се закључити да је српски законодавац имао у виду да је и првостепени суд овлашћен да одлучује како о благовременој, тако и по неблаговременој жалби, јер ако је не преиначи или укине, њу ће заједно са списима доставити другостепеном суду на решавање. С друге стране, процењивање постојања услова за изјављивање неблаговремене жалбе "важни разлози", према јасној садржини чл. 21, ст. 3 ЗВПРС, је у искључивој надлежности другостепеног суда, што несумњиво наводи на закључак да је за мериторно одлучивање по неблаговременој жалби, ипак, надлежан само другостепени суд.

У праву намеру законодавца такође није успела да проникне ни теорији, јер она има различито поимање о компетенцији првостепеног суда. На једној страни заступа се мишљење да је једино другостепени суд овлашћен да мериторно одлучује о неблаговременој жалби.⁴⁸ На другој страни дозвољава се и првостепеном суду да мериторно одлучује о

45 Видети Т. Стевановић, Закон о ванпарничном поступку са судском прксом, Београд, 1982, стр. 29; К. Месаровић, Правни лекови по Закону о ванпарничном поступку, Адвокатура, бр. 4/1983, стр. 77.

46 В. Ристић – М. Ристић, Приручник за практичну примену Закона о ванпарничном поступку, Београд, 1982, стр. 55.

47 Тако решење садржи и чл. 20, ст. 1 Закона о ванпарничном поступку Републике Црне Горе, за разлику, рецимо, од садржине чл. 189, ст. 1 Закона о наслеђивању Републике Хрватске и чл. 20, ст. 1 Закона о ванпарничном поступку Босне и Херцеговине, који недвосмислено одређују да првостепени суд одлучује само о благовремено изјављеној жалби.

48 Видети нпр. Б. Старовић, Ванпарнично и извршно право, Нови Сад, 1992, стр. 26; С. Трива, Правна средства против судских одлука у изванпарничним стварима, Правна мисао, бр. 11-12/1987, стр. 50-51; В. Ристић – М. Ристић, *op. cit.*, стр. 45; О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 58; М. Салма, *op. cit.*, стр. 158.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

неблаговременој жалби и да, уколико су испуњени услови за њену допуштеност и основаност, решење измени или укине.⁴⁹

Будући да је једино Законом искључена могућност првостепеног суда да одбаци жалбу, уколико је она неблагоприятно изјављена, следи да код процене осталих услова за допуштеност овог правног лека (да ли је жалбу изјавило овлашћено лице, да ли оно има правни интерес за њено изјављивање, да ли се одрекло права на изјављивање правног лека или га је повукао),⁵⁰ првостепени суд има активну улогу. Како је за изјављивање овог ванредног правног лека, осим тога, потребно и задовољење два посебна услова, о чијем постојању, стриктно поштујући слово закона, једино је компетентан да одлучује другостепени суд, следи да се улога првостепеног суда само своди у оквиру процене постојања општих услова за допуштеност овог ванредног правног лека. У случају да су неки од њих испуњени, првостепени суд је овлашћен да одбаци неблагоприятну жалбу. Ако су пак сви општи услови испуњени, он жалбу, заједно са списима предмета, доставља другостепеном суду на испитивање постојања посебних услова за њено изјављивање и да ли је она основана.

Истражујући праксу Општинског и Округног суда у Нишу, за период од 2002. до маја 2007. године, могли смо се уверити да се неблагоприятна жалба, као ванредни правни лек, против правноснажног решења о наслеђивању не појављује. Штавише поступање Округног суда у Нишу, у неколико случајева, јасно је потврдила да се питање неблагоприятне жалбе третира у складу са одредбама ЗПП, а не ЗВПРС. Дакле, неблагоприятна жалба се редовно одбацује.⁵¹

3. Ванредни правни лекови у оставинским стварима које регулише Закон о парничном поступку Републике Србије

а) Ревизија

Контрола законитости правноснажних одлука у оставинским стварима може се остваривати и путем ревизије као ванредног правног

49 Видети Г. Станковић, Грађанско процесно право, издање уџбеника из 1989. године, стр. 449; Н. Петрушић, *op. cit.*, стр. 418-420; Љ. Мандић, Неблаговремена жалба у ванпарничном поступку, докторска дисертација, Приштина, 1997, стр. 208.

50 Видети чл. 365, ст. 3 ЗПП.

51 У том правцу видети нпр. решења Округног суда у Нишу под ознаком: Гж. бр. 1536/06; Гж. бр. 4699/06; Гж. бр. 1167/07. Извор: Архива Суда. Такво стање ствари је забележено и у пракси Округног суда у Краљеву. Видети решење Округног суда у Краљеву, О. 1202/03. Извор: Архива Врховног суда Србије.

лека.⁵² То прописује чл. 27, ст. 2. ЗВПРС и сходна примена одредаба ЗПП о овом ванредном правном леку.⁵³

Ревизија је дозвољена против другостепеног правноснажног решења о наслеђивању, али и против других одлука процесног карактера којима је поступак за расправљање заоставштине у другом степену правноснажно окончан (нпр. против решења другостепеног суда којим се потврђује првостепено решење о одбачају жалбе).⁵⁴

Употреба овог ванредног правног лека је временски ограничена на период од 30 дана од тренутка када је достављен препис правноснажне одлуке другостепеног суда.⁵⁵

Ревизија се може изјавити због битних повреда одредаба поступка, учињених како пред првостепеним, тако и пред другостепеним судом и због погрешне примене материјалног права.⁵⁶ Овај ванредни правни лек никако се не може изјавити због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања.⁵⁷ Међутим, посредно може се и о материјалној исправности одлуке разматрати путем ревизије, због немогућности потпуног разграничења правног и чињеничног питања.⁵⁸

Ревизија се може, сходно садржини чл. 394, ст. 2 ЗПП, изјавити ако вредност заоставштине прелази 500.000,00 динара.

Истражена пракса Врховног суда Србије, за период од 2002. до маја 2007. године, показала је да је овај Суд, одлучујући по ревизији, у више случајева (47 од укупно 151 обрађеног предмета) решењем одбацио, као недозвољен, овај ванредни правни лек. Анализом списка могли смо

52 Све до реформе процесног права, тј. до доношења Закона о парничном поступку из 1976. године ("Сл. лист СФРЈ", бр. 4/77, 36/77, 6/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 35/91; "Сл. лист СРЈ", бр. 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98, 3/02), ревизија је била редовни правни лек који је омогућавао тростепеност у одлучивању. Са реформом процесног права уводи се начело двостепеног одлучивања, а ревизија постаје ванредни правни лек.

53 Видети чл. 394-412 ЗПП.

54 Видети О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. стр. 64.

55 Видети чл. 394, ст. 1 ЗПП.

56 У ЗПП помиње се, као разлог за изјављивање ревизије и прекорачење тужбеног захтева (чл. 398, ст. 1, тач. 4). У оставинским стварима ово би могао бити разлог за изјављивање ревизије само ако је у парници, пре или после правноснажног окончања оставинског поступка, одлучивано о неком спорном чињеничном или чињенично-правном питању, па је другостепени суд досудио више од онога што је тражено или пак ако је одлучио о нечему што тужбом није тражено.

57 Видети чл. 398, ст. 2. ЗПП.

58 О томе опширније видети код С. Трива, *Грађанско процесно право*, Загреб, 1978, стр. 576-577.

уочити да се ревизија најчешће одбацивала због тога што није била претходно утврђена вредност заоставштине (пописом и проценом заоставштине или на основу слободне оцене суда), а њена вредност се није могла утврдити ни на основу плаћене судске таксе, или она уопште није била одређена, нити плаћена,⁵⁹ или пак што њена вредност није премашивала тзв. ревизијски лимит⁶⁰. Има, међутим, доста случајева да је ревизија одбацивана због тога што је била изјављена против одлуке против које се није могла изјавити. Углавном су то била решења о прекиду поступка за расправљање заоставштине и упућивању учесника овог поступка на парницу.⁶¹ Прегледом појединих предмета, осим тога, могли смо уочити да је ревизија одбацивана и због тога што није била изјављивана од адвоката.⁶²

У великом броју случајева (64 од укупно 151 обрађеног предмета) Врховни суд Србије је, поступајући по ревизији, њу одбио, због непостојања разлога за њено изјављивање. Списи предмета потврдили су да су се лица која су изјављивала овај ванредни правни лек најчешће позивала на то да је материјално право погрешно примењено у конкретном случају⁶³ или да је погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање.⁶⁴ Када је реч о битним процесним повредама, странке су ревизијом углавном замерале да су у претходним поступцима одлуке судова биле недовољно образложене, нејасне, противуречне и што нису садржавале јасне и потпуне разлоге о одлучним чињеницама.⁶⁵

У одређеном броју случајева (15 од укупно 151 обрађеног предмета) Врховни суд Србије донео је решење о враћању списка надлежном општинском суду, ради отклањања процесних недостатака. На основу анализираних судских одлука које су третирале ову проблематику, може се закључити да су предмети враћани најчешће због недостављања

59 Видети нпр. решења Врховног суда Србије под бројем: Рев. 1013/03; Рев. 435/05 и Рев. 100/07. Извор: Архива Врховног суда Србије.

60 Видети нпр. решења Врховног суда Србије под бројем: Рев. 1076/04; Рев. 1545/06 и Рев. 1857/06. Извор: Архива Врховног суда Србије.

61 Видети нпр. решења Врховног суда Србије под бројем: Рев. 2636/02; Рев. 2969/02; Рев. 1613/06 и Рев. 522/06. Извор: Архива Врховног суда Србије.

62 Видети нпр. решење Врховног суда Србије под бројем: Рев. 2137/06. Извор: Архива Врховног суда Србије.

63 Видети нпр. решење Врховног суда Србије под бројем: Рев. 192/02; Рев. 43/03; Рев. 308/2003 и Рев. 3394/04. Извор: Архива Врховног суда Србије.

64 Видети нпр. решења Врховног суда Србије под бројем: Рев. 5065/02; Рев. 1462/05 и Рев. 2623/05. Извор: Архива Врховног суда Србије.

65 Видети нпр. решења Врховног суда Србије под бројем: Рев. 1568/02; Рев. 3805/03; Рев. 3394/04 и Рев. 1462/05. Извор: Архива Врховног суда Србије.

ревизије јавном тужиоцу на изјашњење,⁶⁶ због непостојања адекватног пуномоћја за изјављивање ревизије⁶⁷ и због непотписивања ревизије од стране лица које је изјавило овај ванредни правни лек.⁶⁸

Од укупно 151 обрађеног предмета, у назначеном временском периоду, Врховни суд Србије усвојио је ревизију у 15 случајева, укинуо решења нижестепених судова и вратио им предмет на поново суђење. Усвојене ревизије су, као разлог за изјављивање, углавном имале погрешну примену материјалног права, због тога што је чињенично стање било погрешно или непотпуно утврђено.⁶⁹

Преосталих 10 случајева, од укупно 151 обрађеног предмета, налази се још у фази решавања.⁷⁰

Истражена пракса Врховног суда Србије је, поред осталог, показала и то да се правна заштита наследноправних овлашћења, у већини случајева, остварује у разумном року, који у просеку износи нешто мање од две године, рачунајући то време од тренутка када је првостепени суд донео решење о наслеђивању до тренутка када је Врховни суд Србије одлучио о ревизији.⁷¹ Од тог правила постоје, додуше ретки, изузеци, али они су пре резултат недостатка процесне иницијативе учесника оставинског поступка за предузимањем одређених процесних радњи, а не деловања самих судова.⁷²

б) Захтев за заштиту законитости

Изјављивањем захтева за заштиту законитости јавни тужилац отвара пут евентуалној корекцији правноснажног мериторног решења, без обзира на то да ли је оно донето у првостепеном или другостепеном поступку.

66 Видети нпр. решења Врховног суда Србије под бројем: Рев. 4575702 и Рев. 1925/05. Извор: Архива Врховног суда Србије.

67 Видети нпр. решења Врховног суда Србије под бројем: Рев. 1136/02 и Рев. 1781/03. Извор: Архива Врховног суда Србије.

68 Видети нпр. решење Врховног суда Србије под ознаком: Рев. 1925/05. Извор: Архива Врховног суда Србије.

69 Видети нпр. решења Врховног суда Србије под бројем: Рев. 1378/02; Рев. 4464/03; Рев. 2440/04. Извор: Архива Врховног суда Србије.

70 Видети нпр. предмете под ознаком: Рев. 2491/06; Рев. 909/07; Рев. 976/07.

71 Реалније и потпуније стање ствари у погледу временског периода у коме се остварују наследноправна овлашћења постигло би се уколико би се за кључну тачку узео тренутак покретања оставинског поступак. Међутим, ми нисмо били у могућности да овај податак сазнамо из списка предмета Врховног суда Србије.

72 У том правцу видети, примера ради, предмете (под ознаком: Рев. 308/03; Рев. 1741/05; Рев. 1013/06) који су временски обухватили период од четири и више година.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Попут ревизије, ни захтев за заштиту законитости није регулисан ЗВПРС, већ само одредбама ЗПП,⁷³ али је њихова примена против одговарајућих одлука оставинског суда могућа на основу чл. 30, ст. 2 ЗВПРС.

За разлику од ранијег ЗПП, нови Закон о парничној процедури сада дозвољава и самом учеснику оставинског поступка који је предложио јавном тужиоцу изјављивање овог ванредног правног лека, да то сам учини, ако јавни тужилац не подигне захтев за заштиту законитости.⁷⁴

Захтев за заштиту законитости је преклузиван ванредни правни лек који се може изјавити у року од три месеца. Тај рок различито почиње да тече, зависно од тога да ли се овај ванредни правни лек изјављује против првостепеног решења, против кога није била изјављена жалба, против другостепене одлуке против које није изјављена ревизија или против другостепеног решења против кога је изјављена ревизија.⁷⁵

Нови ЗПП, у односу на ранији законски текст, редуцирао је разлоге за изјављивање овог ванредног правног лека само на битну повреду одредаба парничног поступка која се састоји у томе да је суд засновао своју одлуку на недозвољеним располагањима учесника оставинског поступка (нпр. странка је опозвала је дату наследничку изјаву, или уколико је, због спора о чињеницама, покренут парнични поступак, а она је пропустила да одговори на тужбу да би се стекли услови за доношење пресуде због пропуштања).⁷⁶

Истражујући праксу Врховног суда Србије, у периоду од 2002. до маја 2007. године, пронашли смо два предмета у којима је разматрана допуштеност и основаност захтева за заштиту законитости. У једном случају Врховни суд Србије је, решавајући по овом ванредном правном леку, донео решење о одбацивању захтева за заштиту законитости, као недозвољеног, зато што га је изјавило лице које није адвокат.⁷⁷ У другом случају захтев за заштиту законитости је усвојен, укинута су решења првостепеног и другостепеног суда и предмет враћен на поновно одлучивање, због повреде одредаба ЗВПРС.⁷⁸

⁷³ Видети чл. 413-421 ЗПП.

⁷⁴ Видети чл. 418 ЗПП.

⁷⁵ Видети чл. 413 ЗПП.

⁷⁶ Упоредити чл. 417 новог ЗПП са чл. 404 ранијег ЗПП.

⁷⁷ Видети решење Врховног суда Србије под бројем, СГЗЗ. 1127/06. Извор: Архива Врховног суда Србије.

⁷⁸ Видети решење Врховног суда Србије под бројем, ГЗЗ. 453/03. Извор: Архива Врховног суда Србије.

в) Директна ревизија

Нови ЗПП регулише жалбу са алтернативним предлогом за ревизијско одлучивање као ванредни правни лек (директна ревизија),⁷⁹ која би могла на основу чл. 30, ст. 2 ЗВПРС бити примењена и на простепене мериторне одлуке оставинског суда.

Интенција законодавца јесте да се употребом овог ванредног правног лека омогући суђење у разумном року и спречи дуплирање поступка контроле законитости, "прескакањем" жалбе као редовног правног лека.⁸⁰

Употреба директне ревизије могућа је ако су испуњени одређени услови: уколико је жалба благовремено изјављена, ако је у њој истакнут алтернативни предлог за ревизијско одлучивање, ако о томе постоји сагласност друге странке, уколико је у конкретном случају ревизија допуштена и ако постоје разлози за њено изјављивање.

Директна ревизија се може, против мериторне одлуке оставинског суда, изјавити због погрешне примене материјалног права и недозвољене диспозиције странака,⁸¹ у року од 15 дана од достављања првостепеног решења.

На основу доступних и анализираних случајева из праксе Врховног суда Србије могли смо видети да се овај ванредни правни лек није до сада користио у сфери наслеђивања. Разлоге за то, вероватно, треба тражити у релативно кратком временском периоду примене ЗПП, али и чињеници да се у пракси "не потеже" често питање материјално-правне исправности и законитости одређене одлуке. Не мању препреку у примени овог ванредног правног лека представља и обавезно законско заступање странака.⁸²

Закључна разматрања

Контрола законитости правноснажних мериторних одлука судова у оставинским стварима остварује се применом: наследноправних захтева после правноснажности решења о наслеђивању, неблаговремене жалбе, ревизије, захтева за заштиту законитости и директне ревизије.

79 Видети чл 389-393 ЗПП.

80 О правној природи овог ванредног правног лека детаљније видети код: Г. Станковић, Новине у грађанском процесном праву, Ниш, 2005, стр. 60.

81 Видети чл. 389, ст. 2 ЗПП.

82 О томе опширније видети код Г. Станковић, Грађанско процесно право, издање уџбеника из 2007.. године, стр. 504-505.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Будући да систем ванредних правних лекова у сфери поступка за расправљање заоставштине (али и целокупне ванпарничне процедуре) није регулисан као јединствена целина у ЗВПРС, потребно је, ради лакшег сналажења оних субјеката који сматрају да им је наследноправно овлашћење повређено у првој или другој инстанци, нормирати све ванредне правне лекове који се могу истаћи против правноснажног решења у оставинским стварима.

Успешност правне заштите наследноправних овлашћења, поред осталог, подразумева и постојање довољно јасних и прецизних решења, како за оне који их примењују, тако и за оне субјекте чији се интереси непосредно тангирају. Управо због тога, потребно је у погледу неблаговремене жалбе одредити: шта подразумева правни стандард "важни разлози", да ли се она може изјавити против декларативних одлука какво је и решење о наслеђивању, ко одлучује о њој и рок у коме се она може изјавити.

Виши ниво и квалитетнија заштита наследноправних овлашћења путем ванредних правних лекова може бити остварена: уколико се доведу у склад процесно-правна правила о односу наследника који се одрекао наслеђа, према накнадно пронађеном делу заоставштине, са основним начелима нашег наследноправног уређења и одговарајућим одредбама ЗНРС, ако се потврди и гарантује законом могућност накнадног остварења наследноправних овлашћења учесника оставинског поступка, који су због спора о одређеним чињеничним питањима били или требали да буду упућени на парницу и уколико се дозволи понављање оставинског поступка, када су испуњени услови за то по правилима парничне процедуре.

Истражена пракса Врховног суда Србије, Општинског и Округног суда у Нишу, за период од 2002. године до маја 2007. године, показала је да у примени ванредних правних лекова против правноснажног решења о наслеђивању предњачи ревизија, док се захтев за заштиту законитости и наследноправни захтеви после правноснажности решења о наслеђивању ређе јављају у пракси. Неблаговремену жалбу провостепени и другостепени суд не препознају као ванредни правни лек, већ, поштујући правила ЗПП, њу одбацују. Директна ревизија за сада нема примену у оставинским предметима.

Истраживања су, осим тога показала да је Врховни суд Србије, поступајући по ревизији, у релативно малом броју случајева усвојио овај ванредни правни лек у односу на одбачене и одбијене ревизије.

Оно што је посебно алармантно, јер указује на недозвољено низак степен успешне правне заштите учесника оставинског поступка, јесте да је велики број ревизија одбачен управо због тога што није била утврђена вредност заоставштине током поступка за расправљање заоставштине, што је била изјављена против одлука против којих се уопште није могла изјавити и што ревизију није изјавио адвокат. Разлоге за овакво стање треба тражити у очигледно неприхватљивом решењу о, начелно, необавезном попису и процени заоставштине и недовољној упућености оних који траже правну заштиту у механизам ванредних правних лекова.

Оно што је, свакако, за похвалу јесте да је у већини случајева, у којима је Врховни суд Србије решавао по ревизији, испоштован принцип о суђењу у разумном року, а да су спорадични случајеви дугог трајања поступака за расправљање заоставштине, у сва три стадијума, заправо, последица недостатка иницијативе појединих учесника оставинског поступак за предузимањем одређених процесних радњи.

Prof. Nataša Stojanović, LL.D
Associate Professor
Faculty of law, University of Niš

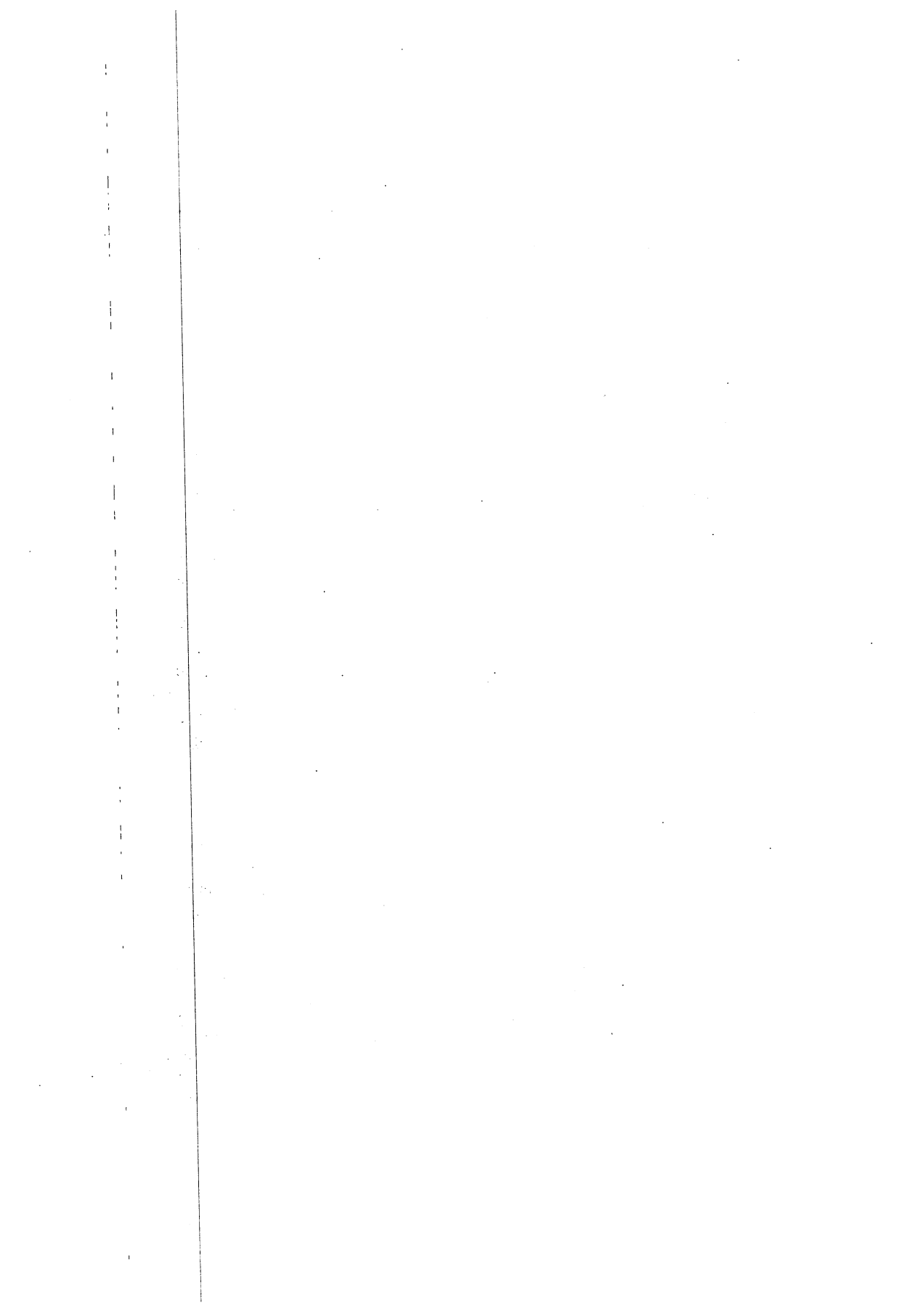
**EXTRAORDINARY LEGAL REMEDIES IN THE PROBATE
PROCEDURE IN THE FUNCTION OF EXERCISING THE RIGHT TO
A LEGAL REMEDY**

Summary

The probate procedure is initiated and carried out *ex officio* for the purpose of establishing legal effects in succession after a person's death, as well as for determining the measures for protecting the succession estate and securing the participants' rights. In principle, this special method of legal protection offers sufficient possibility and guarantees to yield effect and make a lawful decision. Despite the careful consideration of facts and examination of evidence, either those presented by the interested parties or those personally obtained (on the successors, the contents and the scope of their rights, the scope of the succession estate, etc), the probate court may slip into some procedural irregularity both in the course of the probate proceeding or while reaching the judicial decision. The "mistakes" of the court may be rectified by claiming both ordinary legal remedies and extraordinary legal remedies. This right is also guaranteed in the new Constitution of the Republic of Serbia (Art. 36, p.2) to all the participants in the probate procedure.

The subject matter of this paper are the extraordinary legal remedies which may be claimed against a decision reached in the course of the probate procedure. The author's observation is primarily focused on the practice of probate courts and practical application of these legal remedies, which are an integral and indivisible part of the unified system of legal protection.

The aim of this paper is to analyze the judicial practice and to consider how these legal remedies are applied in succession law, the scope of applicability of extraordinary legal remedies in probate procedure, the most frequent reasons for claiming these remedies, the exercise of the right to a trial within a reasonable time, and the degree of legal protection of succession rights which can be achieved by these legal remedies.



Доц. др Небојша Ранђеловић
Правни факултет у Нишу

УДК: 342.56(091)(497.11)

СУДСТВО У СРПСКИМ УСТАВИМА

Апстракт

Последњи устав Републике Србије, са свим добрим странама и мањкавостима, претрпео је многе критике везане за поступак доношења, али и за саму садржину. Критика уставне регулативе правосуђа и гледиште да је у уставним решењима пренаглашен утицај извршне и законодавне власти на судску један је од разлога за упоредну анализу правосуђа као уставне категорије у српским уставима. Процес успостављања независне судске власти и стални покушаји носилаца осталих власти да на судску власт утичу, одлика су скоро свих сегмената изградње српске грађанске државе. Такве тенденције препознају се већ у захтевима Срба Порти за успостављањем самоуправе пред Први Српски устанак, у покушајима изградње судског апарата устаничке државе и у „исправничествима“ Србије Милоша Обреновића. Али већ од јавноправних аката са уставном садржином у облику султанових хатишерифа, па до 1903. године када се, након мајског преврата, враћа на снагу либерални устав од 1888. године, линија тендеције за успостављање независног и стабилног судства је, иако крива, узлазна. Изградњу правосудног система, сходно садржини српских устава, пратило је и одговарајуће законодавство, неретко са утицајем текуће политике у држави. Након скоро педесетогодишњег стварања правосуђа под утицајем реалсоцијалистичких и властитих модела (1945-1990), деведесете године прошлог века донеле су другачији приступ изградње правног, па тиме и правосудног система Србије. Стиче се утисак да решења које је донео актуелни устав, у односу на претходна, не представља корак напред.

Кључне речи: судство, устав, хатишериф, независност

Последњи устав Србије претрпео је многобројне критике, како у време кратке расправе и кампање пре и у време његовог доношења, тако и након његовог доношења. Са свим својим добрим странама и мањкавостима, он по неким сегментима представља помак унапред. Но, многи његови делови, као и целина његових правно политичких одличја

захтевају да се читав акт стави под лупу критике. Критика уставне регулативе правосуђа повлачи за собом и мишљење да је пренаглашен утицај извршне над судском влашћу. То представља и један од разлога да се упоредним приступом сагледа место правосуђа као уставне категорије у српским уставима.

Као што уставноправна историја српског народа не почиње са првим српским уставом 1835. године, тако и организација судства не почиње у то време. Већ 1791. године, у српским захтевима Порти којима је тражена пуна самоуправа, захтева да се Турци не мешају у српску унутрашњу управу, и да Србима не суде њихове паше и муселими. У време Првог српског устанка, уз формирање зачетака државних институција напоредо се настојало да се формира и судски апарат. Са формирањем судске власти отпочело се већ од самог почетка устанка. Како је која нахија бивала ослобођена у њој су формиран *нахијски судови*, чешће називани *магистратима*. Но, овакав начин формирања судова није представљао целовит и организован процес. Након формирања *Правитељствујушћег совјета* 1805. године претресани су и проблеми судске власти и одлучено је да "свака нахија избере по једног поштена човека, па ти сви људи да се састану на једно место, да суде и пресуђују све веће распре и тужбе земаљске".¹ Сходно овим одлукама одаслат је и распис нахијама да се сазову нахијске скупштине и да се на њима изаберу по три "најразумнија и најбогобојажљивија човека", који ће седети у магистрату и судити. Недостатак материјалних и процесних правила надокнађиван је упутством да се чланови магистрата "закуну да ће седети у магистрату, те да сваком суде без разлике безпристрасно и безлицемјерно по садашњем обичају за сад и по чистој совјести". Одаслат је и позив свим Србима који знају читати и писати и желе да се јаве у државну службу. Овом позиву одазвали су се и многи аустријски Срби.² Највиша судска инстанца била је предвиђена као једна од функција Правитељствујушћег совјета. Борећи се за своје место у подели власти у устаничкој држави, Совјет се борио и са остварење своје судске функције.

Слом устанка довео је до поновног успостављања пуне турске управе. Након Другог српског устанка Милош Обреновић је приступио другачијем начину стварања државног апарата. Постепено стварање фактичке самоуправе представљало је сигуран пут ка стицању формално признате самоуправе. Сходно таквом стварању државе стваран је и судски

¹ Вук Караџић, Правитељствујушчи совјет србски, Београд 1860, 21.

² Опширније: Лазар Арсенијевић – Баталака, Историја српског устанка, I, II, Београд, 1899.

апарат. Учвршћујући своју власт кнез Милош је настојао да влада као "какав паша српске националности".³ Зато се често истицало да Милош зачетке државног апарата није разликовао од своје свите Судска власт, као и остали облици власти, формирала се постепено. Судови као колегијално тело нису постојали до 1820. године, ако се изузме судска функција Народне канцеларије. Године 1820, по Милошевој наредби, нахијски кнезови почели су да обављају управне и полицијске послове сасвим самостално. То се односило и на њихову истражну функцију у обављању судске власти. Упоредо су формиран по нахијама колективни судски органи – *магистрати*. Најпре је у Крагујевцу формиран суд под именом *Суд обшченародни србски*. Установљена је и *Канцеларија народна србска*, о којој нема поузданих података, али је свакако била неки виши суд. Године 1821. у Пожаревцу је основан нахијски суд (носио је још име *Совјет пожаревачки*), а потом 1823. у Шапцу, Јагодини, Смедереву итд. *Обшченародни суд* у Крагујевцу прерастао је 1824. године у *Велики народни суд*, најпре као одељење тада обновљеног *Совјета сербског*, а од 1827. као самостална установа.

Султанов Хатишериф из 1830. године био је јавноправни акт којим је уз формално признање самоуправе Кнежевине Србије, Србији дата и основа уставне регулативе. Хатишерифом је изричито загарантована независност судства. "Власти моје високе Порте – стоји у члану 5. хатишерифа – неће се мешати ни у унуташња дела, ни у судејска решенија земље исте, ни шта више захтевати ни аспре едне, кроме данка, кои ће се, као што је речено, утврдити одредјелително за у напредак."⁴

Управна и судска власт није се много разликовала од власти устројене пре формалног признања самоуправе. Актима кнеза Милоша потврђена су настављенија и едикт којима је ова материја регулисана уз незнатне измене и конкретнија одређења поједних правила. Приметно је да су термине наслеђене од турске администрације почели да замењују термини примеренији државном устројству Србије. Тако се у *Наредби од 20. априла 1835. године* употребљава назив *окружни суд*, а уместо термина *кнежина* назив *срез*.

Од јула 1835. године до новембра 1837. уз термин *окружни суд* фигурирао је и термин *исправничество*, под којим је подразумевана судска власт. У циркуларима који су упућивани полицијским властима, међутим, назив *исправничество* употребљаван је и за означавање среских полицијских власти. У једном акту од 3. 10. 1836. године стоји да се

³ Слободан Јовановић, Из историје и књижевности I, Београд 1990, 40.

⁴ Димитрије Матић, Јавно право Књажества Србије, Београд 1851, стр. 113.

"исправничества по новом плану уређују", те да се чиновници њихови састоје "из војних и етатских". Може се на основу тога закључити да је долазило до поклапања појединих надлежности полицијских, судских и војних власти. У прилог томе иде и предвиђена хијерархија, по којој је у исправничеству "међу првима главни био срески старешина, а над њиме војени командант". Но акти који су регулисали надлежност појединих власти и чињеница да је *Устројенијем од 28. септембра* враћен назив *магистрат* за судску власт, казују да се водило рачуна о подели надлежности.

Поменути Устројенијем основан је и *Велики суд* као виши суд, а као судска инстанца изнад њега био је *Књажевски совет*. Као највиша судска инстанца предвиђена је *Предворна канцеларија* (раније Књажевска канцеларија), односно сам кнез, чиме је уведен и четврти степен у судству.

Државно устројство Србије, као самоуправне кнежевине, утемељено на хатишерифима као јавноправним актима, и систем правосуђа одржали су се до доношења устава од 1838. године. Важно је, међутим, поменути *Сретењски устав* од 1835. године. Овај устав важио је непуних месец дана и укинут је на инсистирање Русије, Аустрије и Порте, без великог противљења кнеза Милоша, који је и сам био спутан његовим одредбама. Ипак, Сретењски устав одражава је нове тенденције у Србији и по неким писцима представљао је *српску повељу слободе*. Читаво једно поглавље устава посвећено је грађанским правима са насловом *Општенародна права Србина*. Уз многе институције, примерене савременој држави, које је овај устав предвидео, извршена је и реорганизација судства. Предвиђено је тростепено судство. *Окружни суд* је судио у првом степену, *Апелациони (Велики) суд* у другом, а као трећестепени суд предвиђен је *Државни совјет*. Чланом 80. устава загарантована је независност судства: "Судија не зависи у изрицању своје пресуде ни од кога у Србији, до од законика српског; никаква, ни већа ни мања, власт у Србији не има права, одвратити га од тога или заповедити му, да другачије суди, него што му закони претписују."

Кратко време трајања *Сретењског устава* не умањује значај идеја које је садржао. Стицај политичких околности довео је до његовог укидања, али је сам чин његовог доношења казивао да читаво државно биће кнежевине Србије, са изграђеним институцијама, мора да постане уставна категорија. Три године касније, као одраз оваквих тежњи, у Цариграду је октроисан Устав Кнежевине Србије.

Основи правосудног ситета дати су у самом Уставу. Чланом 30. Устава предвиђено је постојање три врсте судова: *примирителни суд*,

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

околу суд и апелациони суд. Примирителни судови били су "устројени у селима, сатављени из старјешина мјестни". Осим судске функције примирителни судови вршили су и управну и полицијску функцију у селима и општинама, па су као судски органи имали хијерархијски однос према окружном суду, а као управни органи према среском начелнику, од кога су примали наређења. Ови судови нису могли судити предмете чија је вредност била већа од 100 гроша и за дела за која је предвђена казна већа од 3 дана затвора или телесна казна већа од 10 удараца штапом.

Околу суд састојао се од председника, три члана и потребног броја писара. Био је надлежан да суди у првом степену за грађанске и трговачке пранице и за кривична дела за која није био надлежан примирителни суд. Према члану 36. устава за сваку пресуду околуног суда рок за подношење жалбе апелационом суду био је 8 дана "и ако за теченије 8 дана речено одуђено лице не послјепши апелирати на Суд Апелациони, пресуда Суда Околуног бит' ће снажна и извршителна".

Апелациони суд имао је седиште у Београду. По члану 37. Устава састојао се од председника и четири члана. Имао је надлежност искључиво као другостепени суд за предмете који су већ пресуђени од околуног суда.

Устојенијем Врховног Суда септембра 1846. године установљен је и Врховни суд као суд трећег, коначног степена. За време уставобранитељске владавине Врховни суд је неколико пута мењао свој карактер. Првобитно он није био само касациони суд, већ је и сам судио. По члану 11. Устројенија "пресуде Врховног суда коначне су и извршителне, и оне ће се следством Апелационог суда на надлежни првостепени суд ради извршенија одправљати". Тек 1858. године, пред сам крај уставобранитељског режима, овај суд је новим Устројенијем претворен у чисто касациони суд.

Устав од 1838. године, који је својим доласком фактички дерогирао кнез Милош, и формално је ван снаге ставио кнез Михаило. Како би избегао било какав (макар и протоколарни) уплив Цариграда у српско уставно питање, кнез Михаило није желео озваничење устава султанским хатишерифом, већ је постојећи устав и формално ставио ван снаге уставним законима. Године 1861. донети су Закон о Народној скупштини и Закон о Државном Савету, а 1862. Закон о устројству централне државне управе. Године 1866. донет је и Закон о општинама, чиме је процес доношења уставних закона окончан.

У складу са таквом уставноправном регулативом донет је и читав низ закона који су се тикали судске функције. Тако је фебруара 1862. године донет Закон о правозаступницима, марта 1863. Циркулар

Попечитељства правосуђа о доказима у кривичном поступку, и измене и допуне законских аката који су регулисали устројство судова. Треба напоменути да је 1862. године донет низ законских аката које је наметнуло ванредно стање, уведено због турског бомбардовања београдске вароши. Сви ови прописи (почев од увођења преких судова, па надаље) укинута су једним актом исте године, након укидања ванредног стања. Коначно, 10. априла 1865. године донет је *Законик о поступку судском у кривичним делима*. Овом законнику преходио је нови *Закон о устројству судова* (20. фебруара 1865), а непосредно након објављивања Законика донет је Закон којим се уводи у живот Устројство судова и Законик о поступку судском у грађанским парницама, оба од 20. фебруара 1865. године, и Законик о поступку судском у кривичним делима од 10. априла исте године.

Закоником о поступку судском у кривичним делима, рађеном највише по аустријском узору, свеобухватно је регулисан ток кривичног поступка и прецизно дефинисани процесни субјекти и процесне радње. О приступу регулисању кривичног поступка казује и дуговечност овог законика. Он је примењиван, уз незнатне измене и допуне, као и Казнителни законик, све до уласка Србије у краљевину Срба, Хрвата и Словенаца. Закоником су уведени и дефинисани и појмови који су егзистирали у примени, до тада постојећих, кривичнопроцесних правила, али нису били детаљно законски регулисани. Дефинисана је и институција *државног тужиоца*, као једног од носилаца оптужне функције.

Након погибије кнеза Михаила Намесништво је приступило поступку доношења новог устава који је окончан 1869. године. Вршењу судске власти у овом уставу посвећено је једанаест чланова (од 108 до 118. члана). Потврђена је вишестепеност судског поступка и општи принципи установљени постојећим законодавством. Општи карактер овог дела устава подразумевао је и могућност доградње правосудног система припадајућим законодавством. Новина је било то што је чланом 117. предвиђено увођење поротног суђења у правосудни систем Србије, чиме је порота постала уставна категорија. "За разбојништва, опасне крађе и паљевине – стоји у члану 117. – завешће се постепено поротни судови, што ће се законом уредити".

Већ 1871. године намесништво је донело закон о пороти. По том закону поротни суд био је састављен од тројице државних судија и четири поротника. Сходно слову устава, судио је само за опасне крађе, разбојништва и паљевине. Поротници су учествовали само у одлучивању о томе да ли је оптужени крив или невин. Узимани су из општине оптуженог или из општине у којој је извршено кривично дело, са списка поротника које је за ту годину бирао општински одбор.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Занимљиво је да је приликом израде закона разматрано да ли да се уведе права порота (као у земљама англосаксонског правног режима), или као мешовити суд (по угледу на немачки правосудни систем). По првом пројекту закона била је предвиђена права порота, али се од тога одустало, па је уведен мешовити суд. Разлог за то било је, тада доминирајуће мишљење, да ће увођењем праве пороте извршиоци кривичних дела бити стављени под већу заштиту, а иницијатива за увођење пороте била је мотивисана супротним разлозима – да се заведе строжи режим према криминалцима и да се поменута дела што пре искорене строгошћу кажњавања.

Упоредо са припремама за доношење Устава од 1869. године и након његовог доношења вршене су измене и допуне кривичног законодавства, нарочито Законика о поступку судском у кривичним делима. Већ 1868. године, крајем маја, непосредно пред погибију кнеза Михаила, допуњен је § 10. којим су утврђене одредбе о обавезном бранитељу оптуженог, односно у којим случајевима оптужени може, а у којим мора имати бранитеља. Четири године касније извршене су допуне о висини и накнади судских трошкова.

Србија је у то време прешла тежак пут од фактичке до формалне независности, која је и формално призната на Берлинском конгресу. Развитак државе обележили су бурни догађаји, који су пратили владавину краља Милана. Њихови узрочно-последични односи условили су и доношење новог устава 1888. године. За Устав од 1888. године с правом се може рећи да је на велика врата увео пуни парламентаризам у државно-правни систем Краљевине Србије. Овај устав је био, по својим атрибутима, један од најлибералнијих у оновременој Европи.

Устројству правосуђа и вршењу судске власти посвећено је поглавље Устава које је садржало четрнаест чланова. Овим делом Устава прокламована су начела на којима се базира правосудни систем државе, потврђена тростепеност судског поступка и задржана постојећа организација судова. Основна начела прокламована уставом су: независности судства (чл. 148), принцип легалитета, јавност у раду и тајно гласање судског већа, сталност и неприкосновеност положаја судије. За састав, уређење и надлежност војних судова предвиђено је доношење посебног закона. Поротно суђење је задржано, са изменама од 1892. и 1895. године. Овим законом је предвиђено да поротни суд чине тројица државних судија и четири поротника, од којих двојица морају бити из места оптуженог, а двојица из места у коме је седиште првостепеног суда. Мотив за овакво решење били су притисци на поротнике и претње у циљу проглашавања оптуженог да није крив. Како се ни ова мера није показала

ефикасном, 1895. године донете су измене закона по којима су у поротном суду била предвиђена само два поротника. Године 1902. донет је нов *Закон о пороти*. Занимљиво је, међутим, да се упоредо развијао *систем војног правосуђа*, који је појединим решењима предњачио у односу на цивилно правосуђе. Једно од таквих решења било је увођење институције *војног државног тужилаштва*. Законом о поступку војних судова у кривичним делима од фебруара 1901. године одређене су дужности и утврђен делокруг рада војних државних тужилаца. Војни државни тужиоци постављани су указом, на предлог министра војног. Постављани су само при првостепеним војним судовима. При вишим судским инстанцама војних судова, по потреби, министар војни је из реда судских официра, на предлог начелника Судског одељења, постављао војне иследнике. Војни државни тужиоци истовремено су били референти за судство при дивизијским областима. Овакво решење је критиковано због чињенице да су ове функције у одређеним случајевима могле бити инкомпатибилне.⁵

Године 1901. краљ Александар Обреновић октроисао је нови устав. Једна од одлика овог устава је комбинација одредби Устава од 1869. и Устава од 1888. године. Судској власти посвећен је само један члан овог устава (чл. 87). Одредбе овог члана биле су начелне природе и потврђивале су начела и устројство постојећег правосудног система.

Време трајања овог устава било је веома кратко. Већ 1903. године, након мајског преврата и убиства краљевског пара последњих Обрановића, враћен је на снагу устав од 1888. године са извесним изменама. Овај устав је важио све до уласка Србије у заједничку државу.

Заједничка држава донела је са собом мноштво правних система, што је условило компликовану процедуру изједначавања закона и доношења устава, а сходно томе и устројство правосудног система. У комунистичкој Југославији законодавство се најпре ослањало на примере из земаља реалсоцијализма под утицајем совјетског модела. Након политичког раскида са Совјетским Савезом југословенско законодавство, па и устројство судства, добило је и нека оригинална одличја.

Процес распада Југославије вратио је све државноправне надлежности у оквиру Србије. Садашњи Устав Републике Србије донео је и нова решења у уређењу правосудног система државе. Компаративна анализа садашњих уставних решења може се условљавати непостојањем

⁵ Милош Гојковић, *Историја југословенског војног правосуђа*, Београд 2001, стр. 47.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

историјске дистанце и краткоћом времена примене Устава. Али чињеница да је баш регулисање судства најрањивија тачка новог устава и чињеница да је Народна скупштина Републике Србије продужила важење неких закона који су већ стављени ван снаге (нпр. Закон о Кривичном поступку) због непримењивости нових, казују да је критика оваквих решења нужна. Овај историјски преглед положаја судства у српским уставима требало би да буде прилог таквој критици.

Nebojša Randelović, LL.D
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

The judiciary in the Serbian constitutions

Summary

The new Constitution of the Republic of Serbia (2006), with all its advantages and disadvantages, has been exposed to serious criticism in terms of its adoption procedure and contents. The new constitutional regulation of the role of the judiciary and the standpoint that the constitutional solutions overemphasize the influence of the executive and the legislative branch of government on the judiciary is one of the reasons for the author's comparative analysis of the position of the judiciary in the previous Serbian constitutions.

The process of establishing an independent judiciary and the continuous attempts of the exponents of the other governmental powers to influence the judiciary are a common characteristic of almost all segments in the development of the Serbian civic state. Such tendencies can be recognized before the first Serbian Insurrection in the requests of the Serbs to the Sublime Porta to establish the privileges of autonomy, which would help the development of the judicial apparatus of the state and the "public institutions" of Serbia during the rule of Miloš Obrenović. But, ever since the Sultan's Hatisherriffs (public law acts with constitutional contents) until the State Coup in May 1903, after which the liberal constitution of 1888 was reinsituted, there was a curved but rising tendency to establish an independent and stable judiciary. In accordance with the contents of the Serbian constitutions, the development of the judicial system was accompanied by the adoption of appropriate legislation, frequently influenced by the underlying state policy. After almost 50 years of developing the judiciary under the influence of the real-socialist and other models created in the period from 1945 to 1990, the 1990s brought a different approach in the development of the legal and judicial system of Serbia. There is a general impression that the solutions contained in the current constitution do not represent a step ahead in comparison to the prior constitutional solutions.

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПОТРОШАЧА У УСЛОВИМА ЕЛЕКТРОНСКЕ ТРГОВИНЕ

Апстракт

Потрошач, у најширем смислу, представља *sui generis* личност која, у складу са својим специфичностима, у оквиру био и друштвено-економског система у коме живи, задовољава своје потребе и остварује своја права.

Према Европској повељи о заштити потрошача, појам потрошача обухвата свако физичко лице које на тржишту наступа ван оквира своје делатности, пословања или професије и које набавља робе и услуге за сопствене потребе.

У складу са ставовима Европског суда правде, потрошач је физичко лице или удружење физичких лица које делује кроз своје пословне и професионалне активности.

Потрошач у смислу Закона о заштити потрошача Републике Србије, јесте свако физичко лице које купује производе или користи услуге за личне потребе или потребе свог домаћинства. Потрошач је и привредно друштво, предузеће, друго правно лице и предузетник, када купује производе или користи услуге за сопствене потребе.

Потрошач је истовремено и купац, мада сваки купац не мора да буде аутоматски и потрошач.

Историја борбе потрошача за остваривање и заштиту својих права дуга је и трновита. Мукотрпан је био пут од принципа "Нека се чува купац", из Римског права, до изреке "Купац (потрошач) је увек у праву", утемељене у савременом добу, коју би требало да поштује сваки озбиљан и одговоран трговац.

Данас, потрошачи имају веома респектабилне механизме правне заштите својих економских, социјалних, здравствених и других интереса. Ти механизми су утемељени у националним прописима и међународној легислативи. У дигиталном окружењу и у условима глобалног електронског пословања, правни положај потрошача постао је знатно сложенији и латентно много рањивији. Куповина онлајн, електронска плаћања и друго,

доводе ионако инфериорнији положај потрошача (у односу на продавца), пред нова искушења и изазове. Поред традиционалних ризика и опасности присутних у аналогном окружењу, потрошача сада вребају додатне опасности у дигиталном свету. Оне се огледају, пре свега, у томе што је сада потрошачева приватност угроженија, повећане су могућности злоупотребе личних података потрошача садржаних у средствима плаћања, већи су ризици од превара и оштећења потрошача и сл. Сагласно изреченом, а имајући у виду чињеницу да свет у коме живимо све више поприма карактеристике потрошачког друштва, са свеопштом комерцијализацијом, с правом се поставља питање положаја и улоге потрошача у новим околностима. Јер, сада се све мање доводи у питање тачност напред изреченог постулата: "Потрошач је увек у праву", већ се све више намеће питање шта ће бити са потрошачем, хоће ли он све ово преживети или ће га "прогутати" матица потрошачког друштва!?

Кључне речи: потрошач; трговац; интернет; електронско пословање.

УВОД

Потрошач, у најширем смислу, представља *sui generis* личност која, у складу са својим специфичностима, у оквиру био и друштвено-економског система у коме живи, задовољава своје потребе и остварује своја права.

У теорији и законодавству постоје различите дефиниције појма потрошача. Навешћемо само неке од њих. Према нормативи ЕУ, потрошач је физичко лице или удружење физичких лица које, које делује кроз своје пословне и професионалне активности. Дакле, потрошач је физичко лице, а правна лица се не сматрају потрошачима.

Према Европској повељи о заштити потрошача, појам потрошача обухвата свако физичко лице које на тржишту наступа ван оквира своје делатности, пословања или професије и које набавља робе и услуге за сопствене потребе.

У складу са ставовима Европског суда правде, потрошач је физичко лице или удружење физичких лица које делује кроз своје пословне и професионалне активности.

Потрошач у смислу Закона о заштити потрошача Републике Србије, јесте свако физичко лице које купује производе или користи

услуге за личне потребе или потребе свог домаћинства. Потрошач је и привредно друштво, предузеће, друго правно лице и предузетник, када купује производе или користи услуге за сопствене потребе.

Потрошач је истовремено и купац, мада сваки купац не мора да буде аутоматски и потрошач.

Историја борбе потрошача за остваривање и заштиту својих права дуга је и трновита. Један од основних почетних принципа Римског права био је "Caveat emptor" "Нека се чува купац", према коме купац, фактички и правно није уживао скоро никакву правну заштиту, већ је морао сам да води рачуна о својим интересима и да у правном промету иступа са повећаном пажњом како не би био преварен или оштећен. Међутим, са развојем цивилизације, етике и правне културе, дошло се до закључка да и у приватноправним односима, посебно код уговора робног промета, не сме владати стихија и принцип "Pacta sunt servanda" (Уговор је закон за стране), као догма, већ се и овакви односи морају подрвргнути одређеној спољној или јавној контроли. Идеја је била да се у робно-новчане односе, посебно у оне код којих је, по правилу присутна неједнакост уговорних страна у било ком облику (економска, информациона и др.), уведе фактичка, а не само формална, еквиваленција узајамних престација у правном саобраћају, између оваквих уговорних страна. Стога, се најпре у доктрини, а затим и у легислативи, установљава принцип "Contra preferentem", посебно код тзв. типских уговора, као најзначајније врсте уговора код којих се рефлектује неједнакост уговорних страна, коју би, у савременом добу, требало да поштује сваки озбиљан и одговоран трговац. Принцип "Contra preferentem" или "In dubio contra stipulatorem" (У сумњи против састављача, другим речима у корист купца), приметан у рудиментарном облику у Римском праву, представља тековину француског Code civil-а, а данас фигурира у међународним актима о трговини, као и у националним законима у овој области.¹

1. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПОТРОШАЧА У СРБИЈИ

1. 1. Закон о заштити потрошача Републике Србије

У чл. 3, Закона, прописана су основна права потрошача. У њих спадају права на:

¹ Таква одредба садржана је у UNIDROIT принципима о међународној трговини, из 2004. године, (Interpretation, Art. 4.6), као и чл. 100 нашег Закона о облигационим односима.

1) задовољавање основних потреба - доступност најнужнијих производа и услуга, хране, одеће, обуће и стамбеног простора, здравствене заштите, образовања и хигијене;

2) сигурност - заштита од производа, производних процеса и услуга штетних по живот и здравље;

3) информисаност - располагање чињеницама од значаја за правилан избор и заштиту од непоштене огласне поруке или ознаке на производима које могу потрошача да доведу у заблуду;

4) избор - могућност избора између више производа и услуга, по прихватљивим ценама и уз гарантовано добар квалитет;

5) глас потрошача - заступљеност интереса потрошача у процесу доношења и спровођења политике заштите потрошача, као и у поступку увођења нових производа и услуга;

6) обештећење - добијање правичне накнаде за лажно приказивање својстава производа и услуга, неквалитетне производе или незадовољавајуће услуге;

7) образовање потрошача - стицање основних знања и способности потребних за правилан и поуздан избор производа и услуга, знања о основним правима и одговорностима потрошача и начинима како се та знања могу остваривати;

8) здраву животну средину - живот и рад у окружењу које не представља опасност за здравље потрошача.

При том, посебна заштита обезбеђује се групама потрошача као што су деца, стари и болесни.

Основни циљеви, односно објекти заштите сврстани су у неколико категорија. У прву категорију спада заштита живота, здравља и сигурности потрошача. То се остварује преко: 1) сигурности производа и амбалаже; 2) заштите малолетних лица; 3) обавештавања о квалитету воде и ваздуха; и 4) заштите код генетски модификованих производа.

Следећа област заштите су економски интереси потрошача.

У глави IV регулисани су посебни облици заштите потрошача у области услуга. Такође, у глави VI говори се о информисању и образовању потрошача. Најзад, у глави VII регулисана су питања наканде штете потрошачима.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

У чл. 63, Закона о заштити потрошача, регулисан је Национални програм заштите потрошача. Он садржи дугорочне циљеве заштите потрошача у Републици Србији, начин остваривања тих циљева, мере заштите потрошача, начине образовања и информисања потрошача, подстицајне мере у области потрошње и друге компоненте од значаја за остваривање права потрошача.

Национални програм се усклађује са стратегијом развоја Републике Србије и стратегијом развоја трговине Републике Србије.

Влада Републике Србије на предлог министарства надлежног за послове трговине доноси Национални програм, за период од најмање пет година.

Чланом 65, Закона, прописано је да се Министарству образује се Савет министра за заштиту потрошача као саветодавно - консултативно тело.

Заштита потрошача у локалној самоуправи обезбеђује се образовањем арбитражних тела за решавање спорова између потрошача и продаваца, односно даваоца услуга (члан 66).

Ради заштите својих права и интереса, потрошачи могу оснивати удружења, покрете, центре, савезе и друге облике удруживања потрошача (у даљем тексту: организације потрошача), у складу са законом (чл. 67).

Најзад, у одељку X предвиђене су казнене мере за субјекте који повреде одредбе Закон о заштити потрошача. У том смислу, у чл. 77 прописани су привредни преступи за које је прописана новчана казна у износу од 300.000 до 3.000.000 динара. У чл. 78 и 79 прописани су прекршаји за правно лице (новчана казна од 100.000 до 1.000.000 динара), и за предузетника (новчана казна од 100.000 до 500.000 динара).

2. НАЦИОНАЛНИ ПРОГРАМ ЗАШТИТЕ ПОТРОШАЧА ЗА ПЕРИОД ОД 2007. ДО 2012. ГОДИНЕ

Сагласно Закону о заштити потрошача, Влада Републике Србије својом Уредбом, из 2007. године² донела је Национални програм заштите потрошача.

У програму је истакнуто де је заштита потрошача у Републици Србији један од приоритета у процесу комплетирања институционалног и

² "Сл. Гласник" Републике Србије, бр. 11, од 30. јануара 2007. године.

правног амбијента модерне тржишне привреде и друштва. Стварање услова за успостављање и функционисање слободног тржишта, увођење реда на тржишту је превасходно интерес грађана Републике Србије као потрошача. Фер тржишно понашање, коректна комерцијална пракса, третман купаца, туриста и потрошача којим се поштују њихова права и интереси у одговарајућем правном послу или односу, су од великог значаја за све актере у тржишном ланцу. Стога, право потрошача је *conditio sine qua non* остваривања свих осталих права, па се стога, у Европској конвенцији о људским правима, ово право представља као основно.

Права потрошача су део система узајамних дужности и овлашћења свих учесника на тржишту, те зато представљају и интерес других учесника, пре свега компанија. Извесност економских ефеката уговора о купопродаји добара намењених потрошњи није само интерес економски слабије или лошије информисане стране - потрошача него и продаваца који, успостављањем и поштовањем стандардних понашања, могу да се ангажују у конкурентској борби, која би била заснована на мањим ценама и бољем квалитету, а не на нелојалној конкуренцији. Нису ретки случајеви лажног приказивања предности или погодности за купце, који почивају на злоупотреби незнања потрошача. Непоштовање захтева квалитета, различите обмане, манипулисање свешћу недовољно образованих потрошача или злоупотреба положаја појединих категорија потрошача врло брзо се претварају у директно наношење штете свим савесним учесницима на тржишту. Без уређивања и унапређивања права потрошача нема конкуренције, а ни једног од основних елемената цивилизованог и демократског друштва.

Динамика процеса постсоцијалистичке транзиције, као што показују примери земаља Централне Европе, фактички се смирује након интегрисања националне привреде у Европску унију (у даљем тексту: ЕУ), па је чланство Републике Србије у ЕУ национални и стратешки циљ и представља само сводни израз за успешно окончање процеса успостављања не само ефикасне привредне структуре, него и одговарајућих институција и стандарда у области политике, права грађана, квалитета живота и социјалне и друштвене стабилности. Пошто су стандарди у вези са правима потрошача један од стубова правног поретка модерне тржишне привреде какво је европско тржиште, јавила се и потреба за прописивањем правних одредби које прокламују поштовање читавог сета основних људских права. Међу њима истакнуто место има и скуп норми којима је циљ да се обезбеди ефикасна хармонизација права

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

заштите потрошача, али захтеви за уједначавањем ових стандарда у ЕУ нису ограничени само на оне области у којима је право потрошача почело да се афирмише. Мада ЕУ поставља захтеве само у погледу доњег прага стандарда заштите, класични захтеви - безбедност производа, пре свега, се сваког дана шире и уводе нови, попут права на избор, односно друга права, па је то један комплекс *acquis* (правне тековине - у даљем тексту: *acquis*) ЕУ који се стално и брже шири од већине других области.

Међу питањима која се нужно реперкутују и као питања политике заштите потрошача сусрећемо и проблематику њихове заштите у области услуга, нарочито туризма и банкарских. Стим у вези, стално се развијају механизми отклањања несразмере у економској снази или информисаности у сектору услуга. Укључивањем елемената заштите здравља, животне средине, образовања и других области у оквире правне регулативе права потрошача, ЕУ обавезује своје чланице, као и придружене земље, да у складу са својим националним решењима, у посебном Закону о заштити потрошача, Закону о облигационим односима или другим посебним прописима изградње националне стандарде и подигну их најмање до оног нивоа који ЕУ сматра најнижим прихватљивим. Опредељење Републике Србије је да се развија друштво засновано на владавини права, демократији и ефикасном тржишту потпуно и без остатка кореспондира са политиком њеног укључивања у ЕУ, будући да су то и њени глобални циљеви.

Национални програм заштите потрошача за период од 2007. до 2012. године (у даљем тексту: Програм) садржи: развој система заштите потрошача, оцену стања у области заштите потрошача, субјекте система заштите потрошача, циљеве и задатке заштите потрошача, задатке носилаца система заштите потрошача финансијска средства за остваривање Програма, преглед циљева и задатака, носилаца, рокова и средстава за спровођење Програма. Програм има за циљ да омогући да се различити интереси и напори државе, организација потрошача, страних партнера, привредних комора или појединих компанија ускладе и укомпоунују у целовит и конзистентан систем. Програм представља јасан политичко-правни документ који ће послужити као стратегија и политика заштите потрошача и подстицај свим правно-релевантним субјектима да своје напоре и сарадњу координишу на остваривању заштите права и интереса потрошача, зарад општег добра свих.

3. РАЗВОЈ СИСТЕМА ЗАШТИТЕ ПОТРОШАЧА

3. 1. Развој заштите потрошача у међународно- правним документима

Генерална скупштина Уједињених нација донела је, Резолуцијом број 39/248, из 1985. године, смернице о заштити потрошача којима је подстакла земље чланице да законски уреде ову област. Европске државе потписнице Уговора о оснивању Европске заједнице, потписаног у Риму 1957. године, усвојиле су 1973. године Европску повељу о обавештавању и заштити потрошача са прецизним дефинисањем листе проширених права, која се састоје од права на заштиту економских интереса, права на заштиту од опасности за живот, здравље и имовину од производа и услуга на тржишту, права на правну заштиту и подршку државе, права на обавештавање и образовање, права на удруживање ради заштите њихових интереса, права на представљање у телима која одлучују о стварима од интереса за потрошаче. У Сједињеним Америчким Државама донет је, 1972. године Закон о заштити потрошача и на основу кога је успостављена посебна савезна комисија за сигурност потрошачке робе, а од раније су постојали за лекове и поједине врсте хране FDA (Food and Drug Administration) елементи система јавне контроле квалитета због одсуства стандарда у америчком правном систему.

Заштиту потрошача ЕУ инаугурисала је још у моменту свог настанка. Подручје заштите потрошача је, попут осталих сегмената комунитарног права, стално проширивано и добијало је све већи значај у каснијим основним документима ЕУ: Уговором о Европској унији, којим је измењен Уговор о оснивању Европске заједнице, политика заштите потрошача постаје службена политика ЕУ. Уговором из Амстердама, односно Уговором о изменама Уговора о оснивању Европске заједнице, чланом 153, Уговора дефинисан је садашњи минимални ниво заштите потрошача у ЕУ кроз следећа права:

- заштита здравља и сигурност потрошача;
- заштита економских интереса потрошача;
- право потрошача да буду информисани и образовани;
- право на накнаду штете и
- удруживање, заступање и учешће потрошача, ради остварења својих права.

Овакво одређивање врста права потрошача представља само правни основ за доношење више обавезујућих упутстава (директива) које државе обавезно инкорпоришу у своја национална законодавства. Програм, чију окосницу чине права утврђена наведеним уговором, представљају друштвени приоритет који обавезује не само државне органе, него и све организације потрошача или институције које доприносе његовом остварењу, имају право на подршку државе.

Ако се има у виду обим регулативе коју треба уградити у национално законодавство (данас *acquis communautaire* - заједничка правна тековина из области заштите потрошача састоји се од око 2000 страница из Службеног листа ЕУ), да та регулатива *acquis communautaire* за заштиту потрошача ЕУ представља битан елемент институционалне димензије европског тржишта, као и да је њена рецепција у потпуности услов за пријем земље кандидата у чланство, онда то значи да је овај део *acquis* ЕУ заиста велики изазов за Републику Србију. Република Србија већ чини усклађивање законодавства у области заштите потрошача са прописима ЕУ имајући у виду не само своје будуће односе након закључивања Споразума него и чињеницу да ови прописи доприносе успостављању слободне конкуренције на тржишту, остваривању заштите права и интереса потрошача и убрзаном економском развоју.³

3. 2. Релевантни *acquis* ЕУ

Овај преглед има за циљ да кроз анализу уочених слабости националног правног система заштите потрошача и његову неусклађеност са правним системом ЕУ укаже на референтне стандарде ЕУ које Република Србија треба постепено да усваја и то редоследом који опредељују њене сопствене националне потребе и обавезе.

3. 2. 1. Грађанско и трговинско право

- Упутство Савета 85/374/ЕЕС измењено и допуњено Упутством Европског парламента и Савета 99/34/ ЕС - у вези са одговорношћу за неисправне производе;

- Упутство Европског парламента и Савета 2000/35/ЕС - закаснило плаћање у трговинским трансакцијама;

³ Интереси потрошача штите се и низом прописа који правно уређују различита права потрошача (Закон о облигационим односима, Закон о оглашавању, Закон о ценама, Закон о заштити конкуренције и др.).

- Упутство Европског парламента и Савета 2002/65/ЕС - продаја потрошачких финансијских услуга на даљину;

- Упутство Европског парламента и Савета 2002/47/ЕС - споразуми о финансијским гаранцијама;

3. 2. 2. Заштита економских интереса потрошача

- Упутство Савета 84/450/ЕЕС - у вези са обмањујућим оглашавањем измењено и допуњено Упутством Европског парламента и Савета 97/55/ЕС у вези са компаративним оглашавањем;

- Упутство Савета 85/577/ЕЕС - у вези са заштитом потрошача у погледу уговора о којима се преговара изван пословних просторија;

- Упутство Савета 87/102/ЕЕС - у вези са потрошачким кредитом измењено и допуњено Упутством Савета 90/88/ЕЕС и Упутством Европског парламента и Савета 98/7/ЕС;

- Упутство Савета 90/314/ЕЕС - у вези са пакет одморима и пакет турама;

- Упутство Савета 93/13/ЕЕС - у вези са непоштеним условима потрошачких уговора;

- Упутство Европског парламента и Савета 94/47/ЕС - у вези са заштитом куповине у погледу одређених аспеката уговора који се тичу куповине права на коришћење непокретне имовине на time-sharing основи;

- Упутство Европског парламента и Савета 97/7/ЕС - у вези са заштитом потрошача у погледу уговора на даљину;

- Упутство Европског парламента и Савета 98/6/ЕЗ - у вези са заштитом потрошача у означавању цена;

- Упутство Европског парламента и Савета 98/7/ЕС - у вези са забранама ради заштите интереса потрошача;

- Упутство Европског парламента и Савета 99/44/ЕС - у вези са одређеним аспектима продаје робе широке потрошње и односних гаранција;

- Препорука Комисије 98/257/ЕС - у вези са принципима примењивим на тела надлежна за вансудско решавање потрошачких спорова;

- Препорука Комисије 2001/310/ЕС - у вези са принципима за вансудска тела укључена у сагласно решавање потрошачких спорова;

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

- Упутство Европског парламента и Савета 98/27/ЕС - одлуке које забрањују правне преступе ради заштите потрошача;

- Упутство Европског парламента и Савета 2003/33/ЕС - оглашавање дуванских производа.

Поменути прописи спадају у круг већ стандардних тековина које су уграђене у национална права чланица ЕУ, и њених будућих чланица. Након последњег проширења ЕУ, донети су и нови прописи који ће бити обавезни за кандидате, односно будуће чланице:

- Одлука Европског парламента и Савета број: 20/2004/ЕС од 8. децембра 2003. године - којом се успоставља општи оквир за финансирање акција Заједнице за подршку политике потрошача за период 2004—2007;

- Одлука Комисије број: 2004/781/ЕС од 18. новембра 2004. године - којом се допуњује Одлука Комисије 1999/815/ЕС о мерама којима се забрањује пласман на тржиште одређених играчака и артикала за бригу о детету које су опасни по здравље и живот деце;

- Одлука Комисије број: 2004/905/ЕС од 14. децембра 2004. године којом се постављају смернице за обавештавање о опасним производима надлежних органа држава чланица од стране произвођача и дистрибутера у складу са Чланом 5(3) Упутство 2001/95/ЕС;

- Упутство Европског парламента и Савета 2005/29/ЕС, од 11. маја 2005. године у вези са неправедним бизнис-потрошач трговинским праксама на унутрашњем тржишту и допуњујуће Упутство 84/450/ЕЕЗ, 97/7/ЕС, 98/27/ЕЗ, 2002/65/ЕС и Упутство 2006/2004, ОЈ L 149, 11. јуна 2005;

- Упутство Европског парламента и Савета 2005/59/ЕЗ од 26. октобра 2005. које представља измењено и допуњено Упутство Савета 76/769/ЕЕЗ о приближавању закона, прописа и административних одредби држава чланица у вези са ограничењима у пласману и употреби одређених опасних супстанци и препарата, ОЈ L 309, 25. новембра 2005;

- Одлука Комисије број: 2005/718/ЕС о усклађености са одређеним стандардима са Упутством 2001/95/ЕС и објављивањем њихових референци у службеном листу.

3. 2. 3. Заштита здравља и безбедности потрошача

- Упутство Савета 76/768/ЕЕЗ - у вези са козметичким производима допуњено Упутством Европског парламента и Савета 2003/15/ЕС;

- Упутство Савета 87/357/ЕЕС - у вези са производима који су другачији од оних који треба да буду и угрожавају здравље и безбедност потрошача;

- Упутство Савета 88/378/ЕЕС - у вези са безбедношћу играчака;

- Упутство Савета 90/219/ЕЕС- у вези са генетски модификованим организмима;

- Упутство Европског парламента и Савета 96/74/ЕС - у вези са називима текстила;

- Упутство Европског парламента и Савета 1999/94/ЕС - доступност потрошачких информација о економији горива, емисији CO₂ у погледу маркетинга нових путничких возила;

- Упутство Савета 92/59/ЕЕС и Упутство Европског парламента и Савета 2001/95/EZ - у вези са општом безбедношћу производа (ово Упутство биће обухваћено експертском мисијом о техничким правилима и стандардима);

Уредба Савета 339/93/ЕЕС од 8. фебруара 1993. године - о проверама усклађености са правилима о безбедности производа у случају производа увезених из трећих земаља (такозвани RAPEX IT систем);

- Упутство Савета ЕУ 2092/91 и 1804/99 које се односи на регулисање заштите потрошача у области органске производње и органских производа;

- Упутство Европског парламента и Савета 1997/5/ЕС - прекогранични трансфер кредита;

- Упутство Европског парламента и Савета 1999/93/ЕС - електронски потпис;

- Упутство Европског парламента и Савета 2000/31/ЕС - електронска трговина и друге услуге везане за информационо друштво.

3. 2. 4. Европски суд правде

Постоји преко 80 пресуда Европског суда правде (ЕСЈ) у области заштите потрошача ЕУ, које ће судови у Републици Србији морати да примењују након приступања. Приоритети Србије треба да буду

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

усклађени са приоритетима ЕУ како су дефинисани за период 2007–2013. у стратешком документу о заштити потрошача,⁴ на:

1. јачање прекограничних решавања потрошачких спорова (системи EEJ-NET, FIN-NET, Solvit, Euro-guishets, FINUSE, CCN, CIRCA, ADRs, ENISA итд.);

2. стављање нагласка на права путника у погледу ваздушног и железничког саобраћаја;

3. утемељење интереса потрошача у погледу електронске трговине;

4. већу пажњу треба посветити заштити права потрошача у области услуга од општег интереса (УОИ) као струја, гас, локални јавни превоз, телекомуникације, поштанске услуге, водоснабдевање, итд.

3. 2. 5. Организације потрошача

Постојање и развој независних организација потрошача у Републици Србији има дугу традицију, али ипак још не постоји потребна инфраструктура у функцији заштите права и интереса потрошача. Уз то постоје врло различити погледи на заштиту права и интереса потрошача. У овом тренутку у Републици Србији постоји преко 40 регистрованих организација потрошача.⁵ Релативно велики број организација и недовољна координација у њиховом раду, пре свега одсуство заједничких акција иза којих би стајао ауторитет свих организација потрошача у Републици Србији, чини да је њихов укупни утицај мали, везан за јединице локалне самоуправе, а да при томе, објективно, и иначе недовољна средства за њихов рад нису рационално искоришћена. Посебно је истакнут проблем нејасноћа око идентификације јединствене националне репрезентативне асоцијације потрошача Републике Србије, која би имала пун легитимитет да се појави као национални представник у међународним организацијама, односно као преговарач у ситуацијама када постоји могућност приступа страним наменским фондовима. Већ је уочено да такве међународне институције избегавају да ступе у везу са

⁴ Саопштење Европске комисије "Здравији, безбеднији и самопоузданији грађани: Стратегија здравља и заштите потрошача". Предлог Одлуке Европског парламента и Савета којом се успоставља Програм активности Заједнице у области заштите здравља и потрошача 2007–2013, COM(2005)115 final.

⁵ До сада су организације потрошача регистроване у складу са законима који су на снази: Закон о друштвеним организацијама и удружењима грађана ("Службени гласник СРС", број 24/82), Законом о удруживању грађана у асоцијације, друштвене организације и политичке организације ("Службени лист СФРЈ", број 42/90, "Службени лист СРЈ", бр. 24/94, 28/96 и 73/00).

организацијама које не представљају све потрошаче у Републици Србији. Стога, као неминовност се намеће обавеза њиховог удруживања.

Нејасноће око јединствене репрезентативне асоцијације, као неке врсте потрошачког парламента, представљају озбиљну препреку за успешнију међународну сарадњу.

Делимично и због тога још није извршено организовање и деловање организација потрошача у складу у начелима BEUC (Bureau Européen des Unions Consommateurs) и CI (Consumers International), Смерницама за политику заштите потрошача у Средњој и Источној Европи 2000,⁶ Одлуци Европског Парламента и Савета број 20/2004/ЕЦ о општем финансијском оквиру у вези са Акционим планом ЕУ о заштити потрошача у периоду 2004-2007.⁷ Та одлука, иначе, полази од неспорних принципа да је, пре свега њихова активност искључиво у корист интереса потрошача, промоција и заштита здравља, безбедности и економских интереса потрошача, да су оне специфична удружења грађана као неполитичке, непрофитне, независне у односу на индустрију, комерцијалне и бизнис и друге конфликтне интересе.

Посебан проблем са којима се суочавају организације потрошача је недостатак финансијских средстава, пре свега оних из буџета, намењених за пројекте и активности потрошачких организација. У Грчкој, организације потрошача су конституисане као правна тела и управљају се у складу са одредбама члана 10, Закона 2251/1994 и Грађанским кодексом.

4. СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ

Данас, потрошачи имају веома респектабилне механизме правне заштите својих економских, социјалних, здравствених и других интереса. Ти механизми су утемељени у националним прописима и међународној легислативи. У дигиталном окружењу и у условима глобалног електронског пословања, правни положај потрошача постао је знатно сложенији и латентно много рањивији. Куповина онлајн, електронска плаћања и друго, доводе ионако инфериорнији положај потрошача (у односу на продавца), пред нова искушења и изазове. Поред традиционалних ризика и опасности присутних у аналогном окружењу, потрошача сада вребају додатне опасности у дигиталном свету. Оне се

⁶Guidelines for consumer policy in Central and Eastern Europe-2000-Consumer International-Office for Developed and Transition economies

⁷SG L 5, 9.1.2004, стр.1.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

огледају, пре свега, у томе што је сада потрошачева приватност угроженија, повећане су могућности злоупотребе личних података потрошача садржаних у средствима плаћања, већи су ризици од превара и оштећења потрошача и сл. У суштини, заштита потрошача на глобалном тржишту електронске трговине, односи се на обезбеђење његове приватности, поверљивости и анонимности, односно сигурност његових трансакција и заштита личних података.

За будући успешан развој електронске трговине веома су битна законска и етичка питања. Законска питања која се односе на електронску трговину углавном се односе на: приватност, интелектуалну својину, слободу говора, фискална питања, заштиту потрошача, као и законска питања везана за етику. Етичка питања су најчешће обухваћена кроз: приватност, тачност, својину и приступачност.

Електронска трговина оперише многим личним подацима клијената, па је тако њихова приватност озбиљно угрожена. Према неким проценама преко 80% људи избегава електронско пословање из страха да би њихови лични подаци, дакле интима могли бити повређени или злоупотребљени.

Поред питања приватности намећу се и могућности превара, као кључни елемент сигурности потрошача и њихове заштите.

Међу најчешће преваре које се срећу на интернету су:

-преваре на онлајн аукцијама;

-преваре по основу интернет акција;

-друге финансијске обмане (нпр. продаја лажних инвестиција и сл.);

-остале преваре и обмане у електронској трговини тзв. нефинансијске преваре и некоректности.

Резимирајући можемо рећи да би се унапредио и заштитио положај потрошача треба предузети читав низ мера и активности у различитим областима. Поред побољшања легислативе (националне и међународне), треба се позабавити и низом етичких, али и образовних и културолошких питања. Потребна је, свакако, свеобухватана и перманентна едукација свих учесника у електронској трговини. Уз то, нужно је предузети све

технолошке мере у циљу обезбеђења сигурности трансакција (кроз криптографију и слично) и анонимност личних података.⁸

Осим изнетог, треба истаћи да се у светским размерама током времена развио читав покрет за заштиту потрошача под називом

8 Нови Microsoftови производи ће омогућити компанијама да реализују целокупан потенцијал својих запослених, градећи профитабилније релације са клијентима и отварајући простор за иновације које ће унапредити њихово пословање. Иако су многи корисници навикли да ове производе инсталирају и користе одвојено, треба знати да ће нови Windows, Office и Exchange заједно из корена променити начин на који компаније профитирају користећи пословне податке.

Ниједна компанија није имуна на ове проблеме. Током прве половине 2006. године, Microsoft је помогао корисницима да уклоне више од 10 милиона злонамерних програма са преко 4 милиона рачунара. Имајући у виду повећавање проблема безбедности, Microsoft је осмислио нов начин креирања апликација који покрива целокупан процес настанка софтвера, од идеје и дизајна, преко развоја до примене. Он се назива Secure Development Lifecycle (SDL), и подразумева ригорозну процедуру креирања софтвера, која ставља безбедност у први план. Основна премиса је да софтвер мора бити сигуран од самог почетка, од идејног пројекта, што значи да дизајнери решења морају предвидети и разумети све потенцијалне претње и пропусте пре него што напишу и једну линију кода, а онда и предузети неопходне кораке да те претње елиминирају уз помоћ пажљивог дизајнирања решења и каснијег надзора процеса развоја. Windows Vista је први Microsoftов оперативни систем чији је развој од почетка пратио постулате које је поставио Secure Development Lifecycle процес. Крајњи резултат је широк спектар нових или унапређених могућности заштите који чине Windows Vista најсигурнијим оперативним системом који је Microsoft направио до сада.

Међу новим функцијама је и User Access Control (UAC), механизам који одваја привилегије и активности стандардних корисника од оних које су потребне администраторима. Он значајно олакшава заштиту компанијских IT ресурса, дајући корисницима могућност да мењају уобичајене опције и тако лакше себи прилагођавају рачунар. Истовремено, он их спречава да направе измене које би могле пореметити задати ниво сигурности и довести функционисање система у питање. Како би помогао компанијама да се лакше заштите од спољашњих претњи, Internet Explorer 7 у Windows Vista ради са привилегијама које омогућавају кориснику да претражује интернет, али не и да мења фајлове и подешавања и тако угрози сигурност система. Захваљујући томе, чак и ако злонамерна Web локација покуша да нападне рачунар и искористи неки пропуст, могућност инсталирања нежељеног софтвера или измене подешавања програма је сведена на минимум.. Windows Defender, саставни део Windows Viste, помаже у блокирању, контроли и уклањању шпијунског и другог нежељеног софтвера. Он такође периодично претражује хард дискове, тражећи и уклањајући нежељени софтвер.

Да би успели у свом задатку, сигурносни алати се морају неприметно интегрисати у све нивое компанијске инфраструктуре, како би администратори могли њоме да управљају на ефикаснији и лакши начин. Лансирање Windows Viste представља важан корак напред у Microsoftовим сталним настојањима да обезбеди компанијама алате уз помоћ којих могу комплетно заштитити своје пословне информације и инфраструктуру, и тако их ослободи бриге за сигурност података и омогући им да се фокусирају на своје пословање.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

конзумеризам. Овај покрет има за циљ да повећа права и утицај потрошача у односу на трговце, и у том смислу он се појављује као лек за исправљање неправди и фрустрација потрошача у односима према знатно моћнијој уговорној страни.

Сагласно изреченом, а имајући у виду чињеницу да свет у коме живимо све више поприма карактеристике потрошачког друштва, са свеопштом комерцијализацијом, с правом се поставља питање положаја и улоге потрошача у новим околностима. Јер, сада се све мање доводи у питање тачност напред изреченог постулата: "Потрошач је увек у праву", већ се све више намеће питање шта ће бити са потрошачем, хоће ли он све ово преживети или ће га "прогутати" матица потрошачког друштва!?

Vidoje Spasić, LL.D
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

THE LEGAL POSITION OF CONSUMERS IN E-COMMERCE

Summary

A consumer, in the widest sense of the word, is a person *sui generis* who satisfies one's own needs and exercises one's rights in compliance with its specific characteristics and within the framework of the given socio-economic system.

Under the European Charter on Consumer Protection, the concept of a consumer entails any natural person who appears on the market outside the framework of one's professional or business activity, purchasing goods and service for one's own needs.

Pursuant to the opinions of the European Court of Justice, a consumer is a natural person or an association of natural persons acting through their business or professional activities.

In the Consumer Protection Act of the Republic of Serbia, a consumer is defined as any natural person who purchases products or uses services for personal or the household needs. A consumer is also an economic entity, enterprise or other legal person and entrepreneur that buys products or uses services for its own needs.

A consumer is concurrently a buyer, but each buyer does not necessarily have to be a consumer.

In the long and difficult history of consumers' struggle to exercise and protect their rights, consumers have gone a long way starting from the Roman principle "Let the consumer be protected" to the present-day proverbial saying "The consumer is always right", which should certainly be observed by every respectable and responsible merchant.

Today, consumers have a number of respectable mechanisms for legal protection of their economic, social, health and other interests. These mechanisms are laid down both in the national legislation and in the international legal provisions.

In the digital world and in the global circumstances of expanding e-commerce, the legal position of consumers has become ever so complex and considerably more vulnerable. On-line purchasing, electronic payment and other available forms of e-commerce generate new challenges and temptations for the consumer, who is already in an inferior position as compared to the seller. In addition to the traditional risks and dangers present in the analogue environment, there are additional risks and dangers lurking in the digital world, primarily pertaining to the endangered consumer's privacy and the increased risk of fraud and harm to the consumer, etc. Accordingly, the question of the position and the role of consumers is highly relevant in the new circumstances of global commercialization and the fact that the world we live in has been progressively turning into the global consumer society. Thus, the postulation that "the consumer is always right" is hardly ever questioned nowadays; instead, the new circumstances have given rise to another question: what will eventually happen to the consumer - will the consumer survive or be "consumed" by the currents of the consumer society!

ПОРЕСКИ ПОСТУПАК У НАШЕМ ПРАВУ¹

Апстракт

Порески поступак је најкомплекснији посебни управни поступак у нашем праву. Аутор у раду одређује појам пореског поступка, указује на неке његове специфичности и анализира однос општег управног поступка и пореског поступка. Предмет посебне ауторове пажње јесу начела пореског поступка у Србији и повезаност ових начела са начелима управног права које је дефинисао Европски суд правде. Тиме су, у европским оквирима, одређени стандарди за поступање државне управе земаља чланица Европске уније и елементи Европског управног простора. Део државне управе Србије коме је поверена функција опорезивања – Пореска управа се, по мишљењу аутора, мора у току текуће пореске реформе оспособити за потпуно поштовање принципа европске „квалитетне управе“ јер је то фундаментална претпоставка успешне примене хармонизованог националног пореског права са *acquis communautaire* у пореској области.

Кључне речи: порески поступак, Европски управни простор, Европски суд правде, Пореска управа

Увод

Порези су, у савременом друштву, верни пратиоци људских активности које манифестују економску моћ подобну за опорезивање од стране државе. Пореска обавеза обвезника се утврђује и наплаћује у пореском поступку. Правилно законско уређивање пореског поступка и доследна примена правила овог поступка утичу, у приличној мери, на степен остваривања планираних и жељених циљева опорезивања. Зато не чуди чињеница да је питање квалитета пореске процесне регулативе, већ низ година, подједнако важно питање пореске реформе у нашој земљи као и одабир облика пореза у пореском систему.

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство науке и заштите животне средине Републике Србије.

1. Појам пореског поступка

Порески поступак је посебни управни поступак који воде порески управни органи ради решавања пореске управне ствари.² Реч је о скупу строго формализованих процесних радњи обезбеђивања информација, правних чињеница и доказа у вези са доношењем пореских одлука у конкретним случајевима. У пореском поступку се утврђује да ли једно лице дугује нешто на име пореза и у случају потврдног одговора се одређује правни основ и новчани износ његове пореске обавезе. Општа правна дужност плаћања пореза се тиме индивидуализира с обзиром на околности појединачне животне ситуације.³

Правила пореског поступка уређују готово сва релевантна питања решавања (и извршења) у пореским стварима. Њих се морају придржавати, у свим фазама поступка,⁴ учесници пореског поступка – порески орган који води порески поступак и доноси одлуку у порескоправној ствари; порески обвезници (физичка и правна лица) која се појављују у својству странке у пореском поступку; друга лица која се, поред пореског обвезника, могу наћи у својству странке у пореском поступку (порески платац, порески посредник, остала физичка и правна лица која дугују какву радњу из порескоправног односа); остали учесници пореског поступка (различити заступници – представници странке, њени стручни помагачи, а такође и вештаци, тумачи итд.).

2 Пореска управна ствар представља правну ситуацију у пореској стварности коју порески орган треба да ауторитативно и непосредно правно уреди (на основу позитивних прописа) доношењем пореског управног акта – пореског решења. Она има следеће елементе: појединачна је правна ствар (појединачна ситуација) уређена пореским прописима на тај начин што је обвезнику утврђена обавеза плаћања пореза а пореском органу овлашћење за доношење пореског решења; по правилу се ради о неспорној правној ситуацији (за спорне ситуације надлежан је суд); пореска управна ствар је ствар од јавног интереса; предмет пореске управне ствари је из домена пореске управне области; у оквиру пореске управне области надлежни порески орган има овлашћење да, непосредно примењујући прописе, решава о правима, обавезама и интересима странака; порески орган је овлашћен да: потврђује или региструје чињенице; врши управни надзор и спроводи административно извршење. Вид. више: Марина Димитријевић, Порески поступак (магистарска теза), Универзитет у Нишу, Правни факултет, Ниш, 2002, стр. 29-31

3 Зоран Томић, Општи поглед на порески поступак у југословенском праву (посебно у СР Србији), Опорезивање и пореско право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1989, стр. 258

4 У пореском поступку се може разликовати пет сукцесивних фаза: покретање поступка; утврђивање чињеничног стања; доношење решења о утврђивању пореске обавезе; правна средства (остваривање правне заштите); извршење пореског решења.

Порески поступак одликује сучељавање два захтева, као одраза различитих интереса: првог захтева - којим се тежи што брже, јефтиније и целисходније утврдити и наплатити износ пореза неопходан за финансирање јавне потрошње и другог захтева - који се огледа у потреби да се економска снага пореског обвезника објективно утврди и оптерети онолико колико је то пореским нормама прописано.⁵ У пореском поступку је важно постићи својеврсни компромис који, путем правила пореског поступка, адекватно уважава оба захтева. Правила пореског поступка, стога, треба прилагодити потреби перманентног обезбеђивања средстава држави уз истовремено уважавање начела законитости и одређености пореза, угодности њиховог плаћања и јефтиноће убирања пореза.

Порески поступак је сложен поступак који изазива бројна дејства – фискална, економска, социјално-психолошка. Правила пореског поступка треба да обезбеде да порески поступак буде примерен врсти пореза, односно категорији пореског обвезника. Неправилна примена или непримена правила овог поступка и неиспуњавање дужности пореских органа да истинито, правично и ефикасно утврде чињенице значајне за утврђивање пореза резултирају стварањем разлика у економској снази обвезника које нису резултат рада и способности већ привилегованог пореског третмана једних (неправда у смислу неједнаког третмана) и дискриминације других пореских обвезника.

Када пореска администрација приступа разрезу, контроли и наплати пореза (порески поступак) настаје „најдраматичнији“ моменат реализације пореске политике. Правилима пореског поступка треба створити претпоставке да порески поступак буде ефикасан и објективан (утврђивање стварног стања ствари) а да се, притом, у што мањој мери задире у приватну сферу обвезника. Пореском обвезнику се зато признају одређене процесне гаранције, како би у пореском поступку могао да заштити своја права и правне интересе, док се пореским органима дају овлашћења за предузимање радњи и мера у поступку а ради реализовања пореског потраживања државе.

2. Осврт на однос општег управног поступка и пореског поступка

Управни поступак чине процедурална правила која се примењују у вези са доношењем одлука у управним стварима. Он представља поступак решавања у управним стварима с обзиром да одлука у управним стварима

⁵ Упореди: Божидар Раичевић, Бранкица Гагић, Утврђивање и наплата јавних прихода, Виша пословна школа, Београд, 1997, стр. 19

има карактер решавања у управним стварима. Према ситуацијама у којима се примењује, разликује се општи и посебни управни поступак. Док општи управни поступак ⁶ подразумева општа јединствена правила поступка, посебни управни поступак подразумева посебна правила поступка у процесу доношења управних аката. Општа управнопроцесна правила имају карактер заједничких правила и у својој укупности формирају правни режим општег управног поступка у датом друштвеном систему. Посебна управнопроцесна правила су одраз особености одређених управних области које диктирају извесне специфичности у поступању посебних органа управе приликом примењивања прописа и постизања ефикаснијег рада у тим областима. Разликовање општег од посебних управних поступака последица је околности постојања општих, али и посебних управних ситуација ради чијег уређивања се доносе управни акти. ⁷

Када ће постојати општа, а када посебна управна ситуација, односно када ће се примењивати општи а када посебни управни поступак зависи од законодавства конкретне земље. То значи да ће посебна ситуација постојати ако је неким посебним законом она као таква утврђена. Према традиционалном принципу римског права да постојање посебних закона искључује примену општег закона (*lex specialis derogat lege generali*), у случају када постоје два закона у истој ствари, прво ће се примењивати онај који ту ситуацију – ствар регулише на посебан начин, па тек онда онај који ту ствар регулише на општи начин. С друге стране, у стварима у којима није дошло до примене посебног закона, примењиваће се општи закон као допунски (тзв. супсидијерна примена општег закона). Однос између посебног и општег управног поступка је такав да постојање правила посебног управног поступка искључује примену правила општег управног поступка, док ће се у оним ситуацијама у којима правила посебног поступка нису искључила примену општег, примењивати правила општег поступка, као допунска. ⁸

6 Општи управни поступак је правни пут доношења, управне контроле и управног извршења управноправних аката. Он садржи правна правила којих треба да се придржава надлежни орган када уређује општи управноправни однос. То је правни однос у коме се решава о правима, обавезама и правним интересима странке у појединим управним стварима.

7 Вид. више: Стеван Лиљич, *Посебно управно право*, Београд, 1998

8 Бранислав Татић, *Општи и посебни управни поступак*, Актуелна питања југословенског својинског, радног и управног законодавства (зборник радова са саветовања у Будви), Београд, 1997, стр. 217-228

Посебни управни поступак, односно закон којим је регулисана одређена управна материја и правила поступка из тог закона примењују се само у поступку за решавање управне ствари из те материје. Из овога произилази да је основна карактеристика сваког посебног управног поступка у томе да је он строго везан за одређену управну област.

Порескоправни однос представља посебну врсту управноправног односа који има извесне одлике општег управног односа, али и значајне разлике које га чине посебним према том односу.⁹ Управо због те чињенице, порескоправни односи се не могу у потпуности уредити уз примену правила општег управног поступка. Правила посебног пореског поступка треба да омогуће уређивање пореског односа у оном делу који тај однос чини посебним у односу на општи управноправни однос, јер се правила општег управног поступка за поступање у пореској, као посебној управној материји, могу показати као недовољна или као неприкладна, односно неодговарајућа и нецелисходна за поједина питања или радње у тој материји.¹⁰

Интенција прописивања пореског и других посебних управних поступака почива на принципу по којем је одступање од норми општег управног поступка нужно због специфичности у појединим управним материјама. Наведено је додатна потврда да порески поступак није исто што и општи управни поступак, али и потврда да се у пореском поступку примењују и неке одредбе општег управног поступка.¹¹

Уређујући поступак решавања у управним стварима уопште (па и у пореским управним стварима) законодавац мора константно да има у виду две основне идеје: прву, која се састоји у процесном обезбеђењу да се дође до законите одлуке у конкретном случају, при чему би требало да се утврде обавезе, прецизирају и заштите права и правни интереси учесника поступка; другу, која се тиче потребе за економичношћу и ефикасношћу поступка. Процесним радњама треба да буде што потпуније и што брже остварен онај циљ који се при покретању поступка имао у виду, уз

9 Практични циљ порескоправног односа – да се држави обезбеди довољно прихода неопходних за остваривање њених уставних функција – постиже се посредством новчане облигације (обавезе плаћања пореза). Овај имовински (материјални) елемент посебно одликује порески однос иако он, као однос јавне (пореске) власти и пореских обвезника, има и формалну (управну) компоненту.

10 Хакија Козарчанин, Младен Косовац, Приручник о посебним управним поступцима, Правно-економски центар, Београд, 1979, стр. 17

11 Васил Гривчев, Финансије и финансијско право СФРЈ (посебни део), Информатор, Загреб, 1982, стр. 463

максималне уштеде у времену и средствима за све субјекте у поступку. Правила поступка треба да спрече произвољност и самовољу органа који примењују материјалноправне прописе на конкретне случајеве, јер би то могло довести до неправилне примене материјалноправних прописа.

Ако посматрамо правила која се примењују у пореском поступку, моћи ћемо да разликујемо две групе правила: правила пореског поступка – нова правила која општи управни поступак не познаје (ова правила су другачија, одступајућа од истоврсних правила општег управног поступка)¹² и правила општег управног поступка (која се супсидијерно - допунски примењују у пореском поступку).

Посебност и важност пореске материје је управо условила мноштво одредби процесног карактера које налазимо у Закону о пореском поступку и пореској администрацији (ЗППА),¹³ али и у материјалним пореским законима. Тако у оквиру правила пореског поступка разликујемо општа правила пореског поступка, која се односе на све облике пореза и посебна правила поступка, која одражавају особеност (специфичност) утврђивања и наплате појединих пореских облика. Оваква правна регулатива чини порески поступак најразвијенијим и најкомплекснијим посебним управним поступком у нашем праву.

Општа правила пореског поступка показују могућу структуру пореског поступка и могу се поделити на три дела: први део – који се тиче начела пореског поступка; други део – који се односи на субјекте пореског поступка (пореска администрација Србије – Пореска управа, порески обвезници и други порески дужници, остали учесници у пореском поступку) и трећи део – који регулише ток (радње субјеката) пореског поступка.

Начела пореског поступка у Србији и њихова усаглашеност са начелима управног права које је дефинисао Европски суд правде, постављајући тако стандарде за поступање државне управе (тимае и Пореске управе, као њеног дела) земаља чланица Европске уније (ЕУ), биће предмет посебне пажње у наставку рада. Усклађивање нашег националног пореског права са европском правном тековином у области

12 Треба нагласити да одредбе закона којима се, због специфичне природе управних ствари у појединим управним областима, прописују неопходна одступања од правила општег управног поступка морају бити у сагласности са основним начелима општег управног поступка.

13 Закон о пореском поступку и пореској администрацији (ЗППА), Сл. гласник РС, бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06

пореза не доноси пуно користи уколико нису обезбеђене претпоставке за његову потпуну примену. Управо зато изградња одговарајућих управних капацитета све више добија на значају и постаје изузетно важан услов за чланство у ЕУ, коме и Србија тежи.

3. Начела пореског поступка у Србији – адекватан одговор европским захтевима?

Начела пореског поступка су најопштија правна правила у чијим границама се овај поступак води. Она су израз одређених правно-политичких и процесно-техничких захтева којима треба обезбедити квалитетан рад пореских органа при разрезу, контроли и наплати пореза. Начела пореског поступка су оријентација за правилно примењивање свих осталих одредби закона који регулишу порески поступак. Уважавање начела пореског поступка је претпоставка правилног и законитог решавања конкретне пореске управне ствари.

Порески поступак у Србији почива на поштовању начела пореског поступка, али и начела општег управног поступка јер се ова начела међусобно не искључују. То су следећа начела: ¹⁴ начело законитости, начело временског важења пореских прописа, начело омогућавања увида у чињенице, начело чувања службене тајне у пореском поступку, начело поступања у доброј вери, начело фактицитета, начело заштите права грађана и заштите јавног интереса, начело ефикасности, начело саслушања странке, начело оцене доказа, начело самосталности у решавању, начело двостепености у решавању (право на жалбу), ¹⁵ начело правноснажности

14 Видети: ЗПППА, чл. 4-9; Закон о општем управном поступку (ЗУП), Сл. лист СРЈ, бр. 33/97, 31/01, чл. 6-16; Поред општих начела пореског поступка, ЗПППА (чл. 81) прописује и посебна начела која важе за порески извршни поступак – поступак принудне наплате пореза: начело економичности поступка, начело да се неисплатив поступак принудне наплате неће ни покретати, начело да се принудна наплата не врши из оног предмета принудне наплате где су трошкови већи од његове вредности, начело да се принудна наплата врши у оној мери у којој покрива трошкове принудне наплате и порески дуг.

15 Жалба је редовно правно средство у пореском поступку чијим изјављивањем порески обвезник тражи правну заштиту. Изјављивањем жалбе, порески обвезник оспорава постојање пореског дуга у начелу и у појединостима. Жалба у пореском поступку нема суспензивно дејство како се не би угрозио прилив пореских прихода и интерес државе у области финансирања јавних потреба. Пореско решење постаје извршно када је достављено пореском обвезнику и када истекне у решењу одређен партициони рок. Изузетно, жалба може имати суспензивно дејство ако порески обвезник документује да би плаћањем пореза или споредних пореских давања, пре коначности побијаног акта, претрпео битну економску штету. Процедура по којој Пореска управа може одложити плаћање доспелог пореског дуга предвиђена је чл. 73 и чл. 74 ЗПППА. Ове одредбе прописују критеријуме

решења, начело економичности поступка, начело пружања помоћи странци, начело о праву употребе језика и писма. Начело законитости је доминантно начело пореског поступка. Друга начела пореског поступка су у функцији начела законитости, као темеља владавине права и правне сигурности.

Правни значај свих наведених начела изражава се у обавези српске пореске администрације – посебног дела државне управе (Пореске управе) да, у пореском поступку, при примени материјалних пореских закона и других прописа донетих на основу овлашћења из закона на конкретне случајеве, поступа у складу са тим начелима (у њиховим границама).

Материја државне управе је, у оквиру ЕУ, материја националног законодавства. Не постоји формално европско право у сфери државне управе јер она спада под принцип супсидијарности. Питање заједничког управног права за све суверене државе, интегрисане у ЕУ, је предмет дебате неједнаког интензитета од настанка Европске заједнице. Упркос томе, временом је постигнута одређена сагласност у погледу тога која начела (принципе) поступања државне управе земаља чланица ЕУ треба да уважавају, без обзира што их карактерише постојање различитих правних традиција и система владавине. Та начела су дефинисана и редефинисана кроз праксу националних судова, а потом и кроз праксу Европског суда правде. Данас су заједничка државним управама земаља чланица ЕУ, чине елементе Европског управног простора (ЕУП) и начела која земље заинтересоване за чланство у ЕУ треба да поштују, настојећи да изграде управну способност потребну за чланство у европским интеграцијама.¹⁶ ЕУП иначе представља релативно усклађен скуп начела и минималних стандарда којима се одређује организација, делатност и функционисање органа државне управе на основама *acquis communautaire*.¹⁷ Истовремено је еволуирајући процес уједначавања управних правних поредака и управне праксе земаља чланица ЕУ, који се одвија под утицајем неколико чинилаца: економских интереса појединаца и предузећа, редовних и континуираних контаката званичника земаља чланица ЕУ и, на крају, посебно важне праксе Европског суда правде.

под којима се одлагање плаћања пореза може одобрити, гаранције које порески обвезник мора пружити да би му било одобрено и поступак у којем се доноси одлука о одлагању.

16 Вид. више: *Preparing Public Administration for the European Administrative Space*, SIGMA paper No 23, OECD, 1998

17 Видети: Драгољуб Карван, *Европски управни простор, реформа и образовање државне управе*, Правни живот, бр. 9/2004

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Европски суд правде, у области права Европске заједнице, стално дефинише начела управног права, позивањем на општа правна начела управног права, која су заједничка за земље чланице ЕУ. Одлуке овог суда доприносе разматрању и развоју управних начела општег карактера, иако се они износе од случаја до случаја. Пракса суда је, заправо, главни извор општег (несекторског) управног права у Унији.¹⁸

Нарочито важна начела, изнета у пракси Европског суда правде, која све земље чланице ЕУ морају да уважавају у примени европског права на својој територији (националног права које је усаглашено са европским правом) су начела: законитости у управи, пропорционалности, правне сигурности, заштите оправданих очекивања, недискриминације, права на саслушање странке у поступку доношења одлука, приступа суду од стране појединаца под једнаким условима, вануговорне одговорности државне управе.¹⁹ Наведена начела управног права, заједничка за земље чланице ЕУ, могу се систематизовати и у одређене групе: поузданост и предвидивост (правна сигурност), отвореност и транспарентност, одговорност, ефикасност и делотворност (ефективност). Остала начела се могу извести у оквиру ових група начела.²⁰

Набројана начела управног права, која уважавају државне управе земаља чланица ЕУ, служе као стандарди у односу на које се мери поузданост државне управе, степен одговорности државних службеника и управних органа, ваљаност управних поступака и квалитет донетих одлука у тим поступцима. Ако упоредимо начела европске квалитетне управе са начелима којих се наша Пореска управа треба придржавати у пореском поступку не да се уочити велика разлика. Ова начела су, додуше, под другим називима и у нешто другачијем облику присутна у српском управном праву, и то посебно у законима који регулишу порески поступак и општи управни поступак.

Битно је, у тренутним околностима, више радити на стварању претпоставки за потпуно поштовање формално-прокламованих начела пореског поступка. То одређује, сада и убудуће, успешност реализације правног система Србије, у делу пореског права, што у контексту њеног стремљења да постане део ЕУ, има свој значај.

18 Неки теоретичари ову појаву називају европеизација управног права.

19 Видети: J. Schwarze, *European Administrative Law*, 1997, p. 43

20 Видети: *Sustainable Institutions for European Union Membership*, SIGMA paper No 26, OECD, 1998, p. 10; *European Principles for Public Administration*, SIGMA paper No 27, OECD, 1999

Закључак

Поштовање процесних одредби у току пореског поступка, и тиме свих начела пореског поступка, утиче на његово правилно и законито вођење и окончање. Процесно (формално) пореско право представља средство или „алат“ за примену материјалног пореског права. Стога га порески службеници морају добро познавати како би порески поступак био, из свих аспеката посматрано, вођен у складу са законом. Имајући у виду сложеност овог поступка у нашем праву то, мора се признати, није нимало лак задатак. Међутим, он јесте важан с обзиром да значи остварење законитости, као начела пореског поступка и уставног начела.

Реформа пореског поступка у Србији је отпочела усвајањем Закона о пореском поступку и пореској администрацији новембра 2002. године. Закон доноси бројне новине у свакој од фаза пореског поступка. Јачање капацитета пореске администрације за потпуну примену позитивних пореских процесних норми и начела пореског поступка добра је полазна основа, у пореској процесној области, за придруживање земље савременим европским токовима. Пореска управа Србије би тиме, не само формално већ и стварно, уважавала и унапређивала вредности државне управе које развијена Европа признаје и потенцира.

Marina Dimitrijević, LL.D
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

TAX PROCEDURE IN SERBIAN LEGISLATION

Summary

Tax procedure is a special administrative procedure which is administered by the tax authorities for the purpose of solving administrative taxation matters. The rules of procedure applied in adjudicating taxation matters may be divided into two groups: general rules of taxation procedure, pertaining to all forms of taxation, and special rules of taxation procedure, concerning specific forms of levying and collecting taxes. These rules point to the complexity and the importance of the taxation subject matter in the present circumstances, and make the taxation procedure the most developed special administrative procedure in the Serbian legislation. As they regulate the activities of all participants in taxation, these rules of taxation procedure have a substantial impact on the efficient implementation of the taxation system.

Taxation procedure in the Republic of Serbia rests on the observance of the principles prescribed in the Taxation Procedure and Tax Administration Act (*lex specialis derogate lege generali*) and other principles of the general administrative procedure, as these principles are not mutually exclusive. After a general consideration of the taxation procedure, the author of this paper correlates the principles of taxation procedure to the administrative law principles as defined by the European Court of Justice, which set standards for the activity of state authorities of the EU-member counties and constitute the elements of the European Administrative Space.

As our country is a candidate for joining the European integrations, our positive taxation law is in the process of harmonization with the European Union taxation law. The observance of the European Administrative Space principles pertaining to tax administration procedure by the tax administration of the Republic of Serbia points to the capacity of the Serbian tax administration to fully implement the national tax law which has been harmonized with *acquis communautaire* in the field of taxation.

The administrative aptitude to undertake the obligations arising from the EU membership has become, in general as well as in the field of taxation, an important criterion for the accession into the EU membership. The importance of having relevant administrative capacities has been clearly emphasized today, more than ever, as a condition for the EU membership.

Key words: taxation procedure, the European Administrative Space, the European Court of Justice, tax administration

Мр Драгана Ђорић, асистент
Правни факултет у Новом Саду

УДК: 340.134(497.11)

(СТВАРНА) ПРИМЕНА ПРАВА КАО ИМПЕРАТИВ САВРЕМЕНЕ ДРЖАВЕ (СА ОСВРТОМ НА ТРАНЗИЦИОНЕ ПРОЦЕСЕ У СРБИЈИ)

Апстракт

Средином јула 2006. је објављен податак да је тадашњи сазив Народне скупштине Републике Србије донео 274 закона. Овим чланком аутор истражује који је проценат истих закона и стварно и доследно био примењиван, и који су модалитети могући у погледу тумачења истих прописа. Сама примена права јесте веома значајан правни и политички процес, је рпочива на још снажнијем и значајнијем принципу, принципу правне сигурности грађана.

Транзициони процеси у Републици Србији трају неко време и повремено успоравају, олакшавају или попутоно онемогућују стварну и доследну примену права. Аутор ће сам рад закључити конкретним препорукама за побољшање ефикасности како у процесу доношења прописа, тако и у њиховој крајној примени на адресате.

Кључне речи: транзиција, примена права, тумачење прописа

1. Уводне напомене

На округлом столу на тему " Улога парламента и начело поделе власти", изнет је податак да је у Републици Србији " у току XXI века донета 392 закона и других прописа, а од тога, 237 закона само у последњем сазиву Скупштине"¹. Од тога броја у ефективној примени је једва трећина закона. Велики број донетих прописа се односи на давање контрагаранција другим државама за финансијске обавезе према њима, које, строго гледано јесу материја која се једино законским актима може регулисати, али практички гледано, то је веома неактиван део позитивног права. Иако импресивни резултати са једне стране, са друге стране исти не могу да се посматрају као искључиво мерило квалитета рада претходног сазива законодавног органа.

¹ Излагање г. Предрага Марковића, председник Народне скупштине Републике Србије, на поменутом округлом столу, који је организовала Праламентарна Скупштина Савета Европе, у сарадњи са Европском агенцијом за реконструкцију, Београд, јул 2006. године.

На истом округлом столу је изнет још један интересантан податак, који се односи на број постављених посланичких питања, као легалне и легитимне интеракције између посланика, као чланова законодавног органа и владе и њених чланова. Током 2004 године постављено је 16 посланичких питања, а током 2005. године – 20, при чему је одговорено на 14.² Примера рад, у Немачкој се годишње постави таквих 5000 посланичких питања, у Француској-17000, а у Великој Британији иде се и до 70000 посланичких питања годишње. Посланици на овај начин двоструко комуницирају и са владом, а ли и са бирачима. У чему је проблем у комуникацији између републичког парламента и владе: у недостатку посланичких питања, у незнању посланика да имају на располагању један овакав инструмент контроле Владе, или једноставно, Србија у својим транзиционим процесима одмиче веома брзо и квалитетно и није потребно проверавати рад законодавног органа на овај начин?

2. Законодавни орган као организам

Ко је и шта је заправо законодавац? " ...Једно духовно биће које види све људске страсти а не осећа ниједну од њих; које нема никакве везе са нашом природом, а ову познаје до танчина..... Онај ко се усуђује да предузме постављање основних установа једног народа треба да осети у себи способност да измени људску природу, да претвори сваког појединца у део једне веће целине... "³. Законодавац представља само начин, механизам испољавања опште воље народа или барем већине народа. Унутрашња, тако и спољна оправданост деловања законодавца постају прилично дискутабилне, када се узме у обзир начин перципирања и обраде дифузно изражене, понекад недовољно артикулисане воље народа. Законодавац је само тело, конгломерат различитих заступника више страначких него народних стремљења, који се изборио за улазак у ту важну институцију пропагандом свог програма, а притом је био довољно уверљив да убеди грађанство да је то управо и њихов став.

Улазак у законодавно тело се више види као део политичког престижа, а мање као обављање значајне државне функције, за народ и у име народа. Вођен различитим страначким стремљењима, потребама и сукобима, и законодавац извесно је, понекад «посрће» на том путу доношења закона, и то највише у делу дефинисања сопствене воље, односно воље бирача. Такав поступак и мотивација за доношење појединих закона онда нужно прати и њихову примену, било примарну (од стране

² Излагање проф. Др Ирене Пејић, на истом округлом столу.

³ Жан-Жак Русо: "Друштвени уговор", стр.53-54

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

адресата на које се ондосе), или секундарну (примена санкције у случају непоштовања диспозиције).

И како онда прихватити ту и такву " вољу законодавца" ? Као тренутни однос снага, видљив из његове интенције да одговарајућим нормама регулише неке друштвене односе на одређен начин, те да тако заштити, директно или индиректно тренутно актуелне, а ређе заиста интересе већине народа. Стога се захтев одређености норми поставља као основни, да приликом тумачења законодавчевих регула не би долазили у ситуацију да адресати на које се односе норме, не знају какво им с еново понашање намеће.

Закони јесу само "претпостављени израз"⁴ те народне воље, јер ни она понекад не може пружити довољно аргумената да оправда све што жели, будући да је често дуфозна, неорганизована и неодређена. Са друге стране, ни воља законодавца се не може узети као једина и неприкосновена, и као једини могући извор праведности, па све и да се налази у формули идеалне државе. Увек ће је ометати један виши, морални, надзаконски порив људи, на основу којег се врши евалуација позитивног права. Тај порив свакако има своју основу у природним, људским правима и слободама грађана, чија потпуна реализација треба да буде императив сваке државе и да томе буде, на известан начин, подређена и сама воља законодавца.

Законодавац сам по себи поседује природну надмоћ у односу на грађане, који су на такво ограничавање пристали услед поверавања одлучивања у њихово име и за њихове интересе законодавцу. Међутим, то не мора нужно да значи да ће његова правна свест бити увек доминантна, јер је народ задржао право да оне које изабере, може и да смени. Ово би био и сумарни одговор на вечито питање "а ко чува чуваре?", тј. ко и како контролише законодавца. Услед тога, воља законодавца треба да тежи

⁴ Бенжамен Констан: "Принципи политике и други списи ", Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 2002, стр. 21. Јер, представници нације, оличени у законодавном телу, узимају себи понекад слободу да учине оно што ни сама нација не би учинила. Проблем је онда намерно или случајно погрешна интерпретација воље народа, која када се постави у законски оквир, кроз своју другу интерпретацију, сада у виду воље законодавца, може да прерасте у свој потпуни опозит. Онда није довољна ни воља народа да конвалидира оно што није добро и праведно. Са друге стране, у предговору сам Констан тврди да је сама воља људи ретко једина инспирација за доношење закона па и самог устава, већ их стварају време и искуство, а грађанство постоји као оправдање и медијатор потенцијалних сукоба наведене две реформске снаге. Наведено дело, стр. 12.

стабилности, праведности и што тачнијем тумачењу народне воље, чиме ће себи осигурати трајност и постојаност⁵.

3. Примена права и правна сигурност

Сам процес примене права означава заправо реализацију воље законодавца, финализацију процеса стварања права било да је оно било конципирано као продукт свесно планског или стихијског деловања субјеката. Онтолошки посматрано, сматра се да право постоји само ако се примењује, јер у супротном, такво неактивно, "мртво" право не треба ни да постоји.

И током процеса стварања права, законодавац стално мора да узима у обзир реалну остварљивост права, логичку кохерентност његовог садржаја и адекватна средства за његову примену "на терену".⁶ Социолошке и политиколошке импликације примене права имају далекосежнији утицај на примену посебно аката са повратном снагом. Повратно дејство, само по себи, доживљава се као атак на појединца и његове слободе, тако ће реаговати и део или друштво у целини, што са собом носи негативну конотацију. Право које се нерадо поштује, из страха од примене санкције, и са таквом садржином није идеал ком теже државе. Добровољна примена права има много бољу основу, аргументованија је када постоји сагласност барем већине друштва у том смислу, када постоји убеђеност и поверење у такво право. Овако, право јесте само механизам којим се власт служи да постигне своје циљеве, а друштво остаје по страни.

Право, дакле губи своју функцију и значај ако се не примењује или је његова примена селективна и интерпретативна, при чему "моћ" интерпретације зависи од распореда снага у друштву. Селективност примене права понекад је нужна, ако је сам његов концепт пољуљан неслагласношћу са уставом, повредом људских права итд. Познат је у том смислу, пример праксе немачког правосуђа после Другог светског рата, које је доносило пресуде више по основу савести и схватања права морала и правичности самих судија, него по основу позитивног-дакле обавезујућег права. Овакав став је правдан чињеницом да се још увек у тим

5 Сегменти ове аргументације обрађени су код следећих аутора : Радмила Васић: "Реформа правосуђа у СрЈ (како независно судство подржава преображај ауторитарне власти у поредак владавине права) ", преузето са веб-сајта: <http://www.cedet.org.yu>, и Милан Суботић: "Срицање слободе - студије о почечима либералне политичке мисли у Србији XIX века", Градина, Ниш, 1992.

6 Више о наведеном в. Гордана Вукадиновић, Радивој Степанов: " Теорија државе и права", Нови Сад, 2003, стр. 245 – 250.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

раним послератним годинама, до доношења нових закона морају примењивати окупациони закони, јер стриктно сенсу-други и не постоје⁷.

Сама примена права јесте веома значајан правни и политички процес, јер почива на још снажнијем и значајнијем принципу, принципу правне сигурности грађана. Правна сигурност се сматра једном од "круцијалних правних вредности"⁸, која се често доводи у везу са другим правним вредностима, као што су правда, ред и мир. Посматрано са другог аспекта, сама правна сигурност чини елемент опште правде, када је промовише позитивно право, као једну од највиших вредности.⁹ Још боље је објашњава Хајек¹⁰, посматрајући је, заједно са принципима правне једнакости и општости закона, као саставни део владавине права (руле оф лау). Такође, чини и есенцију цивилног друштва, првенствено због свог еманципаторског карактера.

Димензије правне сигурности: временска, садржинска и друштвена "исказују нужност постојања правне сигурности како на нивоу стварања права, тако и на нивоу примене права"¹¹. Остварење исте је могуће само ако су задовољени минимални услови, као што су транспарентност права, континуитет у праву¹², стабилност и признање стечених права¹³ и уопште "неутрализација неизвесности" адресата на које се норме односе.¹⁴ Само познавање права обезбеђује функционисање права¹⁵

"Човек који егзистира у времену и простору мора веровати у одређени степен сигурности свог правног положаја, па и оног који

7. Видети више код Р. Лукић, Д., Митровић, Б. Кошуткић: Увод у право, Савремена администрација, стр. 143.

8. Гордана Вукадиновић, Радивој Степанов: Теорија права И, Нови Сад, 2001, стр. 391.

9. Слободан Перовић: Право на толеранцију, део из предавања које је одржано на трибини Форум иурис 25. 2. 1999. године у Подгорици, текст доступан на www.informator.co.yu

10. Friedrich August von Hayek: Пут у ропство (Едиција слобода избора), Глобал Бук, Нови Сад, 1997, стр. 37 .

11. Гордана Вукадиновић, Радивој Степанов: Теорија права И, стр. 392.

12. При чему под правним континуитетом треба подразумевати "релативну сталност и непроменљивост закона", навод према: Густав Радбрух: Филозофија права, Нолит, Београд, 1980, стр. 99-100, као и код Јована Ђирића: Антихуманизам идеологије људских права, Социолошки преглед, 1-2/2000, стр. 74.

13. На тај начин свака потенцијална неизвесност нестаје, јер адресати су упознати на време са садржајем правних односа у које желе ступити, као и какво понашање могу очекивати од стране других лица -учесника у том односу , или државних органа који ће учествовати у неком поступку. Гордана Вукадиновић, Радивој Степанов: Теорија права И, стр. 392.

14. Ibid.

15. Љилјана Milanković-Vasović : POZnavanje права, Pravni informator, 3/2004.

представља прошлост његовог живота ".¹⁶У томе је и ратио принципа правне сигурности, " да испречи руке онима који би некоме хтели да учине нешто по закону за који се не зна"¹⁷, и да обезбеди сигурност и поверење грађана у систем и државу. Радбрухов став о превласти правде над законом као неисправним правом, посматран у контексту принципа правне сигурности и даљих импликација његове примене, овде има свој пуни смисао¹⁸.

Тако, примену правних норми у пракси не треба посматрати као пуки механички чин, већ посматрати цео процес кроз визуру стваралачке улоге оних који учествују у том процесу. Треба разумети, схватити унутрашњу логику прописа, њихову везу са другим нормама у оквиру система и тек онда примењивати не механички право, већ његову суштину.

4. Транзициони процеси у Републици Србији и њихов утицај на ефикасну примену права

Транзициони процеси у Републици Србији трају неко време и повремено успоравају, олакшавају или потпуно онемогућају стварну и доследну примену права. Законодавн тело је у том периоду тежило доношењу великог броја прописа, у циљу што потпунијег регулисања нових друштвених и политичких односа, и истовремено у циљу што радикалнијег раскида са правном прошлошћу. У том смислу је веома тешко организовати мониторинг свих донетих прописа, већ само појединих, који се разматрају основама новог транзиционог друштва у Србији.

Мониторингом одређених прописа су се бавиле неке невладине организације, користећи различиту методологију, било сопствене¹⁹ или

16 Maïlher de Chassat: " Traite de la retroactivite des lois", Парис, 1845, - преузет цитат из : Слободан Перовић: "Ретроактивност закона.....", стр. 49.

17 Ibid, стр. 141.

18 " Сукоб између правде и правне сигурности могао би се решити на тај начин да позитивно право, које обезбеђује пропис и моћ, има предности и онда када је садржински неправедно и несврхисходно, осим у случају када је позитивни закон у толико неподношљивој мери противуречи правди , да закон , као неисправно право мора одступити пред правдом". Густав Радбрух, наведено дело, стр.288, Гордана Вукадиновић, Радивој Степанов: Теорија права И, стр.431.

19 Нпр.извештаје о примени транзиционих прописа , који су сачиња током 2005 И 2006 године радиле су многе невладине организације , које се баве промоцијом И заштитом људских права.Конкретни подаци који су даље наведени у раду преузети су из публикација Иницијативе младих за људска права, при чему се наравно ови подаци узимају само као

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

ресурсе и других организација. Најчешће су праћени поступци примене Закона о јавном информисању, Закона о радиодифузији, Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја, Закона о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине, и Закона о заштитнику грађана²⁰. У случају узорка од 747 захтева за слободан приступ информацијама на адресе 378 органа јавне власти у Србији, поднетих у току 2006 године, добијени су одговори у 540 случајева, што чини 72, 28 %. У 2005 години узорак је износио 645 поднетих захтева, а добијено је 318 одговора, односно 49, 30%.

Државни органи су дужни да најмање једном годишње израде информатор са основним подацима о свом раду и да сваком заинтересованом лицу омогуће увид или му дају примерак уз накнаду нужних трошкова. Тако према подацима једне невладине организације, Информатор није израдило 46 од 154 тестирана органа, а 11 га је израдило, али не у складу са Законом и Упутством за објављивање информатора о раду државног органа. Информатор који је у потпуности у складу са законом израдило је 48 органа јавне власти у Србији. Чак 49 органа уопште није у законском року дало било какав одговор поводом захтева за приступ информатору, што представља грубо кршење законске обавезе.

Веома значајна институција, која је остала само на нивоу законске декларативне регулације јесте институција омбудсмана или заштитника права грађана. Рок за именовање заштитника, који износи шест месеци од дана објављивања закона у “Службеном гласнику Републике Србије” истекао је 24. марта 2006. године, а да Скупштина није именovala никога на ову функцију. Иако је избору омбудсмана требало приступи одмах на првој седници законодавног органа након доношења овог закона, то се није десило чак ни на шестој седници, иако је барем формално избор испог био увршћен на дневни ред. Притом ниједан од овлашћених предлагача није до 24. марта 2006. године предложио Одбору кандидата за омбудсмана.

репрезентативни примери урађени од стране једне организације, али не осликавају нужно праву слику стања у држави поводом примене права.

20 Закон о јавном информисању, усвојен 22. априла 2003. године, Службени гласник РС број 43/04.

Закон о радиодифузији, усвојен 8. јула 2002. године, ступио на снагу 27. јула 2002. године, Службени гласник РС, број 42/2002; Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, усвојен 2. новембра 2004. године, ступио на снагу 3. новембра 2004. године, Службени гласник РС број 20/04, Закон о организацији и надлежности државних органа у поступку против ујенилаца ратних злочина, усвојен јула 2003. године, Службени гласник РС број 67/03; Закон о заштитнику грађана, усвојен 6. септембра 200 . године, ступио на снагу 24. септембра 2005 . године, Службени гласник РС број 79/0 .

Проблеми су настали и у погледу примене Закона о правим и слободама националних мањина. закон је донет за време постојања СРЈ, која је у међувремену прерасла у Државну заједницу. Тиме су припадници националних мањина били онемогућени да подносе уставне жалбе за заштиту права и слобода припадника националних мањина, јер је Савезни уставни суд који је надлежан да о њима решава престао да постоји доношењем Уставне повеље. У међувремену је дошло и до дисолуције Државне заједнице, нови закон о заштити права националних мањина није донет, те се не могу ни конституисати нови национални савети, иако постоји солидан уставни оквир за то.

5. Закључне напомене

Бројни су примери неефикасне, неблаговремене примене права као и кршења правних норми, не само од стране државних органа, који треба у првој линији да спроводе неке поступке, већ и као што је већ раније наведено самог законодавног органа. Ствар је чини се једне недовољно чвсте и децидне политичке културе али и правне свести и грађана и посленика власти, о томе да се правом установљавају правила понашања у друштву, не у циљу безразложног спутавања слобода, већ управо у циљу омогућавања несметаног коришћења баш тих слобода.

Са друге стране, кванитет, као што је често случај, није и не може бити мерило квалитета нечијег рада, већ само показатељ огромног рада и труда, који може имати малог или никаквог ефекта. Тенденција која је уочљива последњих година, регулисањем материје која није тако битна законским актима²¹ или веома штуро и непрецизно регулисање одређене материје, доводе до мултипликације закона о изменама и допунама основног текста закона, дакле до константних измена, што од стране законодавног органа, што од стране Владе, ресорних министарстава путем аката ниже правне снаге, чија садржина не осликава нужно праву садржину протумаченог акта.

Доношење закона у поступку, који можда унеколико дуже траје него иначе, контролисана расправа унутар самог законодавног тела, која је уперена искључиво на прецизније дефинисање садржаја аката, могу умногоме олакшати каснији процес примене права. Такође треба прекинути са још једном досад неуобичајеном праксом, доношења закона, који иако ступе на снагу, не почињу да се примењују још неко време. Овим се грубо крше и теоријска али и правила логике и разума да акт,

21 Некако се чини да материја јавних скијалишта у Републици Србији не завређује своју законску регулативе, већ уређење неким другим актом.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

који је ступио на снагу, те моментом свог ступања на снагу је дерогирао претходни акт, се још увек не може примењивати из разлога политичке или друге природе.²² Ионако гломазан правни систем Републике Србије се овим додатно оптерећује, а отежава приемну права и адресатима и органима управе који ту приемну прописа, у оквиру своје надлежности треба да прате.

²² Закон о држављанству је ступио на снагу крајем децембра 2005 године, али се почео примењивати тек крајем марта 2006 године. Својим ступањем на снагу је дерогирао претходни закон о држављанству, али је настао проблем, по ком закону ће се решавати нпр. Захтеви за пријем у држављанство кад стари закон није више део позитивног права, а нови И формално још није постао део позитивног права.

Dragana Ćorić, LL.M
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Novi Sad

**THE (ACTUAL) IMPLEMENTATION OF LEGAL ACTS AS AN
IMPERATIVE OF A MODERN STATE - WITH REFERENCE
TO THE TRANSITION PROCESSES IN SERBIA**

Summary

In mid July 2006, the general public was informed that the Serbian National Assembly enacted 274 acts of parliament. In this paper, the author examines which percentage of these acts has actually been implemented, and observes the possible modalities in terms of interpreting these acts. The implementation of the enacted legislation is a very important legal and political process because it is based on the powerful and ever-so-significant principle of citizens' legal safety.

The transitional processes in the Republic of Serbia have been ongoing for a while, occasionally slowing down or drawing to a standstill, enabling or completely disabling the real and consistent implementation of enacted legislation. In conclusion, the author provides specific recommendations for improving the efficiency both in the process of adopting legal rules and in their ultimate implementation.

Mr Марко Трајковић,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

УДК: 340.12:17'055.2](497.11)

ПРИХВАТАЊЕ И ПРИМЕНА ЖЕНСКЕ ЕТИКЕ КАО БИТАН ЕЛЕМЕНТ ИЗГРАДЊЕ ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт

У раду осветљавамо питање прихватања и примене женске етике, која је битан елемент изградње етичког и правног система. Пратимо и историјски развој женске етике, кроз фазе њеног одбијања, па све до њеног прихватања као незаобилазне. Полазимо од основног питања, да ли су жене и мушкарци на различите начине етични или не, као и да ли другачије размишљају у оквиру етике. Размотрићемо и питање етике старања, као облика етике и као облика примењене етике. Овим радом желимо да отклонимо било какву сумњу у постојање женске етике, и њене примене у правном систему савремене правне државе.

Кључне речи: етика, женска етика, етика старања.

УВОД

Идеја да жене и мушкарци мисле другачије уопште, па и у етици, традиционално је коришћена да оправда власт мушкараца над женама. Аристотел је рекао, да жене нису тако рационалне као мушкарци те да због тога мушкарци морају да владају њима. Имануел Кант, се сложио са њим, додајући да жене имају „мањак грађанске личности“, те да због тога немају право гласа у јавном животу. Русо је сматрао, да женама и мушкарцима руководе различите вредности, али тако да су вредности мушкараца боље, те да се они одликују вођством, док жену њена вредност срца везује за дом. Он је додуше желео да ублажи ову поделу, али опет на рачун жена. У свом делу „Емил“, доказује да оне карактеристике које су код мушкараца недостаци, код жена представљају врлине. Зашто кажемо да је ово ублажавање учинио на рачун жена? Зато што је њихова врлина заснована на њиховој зависности и подређености у оквирима брака. Ако је жена независна, или остварује своје циљеве који нису за добробит породице, за њу то аутоматски значи губитак квалитета који је чине

поштованом и пожељном.¹ Наравно, да су сва тројца погрешила. Интересантан је податак да је у питагорејском братству, жена имала у свему равноправан положај са мушкарцем. Питање је где се и зашто изгубила ова идеја у главама мушкараца, кроз потоње векове? Зашто су и тако учени људи као што су Аристотел, Кант и Русо, одустали од ове идеје, иако су за њу морали знати? Шта их је на то навело? Нису ли они својим подржавањем потчињености жене мушкарцу, и одбацивањем њених способности, заправо подржали и продужили ову неодрживу идеју?

Осамнаести век означавамо као почетак развоја идеје „женске етике“, а нарочито женских облика врлина.² Данас, ове идеје чине основу феминистичке етике. Осамнаести век је донео промене у друштвеној ситуацији жене. Дом није више радно место за жену из средње класе. Џин Гримшоу сматра, да је једини пут ка сигурности, наглашава да се ради о одређеној врсти сигурности, за жену био брак. А у таквом је браку жена била потпуно економски зависна. Несупрот томе, изгледи неудате жене су суморни. Идеја која остаје утицајна и током деветнаестог века је идеализација породичног живота и брачног стања. Потчињеност жене је сентиментално виђено. Њу одређују и одржавају женске врлине.³

1. ЖЕНСКА ЕТИКА ДАНАС

Није чудо што је женски покрет шездесетих и седамдесетих година прошлог века, одбацио идеју психолошке разлике између жена и мушкараца. Концепт, мушкараца као рационалног и жене као емотивног типа људи, био је одбачен као погрешан стереотип. Природа не чини никакве психолошке и менталне разлике међу половима. Сматрало се да ако и постоје разлике, то је зато што су жене под системом константног притиска од стране мушкараца морале да се понашају на „феминистички начин“, у оквирима етичких и правних система.

Феминистички мислиоци данас, сматрају да жене ипак различито размишљају од мушкараца. Али додају, женски начин размишљања није подређен мушком, нити разлике дозвољавају субординацију жене мушкарцу, у етичком и правном систему. Оно што је недостајало, била је баш женска перспектива у стварима од значаја за друштво и правни систем савремене правне државу. Са овим различитим ставом, каква је

1 Питер Сингер, Увод у етику, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад, 2004, стр. 696.

2 Исто, стр. 695.

3 Исто, стр. 695.

женска етика, ми можемо да рачунамо на прогрес етичког и правног система.

Појам врлине какав је дао Русо, као „полом одређене“ био је предмет напада Мери Волстонкрафт у њеној књизи „Оправдање права жене“. Даказивала је да врлина треба да значи исту ствар за жене и мушкарце. Оштро је критиковала идеју „женскости“, која се наметала и намеће женама. Таква је идеја поткопавала снагу жена и њихово достојанство као људских бића. Идеја женске врлине која је доводила до потчињености жене, морала је да буде одбачена због изградње правног система.⁴

Ако и постоје женске врлине, оне су ту да жене учине моралнијим и морално супериорнијим од мушкараца у многим проблемима које намеће савремено друштво. Идеја женске врлине била је и подстицај да жена изађе из „приватне“ у „јавну“ сферу друштвеног живота.

Идеја етике, је остала стално питање феминистичког начина размишљања. Зашто? И зашто баш етике? Последице насилничког понашања кроз векове, као и последице таквог понашања по људски живот, планету и правне системе, резултат су искључиво мушког начина размишљања у свим областима живота и делања, па и у етичким и правним системима.

Данас, су ова схватања повезана са феминистичким размишљањима и схватањима да су многи облици агресије и рушилаштва блиско повезани са природом „мушкости“ и мушке психе.⁵ Таква се размишљања повезују са „есенцијалистичким“ уверењима о женској и мушкој природи.⁶ Као супротност и спас света јавља се женска психа. Велики део феминистичког размишљања, одбацује сваки облик есенцијализма.

Жене су костантно биле обезвређене, чак и када су биле идеализоване у етичким и правним системима. Ово се није односило само на жене по себи, већ и на сферу њихове делатности. Пример за то је дом, породица и улога жене у њима.

4 Питер Сингер, Увод у етику, стр. 696.

5 Исто, стр. 697.

6 Мери Дели сматра, да постоји склоност да се сва пустош, која се испољила у људском животу и планети, види као неиздиференцирани резултат непроменљиве природе мушке психе и један од начина на који су и саме жене биле „колонизоване“ преко мушке доминације и бруталности.

Постоји и друга врста приступа идеји женске етике. Она полази од критике есенцијализма и покушаја да се схвати да ли алтернативни приступ питањима моралног размишљања и етичких приоритета, може да се изведе из разматрања оних сфера живота и делатности које су биле схватане као парадигматски женске. Указује се на следеће: постоје у ствари опште или типичне разлике у начинима на које жене и мушкарци мисле у моралним стварима. Ово се схватање изражава појмом дефицијенције на страни жена. То би значило да су оне неспособне да расуђују, да принципијелно поступају. Зашто? Зато, јер су емотивне, интуитивне и сувише личне. Сматра се, да је могуће прихватити диференцијацију без приписивања дефицијенције. Морално расуђивање и делање жена може на бољи начин да осветли проблеме мушког расуђивања које се схвата као норма.⁷

2. ПРИМЕНА ЖЕНСКЕ ЕТИКЕ ИЛИ ЕТИКА СТАРАЊА

Чипко покрет је широм света постао један од најпознатијих примера примењене женске етике, у овом случају у екологији. Тако поред абортуса, улазимо у још једно поље примењене етике, где итекако има места за женску етику. Сама реч „чипко“ преузета је из хинду језика и значи „загрлити“, а односи се на праксу хинду жена из северне Индије. Тамо су жене буквално грљењем дрвећа, желеле да спрече њихову сечу у комерцијалне сврхе. Овај покрет, скреће пажњу на сложено узајамно дејство економских, политичких, еколошких, феминистичких и етичких проблема. Жене из Рени области су показале изванредну политичку зрелост, прихватајући и даље развијајући политику ненасилне грађанске непослушности, као још једног елемента изградње ваљаног правног система.

Ово није једини пример примење етике старања. Женски покрети су изградили читав банкарски систем за помоћ старијим особама и деци са посебним потребама. Даље, су утицали на некоришћење пестицида у многим развијеним пољопривредним областима широм света.⁸

Женску етику у најбољем смислу речи, ваља схватити у холистичкој слици света. Она подразумева, примену било које од разних феминистичких филозофија при анализи проблема савременог света, на пример еколошких проблема, да би се разоткриле сличности и везе између утњетавања жена и света природе. Овако постављена етика нуди везу

7 Питер Сингер, Увод у етику, стр. 698-699.

8 Schmidt D., Willot E., Environmental ethics, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 260-261.

између деградације природе и доминација над њом, са друштвеним обрасцима мушке доминације и хијерархије. Овај приступ, одвраћа филозофску пажњу од питања која су традиционално повезана са метафизиком, и иде ка питањима која се традиционално повезују са примењеном етиком. Друштвена правда, је примарни фокус овако постављене етике и тачка ослоњца изградње ваљаног правног система. Мареј Букчин ово резимира на следећи начин: „Сам смисао мушкарчеве доминације над природом (она овде намерно истиче родну спецификацију) потиче из посве реалне доминације човека над човеком“.⁹ Дакле, жене морају увидети да за њих нема никавог ослобођења и решења било какве кризе у друштву чији је основни модел односа и даље однос доминације. Оне морају захтев женских покрета и етике да уједине у правцу преобликовања друштвено-економских односа и основних етичких и свих других вредности друштва.

Поједине феминисткиње, су сијасет етичких вредности које се традиционално повезују са женским улогама ставиле у предњи план етичког теоретисања, које се сажето назива „етиком старања“. Привучене делом Керол Гилиген, Нел Нудингс и Саре Радик оне су настојале да артукулишу и одбране перспективу која умањује истицање апстрактних правила и принципа, у корист једне контекстуализоване етике која се усресређује на старање и сродност. Традиционални морални појмови, као што су морални закони, права, дужности, обавезе и правда, претпостављају свет у коме се интереси сукобљавају, захтеви правде условљавају и ограничавају људску слободу, а моралност се бори против егизма. Етика старања полази од моралног света у коме кооперација замењује конфликте, сродности замењују конфронтацију, а старање о другима замењује права и дужности. То је морални свет у којем мајчинство и пријатељство, пре него апстрактни принципи као што су индивидуална аутономија и слобода од ометања, служе као морални идеали.

Дају се различита објашњења, зашто је етика старања изразито женска перспектива. Уопште узев, феминисткиње као што су Нудингс и Радик етику старања схватају као примеренију животним искуствима жене, посебно оним искуствима која потичу из репродуктивне биологије и мајчинства. Чини се да су апстрактни етички принципи и правила ирелевантни за живот. Из ове перспективе гледано, етика старања обухвата односе човек – природа подједнако прикладно колико и односе

9 Bookchin M., *The Ecology of Freedom*, New York, New Earth, 1975, p. 1.

мајка – дете. Жене које су научиле да то старање доживе директније и непосредније од мушкараца, прикладније изражавају интересе природе.

Перспектива старања залази иза етике схваћене у облику апстрактних универзалних правила која можемо применити на специфичне проблеме, и из којих можемо дедуковати одлуке које би требало да донесемо. Морална особа се не тумачи као слободна и независна индивидуа која мора да одговори на питање: Шта би требало да чиним? Перспектива старања се усресређује на специфичне односе и везе. При оваквој особености, етика карактера или етика врлине прикладно замењује апстрактне и опште принципе. Добра особа – на пример, заљубљена мајка – јесте оно што етика старања настоји да опише. Морални поступци били би поступци које извршава добра особа, пре него они поступци који се повинују апстрактним општим принципима.

Да ли етика старања има своју примену? Многи филозофи су оспоравали тврдњу да имамо обавезе према будућим генерацијама, тврдећи да будући људи не задовољавају извесне апстрактне и опште услове за морално достојанство. Етика старања може да одврати наш фокус од таквих апстрактних питања и да крене од једноставне реалности да многи људи заиста маре за оно што ће се догодити будућим људима. Дакле, ни етика старања се не оптерећује апстрактним питањима о моралном достојанству животиња, која су толико карактеристична за расправу о ослобађању животиња. За етику, средишњу важност пре имају извесна другачија питања, као што је питање: Да ли се старамо о животињама? Да ли са њима имамо неке сродности? Која је основа наших привржености животињама? Расправа о моралном достојанству и моралном уважавању слична је овој расправи. Свака апстрактна етичка теорија, која игнорише однос између нас и нашег природног окружења биће неадекватна. Схватање које је у складу са етиком старања је налог да најпре морамо волети, поштовати и дивити се земљи, пре него што применимо апстрактније принципе етике земље. Коначно, моћна слика Чипко жена које буквално грле дрвеће како би га заштитиле од насиља, речито сведочи о етици старања као о женском доживљају.

Овакве тврдње поткрепићемо и радом Керол Гилиген „У различитом гласу: психолошка теорија и женски развој“ из 1982. године. Ауторка доказује, да су у праву они који су доказивали да жене, по њиховом мишљењу увек, о моралним питањима различито расуђују од мушкараца. Сматра, да је једино погрешно то што су они сматрали да постоји инфериорност или дефицијентност женског моралног расуђивања. Предмет њене критике било је испитивање моралног развоја које је

предузео Лоренс Колберг. Он је покушао да утврди ступњеве моралног развоја. Највиши, односно шести ступањ моралног развоја чинили би универзални етички принципи. Они би били морални оквир расуђивања. Тако би се моралне дилеме решавале преко позивања на те универзалне етичке принципе. Заправо, ради се о „Хајнцовој дилеми“. Колберг је разматрао дилему о човеку коме жена умире од неке врсте рака, и који нема довољно новца колико за лек тражи апотекар, који и не пристаје на било какав договор осим да се лек који иначе кошта двеста долара плати две хиљаде долара. Тако је супруг натеран да лек украде. Колберг је поставио хипотетичку моралну дилему, једном дечаку и једној девојчици. Треба ли супруг да украде лек, да би спасио живот своје жене? Дечак је одговорио потврдно, руководећи се принципом да је живот вреднији од новца. Девојчица је била више наклоњена другачијем одговору. Супруг није морао да лек украде, ваљало је да новац за лек позајми, а не да се изложи могућности да учини кривично дело и оде у затвор, након чега би његова супруга још више патила, а он тада више није у могућности да јој набави још лекова. Колберг је сматрао, да се морално расуђивање дечака налази на четвртој или петом ступњу моралног развоја који говоре о приоритетним правима. Док је морално расуђивање девојчице, било на трећем ступњу који говори о степену узајамних интерперсоналних очекивања односа и конформитета.

Керол Гилиген је настојала, да објасни због чега је морални глас жене девалвиран у савременој теорији морала.¹⁰ У оквиру стандарне етичке схеме права се сматрају нормом, а одступања се сматрају мање вредним. Са овим се поклапа већа веза жена и етичког погледа који је усмерен ка вредности бриге. Мишљење је Керол Гилиген, да се наши системи етичке правде морају развијати и обухватати женску етику старања.¹¹

Нел Нудингс, је у својој књизи „Старање: један феминистички приступ етици и моралном васпитању“ из 1984. године, сматрала да је неки морал, заснован на правилима и принципима, по себи неадекватан и да он не схвата оно што је дистинктивно или типично за женско морално расуђивање.¹² Сасвим обрнуто од онога што нам говори етика старања, ваљало је према Колбергу, из ситуације апстраховати детаље, те их

10 Агнеш Картаг-Одри, Нове перспективе у америчкој правној теорији, у: Г. Вукадиновић, А. Картаг-Одри, Америчка јуриспруденција XX века, Нови Сад, Новосадска асоцијација за теорију, етику и филозофију права, 2006. стр. 47.

11 Исто, стр. 47.

12 Питер Сингер, Увод у етику, стр. 700.

подредити универзалним етичким принципима шестог степена моралног развоја. Дакле, морална одлука се свела на утврђивање хијерархије између наших принципа.

Обе ауторке сматрају, да је женска етика и женска морална оријентација више окренута старањем за друге и то у личном смислу, а не у смислу хумане бриге уопште. Ово објашњава одговор девојчице. Брижна према потребама других, жена не слуша само свој „глас“, већ укључује и друга мишљења у свој морални суд. То некад може да делује као конфузан морални суд, али није тако. Даље, обе ауторке настоје да докажу да су жене мање склоне апстрактном начину моралног размишљања које је присутно код мушкараца. Жена је у складу са етиком старања, склонија да се окрене конкретной ситуацију и свим њеним чиниоцима, те да из тога извуче морални суд.

Вирџинија Хелд је сматрала, да етика старања као и све што она подразумева, може да буде бољи водич кроз конкретне моралне ситуације и дилеме, од рационалног калкулусања, или у најмању руку може да буде и јесте незаобилазна компонента адекватног моралног суда.

После свега, ипак остаје питање да ли жене и мушкарци другачије морално размишљају? Јер и када би постојала тако изражена разлика у моралним судовима између полова, увек остаје проблем да се она опише.¹³ Схватање да жене не поступају на основу универзалних етичких принципа и да су под већим утицајем „личних“ убеђења, употребљава се да се жена стави у инфериоран положај. То је разлог за опрезност код оваквог начина мишљења. Можда су етички приоритети жена и мушкараца различити. Те оно што жене схватају као важан принцип, а то је одржавање односа, мушкарци схватају као немање принципа.¹⁴ Истовремено, мушкарци могу и морају да схвате вредност етике старања. Тако могу и да се сложе са женским путем решавања „Хајнцове дилеме“, који би био договор или сусрет мишљења, за решавање тешке моралне ситуације. Истовремено, жене би морале да се сложе са тим да је вредност људског живота вреднија од новца.

Даље, претпоставимо да постоје људи који у моралном расуђивању више нагињу универзалним принципима, и да постоје људи који више нагињу етици старања. Можемо да изведемо и закључак да, постоје жене које су више наклоњене универзалним принципима у моралном расуђивању, као и да постоје мушкарци који више нагињу етици старања.

¹³ Питер Сингер, Увод у етику, стр. 701.

¹⁴ Исто, стр. 701.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Дакле, ако и постоји различит приступ моралном расуђивању, са чиме се ми слажемо, нема ексклузивно мушког и женског моралног суда.

Евентуални разлози за овакву поделу се могу наћи у социјалним улогама, које су вековима наметане женама. Традиционално, ми немамо намеру да то искористимо у процесу доказивања женске етике против односно за доминацију мушкарца, жена је више окренута дому. Самим тим жена може да има много више предиспозиција за етику старања.

Истина је, да се етички приоритети жене могу да разликују од етичких приоритета мушкарца, али они нису никако подређени мушкарчевим приоритетима, већ равноправни у етичким скалама и учењима, и у многим ситуацијама много ближи оном што ћемо назвати „примењена етика живота“. Само потпуно јединство мушке и женске етике даје ваљану основу за изградњу етичких и правних система.

ЗАКЉУЧАК

Прихватање и примена женске етике је незаобилазан и битан елемент сваког етичког и правног система. Права изградња правног система Републике Србије, је незамислива без прихватања и примене женске етике. Проблеми са којима се среће свако савремено друштво (еутанација, абортус, биотехнологија и еколошки проблеми), решиви су само прихватањем и применом етике старања као изразито женске перспективе просуђивања етичких питања.

Наше је мишљење, да једино контекстуалистички, плуралистички, инклузивни, холистички, интегралистички и херменеутички приступ етичком размишљању и судовима јесте крајње адекватан приступ изградњи етичког и правног система. Контекстуалистички приступ, зато што он настоји да избегне апстрактне моралне исказе, који су тешко применљиви у етичком и правном систему, а иде ка усресређивању на специфичне односе и везе. Плуралистички и инклузивни приступ, поштују разноврсност и разлике, што је основа ваљане изградње правног система. Кључни аспект доминантних идеологија је веровање да постоји само један ваљан начин постојања, мишљења и делања. Таква идеологија, допушта да се преко традиционалних родних улога успостави логика доминације и угњетавања жена на свим ралинама правног система. Плуралистички и инклузивни приступ иду ка одбацивању логике доминације у корист особенијег приступа у решавању етичких и правних проблема које нам данас намеће друштвени и правни поредак. Правилно заснована етика избегава формирање овако постављене хијерархије и доминације и велича разноврсност. Холистички и интегралистички приступ, на правилан начин

схватају све саставне елементе „велике слике“, у овом случају правног система. Херменеутичким приступом, норма се отвара ка чињеницама, а мушка и женска етика се отварају ка животу без страха од непознатог и страног.

Дакле, јединство женске и мушке етике, у случају да смо прихватили такву поделу моралног расуђивања, може да допринесе правилном доношењу моралног суда у ситуацијама које нам намећу моралне дилеме. Како није могуће одвојити егзистенцију жене и мушкарца, у смислу квалитетног живота у савременој правној држави, тако није могуће одвојити, условно говорећи, ове две етике. Једна другу просто у интегралистичком маниру спајају и допуњују. Шта то значи? Једноставно, када говоримо о правој интеграцији ми морамо да прихватимо могућност методолошке интеграције, а не садржинске интеграције. Шта то у конкретном случају значи? Ако прихватимо ова два метода или начина, моралног расуђивања, ми смо у стању да формирамо правилне етичке судове, у оквирима етичког и правног система. Зашто? Зато што се тада не вртимо у круг, од једног до другог апстрактног принципа, што је основа мушке етике. Већ се апстрактни принципи, у овом случају етички, окрећу ка живим чињеницама о којима говори етика старања, као изразито женске перспектива.

Marko Trajković, LL.M
Teaching Assistant
Faculty of Law, University of Niš

**THE ACCEPTANCE AND THE APPLICATION OF FEMALE ETHICS
AS AN IMPORTANT ELEMENT IN THE DEVELOPMENT OF THE
LEGAL SYSTEM IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

Summary

The acceptance and the application of female ethics is an important and unavoidable element of each ethical and legal system. A proper development of a legal system of the Republic of Serbia is inconceivable without accepting and applying the principles of female ethics. The problems encountered by every modern society are resolvable only by accepting and applying the ethics of care, as a prominently female perspective of reasoning and deciding on ethical questions. The aim of this paper is to eliminate any doubt in the existence of female ethics and the feasibility of its application in the legal system of a modern state of law. The author is of the opinion that only a contextual, pluralistic, inclusive, holistic, integration and hermeneutic approach to ethical thinking and reasoning is the ultimate adequate approach in developing an ethical and legal system.

The contextual approach is likely to avoid abstract moral statements, which are difficult to apply in an ethical and legal system, and focuses on particular relations and correlations. The pluralistic and the inclusive approach value the diversity and difference, which is the foundation for a proper development of a legal system. The key aspect of all dominant governing ideologies is the belief in a single appropriate mode of existence, thinking and action. By imposing traditional gender roles, such ideology makes allowances for establishing the logic of domination and oppression of women at all levels of the legal system. The pluralistic and the inclusive approaches are aimed at renouncing the logic of domination in favour of a more distinctive approach in solving ethical and legal problems imposed by the present social and legal order. The ethics based on sound principles tends to avoid the creation of such hierarchy and domination, and glorifies diversity. The holistic and the integration approach perceive all the constituent elements of a legal system in a most proper way.

In the hermeneutic approach, the norm opens to the fact; the male and the female ethics, in case we have accepted such a distribution of moral reasoning, may contribute to reaching a correct moral judgment in situations when we face moral dilemmas. As it is impossible to segregate the existence of a woman and a man in terms of the quality of life in a modern state of law, it is impossible to separate, hypothetically speaking, these two kinds of ethics. They are mutually connected, supplementing one another in the best holistic manner. Speaking about a real integration, this implies that we have to accept the possibility of a methodological rather than content integration. If we accept that these two methods or modes of moral reasoning, the ethics of care and the ethics of the universal ethical principles, we are able to form relevant ethical viewpoints within the framework of the ethical and legal system.

**АЛТЕРНАТИВНО РЕШАВАЊЕ СПОРОВА У ДОМЕНУ
ГРАЂАНСКОПРАВНИХ ОДНОСА
– ИСКУСТВА СЛОВЕНИЈЕ, ХРВАТСКЕ И БОСНЕ И
ХЕРЦЕГОВИНЕ¹**

Апстракт

Алтернативно решавање спорова (АРС) представља заједнички назив за више метода мирног решења спора, који су данас прихваћени у већини држава као алтернатива класичном судском поступку. Промоција и широка примена ових метода у директној је вези са оптерећеношћу судова великим бројем предмета и дугим трајањем поступка, проблемима који угрожавају једно од темељних људских права грађана – права на приступ суду и пружања правне заштите у разумном року. Многе државе су препознале потенцијал који АРС технике имају за превазилажење ових проблема и понудиле грађанима да спор реше мирним путем, заобилазећи скуп, спор и неефикасан судски поступак.

Подстицање алтернативног решавања спорова проглашено је приоритетом у Европској унији, изражено у неколиким темељним документима, пре свега у „Зеленој књизи о алтернативном решењу спорова у грађанском и привредном праву“, документу који дефинише основна правнополитичка опредељења земаља ЕУ у овом домену. У раду ови су документи анализирани у мери потребној да се утврде тенденције које постоје на нивоу ЕУ у примени АРС метода, а које треба да следи и наша земља у склопу своје политике усклађивања са европским правним системом и унапређења правосуђа.

Централни део рада посвећен је анализи АРС техника које се примењују у земљама у окружењу Републике Србије – Словенији, Хрватској и Босни и Херцеговини, са којима нас повезују исто правно наслеђе и слични проблеми са којима се сусрећемо у процесу унапређења правних система. Опсервирани су документи који су створили услове за

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство науке и заштите животне средине Републике Србије.

алтернативно решавање спорова, искуство које ове земље имају у примени АРС техника, те изазови са којима се сусрећу. Искуства наших суседа могу нам бити од вишеструког значаја. Законодавцу, да евентуално побољша постојећи модел алтернативног начина решавања спорова у Србији. Правницима – практичарима, да реше недоумице које се јављају у његовој примени.

Кључне речи: право на приступ правди, алтернативно решавање спорова (АРС), посредовање-медијација, мирење.

Кључне речи: алтернативно решавање спорова, грађанскоправни односи, АРС техника

Увод

Алтернативно решавање спорова² заједнички је назив за више метода мирног и споразумног решавања спорова, који су данас прихваћени у већини земаља као алтернатива класичном судском поступку. Најпознатији АРС модели су директни преговори, медијација и арбитража. Они се сматрају основним. У последњих неколико година, прилагођавањем ових модела локалним приликама и потребама одређеног правног система, развили су се нови облици АРС-а, у литератури често означавањем као хибридни модели.³ То су: нагодба (поравнање), евалуација случаја, рочиште поравнања, мед-арб, мини-парница, апелациони арс, недеља поравнања, различити истражни и сазнајни поступци за утврђивање чињеница и други. Наведене моделе, међусобно доста различите, одликују неке заједничке карактеристике, захваљујући којима они имају широку примену. То су брзина и ефикасност, флексибилност, поверљивост и добровољност. АРС модели пројектовани су да служе првенствено интересима страна у спору, што није својствено судском поступку. Судски поступак је униформан, у потпуности уређен законским нормама, па нема места импровизацији и прилагођавању особеностима конкретног спора. Правила која уређују решавање спора неким од алтернативних начина тек су контуре, оквир у коме стране могу, саме или уз помоћ треће особе, наћи заједнички прихватљиво решење. Поступак је, дакле, флексибилан, неоптерећен строгом процедуром. Ако се томе дода и да је у већини случајева добровољан⁴, брз и тајан⁵, ето разлога због којих ће стране изабрати да свој спор реше неким од АРС метода.

² У даљем тексту: АРС, АРС методи (модел), АРС технике.

³ Тако: L. Karamarković, „Poravnanje i medijacija“, Beograd, 2004, стр. 312 - 316.

⁴ Стране слободно одлучују да ли ће ући у поступак, колико ће трајати и какав ће му бити исход.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Алтернативни приступ решавању спорова има несумњиве предности и када се посматра са аспекта одређене државе. Већину савремених држава карактерише својеврсна криза правосудних система. Она се испољава у преоптерећености судова великим бројем предмета, спорошћу и неефикасношћу правосудног апарата, незадовољством странака и шире јавности брзином којом правосудје ради и резултатима његовог рада. Овакво стање симптоматично је без обзира на степен развијености државе, њену правну традицију и културу. Излаз из ове кризе тражи се, између осталог, и у алтернативном приступу решавању спорова. Грађанима се отвара вансудски пут, којим би до остварења и заштите својих права и интереса дошли брже, једноставније и јефтиније, заобилажењем судског поступка.

Подстицање АРС техника проглашено је приоритетом у Европској унији. Правно-политичко је опредељење држава чланица да применом ових техника грађанима олакшају приступ правди. То је изражено у неколиким стратешким документима, пре свега у Зеленој књизи (документу) о алтернативном решавању спорова у грађанском и трговинском праву. Овај документ је снажно упориште за развој АРС на нивоу ЕУ, од кога ће се полазити у свим даљим активностима које ће се предузимати у овом домену. Подједнако је значајан и за државе које се припремају за чланство у ЕУ. Очекивано придруживање намеће им обавезу и да прате тенденције које постоје у погледу института којима тек предстоји правно регулисање. Несумњиво, то су и АРС методи. Зелена књигу и друге кључне документе анализираћемо у мери потребној да утврдимо какве су тенденције развоја АРС у ЕУ⁶, које треба да следи и Република Србија у склопу политике усклађивања са европским правним простором и унапређивања правосудја.

Други део рада представља анализу алтернативног решавања спорова у земљама у окружењу Републике Србије – Словенији, Хрватској и Босни и Херцеговини, са којима нас повезује исто правно наслеђе и слични проблеми на које nailазимо у процесу изградње ефикасног правног система. Размотрени су документи којима су у овим земљама створени услови за алтернативно решавање спорова, њихово искуство у примени АРС метода, те изазови са којима се сусрећу.

⁵ Ако се АРС оконча неуспешно, па се решавање спора пренесе на парницу, информације саопштене у овом поступку, по правилу, не могу се користити пред судом.

⁶ Предмет анализе само је алтернативно решавање спорова у грађанскоправним односима. Породична медијација, због својих специфичности, излази из оквира теме.

Алтернативно решавање спорова и међународни трендови

На међународном плану нема много докумената обавезујуће правне снаге који се односе на алтернативно решавање спорова. Ради се, углавном, о документима који препоручују примену неког од постојећих модела, препознајући у њему потенцијал за ефикасније и брже решавање спорова. Комитет министара Савета Европе усвојио је неколико препорука које се, посредно или непосредно, односе на АРС. Најзначајнија је свакако Препорука РЕЦ (2002) 10 о медијацији у грађанским и трговинским стварима из 2002. године. Препорука је резултат континуираних напора чињених на унапређивању метода решавања спорова, те заузимања става да медијација има значајан потенцијал да смањи броја спорова и растерети судове. Њоме се државама препоручује да омогуће медијацију у грађанским стварима, предузимањем или унапређивањем мера потребних за прогресивну примену „Водећих начела медијације у грађанским стварима“, која су саставни део ове препоруке. Препорука даје дефиницију медијације, одређује домен своје примене и овлашћује државе да поступак медијације организују на себи одговарајући начин, поштујући утврђена начела. Државе које су после њеног усвајања законски уредиле медијацију имале су у виду основни циљ ове препоруке – подстицање развоја вансудског решавања спорова за олакшан приступ правди. Раније усвојене препоруке припремиле су терен за непосредну промоцију медијације. Њима је својствено да алтернативно решавање спорова виде као средство које треба непосредно да допринесе олакшавању приступа правди и остварењу права на добијање правне заштите у разумном року, гарантованог чланом 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.⁷ Препоруке о којима је овде реч претежно се односе на мере које ваља предузети када се о спору одлучује у судском поступку, али су ипак значајне и за подстицање АРС метода. Њима се јасно и снажно препоручује предузимање мера да се судски поступак учини ефикаснијим⁸ и смањи радно оптерећење судова⁹. Несумњиво је да се ови циљеви могу постићи и подстицањем алтернативних начина за решавање спорова.

⁷ European Treaty Series No. 5. Конвенција је усвојена 4. новембра 1950. г. у Риму, а ступила на снагу 3. септембра 1953. г.

⁸ Видети: Препоруку бр. Р (81) 7 о мерама које омогућавају приступ суду из 1981. и Препоруку бр. Р (84) 5 о начелима грађанског поступка за унапређивање остварења правде из 1984. г.

⁹ Видети: Препоруку бр. Р (86) 12 о мерама за спречавање и смањивање оптерећења судова из 1986. г.

Подстицање APC техника један је од правних и политичких приоритета Европске уније, што је изражено у Зеленој књизи о алтернативном решавању спорова у грађанском и трговинском праву¹⁰. Полазећи од постојећег стања алтернативног решавања спорова у ЕУ, Европска комисија је овим документом иницирала дискусију о правним и организационим мерама које треба предузети ради промоције APC. Резултат расправе објављен је у посебном документу¹¹. На основу ова два документа сачињен је Предлог Директиве о одређеним аспектима медијације у грађанским и трговинским стварима¹². Анализа ових докумената показује да је промоција APC правно и политичко опредељење ЕУ, виђено као начин да се обезбеди и оствари бољи приступ правди и правосуђу. Управо, бољи и лакши приступ правди укључује како олакшан приступ суду, тако и оним методама решавања спора који не укључују ангажовање суда.

Појачано интересовање ЕУ за развој APC последица је три основна разлога. Прво, APC је један од начина да се побољша општи приступ правди у свакодневном животу.¹³ Друго, државе чланице су показале велико интересовање за примену APC техника, од којих су многе донеле и одговарајуће законе о томе. Треће, подстицање вансудског решавања спорова је политички приоритет, што је више пута поновљено од стране оних институција ЕУ чији је задатак да промовишу алтернативне методе и да обезбеђују повољне услове за њихов развој. На захтев Савета, Европска комисија је сачинила Зелену књигу како би се утврдило постојеће стање у области APC и покренула расправа о неопходним мерама за њихово унапређивање. Зелена књига је била и прилика да се шира јавност упозна са предностима APC, како би се утврдило какав је општи став и реакције

¹⁰ Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, COM (2002) 16 final, Брисел, 19. април 2002. г.

¹¹ Summary of responses to the Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, JAI/19/03-EN, 31. јануар 2003. г.

¹² Proposal for Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, COM (2004) 718 final, Брисел, 22. октобар 2004. г.

¹³ Отежан приступ правди је проблем са којим се сусрећу грађани готово свих држава ЕУ, чак и оних чији су правни системи веома развијени. Разлози су у повећању броја спорова који се износе пред суд на решавање, дугом и скупом поступку, као и у великом броју правних аката које треба знати, а који су неретко компликовани и нејасни. Алтернативни начини нуде грађанима да спор реше брже, у поступку који је флексибилан и који им штеди и време и материјална средства која би морали да ангажују када би се спор решавао у судском поступку.

на питања постављена у Зеленој књизи. Та су питања претежно правног карактера и тичу се најзначајнијих карактеристика АРС – уговорних клаузула о АРС, периода суспензије за обраћање суду, поверљивости поступка, важења споразума којим се спор решава, обуке лица које спроводе поступак, њихове акредитације и евентуалне одговорности.

Пре доношења Зелене књиге, на нивоу ЕУ алтернативно решавање спорова примењивало се у области потрошачког, породичног и радног права. Тиме се овде нећемо бавити, већ само указати да су искуства тамо стечена искоришћена за састављање листе питања која су државама чланицама, стручним и академским круговима упућена на јавну расправу. Европска комисија је примила више стотина одговора на постављена питања. Начелно, Зелена књига је подржана како због своје основне намере – промоција АРС ради побољшања приступа правди – тако и због приступа који заузима (евалуација постојећег стања и покретање широке дискусије о мерама које треба предузети да би се ове технике унапређивале и развијале). Постоји сагласност да развој АРС није само правно, већ првенствено политичко питање. То је видљиво већ из става који су државе заузеле око одређених питања. Треба нагласити да није заузет заједнички став, већ да постоји велика разноврсност у идејама и заузетим позицијама око појединих конкретних решења. За сада није могуће са сигурношћу утврдити за која ће се решења Комисија одредити. Известан путоказ је поменути Предлог Директиве о медијацији у грађанским и трговинским стварима. Он нам показује да треба очекивати хармонизацију макар основних правила о медијацији, у виду директиве или другог документа одговарајуће правне снаге, који би био обавезујући за државе чланице ЕУ.

Излагање о међународним трендовима завршићемо констатацијом да се у Европској унији предузимају озбиљне мере за стварање јединственог европског правног простора, који би грађанима омогућио бољи приступ правди и правосуђу. За државе чланице то значи обавезу да судски поступак учине ефикаснијим и јефтинијим, али и да истраже нове путеве једноставнијег и флексибилнијег решавања спорова. Ту свакако спада и примена АРС метода, јер су и они део политике побољшања приступа правди. Пошто је улазак у ЕУ један од приоритета наше и суседних држава – Хрватске, Босне и Херцеговине, Македоније и Црне Горе, ставови заузети у представљеним документима значајни су и за наше прилике. Законодавци си их већ имали у виду када су поставили законске темеље за алтернативно решавање спорова. Не треба се зауставити на томе. Ваља помно пратити даљи правац развоја да би наши прописи о АРС и мере које предузимамо у њиховој примени били компатибилни са оним на нивоу Европске уније.

Алтернативно решавање спорова у Словенији

Од свих земаља некадашње СФРЈ, Република Словенија има најдужу традицију у алтернативном решавању спорова, и то медијацијом, као једним могућим моделом. Медијација у Словенији није уређена посебним законом. Правни основ за њену примену налази се у Закону о парничном поступку¹⁴, у оним одредбама које суду налажу да поступак спроводи без одуговлачења и са што мање трошкова, као и у оним које уређују решење спора судским поравнањем. Најзначајнија за медијацију свакако је одредба која предвиђа могућност да странке предложе суду прекид парничног поступка, не дуже од три месеца, да би покушале да спор реше на неки алтернативни начин. Закон предвиђа да је обавезан споразум о поравнању, који странке могу, уз помоћ суда, преточити у судско поравнање.

Могућност примене медијације искористио је Окружни суд у Лjubљани, реализацијом Пилот-пројекта медијације. Пројекат је спроведен у периоду 1. јануара 2001 - 30. септембра 2002. године, у оквиру програма решавања великог броја нерешених старих предмета у суду. Станкама је понуђено да спорове из грађанскоправних односа реше медијацијом, а резултати су били више него охрабрујући: скоро половина предмета успешно је решена закључењем поравнања или повлачењем тужбе. Значајан је и податак да је већина спорова решена већ на првом рочишту. Охрабрени почетним успесима, у Окружном суду у Лjubљани креирали су сопствени програм медијације¹⁵ и понудили га странкама за решавање спорова у породичноправним односима, споровима за исплату зараде и другим споровима за које судија оцени да би странке медијацијом лако могле доћи до споразумног решења. Медијација је придружена судском поступку (судски анексирана медијација). Спроводе је медијатори – судије окружних или виших судова, адвокати и други правни стручњаци који су успешно завршили обуку за алтернативно решавање спорова и налазе се на листи медијатора при овом суду. Медијатор мора имати стручне квалификације¹⁶ и високоморалне особине¹⁷.

¹⁴ Zakon o pravdnem postopku, Uradni list RS, br. 12/03 i br. 36/04 (пречишћен текст).

¹⁵ „Mediacija v civilnih sporih pri Okrožnem sodišču v Ljubljani“, Su. br. 230103/2002, доступан на сајту суда www.sodisce.si/okroj.

¹⁶ Услови за избор медијатора су: најмање шест година радног искуства на правним пословима по положеном правосудном испиту, поседовање комуникативних и преговарачких способности, знање и способност за решавање правних спорова и обученост за алтернативно решавање спорова.

У одсуству законских одредаба, правила поступка медијације прописује суд, а странке закључују уговор о медијацији, у којем су уговорена основна начела. Ако, по пријему одговора на тужбу или у току поступка, судија процени да се спорни однос успешно може решити медијацијом, обавестиће странке о томе. Медијацију могу предложити и странке. Суд странкама упућује писани предлог за спровођење поступка медијације. Она треба да убрза решење спора, па се странкама оставља кратак рок (не дужи од 30 дана); за изјашњење о предлогу. Ако странке прихвате предлог, суд треба да у наредних 90 дана започне са медијацијом. Трајање поступка није ограничено роком. Медијација ће трајати онолико колико странке сматрају да је потребно или док медијатор не оцени да даљи поступак нема смисла. Успешна медијација завршава се споразумом странака, на основу кога медијатор саставља нацрт судског поравнања. Ако странке изјаве да су са њим сагласне, судија саставља записник о судском поравнању. Потписивањем од стране судије и странака, овај записник добија снагу извршне исправе. Неуспешна медијација даје право странкама да се врате на парницу.

Програм медијације који спроводи Окружни суд у Лjubљани дао је до сада најбоље резултате. У 2006. години укупно је спроведено 806 медијација. Са успехом је завршено 419, односно 52 % предмета.¹⁸ Статистички подаци показују да проценат успешно спроведених поступака медијације расте. За првих шест месеци 2006. године медијацијом је успешно решено онолико спорова колико је решено у целој 2005. години. Суд редовно спроводи анкете да би утврдио да ли су странке задовољне медијацијом. Резултати показују да се у јавности полако ствара слика о медијацији као нечему што је за странке корисно, јер до решења спора долазе брже и без већих трошкова.¹⁹ Медијација се спроводи у још неким судовима, попут окружних судова у Цељу, Копру и Новој Горици. Овакав приступ решавању спорова у Словенији се примењује и на

¹⁷ Моралне особине медијатора за странке значе гаранцију непристрасног, поверљивог и према обема странкама равноправног поступања медијатора. Морални лик медијатора често је „језичак на ваги“ за одлуку странке да уместо судског решавања спора изабере медијацију.

¹⁸ Извор: „Годишњи статистички извештај о програму медијације при Окружном суду у Лjubљани“ („Letno statistično sporočilo o programih mediacij na Okrožnem sodišču v Ljubljani“), доступан на сајту суда www.sodisce.si/okroj.

¹⁹ Поступак је за странке бесплатан. У одсуству другачијег споразума, свака странка сноси своје трошкове. Ако се медијација оконча судским поравнањем или повлачењем тужбе, странке имају право на повраћај половине износа који су платиле на име судских такси.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

подручју потрошачких спорова (спроводи га Центар за мирење при Удружењу осигуравајућих организација Словеније), а спроводе га и неке невладине организације (Правно-информацијски центар у Лjubљани, Центар за ненасилну комуникацију). Скромних почетака има и у школама (вршњачка медијација). Недостаје на подручју колективних и индивидуалних радних спорова, па треба очекивати да ће се медијација у Словенији проширити на ове и друге области погодне за мирно решење спора.

Алтернативно решавање спорова у Хрватској

У Републици Хрватској до 2005. године алтернативно решавање спорова у домену грађанскоправних односа не јавља се као уобичајена пракса правосудних органа. Нормативни оквир за алтернативни приступ решавању спорова почео се стварати још 2001. године доношењем Закона о арбитражи²⁰, односно 2003. године када је за грађанскоправне односе донет темељни пропис – Закон о мирењу²¹. Овим законом кодификован је поступак мирења у грађанскоправним споровима, укључујући и спорове са подручја трговинских, радних и других имовинскоправних односа у стварима у којима стране могу слободно располагати својим правима и обавезама (члан 1. ЗМ). Спорови који нису имовинскоправни (спорови из брачних и породичних односа, спорови о строго личним правима), нису обухваћени овим законом. Закон о мирењу регулише само мирење у правним споровима. Друге врсте спорова – социјални, политички, лични – за чије решавање није предвиђен редован правни пут заштите пред судом или другим државним органом, такође нису обухваћени овим законом.

Од могућих алтернативних модела решавања спора, законодавац уређује мирење, као специфичан облик посредовања у ком стране настоје да споразумно реше властити спор, постизањем нагодбе, у чему им помажу један или више миритеља. Миритељ, за разлику од судије, нема овлашћење да странкама наметне обавезујуће решење. Он је неутрална трећа особа, која помаже странкама да поново успоставе комуникацију како би биле у стању да преговарају. Он је „катализатор“ преговора странака, особа од поверења која им помаже да дођу до обострано прихватљивог решења.²² Миритељ може и да предложи решење, чак и да

²⁰ Narodne novine RH, br. 88/01.

²¹ Narodne novine RH, br. 163/03.

²² У низу заједничких или поверљивих појединачних састанака са сваком странком, миритељ им помаже да увиде свој и положај друге стране, препознају

састави текст нагодбе, али само ако се странке о томе нису другачије споразумеле.

Ми се нећемо бавити самим поступком мирења. Рећи ћемо само да Закон о мирењу садржи одредбе које су универзална начела за свако мирење: диспозитивност и страначка аутономија, добровољност, консензуалност, неформалност и поверљивост поступка, равноправност странака. Концентрираћемо нашу пажњу на мере предузете ради промоције мирења као вансудског начина решавања спорова.

Упркос постављеном правном оквиру за алтернативно решавање спорова²³, примена ових техника није резултирала задовољавајућим бројем поступака. Олакшан приступ правди и растерећење судова није постигнуто. Било је неопходно да се на највишем, државном нивоу заузме одговарајући став према алтернативном решавању спорова и предузму такве подстицајне мере којима би се постојеће законске одредбе почеле заиста и примењивати у пракси. Министарство правосуђа је у 2004. години одредило развој алтернативних начина решавања спорова као један од проиритета реформе правосуђа. У 2005. години усвојена је „Стратегија развоја алтернативних начина рјешавања спорова“²⁴, и она је снажно упориште за развој свих облика АРС, посебно мирења. Њоме су утврђени циљеви развоја АРС, задаци и фазе у којима ће се циљеви остваривати, структура за алтернативно решавање спорова и носиоци овог програма. Стратегија предвиђа пет структура за алтернативно решавање спорова: при судовима, при организацијама за мирење и арбитражним установама, при службама за извансудску нагодбу у кривичним предметима, при центрима за мирење у радним споровима и при центрима за вансудски поступак у потрошачким споровима. За тему овог рада интересантне су прва две структуре. Мирење при судовима омогућава да иницијатива за мирно решење спора потекне од судова, којима се грађани и обраћају за правну заштиту. Први пилот-пројекат мирења при судовима покренут је у 2006. години, при Трговинском суду у Загребу. Спроводи се у још осам општинских судова – Бјеловару, Осијеку, Ријеци, Славонском Броду,

праве разлоге сукоба (који често не морају бити правни) и заједничке интересе, пронађу и размотре могућа решења с циљем постизања споразума.

²³ Измене и допуне Закона о парничном поступку („Narodne novine RH“, бр. 117/03, чл. 186а) такође су дале основ за примену ових метода, одредбама које предвиђају да се у случају тужбе против Републике Хрватске најпре поднесе предлог за мирење државном одвјетништву РХ.

²⁴ Текст овог документа доступан је на сајту Министарства правосуђа РХ - www.pravosudje.hr.

Вараждину, Вуковару, Задру и Загребу. Мирење при судовима подразумева да је судски поступак већ покренут. Основна је намера да се са мирењем покуша пре заказивања првог рочишта и тако омогући странкама да спор реше пре него што је предмет ушао у редовну процедуру и без додатних трошкова. У случају да мирење не успе, о предмету се одлучује у редовном парничном поступку. Мирење спроводе миритељи са листе миритеља суда. По правилу, то су судије, али то може бити и друга особа која има сертификат за пружање ових услуга (адвокат). Предвиђена је и могућност учешћа тзв. ко-миритеља, особе која није правник, али поседује стручна знања важна за решење спорног односа. Судија-миритељ не прима посебну накнаду за спроведене поступке мирења. Тај посао је саставни део његовог судијског посла, за који је већ плаћен. Мотив судије да се активно укључи у мирење јесте у томе што се решавање спора мирењем рачуна у резултате његовог рада и приказује у статистичким извештајима о раду као један решен предмет. Успешно спроведено мирење рачуна се у резултате рада и судији који је предмет из парничног поступка упутио на мирење.

Поступак мирења могу спроводити и организације за мирење, пре свега у споровима за које није покренут судски поступак. У таквим случајевима ове организације послују на комерцијалној основи, и самосталне су у одређивању накнада за своје услуге и избору миритеља. У погледу избора и обуке миритеља, те оцене њиховог рада, дужне су да задовоље критеријуме прописане од Министарства правосуђа, које врши надзор над поштовањем начела и стандарда квалитета мирења. Мирење при овим организацијама могуће је и споровима у којима је већ покренут судски поступак. Већина судова у Хрватској нема организовано мирење унутар своје установе, али може заинтересованим странкама предложити да спор покушају решити при некој од овлашћених организација за мирење. Ради лакше координације активности, неки судови су поставили поверенике за мирење, који посредују између њих и организација за мирење. И када су ангажоване од стране суда, организације за мирење наплаћују своје услуге, али су дужне да обезбеде неколико сати бесплатног рада са странкама које им је суд упутио.

У Хрватској постоји неколико организација које пружају услуге мирења у грађанскоправним и трговинским односима: Центар за мирење при Хрватској господарској комори (решава спорове привредних субјеката), Стално изабрано судиште при Хрватској господарској комори (водећа арбитражна установа у Хрватској), Центар за мир при Хрватској удрузи послодаваца, Центар за мир при Хрватској обртничкој комори,

Уред за социјално партнерство (спроводи мирење у колективним радним споровима), центри за мир у Белом Манастиру и Осијеку²⁵. Овим центрима грађани се могу обраћати и непосредно, али највећи број случајева долази од особа и институција са којима су они циљно радили промотивне активности и информисање. Пре свега, то су контакт-полицајци, који на терену препознају случај погодан за мирење и објасне странама у сукобу како спор могу решити при центру. Добра сарадња остварена је са судовима. Општински судови у Белом Манастиру и Осијеку имају своје поверенике за медијацију, код којих заинтересовани грађани и странке које су већ у судском поступку могу добити информације о медијаторским услугама центара за мир у Белом Манастиру и Осијеку.²⁶

Алтернативно решавање спорова у Босни и Херцеговини

На територији Босне и Херцеговине медијација је уређена Законом о поступку медијације²⁷ из 2004. године и Законом о преношењу послова медијације на Удружење медијатора²⁸, усвојеним 2005. године. Медијација се покреће на основу писаног уговора о медијацији, потписаног од самих страна у спору и медијатора кога су оне заједнички изабрале или кога је именovalo Удружење медијатора²⁹. За медијатора може бити изабрана,

²⁵ Центри за мир у Белом Манастиру и Осијеку почели су са радом у 2006. г., након двогодишњег тренинга и припрема за спровођење мирeња. У току припремног периода активисти центара спровели су неколико тренинг-обука медијатора за медијацију у заједници. На тренинге су позиване особе којима се грађани обраћају када су у сукобу – судије, полицајци, запослени у органима локалне управе. Циљ је био да се они информишу о предностима медијације и развију поверење у људе којима би упућивали странке на медијацију. Део тренинга било је и осмишљавање најбољих модела медијације, прилагођених постојећим законским решењима и локалним приликама.

²⁶ Више о резултатима рада ових центара видети у: „Kultura mira“ – Časopis za mir, nepasilje i ljudska prava, тема броја “Medijacija“, Osijek, бр. 10/06 стр. 10 – 13, и на интернет адреси [www. Centar za mir. hr](http://www.Centar.za.mir.hr).

²⁷ „Sl. glasnik BiH“, бр. 37/04.

²⁸ „Sl. glasnik BiH“, бр. 52/05.

²⁹ Удружење медијатора основано је у марту 2002. г. са циљем стварања услова за увођење медијације у правни систем БиХ. Активности удружења су: пружање услуга медијације, пружање услуга обуке за медијаторе и сертификавање медијатора, праћење актуелних светских и трендова у региону у области медијације. Чланови удружења су судије, адвокати, економисти, просветни

односно именована само особа са листе медијатора, коју утврђује Удружење.³⁰ Поступак медијације могућ је пре и у току судског поступка. У овом другом случају, странке се могу до закључења главне расправе споразумети да спор реше у поступку медијације. О томе су дужне да обавесте судију који води поступак, достављањем копије уговора о медијацији. Судија, такође, може предложити споразумно решење спора медијацијом. Он то може учинити на припремном рочишту, под условом да странке пре покретања судског поступка нису покушале решити спор медијацијом и само ако процени да је медијација у конкретном случају сврсисходна. Медијација покренута у току парничног поступка, на предлог странака или на иницијативу суда, не може трајати дуже од тридесет дана. Поступак медијације спроводи се у складу са принципима медијације дефинисаним у закону. Медијатор је дужан да поступак спроведе без одуговлачења, да посредује на неутралан начин и да поштује једнакост странака. Поступак је поверљиве природе. Изјаве странака изнесене у поступку медијације не могу се користити као доказ у неком другом поступку, осим ако су се странке о томе другачије договориле. Информације које је у току одвојених састанака добио од једне странке медијатор не може саопштити другој странци, осим ако је другачије договорено.³¹ У складу са принципом добровољности, странке могу прекинути поступак медијације у било ком тренутку. На то је овлашћен и медијатор ако оцени да даљи поступак није сврсисходан или ако се појаве разлози који га спречавају да буде непристрасан и неутралан. Успешно спроведена медијација окончава се писаним споразумом о нагодби, који потписују странке и медијатор. Овај споразум има снагу извршне исправе. Ако је парница у току, странке су дужне да примерак споразума доставе суду, који ће обуставити парнични поступак.

Законом о преношењу послова медијације на Удружење медијатора пружање услуга медијације поверено је Удружењу медијатора

радници, психолози, новинари и људи других професија који су стекли способност и вештине за помоћ другима у решавању спорова.

³⁰ Услови за избор медијатора утврђени су Законом о поступку медијације: висока стручна спрема, завршена обука о медијацији, о чему се издаје одговарајући сертификат, упис у регистар медијатора (члан 31. Закона).

³¹ Овакво решење о обезбеђивању поверљивости у односу на другу странку предвиђено је и у поступку медијације при Окружном суду у Љубљани. Закон о мирењу Републике Хрватске предвиђа да миритељ мора о сваком разговору о предмету спора обавестити другу страну и доставити јој примерак сваког поднеска који је примио од друге странке. Упоредити чл. 7. ст. 2. Закона о поступку медијације БиХ и чл. 8. Закона о мирењу РХ.

БиХ. Ово удружење је са Међународном финансијском корпорацијом отворило центре за медијацију у Бањалуци и Сарајеву. Већину предмета у овим центрима до сада су чинили привредни и радни спорови. Споразумом је окончано близу 60 % предмета³², што показује да се у Босни и Херцеговини полако ствара повољна друштвена клима за примену АРС метода. Њихов потенцијал још увек се не користи довољно, јер грађани о њима нису довољно информисани. У предстојећем периоду треба предузети активности на промоцији свих предности које медијација има и за потенцијалне кориснике правне заштите и за оне који ту заштиту треба да пруже.

Закључна разматрања

Постоје различити модели алтернативног приступа у решавању спорова. Медијација је најшире прихваћена због свог капацитета да се примени за решавање већине њих. У свету, њен развој заснивао се на потребама и ставовима заједнице, односно сектора у којима је примењивана. Грађани су је препознали као средство које им може помоћи да договором брже и лакше реше спор. Решења која нађу саме стране у спору квалитетнија су и одрживија од оних наметнутих споља (судском одлуком, на пример), а спор који је решен неће генерисати нове несугласице.³³ Са друге стране, медијацију подстичу и држава и правосуђе. Држава - јер смањује правну несигурност и неизвесност у погледу садржине правне заштите и времена њеног остварења. Правосуђе

³² У Центру за медијацију у Бањалуци до краја октобра 2006. г. спроведено је 476 медијација. Споразумом су решена 274 предмета, близу 60 % од укупно спроведених поступака. Вредност потписаних споразума процењује се на око 16 милиона конвертибилних марака. У Центру за медијацију у Сарајеву одржане су 84 медијације. Споразумом је окончано 35 предмета, што је 46 % од укупног броја завршених медијација. Деблокирано је око 570 000 КМ. (Наведено према: А. Živanović, „Kultura mira“ – Časopis za mir, nenasilje i ljudska prava, тема броја „Medijacija“, Osijek, бр. 10/06, стр. 20.

³³ Почетне несугласице прерастају у сукоб, јер прави узроци остају скривени, чак и самим странама у спору. Стране не усмеравају комуникацију ка идентификацији тих узрока, не испитују и не оцењују те потребе и узроке да би у складу са њима промислиле о могућим решењима. У том случају одлука о спору заснива се искључиво на њиховим почетним позицијама које често и нису прави разлог сукоба. Медијацијски процес омогућава им да сагледају све сегменте свог односа, како правне тако и неправне, да би утврдиле који су стварни мотиви и разлози сукоба.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

- јер себи олакшава посао. Многи спорови неће ни доћи до суда (јер ће их решити стране међу којима је спор настао, саме или уз помоћ поверљиве треће особе којој су дале мандат за помоћ у решавању спора) или ће предмети, у већ започетом судском поступку, бити упућени на медијацију зато што она даје веће изгледе за успешно решење спора.

На нивоу Европске уније постоји сагласност да је алтернативно решење спора добар метод за олакшавање приступа правди. Зелена књига о алтернативном решавању спорова у грађанском и трговачком праву најбољи је индикатор будућег развоја активности ЕУ на пољу примене АРС. Њоме су постављена бројна питања која дају јасну слику о правним и организационим димензијама увођења и примене ових метода. Развијање АРС представља правно и политичко опредељење и приоритет у Европској унији.

Државе у окружењу Републике Србије – Словенија, Хрватска и Босна и Херцеговина, такође, подржавају медијацију (мирење) као један могући модел алтернативног решења спорова. У Хрватској и Босни и Херцеговини медијација је уређена посебним законима. У Словенији основ за примену медијације налази се у Закону о парничном поступку, а правила поступка креирају они судови који пружају медијацијске услуге. Постоји, дакле, нормативни оквир, али он није довољан да се искористе све предности медијације. Потребно је развој медијације укључити у политику коју држава спроводи на пољу реформе правосуђа. Тако је учинила Хрватска, усвајањем Стратегије развоја алтернативних начина решавања спорова. У Стратегији су дефинисани циљеви, задаци и временски оквир за њихову реализацију. Развој алтернативног решавања спорова одвијаће се у неколико фаза. Почело се у 2006. години, па је за озбиљнију евалуацију постигнутог још увек рано. Досадашња искуства у све три земље показала су да друштво постаје све пријемчивије за овакав начин решавања спорова, али и да грађани и даље нису довољно информисани о медијацији. Слично је и у Србији. Потребно је широком кампањом, кроз медије и уз подршку државе, пружити грађанима што више информација о томе шта је медијација, које им користи доноси, ко и на који начин пружа медијацијске услуге. Важно је образовање студената о медијацији учинити саставним делом редовног наставног програма на правним факултетима. Едукација судија и адвоката о предностима медијације такође би много допринела њеној популаризацији, јер се они непрестано сусрећу са потенцијалним корисницима медијације.

Набројани изазови показују да само законско уређење медијације није довољно. Постојање посебног закона о медијацији или другом

алтернативном моделу је добар, али само почетни корак. У срединама у којима је обраћање суду да реши спор уобичајени метод, треба развијати свест да је вансудско решење спора пожељно и друштвено прихватљивије понашање.

Ivana Simonović, LLB
Junior Assistant
Faculty of Law, University of Niš

**ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN CIVIL
RELATIONS: the Experiences of Slovenia, Croatia, and Bosnia and
Herzegovina**

Alternative Dispute Resolution (ADR) is a common name for a number of methods for a peaceful dispute resolution, which are widely accepted in most states today as an alternative to the standard litigation procedure. The promotion and wide application of these methods are directly related to the excessive court caseload and lengthy court procedures, the problems which jeopardize one of the fundamental human civil rights – the right of access to court and the right to provide legal protection within a reasonable time. Many countries have recognized the potentials of the ADR techniques in overcoming these problems by offering their citizens an opportunity to resolve their disputes by peaceful means, thus avoiding the costly, slow and inefficient court proceedings.

Новак Крстић
Правни факултет, Универзитет у Нишу

УДК: 347.919.1:347.65/68

ВАНРЕДНА ПРАВНА СРЕДСТВА SUI GENERIS ПРОТИВ ПРАВНОСНАЖНОГ РЕШЕЊА О НАСЛЕЂИВАЊУ*

Апстракт

Механизам контроле законитости правноснажних судских одлука донетих у одређеним ванпарничним стварима обухвата корпус ванредних правних средстава предвиђених Законом о ванпарничном поступку. За поступак за расправљање заоставштине, као ванпарнични поступак *par excellence*, законодавац је изричито искључио примену појединих ванредних правних средстава

, али је, поред низа класичних ванредних правних средстава које срећемо и у другим ванпарничним поступцима, афирмисао и поједина средства карактеристична само за овај поступак. Ради се, наиме, о наследноправним захтевима након правноснажности решења о наслеђивању који су опредељени околностима наступелим по правноснажности решења којим се мериторно решава поступак за расправљање заоставштине. У раду се акценат управо ставља на ова, тзв. ванредна правна средства *sui generis*, као специфичан подсистем у оквиру система ванредних правних лекова против правноснажног решења о наслеђивању, као и на начин и могућност њиховог коришћења и њихов домет и значај.

Кључне речи: ванредна правна средства *sui generis*, решење о наслеђивању, закон о ванпарничном поступку

Уводне напомене

Право на правни лек један је од стубова остваривања начела законитости и једно од основних права предвиђених највишим правним актима савремених држава. Признавањем права на правни лек пружа се могућност процесним субјектима или лицима која имају правни интерес а која су незадовољна одлуком надлежног органа јер је сматрају незаконитом, неправилном или неправедном, да покрену механизам испитивања конкретне одлуке пред истим или њему надређеним органом у циљу њеног укидања или преиначења. У савременим правним системима, дакле, правни лекови су интегрални и неизоставни део система правне заштите.

Поступак за расправљање заоставштине (оставински поступак) један је од класичних ванпарничних поступака. У Републици Србији ванпарнична процедура кодификована је Законом о ванпарничном поступку¹. Овим законским текстом предвиђен је механизам контроле законитости правноснажних судских одлука донетих у одређеним ванпарничним стварима, који обухвата специфичан систем ванредних правних средстава. Притом, нека од ових средстава карактеристична су само за ванпарничну процедуру, док се на остале аналогно примењују одредбе Закона о парничном поступку². За поступак за расправљање заоставштине законодавац је изричито искључио примену појединих ванредних правних средстава, али је, поред низа класичних ванредних правних средстава које срећемо и у другим ванпарничним поступцима, афирмисао и средства карактеристична само за овај поступак. Ради се, наиме, о наследноправним захтевима након правноснажности решења о наслеђивању који су опредељени околностима наступелим по правноснажности решења којим је мериторно решен поступак за расправљање заоставштине. Наследноправни захтеви истакнути након правноснажности решења о наслеђивању, по својој правној природи, својеврстан су подсистем ванредних правних средстава који се по низу карактеристика разликују од осталих ванредних правних средстава, те у теорији носе одредницу „*sui generis*“³.

Идеја овог рада је да, осим теоријске обраде ових института, укаже на њихов практичан значај, начин истицања и могућност реализације ових захтева, као и на проблеме са којима се у примени законских одредби сусрећу судови, а у реализацији својих захтева странке у поступку.

* Овај рад настао је као резултат истраживања спроведених у оквиру пројекта „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, који реализује Правни факултет Универзитета у Нишу уз финансијску помоћ Министарства науке и заштите животне средине, на основу Уговора о реализацији пројекта из програма основних истраживања бр. 149043Д од 23. 2. 2006. године.

1 „Сл. гласник СРС“, бр. 24/82 и 48/88. У даљем тексту биће коришћена и скраћеница ЗВП. До ступања на снагу ЗВП-а поступак за расправљање заоставштине био је регулисан савезним Законом о наслеђивању из 1955. године („Сл. лист ФНРЈ“ бр 20/55), а касније су се на њега примењивале процесне одредбе републичког Закона о наслеђивању из 1974. године („Сл. гласник СРС“ бр. 52/74 и 1/80). ЗВП је преузео бројне одредбе наведених закона и у посебном делу регулисао оставински поступак (чл. 87-131). Уз то, на поступак за расправљање заоставштине, као уосталом и на остале ванпарничне поступке, примењују се и опште одредбе ЗВП-а (чл. 1-30).

2 „Сл. гласник РС“ бр. 125/2004. У даљем тексту ЗПП.

3 Термин преузет од: Г. Станковић, Грађанско процесно право, Београд, 2004, стр. 567.

Укратко о ванредним правним средствима која се могу изјавити против правноснажног решења о наслеђивању

Проблематика ванредних правних средстава у оставинском поступку није код правних писаца изазвала неко веће интересовање, нити дубљу анализу. Углавном је ова тема заобилажена у широком луку, иако се ради о значајном процесном институту. Међу теоретичарима који су се дотакли ове материје има значајних одступања у мишљењима која су то ванредна правна средства дозвољена против правноснажног решења о наслеђивању⁴. Ништа боља ситуација није ни у судској пракси. Судови су, различито тумачећи очигледно недовољно експлицитно и прецизно формулисане законске одредбе, заузимали често дивергентне ставове у погледу допуштености одређених ванредних правних средстава. При томе, најчешће се у пракси као спорно јављало питање могућности понављања оставинског поступка и допуштеност неблагоприятне жалбе.

Држећи се слова закона⁵ чини се да се може поуздано закључити да се против правноснажног решења којим је окончан оставински поступак могу изјавити:

ревизија,

жалба са алтернативним предлогом за ревизијско одлучивање (директна ревизија),

захтев за заштиту законитости,

неблаговремена жалба и

ванредна правна средства *sui generis*.

Између ових ванредних правних средстава постоје значајне дистинкције. Оне се огледају у околности да ли се ова средства могу изјавити против правноснажног првостепеног или другостепеног решења, у субјектима који их могу изјављивати, разлозима због којих се могу изјављивати, надлежности суда да поступа по њима, (не)ограничености роковима итд. Ревизија, директна ревизија и захтев за заштиту законитости, уз то, регулисани су ЗПП-ом, а одредбе овог закона, као *lex generalis*, примењују се у ванпарничном поступку. Са друге стране,

4 Тако нпр. С. Сворцан изричито сматра да против решења другостепеног суда ревизија није дозвољена. С. Сворцан, *Наследно право*, Крагујевац, 2006, стр. 262.

5 Видети: чл. 21 ст. 2 и 3, чл. 28 ст. 2, чл. 29, чл. 30 ст. 2 и чл. 128-131 ЗВП-а.

неблаговремена жалба представља институт ванпарничног процесног права и изричито је предвиђена ЗВП-ом (чл. 21 ст. 2 и 3).

Што се тиче ванредних правних средстава *sui generis*, они су, такође, карактеристични само за ванпарничну процедуру. Сходно чл. 26 ЗВП-а правноснажност решења, донесеног у ванпарничном поступку, не спречава учеснике да свој захтев о коме је решењем одлучено остварују у парници или у поступку пред управним органом, кад им је то право признато овим или другим законом. На тај начин, покретање парничног или управног поступка представља ванредно правно средство којим се, у ствари, тражи измена правноснажне одлуке донете у ванпарничном поступку. Могућност и разлози истицања ових захтева предвиђени су одредбама које регулишу посебне ванпарничне поступке.

Законом о ванпарничном поступку (чл. 128-131) изричито је допуштено одређеним субјектима да након правноснажности решења о наслеђивању, уколико су за то испуњени законом прописани услови, остваре своје наследноправне захтеве у парничном поступку (изузетно пред оставинским судом). На тај начин дозвољена је могућност да пресудом парничног суда, односно тзв. допунским решењем оставинског суда, *de iure* и *de facto* буде измењено правноснажно решење о наслеђивању. Законодавац, притом, није дозволио могућност покретања управног поступка и измене решења о наслеђивању одлуком органа управе, држећи се становишта да у овој материји одлуке управних органа не могу имати корективну функцију⁶.

Наследноправни захтеви не могу се остваривати у поновљеном поступку пред оставинским судом јер у нашем праву, за разлику од неких других правних система⁷, понављање оставинског поступка није дозвољено⁸. О недостацима оваквог решења и случајевима у којима је целисходно омогућити поновно спровођење поступка за расправљање заоставштине биће више речи касније.

6 Могућност покретања управног поступка након правноснажности решења законодавац је предвидео у поступку за уређење управљања и коришћења заједничке ствари (чл. 146 ст. 1 ЗВП).

7 Нпр. у праву Црне Горе.

8 Видети чл. 131 у вези са чл. 29 ст. 2 ЗВП-а.

**Класификација ванредних правних средстава sui generis против
правноснажног решења о наслеђивању**

Наследноправни захтеви никако нису хомогена категорија. Међу њима постоје значајне дистинкције, тако да није једноставно издвојити њихове заједничке карактеристике. Својство које одликује све ове захтеве јесте да су они узроковани одређеним догађајима или чињеницама које су се јавиле по правноснажности решења о наслеђивању. Ти догађаји, односно чињенице, таквог су значаја да је законодавац предвидео посебан пут правне заштите када се они појаве. Разноликост ових чињеница определила је и различита законска решења у погледу остваривања наследноправних захтева. Неки од ових захтева могу се остварити само у парничном поступку, док у појединим ситуацијама поступа само оставински суд доношењем допунског решења којим на основу раније донетог решења о наслеђивању распоређује накнадно пронађени део заоставштине. Процесне радње које је обавезан да предузме оставински суд, а које су услов за покретање парнице, различите су. Круг лица овлашћених на остваривање захтева у парници такође је различит, тако да законодавац у појединим случајевима предвиђа да парницу могу покренути само лица која имају правни интерес за то, док у другим ситуацијама то могу да ураде сва заинтересована лица.

Међу правним писцима који се баве наследним правом и грађанским процесним правом постоје различита становишта у погледу ситуација у којима се могу поставити наследноправни захтеви. Став Г. Станковић и С. Сворцана је да се наследноправни захтеви могу истаћи у три случаја: а) када је накнадно пронађена имовина, б) када се накнадно пронађе једно или више завештања и в) када се накнадно појаве лица која нису учествовала у оставинском поступку а која истичу захтев за утврђење наследног права⁹. О. Антић сматра да се наследноправни захтеви могу поставити када је: а) накнадно пронађена имовина, б) накнадно пронађено завештање, в) када се појави нови наследник и г) када постоје услови за понављање поступка¹⁰. Б. Познић, за разлику од осталих, проблем поставља далеко шире, те осим ова четири случаја у наследноправне захтеве убраја и захтев за издвајање доприноса из заоставштине и покретање парнице по својинском или другом основу који није наследноправи¹¹.

9 Г. Станковић, *op. cit.* стр. 615; С. Сворцан, *op. cit.* стр. 267.

10 О. Антић, *Наследно право*, Београд, 2007, стр. 377-379.

11 Б. Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1991, стр. 432.

Мишљења смо да је законодавац приликом утврђивања могућности истицања наследноправних захтева након правноснажности решења о наслеђивању имао у виду четири такве ситуације: а) накнадно пронађени део заоставштине, б) накнадно пронађено завештање, в) накнадно појављивање наследника и г) постојање услова за понављање поступка по правилима парничне процедуре.

а) Накнадно пронађени део заоставштине

Поступак за расправљање заоставштине оставински суд покреће по службеној дужности, чим сазна да је неко лице умрло или проглашено умрлим¹², без обзира да ли то лице има заоставштину или не. У пракси, међутим, оставински поступак по правилу се покреће предлогом заинтересованих лица, углавном наследника, јер је то најчешћи начин којим се суд упознаје са чињеницом смрти неког лица.

У току поступка оставински суд утврђује наследноправне последице смрти умрлог лица: ко су наследници оставиоца, шта сачињава његову заоставштину, која права из заоставштине припадају наследницима (колики су им наследни делови), испорукопримцима и другим лицима¹³. Уколико након покретања оставинског поступка суд утврди да оставилац није оставио заоставштину или да оставинску масу чине само покретне ствари, а нико од лица позваних на наслеђе не захтева спровођење оставинске расправе, суд ће донети решење којим ће обуставити поступак, с тим што лица позвана на наслеђе задржавају право да накнадно траже расправљање заоставштине¹⁴. Када суд утврди све чињенице које су му биле познате и доступне у току оставинске расправе, донеће решење којим ће одлучити о праву на наслеђе и другим правима учесника у поступку. Декларативност решења огледа се у томе што се њиме само констатују наследноправне последице које су наступиле у тренутку смрти оставиоца.

Када се након правноснажности решења којим је окончан оставински поступак пронађе део заоставштине¹⁵, могу настати различите

12 Видети: чл. 89 ст. 1 ЗВП-а.

13 Видети: чл. 87 ЗВП-а.

14 Видети: чл. 113 ЗВП-а.

15 Законодавац овде користи појмове „имовина“, „покретна имовина“... Сматрамо да је употреба појма „имовина“ неадекватна јер се имовина узима само за жива лица (овде се мисли на физичка, не и правна лица), док се термин заоставштина, као скуп свих права, обавеза, правних стања и правних моћи које су подобне и слободне за наслеђивање, увек узима за лице које је преминуло. Овај став је определио да се у раду употребљава термин

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

процесне ситуације. Ове ситуације регулисане су чл. 128 и чл. 130 ст. 2 ЗВП-а. Поступак суда биће другачији, у зависности од тога да ли је заоставштина расправљана или је поступак обустављен, да ли се накнадно пронађена заоставштина састоји из непокретности или само из покретних ствари, као и од чињенице да ли се неко од наследника у раније спроведеном поступку одрекао наслеђа.

Уколико се након правноснажности решења о наслеђивању или решења о испоруци пронађе део заоставштине за који се у тренутку доношења решења није знало да припада заоставштини, суд неће поново спроводити оставински поступак, већ ће донети решење којим ће накнадно пронађени део заоставштине расподелити на основу правноснажног решења о наслеђивању. Суд ће тако поступити само ако међу наследницима није спорно да ова добра улазе у заоставштину. Ново, тзв. допунско решење, не може се ни у чему разликовати од раније донетог решења. Накнадно пронађени део заоставштине распоредиће се у потпуности сагласно садржини мериторног решења о наслеђивању, не мењајући раније утврђена права и односе међу наследницима. Допунско решење мора бити идентично ранијем решењу и садржати исте наводе у погледу лица оглашених за наследнике, величине наследних делова, услова, рокова, налога... Законодавац се у овом случају држао принципа неопозивости једном дате наследничке изјаве о прихватању наслеђа, и није допустио наследницима да се одрекну новопронађеног дела заоставштине.

Међутим, ако су се у току оставинског поступка наследници споразумели о деоби и начину деобе заоставштине, суд ће, ипак, извршити распоред накнадно пронађеног дела заоставштине без обзира на овај споразум уколико међу санаследницима не постоји споразум о начину деобе новопронађеног дела заоставштине¹⁶.

Поставља се питање како ће суд поступити у случају када је лице, које је правноснажним решењем о наслеђивању оглашено за наследника, преминуло пре доношења допунског решења. Другим речима: да ли ће суд и у овом случају огласити за наследника преминуло лице, иако се ради о делу заоставштине који је том лицу за живота био непознат? О. Антић чврсто стоји на становишту да идентитет двају решења мора бити потпун

„заоставштина“. Правнотехнички појам „покретна имовина“ потпуно је погрешан јер покретне могу бити само ствари, никако имовина.

16 Видети: одлука Врховног суда Србије Рев. 444/85; Наведено према: В. Тодоровић, Р. Кулић, Наследно право и ванпарнични поступак у пракси, Закон о наслеђивању са објашњењима, Закон о ванпарничном поступку са објашњењима, Београд, 1997, стр. 498.

и да се у допунском решењу морају навести и наследници који више нису живи¹⁷. Сасвим супротно мишљење, поступајући као инстанциони суд, изнео је Окружни суд у Нишу¹⁸, образлажући своју одлуку тиме да покојно лице не може да буде наследник. Творац ЗВП-а очигледно није нашао потребним да се ова животна ситуација регулише процесним одредбама и на тај начин спрече непотребне грешке у раду судова и одуговлачење поступка. Вероватно је законодавац сматрао јасним материјалне наследноправне норме, које недвосмислено указују да лице које је надживело оставиоца (наравно, уз испуњење додатних услова који се траже за сваког наследника), стиче право на наслеђе¹⁹. Запањује погрешна одлука Окружног суда у Нишу који несумњиво није схватио суштину установе наслеђивања и тренутак преласка заоставштине са оставиоца на наследнике. То што је део заоставштине накнадно пронађен никако не значи да није постојао у часу отварања наслеђа. Напротив, он је постојао, само је суду, вероватно и наследницима био непознат. Лица која су оглашена за наследнике по решењу о наслеђивању морају то бити и у допунском решењу, јер и ово решење има декларативан карактер, те су наследници право наслеђа на накнадно пронађеном делу заоставштине такође стекли у моменту делације. Истоветност двају решења, дакле, не може се доводити у питање.

Може се догодити ситуација да се по правноснажности решења о наслеђивању међу санаследницима јави спор да ли новопронађена имовина представља део заоставштине оставиоца или не. Оставински суд, као ванпарнични, не би био надлежан да решава спорна чињенична питања међу санаследницима. Једино решење коме би могао да прибегне јесте да упути странке да спорна питања реше у парници. Сматрамо да би суд требао да на парницу упути ону странку која тврди да је новопронађена имовина у тренутку смрти припадала оставиоцу, јер је њено право мање вероватно, обзиром на то да у правноснажном решењу о наслеђивању спорни део заоставштине није расподељен²⁰. Све до

17 Видети: О. Антић, *op. cit.* стр. 377.

18 У предмету О. бр. 164/91 Општински суд у Нишу донео је допунско решење којим је накнадно пронађени део заоставштине расподелио супрузи оставиоца, која је правноснажним решењем оглашена за јединог наследника, а која је у међувремену умрла. Поступајући по жалби против наведеног решења, Окружни суд у Нишу је решењем Гж. 910/05 укинуо одлуку првостепеног суда због битне повреде ЗПП-а, из разлога што је у њему као наследник оглашено умрло лице. Извор: Архива Окружног суда у Нишу.

19 Видети: чл. 3 ст. 1 Закона о наслеђивању („Сл. гласник РС“, бр. 46/95 и 101/2003). У даљем тексту ЗОН.

20 На исти начин поступио је и Општински суд у Нишу у предметима О. бр. 2326/03 и О. бр. 1103/06. Извор: Архива Општинског суда у Нишу.

окончања парничног поступка оставински суд не би могао да донесе допунско решење, јер је доношење овог решења и његова садржина везана за пресуду парничног суда у спорној ствари. У пракси Општинског суда у Нишу оставља се рок од 30 дана да се парница покрене, а ако се то не учини суд ће поступак наставити, односно „расправиће накнадно пронађену имовину“²¹. Очигледно је да суд у овим случајевима примењује аналогију са ситуацијом када у току оставинског поступка дође до спора међу учесницима, па их суд упућује да спор реше у парници и истовремено застаје са поступком док не буде обавештен да је парница покренута. Чини нам се, ипак, да овде такве аналогије не може бити. Када се ради о спорној накнадно пронађеној имовини, оставински поступак је правноснажно већ окончан. Нема, дакле, места застајању, нити каснијем прекиду поступка уколико се парница покрене. Једноставно, када странка која је упућена на парницу њу не покрене, оставински суд не би био овлашћен да доноси било какво решење којим би одлучивао о спорној имовини. Он ће моћи даље да поступа само уколико је пресудом парничног суда одлучено да спорна имовина представља део заоставштине оставиоца и у том случају могао би само да донесе допунско решење. У супротном, једино што би оставински суд могао да уради јесте да одбије предлог за доношење допунског решења.

Закон о ванпарничном поступку (чл. 128 ст. 2 и 3) посебно и на другачији начин регулише ситуације када након смрти оставиоца заоставштина није расправљана, а након правноснажности решења којим је поступак за расправљање заоставштине обустављен буде пронађен део заоставштине. Законодавац је у овим ситуацијама предвидео дужност, односно могућност да се спроведе поступак за расправљање заоставштине у зависности од тога да ли се новопронађени део заоставштине састоји из непокретности или само из покретних ствари²².

Оставински суд ће *ex officio* спровести оставински поступак само ако се новопронађени део заоставштине састоји из непокретности. Наравно, оставилац мора бити укњижен као власник непокретности у земљишне књиге²³. Уколико се ради о покретним добрима, суд неће

21 Видети: решења Општинског суда у Нишу О. бр. 2326/03 и О. бр. 1103/06. Извор: Архива Општинског суда у Нишу.

22 Као накнадно пронађени део заоставштине сматра се све оно што је оставиоцу припадало у тренутку смрти а што није обухваћено решењем о наслеђивању, независно од тога да ли је до тога дошло услед пропуста суда или зато што је за овај део заоставштине суд сазнао тек након правноснажности решења.

23 Видети: Окружни суд, Београд, Гж. 8762/86, односно Врховни суд Србије Рев. 950/86; Наведено према: С. Вуковић, Коментар Закона о ванпарничном поступку, Београд, 2003, стр. 101.

покретати поступак по службеној дужности, већ ће поступати само ако захтев истакне неко од заинтересованих лица. Оваква законска формулација наводи на закључак да ће суд бити дужан да расправи накнадно пронађени део заоставштине који се састоји само из покретних ствари ако то захтева макар једно заинтересовано лице. На тај начин законом су постављени широки оквири подношењу ових захтева. Очигледно је намера законодавца била да тиме пружи заштиту лицима која имају било какав интерес да се расправи заоставштина конкретнoг оставиоца. Утисак је, међутим, да се приликом одређивања круга овлашћених субјеката отишло предалеко, јер ова лица не морају да имају наследноправне претензије према покретним стварима које су део заоставштине (нпр. повериоци оставиоца)²⁴. Због тога, оваква законска одредба делује непримерено, нарочито ако се узме у обзир одредба чл. 113 ст. 2 ЗВП-а којом је предвиђена обавеза суда да обустави оставински поступак ако заоставштину чине покретна добра, а ни једно од лица позваних на наслеђе не тражи спровођење оставинске расправе. Круг овлашћених подносиоца захтева овде је далеко ужи и ограничава се на лица која имају наследноправни интерес према конкретној заоставштини. Нејасно је због чега је законодавац у две сличне ситуације поступио различито и због чега, ако је циљ била заштита интереса лица која су ступала у имовинскоправне односе са оставиоцем, није допустио свим заинтересованим лицима покретање оставинског поступка пре доношења решења о обустави поступка. Очигледно је то плод недовољно систематичног рада приликом редиговања законског текста. Чини нам се да разлози правне сигурности опредељују да се законодавац требао држати првог решења и да овом питању треба дати ужи домет, односно предвидети ужи круг лица овлашћених на истицање захтева.

Подложно критици је и крутост решења нашег законодавца да оставински суд никада не поступа *ex officio* када накнадно пронађени део заоставштине чине само покретне ствари. Наиме, покретне ствари могу бити веома велике вредности, неретко веће и од вредности непокретности, тако да би ову ситуацију требало регулисати знатно еластичније. У овом погледу, боље решење садржи Закон о ванпарничном поступку Црне Горе²⁵ који поступање суда по захтеву заинтересованих лица предвиђа само у случају када су новопронађене покретне ствари мале вредности²⁶.

24 Видети више о томе: Н. Стојановић, Поступак за расправљање заоставштине у Закону о ванпарничном поступку Републике Србије, Зборник радова: Двадесет година Закона о ванпарничном поступку Републике Србије, Ниш, 2003, стр. 230-231.

25 „Сл. лист РЦГ“, бр. 27/2006. У даљем тексту ЗВПРЦГ.

26 Видети: чл. 140 ст. 4 ЗВПРЦГ.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Употребом овог правног стандарда законодавац је омогућио суду да у свакој конкретној ситуацији самостално процени да ли ће поступати по службеној дужности или не.

Посебна процесна ситуација наступа када су се у току правноснажно окончаног оставинског поступка један или више наследника одрекли наслеђа, а накнадно се пронађе део заоставштине. Поставља се питање да ли се дејство једном дате наследничке изјаве (како о прихватању, тако и о одрицању од наслеђа) протеже и на новопронађени део заоставштине. Наш законодавац овде предвиђа различита решења.

У случају када се неко од наследника раније одрекао наслеђа, суд ће га позвати ради давања наследничке изјаве у погледу накнадно пронађеног дела заоставштине. Уколико се на овом делу заоставштине прихвати наслеђа, суд ће упутити наследника да своје право оствари у парничном поступку²⁷. Позитивна наследничка изјава не дерогира првобитно дату изјаву којом се наследник одрекао наслеђа, тако да она производи дејство само у погледу касније пронађеног дела заоставштине. Истовремено, претходно дата изјава о одрицању од наслеђа тиче се само заоставштине обухваћене правноснажним решењем о наслеђивању. Разлози којима се у теорији оправдава оваква регулатива јесте што се наследник налазио у извињавајућој заблуди у погледу састава заоставштине у моменту давања раније наследничке изјаве²⁸.

Оваква одредба ЗВП-а, међутим, у директној је супротности како са основним начелима нашег наследноправног уређења, тако и са материјалноправним нормама којима су одређене карактеристике и дејства наследничке изјаве. Једном дата негативна наследничка изјава неопозива је, а одрицање од наслеђа не може бити делимично²⁹. Уз то, сматра се да наследник који се одрекао од наслеђа никада није ни био наследник³⁰. Поред тога, и изјава о пријему наслеђа неопозива је, а наследник се не може ни делимично примити наслеђа³¹. Оваква решења која садржи ЗОН јасна су и недвосмислена, а не могу ни бити другачија јер би била у директној колизији са начелима универзалне сукцесије и стицања заоставштине *ipso iure* који су темељ наследног права у нас. Наиме, лице постаје наследник у тренутку *delatio hereditatis* по сили закона, без обзира где се налази, да ли му је уопште позната чињеница смрти оставиоца,

27 Видети: чл. 130 ст. 2 ЗОН-а.

28 С. Сворцан, *op. cit.* стр. 267.

29 Видети: чл. 214 ст. 2 и 3 ЗОН-а.

30 Видети: чл. 213 ст. 3 ЗОН-а.

31 Видети: чл. 220 ст. 2 и 3 ЗОН-а.

састав заоставштине и др. Као универзалном сукцесору на њега прелазе сва наслеђивању подобна и за наслеђивање слободна права, обавезе, правна стања и правне моћи које су постојале у моменту смрти оставиоца (у целости или у одређеном делу). Али, како се ниједно лице не може принудити да буде наследник уколико то не жели, законом је допуштена могућност одрицања од наслеђа. Као што је наглашено, опредељење наследника је дефинитивно и недељиво, тако да он може добити само све или ништа. Могућност прихватања наслеђа на делу заоставштине за који је заинтересован, а одрицања на преосталом делу није правно могуће. Сходно томе, како је накнадно пронађени део заоставштине у време отварања наслеђа чинио нераскидиву целину са осталим деловима заоставштине, неприхватљиво је дозволити наследнику да се наслеђа прими само на овом делу заоставштине³².

Из саме законске формулације нејасно је да ли је, када говори о одрицању од наслеђа у оставинском поступку, законодавац имао у виду само негативну наследничку изјаву или је њој уподобио изјаву о одрицању од наслеђа у корист санаследника. Ово су два сасвим различита наследноправна института, јер је изјава о одрицању од наслеђа у корист другог наследника по својој природи изјава о пријему наслеђа и уступању наследног дела неком од санаследника, а на односе између уступоца и пријемника примењују се правила о поклону³³. Очигледно је да би се тумачењем ових одредби могло доћи до различитих решења, што опет може изазвати и различито поступање судова у истоветним ситуацијама. За разлику од нашег законодавца, Закон о наслеђивању Републике Хрватске³⁴ у процесном смислу изједначио је изјаву о одрицању од наслеђа са изјавом о одрицању у корист санаследника³⁵, тако да у оба случаја постоји обавеза на страни суда да у погледу новопронађеног дела заоставштине од наследника узме нову наследничку изјаву.

Пођемо ли од духа одредбе коју садржи ЗВП, а која има за циљ да се наследнику, који својом вољом није добио ништа из заоставштине, ипак омогући да наследи накнадно пронађени део заоставштине, мишљења смо да се решење хрватског законодавца може прихватити. У том смислу, док је на снази критикована одредба ЗВП-а, судови би у обе ситуације требали да од наследника захтевају да се изјасне у погледу овог дела заоставштине.

32 Више о томе: Н. Стојановић, *op. cit.* стр. 229.

33 Видети: чл. 216 ЗОН-а.

34 „Народне новине“ бр. 48/03 и 163/03. У даљем тексту ЗОНРХ.

35 Видети: чл. 132 ст. 1 ЗОНРХ.

Овде треба указати на могућност разних злоупотреба од стране наследника. Наиме, наследници могу свесно пред судом прећутати постојање одређених ствари и права из заоставштине, а суду презентовати само онај део за који нису заинтересовани (нпр. јер је оптерећен разним теретима). Понашање наследника може ићи толико далеко да се у случају презадужене заоставштине одрекну од наслеђа у корист неког од санаследника који жели да се прими наслеђа, или да се одрекну у корист Републике Србије, као последњег и принудног наследника који се не може одрећи наслеђа³⁶. Након правноснажности решења о наслеђивању суду би презентовали „накнадно пронађени део заоставштине“ у погледу кога би, без икаквих законских сметњи, могли да дају изјаву о пријему наслеђа. Оваквом злоупотребом права, наследници би себи на противправан начин прибавили имовинску корист. Стога, неопходно је да судови воде рачуна о реалној могућности наступања оваквих ситуација.

Правно-техничко решење нашег законодавца, који је случај ранијег одрицања од наслеђа регулисао у оквиру чл. 130 ЗВП-а, који у ст. 1 предвиђа поступак суда у случају када се накнадно појави наследник који није учествовао у оставинском поступку, свакако није најсрећније. Разлог томе је што се наследник који је био учесник оставинског поступка и који се одрекао наслеђа никако не може изједначити са наследником који уопште није учествовао у поступку за расправљање заоставштине. По природи ствари, ову одредбу би требало унети у чл. 128 који регулише поступак суда када се накнадно пронађе непознати део заоставштине. Потврду оваквом становишту налазимо у сличним решењима које садрже ЗВПРЦГ³⁷ и ЗОНРХ³⁸. Приликом нове редакције ЗВП-а ову напомену свакако би требало имати у виду³⁹.

Када наследник који се раније одрекао наслеђа накнадно да позитивну наследничку изјаву, оставински суд неће поново спровести поступак да би расправио новопронађени део заоставштине, већ ће упутити наследника да своја права оствари у парничном поступку. Тужбом се тражи утврђење права тужиоца на накнадно нађеном делу

36 Видети о томе Решење Општинског суда у Сврљигу О.бр. 96/03 и Решење Округног суда у Нишу Гж. 1958/03. Извор: Архива Округног суда у Нишу.

37 Видети: чл. 140 ст. 2 ЗВПРЦГ.

38 Видети: чл. 134 ст. 1 ЗОНРХ.

39 Овакво решење законодавца имало је негативне реперкусије на поступање судова јер је било ситуације када су судови примењивали само одредбе чл. 128 и доносили допунско решење, превидевши обавезу да узму нове наследничке изјаве од наследника који су се првобитно одрекли наслеђа. Видети нпр. о томе: Решење Округног суда у Београду, Гж. 194/95. Наведено према: В. Тодоровић, Р. Кулић, *op. cit.*, стр. 502.

заоставштине, а тужбени захтев усмерава се против лица која су правноснажним решењем о наслеђивању оглашена за наследнике. Овакво решење круна је потпуно погрешног става које је законодавац заузео регулишући ово питање. Пре свега, већ су наведени разлози због којих је узимање нове наследничке изјаве парадоксално јер је противно одредбама ЗОН-а. Затим, уколико се и прихвати такво решење, разлози ефикасности, економичности пружања судске заштите указују да је покретање парничног поступка нецелисходно. Парнични поступак, иако најпотпуније регулисан грађански судски поступак који гарантује највиши степен правне заштите странкама, спор је и скуп. Услед тога постоји реална опасност да наследник изгуби економски интерес да своја права оствари у парници, јер решавање спора може дуго потрајати. И на крају, у оваквим ситуацијама најчешће нема ничег спорног, а пошто је постојање спора есенција вођења парничног поступка, овакво решење губи свој *ratio*. Наиме, овде нити је спорно да је лице постало наследник оставиоца у часу његове смрти, није спорно ни да је он то својство изгубио давањем негативне наследничке изјаве, а најчешће му се од стране оглашених наследника не оспорава ни право наслеђа на накнадно пронађеном делу заоставштине (када већ ЗВП дозвољава такву могућност). Уколико би се око неког од ових питања јавио спор, једини надлежан за решење спора био би парнични суд. У свим осталим случајевима очигледно је да је вођење парничног поступка потпуно непотребно.

Два су могућа решења којима законодавац може да прибегне. Прво, оставински суд у случају накнадно пронађеног дела заоставштине може бити овлашћен да наследника који се одрекао наслеђа само обавести о томе, а на њему је да у парничном поступку, тражећи поништај изјаве о одрицању од наслеђа (због заблуде о саставу заоставштине или услед преваре) оствари своје наследноправне интересе⁴⁰. Или, уколико се остане при ставу да наследник накнадно може дати позитивну наследничку изјаву, потребно је олакшати правни пут остваривања наследних права и омогућити поновно расправљање накнадно пронађеног дела заоставштине у оставинском поступку⁴¹. Допуштањем понављања оставинског поступка

40 Н. Стојановић, *op. cit.*, стр. 229.

41 Овакво решење предвиђа Закон о ванпарничном поступку Црне Горе (чл. 140 ст. 2). Иако ЗОНРХ не прецизира ову ситуацију, водећи теоретичари наследног права у Хрватској стоје на становишту да би у овом случају оставински суд требао донети ново решење о наслеђивању којим би права на накнадно пронађени део заоставштине утврдио уважавајући нове диспозиције наследника. Видети о томе: Ј. Црнић и др., *Ново наследноправно уређење*, Загреб, 2003, стр. 233.

права наследника била би остварена на знатно бржи и једноставнији начин, што је у духу права на суђење у разумном року.

б) Накнадно пронађено завештање

Закон о ванпарничном поступку посебну пажњу посвећује ситуацији када по правноснажности решења о наслеђивању или решења о испоруци буде пронађено завештање, без обзира да ли је решење засновано на одредбама о законском или завештајном наслеђивању. Када се појави ново завештање суд ће то завештање прогласити сходно чл. 106, 107 и 108 ЗВП-а и, уколико то није оставински суд, доставити га надлежном суду за расправљање заоставштине, а препис задржати. Оставински суд неће заоставштину поново расправљати већ ће обавестити сва заинтересована лица о чињеници проглашења завештања и упозорити их да своја права могу остварити у парничном поступку⁴².

Завештање у нашем праву, начелно, представља најјачи правни основ за наслеђивање. Зато је и чињеници накнадног појављивања завештања дат посебан значај. Услед тога, законодавац је омогућио свим заинтересованим лицима⁴³ да, без обзира на постојање правноснажног решења, своја права из завештања остваре, одредивши се још једном за дужи и сложенији пут - парницу. Сматрамо да у случају када међу свим заинтересованим лицима нема спора у погледу пуноважности завештања не постоји сметња да оставински суд, након скидања клаузуле правноснажности са првог решење, донесе ново решење о наслеђивању којим ће заоставштину расподелити саобразно последњој вољи завештаоца. На тај начин ново решење би заиста одсликало ситуацију каква је била у часу отварања наслеђа⁴⁴. Уколико би међу заинтересованим лицима дошло до спора, што је свакако у пракси најчешћи случај, парница би била једино решење. У улози тужиоца могу се наћи различита лица, а по природи ствари то би били они који су завештањем добили веће наследне делове или друга права која не би имали по решењу о наслеђивању или лица којима по правноснажном решењу не припадају никаква права.

42 Видети: чл. 129 ЗВП-а.

43 Под појмом „заинтересована лица“ треба разумети како учеснике у ранијем оставинском поступку, тако и лица која су завештањем оглашена за наследнике, испорукопримце, кориснике налога...

44 Тиме би се избегло неподударање стварне и правне истине (правно је истинито само оно што је правноснажно утврђено), што је у крајњој линији и циљ судске заштите.

Треба нагласити да завештајни наследник може захтевати наслеђе иако је у оставинском поступку, знајући за постојање завештања или његову садржину, изјавио да пристаје да се наслеђе расправи по закону, ако је та изјава дата зато што завештање није могао пронаћи⁴⁵. Међутим, ако је наследник у време расправљања заоставштине знао да завештање постоји, а у намери спречавања остварења последње воље завештаоца сакрио завештање, сходно чл. 4 ст. 1 тач. 3 ЗОН-а биће недостојан за наслеђивање. Због тога он неће моћи да у парничном поступку оствари свој наследноправни захтев.

в) Накнадно појављивање наследника

Правноснажно оставинско решење има своје субјективне и објективне границе. У субјективном смислу решење о наслеђивању производи дејство само према лицима која су учествовала у поступку за расправљање заоставштине. Једино су ова лица везана решењем. Сва остала лица која имају наследноправне претензије према заоставштини могу своја права остварити у парници⁴⁶.

Када се по правноснажности решења о наслеђивању или решења о испоруци појави лице које није учествовало у оставинском поступку а које полаже право на заоставштину као наследник, оставински суд ће то лице упутити да своја права оствари у парничном поступку⁴⁷.

Овде се ради о лицу које није решењем оглашено за наследника из различитих разлога. Може се догодити да то лице није било познато осталим наследницима⁴⁸, или да је било познато али да је његово постојање суду остало непознато, а може се радити и о лицу које је проглашено за умрло па се накнадно појави живо. Као накнадно појављени наследник не сматра се лице које се одрекло наслеђа, јер је било учесник оставинског поступка.

Образложења дата у погледу могућности и испуњености услова за обнављање оставинског поступка сматрамо да стоје и овде.

45 Решење Првог општинског суда у Београду, О. бр. 990/94 и решење Округног суда у Београду Гж. бр. 3105/95.

46 Видети: решење Врховног суда Србије, Гзз. бр. 3/84. Наведено према: С. Вуковић, *op. cit.*, стр. 102.

47 Видети: чл. 130. ст 1 ЗВП-а.

48 Овде се најчешће ради о ванбрачном детету. Такву ситуацију нпр. имамо у предметима Општинског суда у Нишу О. бр. 2088/04 и О. бр. 1480/06. У предмету О. бр. 2088/04 Општински суд у Нишу упутио је кћер оставиоца да у парничном поступку докаже да је уговор о доживотном издржавању без правне важности, обзиром да је овим уговором обухваћена целокупна заоставштина оставиоца.

г) Постојање услова за понављање поступка по правилима парничне процедуре

Разлози за понављање парничног поступка такстативно су предвиђени чл. 422 ЗПП-а⁴⁹. Већина ових ситуација може наступити и у поступку за расправљање заоставштине. Када се у овом поступку догоди случај који представља разлог за понављање поступка по одредбама ЗПП-а, оставински поступак се, ипак, неће поновити, већ странке своја права могу остварити само у парници⁵⁰.

Према важећим одредбама ЗВП-а, дакле, у свим случајевима када је могуће истаћи наследноправне захтеве након правноснажности оставинског решења, предвиђено је да се они могу остварити само у парничном поступку. Понављање поступка, као ванредно правно средство, није предвиђено ЗВП-ом⁵¹. Стога се и намеће питање какво дејство пресуда парничног суда може имати према правноснажном решењу о наслеђивању и да ли је потребно након правноснажности пресуде на темељу ње спровести нови оставински поступак. У теорији се износе два опречна мишљења. Према првом, парнични поступак представља инструмент допуне оставинског поступка и има улогу корективног

49 То су следећи разлози: 1) ако којој странци незаконитим поступањем, а нарочито пропуштањем достављања није била дата могућност да расправља пред судом; 2) ако је у поступку као тужилац или туженик учествовало лице које не може бити странка у поступку, или ако странку која је правно лице није заступало овлашћено лице, или ако парнично неспособну странку није заступао законски заступник, или ако законски заступник, односно пуномоћник странке није имао потребно овлашћење за вођење парнице или за поједине радње у поступку уколико вођење парнице, односно вршење појединих радњи у поступку није било накнадно одобрено; 3) ако се одлука суда заснива на лажном исказу сведока или вештака; 4) ако се одлука суда заснива на исправи која је фалсификована или у којој је оверен неистинит садржај; 5) ако је до одлуке суда дошло услед кривичног дела судије, односно судије-поротника, законског заступника или пуномоћника странке, противне странке или ког трећег лица; 6) ако странка стекне могућност да употреби правноснажну одлуку суда која је раније међу истим странкама донета о истом захтеву; 7) ако се одлука суда заснива на другој одлуци суда или на одлуци неког другог органа, а та одлука буде правноснажно преиначена, укинута, односно поништена; 8) ако је накнадно пред надлежним органом правноснажно решено претходно питање на коме је одлука заснована; 9) ако странка сазна за нове чињенице или нађе или стекне могућност да употреби нове доказе на основу којих је за странку могла бити донета повољнија одлука да су те чињенице или докази били употребљени у ранијем поступку и 10) ако је, по правноснажно окончаном поступку пред домаћим судом, Европски суд за људска права донео одлуку о истом или сличном правном основу против Србије и Црне Горе.

50 Видети: чл. 131 ЗВП-а.

51 Видети: чл. 29 ст. 2 ЗВП-а.

поступка. Пресудом коју доноси парнични суд делимично или у потпуности мења се раније донето решење о наслеђивању и она има декларативно и ретроактивно дејство (јер се заснива на чињеницама које су постојале у моменту смрти оставиоца)⁵². Према другом мишљењу, у овим парницама не може се поново расправљати заоставштина, већ се само одлучује о конкретном захтеву странака међу којима постоји спор⁵³.

Закон о ванпарничном поступку ствара привид да је прећутно могућа корективна улога пресуда парничног суда, јер ниједном одредбом не предвиђа даље поступање оставинског суда након правноснажности пресуде. Врховни суд је, са друге стране, примењујући процесна правила заузео становиште да законом није прописана могућност да парнични суд својом пресудом стави ван снаге правноснажно решење о наслеђивању јер се ради о две судске одлуке које су донете у различитим поступцима⁵⁴, а које налазимо исправним. Чини се да ће у оваквим ситуацијама бити неминовно да оставински суд у обновљеном поступку изврши распоред заоставштине на темељу пресуде парничног суда јер парнични суд нема процесне инструменте да спроведе практично нови оставински поступак и изврши распоред заоставштине. Предмет расправљања и предмет одлучивања парничног суда у потпуности је одређен садржином тужбеног захтева.

На крају ваља истаћи да сваки учесник оставинског поступка може и након правноснажности решења оставинског суда тужбом тражити ствар која је била предмет заоставштине, уколико се тужбени захтев заснива на праву својине или неком другом правном основу независно од права на наслеђе⁵⁵.

Застарелост наследноправних захтева

У циљу успостављања правне сигурности и извесности у правном промету законом су прописани различити рокови у којима титулари права могу тражити правну заштиту и утврђење својих права пред надлежним органима.

52 С. Сворцан, *op. cit.*, стр. 269; Д. Живојиновић, Реституција имовине и оставински поступак, Правни живот бр. 3-4/2002, стр.165.

53 Ђ. Павић, Расправљање оставине кад има некретнина које су биле ванкњижно власништво оставитеља, Гласник бр. 5/57, стр. 24.

54 Видети: одлуку Врховног суда Србије, Рев. 4229/98. Наведено према: Т. Крсмановић, Актуелна судска пракса из наследног права, Београд, 2002, стр. 272.

55 Правно схватање Врховног суда Србије од 18. октобра 1979., одлука Врховног суда Србије, Рев. 244/81; Решење Окружног суда у Приштини, Гж. бр. 871/93.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Закон о наслеђивању Србије из 1974. године прописивао је рокове застарелости наследноправних захтева. Сходно чл. 139 овог закона наследник је имао право да свој захтев истакне у субјективном року од две године од дана сазнања за неку од чињеница која је основ захтева (нпр. за накнадно пронађено завештање) и објективном року од 10 година за савесне држаоце, односно 20 година за несавесне држаоце ствари из заоставштине. Објективни рокови за законске наследнике почињали су да теку од тренутка отварања наслеђа, а за завештајне наследнике од момента проглашења завештања. Међутим, како је право универзалног сукцесора апсолутне природе, оно не би требало да застарева. Због тога је нови ЗОН одступио од овакве регулативе, те он не предвиђа никакве рокове за застарелост наследноправних захтева. Начелно, ови захтеви могли би се истаћи било када. Ипак, како од тренутка правноснажности решења о наслеђивању до тренутка подизања наследничке тужбе може протећи дуг временски период, ЗОН је, без обзира што право наследника да захтева заоставштину не застарева, предвидео да се тиме не дира у правила о одржају, стицању од невласника и у правила о застарелости потраживања⁵⁶, из разлога правне сигурности.

Закључак

Идеја законодавца да, регулисањем специфичних ситуација које су карактеристичне само за оставински поступак омогући заинтересованим лицима да остваре своје наследноправне захтеве након правноснажности решења о наслеђивању, свакако је за похвалу. Међутим, реализација те идеје, изражена кроз не баш најбоља решења садржана у Закону о ванпарничном поступку, мора да истрпи критику. Критика се може упутити са аспекта судске праксе, такође и са чисто теоријског становишта. Дугогодишња пракса судова у примени наведених одредби несумњиво указује на недоследност у одређеним законским решењима, понекад и њихову контрадикторност и нелогичност, што је за последицу имало различито поступање судова у конкретним ситуацијама. Емпиријско истраживање спроведено у Општинском суду у Нишу, које је обухватило оставинске предмете у периоду 2003-2007. година, као и анализа доступне судске праксе у овој области недвосмислено указују на то. Теоријски посматрано, поједине одредбе ЗВП-а директно су супротне основним начелима на којима је утемељено наследно право, као и супстанцијалним нормама садржаним у Закону о наслеђивању. Извесна решења супротна су начелу ефикасности и економичности судске заштите,

⁵⁶ Видети: чл. 221 ЗОН-а.

нецелисходна су, а могу бити и изразито неправична за неку од странака јер јој онемогућавају право на суђење у разумном року, не штите савесну странку и пружају могућност за разне злоупотребе.

Осим критике решења којима је прибегао законодавац у раду су изнети предлози за измену законског текста у овој материји. Кроз упоредноправни приказ настојало се указати и на поједина добра решења других законодавстава која би евентуално требало прихватити. Изведен је закључак да допунско решење, којим се расподељује накнадно пронађени део заоставштине, мора бити у потпуности идентичан правноснажном решењу о наслеђивању, без обзира да ли је лице које је оглашено за наследника у међувремену преминуло или не. Истакнуто је да би суд *ex officio* требао да поступа не само у случајевима када накнадно пронађени део заоставштине чине само непокретности, већ и када се ради о покретним стварима веће вредности. По захтеву овлашћених лица оставински суд би требао поступати само када се ради о покретним стварима мање вредности, с тим што би круг овлашћених подносилаца захтева требало редуковати на лица која имају наследноправне интересе.

Оштро је изложено критици решење законодавца по коме се лице, које се одрекло наслеђа у оставинском поступку, позива ради давања нове наследничке изјаве на накнадно пронађеном делу заоставштине. Овакве одредбе у директној су противречности са одредбама ЗОН-а о неопозивости и недељивости једном дате наследничке изјаве, и као такве су неприхватљиве. Изнета су и два могућа решења којима законодавац може да прибегне. Прво, омогућавање наследнику који се одрекао од наслеђа да у парничном поступку, тражећи поништај изјаве о одрицању од наслеђа (због заблуде о саставу заоставштине или других мана воље) оствари своје наследноправне интересе. Друго, уколико се остане при ставу да наследник накнадно може дати позитивну наследничку изјаву, потребно је омогућити расправљање накнадно пронађеног дела заоставштине у оставинском поступку, наместо покретања парнице.

Посебан акценат стављен је на потребу допуштања понављања оставинског поступка, као ванредног правног средства, што је покушано да се поткрепи адекватном аргументацијом. Изнет је став да би се понављањем поступка за расправљање заоставштине, уз испуњење одређених услова, значајно убрзало пружање правне заштите процесним субјектима чиме би се избегло вођење гломазног и скупог парничног поступка. Разматрана је и могућност корективног дејства пресуде парничног суда на решење о наслеђивању и констатовано је да таквог непосредног дејства не може бити јер се ради о два различита, паралелна

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

система правне заштите (парнични и ванпарнични поступак), тако да је потребно да се новим решењем о наслеђивању изнова распореди заоставштина на темељу донете пресуде. Управо из ових разлога неопходно је приликом измене постојећег или доношења новог закона разрешити дилеме које несумњиво постоје о назначеним питањима.

Novak Kostić, LLB
Junior Assistant
Faculty of Law, University of Niš

**EXTRAORDINARY LEGAL REMEDIES SUI GENERIS
APPLICABLE AGAINST THE ENFORCEABLE DECISION IN
SUCCESSION**

Summary

The mechanism of controlling the legality of enforceable judicial decisions reached in certain non-litigious matters comprises a corpus of extraordinary legal remedies envisaged in the Non-litigious Procedure Act. In the probate procedure, being a non-litigious procedure par excellence, the legislator has explicitly excluded the application of some extraordinary legal remedies; however, in addition to a series of standard extraordinary legal remedies encountered in other non-litigious proceedings, the legislator has asserted certain legal remedies which are a distinctive characteristic of probate procedure only. Namely, those are the succession claims submitted after the judicial decision on succession has become enforceable; these claims are appropriated by the circumstances that occurred following the enforceability of the probate court decision, whereby the probate procedure is resolved on the merits of the case. In this paper, the author focuses on the so-called extraordinary legal remedies sui generis, which are a specific subsystem in the legal framework of extraordinary legal remedies applicable against the enforceable probate court decision, and discusses the mode and possibility of their application, the scope and significance of their effect.

Key words: extraordinary legal remedies sui generis, judicial decision on succession, Non-litigious Procedure Act

Сања Марјановић,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

УДК: 341.9:347.65/68

О УСКЛАЂЕНОСТИ ДОМАЋЕГ МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА СА ТЕНДЕНЦИЈАМА КОМУНИТАРНОГ ПРАВА У МАТЕРИЈИ МЕРОДАВНОГ ПРАВА ЗА НАСЛЕДНЕ ОДНОСЕ

Апстракт

Велике миграције људи и значај међународног промета роба и новца чини одређивање меродавног права за наследне односе једном од комплекснијих области Међународног приватног права. Сложеност ове материје испољава се и кроз чињеницу да државе на различит начин регулишу сукоб закона и сукоб надлежности, полазећи од принципа јединствене или подељене заоставштине. Настојања да се наведени проблеми превазиђу остварују се у оквиру најзначајније европске регионалне организације - Европске уније.

У циљу остварења темељних принципа Европске уније (слободно тржиште, слобода кретања лица, проток капитала и роба) потребно је усвојити унифициране колизионе норме у области законског и тестаменталног наслеђивања, будући да је нереално очекивати потпуну хармонизацију материјалног права свих земаља-чланица. Први покушаји јединственог решења сукоба закона и јурисдикција везују се за рад Европске комисије. Она је 1. марта 2005. године израдила Green Paper «Succession and Wills» који садржи 39 питања везаних за сукоб закона и сукоб јурисдикција у материји наслеђивања. Основна идеја наведеног документа је да се путем консултација са различитим заинтересованим организацијама усагласе ставови држава-чланица и усвоје јединствене колизионе норме за наслеђивање, без обзира да ли се ради о интракомунитарном елементу или се међународно обележје везује за државе-нечланице. Такође, ова тенденција важи и за сва она питања која се јављају у вези са наследним односима, а која не регулише *lex successionis*.

Питања која Комисија поставља путем Green Paper могу бити корисна и за наше законодавство, тим пре што су она уједно и резултат тежње за модернизацијом класичних тачака везивања и колизионих норми за решење сукоба закона и сукоба јурисдикција у материји наслеђивања. Наиме, Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља ступио је на снагу за време бивше СФРЈ, 1983. године, а у међувремену су

се јавиле нове тенденције у развоју Међународног приватног права које су већ добиле нормативни облик у савременим кодификацијама. У том погледу треба посебно издвојити Закон о међународном приватном праву Белгије од 16. јула 2004. године.

Кључне речи: *lex successioinis*, тачка везивања, меродавно право, тестамент, коморијенти, нужни део, претходна питања, Green Paper «Succession and Wills», домаће наследно право са иностраним елементом

1. Уводна разматрања

1.1. Рад Европске комисије - доношење Green Paper „Succession and Wills”

Растућа мобилност људи на простору без унутрашњих, националних граница и стицање имовине на територији више држава ЕУ представљају основни извор проблема у материји наслеђивања. Иако до сада усвојени комунитарни инструменти међународног приватног права нису обухватили наслеђивање, уочена је потреба за усвајањем хармонизованих колизионих норми. Наиме, сматрало се да би комунитарна легислатива, која би се односила само на међународну судску надлежност за наследне односе и признање и извршење таквих одлука била недовољна.

Усвајање Европског инструмента који се односи на наслеђивање био је један од приоритета утврђених Бечким акционим планом 1998. године. Још новембра 2000. године Комисија и Савет, дајући обостраном признању и извршењу одлука у грађанским и трговинским стварима значај примарног принципа, сматрали су да њега треба проширити и на наслеђивање и тестаменте. „Succession and Wills” су били најпре искључени из Бриселске конвенције о надлежности и извршењу одлука у грађанским и трговинским стварима из 1968. године, а затим и на основу Регулative Савета бр. 44 из 2001. године која је заменила Конвенцију. Ипак, и Савет и Комисија делили су мишљење да без унификације одредби међународног приватног права о наслеђивању не може бити остварен ни напредак у области међународног приватног права генерално.

Конференција, подржана од стране Уније, одржана је у Бриселу 10. и 11. маја 2004. године са задатком да размотри „Компаративну правну студију о одредбама о сукобу јурисдикција и сукоба закона за тестаменте и наслеђивање” коју је израдио German Notary Institute на челу са професором Дернером и угледним француским професором Лагардом. Позивајући се на Хашку конвенцију о меродавном праву за наслеђивање

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

заоставштине умрлих лица из 1989. године¹, наведена студија је требало да уведе веома ограничену слободу избора меродавног права од стране тастатора и то путем само две тачке везивања - држављанства и редовног боравишта. Такође, за случајеве када оставилац није сачинио тестамент или га је сачинио али је он непуноважан, заступано је становиште да је редовно боравиште оставиоца у тренутку смрти она повезница која треба да упути на меродавно право за наслеђивање. Међутим, наведени предлози нису прихваћени. Штавише, довели су до одређеног степена „непријатељства” десет (источноевропских) држава-чланица. То је имало за последицу да се одређени „излаз” пронађе у изради Green Paper².

Дакле, први покушаји јединственог решења сукоба закона и јурисдикција у материји наслеђивања везују се за рад Европске комисије. Она је 1. марта 2005. године израдила Green Paper „Successions and Wills” који садржи 39 питања везаних за сукоб закона и сукоб јурисдикција у материји наслеђивања. Основна идеја наведеног документа је да се обаве консултације са различитим заинтересованим организацијама и на тај начин усагласе ставови држава-чланица о постављеним питањима. Крајњи циљ наведеног процеса јесте усвајање јединствених колизионих норми за наслеђивање, без обзира да ли се ради о случајевима са интракомунитарним елементом или се међународно обележје везује за државе-нечланице. Такође, ова тенденција важи и за сва она питања која се јављају у вези са наследним односима, а која не регулише *lex successioinis*. Иначе, одговори заинтересованих организација примани су од стране Европске комисије до 30. септембра 2005. године.³

У овом документу Комисија се фокусира на проблем домаћаја колизионих норми, пуноважности тестамена, статуса наследника, нужног дела, управљања заоставштином и њене деобе. Комисија је такође препознала и указала на потребу утврђивања „идеалне” тачке везивања, а

1 Конвенцију су ратификовале само Холандија и Аруба.

2 Hayton, D., The Need for Harmonization of Private International Law Rules on Succession - Topicality in view of the European Commission Green Paper, Appendix C, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_1_s_aprc_en.pdf. Иначе, као и у ранијим случајевима, Green Paper Европске комисије, генерално, представља врсту документа чији је примарни циљ да на европском нивоу покрену поступак конструктивних дискусија и консултација између различитих заинтересованих организација о конкретной теми која је предмет документа. На овај начин Европска комисија је у могућности да ради на усвајању најшире прихваћених ставова и идеја. У том циљу, Green Paper може пратити White Paper, као званични сет пропозиција на основу којих би Green Paper добио и свој формалноправни оквир.

3 Видети више European Commission, Green Paper» Succession and Wills», http://europa.eu/documents/index_en.htm

која сама по себи може решити и друге проблеме који у овој материји настају. С друге стране, иако се примат даје дефинисању меродавног права, не треба потценити значај међународне судске надлежности. У неким државама-чланицама оставински поступак је увек судски поступак док је у другима улога суда неопходна само у сложеним или спорним наследним односима. Да би се одредила правила судске надлежности неопходно је најпре утврдити да ли треба дефинисати само једну тачку везивања. Изузетно је важно да комунитарно законодавство у материји наслеђивања отклони евентуалне административне и практичне проблеме. У том циљу је предвиђено увођење Европског сертификата за наслеђивање као и регистрација тестаментa.

Намера је аутора да кроз приказ најчешће истицаних предлога и мишљења заинтересованих организација које су се одазвале позиву Комисије, а чији су одговори били доступни аутору⁴, укаже на оно што се може сматрати тенденцијама међународног приватног права ЕУ и то искључиво у материји меродавног права за наслеђивање. Такође, и да укаже на значај изнетих ставова за домаће међународно приватно право.

2. Нека посебна питања Green Paper о меродавном праву и домаће законодавство

2.1. Подручје примене наследног статута

Полазећи од дефинисања подручја примене наследног статута, које се и по свом значају намеће као примарно, суочавамо се најпре са дистинкцијом европско-континенталног и англо-саксонског система. Наведени проблем се може размотрити и кроз питања да ли треба правила сукоба закона ограничити на одређење наследника и њихових наследних права или овим правилима обухватити и ликвидацију и деобу заоставштине. У том смислу је поље примене наследног статута у одређеној мери и контроверзно.

Наиме, у систему који се базира на римском праву, наследници настављају личност оставиоца, док су у Common law систему ликвидација и пренос имовине поверени извршиоцу односно администратору, тзв. „Grant of Probate”. Полазна тачка за решење наведеног проблема, према ставовима заинтересованих организација, могле би бити одговарајуће

⁴ Европска комисија је примила око 60 одговора, али нису сви могли бити постављени на официјелни сајт будући да су неки аутори изричито захтевали да њихови одговори имају поверљив карактер.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

одредбе Хашке конвенције о меродавном праву за наслеђивање заоставштине умрлих лица из 1989. године.⁵

Наследни статут би, сходно наведеном, регулисао следећа питања: основ, тренутак и место отварања наслеђа; позивање наследника и легатара; права преживелог брачног друга; преузимање дугова оставиоца као и друга наследна права; способност за наслеђивање; основи неспособности или недостојности за наслеђивање; пренос заоставштине на наследнике и легатаре (услови и ефекти прихватања наслеђа или легата); уређење пасиве заоставштине; одрицање од наслеђа или легата; сва ограничења располагања у случају смрти; урачунавање поклона; пуноважност основа, измена и поништавања располагања *mortis causa*; администрирање и ликвидација заоставштине (овлашћења извршилаца тестаментa и других администратора у вези наслеђивања); деоба заоставштине; позивање државе⁶. Компаративна анализа указује на висок степен усаглашености нашег ЗМПП са наведеним ставовима. Наиме, наследни статут је, према схватању наше доктрине, меродаван за сва питања која свој корен имају у наследном односу, пре свега за претпоставке за наслеђивање: основи позивања на наслеђе (у случају интестатског наслеђивања *lex successionis* регулише да ли је правна веза са оставиоцем лица које конкурише подобна за стицање статуса наследника);

5 Овде се имају у виду чланови од 1-7 Конвенције који регулишу питање домаћаја наследног статута и то методом енумерације. Конвенција се примењује и када њене норме упућују на право државе-нечланице као меродавно. Наша држава није чланица Конвенције, а сам текст Конвенције може се наћи на сајту Хашке Конференције за међународно приватно право www.hcch.net

6 На овом становишту почива пракса већине земаља-чланица. Исти или сличан став у одговору на питање бр. 1 у Green Paper заступају и: *Conférence des Notariats de l'Union Européenne, Réponses de la CNUC relatives au Livre vert Successionis et testaments, COM(2005) 65 final du 01 mars 2005, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_cnuce_fr.pdf; Court de cassation Paris, Observations et propositions du parquet général de la Court de cassation, Paris, France, Septembre 2005, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/succession/s/contributions/contribution_ccf_fr.pdf; Groupe européen de droit international privé, Réponse du GEDIP au Livre vert de la Commission européenne sur les successions et testaments http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_gedip_fr.pdf; Council of Bars and Law Societies of Europe, CCBE Response to the Green Paper on Successions and Wills of the European Commission, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_ccbe_en.pdf; Bar Council of England and Wales, Response to the Green Paper on Successions and Wills, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_bcew_en.pdf*

законски наследни ред; величина наследних делова; тренутак стицања наследства (на основу изјаве о прихватању или *ipso jure*); опсег могућег располагања заоставштином путем тестаментa; дефинише круг особа којима припада нужни део; искључење из наслеђивања; одрицање од наслеђа; могућност располагања наследством и деоба наследства (са аспекта односа санаследника); одговорност за дугове оставиоца односно регулисање пасиве заоставштине; да ли је заоставштина без наследника (позивање државе).⁷ У одговорима оних организација које су се бавиле и питањима за које је спорно да ли се регулишу наследним статутом приметно је да пасивну наследну способност физичких и правних лица не изузимају од примене *lex successionis*⁸. Такође, ово питање је и у нашем међународном приватном праву дефинисано као једно од спорних питања. Међутим, поједини аутори се изјашњавају за примену персоналног статута, док примену *lex successionis* на ово питање заговара мањина.⁹

2.2. Флексибилизација тачака везивања - држављанство и редовно боравиште

Полазећи од чињенице да у упоредном међународном приватном праву у погледу наследноправних односа постоје два основна концепта за решење сукоба закона - систем подељене и систем јединствене заоставштине, најпре треба истаћи да право Републике Србије прихвата први систем, дакле систем јединствене заоставштине.

Према овом систему, без обзира на то да ли се делови заоставштине једног оставиоца налазе на територији једне или више држава као и без обзира да ли се састоји из покретних ствари или непокретности увек се на расправљање заоставштине примењује једно право и то персонално право оставиоца. При томе, у оквиру земаља које усвајају овај концепт јавиће се одређене разлике у погледу одређивања персоналног права оставиоца будући да се као тачка везивања могу јавити држављанство или пребивалиште оставиоца у зависности од опредељења конкретне државе. Међутим, државе које персонално право оставиоца дефинишу путем *lex domicilii* углавном прихватају други концепт. То значи да се у систему јединствене заоставштине као *lex causae* најчешће јавља *lex nationalis* оставиоца. Принцип јединствене заоставштине преовладава и у већини билатералних конвенција које је наша држава закључила. Систем

7 Eisner, В., Међународно приватно право, I свезак, 1953., Загреб, стр. 352-356; Варади Т., Бордаш Б., Кнежевић, Г., Међународно приватно право, Нови Сад, 2005, стр. 334.

8 Тако Conférence des Notariats de l'Union Européenne.

9 Видети Дика, М., Стојановић, С., Кнежевић, Г., Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву, Београд, 1991, стр.103.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

подељене заоставштине прихваћен је само у неким билатералним уговорима наше државе.¹⁰ Треба напоменути да одређено одступање постоји још и у појединим билатералним уговорима домаће државе и то када је у питању заоставштина без наследника.¹¹

Систем подељене заоставштине заснива се на разликовању покретних и непокретних ствари као делова заоставштине, те се на непокретности се увек примењује право оне државе на чијој територији се односна непокретност налази (*lex rei sitae*).

Основна тачка везивања у материји наслеђивања коју усваја наше право је држављанство оставиоца у време смрти. Ова повезница једнако се примењује и на законско и на тестаментално наслеђивање.

Генерално, држављанство је једна од најшире прихваћених тачака везивања, нарочито од стране држава континенталног система. Инсистирање на држављанству као примарној повезници још је присутније у емигрантским државама каква је и наша. Разлог овом тренду треба видети у њиховом настојању да задрже формалну везу са бројним иселеницима, за разлику од имигрантских земаља које применом домицила као примарне тачке везивања желе да под одредбе свог поретка доведу што већи број странаца.¹²

С друге стране, унутар Европске уније ствара се посебно комунитарно међународно приватно право. Овај процес неизбежно доноси новине, посебно у материји тачака везивања.

Једна од основних тежњи изражених у *Green Paper* тиче се утврђивања најпогодније повезнице, јединствене за све државе-чланице, која би упућивала на наследни статут. Примени држављанства као доминантне тачке везивања замера се и појава додатних проблема код бипатрида. Сматра се и да држављанство није прихватљиво јер не мора увек да значи и постојање истинске, чврсте везе оставиоца са земљом порекла. То је још више изражено кроз владајући принцип ЕУ о слободи кретања лица, односно у условима великих миграција људи што је одлика савременог доба. Занимљив пример о неподесности држављанства дао је

10 Уговор са Монголијом и Уговор са бившим СССР.

11 Уговор са Бугарском (питање правног опстанка овог Уговора након распада СФРЈ још увек није решено), Уговор са бившом ЧССР, Уговор са Мађарском, Уговор са Монголијом, Уговор са Румунијом, Уговор са бившим СССР.

12 Видети Жупан, М., Повезница држављанства и флексибилизација међународног приватног права, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Београду »Држављанство и међународно приватно право Хашке конвенције«, Београд, 2007, стр.127.

Sub-Committee of the Law Society of Scotland. Наиме, концепт британског држављанства подразумева повезаност са три различита правна система. У пракси овог региона, било је и таквих случајева да је појединим лицима било дозвољено да задрже британско држављанство због сентименталне везаности за Шкотску, иако су дуги низ година живела у САД, без намере да се икада врате.

Такође, једно од запажања Комисије односи се и на чињеницу да ниједна тачка везивања није, сама по себи, лишена недостатака. Последње пребивалиште оставиоца као повезница може да упути на примену права са којим наслеђивање није у довољној мери повезано, нпр. ако оставилац није био држављанин државе у којој је преминуо при чему се већи део његове имовине налази у некој другој држави. Из овог разлога чини се умесним питање Комисије - да ли вреди insistирати на утврђивању само једне тачке везивања? Да ли би било ефикасније прихватити одређени степен флексибилизације или чак и странама у наследном односу дати право избора меродавног права?

Већина организација заступа став да треба усвојити само једну или, евентуално, алтернативну комбинацију две тачке везивања¹³. Тиме би се избегло дељење заоставштине и уједно проблеми до којих може довести примена различитих закона на покретне и непокретне ствари. Наиме, у таквом систему могуће је да меродавна права на различите начине регулишу најважнија питања наслеђивања - круг лица која могу имати статус наследника, величину наследних делова, ликвидацију заоставштине. С друге стране примена права само једне државе омогућује остварење принципа правне сигурности.

Очигледно је да постоји спремност да се напусти и концепција о домицилу као потенцијалној јединственој тачки везивања, чак и од стране оних земаља-чланица које припадају Common Law систему. Као разлог томе наводи се чињеница да схватање и дефинисање пребивалишта варира од државе до државе, што у пракси ствара проблеме. У међународном

13 Тако, Court de cassation, Oesterreicher Rechtsanwaltskammertag, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_orak_en.pdf; Osterreichische Notariatskammer; Conférence des Notariats de l' Union Européenne, Czech Response, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_czech_republic_en.pdf; Austrian Bar Association, GEDIP, CCBE, Sub-Committee of the Law Society of Scotland, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_1ss_en.pdf

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

приватном праву Енглеске и Велса редовно боравиште у материји наслеђивања је до сада било присутно само као једна од могућности одређења меродавног права за форму тестаментa. Иако је ова тачка везивања уведена у енглеско право, по угледу на Хашку конвенцију из 1989.године, надлежни органи ове државе још увек нису дефинисали појам редовног боравишта.¹⁴ Такође, чланице ЕУ које припадају англосаксонском правном систему не инсистирају на усвајању домицила као јединствене тачке везивања свесне да то неће бити прихваћено од стране држава континенталног система.

Дефинисање тачке везивања прати тренд флексибилизације. Оно што је приметно већ и из самог извештаја Комисије, јесте да држављанство које је до сада уживало доминантан утицај као најстарија повезница, полако уступа место последњем редовном боравишту оставиоца као новијој тачки везивања, свакако и подеснијој. Сматра се да последње редовно боравиште оставиоца може боље да одговори захтевима и потребама комунитарног правног простора. Наиме, као новија тачка везивања настало је из потребе да се превазиђу разлике у одређивању појма домицила, тачније да се одбаце његови фиктивни елементи чије је утврђивање стварало проблеме у пракси, али и у самом поступку квалификације. С друге стране, редовно боравиште се доживљава и као центар животних активности, место са којим је оставилац најтешње повезан. У члану 78 ЗМПШ Белгије последње редовно боравиште оставиоца усвојено је као тачка везивања за наследни статут за покретне ствари, али и за непокретности када *lex rei sitae* упућује на место последњег редовног боравишта оставиоца.

Већина организација које су се посебно бавиле овим питањем позива се на модел одређивања наследног статута у Хашкој конвенцији из 1989. године.¹⁵ Овај модел је специфична комбинација држављанства и последњег редовног боравишта оставиоца. У том смислу, као *lex successionis* би се применило: 1) право места последњег редовног боравишта оставиоца, ако је он уједно био држављанин те земље, 2) право места последњег бораишта оставиоца, уколико је боравак у том месту трајао не мање од пет година до сâмог тренутка смрти, осим ако очигледно постоји тешња веза оставиоца са другом државом, 3) уколико се до меродавног права не би могло доћи ни на један од наведених начина

¹⁴ Видети о томе више Miller, G., *International Aspects of Succession*, Aldershot, 2000, стр.30.

¹⁵ Тако, *Osterreichische Notariatskammer*, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_accln_fr.pdf, GEDIP, Sub-Committee of the Law Society of Scotland.

примениће се национално право оставиоца, осим ако очигледно постоји тешња веза оставиоца са другом државом.¹⁶ Иначе, Холандија је једина земља у ЕУ која је ратификовала ову Конвенцију и она се у њој непосредно примењује.

Ипак, очигледна је спремност и других чланица ЕУ да у будући комунитарни инструмент уграде нека решења предвиђена Конвенцијом. Нежељени ефекти до којих примена овог система може евентуално довести (проблем међународних службеника који свој посао обављају у иностранству, привремено настањивање, али без губитка тесне везе са земљом порекла) могу се ублажити путем увођења *professio juris*.

У циљу веће правне сигурности и хармонизације наметнула се и потреба усвајања јединственог модела ове повезнице на територији ЕУ. Углавном се то врши путем одређивања минималног временског трајања настањења оставиоца у конкретном месту, а које се онда има сматрати тачком везивања. Међутим, има и мишљења да питање постојања последњег редовног боравишта оставиоца треба оставити суду на оцену у сваком конкретном случају. С тим у вези, треба поменути став који је у свом одговору заузела *Conférence des Notariats de l' Union Européenne*. Они сматрају да је најефикасније да појам ове повезнице одреди јуриспруденција Суда правде ЕУ.

Оригинални предлог за могуће одређење појма редовног боравишта даје у свом одговору *Conseil des barreaux européens* (у даљем текст ССВЕ). Они предлажу нови, јединствени концепт тзв.»европске тачке везивања» (*European Connecting Factor*, у даљем тексту *ECF*) који би важио и за одређивање форума. Према мишљењу ове организације, конституисање *ECF* је нужна последица разлика у схватању појма редовног боравишта. И на овај начин суд би увек примењивао своје право, што је и иначе оштеприхваћена идеја, осим у случају када је оставилац користио право избора наследног статута. Карактеристичност наведеног предлога огледа се у еластичнијем одређењу појма редовног боравишта,

16 Члан 3 гласи: „(1) Succession is governed by the law of the State in which the deceased at the time of his death was habitually resident, if he was then a national of that State (2) Succession is also governed by the law of the State in which the deceased at the time of his death was habitually resident if he had been resident there for a period of no less than five years immediately preceding his death. However, in exceptional circumstances, if at the time of his death he was manifestly more closely connected with the State of which he was then a national, the law of that State applies (3) In other cases succession is governed by the law of the State of which at the time of his death the deceased was a national, unless at that time the deceased was more closely connected with another State, in which case the law of the latter State applies”.

јер је услов времена постављен блаже у односу на решење Хашке конвенције из 1989. године. Европска тачка везивања подразумева следећа правила: минимум трајања редовног боравишта од једне до две године, оставилац може имати само један ЕСФ, а ако би се лице вратило у земљу свог држављанства редовно боравиште се конституише аутоматски, без потребе испуњења услова времена. При томе, дозвољена је корекција ових правила путем субјективне повезнице *professio juris*.

Значајно је истаћи да је општи став заузет у одговорима да примена *lex rei sitae* важи само у специфичним случајевима подељене заоставштине која постоји у погледу предузећа и других категорија специфичних добара. Њихово подвргавање овом праву као меродавном оправдано је с обзиром на изражену економску, породичну и друштвену намену, а у складу са чл. 15 Хашке конвенције из 1989. године.

Што се нашег права тиче, приликом доношења Закона из 1982. године тежња је била да се колизионим нормама у домену наследног и породичног прва остваре и одређени политички циљеви. Пре свега, задржавање и јачање везе са исељеним држављанима, али и уношење у законски текст већ традиционалног решења домаћег система међународног приватног права. Чињенице да су на доношењу овог Закона радили еминентни професори Међународног приватног права, да је превођен на стране језике као и да је својевремено привукао пажњу и стране стручне јавности, сведоче о квалитету његових решења. Међутим, након две деценије примене овог Закона, који је Србија наследила, дошло је до промена које доводе у питање основну концепцију овог правног акта.¹⁷ С једне стране, све већи број домаћих држављана, убрзо по емигрирању стиче и ново, странско држављанство што је у већем броју случајева условљено отпустом из домаћег или одрицањем. У таквим условима и у нашем праву би се могла размотрити могућност ревизија идеје о држављанству као доминантној повезници, будући да тренд емигрирања не опада. То би се евентуално могло постићи усвајањем нових тачака везивања као што је последње редовно боравиште и/или увођењем ограничене аутономије воље за одређивање наследног статута. За наше право би био интересантан став држава-чланица ЕУ будући да би примена последњег редовног боравишта оставиоца и на плану одређивања меродавног права и за одређивање међународне судске надлежности за

¹⁷ Видети више Живковић, М., Опште установе међународног приватног права и Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља-преглед двадесет година касније и *de lege ferenda*, Зборник радова »Двадесет година Закона о међународном приватном праву«, Ниш, 2004, стр. 17.

наслеђивање вероватно била поздрављена од стране српских судова јер омогућује примену домаћег права увек када је заснована надлежност домаћег суда. Узимајући у обзир чињеницу да су у нашој судској пракси још увек усамљени примери у којима је коректно примењено страно меродавно право када је предмет поступка било који приватноправни однос са иностраним елементом, значај ове могућности је утолико већи. Такве случајеве судије најчешће решавају применом *legis fori*. У вези проблема одређења и примене редовног боравишта у нашем међународном приватном праву биће више речи у делу о меродавном праву за форму тестаментa.

2.3. Симултана смрт или проблем наслеђивања коморијената

У домен материје наслеђивања са иностраним елементом спада и питање наслеђивања коморијената, што је дефинисано и као посебно питање.

Наиме, могуће је да лица која се међусобно могу наследити умру у околностима које онемогућавају да се утврди тачно време смрти за свако од ових лица, нпр. у авионском несрећама, атентатима и сл. У таквим случајевима неке земље чланице прихватају фикцију о редоследу базираном на годинама старости или полу, док друге полазе од претпоставке да су сва лица умрла истовремено.¹⁸ Проблем настаје када национална права ових лица садрже потпуно различита решења о могућности наслеђивања између коморијената.

У тим случајевима, сходно ставу већине, сматра се да је нејефикасније решење оно предвиђено чл. 13 Хашке конвенције из 1989. године. Наиме, ако су одредбе меродавних права за наслеђивање ових лица у колизији или не садрже правила о решавању овог проблема, ниједан коморијент нема право да наследи оног другог.¹⁹ Наведеном моделу би се могле упутити примедбе са становишта правичности, али свакако да оно доприноси правној сигурности.

Што се домаћег права тиче, посебна тешкоћа настаје када треба одговорити на питање важи ли *lex nationalis* и за проблем наслеђивања коморијената. Став доктрине је да се на ова лица примењује њихово национално право, што даље значи да ће се консултовати одредба чл. 14

¹⁸ Види *Court de cassation Paris, Commission of the European Communities*.

¹⁹ У оригиналу члан 13 гласи: „Where two or more persons whose successions are governed by different laws die in circumstances in which it is uncertain in what order their deaths occurred, and where those laws provide differently for this situation or make no provision at all, none of the deceased persons shall have any succession rights to the other or others.”

ЗМПП²⁰. Међутим, тешкоће посебно настају када су ова лица различитог држављанства при чему су решења меродавних права у потпуној колизији. Наиме, колизионе норме државе суда позивају на примену два меродавна права чија се решења међусобно искључују. Претпоставимо да су отац као британски држављанин и син као наш држављанин изгубили животе у истом авионском удесу и да се моменат смрти ни за једног од њих не може прецизно утврдити. Уколико се пред нашим судом расправља заоставштина на основу очевог тестаментa неопходно је најпре утврдити да ли се ова лица могу међусобно наследити. Према чл. 14 ЗМПП, суд ће консултовати национална права ових лица. Што се сина као држављанина Србије тиче, наше право предвиђа да се коморијенти не могу наслеђивати ако се не може утврдити редослед смрти.²¹ С друге стране, према праву Уједињеног Краљевства, као националном праву оца, сматраће се да је син надживео оца и да га може наследити.²² Дакле, апсолутна неспојивост кумулативне примене наведених законских решења би блокирала рад оставинског суда. Тада је потребно применити технику прилагођавања. Она у ужем смислу подразумева означавање решења једног проблема који проистиче из примене више различитих меродавних права на исти правни однос или сличне правне односе, а састоји се у томе да комбинована примена више права доводи до нелогичних или неправичних материјалноправних резултата.²³ Будући да не постоји изричит став законодавца ни о начину превазилажења ове спорне ситуације, у новијој доктрини предлаже се примена нашег права у делу који регулише проблем коморијената.²⁴ Став наше правне науке, у пракси прихваћен, у складу је са чл. 13 Конвенције из 1989. године. Дакле, коморијенти се међусобно не могу наслеђивати ако се тачан редослед смрти не може утврдити јер се сматра да су ова лица умрла истовремено.²⁵ Основни разлог томе треба видети у непостојању основног услова да неко лице постане наследник, а то је да доживи тренутак делације лица на чије наслеђе претендује. Чини се, на основу свега напред наведеног, да је пожељно директно укључивање оваквог решења у ЗМПП у виду посебне колизионе норме. Тако би се отклонила постојећа правна празнина.

20 Видети више Дика, Стојановић, Кнежевић, *op.cit.*, стр. 53.

21 Упркос непостојању нити једног законског прописа Републике Србије који питање наслеђивања коморијената регулише изричито, овде се наводи став домаће доктрине који је, иако без одговарајуће нормативне регулативе, прихваћен у пракси.

22 Пример цитиран према Живковић, М., Станивуковић М., *op.cit.*, стр. 328-329.

23 *Ibidem*, *loc.cit.*

24 Дика, Стојановић, Кнежевић, *op.cit.*, стр. 102; Варади, Т., Бордаш, Б., Кнежевић, Г., *op.cit.*, стр. 333.

25 Видети Станковић О, Водинелић, В., Увод у Грађанско право, Београд, 1996, стр. 56.

2.4. Право меродавно за тестаменталну способност

У области одређивања меродавног права за тестаменталну способност предлози су углавном усмерени ка држављанству тестатора у време сачињавања тестаментна као тачки везивања.²⁶ Међутим, има и другачијих виђења која се, у највећем броју случајева, односе на *lex loci testamenti acti* или чак редовном боравишту тестатора у време састављања тестаментна као могућим тачкама везивања.

Једно од интересантних ставова, које се по свему судећи базира на принципу *in favorem testamenti*, јесте предлог Sub-Committee of the Law Society of Scotland. Наиме, тестаментална способност подлеже наследном статусу. Уколико тестатор не би имао по овом закону тестаменталну способност примениће се *lex nationalis* или *lex domicilii* или у време сачињавања тестаментна или у време смрти тестатора.

У погледу тестаменталне способности, код нас се не примењује принцип *in favorem testamenti* будући да наше право усваја држављанство тестатора у време сачињавања тестаментна као једину тачку везивања. Занимљиво је истаћи да Швајцарска, иако земља-нечланица, познаје наведени принцип и у области тестаменталне способности и то питање регулише алтернативном колизионом нормом - *lex nationalis* или *lex domicilii* или уобичајено боравиште тестатора у тренутку састављања.²⁷ Тенденција да се принцип *favor testamenti* уведе и на плану способности спада у модернија схватања. Такво решење је нашло своје заговорнике и у делу домаће доктрине²⁸, али не и у ЗМПП, иако је *favor testamenti* усвојен на плану меродавног права за форму тестаментна.

2.5. Право меродавно за форму тестаментна и неке специфичности нашег права

Ставови поводом меродавног права за форму тестаментна и његовог опозива су у значајној мери усаглашени и базирани су на примени Хашке конвенције из 1961. године²⁹ и то чланова 1, 2 и 4.³⁰ Тако би тестамент био

26 Тако Court de cassation Paris, Österreichischer Rechtsanwaltskammertag; Österreichische Notariatskammer; Conférence des Notariats de l'Union Européenne.

27 Живковић, М., Међународно приватно право: националне кодификације, књига 1, Београд, 1996, стр. 574.

28 Дика, М., Стојановић, С., Кнежевић, Г., *op.cit.*, стр. 104.

29 Хашка конвенција о сукобу закона у погледу форме тестаменталних одредаба, 1961.

30 Тако Court de cassation Paris, Conférence des Notariats de l'Union Européenne, Groupe européen de droit international privé, Council of Bars and Law Societies of Europe, Sub-Committee of the Law Society of Scotland.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

пуноважан са аспекта форме уколико испуњава захтеве једног од следећих права:

1. места састављања тестаментa,
2. закона држављанства тестатора било у време смрти било у време састављања тестаментa,
3. закона домицила у време смрти или састављања тестаментa,
4. места редовног боравишта у време смрти или састављања тестаментa, или
5. *lex rei sitae* ако су у питању непокретности.

Сама Конвенција има велики практични значај који се огледа у чињеници да је њену ратификацију извршило 38 земаља. Од укупно 27 земаља чланица ЕУ, 18 њих су већ чланице Хашке конвенције из 1961. године (Немачка, Аустрија, Данска, Белгија, Шпанија, Естонија, Финска, Француска, Грчка, Ирска, Италија, Луксембург, Холандија, Пољска, Португалија, Уједињено Краљевство Велике Британије и северне Ирске, Словенија, Шведска).

Наша држава је такође страна уговорница Конвенције (прва је држава која је ратификовала Конвенцију) и њена решења су уграђена у чл. 31 ЗМПП. Према наведеном члану тестамент је пуноважан у погледу облика ако то дозвољава једно од следећих права:

1. право места где је тестамент састављен,
2. право државе чији је држављанин био завешталац, било у време располагања тестаментом било у време смрти,
3. право завештаоачевог пребивалишта, било увреме располагања тестаментом било у време смрти,
4. право завештаоачевог боравишта, било у време располагања тестаментом било у време смрти
5. право Републике Србије
6. за непокретности-право места где се непокретност налази.

Све наведено важи и за питање пуноважности форме опозива тестаментa.

Међутим, одређена решења предвиђена чл. 31 ЗМПП значе и одређене специфичности или проширења у односу на одговарајуће одредбе Конвенције. Наиме, могуће је да завешталац промени

држављанство током свог живота те се долази се до закључка да се у овом случају могу јавити проблеми позитивног и негативног сукоба држављанства. Према ЗМПП и Конвенцији меродавно је држављанство које је оставилац имао у моменту смрти или састављања тестаментa. Ипак, могуће је да лице има више држављанстава у релевантним моментима и та чињеница би значила примену члана 11 ЗМПП. Међутим, управо због примарности Конвенције, неће се применити наведени члан већ ће се питање форме тестирати по правима свих земаља чије је држављанство оставилац имао у овим моментима. Тиме се број алтернатива умножава. С друге стране, негативни сукоб држављанства, односно случај оставиоца-апатрида, не би требало да предствља проблем будући да се предвиђају и друге тачке везивања које надомешћују овај недостатак. Уколико национални закон тестатора упуту на државу са нејединственим правним поретком, примењује се чл. 1 ст. 2 Конвенције, а не чл. 10 ЗМПП, иако су решења иста.³¹ Појам пребивалишта се квалификује према *lex fori*, дакле домаћем праву, а не по праву одређеном у чл. 1 ст. 3 Конвенције будући да је наша земља ставила резерву на ову одредбу.

Чланом 31 ЗМПП уводи се још једна могућност за опстанак тестаментa у погледу форме. То је закон суда, односно домаће право. Ова одредба није у супротности са Конвенцијом јер она дозвољава проширивање алтернатива.

Међутим, оно што ће се јавити као значајан проблем је чињеница да у нашем праву не постоји тзв. „редовно боравиште” већ само „боравиште”. При томе, треба имати у виду да се ова два појма садржински различито дефинишу јер је за постојање редовног боравишта потребно одређено трајање, а овај елемент изостаје у појму боравишта каквог познаје наше право. Према ставу доктрине ову разлику треба схватити као поговдавање принципу *favor testamenti* (што Конвенција дозвољава) јер је боравиште лакше засновати управо због нестабилности самог појма.³² Међутим, проблем непознавања појма редовно боравиште није овим превазиђен и захтева прецизно регулисање. Хашка конференција за међународно приватно право прихватила је појам редовног боравишта уневши га у знатан број својих конвенција. Наша земља је ратификовала три Хашке конвенције које користе појам редовно боравиште.³³

31 Дика, М., Стојановић, С., Кнежевић, Г., *op.cit.*, стр. 109-110.

32 *Ibidem*, *loc.cit.*

33 Конвенција о закону који се примењује на друмске саобраћајне незгоде (1971), Конвенција о закону који се примењује у случајевима одговорности произвођача за своје

Поставља се питање како примењивати одредбе ових конвенција или како ће судија утврдити постојање редовног боравишта када на то буде упућен, ако се има у виду да се квалификација врши према *lex fori*? Ипак, у случају форме тестаментa морало би се поћи од решења Конвенције јер се она примењује без услова реципроцитета што је чини примарним извором. То даље значи да су наши судови у обавези да је примењују увек када се ради о форми тестаментa са иностраним елементом без обзира да ли је он повезан са земљом уговорницом, осим у случају састављања међународног тестаментa.³⁴ Међутим, из свега наведеног може се закључити да је ипак нужно прецизно законско дефинисање појма редовног боравишта. Тиме би се знатно олакшао посао онима који ће у пракси морати да утврђују његово постојање, пре свега судијама.

Чини се ефикасним решење чл. 83 ЗМПП Белгије из 2004. године којим су се избегле овакве нејасноће. Наведеним чланом предвиђено је да се на питање форме тестаментa примењују одговарајуће одредбе Хашке конвенције из 1961. године.³⁵ Исто је учинијено и у ЗМПП Швајцарске која није чланица ЕУ, али је чланица Конвенције. С друге стране, проблем који додатно отежава евентуалне покушаје дефинисања „редовног боравишта“ у нашем праву, јесте и велика неуједначеност превода овог термина (*résidence habituelle/ habitual residence*) на српски језик. Ово указује на недостатак стручне ревизије превода, што је и уочено у делу доктрине.³⁶

2.6. Право меродавно за садржину тестаментa

Садржину тестаментa чине одредбе којима будући де сијус за живота врши распоред имовине за случај смрти. Питање пуноважности садржине тестаментa треба подвргнути праву које је меродавно за наслеђивање *ab intestat*, мишљење је већине организација које су одговориле на питања Комисије.³⁷ И у нашем праву, ово питање је

производе (1973) и Конвенција о сукобима закона у погледу облика тестаментарних одредаба из (1961).

34 Живковић М, Станивуковић М, *op.cit*, стр. 106.

35 У оригиналу чл. 83 гласи: «The form of wills and revocation thereof is governed by the law applicable by virtue of the Convention regarding the conflicts of law with respect to the form of wills concluded in The Hague on 5 October, 1961. The application of this Convention is extended to other wills».

36 Видети Живковић М, Станивуковић М, *loc.cit*.

37 Тако Court de cassation Paris, Conférence des Notariats de l'Union Européenne, Austrian Bar Association, Groupe européen de droit international privé, Sub-Committee of the Law Society of Scotland, Czech Response.

регулисано на исти начин као и законско наслеђивање, дакле применом *lex nationalis* оставиоца у тренутку смрти.

Интересантан је став *Court de cassation Paris* и *Groupe européen de droit international privé* (у даљем тексту GEDIP) који решавају ово питање применом права меродавног за интестатско наслеђивање, али праве разлику између „*loi successorale effective*” који је одређен тренутком смрти тестатора и „*loi successorale anticipée*” под којим се подразумева право које би било меродавно за наслеђивање да је тестатор умро истог дана када је састављен тестамент³⁸. Наиме, они сматрају да је примена „*loi successorale anticipée*” пожељнија зато што тестамент представља могућност за свако лице да на поуздан начин, за убудуће, организује поделу и пренос своје имовине *mortis causa*. Будући *de suius* жели да већ у тренутку састављања тестаamenta зна услове пуноважности садржине завештања и да отклони сумње у будућу евентуалну непуноважност до које би могла да доведе примена „*loi successorale effective*”. Дакле, интерес је оставиоца да меродавно право буде познато већ у тренутку састављања тестаamenta, а не тек у тренутку његове смрти. Примена „*loi successorale anticipée*” тестатору пружа правну сигурност и предвидљивост оставинског поступка.

2.7. Право избора меродавног права за наслеђивање - professio juris

Аутономија воље као једина тачка везивања субјективне природе била је карактеристична за материју уговорних односа. Међутим, у последње време, као још једна тенденција савременог међународног приватног права, долази до проширења примене ове повезнице, најпре у области брачног режима, а у новије време и наследних односа. Овим се пружа могућност будућем оставиоцу да сам одреди право меродавно за наслеђивање. У свим државама чије међународно приватно право познаје *professio juris* ова могућност се признаје оставиоцу, али не и потенцијаним наследницима. Другим речима, будући *de suius* приликом избора наследног статута не треба да тражи пристанак ових лица.

Карактеристично за ЕУ је контрадикторно законодавство земаља-чланица. Наиме, већина земаља до сада није дозвољавала промену објективних повезница путем *professio juris*. Разлог томе треба тражити у бојазни да ће се на овај начин повредити право на нужни део које познаје и штити већина земаља. Насупрот томе, ово право оставиоцу признају Холандија, Финска, Италија, Немачка, Данска, Швајцарска, Квебек,

³⁸ Или у оригиналу: „... et ceux qui retiennent la „*loi successorale anticipée*”, c'est-à-dire la loi qui aurait régi la succession si le testateur était décédé à la date de son testament”.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

скандинавске земље, неке земље Северне и Јужне Америке, али у различитој мери.³⁹

Чланом 5 Хашке конвенције из 1989. године дозвољено је да будући *de cuius* у форми која важи за тестамент одреди право меродавно за наслеђивање његове имовине, али уз извесна ограничења. Она се састоје у томе да меродавно право може бити или његов *lex nationalis* или право државе у којој има редовно боравиште при чему је неопходно за пуноважност избора да и у тренутку смрти буде повезан на исти начин са државом чије је право изабрао. Већина чланица које су одговориле Комисији заступају став да ову могућност ипак треба признати оставиоцу, али уз строга ограничења. При томе је, без изузетка, искључена могућност да наследници утичу на овај избор. Ограничења се јављају у виду одређивања права између којих оставилац може да бира, а то су његов национални закон или право редовног боравишта у тренутку избора или смрти. Изјава воље којом се врши избор мора бити у форми располагања за случај смрти. Чини се да су све земље које су о овоме дале своје мишљење на становишту да *professio juris* важи само за тестаментално наслеђивање. Све напред наведено важи и за заједнички тестамент, с тим што је слобода избора сведена на национални закон или право редовног боравишта једног од тестатора у тренутку сачињавања тестаamenta.⁴⁰ Интересантно је да се чланице ЕУ које се залажу за увођење *professio juris* позивају на чл. 5 Хашке конвенције из 1989, иако нису уговорнице.⁴¹

Чланице ЕУ англосаксонског правног система, позивајући се на пуну слободу тестирања у њиховом праву која је призната у *Inheritance Act* из 1975. године, а опет уважавајући разлике у односу на европскоконтинентални систем, евентуална ограничења *professio juris* виде у праву оставиоца да одреди као меродавно или свој *lex domicilii* или *lex nationalis* у време избора.⁴² Ако се тестатор определи за право свог редовног боравишта или пребивалишта морао би да у тестамент унесе изјаву о томе које се место има сматрати његовим редовним боравиштем или пребивалиштем. Уколико ова изјава не би одговарало објективним околностима она се не би узела у обзир. Практично, изјава би имала карактер доказа.

39 Тако *Court de cassation Paris*.

40 Исто решење предвиђено је у чл. 11 Хашке конвенције из 1989.

41 Тако *Court de cassation Paris*, *Österreichische Notariatskammer*, *Conférence des Notariats de l'Union Européenne*. Једино је *Austrian Bar Association* стриктно против *professio juris* да би се сачувало право на нужни део и примена *lex rei sitae* на непокрености.

42 Тако *Bar Council of England and Wales*.

Избор не може да се заснива на праву меродавном за брачни режим јер треба онемогућити избор оних права које не исказују стварну везу са ситуацијом и који тако могу да унесу правну несигурност.

Што се форме у којој се врши избор меродвног права тиче, општи је закључак да он мора бити учињен изричито, најчешће следећи облик тестаменталних одредаба. Дакле, искључена је могућност прећутног избора.

Наше право не предвиђа могућност аутономије воље у материји меродавног права за наслеђивање. С друге стране, узевши у обзир да постоји сагласност о потреби усвајања *professio juris* и у оним чланицама ЕУ које такође припадају европско-континенталном систему, могла би се размотрити ова могућност и у нашем праву. Разлога има више.

Најпре, право избора меродавног права пружа оставиоцу правну сигурност. Он може већ за свога живота да одреди право меродавно за наслеђивање његове заоставштине што је уједно поуздан основ који му омогућава планирање расподеле имовине *mortis causa*. Штавише, на тај начин му је пружен избор оних материјалних норми које најбоље гарантују адекватну поделу заоставштине. С друге стране, на подручју наслеђивања заиста долази до флексибилизације. Она значи да држављанство уступа место новијим тачкама везивања као што је последње редовно боравиште оставиоца. Ово се правда чињеницом да је оставилац интегрисан у државу у којој умире и да ова савремена повезница покрива највећи број могућих случајева. Наравно, биће и ситуација у којима ће оставилац задржати најважније везе са својом домовином (језик, култура, имовина), а живеће само провизорно у иностранству. Постојаће једнако и оне ситуације у којима завешталац често мења своје редовно боравиште, при томе жели да диспонира заоставштином за случај смрти, али не може унапред знати где ће га смрт сустићи. Управо због оваквих специфичних, али честих случајева, чини се пожељним, да поред објективних тачака везивања постоји и аутономија воље. Захваљујући постојању могућности избора меродавног права, схваћеног и као вид корекције, чини се лакшим усвајање јединствене објективне тачке везивања. Иако је очување нужног дела до сада био главни аргумент против увођења *professio juris*, евидентно је да све државе континенталног правног система познају ову установу. Штавише, и англосаксонске земље имају специфичан судски механизам заштите наследних права брачног друга и деце када су ова права угрожена, о чему ће бити више речи у следећем делу.

2.8. Право на нужни део и његова заштита

Нужно наслеђивање је право одређених законских наследника, који се називају нужни наследници, да захтевају унапред утврђен део заоставштине чак и противно вољи оставиоца израженој кроз његова добротина располагања (завештање, поклон).

У вези са проблемом нужног дела треба разликовати две могуће ситуације. Прву, када је наследни статут право на које упућује колизиона норма и други, када је меродавно право за наслеђивање резултат избора тестатора. У првом случају, када право на које упућује колизиона норма не познаје институт нужног дела није пожељно интервенисати у циљу његове заштите позивањем на међународни јавни предак. Уколико меродавно право познаје установу нужног дела, у случају њене повреде, свакако треба интервенисати..

У другом случају, када је наследни статут резултат примене *professio juris*, постоји ризик евентуалне контрадикторности између одредби о нужном делу у праву које је изабрао тестатор и права које би редовно било меродавно. Ако право које је изабрао оставилац штити право наследника на нужни део, свакако да овакву одредбу треба применити чак и у случају да право које би било меродавно у одсуству избора регулише установу на другачији начин. Ипак, уколико право одређено путем *professio juris* не познаје установу нужног дела, питање евентуалне интервенције у циљу заштите права нужних наследника може бити проблематично.

Оно што се може схватити као тежња Европске комисије, изражену кроз формулацију питања о нужном делу, јесте покушај да се колизионе норме замене комунитарним материјалним правним нормама о заштити права нужних наследника која би постојала поред норми о сукобу закона.⁴³ Овим комунитарним инструментом би се пружила заштита установи нужног дела и онда када редовно меродавно право то не чини. Међутим, међу државама-чланицама не постоји спремност за оваквом интервенцијом.

Општи је став да се заштита нужног дела не може наметати ако је не познаје наследни статут, без обзира да ли је он одређен колизионом нормом или аутономијом воље оставиоца. То је значајна новина и представља одступање од досадашњих традиционалних решења. Иако се до сада у упоредном праву могућност повреде права на нужни део

43 Тако у одговору Чешке.

углавном везивала за установу *professio juris* која пружа могућност оставиоцу да одреди и право које евентуално не познаје ову установу, став је држава-чланица да постоје ефикасни механизми који то спречавају. Штавише, аутономија воље оставиоца подлеже строгим ограничењима. У том смислу, неке организације које делују унутар ЕУ се позивају на модел *professio juris* из чл. 3 ст. 2 Хашке конвенције из 1989. године.⁴⁴ Наиме, како је то већ објашњено у посебном делу о овој повезници, оставилац може да изабере као меродавно и право места редовног боравишта при чему је, ради спречавања злоупотребе права избора, неопходно да је у овом месту живи не мање од 5 година пре дана смрти. У циљу заштите од злоупотребе овлашћења из права избора меродавног права усмерен је и предлог ССВЕ о усвајању модела ЕСФ на комунитарном нивоу, објашњеног у делу о тачкама везивања.

С друге стране, карактеристично је за земље континенталног система да познају и штите установу нужног дела, док се за земље англосаксонског система сматрало супротно. Међутим, ова тврдња се може оспоравати из следећих разлога. Иако начелно, у овим државама влада начело потпуне слободе завештања, постоје други, специфични, али веома ефикасни системи заштите. У ирском праву, у оквиру законског наслеђивања преживели брачни друг наслеђује целу заоставштину, уколико нема деце, у супротном, наслеђује две трећине имовине оставиоца. За тестаментално наслеђивање карактеристично је да преживели брачни друг има право на једну половину заоставштине, уколико нема деце која би конкурисала као наследници. У супротном, ово лице има право на једну трећину имовине. С тим у вези, суд је овлашћен да интервенише ако сматра да је тестаментарним располагањима завешталац повредио своју моралну дужност да део имовине остави својој деци, а у складу са сопственим средствима. И ова група земаља сагласна је да комунитарни инструмент не може интервенисати уколико наследни статут не штити установу нужног дела.⁴⁵

Наше материјално право познаје и штити права нужних наследника одговарајућим одредбама Закона о наслеђивању. Наиме, нужним наследницима припада део заоставштине којим оставилац није могао располагати. Нужни део брачног друга, потомака, усвојеника и његових потомака је једна половина, а нужни део осталих нужних

44 Тако Österreichische Notariatskammer.

45 Тако Ireland Response,

http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_ireland_en.pdf, Bar Council of England and Wales.

наследника трећина дела који би им припао по законском реду наслеђивања. Ове одредбе оставилац не може искључити својом вољом јер ће суд, на захтев нужног наследника, кориговати завештање⁴⁶, осим у случају испуњености законских услова за искључење из права на нужни део или за лишење нужног дела.

Сва ограничења *professio juris* и ефикасни механизми заштите права нужних наследника у континенталном, али и *Common Law* систему релативизирају овај проблем и иду у прилог аргументима за допуштање ограничене аутономије воље и у материји меродавног права за наслеђивање. Наведено би могло бити узето у обзир и у нашем праву.

3. Завршне напомене – значај за домаће међународно приватно право

На подручју меродавног права у материји наслеђивања евидентан је процес флексибилизације. Она је примарна последица потребе за модернизацијом традиционалних тачака везивања, иницирана честим нелогичним резултатима до којих може да доведе примена тзв. „крутих тачака везивања”, посебно држављанства. Флексибилизација се у оквиру комунитарног међународног приватног права врши на два начина. Прво, држављанство као доминантна тачка везивања уступа место последњем редовном боравишту оставиоца. Друго, укључивањем аутономије воље у виду *professio juris*, у оквиру које држављанство задржава свој утицај у одређивању меродавног права, али тако што сада постаје тачка везивања секундарног значаја будући да примена зависи искључиво од избора оставиоца.

Из свега наведеног нужно се намеће и питање одређивања значаја флексибилизације за наше међународно приватно право. Полазећи од утицаја друштвених чинилаца, пре свега тренда миграцијских кретања, значајан је податак да око 3% светске популације живи изван државе у којој је рођено, те да је број имиграната у односу на 1970. годину удвостручен. Око 56 милиона светских миграната живи данас у Европи, а у Западној Европи 10-12 милиона страних сталних становника који ни после двадесет година нису натурализовани. Примера ради, у Немачкој данас 9% популације чине странци, док у Аустрије они чине 9,6% популације.⁴⁷ На основу наведених података још је очигледније слабљење

⁴⁶ Видети чл. 40 Закона о наслеђивању.

⁴⁷ *International Migration Report 2002.*, ST/ESA/SER.A/UN, New York, 2002 наведено према Жупан, М., *op.cit.*, стр. 140.

везе са *lex nationalis*, па чак и са домицилом. Последица свега јесу изазови са којима се суочава савремено међународно приватно право у свим својим сегментима, па и у наслеђивању. Ипак, ове измењене друштвене, економске и политичке околности нису својствене само простору Европске уније. Напротив, оне су резултат промена на глобалном нивоу којих није поштеђена ни наша држава и том смислу би требало размотрити њихов утицај на домаће међународно приватно право. Нарочито уколико се жели адекватно правно регулисање овако измењене друштвене стварности.

У даљем тражењу одговора на постављено питање треба имати у виду и да тренд флексибилизације није сасвим нов. Наиме, његови почеци се могу уочити још у швајцарском ЗМПП, који је уједно и највише учинио на овом плану. Наведени Закон још од ступања на снагу 1987. године питање одређивања меродавног права за правну и пословну способност регулише пребивалиштем као тачком везивања. У погледу меродавног права за лично име дозвољава чак одређени степен страначке аутономије, будући да лице може изабрати као меродавно свој *lex nationalis*.⁴⁸

Флексибилизација у одређеном степену није непозната ни нашем ЗМПП, али се она јавља у знатно ограниченом обиму. Принципом „ефективног држављанства”, који се примењује као последње решење за ситуације двојног или вишеструког држављанства, практично је индиректно омогућена примена „најближе везе” као једног вида флексибилизације тачака везивања. Међутим, слични примери примене овог принципа се ретко јављају у домаћем међународном приватном праву, по правилу на посредан начин и у строго ограниченом обиму.⁴⁹

Наравно, процес стварања јединственог комунитарног међународног приватног права, одликује се и неким специфичностима које дозвољавају усвајање потпуно нових решења у погледу тачака везивања и у овој материји, уз минимални ризик од могућих злоупотреба. Ипак, за државе нечланице корените промене нису увек ни пожељне. Треба имати у виду да је Србија емиграциона држава са скромном

48 Према члану 31 швајцарског ЗМПП лице може изабрати свој *lex nationalis* као меродавно за лично име. Редовно је за лично име меродавно право пребивалишта уколико се оно налази у Швајцарској, односно ако лице има пребивалиште у иностранству право на које упућује норме међународног приватног права државе у којој лице има пребивалиште.

49 Флексибилизација се у нашем ЗМПП јавља још и у домену законских личних и имовинских односа и уговорних брачних имовинских односа посредним увођењем најближе везе у виду *lex communis*. На исти начин принцип најближе везе је усвојен и у породичним односима, односно за питања односа родитеља и деце.

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

висином стопе уселјавања. Као последица тога је и питање да ли уопште треба вршити радикалне законодавне промене иако је потреба за изменама присутна будући да ЗМПШ од доношења 1982. године до данас није коригован, а друштвене, политичке и економске околности значајно су измењене. Проблем флексибилизације тачака везивања могао би се превазићи на два начина. Најпре, комбинацијама повезница на начин на који то предвиђа Хашка конвенција из 1989. године, уз допуштање *professio juris*. Наведеним моделом се омогућује корекција за све атипичне случајеве у којима ће се на тај начин доћи до права које је заиста и меродавно. Као последица тога остварује се и принцип правне сигурности, али и правичности. Наведено решење је прихватљиво за већину европских земаља. Чини се да би и са становишта домаће праксе било прихваћено наведено решење и на плану меродавног права и на плану међународне надлежности будући да би се повећао број случајева заснивања надлежности домаћих судова као и примене домаћег права као меродавног. Међутим, уколико домаћи законодавац у будућим решењима и не прихвати последње редовно боравиште као тачку везивања у материји наслеђивања остаје проблем одређивања појма редовног боравишта који се не може избећи. Будући да је Србија уговорница Хашких, али и других конвенција које уводе ову тачку везивања, њено дефинисање од стране домаћег законодавца може се посматрати и као нужно.⁵⁰ С друге стране, и у случају да нема спремности у научним круговима за радикалним изменама традиционалних тачака везивања, на основу свега наведеног може се закључити да је потреба за флексибилизацијом присутна и неопходна.

Требало би размотрити могућност примене још једног модела флексибилизације тачака везивања који је у садашњем тренутку вероватно и прихватљивији за домаће право. Он се може спровести усвајањем опште клаузуле одступања која је већ нашла примену у међународном приватном праву Швајцарске, Белгије, Словеније и Квебека. Она подразумева овлашћење које законодавац даје судији да одступи од примене редовно меродавног права на које упућује домаћа колизиона норма у свим

⁵⁰ То су: Хашка конвенција о закону који се примењује на друмске саобраћајне незгоде из 1971. године, Хашка конвенција о закону који се примењује у случајевима одговорности произвођача за своје производе из 1973. године, Хашка конвенција о сукобима закона у погледу облика тестаменталних одредаба из 1961. године, Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце из 1980. године, Конвенција о олакшању међународног приступа судовима из 1980. године, Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године и Конвенција о застарелости потраживања у области међународне купопродаје робе из 1974. године.

случајевима у којима постоји очигледно ближа веза спора са правом неке друге државе. Значајна последица уважавања овог принципа је и омогућавање судији да избегне примену узвраћања, преупућивања и квалификације који традиционално изазивају практичне проблеме. Усвајањем опште клаузуле одступања домаћи законодавац би непосредно утицао на ефикасно отклањање неприхватљивих резултата у примени крутих тачака везивања, пре свих држављанства. Такође, не би требало у потпуности одбацити могућност уважавања *professio juris* у материји наслеђивања и то у виду наведеног модела који предвиђа Хашка конвенција из 1989. године. Строга ограничења и услови која су овим решењем уведена значајно смањују ризик од злоупотреба и уједно пружају оставиоцу правну сигурност. Он може већ за свога живота да одреди право меродавно за наслеђивање његове заоставштине што је уједно поуздан основ који му омогућава планирање расподеле имовине *mortis causa*. Штавише, на тај начин му је пружен избор оних материјалних норми које најбоље гарантују адекватну поделу заоставштине. Управо због постојања атипичних случајева, чији број све више расте у складу са подацима о миграционим кретањима, чини се пожељним, да поред објективних тачака везивања постоји и аутономија воље у материји наслеђивања.

Интересантно је истаћи и чињеницу да се у одговорима на већину питања земље ЕУ позивају на решења Хашке конвенције из 1989. године упркос чињеници да је њена уговорница само Холандија. Сасвим је извесно да ће већина конвенцијских решења бити инкорпорисана у будући комунитарни инструмент. Практично, Конвенција би нашла своју примену иако је 26 земаља ЕУ није ратификовало.

У одговорима се такође могла уочити жеља држава-чланица да будући комунитарни инструмент обухвати колико законско толико и друге облике наслеђивања. Такође, постављено је питање о политичкој остварљивости пројекта таквог домашаја и обимности. То је узрок изношења предлога о етапном регулисању путем различитих инструмената три централна питања: сукоб закона, судска надлежност и признање и извршење одлука. У том смислу, питање меродавног права дефинисано је као круцијално.

Sanja Marjanović, LLB,
Junior Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

**ON COMPLIANCE OF THE INTERNAL PRIVATE INTERNATIONAL
LAW WITH THE COMMUNITARIAN LAW TENDENCIES ON THE
APPLICABLE LAW IN SUCCESSION**

Summary

With respect to the huge migration of people and the significance of the international turnover of goods and money, determining the applicable law in succession relations is one of the most complex areas of Private International Law. The complexity of this matter is apparent in the fact that different states have different ways of regulating the conflict of laws and the conflict of jurisdictions, relying on the principles of universal succession or scission of succession estate. The European Union, as the most significant European regional organization, has exerted considerable efforts to overcome the abovementioned problems.

In order to provide for the implementation of the fundamental principles of the European Union (the free market, the freedom of movement, the free flow of goods and capital), it is necessary to adopt unified collision norms in the field of intestate and testate succession, as it is unrealistic to expect full harmonization of substantive laws of all EU member states. The first attempts to come to a uniform solution to the conflict of laws and jurisdictions are related to the work of the European Commission. On 1st March 2005, the Commission issued the Green Paper "Succession and Wills", which contains 39 questions related to the conflict of laws and the conflict of jurisdictions in succession matters. The basic idea of this document was to consolidate the standpoints of the EU member states by consulting different interested organizations, and to adopt uniform collision norms on succession matters, no matter if there was an intra-community element involved or an international element related to a non-member-state. This tendency also applies in all other issues related to succession relations but are not regulated by *lex successio*nis.

The questions the European Commission has raised by issuing the Green Paper may prove practicable for our legislation as well, all the more so because they are concurrently the result of an pursuit to modernize the connecting factor and collision norms for resolving the conflict of laws and conflict of jurisdictions in succession matters. Namely, the Act on Resolving Conflict of Laws with the Legal Provisions of Other Countries entered into force in the former SFRY in 1983; in the meantime, there were new tendencies in the development of Private International Law which were given a normative framework in contemporary codifications. In that respect, we should single out the Belgium Act on Private International Law of 16th July 2004.

Key words: *lex successionis*, connecting factor, applicable law, will, commorenities, reserved portion, prejudicial issues, Green Paper "Succession and Wills", national succession law with an international element

БИБЛИОГРАФИЈА МОНОГРАФСКИХ И СЕРИЈСКИХ ПУБЛИКАЦИЈА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ*

МОНОГРАФСКЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ

МОНОГРАФИЈЕ

1. ДЕСЕТ ГОДИНА РАДА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ - 1960-1970, Ниш, 1970, 167 стр. уредник: Данило Ж. Марковић
2. Крстић, Божидар, ШИЗОФРЕНИЈА И УБИСТВА, Ниш, 1978, 117 стр.
3. 20 ГОДИНА РАДА: ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НИШУ - 1960-1980, Ниш, 1980, 171 стр. уредник: Љубиша Јовановић
4. ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ: 25 ГОДИНА РАДА И РАЗВОЈА, Ниш, 1985, 66 стр. уредник Љубиша Соколовић
5. Рочкомановић, Милорад, ЈАВНИ ПОРЕДАК У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ, Ниш, 1988, 125 стр.
6. Симић, Мирољуб, БИБЛИОГРАФИЈА ЂОРЂА ТАСИЋА, Ниш, 1990, 120 стр.
7. Стојановић, Драган, ОСНОВНА ПРАВА ЧОВЕКА – ЉУДСКА ПРАВА И СЛОБОДЕ У УСТАВИМА ЕВРОПСКИХ ДРЖАВА, Ниш, 1990, 222 стр.
8. Живковић, Мирко, ПОВЕРАВАЊЕ ДЕЦЕ НА ЧУВАЊЕ И ВАСПИТАЊЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ, Ниш, 1991, 282 стр.
9. 35 ГОДИНА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ, Ниш, 1995, 155 стр. уредник: Гордана Станковић
10. Ђирић, Александар, ЗАЈЕДНИЦА НЕЗАВИСНИХ ДРЖАВА (ЗНД): НАСТАНАК И ОРГАНИЗАЦИЈА, ПРИВРЕДНО-ПРАВНИ ОДНОСИ, РЕШАВАЊЕ СПОРОВА, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1998, 318 стр.
11. Митровић, Љубиша, ДРУШТВЕНЕ ПРОМЕНЕ И АКТЕРИ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, 340 стр.
12. Стојановић, Драган, ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПОСЛАНИКА – на примерима Француске, Аустрије, Немачке и Југославије, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, 346 стр.

* Библиографске јединице су поређане хронолошки, а у оквиру сваке године дат је азбучни редослед аутора или наслова публикација где нема аутора.

13. Лазић, Мирослав, ЛИЧНЕ СЛУЖБЕНОСТИ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2000, 214 стр.
14. Ђирић, Александар, Цветковић, Предраг, МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО – СТРУЧНИ ЕСЕЛИ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2001, 484 стр.
15. Милановић, Тихомир, Ж., ПРАВО У СУДСКОЈ ПРАКСИ, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2001, 143 стр.
16. Јовановић, Мила, Старо римско Ius Civile. Књ. 1, Leges regiae, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2002, 220 стр.
17. Николић, Драган, ВУКОВА ДЕЛА КАО ИЗВОР ЗА ИСТОРИЈУ ОБНАВЉАЊА СРПСКЕ ДРЖАВЕ, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004., 75 стр.
18. Миладиновић, Зоран, СУБЈЕКТИВНА ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ: стицање, заштита, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004., 227. стр.
19. Живковић, Мирко, ЕВОЛУЦИЈА ИДЕЈА О РЕШАВАЊУ СУКОБА ЗАКОНА, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004., 84. стр.
20. Ђорђевић, Мирослав, Ослободилачки рат српских устаника: 1804-1806, Београд, Војноиздавачки завод, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004, стр. 447
21. Ђурђић, Војислав, Ранђеловић, Небојша, Илић, Горан, СРПСКО ДРЖАВНО ТУЖИЛАШТВО 1804-2004, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2004, 131. стр.
22. Анђелковић, Милева, Драган Јовашевић, ИЗБЕГАВАЊЕ ПЛАЋАЊА ПОРЕЗА – фискални и кривично-правни аспект, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 246
23. Пејић, Ирена, ПАРЛАМЕНТАРНО ПРАВО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 340.
24. Голубовић, Срђан, ЕВРОПСКА МОНЕТАРНА УНИЈА: ИНСТИТУЦИОНАЛНИ АСПЕКТИ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 191
25. Јовановић, Мила, КОМЕНТАР СТАРОГ РИМСКОГ IUS CIVILE: Књ. 2, Закон XII таблица, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 461
26. Кнежевић, Саша, КРИВИЧНИ ПОСТУПАК ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 97
27. Кнежевић, Саша, ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА ОКРИВЉЕНОГ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 239

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

28. Константиновић-Вилић, Слободанка, Костић, Миомира, Миладиновић, Душица, ПРАВО НА ПРАВНУ ПОМОЋ И КВАЛИТЕТ ПРАВНЕ ПОМОЋИ ПРУЖЕНЕ ГРАЂАНИМА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ И ПОСТУПКУ ИЗДРЖАВАЊА КАЗНЕ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 188

УЏБЕНИЦИ

29. Живковић, Мирко, ФРАНЦУСКИ ЈЕЗИК ЗА СТУДЕНТЕ ПРАВА, Ниш, 1993, 249 стр.
30. Ковачевић-Куштримовић, Радмила, УВОД У ГРАЂАНСКО ПРАВО - ОПШТИ ДЕО, 3. изд., Ниш, 1997, 306 стр.
31. Ђорђевић, Владислав, НАСЛЕДНО ПРАВО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1997, 420 стр.
32. Николић, Драган, ФРАГМЕНТИ ПРАВНЕ ИСТОРИЈЕ, 2. измењено и допуњено изд., Ниш, 1997. – 321, LXV стр.
33. Станковић, Гордана, ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО, 4. изд., Ниш, 1998, 690 стр.
34. Божић, Милорад, ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА, 2. изд., Ниш, 1998, 479 стр.
35. Анђелковић, Милева, ПОРЕСКО ПРАВО, Ниш, 1999, 333 стр.
36. Димитријевић, Момчило, Симић, Мирољуб, УВОД У ПРАВО, Ниш, 1999, 394 стр.
37. Ђорђевић, Мирослав, Стојичић, Слободанка, НАЦИОНАЛНА ИСТОРИЈА ДРЖАВЕ И ПРАВА, 1999, 247 стр.
38. Митровић, Љубиша, ОПШТА СОЦИОЛОГИЈА – предмет, метод и теорије, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, 296 стр.
39. Стојановић, Драган, УСТАВНО ПРАВО, Књига 1, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 1999, 270 стр.
40. Јовановић, Љубиша, КРИВИЧНО ПРАВО – ОПШТИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2000, VI, 576 стр.
41. Јовановић, Љубиша, Ђурђић, Војислав, Јовашевић, Драган, КРИВИЧНО ПРАВО – ПОСЕБНИ ДЕО, Ниш, 2000, 587 стр.
42. Миленовић, Дара, ПОСЛОВНО ПРАВО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2001, 606 стр.
43. Константиновић-Вилић, Слободанка, Ристановић, Весна, КРИМИНОЛОГИЈА, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2003, 420 стр.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

44. Миладиновић, Зоран, ПРАКТИКУМ ЗА ПРАВО ИНДУСТРИЈСКЕ СВОЈИНЕ И АУТОРСКО ПРАВО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2003, стр. 650
45. Стојановић, Наташа, ПРАКТИКУМ ЗА НАСЛЕДНО ПРАВО (ПОМОЋНИ УЏБЕНИК), Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2004., стр. 372
46. Ђуровић, Радован, Ђирић, Александар, МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО, ОПШТИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2005, 320 стр.
47. Ђирић, Александар, Ђуровић, Радован, МЕЂУНАРОДНО ТРГОВИНСКО ПРАВО, ПОСЕБНИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2005, 420 стр.
48. Божич, Милорад, ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА, 4. изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 416
49. Ђурђић, Војислав, КРИВИЧНИ ПОСТУПАК СРБИЈЕ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 208
50. Ђурђић, Војислав, КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО – ПОСЕБНИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 289
51. Јанковец, Ивица, Миладиновић, Зоран, ПРАВО ОСИГУРАЊА, Ниш, Центар за публикације, 2006, стр. 467
52. Миленовић, Дара, СУБЈЕКТИ ПРИВРЕДНОГ ПРАВА, 3. допуњено и измењено изд., Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 545
53. Петровић, Милан, НАУКА О УПРАВЉАЊУ КАО ПРЕТПОСТАВКА УПРАВНЕ ПОЛИТИКЕ, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 400
54. Стевановић, Чедомир, Ђурђић Војислав, КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО – ОПШТИ ДЕО, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 390

ЗБОРНИЦИ

55. СИМПОЗИЈУМ "САМОУПРАВЉАЊЕ И УНУТРАШЊА КОНТРОЛА", материјал за саветовање које је одржано 19-21. априла 1973. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, 1973, 69 стр.
56. ЗАШТИТА ЧОВЕКОВЕ СРЕДИНЕ, Зборник радова са симпозијума одржаног новембра 1976. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета, Ниш, 1976, 197 стр. уредник: Славољуб Поповић
57. УДРУЖЕНИ РАД И ДРУШТВЕНА СВОЈИНА, Зборник радова са саветовања одржаног маја 1976. године у организацији Института за правна и

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

- друштвена истраживања Правног факултета, Ниш, 1976, 211 стр. уредник: Славољуб Поповић
58. ФЕДЕРАЦИЈА И ФЕДЕРАЛИЗАМ, Зборник радова са међународног научног симпозијума одржаног јуна 1986. године у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања Правног факултета и Савеза удружења за политичке науке Југославије, Ниш, 1986, 432. стр. уредник: Јован Ђорђевић
59. ДВЕСТОТА ГОДИШЊИЦА ФРАНЦУСКЕ РЕВОЛУЦИЈЕ (1789-1989), сепарат из Зборника, бр. 29-1989, Ниш, 1989, 84. стр. уредник: Душан Р. Паравина
60. ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР АНДРЕ ЂОРЂЕВИЋА: 1854-1914, Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1994, 44 стр. уредник: Гордана Станковић
61. РАД И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИХАИЛА МИТИЋА, Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1994, 89 стр. уредник: Гордана Станковић
62. СТО ПЕДЕСЕТ ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА СРПСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА: 1844-1994, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног октобра 1994. године у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1994, 182. стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић
63. ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИЛИВОЈА МАРКОВИЋА (1908-1986), Зборник објављен у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА – НИШКИ ЦИВИЛИСТИ, Ниш, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета, 1995, 305 стр. уредник Гордана Станковић
64. НИШКИ ЦИВИЛИСТИ: ПРОФ. ДР МИРСА МИЈАЧИЋ, ПРОФ. ДР ГОРДАНА СТАНКОВИЋ, ПРОФ. ДР ВЛАДИСЛАВ ЂОРЂЕВИЋ, Објављено у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА – НИШКИ ЦИВИЛИСТИ, Ниш, 1995, 76. стр. уредник: Гордана Станковић
65. ПРАВНИ ОДНОСИ У СТАМБЕНОЈ ОБЛАСТИ, Зборник радова са научног скупа одржаног марта 1995. године у организацији Института за правна и друштвена истраживања и Катедре за грађанскоправне науке, Ниш, 1995, 390. стр. уредник: Гордана Станковић
66. ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА, Зборник радова са међународног скупа одржаног новембра 1995. године на Правном факултету у Нишу у организацији Института за правна и друштвена истраживања, Ниш, 1996, 434 стр. уредник: Радмила Ковачевић Куштримовић
67. БОРИСЛАВ Т. БЛАГОЈЕВИЋ (1911-1986), Објављено у оквиру општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА, Ниш, 1997, 198. стр. уредник: Радмила Ковачевић Куштримовић

68. УГОВОР О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ, Зборник радова са стручног скупа одржаног новембра 1997. године у организацији југословенског Удружења за грађанско процесно право и арбитражно право и Правног факултета у Нишу, Ниш, 135 стр. уредник: Гордана Станковић
69. ЖИВОТ И ДЕЛО ПРОФ. ДР МИЛИВОЈА МАРКОВИЋА (1908-1986), Објављено у оквиру Општег семинара грађанског права СРПСКА ЦИВИЛИСТИКА – НИШКИ ЦИВИЛИСТИ, /репринт изд./, Ниш, 1998, 213 стр. уредник: Гордана Станковић
70. НАЦРТ КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА СР ЈУГОСЛАВИЈЕ И ЗАШТИТА ОД КРИМИНАЛИТЕТА НАСИЉА, Зборник саопштења и дискусије са научно-стручног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу новембра 1998. године, Ниш, 1999, 115 стр. уредник: Војислав Ђурђић
71. 20 ГОДИНА ЗАКОНА О ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ, Зборник радова са научно-стручног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу марта 1999. године, Ниш, 1999, 202 стр. редакција: Војислав Ђурђић, Гордана Станковић, Невена Петрушић
72. УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА СР ЈУГОСЛАВИЈЕ СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу децембра 1998. године, Ниш, 1999, 368. стр. уредник: Милан Петровић
73. ЈУГОСЛОВЕНСКА КРИЗА - ПОУКЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО, Зборник радова са међународног научног скупа одржаног маја 2000. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, 2001, 295 стр. уредници и рецензенти: Милан Петровић, Зоран Радивојевић
74. НОВИ ЗАКОН О ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ, Зборник радова са научно-стручног скупа одржаног на Правном факултету у Нишу маја 2001. године, Ниш, 267 стр. приредиле: Гордана Станковић, Невена Петрушић
75. СТРАНА УЛАГАЊА, Зборник радова са Семинара за иновацију знања одржаног фебруара-марта 2001. године на Правном факултету у Нишу, Ниш, 2001, 221 стр. уредник: Милорад Божић
76. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, св. 1, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2002, Ниш, 273 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић
77. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, св. 2, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2003, Ниш, 482 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић
78. ДВАДЕСЕТ ГОДИНА ЗАКОНА О ВАНПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ, 2003, Ниш, 260 стр. уредник: Гордана Станковић ПРАВНИКА, Ниш, 2003, 333 стр.
79. ПРАКТИЧНО ОБРАЗОВАЊЕ ПРАВНИКА, Ниш, 2003, 333 стр.
уредник Мирослав Лазић

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

80. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, св. 3, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2004, Ниш, 236 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић
81. ГРАЂАНСКА КОДИФИКАЦИЈА, св. 4, Зборник радова насталих у оквиру пројекта "Припреме за доношење јединственог грађанског законика", 2004, Ниш, 205 стр. уредник: Радмила Ковачевић-Куштримовић
82. РЕНЕСАНСА ФИНАНСИЈА, Зборник радова, 2004, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 156 стр., уредници: Миодраг Јовановић, Милева Анђелковић
83. 20 ГОДИНА ЗАКОНА О МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ, Зборник радова, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2004, стр. 320, уредник Мирко Живковић
84. УСТАВНО ПИТАЊЕ У СРБИЈИ: научно саветовање, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2004, стр. 464, уредник Милан Петровић
85. ЕВРОПСКИ СИСТЕМ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА: ИСКУСТВА И НОВИ ИЗАЗОВИ,, зборник радова са међународног научног скупа одржаног октобра 2003. г. на Правном факултету у Нишу, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2005, стр. 264, уредник: Зоран Радивојевић
86. СРБИЈА 1804-2004, зборник радова са међународног научног скупа одржаног октобра 2004. године на Правном факултету у Нишу, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2005, стр. 481, уредник уредник: Слободанка Стојичић
87. ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – УСАГЛАШАВАЊЕ СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ, зборник радова са међународне научне конференције, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2005, уредник: Гордана Станковић
88. ДВЕСТОТИНЕ ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА ФРАНЦУСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА – УТИЦАЈ ФРАНЦУСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА НА СРПСКО ПРАВО, зборник радова, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2005, стр. 337, уредник Гордана Станковић
89. НОВИНЕ У ПОРОДИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ, зборник радова са научне конференције одржане на Правном факултету у Нишу априла 2006, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 280
90. ФУНКЦИОНИСАЊЕ ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ, зборник радова са научне конференције одржане на Правном факултету у Нишу маја 2006, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 643
91. ХАРМОНИЗАЦИЈА СТЕЧАЈНОГ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА И НОВИ ЗАКОН О СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ, зборник радова, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2006, стр. 272, уредник Гордана Станковић

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

92. ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ – ИНСТРУМЕНТИ ЗА ИМПЛЕМЕНТАЦИЈУ ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА У ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ, тематски зборник радова у оквиру пројекта ПРАВО НА ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2007, уредник Невена Петрушић

СЕРИЈСКЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ

93. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 1/1962.
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
94. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 2/1963.
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
95. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 3/1964.
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
96. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 4/1965.
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
97. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 5/1966.
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
98. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 6/1967.
уредници: Славољуб Поповић и Петар И. Козић
99. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 7/1968.
уредник: Миодраг Матејић
100. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНО-ЕКОНОМСКОГ ФАКУЛТЕТА 8/1969.
уредник: Миодраг Матејић
101. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 9/1970.
уредници: Петар И. Козић и Врлета Круљ
102. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 10/1971.
уредници: Петар И. Козић и Врлета Круљ
103. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 11/1972.
уредник: Врлета Круљ
104. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 12/1973.
уредник: Славко Марковић
105. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 13/1974.
уредник: Душан Р. Паравина

ИЗГРАДЊА ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

106. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА ванредан број посвећен новим уставима 14/1974.
уредник: Славко Марковић
107. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, тематски број:
ТРИДЕСЕТ ГОДИНА ПРАВОСУЂА У СОЦИЈАЛСИТИЧКОЈ ЈУГОСЛАВИЈИ
15/1975.
уредник: Душан Р. Паравина
108. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 16/1976.
уредници: Славољуб Поповић и Момчило Димитријевић
109. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 17/1977.
уредник: Љубиша Јовановић
110. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 18/1978.
уредник: Слободан Миленковић
111. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 19/1979.
уредник: Михаило Митић
112. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 20/1980.
уредник: Михаило Митић
113. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 21/1981.
садржи библиографију радова поводом двадесетогодишњице рада
уредник: Чедомир Стевановић
114. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 22/1982.
уредник: Чедомир Стевановић
115. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 23/1983.
уредник: Димитрије Кулић
116. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 24/1984.
уредник: Мирослав Миљковић
117. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 25/1985.
уредник: Мирослав Миљковић
118. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 26/1986.
уредник: Мирослав Миљковић
119. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 27/1987.
уредник: Славко Марковић
120. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, редовни и тематски број:
УСТАВНЕ ПРОМЕНЕ У СР СРБИЈИ 28/1988.
уредник: Славко Марковић
121. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 29/1989.
уредник: Слободанка Стојичић

122. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 30/1990.
уредник: Слободанка Стојичић
123. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 31/1991.
уредник: Гордана Станковић
124. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 32-33/1992/93.
уредници: Гордана Станковић и Радмила Ковачевић Куштримовић
125. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 34-35/1994/95.
уредник: Драган Станимировић
126. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 36-37/1996/97.
уредник: Војислав Ђурђић
127. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 38-39/1998/99.
уредник: Милорад Рочкомановић
128. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 40-41/2000/01.
уредник: Дара Миленовић
129. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 42/2002.
уредник: Мирољуб Симић
130. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 43/2003.
уредник: Мирса Мијачић
131. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 44/2004.
уредник: Мирса Мијачић
132. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 45/2004.
уредник: Мирса Мијачић
133. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 46/2004.
уредник: Мирса Мијачић
134. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 47/2006.
уредник: Милан Петровић
135. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, тематски број: ЈОВАН
СТЕРИЈА ПОПОВИЋ 48/2006.
уредник: Милан Петровић
136. ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА, тематски број: Изградња
правног система Републике Србије 49/2007.
уредник: Милан Петровић

ЗАКони

137. УСТАВ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ и Уставни закон за спровођење Устава Републике Србије, поговор Стојановић Драган, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2006, стр. 129

☐.

МУЛТИМЕДИЈА И ЕЛЕКТРОНСКА ИЗДАЊА ЗБОРНИКА

☐.

138. ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НИШУ - Faculty of Law in Niš, мултимедијална презентација Факултета на српском и енглеском језику, ISBN 86-7148-033-X
COBISS-ID 98072076

