



МАТИЦА СРПСКА
ОДЕЉЕЊЕ ЗА ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

ЗБОРНИК
МАТИЦЕ СРПСКЕ
ЗА ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

MATICA SRPSKA
DEPARTMENT OF SOCIAL SCIENCES
SOCIAL SCIENCES QUARTERLY

Покренут 1950. године
До 10. свеске (1955) под називом *Научни зборник*, серија друштвених наука,
од 11. свеске (1956) – *Зборник за друштвене науке*, а од 76. свеске (1984)
под данашњим називом

ГЛАВНИ УРЕДНИЦИ

Др Милош Јовановић (1950), Живојин Бошков (1951–1952),
Рајко Николић (1953–1965), академик Славко Гавриловић (1966–1969),
др Александар Магарашевић (1970–1973), др Младен Стојанов (1974–1999)
др Милован Митровић (2000–2004), др Часлав Оцић (2005–)

135
(2/2011)

Уредништво

Др ГОРДАНА БЛАГОЈЕВИЋ
Др БОШКО БОЈОВИЋ (Француска)
Др РАЈКО БУКВИЋ
Др БРАНИСЛАВ С. ЋУРЋЕВ
Др МИЛОШ МАРЈАНОВИЋ
Др МАСАЈУКИ ИВАТА (Јапан)
Др ЈОВАНА МИЛУТИНОВИЋ, секретар Уредништва
Др МИЛОВАН МИТРОВИЋ
Др ДУШАН НИКОЛИЋ
Др ДРАГО ЊЕГОВАН
Др ЧАСЛАВ ОЦИЋ, дописни члан САНУ
Др ПИТЕР РАДАН (Аустралија)

Главни и одговорни уредник
Др ЧАСЛАВ ОЦИЋ, дописни члан САНУ

Ову тематску свеску Зборника уредио је
проф. др Душан Николић

Copyright © Матица српска, Нови Сад, 2011

ЗБОРНИК

МАТИЦЕ СРПСКЕ
ЗА ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

135
(2/2011)

НОВИ САД
2011

Илуcтpација на корици
гpавира Захарије Орфелина
Човек њице за сѝолом

ПРАВО И ВРЕМЕ / LAW AND TIME
(Време у праву и право у времену) / (Time in Law and law in time)

САДРЖАЈ / CONTENTS

ЧЛАНЦИ И РАСПРАВЕ	ARTICLES AND TREATISES
Душан Николић ПРАВО И ВРЕМЕ – УМЕСТО ПРЕДГОВОРА 207–209	Dušan Nikolić LAW AND TIME – IN PLACE OF THE FOREWORD 207–209
Сања Ђајић ВРЕМЕНСКА НАДЛЕЖНОСТ МЕЂУНАРОДНИХ СУДОВА И АРБИТРАЖА 211–230	Sanja Đajić TEMPORAL JURISDICTION OF INTERNATIONAL JUDICIAL AND ARBITRAL COURTS 211–230
Татјана Лукић ОРГАНИЗАЦИЈА ПРЕТХОДНОГ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА 231–240	Tatjana Lukić ORGANIZATION OF PREPARATORY CRIMINAL PROCEEDINGS 231–240
Зоран Лончар УЛОГА ОРГАНА УПРАВЕ У ПОСТУРКУ ИЗДАВАЊА ПУТНИХ ИСПРАВА 241–258	Zoran Lončar JURISDICTION OF STATE ADMINISTRATION IN THE PROCEDURE OF ISSUING TRAVEL DOCUMENTS 241–258
Светозар Чиплић ОДНОС ПОСЛАНИКА И ПОЛИТИЧКИХ СТРАНАКА 259–268	Svetozar Čiplić RELATIONSHIP BETWEEN MEMBERS OF PARLIAMENT AND POLITICAL PARTIES 259–268
Ивона Лађевац – Драган Ђукановић РАЗВОЈ НАЧЕЛА СУПСИДИЈАРНОСТИ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ – ОД УГОВОРА ИЗ МАСТРИХТА ДО УГОВОРА ИЗ ЛИСАБОНА 269–278	Ivona Lađevac – Dragan Đukanović DEVELOPMENT OF THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN THE EUROPEAN UNION – FROM THE TREATY OF MAASTRICHT TO THE TREATY OF LISBON 269–278

Нина Планојевић СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ ОД НЕВЛАСНИКА У НАЦРТУ ЗАЈЕДНИЧКОГ ПОЈМОВНОГ ОКВИРА СТУДИЈСКЕ ГРУПЕ ЗА ЕВРОПСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК	Nina Planojević ACQUISITION OF OWNERSHIP BY NON-OWNERS IN THE DRAFT OF COMMON FRAME OF REFERENCE OF THE STUDY GROUP FOR EUROPEAN CIVIL CODE
--	--

279–291

Атила Дудаš О ПОСТУРКУ УСВАЈАЊА НОВОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ МАЂАРСКЕ	Atila Dudaš ON THE PROMULGATION OF OF THE NEW HUNGARIAN CIVIL CODE
---	---

293–311

Душан Николић ДВА ВЕКА АУСТРИЈСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА	Dušan Nikolić TWO CENTURIES OF THE AUSTRIAN CIVIL CODE
--	--

313–327

ПОДАЦИ О АУТОРИМА 329

Душан Николић*

ПРАВО И ВРЕМЕ (уместо предговора)

Право је у сталном раскораку са друштвом и временом. Оно непрестано касни за развојем друштвених односа. Реч је о системском проблему који постоји од самог почетка. Познато је, или се барем с разлогом може претпоставити, да су односи у првобитним људским заједницама били регулисани обичајима који су настајали споро, дуготрајним понављањем одређених поступака у сличним ситуацијама. Таква регулатива је била изворна [Kemp Allen 1964: 1], заснована на искуству које је стицано генерацијама. То, пак, значи да су биле потребне године, а понекад и деценије да би се одређено правило уобличио и усталило. Друштвени живот се у међувремену одвијао у складу са руководним начелима [Николић 2010: 25]. Требало је, такође, много времена да се обичајно правило измени и прилагоди новим приликама у друштву. Та спорост није била толико оптерећујућа све док су друштвени односи били мање сложени и док промене у друштву нису биле нагле и честе. Међутим, околности су се битно измениле када су почеле да се формирају веће заједнице. Бројније друштво је стварало комплексније односе, изискивало је сложенију регулативу и брже колективно реаговање на нежељене поступке појединаца. То је у значајној мери утицало на настанак нове, политичке организације друштва, оличене у држави. Истовремено са њеном појавом почео је да се развија нови облик регулисања друштвених односа. Не чекајући настанак обичаја, органи државне власти су сами стварали правила која су важила за будуће истоврсне ситуације (*pro futuro*). У почетку је то било нормативно реаговање на већ познате прилике у друштву, али се касније јавила потреба за својеврсном правном прогностиком и регулисањем односа за које се могло претпоставити да ће настати у ближој или даљој будућности. Међутим, новом регулативом, коју називају неискуственом и артифицијелном [Kemp Allen 1964: 1], проблем није решен у потпуности. Органи државне власти никада нису успевали да у потпуности сагледају све аспекте одређених појава и процеса и да утврде правила за све будуће правно релевантне односе у друштву. Истовремено са порастом броја људи, растом њихове међузависности и техничким и технолошким напретком, увећавао се раскорак између нормативног и стварног.

* Др Душан Николић, редовни професор Правног факултета у Новом Саду. Придружени (дописни) члан Међународне академије за упоредно право у Паризу. Члан Уређивачког одбора *Зборника Мајнице српске за друштвене науке*, задужен за област права.

Временом се испоставило да правна регулатива коју ствара држава садржи одређене концепцијске и функционалне противречности које, пре или касније, доводе до њене неажурности, непотпуности и неактуелности. На први поглед, парадоксално делује податак да у томе предњаче правни системи грађени у духу тзв. *ајсџиракџиноџ казуизма*, који су препознатљиви по настојању да се што више релевантних друштвених односа уреди детаљним правним правилима. У том смислу, познато је искуство Пруске са *Ојшџим земаљским закоником (Allgemeines Landrecht für die Königlich Preussischen Staaten)* из 1794. који је имао око 17.000 параграфа, као и потоње искуство Немачке са такође обимним *Грађанским закоником (Bürgerliches Gezetzbuch für das Deutsche Reich)* из 1896. године [Ebke – Finkin 1996: 8]. Са друге стране, мање детаљни грађански законици Француске (*Code civil des Français*) из 1804. и Аустрије (*Allgemeines Bürgerliches Gezetzbuch*) из 1811, који се одликују вишим нивоом апстрактности, остављали су више простора државним органима за различита тумачења, и као такви успешније су одолевали изазовима времена у протекла два века. Међутим, ти кодекси, због наглашене уопштености и неуједначених интерпретација правних правила, стварају виши степен правне несигурности.

Полазећи од наведених слабости државног права, поједини аутори се залажу за постепену *деетџајизацију* друштвених односа и за развој тзв. *цивилноџ друшџива* у ком би кључну улогу требало да имају друштвено самоорганизовање и различити облици недржавне регулативе. У том контексту, посебан значај се придаје тзв. меком праву (*soft law*) – односно, формално необавезујућим модел правилима за која се верује да ће бити примењивана у пракси због квалитета понуђених решења и високог угледа њихових аутора у академским круговима. Постоје, такође, процене да би удружења грађана и професионалне асоцијације самостално боље уредили питања у областима које се на њих односе и да би брже реаговали на актуелне и очекиване промене у друштву. Међутим, последњих година је постало очигледно да друштвена заједница не може нормално функционисати без добро организоване државе [Nikolić 2007: 53]. Јасно је да у периоду великих економских и социјалних изазова друштво не може у потпуности препустити регулисање релевантних односа ужим друштвеним групама и грађанској (приватној) иницијативи, нарочито када се има у виду чињеница да на примену правила у многим срединама више утиче страх од државне принуде и санкције, него правна свест грађана. Ипак, у даљој перспективи се могу очекивати различита компромисна решења. Једно од њих је да држава, када то дозволе опште прилике у свету, остави недржавним субјектима више простора у регулативној сфери и да на том пољу реагује само онда када изостане правовремена приватна иницијатива. Хипотетички, саморегулација би (у области приватног права) могла бити бржа, потпунија и ефикаснија од државне регулативе. Међутим, и иза таквих, аутономних правила, морала би стајати државна принуда, односно санкција, барем док друштво

Сања Бајић*

ВРЕМЕНСКА НАДЛЕЖНОСТ МЕЂУНАРОДНИХ СУДОВА И АРБИТРАЖА¹

САЖЕТАК: Рад истражује временски аспект надлежности Међународног суда правде, Европског суда за људска права и међународних инвестиционих арбитража. Постоје две врсте временских ограничења за међународне судове: забрана ретроактивне примене међународних аката и посебни *ratione temporis* услови заснивања надлежности који су специфични за сваки међународни форум понаособ. Забрана ретроактивне примене је опште правило међународног права које сви међународни форуми узимају у обзир, иако ће се разлике у тумачењу појавити у вези са питањем трајних и сложених аката и начина на који они могу превазићи ограничења забране ретроактивности. У раду се посебно анализира примена чл. 28. Бечке конвенције о уговорном праву и чл. 13–15 Нацрта правила о одговорности држава за противправни акт. Рад приказује и различита тумачења момента настанка спора који се врло често јавља као услов заснивања надлежности *ratione temporis*.

КЉУЧНЕ РЕЧИ: *ratione temporis*, забрана ретроактивности, трајни акти, сложени акт, спор.

УВОД

Надлежност међународних судова и арбитража има низ специфичности у поређењу са националним судовима. Факултативност међународне надлежности јесте једна од тих специфичности и значи да је увек потребна сагласност тужене државе. Приликом давања сагласности државе своју сагласност могу ограничити или условити. Пошто се међународна надлежност може дефинисати као *ratione materiae*, *ratione personae* и *ratione temporis* (понекад и *ratione loci*), таква могу бити и ограничења које држава може посебно изразити. Поред специфичних ограничења, често изражених у форми резерви на надлежност, постоје и инхерентна ограничења надлежности међународних судова која могу постојати у истој форми: *ratione materiae*, *ratione personae* и *ratione temporis*. Предмет овог рада

* Др Сања Бајић, ванредни професор Правног факултета у Новом Саду.

¹ Рад је посвећен пројекту бр. 149042 који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

је временска надлежност међународних судова, њена природа и могућа ограничења. Рад ће пружити преглед праксе неколико међународних судова и арбитража како би се установиле сличности и разлике и пружио преглед општих правила међународног права о временској надлежности.

Временска надлежност специфична је за међународно правосуђе. Временска надлежности се као посебно питање ретко јавља у поступцима пред домаћим судовима, ту ће се пре расправа водити о временском важењу закона што је и даље без утицаја на сâму надлежност судова. Без испуњеног услова временске надлежности међународни судови немају право да поступају у одређеној ствари те ће се без уласка у меритум спора прогласити ненадлежним. Пошто је сагласност услов за надлежности, код временске надлежности се посматра временска димензија дате сагласности: од ког момента и у којем временском распону важи дата сагласност. Поред *ratione temporis* ограничења надлежности међународни судови и арбитраже морају да воде рачуна и о временском важењу извора који се примењују за решавање спорова. Према томе, постоји двострука временска димензија приликом решавања међународних спорова.

Поред тога што је временска надлежност својствена само међународним судовима, она има и низ других специфичности у односу на стварну и персоналну надлежност. Многи аутори је сматрају секундарном у односу на стварну и персоналну, односно изведену из стварне и персоналне надлежности када се у односу на ове две јавља само као њихово временско ограничење [Rosenne 1960: 57]. У пракси то не значи да се овом виду надлежности неће посветити пажња. Напротив, врло су чести приговори *ratione temporis* којима се надлежност оспорава. Међутим, акцесорна природа се може видети у низу претпоставки у корист надлежности када о њима расправљају међународни форуми, као и у чињеници да временски приговор, који најчешће и бива истицан тек као последњи, углавном има и скромнији циљ: да надлежност суда само ограничи али не и да је потпуно искључи. У овом раду посебно ће бити испитане одлуке Међународног суда правде, Европског суда за људска права и међународних инвестиционих арбитража које могу на најбољи начин илустровати природу ове врсте надлежности.

МЕЂУНАРОДНИ СУД ПРАВДЕ

Постоји схватање да се временска надлежност Суда, за разлику од стварне и персоналне, јавља као специјална пошто га ни Статут нити Правила Суда временски не ограничавају у вршењу судске функције [Abi-Saab 1967: 68]. Наравно, ово правило не отклања забрану ретроактивне примене правила, тако да се као други вид временског ограничења, овог пута инхерентног по својој природи, јавља важење материјално-правних извора који представљају основ права и обавеза. Надлежност Суда *ratione temporis* јесте секундарна, изведена надлежност, јер не фигурира као самостални облик већ је акцесорна у односу на надлежност *ratione materiae* или *ratione personae* [Аврамов–Крећа 1996: 491]. У складу

са овим закључком ограничење сагласности на саму надлежност би представљало питање *ratione personae temporis*, док би проблем важења извора био *ratione materiae temporis* правно питање. Државе своју сагласност у погледу надлежности могу временски ограничити, како у односу на будуће, тако и у односу на прошле спорове. Један од начина ограничења временске надлежности Суда је путем резерви *ratione temporis* на сагласност дату у форми факултативне клаузуле.² У том случају постоје две врсте могућег ограничења: прва врста резерви ограничава надлежност Суда само на спорове који су настали после датума депоновања изјаве,³ док друга врста резерви ограничење проширује и на чињенице и околности које су довеле до спора.⁴ Јасно је да је ограничење у другом случају много шире јер захтева од Суда испитивање узрока настанка спора што је много деликатније од утврђивања тачног момента када је спор настао.

Суд се често у својој пракси бавио питањем временске надлежности, било преко провере момента настанка спора, односно чињеница и околности које су довеле до настанка спора, или провером материјално-правног важења обавезе за тужену државу.⁵ У оба случаја Суд испитује временски аспект сагласности државе: док је у првом та сагласност усмерена на основ надлежности, у другом је реч о сагласности на основ међународне обавезе. На овом месту ми ћемо се ограничити на оне примере из праксе који илуструју сложеност правних питања на која Суд мора дати одговор одлучујући о *ratione temporis*, иако понекад одговори на та питања нису у потпуности конзистентни.

Једно од таквих питања је време настанка спора јер оно представља критични моменат у односу на који важи сагласност на надлежност Суда. У предмету *Право њреласка њреко индијске ѡерииѡорије* Суд закључује:

² Постоје декларације о прихватању надлежности Суда *без ratione temporis* резерви. Пример је изјава Мадагаскара од 2. јула 1992. године (доступна на: <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3&code=MG>). Посећено 15. септембра 2010).

³ Пример је изјава Парагваја од 25. септембра 1996. године: „Ова изјава важи само за спорове који настану након датума депоновање ове изјаве.” (доступно на: <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3&code=PY>). Посећено 15. септембра 2010).

⁴ Пример је изјава Уједињеног Краљевства од 5. јула 2004. године: „Влада Уједињеног Краљевства прихвата као обавезну *ipso facto* и без посебног споразума, под условом реципроцитета, надлежност Међународног суда правде. ... у погледу свих спорова који настану након 1. јануара 1974. године а у погледу чињеница и околности које наступе након овог датума.” (доступно на: <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3&code=GB>). Посећено 15. септембра 2010).

⁵ Могуће је да се истовремено расправља о оба аспекта временске надлежности. Тако се у предмету Англоиранске нафтне компаније, по тужби Уједињеног Краљевства против Ирана, Суд прогласио ненадлежним: „Уједињено Краљевство се не позива ни на један међународни уговор или конвенцију која је закључена након ратификације иранске декларације, те Суд закључује да овај спор који је покренуло Уједињено Краљевство не представља спор који је настао у вези са околностима или чињеницама насталим непосредно или посредно у вези са међународним уговорима и конвенцијама које је прихватила Персија а након ратификације ове декларације.” – *Англоиранска нафтна компанија (Уједињено Краљевство ѡрѡив Ирана)*, стр. 113.

„Спор пред овим Судом, који има три дела, није се формирао све док сви његови конститутивни елементи нису настали. Један од тих елемената су и наводне препреке које је Индија још 1954. године увела ометајући вршење права преласка Португалије. Према томе, спор који је изнет пред Суд није могао настати до 1954. године. У том погледу је испуњен услов из декларације Индије о прихватању надлежности Суда. Ако и посматрамо само део спора у вези са португалским захтевом, што Индија оспорава, а који се односи на право преласка, став Суда је исти. Јасно је из материјала достављених Суду да се пре 1954. године прелазак одвијао на начин који је за обе стране био задовољавајући. Дешавали су се поједини инциденти, али они нису навели стране да заузму јасан правни став у својим међусобним односима. „Сукоб правних схватања” између страна, који Стални суд међународне правде сматра дефиницијом спора у случају *Мавромајџис* (...), тада још увек није наступио. (...) Чињенице и околности које су у овом погледу релевантне су оне у вези са којима је спор настао... односно оне које се сматрају извором спора, оне које су његов стварни узрок. (...) Стални суд налази да је тачно да спору могу претходити околности и чињенице, али то не значи да је спор настао у вези са тим околностима и чињеницама”. Стални суд тако прави разлику између околности и чињеница које су извор права које једна од страна захтева и околности и чињеница које су извор спора. Само ове последње се узимају у обзир ради примене декларације о прихватању надлежности Суда.” [*Право њреласка њреко индијске ѡериторије*, пресуда од 12. априла 1960, стр. 32]

Међународни суд правде сматра да је време настанка спора кључно за одређивање временске надлежности. Ако је спор настао раније Суд неће бити надлежан јер се сагласност тужене државе не може протегнути ретроактивно, тако да ће спор у целини бити ван надлежности суда. Пред Судом је питање када се спор дефинитивно конституисао као „сукоб правних схватања”. То ће Суд ценити у сваком конкретном случају. Додатни елементи приликом ове оцене су и услови под којима је дата сагласност на надлежност. Наиме, државе своју сагласност могу искључити у погледу спорова који су настали пре давања сагласности, или чак и у односу на чињенице и околности који су довели до спора (управо на оне на које указује Суд у предмету *Право њреласка*).

Добру илустрацију начина решавања овог питања, у светлу општих ставова Суда и појединих изјава, представља пресуда Међународног суда правде поводом захтева Југославије за изрицање привремених мера у предмету *Леѓалносѡи уѡоѡребе силе*. У првој фази поступка, одлучујући о захтеву за привременим мерама на основу тужбе Југославије поводом НАТО бомбардовања које је почело 24. марта 1999. године, Суд је ценио изјаве о прихватању надлежности које су поднеле Југославија и поједи-

не тужене државе, будући да ове изјаве имају реципрочно дејство. Југославија је своју декларацију о прихватању надлежности депоновала 25. априла 1999. године, током бомбардовања. Декларација је садржала *ratione temporis* клаузулу којом је своју сагласност на надлежност Суда ограничила искључиво на спорове који су настали након потписивања ове декларације а у погледу околности и чињеница које су наступиле након њеног депоновања. Суд је установио да *prima facie* нема надлежност да усвоји привремене мере због природе *ratione temporis* ограничења из ове изјаве. Суд то образлаже на следећи начин:

„26. Пошто је Југославија прихватила надлежност Суда *ratione temporis* само у погледу, са једне стране, спорова који настану након потписивања декларације и, са друге стране, само оних спорова који се тичу околности и чињеница које наступе након потписивања декларације (...); и пошто је Суду, да би утврдио да ли у овом случају има надлежност, према тексту декларације, потребно да установи да ли је 'спор' настао пре или после 25. априла 1999, датума када је декларација потписана;

27. Пошто је апликација Југославије насловљена 'Апликација СР Југославије против Краљевине Белгије због повреде забране употребе силе'; и пошто је у самој апликацији 'предмет спора' описан на општи начин, али се ипак из описа чињеница на којима се захтев заснива и начина на који су захтеви формулисани може видети да је апликација у суштини усмерена против 'бомбардовања територије СР Југославије' где се од Суда захтева да се оно обустави;

28. Пошто је опште позната чињеница да је бомбардовање почело 24. марта 1999. године и да се континуирано наставило током периода након 25. априла 1999, где Суд без сумње закључује да је у светлу, *inter alia*, расправа пред Саветом безбедности од 24. и 26. марта 1999. године, 'правни спор' (...) 'настао' између Југославије и туженог, као и са осталим државама чланицама НАТО много пре 25. априла 1999. године у вези са легалношћу бомбардовања, у целини;

29. Будући да се бомбардовање наставило и после 25. априла 1999. године и да је спор у вези са тим опстао и након тог датума, та чињеница није такве природе да измени спор који је већ настао; сваки појединачни ваздушни напад се не може сматрати као основ за одвојене спорове који су накнадно наступили; Југославија у овој фази поступка није доказала да су између страна од 25. априла 1999. настали нови спорови у вези са новим околностима приписивим Белгији, где би се такав спор разликовао од почетног." [*Легалности употребе силе*, СР Југославија против Белгије, наредба о привременим мерама од 2. јуна 1999]

Суд овде закључује да је спор настао пре дате сагласности и да резерва *ratione temporis* у изјави о прихватању надлежности спречава Суд да изрекне привремене мере. Трајни карактер противправног акта не мења моменат настанка спора који, по мишљењу Суда, коинцидира са почетком бомбардовања. Да је Суд применио доктрину сложеног акта, као у предмету *Право њреласка њреко индијске ѡерииѡрије*, било би могуће тврдити да је спор настао касније, ако не наступањем последњег елемента таквог сложеног акта, онда нешто раније али свакако након давања сагласности. Ова два спора илуструју како Суд долази до закључка да је спор кристализован. У првом је то било доста након наступања чињеница и околности које су довеле до обраћања Суду, док је у другом спор наступио истовремено са почетком противправног акта.

До сличног закључка Суд долази и у једном новијем спору између Лихтенштајна и Немачке. Реч је о спору у вези са уметничким делом које је Чехословачка конфисковала 1946. године на име ратне одштете од нацистичке Немачке. Када је много година касније ово дело било изложено у Немачкој, краљевска породица покренула је поступак повраћаја имовине, али су се немачки судови огласили ненадлежним и одбацили захтев на основу међународног споразума о репарацијама. Питање је заправо било да ли је Немачка, супротно споразуму о репарацијама, прихватила изједначавање имовине Немачке и Лихтенштајна тиме што је прећутно пристала на тумачење порекла имовине које је дала Чехословачка. Пошто краљевска породица није успела да врати уметничко дело пред судовима Немачке нити пред Европским судом за људска права, Лихтенштајн је покренуо спор пред Међународним судом правде са захтевом да се утврди да је Немачка повредила права Лихтенштајна и њених држављана пропуштајући да заштити њихову имовину. Основ надлежности у овом спору била је Европска конвенција о мирном решавању спорова која је ступила на снагу 18. фебруара 1980. године, која у свом првом члану уговара надлежност Међународног суда правде за спорове између страна уговорница искључујући оне спорове који настану у вези са чињеницама које наступе пре ступања на снагу ове конвенције. Временска надлежност Суда је овде зависила од тога да ли је узрок спора Споразум о репарацијама и Бенешов декрет о конфискацији из 1946. године или поступање немачких судова из 1995. године. Суд се огласио ненадлежним:

„Суд закључује да одлуке немачких судова у предмету *Pieter van Laer* се не могу одвојити од Споразума о репарацијама и Бенешовог декрета те се стога ове одлуке не могу сматрати стварним узроком овог спора између Лихтенштајна и Немачке.”
[*Сиѡр ѡводом имовине*, Лихтенштајн против Немачке, Одлука о претходним приговорима од 10. фебруара 2005, пасус 51]

Суд се овде бави утврђивањем узрока настанка спора а не моментом када је спор као „сукоб правних схватања” настао. Да је *ratione temporis*

клаузула другачије формулисана тако да се надлежност Суда ограничи само моменат настанка спора, вероватно би захтев Лихтенштајна имао већих изгледа на успех.

Претходни примери показују како *ratione temporis* ограничења могу утицати на установљење надлежности Међународног суда правде. Суд се може наћи у прилици да процењује моменат настанка спора према критеријуму из предмета Мавроматис, или ће испитивати ранији моменат, а то су чињенице и околности које су касније довеле до кристализације спора. Приступ ће највише зависити од формулације изјаве о прихватању надлежности, али ће Суд ипак бити слободан да процени када је стварни сукоб достигао ниво правног спора. У том контексту доктрина сложеног акта може имати значаја што показује предмет *Право њреласка њреко индијске њшерѡрије*.

Међутим, временско ограничење надлежности Суда није одређено само основом надлежности. Могуће је да временска надлежност Суда буде условљена и другим међународноправним изворима који су потенцијално основ међународне одговорности државе. Другим речима, уколико обавеза није била на снази за државу у време када се по предмету тужбеног захтева десио противправни акт, начело забране ретроактивности искључује и надлежност Суда за тај период. Питање у вези са овом врстом ограничења појавило се у претходној фази спора *Примена Конвенције о сѡречавању и кажњавању злочина геноцида* између Босне и Херцеговине и тадашње СР Југославије. Југославија је уложила више претходних приговора оспоравајући, између осталог, и временску надлежност Међународног суда правде. Аргумент *ratione temporis* тужене државе заснивао се на начелу неретроактивности правних аката, те ако Суд и установи да је надлежан за овај спор, његова се надлежност не може протегнути на чињенице које су наступиле пре него што је Конвенција ступила на снагу између страна у спору. Овај аргумент показује одвојеност *ratione temporis* аспекта основа надлежности Суда, са једне стране, и *ratione temporis* ограничења стварне надлежности Суда преко забране ретроактивне примене основа међународне обавезе. Међутим, Суд је овај захтев одбио практично изједначавајући правила о процени *ratione temporis* услова своје надлежности, што се чини у моменту подношења захтева за покретање спора, са условима примене материјалноправних правила. Образложење је необично јер је директно супротно забрани ретроактивности:

„У погледу овог питања Суд ће своје разматрање ограничити на то да Конвенција о геноциду – а нарочито њен члан IX – не садржи одредбу чији би предмет или дејство били да ограничи надлежност *ratione temporis* на овај начин, нити су стране у спору уложиле резерву са овим циљем, било на Конвенцију или приликом потписивања Дејтонско-париског споразума. Према томе, Суд закључује да је надлежан за овај спор у погледу чињеница које су наступиле од почетка сукоба у Босни

и Херцеговини.” [Примена Конвенције о сиречавању и кажњавању злочина геноцида, пресуда о претходним приговорима, пасус 34]

Ако Суд полази од претпоставке да располаже временском надлежношћу за одлучивање поводом чињеница и околности које су постојале пре покретања спора, где је таква претпоставка оборива приликом постојања изричитог противљења држава у спору, сасвим је другачија претпоставка код забране ретроактивне примене материјалноправних правила. Члан 28. Бечке конвенције о уговорном праву (1969) је у том погледу врло јасан:

Осим ако друкчија намера не произилази из уговора или није на други начин утврђена, одредбе уговора не везују једну чланицу у погледу акта или чињенице који су претходили датуму ступања на снагу овог уговора у односу на ту чланицу или ситуацију која је престала да постоји тог датума.

Могло би се чак и тврдити да Суд располаже претпоставком у корист временске надлежности управо захваљујући чињеници да могући материјалноправни основ међународне одговорности државе постоји за спорни период, те се супротно закључивање, о важењу међународноправних правила преко основа надлежности, никако не може бранити. Пракса Међународног суда правде заправо поручује државама да појединачно дефинишу своју *ratione temporis* сагласност на основ надлежности. У супротном је могуће да се временска надлежност тумачи екстензивно те да евентуалне мањкавости буду отклоњене као формалности којима Суд неће придати значај,⁶ и то у таквој мери да се начело неретроактивности изједначи са питањима форме.

ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Надлежност Европског суда за људска права ограничена је, као и надлежност Међународног суда правде, персоналним, стварним и временским условима. У погледу ових последњих, забрана ретроактивне примене Европске конвенције за заштиту људских права представља једну врсту временског ограничења,⁷ те ће представка која није задовољила овај услов бити одбачена као неспојива са одредбама конвенције у складу са чл. 35. Европске конвенције.

⁶ Познат је став Суда да се недостатку форме у међународном праву не придаје значај какав би овакав недостатак имао у унутрашњем праву: „Суд, чија је надлежност међународна, није у обавези да форми даје исти значај који би она могла имати у унутрашњем праву.” – *Мавромайис* (1924), стр. 34.

⁷ Временско важење Европске конвенције за сваку државу уговорницу која конвенцији приступи након њеног ступања на снагу у међународноправном смислу регулисано је чл. 59, ст. 4, који гласи: „У погледу сваког потписника који је буде ратификовао после тога, Конвенција ступа на снагу на дан када овај депонује свој инструмент ратификације.”

У пракси Европског суда постоји велики број предмета који су проглашени недопуштеним већ у првој фази, јер се повреда десила пре него што је Европска конвенција постала обавезна за државу уговорницу. Такве представке су рутински одбациване без мериторног одлучивања. Овакви предмети потврђују забрану ретроактивне примене Европске конвенције и без посебног ограничења *ratione temporis*. Друга група предмета је она где околности случаја указују да је повреда започета пре ступања Европске конвенције на снагу, али је наставила да постоји као трајни акт. Дакле, узроци повреде су настали пре ступања Европске конвенције на снагу, док се повреда десила или је трајала након њеног ступања на снагу. У погледу прве групе предмета важна је разлика на коју указује и Коментар уз *Нацрт правила о одговорности држава*, а то је да треба разликовати трајну повреду од трајних последица повреде, јер само овај први случај представља трајни противправни акт [Stawford 2003: 136]. Ако је реч о трајним последицама повреде Суд ће рутински такве представке прогласити недопуштеним већ у првој фази разматрања, док ће другим посветити пажњу. У првој групи предмета су се, по правилу, налазили захтеви везани за повреду права на заштиту имовине из чл. 1. Протокола I уз Европску конвенцију. Пошто је Суд заузео став да одузимање имовине није трајни већ тренутни акт, такве су представке сматране некомпатибилним са временским ограничењем надлежности Суда. Захтеве наследника и бивших власника имовине која је национализована након Другог светског рата Суд је проглашавао недопуштеним јер: „Лишење имовине или неког другог стварног права у начелу представља тренутни акт и не представља трајно стање 'лишења права'” као и да се „члан 1. Протокола I не може тумачити као да намеће општу обавезу државама уговорницама повраћаја имовине која им је била пренета пре него што су ратификовале Конвенцију. Нити чл. 1. Протокола I намеће било каква ограничења слободи држава уговорница у погледу одлучивања повраћаја имовине или избора услова под којима ће извршити обештећење ранијих власника.” [Maltazan et al. пасус 74]

Критичан моменат за утврђивање надлежности Суда биће моменат повреде права. Ако је повреда права наступила пре него што је Конвенција ступила на снагу за тужену државу, Суд неће поступати због забране ретроактивне примене међународних аката. Међутим, није увек лако утврдити када је повреда наступила, као што је и могуће да је повреда трајног карактера тако да постоји и у време када Конвенција ступи на снагу за тужену државу. Такође, државе могу декларацијом додатно ограничити временску надлежност Суда тако што ће из његове надлежности искључити оне захтеве који се заснивају на чињеницама које су наступиле пре давања сагласности на Конвенцију.⁸ Ове околности су утицале на делимично некохерентну праксу Суда у погледу утврђивања временске надлежности нарочито када је реч о повреди права на имовину.

⁸ То је случај, на пример, са изјавом Хрватске о прихватању надлежности на основу чл. 25. и 46. Европске конвенције која је дата 5. новембра 1997. године.

У случају *Пајамихалоуџулос и друђи њројив Грчке* лишење имовине наступило је пре него што је Грчка дала своју сагласност. Суд констатује да је реч о повреди права на имовину јер се захтев односи на трајно стање које је и даље на снази у време одлучивања. Суд указује на додатно *ratione temporis* ограничење у поновљеној сагласности Грчке на надлежност Суда, али констатује и да је тужена држава пропустила да уложи претходне приговоре те из тих разлога Суд нема обавезу да о овом питању расправља [*Paratihelopoulos*, пасус 40]. Овде се два фактора чине важним за одлуку: трајни карактер повреде и пропуст државе да уложи приговор. У каснијим предметима Суд прихвата *ratione temporis* ограничење из изјаве Грчке о прихватању надлежности Суда након што је тужена уложила приговор.⁹ У предмету *Лоизиду њројив Турске* Суд поново констатује да је одузимање имовине трајна повреда која може отклонити временско ограничење надлежности чак и када постоји приговор тужене државе. Турска окупација дела Кипра је почела 1974. године пре пристанка Турске на надлежност Суда 1990. године. Турска је приговорила да се експропријација тужитељкине имовине окончала доношењем Устава Републике Северни Кипар 1985. године те се последице експропријације не могу протегнути и на период после 1990. Суд је одбио да призна било какво правно дејство овом уставном акту, позивајући се на резолуције Савета безбедности УН, те је констатовао да ометање имовине и даље постоји у време заснивања надлежности.

Међутим, у неким каснијим одлукама Суд лишење сматра тренутним, а не трајним актом и оглашава се ненадлежним упркос одсуству приговора тужене државе. Реч је о предмету *Блечих њројив Хрватске* у којем је нарочито место имало временско важење Европске конвенције, временска надлежност Суда и место приговора *ratione temporis*. Тужитељка је тврдила да је Хрватска повредила њено право на имовину јер није заштитила њено станарско право за време њеног одсуства током рата у Хрватској. Хрватска је, наиме, тужитељки одузела станарско право над станом и доделила га другом лицу на основу посебног прописа и одлуке о решавању стамбених питања избеглих лица. Лишење имовине на основу овакве одлуке се десило пре него што је Хрватска приступила Конвенцији, али је коначна одлука у поступцима које је тужитељка водила пред домаћим судовима због ове повреде донета након приступања Хрватске Европској конвенцији. Првостепено веће је представку прогласило допуштеном и констатовало да је Суд надлежан да поступа у овој ствари. Велико веће је, међутим, поступајући по жалби изменило првостепену одлуку на основу *ratione temporis* резерве у изјави Хрватске о прихватању надлежности. Суд констатује да је акт којим је коначно решено питање одузимања имовине пресуда Врховног суда, а не одлука Уставног суда поводом уставне жалбе. Пошто је та одлука донета пре прихватања надлежности Суд констатује, ослањајући се нарочито на

⁹ Постоји више таквих предмета, овде само примера ради помињемо *Стамулакатос* и *Кефалас* случајеве.

ratione temporis ограничење у изјави о прихватању надлежности, да нема временску надлежност да мериторно расправи тужбени захтев [Блечић, пасус 92]. Суд, дакле, на овом месту лишење третира као тренутни а не трајни акт. Могућност да, и поред одсуства приговора тужене државе, расправља о временској надлежности (за разлику од Папамихалопулоса), Суд образлаже на следећи начин:

„Надлежност Суда утврђена је Конвенцијом, нарочито чл. 32., а не поднесцима страна у спору, тако да непостојање приговора недопуштености не значи да ће Суд бити надлежан. (...) У погледу временске надлежности начело неретроактивности ограничава *ratione temporis* и одредбе о надлежности а не само материјалноправне одредбе Конвенције.” [Блечић, пасус 67]

Дакле, у овом случају два су питања била одлучујућа: тренутни карактер лишења имовине и ирелевантност претходних приговора *ratione temporis*. Штавише, Суду је овде, за разлику од Папамихалопулоса, забрана ретроактивности довољна да по службеној дужности ограничи своју временску надлежност.

Пошто пракса није у потпуности уједначена тешко је извести категоричан закључак у погледу временске надлежности Суда. Међутим, оно што јесте извесно је да Европски суд не оперише појмом „спор” који је важан за надлежност Међународног суда правде, али и неких других међународних судских тела као што су то инвестиционе арбитраже. Затим, чини се да Суд више води рачуна о општим ограничењима своје надлежности у складу са начелом забране ретроактивности, него што то ради Међународни суд правде код којег је *ratione temporis* прилично флексибилна категорија у великој мери на диспозицији страна у спору. Но и у овом делу, имајући у виду Папамихалопулос случај, тешко је тако нешто до краја тврдити. Затим, код Европског суда за људска права трајна повреда може отклонити препреку *ratione temporis*. Овде Суд располаже извесним дискреционим овлашћењем: приликом процене да ли је реч о трајној или тренутној повреди, да ли је повреда тренутна а само су последице трајне, и које категорије људских права уопште могу бити подобне за трајну повреду. Судаћи бар по пракси у погледу лишења имовине, чини се да су случајеви *de jure* лишења имовине биле третиране као тренутни акт који не може кориговати временску сметњу надлежности, док су *de facto* лишења била проглашена за трајне повреде које су могле отклонити овакву сметњу.

МЕЂУНАРОДНЕ ИНВЕСТИЦИОНЕ АРБИТРАЖЕ

Међународне инвестиционе арбитраже решавају спорове који настану између страног инвеститора и државе домаћина поводом повреде гаранција датих најчешће у билатералном инвестиционом уговору. Први основ надлежности најчешће ће и бити уговорен таквим инвестиционим

уговором где се оштећеном инвеститору нуди неколико могућности попут *ad hoc* арбитраже, институционалне арбитраже (најчешће ИКСИД/ICSID центар при Светској банци) и домаћих судова. Будући да су за страног инвеститора најмање атрактивни судови државе домаћина против које и води спор, у пракси се инвеститори највише обраћају институционалној или *ad hoc* арбитражи. Ако се определе за прву врсту арбитраже потребан је још један облик сагласности, а то је сагласност на конвенцију којом је арбитража установљена. Ако су испуњена оба услова, онда арбитража може поступати у меритуму под условима предвиђеним у оба основа надлежности.

Кључно питање јесте време настанка спора јер управо његов настајак активира клаузулу о решавању спорова. Другим речима, ако је спор настао пре него што је основ надлежности, а то је међународни уговор, ступио на снагу, арбитража не може да поступа управо због ограничења *ratione temporis*. Други аспект временске надлежности се крије не у времену настанка спора већ у временској примени права које важи за стране у спору. Иако су ова два питања блиска, она нису идентична. Наиме, могуће је да повреда уговора постоји и пре настанка спора. Могуће је и да су релевантне чињенице и околности које су довеле до спора. Обе ситуације по природи ствари претходе настанку спора и питање је да ли њих арбитража може узети у обзир. У начелу ће арбитража моћи, а понекад заправо и морати, да испита све околности које су довеле до настанка спора, али то неће смети да буде предмет одлучивања у вези са одговорношћу државе ако је предметни уговор ступио на снагу након наступања релевантних чињеница а пре настанка спора. У таквом случају начело забране ретроактивности временски ограничава арбитражу приликом решавања о обавезама тужене државе. Време настанка спора је *ratione temporis* услов за заснивање надлежности арбитраже, док је важење уговора *ratione temporis* ограничење за вршење мериторне надлежности. Ова друга група правила свакако може имати утицаја на јурисдикционе норме [Dolzer-Schreuer 2008: 39].

Време настанка спора је услов вршења надлежности јер су компромисорне клаузуле у билатералним инвестиционим уговорима најчешће тако и формулисане. Постоји још један тип клаузула који искључује надлежност арбитраже не према моменту настанка спора, већ према моменту наступања чињеница и околности које су довеле до спора чиме се још више подиже *ratione temporis* заштита од надлежности арбитраже. Ове две врсте клаузула су блиске ограничењима које типично постоје за факултативну клаузулу код Међународног суда правде. Ако арбитража установи да је спор настао након ступања БИТ-а на снагу, то ће јој омогућити да мериторно реши тужбени захтев. Ова чињеница јој и даље не дозвољава да уговор примени и на оне чињенице које су наступиле пре него што је БИТ ступио на снагу. Ово донекле једноставно упутство за процену временског фактора код решавања инвестиционих спорова постаје сложеније ако се постави питање трајних и сложених аката као средства за превазилажење временских ограничења.

Одлуке међународних арбитража нису у потпуности усаглашене [опширније: Gaffney 2007; Gallus 2007]. У појединим случајевима начело забране ретроактивности има јасну превагу над широким тумачењем сложеног акта. Тако, на пример, у предмету Лукети (*Lucchetti*), трибунал је временско ограничење своје надлежности, изражено у јасној *ratione temporis* резерви у погледу момента настанка спора, схватио као врло строго препреку за упуштање у меритум:

„Тачно је, наравно, да тужиоци имају право да од арбитражног трибунала захтевају одлуку о правима и обавезама из БИТ-а. Међутим, ово је могуће само ако и када захтев тражи решење спора који, према члану 2. БИТ-а, није спор који је настао пре ступања овог међународног уговора на снагу. Захтев на основу БИТ-а, колико год да је основан, нема нити може имати дејство поништаја или лишења значења *ratione temporis* резерве изражене у чл. 2. БИТ-а. Надаље, спор настао пре БИТ-а може се односити на исти предмет као и спор који настане после БИТ-а, што већ само по себи јесте супротно чл. 2. То је, као што је горе објашњено, случај управо овде.” [*Empresas Lucchetti*, пасус 59]

У предмету Лукети трибунал је више водио рачуна о чињеницама [Лукети, пасус 50], односно узроку настанка спора него о моменту када је спор конституисан, иако сама арбитражна клаузула такву разлику није заправо правила. Трибунал је закључио да је спор настао пре него што је БИТ ступио на снагу што га је спречило да се прогласи надлежним тумачећи при том појам спора прилично екстензивно ослањајући се на његово узрок а не моменат „кристализације”.

У предмету *Мондев*, арбитражни трибунал прихватио је аргумент *ratione temporis* без обзира на то што се експропријација десила пре него што је НАФТА ступила на снагу, док су о захтеву тужилаца домаћи судови одлучили након ступања на снагу овог међународног уговора. Овде је арбитража прихватила да расправља о тужбеном захтеву само у погледу чињеница које су наступиле након почетка важења уговора (*Мондев*, пасуси 67–68, 92). Дакле, *ratione temporis* ограничење и начело забране ретроактивности имали су превагу над концептом сложеног и трајног акта:

„Сама чињеница да је претходно поступање остало без правне заштите у моменту ступања уговора на снагу не може представљати оправдање за ретроактивну примену уговора на такво поступање. Свако другачије тумачење би угрозило интертемпорално правило из уговорног права као и основну разлику између повреде и санкције која је једна од основних у правилима о одговорности држава.” [*Мондев*, пасус 70]

У предмету *M.C.I. Power Group L.C.*, арбитражно веће се суочило са приговором *ratione temporis* овог пута заснованог искључиво на начелу

забране ретроактивности. Билатерални инвестициони уговор између Еквадора и САД није садржао посебно временско ограничење у погледу момента настанка спора. Тужилац је тврдио да се и ранији спор, односно раније чињенице и околности независно од времена настанка спора, морају узети у обзир приликом процене повреде БИТ-а због природе трајног и сложеног акта који је био у основи тужбеног захтева. Арбитражно веће је овај захтев одбило ослањајући се на коментар правила о одговорности држава: „...међународна обавеза мора бити важећа за државу у периоду током којег је почињен низ аката који чине повреду. У случајевима када одговарајућа обавеза није постојала на почетку поступања, већ је настала касније, ‘прво’ чињење или нечињење из серије аката, за сврху утврђивања одговорности државе, биће онај акт који је први предузет након што је обавеза настала.” [M.C.I., пасус 89] Арбитража овом питању посвећује значајну пажњу и закључује да је не само понуђено тумачење супротно начелу забране ретроактивности већ је и нелогично, јер држава не може прекршити обавезу која не постоји. [M.C.I., пасуси 90–93] Трибунал закључује да има надлежност само у погледу чињеница и повреда које су наступиле након почетка важења двостраног споразума о заштити инвестиција, а да природа акта, без обзира да ли је он окончан, трајан или сложен, не може отклонити примену правила по којем мора постојати важећа обавеза у време повреде. У предмету *Generation Ukraine* веће је било суочено са сличним аргументом. Тужилац је тврдио да сложена природа акта експропријације има превагу над забраном ретроактивности и временским ограничењем надлежности. И овде је трибунал одбио да прихвати понуђено тумачење. [*Generation Ukraine*, пасус 11.4.]

Међутим, постоје и другачији примери. У предмету Емилио Мафезини веће је у претходној фази установило да је спор настао након што је двострани споразум ступио на снагу. Трибунал овде наглашава да „постоји природан след догађаја који воде настанку спора” [Maffezini, одлука о надлежности, пасус 96] а који се може одиграти пре него што споразум ступи на снагу. Пошто је за надлежност било важно само када се спор у потпуности конституисао, природни след догађаја и претходне чињенице нису биле од значаја за прелиминарну одлуку. Међутим, у меритуму, арбитража је испитивала целокупан корпус чињеница независно од момента њиховог настанка пропуштајући да помене забрану ретроактивности, интертемпорално право, сложене и трајне акте. Околност која је коначно и довела до одговорности тужене државе одиграла се пре ступања двостраног споразума о заштити инвестиција на снагу. Чини се да је одлука о временској надлежности за трибунал била истовремено и оправдање за ретроактивну примену међународног уговора. Трибунал је овде изједначио две врсте временског ограничења своје надлежности: прво ограничење се види у временском услову заснивања надлежности а то је време настанка спора, док је друго ограничење опште природе садржано у начелу забране ретроактивности. Оно важи тек уколико се стране другачије не договоре и односи се на меритум спора и

примену материјалноправних правила која могу довести и до одговорности државе. Док правило забране ретроактивне примене међународних аката може послужити арбитражи и у јурисдикционој фази да се огласи ненадлежном, јурисдикциона правила о моменту настанка спора не могу супституисати опште начело забране ретроактивности.

Сличан приступ арбитражном већу у предмету *Мафезини* заузела су и арбитражна већа у предметима *Текмед* и *Јан де Нул*. У предмету *Текмед* тужена држава је оспоравала надлежност на основу начела забране ретроактивности захтевајући од трибунала да из разматрања изузме околности и чињенице које су се десиле пре него што је двострани споразум о заштити инвестиција ступио на снагу. Трибунал је заузео став да такве акте може узети у обзир приликом одлучивања ради оцене оних аката који спадају у његову надлежност. Такви ранији акти могу бити од важности и уколико су започети пре ступања споразума на снагу а окончали су се након тог датума [*Tecmed*, пасус 68], тиме прихватајући могућност да трајни и сложени акти отклоне препреку забране ретроактивности [*Tecmed*, пасус 66]. Арбитражно веће ову могућност образлаже на два начина. Према мишљењу већа, начело забране ретроактивности из чл. 28. се не односи на трајне и сложене акте и основ за ово тумачење проналази у припремним радовима Бечке конвенције о уговорном праву: „Ако нека чињеница или околност наступи пре ступања међународног уговора на снагу и настави да постоји након ступања уговора на снагу, она ће бити обухваћена одредбама уговора.” Други основ је, према мишљењу већа, чл. 18. Бечке конвенције о уговорном праву који налаже државама уговорницама поступање у доброј вери и пре него што међународни уговор ступи на снагу. На овај начин се арбитражно веће огласило надлежним за чињенице и околности које су се десиле пре ступања споразума на снагу. Приликом доношења одлуке у меритуму где је установљена одговорност Мексика за експропријацију, веће закључује: „Датум наступања штете и датум када је тужилац постао свестан постојања повреде чл. 5, став 1 Споразума је датум акта експропријације, тј. датум усвајања резолуције, који је наступио након ступања Споразума на снагу.” [*Tecmed*, пасус 151] Исти приступ веће је задржало и у погледу осталих тужбених захтева прихватајући да трајни и сложени акти могу отклонити препреку забране ретроактивности и послужити као основ одговорности државе. [*Tecmed*, пасус 181]

У поступку одлучивања о надлежности у предмету *Јан де Нул* поставило се слично питање као и у предмету *Лукејџи*: да ли је спор који се претходно водио пред домаћим судовима доказ да међународни тужбени захтев не представља нов спор те да је због временске препреке ван надлежности међународне арбитраже. У предмету *Лукејџи* арбитража је прихватила овакво тумачење под условима да су „чињенице и околности које су довеле до ранијег спора остале кључне и код каснијег спора” [*Лукејџи*, пасус 50] тако да све касније одлуке представљају само наставак већ постојећег спора. Међутим, у предмету *Јан де Нул* веће долази до занимљивог решења за препреку временске надлежности закључивши да

касније одлуке нису наставак постојећег спора већ „рекристализација” истог спора а самим тим и нов основ за подношење тужбеног захтева међународној арбитражи [Jan de Hul, одлука о надлежности, пасус 128]. Када се у мериторној фази поново поставило питање временске надлежности арбитраже, али овај пут преко забране ретроактивности, стране у спору су, разумљиво, заузеле опречне ставове. Решавајући по овом захтеву арбитражно веће посегнуло је опет за својом претходном одлуком сматрајући да је већ тада одговорено на сва питања временске надлежности:

„Одлука [о надлежности] не помиње да су поједине чињенице искључене из потврђене надлежности. Напротив, она наглашава да је Трибунал донео потврдну одлуку након што је *'действено исцїпїао'* – и тако потврдно одговорио – на питање да ли спор који је настао након доношења одлуке у предмету Исмајила *'може укључити и оне захїеве који не процїзилазе директїно из тїе одлуке већ и из ранијих чињеница'*. У одлуци се надаље закључује да су за ту фазу поступка и ради утврђивања надлежности постојећи захтеви били довољни, док ће за меритум тужиоци нарочито морати да доказују да ли су акти Управе Суецког канала приписиви туженој држави. Оваква формулација не би имала смисла ако би акти Управе Суецког канала били ван надлежности Трибунала.” [Jan de Hul, меритум, пасус 128]

Упркос наведеном закључку, арбитража је потврдила да се у овом предмету примењује начело забране ретроактивне примене међународних аката, и то на основу чл. 28. Бечке конвенције о уговорном праву и чл. 13. Нацрта правила о одговорности држава. [Jan de Hul, меритум, пасуси 132–133] Пошто је тужбени захтев у меритуму одбијен, ова потврда није имала практични значај, те је остало нејасно како би арбитражно веће успело да измири ове супротне закључке.

Како је веће у предмету *Салини* закључило: „Мора се пажљиво повући разлика између надлежности *ratione temporis* ИКСИД трибунала и примене *ratione temporis* материјалноправних обавеза из двостраног споразума о заштити инвестиција.” [Салини, пасус 176] Ова разлика заправо значи да уколико постоје посебна ограничења у погледу момента настанка спора, арбитража неће бити у прилици да реши спор чак и ако не постоји опасност од повреде начела забране ретроактивности у меритуму. Дакле, испуњеност услова *ratione temporis* у погледу примене материјалноправних обавеза из двостраног споразума не може конвалидирати препреку за заснивање надлежности:

„Док се начело забране ретроактивности односи на *ratione temporis* примену материјалноправних одредаба уговора, стране у међународном инвестиционом уговору су слободне да уведу додатна ограничења у погледу *ratione temporis* надлежности

ИКСИД арбитраже. На пример, стране у међународном уговору могу ограничити надлежност ИКСИД трибунала тако што ће из надлежности искључити оне спорове који су настали пре него што је двострани споразум ступио на снагу. Ово је случај са појединим двостраним споразумима о заштити инвестиција који изричито искључују оне спорове који су настали пре њиховог ступања на снагу, чак и када такви спорови наставе да постоје и након почетка важења споразума, односно чак и када се односе на чињенице и околности које и даље трају или наступе након тог датума. Према овој врсти одредбе, арбитража неће бити надлежна за спорове који настану пре ступања двостраног споразума на снагу чак и када је спор трајног карактера. Другим речима, иако чињенице и околности и даље постоје, а самим тим су покривени материјалноправним одредбама споразума, ИКСИД веће неће бити надлежно ако је спор, који се односи на такве чињенице и околности, настао пре његовог ступања на снагу.” [Alexandrov 2005: 56–57]

Постоје примери из арбитражне праксе, попут случајева *Jan de Nul и Maffezini*, где су арбитраже, одлучивши о надлежности *ratione temporis* у претходној фази, сматрале да су сва питања временске примене тиме решена и у мериторној фази.

Међутим, постоје примери који се ослањају на постојање ове јасне разлике између јурисдикционих и материјалноправних норми. Примери су случајеви *Mondev*, *Generation Ukraine* и *M.C.I.* Оба већа су се прогласила надлежним, али су одбили да примене одредбе међународног уговора на акте који су постојали пре него што је извор међународних обавеза ступио на снагу. У предмету *Лукејџи* арбитража се огласила ненадлежном већ у почетној фази користећи широк појам спора, док су арбитраже у предметима *Jan de Nul*, *Текмед* и *Мафезини* донеле мериторне одлуке без обзира на ограничење забране ретроактивне примене.

ЗАКЉУЧАК

Заједничко обележје различитих међународних форума је да воде рачуна о две врсте норми које регулишу временске услове вршења њихових судских функција. Прва група норми односи се на забрану ретроактивне примене међународних уговора, те као опште правило међународног права своју скоро униформну примену налази код различитих међународних форума. Проблем са којим ће се у вези са овим судови посебно срести јесу трајни и сложени акти и питање да ли они могу отклонити забрану ретроактивне примене међународних аката. У овом погледу одговори нису јединствени, а разлика се своди на избор између тумачења чл. 28. Бечке конвенције о уговорном праву у вези са чл. 13. Нацрта правила о одговорности државе, са једне стране, и званичног коментара

уз чл. 28. Бечке конвенције¹⁰ у вези са чл. 14. и 15. Нацрта правила о одговорности држава. У сваком случају, ова ће врста норми имати много већи значај код Европског суда за људска права који не познаје нека друга ограничења попут момента настанка спора. Друга група норми односи се на услове заснивања надлежности *ratione temporis*. Пошто се ови услови разликују код сваког међународног форума, пракса и тумачење ће се овде ограничити искључиво на врсту форума пред којом се води спор. Тако, на пример, моменат настанка спора није од значаја за Европски суд за људска права, али је од кључног значаја, нарочито ако постоји и одговарајућа *ratione temporis* резерва, за Међународни суд праве и међународне инвестиционе арбитраже.

Књиге

- Abi-Saab, G. (1968). *Les Exceptions preliminaires dans la Procedure de la Cour Internationale, Etude des Notions Fondamentales de Procedure et des Moyens de leur Mise en Oeuvre*, Paris.
- Аврамов, С., Крећа, М. (1996). *Међународно јавно право*, Београд: Савремена администрација.
- Crawford, J. (2003). *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Dolzer, R., Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Rosenne, S. (1960). *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, Leiden.

Чланци

- Alexandrov, S.A. (2005). *The 'Baby Boom' of Treaty-based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as Investors and Jurisdiction Ratione Temporis*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4: 19–59, стр. 56–57.
- Gaffney, J.P. (2007). *The Jurisdiction Ratione Temporis of ICSID Tribunals*, *Mealy's International Arbitration Report*, Vol. 22, no. 7, July 2007;
- Gallus, N. (2007). *Recent BIT Decisions and Composite Acts Straddling the Date a Treaty Comes Into Force*, 56 *International and Comparative Law Quarterly* 491.

Извори права

- Бечка конвенција о уговорном праву* (1969). Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми, бр. 30/72, стр. 331–355.
- Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода* (1950). Сл. лист Србије и Црне Горе – Међународни уговори, бр. 9/2003, 26. децембар 2003, стр. 16–37.

¹⁰ Коментар уз чл. 28. Бечке конвенције о уговорном праву: „Ако нека чињеница или околност наступи пре ступања међународног уговора на снагу и настави да постоји након ступања уговора на снагу, она ће бити обухваћена одредбама уговора.”

Коментѡар уз Бечку конвенцију о уѡворном ѡраву (1969). United Nations Conference on The Law of Treaties, First and Second Sessions, Official Records (Documents of the Conference, Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, as adopted by the International Law Commission at its Eighteenth Session), стр. 32, A/CONF.39/11/Add.2.

Нацрт ѡравила о одѡворности држава за ѡрошњивѡрни акти / Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts. (A/RES/56/10), 12. децембар 2001.

Судска пракса

Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v. Iran) / Анѡлоиранска нафѡна комѡанија (Уједињено Краљевство ѡрошњив Ирана). Пресуда о претходним приговорима од 22. јула 1952., Међународни суд правде, I.C.J. Reports 1952.

Blečić v. Croatia / Блечић ѡрошњив Хрвајске. Европски суд за ѡудска права. Представка бр 59532/00. Пресуда Великог већа од 8. марта 2006.

Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID ARB/97/7. Одлука о надлежности од 25. јануара 2000. Одлука у меритуму од 13. новембра 2000.

Empresas Lucchetti S.A. and Lucchetti S.A. v. Republic of Peru / Комѡанија Лукеѡи и Лукеѡи ѡрошњив Перуа, ICSID ARB/03/04. Арбитражна одлука од 7. фебруара 2005.

Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID ARB/00/9. Арбитражна одлука од 16. септембра 2003.

Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID ARB/04/13. Одлука о надлежности од 16. маја 2006. Арбитражна одлука од 6. новембра 2008.

Kefalas v. Greece. Европски суд за ѡудска права. Представка бр. 14726/89. Пресуда од 8. јуна 1995.

Legality of the Use of Force (FR Yugoslavia v. Belgium) / Леѡалности уѡѡребе силе (СР Јуѡославија ѡрошњив Белѡије). Наредба о привременим мерама од 2. јуна 1999, Међународни суд правде, I.C.J. Reports 1999.

Loizidou v. Turkey / Лоизиду ѡрошњив Турске. Европски суд за ѡудска права. Представка бр. 15318/89. Пресуда од 18. децембра 1996. године.

Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom) / Мавромѡитис концесије у Палестѡини (Грчка ѡрошњив Уједињеноѡ Краљевство). Стални суд међународне правде, P.C. I. J. 1924, Ser. A/2.

Maltazan, Zitzewitzi, Man Ferrostaal, Alfred Töpfer Stiftung v. Germany. Европски суд за ѡудска права. Представке бр. 71916/01, 71917/01 и 10260/02. Одлука Великог већа о допуштености од 2. марта 2005. године.

M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID ARB/03/6 Арбитражна одлука од 31. јула 2007.

Mondev International Ltd. v. United States of America / Мондев инѡтернешнл ѡрошњив САД, ICSID ARB(AF)/99/2. Арбитражна одлука од 11. октобра 2002.

Paramihalopoulos et al. v. Greece. Европски суд за ѡудска права. Представка бр. 14556/89. Пресуда од 24. јуна 1993.

Case Concerning the Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India) / Право ѡреласка ѡреко индијске ѡершѡорије (Портуѡал ѡрошњив Индије). Пресуда од 12. априла 1960. Међународни суд правде, I.C.J Reports 1960.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. FR Yugoslavia) / Примена Конвенције о сѡречавању и кажњавању злочина ѡеноцида (Босна и Херѡеѡовина ѡрошњив СР Јуѡославије). Пресуда о претходним приговорима од 11. јула 1996. године. Међународни суд правде, I.C.J. Reports 1996.

- Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID ARB/02/13. Одлука о надлежности од 29. новембра 2004.
- Case concerning Certain Property (Leichenstein v. Germany) / Сјор њоводом имовине (Лихтенштајн против Немачке)*. Одлука о претходним приговорима од 10. фебруара 2005. Међународни суд правде, I.C.J. Reports 2005.
- Stamoulakatos v. Greece*. Европски суд за људска права. Представка бр. 12806/87. Пресуда од 26. октобра 1993.
- Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican States*, ICSID ARB(AF)/00/2. Арбитражна одлука од 29. маја 2003.

TEMPORAL JURISDICTION OF INTERNATIONAL JUDICIAL AND ARBITRAL COURTS

by

Sanja Đajić

Summary

Author explores different temporal aspects of jurisdiction of International Court of Justice, European Court for Human Rights and international investment arbitrations. Temporal limitations are two-fold: non-retroactivity of international acts, on one hand, and *ratione temporis* conditions for each and every international forum, on the other. Despite differences courts tend to conceptualize common elements across the borders of different jurisdictional rules. The rule of non-retroactivity will find its application before different fora, but discrepancies will emerge with respect to concepts of continuous and composite acts which potentially may overcome temporal limitations. This article explores intertemporal rule and non-retroactivity within the meaning of Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Articles 13–15 of ILC Articles on State Responsibility.

KEY WORDS: *ratione temporis*, non-retroactivity, continuous acts, composite acts, dispute

*Татјана Лукић**

ОРГАНИЗАЦИЈА ПРЕТХОДНОГ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

САЖЕТАК: Наше кривично право се развијало у правцу демократи-
зације и поштовања оних минималних правних стандарда који су услов за
објективну оцену кривичних дела и заштиту људских права. Истрага, као
део кривичног поступка (тачније претходног стадијума), несумњиво пред-
ставља најзначајнији, а уједно и најделикатнији део поступка. Питање
другачије организације концепта истраге код нас изазива бројне дилеме,
несугласице и тешкоће. Последња реформа код нас није донела значајне
промене у погледу организације припремног стадијума кривичног поступ-
ка, а ова тема ни у литератури није довољно обрађена. Наиме, постоје
различити модели истражног поступка од којих је поверавање истраге
истражном судији, модел прихваћен у нашем праву само један. Питање је
да ли би се бољи резултат добио у неком од других модела организације
истраге који данас постоје у свету. У овом раду аутор се бави следећим
питањима: анализа модела припремног стадијума кривичног поступка –
историјски приказ, средиште поступка, укидање судске истраге, историј-
ски развој модела истраге у Србији.

КЉУЧНЕ РЕЧИ: кривични поступак, истрага, претходни кривични
поступак.

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Држава, као организована друштвена заједница, има право, које ујед-
но представља и њену дужност, да одговори кривичном санкцијом на по-
вреду правног поретка извршеног кривичним делом у циљу заштите тог
поретка што се обично изражава формулом да држави припада кривично-
правни захтев према извршиоцу кривичног дела [Васиљевић 1971: 75].
Остварење овог захтева доводи до тога да се на прву кривичноправну
функцију државе, која се састоји у прописивању кривичних дела и кри-
вичних санкција, нужно надовезује друга, такође искључива функција
државе, која се састоји у томе да преко својих органа тј. судова испитује
постојање и обим кривичноправног захтева који је поставио јавни тужи-

* Др Татјана Лукић, доцент Правног факултета у Новом Саду.

лац, такође државни орган. На тај начин је искључена свака приватна реакција на извршено кривично дело.

Да би се применио Кривични законик, неопходно је претходно утврдити да ли је одређена радња на коју се указује извршена, да ли представља кривично дело, да ли је лице које се терети заиста извршилац радње кривичног дела, да ли је кривично одговоран и по потреби одредити конкретне кривичне последице које из тога сагласно проистичу циљевима казне и одредбама закона.

Све то се утврђује разноврсним процесним радњама процесних субјеката у кривичном поступку. Вршењем тих процесних радњи субјекти заснивају један процесно-правни однос и развијају га даље, све док испуњењем процесног циља не буде окончан [Грубач 1998: 4].

Радње процесних субјеката су разноврсне, многобројне и њиховим предузимањем се остварују различити непосредни циљеви. Самим тим је немогуће спровести кривични поступак од почетка до краја у једној истој процесној форми и пред једним судским органом. Тако се кривични поступак нужно дели на више посебних и релативно самосталних деоница које воде различити судски (или несудски) органи, према посебним процесним правилима, остварујући различите процесне циљеве. Те деонице кривичног поступка су стадијуми (шире деонице) и фазе (уже деонице). Јединствен кривични поступак се по правилу дели на претходни стадијум и стадијум главног поступка.

Стадијум претходног кривичног поступка је у ствари припремни део за главни поступак који представља суђење у правом смислу речи.

Има кривичних случајева у којима никакво претходно истраживање пре суђења у главном претресу није потребно. Једноставност чињеничне основице у тим случајевима дозвољава њихово непосредно изношење пред судећи суд. Међутим, постоје и сложени случајеви кривичних дела који не могу бити непосредно прослеђени судећем суду без претходне припреме, поступак пред тим судом би био веома компликован, а у већини случајева и потпуно немогућ. Због тога неким суђењима треба да претходи једна врста припремног поступка који се може назвати различито (истрага, ислеђење, претходни или преткривични поступак) а који може бити различито организован, поверен судским или несудским органима, или и једнима и другима, али који увек има задатак да омогући основано извођење осумњиченог пред судећи суд.

Истрага, као део кривичног поступка (тачније претходног стадијума), несумњиво представља најзначајнији, а уједно и најделикатнији део поступка. У прилог томе говори чињеница да заснивање и исход главног поступка највећим делом зависи од резултата истраге. Више од тога, истрага је значајна за заштиту људских права, која у тој почетној фази поступка могу да страдају много више него у главном поступку пред судећим судом. Значај и тежину истраге истиче и сам законодавац, предвиђајући истрагу као обавезну за кривична дела за која је прописана казна затвора преко пет година, дакле за тежа кривична дела.

Неопходно је напоменути и то да данас у свету многи аутори сматрају стратегију кривичне истраге новим пољем научног истраживања које се бави планирањем и применом комплексних мера у истраживању, затим контролом и превенцијом криминала [Meško, Dobovšek, Jager 2002: 35]. Друга група аутора чак иде корак даље сматрајући да стратегија кривичне истраге треба да буде још комплексније поље истраживања и као такво треба да буде независна научна дисциплина.

Питање другачије организације концепта истраге код нас изазива бројне дилеме, несугласице и тешкоће. Проблеми се свode на следећа питања: који органи треба да спроводе припремни поступак и зашто, која овлашћења и у ком обиму треба дати појединим органима како у преткривичном поступку, тако и у истрази, којим законским прописима треба да буде регулисана материја преткривичног поступка, да ли резултати преткривичног поступка могу и да ли треба да се користе као докази у главном поступку или не, да ли су органи који воде истрагу довољно компетентни и довољно стручни из криминалистике која у овом делу поступка највише долази до изражаја?

Последња реформа код нас није донела значајне промене у погледу организације припремног стадијума кривичног поступка, а ова тема ни у литератури није довољно обрађена. Наиме, постоје различити модели истражног поступка од којих је поверавање истраге истражном судији, модел прихваћен у нашем праву, само један. Питање је да ли би се бољи резултат добио у неком од других модела организације истраге који данас постоје у свету. Истрага је призната широм Европе као изузетно важан аспект кривичне процедуре, што је разликује од суђења. Европска процесна традиција сугерише да кривични поступци морају да буду примењивани у две различите фазе, свака вођена од стране своје регулаторне структуре. Прихватање карактеризације кривичних поступака као усмених суђења и тајних истраживања, не само да нарушава правила суђења, него такође и оне принципе који постоје да би регулисали истрагу [Summers 2007: 181]. Са друге стране, садашње регулисање истраге од стране Европског суда за људска права је некохерентно. Неадекватност *status quo*-а је демонстрирана резонавањем о судској пракси о улози браниоца у истражној фази. Одлука у случају *John Murray v. United Kingdom* најбоље показује приступ Европског суда за људска права у регулисању предсудске фазе, која у принципу укључује правичност суђења. Двосмисленост у регулисању истражне фазе је делом и резултат недостатка у члану 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода која не садржи одредбе о регулисању истражне фазе. Логичније објашњење разлика везаних за форму суђења и истрагу је у последицама природе права која се захтевају у тим фазама. Већи проблем (нарочито у објашњењу чињенице да су тензије између суђења и фазе истраге постојале још од настанка модерног система европског система кривичног процесног права), јесте да подрегулисање фазе истраге није довољно предвидиво, али представља систематско наглашавање приоритета и ефективности суђења починиоцима кривичних дела над

важности адверсарног концепта правичности и легитимности кривичног процесног система. Ове сугестије значе да наглашавање поштеног суђења постаје кључно у преусмеравању пажње од неправичности у најважнијем делу процеса, посебно истрази. Ово даје разлог за чешће доношење закључака да прихватање правичности модерног европског кривичног суђења умногоме зависи од неправичности истраге.

АНАЛИЗА МОДЕЛА ПРИПРЕМНОГ СТАДИЈУМА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА – ИСТОРИЈСКИ ПРИКАЗ

У периоду касног средњег века, кривично правосуђе је и на континенту и у Енглеској било типично за тзв. сегментирана друштва. Наиме, жртвин „клан” је имао обавезу да оптужи лице које је починило кривично дело и да изнесе доказе који поткрепљују њихове наводе, суд је био ограничен на то да обезбеди да се ритуализована конфронтација окривљеног и жртве, односно њихова два „клана” одвија према процедуралним правилима, а дужност одлучивања о спору била је на судијама поротницима. Тај развој се почео делити током 12. века када на континенту започиње рецепција римског права. Под тим утицајем су се кривични поступци већ у касном средњем веку започели постепено, али из корена мењати. У том се времену први пут јавља идеја да право иницирања казне за починиоца припада краљу, а не клану жртве. Неко време постојала је жестока конкуренција између та два система. Суд је временом све више постајао тај који на сопствену иницијативу покреће истрагу у случају гласине или сазнања о кривичном делу, а ни странке више нису биле те које су сведочиле, већ је суд био тај који је активно прикупљао доказе како би утврдио да ли је кривично дело почињено и ко га је починио. До овако велике промене је дошло из економских и политичких разлога.

Од усвајања Мертонског статута у Енглеској 1236. године дошло је до раздвајања система на континенту од енглеског правног система [Николић 2010: 55]. Централне политичке власти су успеле да ограниче политички утицај племства, укидајући корпоративне системе и постепено успостављајући апсолутистичку владавину. То се као прво односи на Француску (почевши од 15. века), на Хабзбурговце (око друге половине 17. века), на Данску-Норвешку под Фридрихом III, на Шведску под Карлом XI, као и на Бранденбург-Пруску под Фридрихом II (друга половина 18. века). С друге стране, енглески монарх – као „краљ у парламенту” – остао је везан за друштво које су представљали племићи и грађани и те везе није оставио иза себе ни у погледу основних политичких структура моћи, као ни у погледу економије.

Овлашћења краља да доноси законе је кључан израз апсолутистичке владавине. На неки начин, развој легалистичких система грађанског права је друга страна медаље која се зове апсолутистичка владавина, посебно када се ради о кривичним законима као најбољем изразу моћи. То објашњава *Grande Ordonnance* Луја XIV из 1670, *Thesiana i Josefina*

у Аустријском царству 18. века, Пруски закон из 1851. и *Reichsstrafgesetzbuch* из 1871. Треба имати на уму да је до дан-данас примарно законодавство у Енглеској и Велсу несистематско и изразито фрагментарно, иако су у априлу 2005. донета консолидована Правила кривичног поступка која обухватају целокупно секундарно законодавство, што представља значајан подухват који може водити кодификацији примарног законодавства [Delmas-Marty, Spencer 2005: 205].

Међутим, законодавство није само питање политичке моћи. Како би се на законодавству изградила моћ, потребна је администрација која ће бити способна да систематски спроводи законе. У време када је Елизабета I имала око 1.200 државних службеника на располагању, њен је француски пандан руководио са више од 40.000 државних службеника [Breuer 1998: 160].

Постоји и друга страна медаље апсолутизма (колико год да је то тешко предочити), а то је окончање права жртава (и њихових породица) на међусобно решавање размирица. Као што је поменуто, на кривично дело се више није гледало као на неправду нанету жртвама (и њиховим породицама), већ као на вређање владара, као и непоштовање његове воље која је изражена у законима.¹ Уколико се закон (тј. краљ) не поштује, тада закон (тј. краљ) има право да казни починиоца, према количини непоштовања која је изражена кроз кривично дело, а не према нанетој штети. Међутим, у Енглеској је све до почетка 19. века спровођење закона било у рукама грађана, углавном жртава и њихових породица, а не на располагању државним органима.

СРЕДИШТЕ ПОСТУПКА

У континенталној Европи се кривично правосуђе током 18. века појавило као још један низ бирократских поступака којима су руководили снажни државни субјекти. Према Grande Ordonnance, тајни облици истраге чине средиште поступка, а спроводи их lieutenant criminel који успоставља досије. На тој основи, tribunal, у који је укључен и сам lieutenant, одлучује о предмету [Dearing 1985: 10].

Предмет је дефинисан законом као сумња и кршење кривичног закона (што је једнако вређању краља), а поступци се одвијају према правним прописима. Судија израђује досије „in camera”, а садржај истог остаје непознат чак и осумњиченом. На крају се доноси пресуда на основу тог досијеа. Суочен са сумњом у непоштовање права, систем кривичног правосуђа наглашава владавину права и показује надмоћ воље владара. Циљ није уверити, већ импресионирати. Поступци нису отворени за јавност, већ само читање пресуде и казне. Инквизиторски кривични по-

¹ Тај развој у континенталној Европи има изненађујућу паралелу у јапанској историји где је током друге половине 16. века *Daimyo* – доносиоци тзв. домаће законе (кахо) створио свеобухватан правни систем и у исто време одузео вазалима право на међусобно решавање размирица.

ступак је савршен изражај апсолутне моћи владара над својим поданицима.

У обичајном праву, главно тежиште кривичног поступка остаје јавна расправа са поротом и то се не помиче према решавању списа од стране суца „in camera”. Изворна идеја била је окупити групу грађана с места где се кривично дело догодило како би их суочили са осумњиченим и присилити их да под заклетвом одговарају на питање: Да ли је крив или није? Постепено је порота преузела улогу одлучивања о кривици оптуженика на основу доказа које су предочили сведоци које су позвале странке. Енглески краљеви и краљице, чак и на врху своје моћи, остали су везани за кривични прогон својих противника на судовима, где је о питању кривице одлучивала порота. У то време, када је апсолутизам на континенту био на свом врху, у Енглеској је „порота стекла нову симболичку улогу као средство заштите грађана од претеране моћи краљева”.

Средиште поступка се постепено пребацује са истрага „in camera” према јавној расправи, која се све више одваја од фазе која јој претходи. У време Француске револуције, Француска и Белгија су прихватиле пороту, јавна суђења и одвајање истражних и расправних судија. Када је 1808. у Наполеновом *Code d'instruction criminelle* по први пут уведена функција *juge d'instruction*, тај нови правосудни службеник и даље је испитивао оптуженог и сведоке насамо, бележећи њихове исказе и израђујући спис који је затим представљао основу предмета против оптуженог. Међутим, оно што је било ново је да тај истражни судија није био укључен у доношење коначне одлуке. Тиме је призната важност расправног поступка као посебног дела поступка. Међутим, у том погледу, једна се земља истиче као посебна: у Шпанији данас, у поступцима за које запређена казна не прелази 6 година затвора, још увек је истражни судија тај који касније, у расправном поступку, одређује и пресуду и казну [Kühne 2003: 645].

У другој половини 19. века, Аустрија и Немачка предузеле су још један одлучан корак када су увеле идеју усменог саслушања сведока на суду и „непосредност доказа” („Mündlichkeit”, „Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme”), што значи да се расправни поступци не ослањају више на списе из преткривичне фазе, већ сами саслушавају сведоке и само у посебним случајевима прибегавају спису предмета који је припремио истражни судија. Средиште поступка пребацује се тиме са преткривичне на расправну фазу суђења.

Заправо, аустријски модел из 1873. године комбинује преткривични поступак у француском стилу са расправним суђењем које је под знатним утицајем модела обичајног права, чиме у одређеној мери судски истражни поступак постаје сувишан. Из тог разлога су омогућене директне оптужнице, у којима је изостављена судска истрага, те исте постају све учесталије. (Укидање судске истраге и функције истражног судије, какво је започело у континенталној Европи у другој половини 20. века, на неки начин окончава овај дугорочни развој.)

Као резултат, уколико се облик кривичног поступка у којем се докази изводе на иницијативу странака у усменој и јавној расправи назива „акузаторни”, а појам „инквизиторни” описује систем у којем истраге спроводи судија у писменом облику и без присуства јавности, тада можемо рећи да још увек постоји знатна разлика између система обичајног права, с једне стране, и земаља као што су Француска и Белгија, с друге. Међутим, у том груписању је јасно да би друге континенталне земље, укључујући Немачку, Аустрију и Италију ишле у исту групу са Енглеском и Велсом. (Наравно, постоје и друге важне разлике, као што је чињеница да на континенту суд има активнију улогу и много јачу позицију у одређивању граница предмета.)

Такође, треба приметити да већина предмета у Енглеској и Велсу бива окончана на основу исказа о кривици оптуженог, што значи да ти предмети никада не заврше у контрадикторном судском поступку. Темелна структура поступка у системима обичајног права је једнако ефикасна и снажна у настојању да омогући извршиоцу да без пуно избегавања прихвати своју одговорност и заврши са поступком, као што је и у настојању да му омогући поштено суђење уколико исти оспорава своју кривицу.

УКИДАЊЕ СУДСКЕ ИСТРАГЕ

Почетком 19. века, током француске окупације, Наполеонов *Code d'instruction criminelle* наметнут је у већини континенталне Европе. Када су Французи отишли, ослобођене земље су га или задржале (као што је то учинила Белгија) или су га користиле као темељ за израду свог властитог процесног закона (као што су то учиниле Италија, Аустрија и Немачка). У одређеној мери, каснија историја континенталног кривичног поступка је прича о томе како су се земље удаљавале и превазилазиле француски модел, који се сматра „превише ауторитарним”, при чему је јасан тренд у том развоју укидање истражног судије (*juge d'instruction*). У Немачкој је он укинут 1974, у Италији 1988, а у Аустрији 2008. године. У Француској, која представља колевку судске истраге, било је предлога о укидању истражног судије, и то 1949. и 1990.

Тај развој се углавном темељи на два мотива:

Као прво, док год расправни суд темељи своју одлуку на спису који је припремио истражни судија, не може се очекивати да коначна одлука судије буде утемељена ни на чему другом, него на судској истрази. Међутим, једном када се на расправи започну изводити докази, судска истрага постаје све више излишном.

Преткривична фаза сада поприма другачију функцију: Није усмерена према прикупљању доказа, већ само на то како би пружила странкама оријентацију о томе који ће докази у завршници бити изведени на суду, и осим тога, како би јавном тужиоцу омогућила формулисање оптужнице. Како би испунила те функције, потребне су знатно ограниченије истраге које се могу препустити полицији и јавном тужиоцу који је, заправо, и пре обављао те функције у облику предистраге – преткривичног

поступка. Заправо, оно што се мења јесте питање шта је то што се припрема кроз преткривични поступак и претходни поступак. Сада је то припрема за покретање расправног поступка.

Дакле, када је једном концепт јавног и „непосредног” расправног поступка посуђен из система обичајног права, рад истражног судије изгубио је своје значење па се на то гледа само као на „непотребно и временски захтевно понављање онога што је претходно одрађено од стране јавног тужиоца и полиције”.

Као друго, либерално размишљање нагласило је задатак суда да заштити процесна права оптуженог и обезбеди оптуженом маневарски простор за обликовање своје одбране. Како би веродостојно обавио овај задатак заштите права оптуженог, суд треба да буде непристрасан. Због тога је од пресудне важности да се акузаторна функција повери тужиоцу, чиме је судија стављен у непристрасан, објективан положај у односу на оптужбе против оптуженог. Из тога произилази тространа структура која је кључна за идеју поштеност суђења: Суд који председава над супротстављеним странкама, пажљиво слушајући обе стране и надзирући здраву равнотежу снага (тзв. „једнакост оружја”).

Када се примењује на судску истрагу, тај је концепт приказивао истражног судију у погрешном светлу. Сада се чини да његова позиција „наглашава непожељну конфузију између функције истраге и суђења, што поткопава идеју о независном расправном поступку који је од кључног значаја за заштиту оптуженог” [Spencer 2005: 11].

Овај аргумент је посебно значајан када се ради о одлукама о притвору. У систему обичајног права је количина притвора још увек ниска у поређењу са општом количином притвора одређених системом кривичног правосуђа на континенту. У складу са широко прихваћеним мишљењем, део објашњења је, као што је рекао *Spencer*, да је „у Енглеској, судија који доноси одлуку о притвору окривљеног лица независан од истраге, док је то у Француској (и Белгији) традиционално *juge d'instruction* (истражни судија) – чија је функција, у теорији, вођење истраге. Истражном судији често одговара да му предмет истраге буде при руци те је очигледно да – ако ништа друго – постоји ризик да се притвор пре суђења користи као начин притиска на оптуженог да сарађује” [Spencer 2005: 35].

Другим речима: Поверавање истраге судији не само да је сувишно и губитак времена и ресурса, већ то чак спречава судију у веродостојом обављању преко потребне улоге чувара људских права.

ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ МОДЕЛА ИСТРАГЕ У СРБИЈИ

Законик о поступку судском у кривичним делима из 1865. године, истрагу у потпуности поверава полицији. Истрага се звала ислеђење, а само у случају тешких кривичних дела је поверавана суду. Законом о истражним судијама из 1890. године од полицијске власти је одузето ислеђење свих иступа и злочина и пренето је у надлежност истражних судија, али је ово трајало само четири године, тачније до 1894. године,

када је овај закон суспендован и враћено је раније стање. Године 1911. Законом о градским и средским судовима, судови су поново преузели вођење истраге, а полицијске власти су биле помоћни органи судова у спровођењу истраге.

Законом о кривичном судском поступку из 1929. године претходни поступак се делио на извиђај и истрагу. Централна личност извиђаја био је државни тужилац, али поред њега су у извиђају имали права да раде и полиција и истражни судија, па се сходно овоме разликовало три врсте извиђаја: извиђај државног тужиоца, полицијски и судски извиђај. Истрага је задржана као судска делатност, тј. спроводио ју је истражни судија.

У току НОБ-а кривични поступак је био подељен на ислеђење и суђење. Иследник није био орган суда, али је са њим тесно сарађивао. Иследник је уједно био и тужилац.

Законом о кривичном поступку из 1948. године, а једно време и према Закону о кривичном поступку из 1953. године, истрагу су водили органи јавног тужилаштва и полиције. Тек новелом ЗКП-а из 1967. године истрага је у Југославији постала чисто судска делатност са извесним одступањима, и као таква се одржала до данас.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Кривично право је дијалектичка категорија, у свом развоју зависна од друштвених, политичких, економских и друштвених односа. И наше кривично право се развијало у правцу демократизације и поштовања оних минималних правних стандарда који су услов за објективну оцену кривичних дела и заштиту људских права, а и право се, мање или више, као све друштвене појаве одупире наглим и радикалним променама. Због тога би било најпримереније наставити изградњу система нашег кривичног процесног права по парцијалном методу. Без обзира на различита мишљења, неопходна је даља изградња кривичног поступка на доследнијем остваривању начела контрадикторности. Што се тиче истражног судије, поставља се питање да ли је могуће овај институт једноставно елиминисати из процесног правног система, тим пре што он по постојећем законском решењу има улогу гаранта у функцији законитог и објективног прикупљања доказа. Према Римском статуту Међународног кривичног суда, на пример, иницирано је питање да ли би било примереније да улогу гаранта има тзв. предрасправно веће, као колективан и самим тим више компетентан орган. Укидање истраге би за последицу имало општу реформу кривичног процесног права, за коју није сасвим сигурно да смо спремни, као ни то каква ће структура нашег кривичног процесног права бити у скорој будућности.

ЛИТЕРАТУРА

- Breuer, Stefan (1998). *Der Staat. Entstehung, Typen, Organisationsstadien*, Rowohlt.
- Dearing, Albin (1985). *Zur Frage der Abschaffung der Voruntersuchung aus rechtsvergleichender Sicht, Neue Wege im Strafrechtlichen Vorverfahren, Tagung der Osterreichischen Juristenkommission in Waisenbach at Attersee*, Wien.
- Delmas-Marty, Mireille, Spencer, J.C. (eds) (2005). *European Criminal Procedures*. Cambridge.
- Kühne, Hans-Heiner (2003). *Strafprozessrecht*, Heidelberg.
- Meško, Gorazd, Dobovšek, Bojan, Jager, Matjaž (2002). *Challenges of Slovenian Criminology*. Ljubljana.
- Summers, Sarah J. (2007). *Fair Trails, The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*. Oxford.
- Васильевић, Тихомир (1971). *Систем кривичног процесног права СФРЈ*. Београд.
- Грубач, Момчило (1998). *Ток кривичног процесног права – III књиџа*. Нови Сад.
- Николић, Душан (2010). *Увод у систем грађанског права* (десето измењено и допуњено издање), Нови Сад.

ORGANIZATION OF PREPARATORY CRIMINAL PROCEEDINGS

by

Tatjana Lukić

Summary

Our criminal law has been developing in the direction of democratization and respect of the minimum legal standards as a condition for an objective assessment of criminal offenses and the protection of human rights and the law does, more or less, like all social phenomena resist the rapid and radical change. The investigation, as part of criminal proceedings is undoubtedly the most important and also the most delicate part of the proceedings. The issue of different organization of the concept of the investigation raises many doubts, misunderstandings and difficulties. The last reform in our country did not bring significant changes for the organization of the preparatory stage of criminal proceedings, and this issue is not sufficiently addressed nor in the literature. In fact, there are different models of investigation. The question is whether the better results could be gained in some of the other models for organizing the investigation which currently exist in the world. The author addresses the following issues: analysis of the models of preparatory stages of criminal proceedings – a historical review, the center of the proceedings, the abolition of judicial investigation, the historical development of the model of investigation in Serbia.

KEY WORDS: criminal procedure, investigation, preparatory criminal proceedings

*Зоран Лончар**

УЛОГА ОРГАНА ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У ПОСТУПКУ ИЗДАВАЊА ПУТНИХ ИСПРАВА

САЖЕТАК: Република Србија је у последње две деценије доживела бројне промене свога државно-правног статуса, које нису толико често имале за последицу и измену правног режима издавања путних исправа. Након усвајања Устава од 2006. године и успостављања Републике Србије као самосталне државе донет је коначно и нови Закон о путним исправама. Њиме се уноси низ новина у правни режим издавања путних исправа, са циљем његовог осавремењавања и усклађивања са стандардима који се од Србије као државе очекује да испуни у процесу европских интеграција. Кроз детаљну анализу новина које се јављају у погледу надлежности органа државне управе у поступку издавања свих врста путних исправа, пружа се прилика и за стицање увида у могућност остваривања слободе кретања као једног од основних права грађана загарантованог Уставом Републике Србије.

КЉУЧНЕ РЕЧИ: државна управа, путне исправе, пасош, слобода кретања.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Слобода кретања представља једно од најважнијих личних права грађана које је у складу са најважнијим међународноправним документима, почев од Опште декларације о људским правима из 1948. године и Конвенције за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године, загарантовано данас и Уставом Републике Србије (члан 39). Право на слободно кретање у себи подразумева између осталих и право на напуштање територије Републике Србије и право повратка у Србију.¹ Остваривању овог Уставом гарантованог права служе пре свега путне исправе које се издају нашим држављанима. Основна сврха издавања путних исправа се огледа у омогућавању нашим држављанима да прелазе државну границу, односно да одлазе у иностранство и да се враћају у земљу.² Поред

* Др Зоран Лончар, доцент Правног факултета у Новом Саду.

¹ „Свако има право да се слободно креће и настањује у Републици Србији, да је напусти и да се у њу врати”, Устав Републике Србије, члан 39. став 1.

² „Путна исправа је јавна исправа која држављанима Републике Србије служи за прелазак државне границе, ради путовања и боравка у иностранству и за повратак у земљу”,

тога, путне исправе нашим држављанима у иностранству могу да служе и као доказ о идентитету, али и као доказ о држављанском статусу, на основу кога у случају потребе имају право да траже пружање услуга или правну заштиту од дипломатских или конзуларних представништава Републике Србије.

Путне исправе представљају једно од основних обележја државности сваке државе и везују се за питање држављанства. Путна исправа чини нераскидиви део држављанског статуса сваког појединца. Свако лице које има држављанство неке државе има и право на њену путну исправу. Из тог разлога, најчешће промене до којих долази у погледу државноправног статуса државе аутоматски утичу и на промене у правном режиму њених путних исправа. Готово да је немогуће срести државу која као своје користи путне исправе издате од стране неке друге државе.³

Србија је у последње две деценије доживела бројне промене свога државноправног статута, од федералне јединице, какав је имала у СФР Југославији, а затим и у СР Југославији, преко државе чланице у Државној заједници СЦГ, до коначно самосталне државе, какав статус има данас на основу Одлуке Народне скупштине од 5. јуна 2006. године⁴ и Устава Републике Србије из 2006. године. Међутим, честе промене државноправног статуса су имале за последицу само промену надлежности за регулисање материје путних исправа, али њих нису пратиле и толико честе измене самог режима путних исправих. Након престанка постојања Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, Закон о путним исправама држављана СФРЈ⁵ се примењивао све до 1996. године, када је донет Закон о путним исправама југословенских држављана.⁶ Овај закон се код нас примењивао све до 2007. године када је донет важећи Закон о путним исправама.⁷

Закон о путним исправама, „Службени гласник Републике Србије”, број 90. од 25. септембра 2007. године. члан 2. став 1.

³ Један од таквих примера је представљала својевремено Државна заједница СЦГ у којој је постојало заједничко држављанство Србије и Црне Горе, али је прописивање и издавање путних исправа било у надлежности држава чланица. Раздвајање материје држављанства од путних исправа било је последица несвакидашњег концепта стицања заједничког држављанства Србије и Црне Горе, које се према Уставној повељи (члан 7) стицало на основу републичких закона о држављанству, па је због тога и област путних исправа била у надлежности држава чланица. Без обзира на правну могућност која је постојала – да држављани исте државе (државне заједнице) имају потпуно различите путне исправе (Републике Србије односно Републике Црне Горе), до такве ситуације ипак није дошло за време трогодишњег трајања Државне заједнице СЦГ, јер су се и Република Србија и Република Црна Гора у то време одлучиле да примењују исти Закон о путним исправама југословенских држављана који је донела Савезна Република Југославија.

⁴ Одлука о обавезама државних органа Републике Србије у остваривању надлежности Републике Србије као следбеника Државне заједнице Србија и Црна Гора, „Службени гласник Републике Србије”, број 48. од 5. јуна 2006. године.

⁵ Закон о путним исправама држављана СФРЈ, „Службени лист СФРЈ”, број 30/79, 36/79 и 53/85.

⁶ „Службени гласник Републике Србије”, број 33/96, 49/96, 12/98, 35/99, 44/99, 15/2000, 7/2001, 71/2001, 23/2002, 53/2002, 68/2002, 5/2003 и 101/2005.

⁷ Закон о путним исправама, „Службени гласник Републике Србије”, број 90/2007 од 25. септембра 2007. године.

Нови Закон о путним исправама уноси низ новина у правни режим путних исправа чији се основни циљ огледа, пре свега, у осавремењивању поступка издавања путних исправа и усклађивању са стандардима који се у овој области од нас захтевају у процесу европских интеграција, али истовремено и у жељи да се држављанима Републике Србије омогући несметано (без виза) путовање у већину земаља, пре свега Европске уније. Наша превасходна пажња у овом раду ће стога бити усмерена на осветљавање оних новина у правном режиму путних исправа које се односе на улогу различитих органа државне управе које се као надлежни јављају у поступку издавања путних исправа.

2. ВРСТЕ ПУТНИХ ИСПРАВА

Према новом Закону о путним исправама (члан 7) разликује се укупно пет различитих врста путних исправа: *јасош*, *дипломатски јасош*, *службени јасош*, *јуџини листи* и *јуџине исправе које се издају на основу међународних уговора*. Својство путне исправе и даље могу имати и *бродарска књижица* члана посаде пловила унутрашње пловидбе, као и *јоморска књижица* члана посаде поморског брода, под условом да су у њих унете визе. Изузетно, када је то одређено међународним уговором, у поједине државе се може путовати и без путне исправе. У том случају Влада Републике Србије одређује јавну исправу која ће служити као замена за путну исправу (лична карта).⁸

Међутим, битну новину у Закону представља изостављање заједничког пасоша као путне исправе, која се раније могла издавати групи од 5 до 50 наших држављања ради њиховог заједничког пута у иностранство. Ова врста путних исправа је раније доста често коришћена при колективним путовањима (годишњи одмори, екскурзије, спортска такмичења и сл.) пре свега ради лакшег прибављања тзв. колективне визе у односу на посебне индивидуалне визе, које су се раније тражиле приликом путовања наших држављања у највећи број држава Европске уније са којима смо имали визни режим.⁹ Укидање визног режима (19. децембра 2009. године) свакако је умањило значај ове врсте путне исправе, тако да њено изостављање из новог Закона о путним исправама не би требало да представља никакво отежавање остваривање права на путовање у иностранство грађанима Републике Србије.

Без обзира на то што Закон о путним исправама познаје више врста путних исправа, и даље сваки држављанин Републике Србије има право на само једну путну исправу исте врсте.¹⁰ Разликовање путних исправа према врстама је од посебног значаја за питање надлежности органа управе у поступку њиховог издавања, пошто од конкретне врсте путне исправе зависи и надлежност органа управе за њено издавање.

⁸ Члан 5. Закона о путним исправама.

⁹ Видети: Закон о путним исправама југословенских држављана, члан 9.

¹⁰ Члан 3. став 2. Закона о путним исправама.

2.1. Пасош

Пасош представља путну исправу која се издаје држављанима Републике Србије ради путовања и боравка у иностранству, као и ради повратака у земљу (члан 8. Закона). Пасош представља најчешћу врсту путних исправа која се издаје нашим држављанима. Њега морају да поседују сви држављани Републике Србије старији од 14 година када желе да путују у иностранство. Пасош се издаје за неограничен број путовања. Чак и деца која су млађа од 14 година морају да имају сопствени пасош ако желе да путују у иностранство. Новину у Закону о путним исправама представља немогућност уписивања детета у пасош једног од родитеља која је постојала по ранијем Закону. Из тог разлога је Законом о изменама Закона о путним исправама од 16. децембра 2009. године продужен рок важења „дечјег пасоша”, и то: за децу старости до три године живота рок важности пасоша сада износи три године, а за децу од три до четрнаест година живота рок важења пасоша износи пет година.¹¹

2.2. Дипломатски пасош

Дипломатски пасош представља путну исправу која се издаје држављанима Републике Србије који у складу са међународним правом у иностранству имају статус дипломатског агента, конзуларног функционера, функционера међународних организација, дипломатским куририма, као и највишим државним функционерима за које то одреди Влада Републике Србије (члан 10. Закона). Уредбом о издавању дипломатских и службених пасоша Влада Републике Србије је предвидела да се под највишим државним функционерима којима се издаје дипломатски пасош сматрају лица која обављају функције: председника Републике, председника Народне скупштине, председника Владе, потпредседника и министра у Влади, председника Уставног суда, председника Врховног касационог суда, гувернера Народне банке Србије и начелника Генералштаба Војске Србије.¹² За разлику од свих осталих највиших државних функционера којима се дипломатски пасош издаје само за период за који обављају државну функцију, а најдуже на период од 5 година, новину у правном режиму ове врсте путне исправе представља што се председнику Републике, председнику Народне скупштине, председнику Владе и министру спољних послова дипломатски пасош издаје трајно, односно и за период после престанка функције (члан 3. Уредбе). Поред тога, постоји могућност да се дипломатски пасош изда и одређеним лицима само ради обављања поверене мисије у иностранству. У групу таквих лица спадају: народни посланици, тужилац за ратне злочине Републике Србије, председници покрајинских скупштина и

¹¹ Члан 1. Закона о изменама Закона о путним исправама, „Службени гласник Републике Србије”, број 104. од 16. децембра 2009. године.

¹² Члан 2. Уредбе о издавању дипломатских и службених пасоша, „Службени гласник Републике Србије”, број 7. од 29. јануара 2009. године.

покрајинских извршних органа, као и руководиоци цивилне и војне службе безбедности (члан 4. Уредбе). Дипломатски пасош се издаје такође и лицу које је именовано за амбасадора добре воље Републике Србије или лицу које је наш амбасадор добре воље у појединим међународним хуманитарним, спортским, културним или другим организацијама (члан 5. Уредбе), а може се издати још и лицима запосленим у Министарству спољних послова који према одредбама Закона о спољним пословима¹³ и међународним конвенцијама, имају статус дипломата, као и дипломатским куририма.¹⁴

Дипломатски пасош може бити издат и члановима уже породице лица којем је издат такав пасош. Под члановима уже породице се у том смислу подразумевају брачни друг и деца, односно лице које је законом изједначено са дететом, под условом да са њим живе у заједничком домаћинству и да са њим путују у иностранство или бораве у иностранству (члан 9. став 3. и 4. Закона).¹⁵

2.3. Службени пасош

Службени пасош представља путну исправу која се издаје ради ефикасног обављања државних послова у иностранству, предвиђених међународним правом. Ова врста путних исправа се издаје службеницима дипломатских или конзуларних представништава Републике Србије којима се не издаје дипломатски пасош, државним службеницима, државним службеницима на положајима и руководећим радницима са посебним овлашћењима у другим државним органима, када путују у иностранство службеним послом који захтева поседовање службеног пасоша, као и оним лицима које одреди Влада Републике Србије (члан 11. Закона). Влада Републике Србије је Уредбом о поступку издавања дипломатских и службених пасоша предвидела да се службени пасош издаје још и председнику Привредне коморе Србије, Републичком јавном тужиоцу и директору Канцеларије Владе за европске интеграције (члан 6. Уредбе).

Службени пасош такође може бити издат и члановима уже породице лица којем је издат такав пасош, под којим се подразумевају, као и у случају издавања дипломатског пасоша, брачни друг и деца, односно лице које је законом изједначено са дететом, под условом да са њим живе у заједничком домаћинству и да са њим путују у иностранство (члан 9. став 3. и 4. Закона).

¹³ „Службени гласник Републике Србије”, број 116. од 12. децембра 2007. године.

¹⁴ Члан 3. Правилника о поступку издавања дипломатских и службених пасоша Министарства спољних послова, „Службени гласник Републике Србије”, број 41 од 22. маја 2009. године.

¹⁵ Правилником Министарства спољних послова је под формом „ближег” уређивања предвиђено да се под члановима уже породице којима се може издати дипломатски пасош сматрају, поред супружника, још и дете (брачно, ванбрачно и усвојено), ако је на редовном школовању, и то најкасније до навршених 26 година живота, што представља, не разраду, већ формално „дописивање” услова за издавање ове врсте пасоша овој категорији лица који су већ предвиђени Законом о путним исправама. Видети: Правилник о поступку издавања дипломатских и службених пасоша, члан 5. став 2.

2.4. Путни лист

Путни лист представља путну исправу која се издаје држављанину Републике Србије који се затекао у иностранству без путне исправе, ради повратка у Србију (члан 12. Закона). Основни смисао издавања ове врсте путне исправе се огледа у омогућавању повратка у земљу оним лицима која су током боравка у иностранству остала без путне исправе, било да су је изгубили или да им је она украдена или уништена.

2.5. Бродарска или поморска књижица

Бродарска или поморска књижица представљају легитимацију изда-ту од стране организације која је регистрована за обављање поморске, речне или језерске пловидбе, којом се у основи доказује само својство члана поседе пловила. Међутим, у случају када је у бродарску или поморску књижицу од стране надлежног органа унета виза, ова врста исправе може да служи укrcаном члану посаде пловила унутрашње пловидбе или поморског брода и као путна исправа за путовање у иностранство са бродом или за путовање у иностранство ради укrcавања на брод или за повратак у Републику Србију по искrcавању са брода (члан 13. Закона).

3. НАДЛЕЖНОСТ ЗА ИЗДАВАЊЕ ПУТНИХ ИСПРАВА

Надлежност органа управе за издавање путних исправа зависи у првом реду од врсте путне исправе чије се издавање тражи, а код појединих врста путних исправа надлежност за њихово издавање зависи и од чињенице где је поднет захтев за издавање, односно да ли је он поднет у земљи или у иностранству.

Пасош као најчешћу врсту путне исправе увек издаје Министарство унутрашњих послова. Правилником о путним исправама Министарства унутрашњих послова је предвиђено да се захтев за издавање пасоша подноси увек надлежној организационој јединици Министарства унутрашњих послова према месту пребивалишта, односно боравишта подносиоца захтева у Републици Србији.¹⁶ Новину у Закону о путним исправама представља што је сходно новој унутрашњој организацији Министарства унутрашњих послова која је успостављена након доношења Закона о полицији, изричито прописано да пасош издаје полицијска управа или полицијска станица као подручни орган управе у саставу Министарства унутрашњих послова, на чијем подручју је пребивалиште, односно боравиште лица које подноси захтев за издавање пасоша (члан 15. став 1. Закона).

Изузетно, држављанин Републике Србије који борави у иностранству захтев за издавање пасоша може поднети и преко дипломатског или конзуларног представништва Републике Србије. У том случају за изда-

¹⁶ Члан 7. Правилника о путним исправама Министарства унутрашњих послова, „Службени гласник Републике Србије”, број 54. од 26. маја 2008. године.

вање пасоша је у оквиру Министарства унутрашњих послова надлежна Полицијска управа за Град Београд (члан 15. став 2 Закона). Овакво решење представља битну новину у односу на ранији Закон о путним исправама југословенских држављана (члан 18. став 1), када су о захтеву за издавање пасоша који су поднети у иностранству могла да решавају и дипломатска или конзуларна представништва, под условом да је подносилац захтева био наш држављанин који на подручју тог представништва борави непрекидно дуже од три месеца. Данас се улога дипломатских и конзуларних представништава Републике Србије огледа само у надлежности да приме захтев за издавање пасоша и да га без одлагања проследи Полицијској управи за Град Београд, ради решавања (члан 7. став 2. Правилника о путним исправама).

Дакле, када је у питању надлежност за издавање пасоша, више не постоји подељена надлежност између Министарства унутрашњих и Министарства спољних послова у зависности од тога где је поднет захтев за издавање пасоша. Новим Законом о путним исправама је успостављена искључива надлежност Министарства унутрашњих послова, без обзира на то да ли је захтев за издавање пасоша поднет у земљи или у иностранству. Из тог разлога је у новом Закону о путним исправама изостављена и надлежност дипломатских и конзуларних представништава Републике Србије да могу издавати пасош нашем држављанину којем је током боравка у иностранству нестало пасош, под условом да на подручју тог представништва борави дуже од 30 дана у сврху лечења, обављања службеног посла, специјализације или других оправданих разлога (члан 18. став 2. Закона о путним исправама југословенских држављана).

Битна новина у погледу надлежности за издавање пасоша је утврђена, мимо Закона о путним исправама, Владином Уредбом о поступку утврђивања испуњености услова за издавање пасоша за лица са подручја АП Косово и Метохија.¹⁷ Наведеном Уредбом је предвиђена посебна надлежност Координационе управе Министарства унутрашњих послова у Београду за издавање пасоша свим држављанима Републике Србије са пребивалиштем на подручју АП Косово и Метохија и држављанима Републике Србије којима су уверења о држављанству издата од органа Републике Србије надлежних за подручје АП Косово и Метохија, а који немају пријављено пребивалиште у Републици Србији (члан 3. Уредбе).

Дипломатски и службени пасош издаје Министарство спољних послова. Захтев за издавање ових врста путних исправа, у име лица на које треба да гласе, подноси увек државни орган у којем лица обављају функцију или посао ради којег путују у иностранство. За запослена лица у Министарству спољних послова која се распоређују на рад у дипломатским или конзуларним представништвима Републике Србије, Правилником Министарства спољних послова је предвиђено да се издавање дипломатског или службеног пасоша врши по налогу унутрашње орга-

¹⁷ „Службени гласник Републике Србије”, број 76. од 16. септембра 2009. године.

низационе јединице Министарства надлежне за персоналноправне послове (члан 4. став 1. Правилника о поступку издавања дипломатских и службених пасоша). Такође, војним изасланицима и другим лицима која са статусом дипломата у дипломатска или конзуларна представништва Републике Србије упућују други државни органи (као што је на пример случај са недавно уведеним економским аташеима које одређује Министарство економије и регионалног развоја), налог за издавање дипломатског или службеног пасоша издаје министар спољних послова. Налог за издавање дипломатског или службеног пасоша се доставља унутрашњој организационој јединици Министарства спољних послова надлежној за конзуларне послове, која спроводи аквизицију биометријских података и прослеђује их Министарству унутрашњих послова ради персонализације пасошке књижице.

С обзиром на то да је основна сврха путног листа да омогући држављанину Републике Србије који је у иностранству остао без путне исправе да се врати у земљу, издавање ове врсте путне исправе се налази у надлежности дипломатског или конзуларног представништва Републике Србије, на чијем се подручју затекао наш држављанин који је остао без путне исправе (члан 17. Закона). Пре издавања путног листа дипломатско или конзуларно представништво је дужно да провери држављански статус лица коме треба да изда путни лист.

Визу на *бродарску* и *јоморску* књижицу, на основу које ове врсте исправа добијају својство путне исправе, као и на *јуџину исправу службеног особља у међународном саобраћају* која се издаје на основу међународног уговора, увек издаје Министарство унутрашњих послова. У оквиру Министарства унутрашњих послова за издавање ових виза је надлежна полицијска управа, односно полицијска станица на чијем се подручју налази седиште привредног друштва или пребивалиште лица које тражи издавање визе, а може је издати и орган надлежан за контролу прелажења државне границе.

4. ПОСТУПАК ИЗДАВАЊА ПУТНИХ ИСПРАВА

Поступак издавања путних исправа је регулисан Законом о путним исправама (члан 27–41), као и низом подзаконских правних аката у које спадају: Уредба о поступку утврђивања испуњености услова за издавање пасоша за лица са подручја АП Косово и Метохија, Уредба о издавању дипломатских и службених пасоша, Правилник Министарства унутрашњих послова о путним исправама и Правилник Министарства спољних послова о поступку издавања дипломатских и службених пасоша. Поступак издавања путних исправа спада у врсту посебног управног поступка. Из тог разлога је Законом о путним исправама (члан 6) изричито предвиђено да се на поступак издавања путних исправа сходно примењују одредбе Закона о општем управном поступку.

4.1. Захтев за издавање путне исправе

Све путне исправе спадају у јавне исправе које се издају на захтев странке. С обзиром на то ко је подносилац захтева за издавање, путне исправе се могу сврстати у две групе. Једну групу чине пасош и путни лист, који се издају на лични захтев странке, а другу групу чине дипломатски и службени пасош, који се издају искључиво на захтев надлежног државног органа. Када су у питању путне исправе које се издају према међународним уговорима, основно правило је да се оне издају на лични захтев, уколико међународним уговором није друкчије одређено.

Приликом подношења захтева за издавање путне исправе битну новину у Закону представља обавезно лично присуство лица којем се издаје путна исправа (члан 27. став 5). За разлику од ранијег Закона о путним исправама југословенских држављана (члан 33. став 3) када се непосредно присуство лица којем се издавала путна исправа могло тражити само изузетно, када је то било неопходно ради утврђивања идентитета или других важних чињеница, данас је присуство лица којем се издаје путна исправа приликом подношења захтева увек обавезно, не само ради утврђивања идентитета, већ и ради фотографисања и узимања отиска прста и потписа који су саставни део поступка издавања биометријских пасоша.¹⁸

Подносилац захтева за издавање путних исправа је данас дужан да у захтеву наведе само оне личне податке који се уписују у путну исправу (члан 28. Закона), за разлику од раније када је био дужан да наводи и низ других података који се нису уписивали у путну исправу: попут броја личне карте, занимања, места боравка, назива органа или организације где је запослен, да ли је одслужио војни рок, државу у коју путује итд. (члан 35. Закона о путним исправама југословенских држављана). У случају када се захтев за издавање пасоша подноси у иностранству у нашем дипломатском или конзуларном представништву, у захтеву се мора још навести само податак о месту и држави боравишта, односно пребивалишта у иностранству, а у случају када се подноси захтев за издавање визе, поред података који се наводе и у захтеву за издавање путне исправе, мора се још навести и податак о држави и времену за које се виза тражи.

Битна новина у Закону о путним исправама постоји и у случају подношења захтева за издавање путне исправе за малолетна или пословно неспособна лица (члан 29). За разлику од ранијег периода када је једини услов био да такав захтев поднесе један од родитеља, односно старатеља (члан 33. став 2. Закона о путним исправама југословенских држављана), данас се у том случају обавезно тражи још и писмена сагласност другог родитеља, односно другог законског заступника или старатеља (члан 29. став 1. Закона). Изузетно, путна исправа се може издати и без сагласности наведених лица у случају: ако се један од родитеља води као нестало лице; ако је непознатог пребивалишта или боравишта, или је у

¹⁸ О начину узимања биометријских података приликом издавања путних исправа видети: Правилник о издавању путних исправа, члан 17–20.

питању умрло лице; ако је једном од родитеља одлуком суда додељено старатељство над малолетним лицем или је одлуком суда дозвољено издавање путне исправе, осим у случају да истом одлуком суда издавање путне исправе и путовање малолетног лица у иностранство није условљено сагласношћу оба родитеља (члан 29. став 2. Закона).

Уз захтев за издавање путне исправе подносилац захтева је дужан да приложи и прописане јавне исправе којима се доказују подаци из захтева, као што су: уверење о држављанству, извод из матичне књиге рођених или венчаних, доказ о пребивалишту итд. Подносилац захтева је дужан да уз захтев за издавање путне исправе стави на увид надлежном органу и личну карту или другу исправу из које се може утврдити његов идентитет и евентуално уверење о држављанству, које се мора поднети на увид само приликом првог издавања путне исправе (члан 30. Закона). Исто тако, уз захтев за издавање путне исправе се обавезно прилаже и доказ о уплаћеној накнади трошкова издавања путне исправе (члан 9. Правилника о путним исправама), чији износ је утврђен Уредбом о цени образаца путних исправа и визе и трошковима достављања пасоша преко дипломатског или конзуларног представништва Републике Србије.¹⁹ Уз захтев се, приликом издавања пасоша, обавезно прилаже и стари пасош чији је рок важења истекао или који више не може служити својој намени, ради поништавања.

У случају да је поднет непотпун захтев за издавање путне исправе или да подносилац захтева није приложио све потребне документе и доказе, због чега се по таквом захтеву не може поступити, службено лице надлежног органа је дужно да подносиоцу захтева укаже на недостатке и да му остави примерени рок да их отклони. Уколико подносилац захтева у одређеном року не отклони недостатке, сматра се да је одустао од захтева, о чему се доноси посебан закључак и обавештава подносилац захтева. У случају да је поднет уредан захтев и да се по њему може поступити, службено лице надлежног органа је дужно да на погодном месту на захтеву стави забелешку и да својим потписом потврди да је захтев поднет на ваљан начин. Приликом пријема захтева за издавање путне исправе подносиоцу се обавезно издаје потврда на обрасцу прописаним Правилником о путним исправама (члан 12. став 2), која служи као доказ о поднетом захтеву.

О захтеву за издавање путне исправе надлежни орган је дужан да одлучи у року од 30 дана од дана подношења захтева, што представља новину у односу на ранији период када је Законом о путним исправама југословенских држављана (члан 44. став 1) био прописан рок од 15 дана. У случају да је захтев за издавање пасоша поднет преко дипломатског или конзуларног представништва Републике Србије, надлежни орган је дужан да реши у року од 60 дана од дана подношења захтева. Изузетно, ако се ради о хитним случајевима, као што су хитно лечење у иностран-

¹⁹ „Службени гласник Републике Србије”, број 8. од 23. јануара 2008. године и број 3. од 21. јануара 2009. године.

ству, обавештење о смрти или тешкој болести члана уже породице, неодложан службени пут или из других оправданих разлога, као и ако су уз захтев приложени докази који потврђују разлоге хитности, надлежни орган је дужан да путну исправу изда најкасније у року од 48 сати од момента подношења захтева (члан 34. став 3. Закона о путним исправама).

Подносилац захтева је дужан да путну исправу увек преузме лично (члан 32. Закона о путним исправама), што такође представља једну од новина. Новину у Закону о путним исправама представљају и изричито прописана могућност замене путне исправе којој није истекао рок важности. До такве замене путне исправе може да дође у ситуацијама: када је путна исправа попуњена, оштећена или дотрајала, тако да не може више да служи својој сврсти; ако је дошло до промене личних података имаоца путне исправе уписаних у путну исправу; ако фотографија на путној исправи више не одговара изгледу лица; као и ако страна држава одбије да изда визу и регулише боравак јер преостали рок важења путне исправе износи мање од шест месеци (члан 33. Закона)

У случају када се путна исправа издаје ради замене путне исправе којој још није истекао рок важности, приликом преузимања нове путне исправе, претходна путна исправа се обавезно поништава и враћа имаоцу. Поништавање путне исправе се врши перфорирањем у присуству лица које преузима нову путну исправу, а поништавање се евидентира у одговарајућој службеној евиденцији и одмах се поништава и у електронском облику (члан 15. Правилника о путним исправама).

4.2. Одбијање захтева за издавање путне исправе

Путна исправа представља битно средство за остваривање права на слободно кретање грађана које је као једно од основних људских права загарантовано Уставом. Из тог разлога је битно што новину у Закону о путним исправама представља изричито навођење да се захтев за издавање путне исправе не може одбити (члан 35. став 2). Међутим, таква одредба ипак важи само начелно и има више декларативни карактер, пошто и нови Закон познаје разлоге који представљају сметњу за издавање путне исправе. У том погледу видан напредак у подизању степена правне сигурности грађана свакако представља то што је број разлога за неиздавање путне исправе не само знатно смањен, већ што су сви они крајње објективизирани, чиме је смањен простор за сваку дискрециону процену надлежног органа.

Орган којем је поднесен захтев за издавање путне исправе може данас да одбије захтев само у пет изричито Законом предвиђених случајева. Они се тичу ситуација: када је против лица које тражи издавање путне исправе донето решење о спровођењу истраге или је подигнута оптужница; када је лице које тражи издавање путне исправе осуђено на безусловну казну затвора у трајању дужем од три месеца; када је лицу које тражи издавање путне исправе у складу са признатим међународним актима забрањено путовање; када је лицу које тражи издавање путне

исправе у складу са важећим прописима забрањено кретање ради спречавања ширења заразних болести, односно епидемије и када је из разлога одбране земље прописано обавезно прибављање претходног одобрења за путовање у иностранство, а оно није издато или постоји друга сметња предвиђена законом којим се уређује војна обавеза, као и у случају да је проглашено ратно стање или ванредно стање (члан 35. Закона о путним исправама). Из разлога што подизање оптужнице против неког лица, као и изрицање безусловне казне затвора у трајању дужем од три месеца представљају изричите законске сметње за издавање путне исправе, новим Законом о путним исправама је прописана обавеза за све судове да о постојању ових разлога увек обавесте Министарство унутрашњих послова, и то преко полицијских управа, односно полицијских станица на чијем подручју такво лице има пребивалиште (члан 36).

Издата путна исправа се може и одузети од њеног имаоца. Орган који је надлежан за издавање путне исправе, међутим, може одузети путну исправу само у случају: ако је она издата на основу нетачних података; ако је њен ималац другом лицу омогућио да је користи као своју; ако је њеном имаоцу престало држављанство Републике Србије и ако се накнадно утврди да су постојале законске сметње за њено издавање, за које је надлежни орган касније сазнао или су оне настале после издавања путне исправе (члан 37. став 1. Закона о путним исправама). Поред органа који ју је издао, путну исправу под истим условима може одузети и дипломатско или конзуларно представништво Републике Србије, при чему је оно у том случају дужно да је одмах достави Министарству унутрашњих послова.²⁰ Исто тако, путну исправу може одузети, али само привремено, и орган надлежан за контролу прелажења државне границе, који је такође дужан да такву путну исправу одмах достави Министарству унутрашњих послова.

У случају да дође до наступања неке чињенице која за последицу има престанак разлога за одбијање захтева за издавање или одузимање путне исправе, постоји законска обавеза за судове и друге државне органе да о томе одмах обавесте орган надлежан за издавање путне исправе, који је у том случају дужан да обавести лице које је тражило издавање путне исправе, односно лице којем је одузета путна исправа, како би оно било у прилици да подношењем новог захтева оствари своје законско право на путну исправу (члан 39. Закона).

Исто тако, на молбу лица којем је одбијен захтев за издавање путне исправе или је одузета путна исправа, орган надлежан за издавање пут-

²⁰ Прописивање обавезе дипломатским и конзуларним представништвима на достављање одузете путне исправе Министарству унутрашњих послова је разумљиво само у случају када се ради о пасошу као најчешћој врсти путне исправе коју и издаје ово Министарство. Међутим, из овакве законске формулације није јасно да ли се право дипломатског или конзуларног представништва односи и на одузимање дипломатског или службеног пасоша за чије издавање је надлежно Министарство спољних послова. Наиме, није јасно зашто би се те врсте путних исправа у случају одузимања достављале Министарству унутрашњих послова, а не Министарству спољних послова као органу који их је издао и који о њима води и све евиденције.

не исправе може у нарочито оправданим случајевима, као што су, на пример, смрт члана породице, лечење у иностранству, неодложни службени послови итд., да одобри издавање пасоша са ограниченим роком важења. У том случају орган надлежан за издавање пасоша је дужан да претходно прибави мишљење надлежног суда или јавног тужиоца, ако су они захтевали забрану издавања путне исправе или њено одузимање.

5. ОСТАЛЕ ОБАВЕЗЕ ОРГАНА УПРАВЕ У ВЕЗИ СА ПУТНИМ ИСПРАВАМА

Улога органа управе приликом издавања путних исправа, поред наведених овлашћења која имају у самом поступку њиховог издавања, огледа се и кроз надлежност за одлучивање у случају *несијанка* или *проналаска* путне исправе, као и кроз обавезу на вођење *евиденција о њиховим исправама*.

5.1. Нестанак и проналазак путне исправе

Путна исправа представља једну од најважнијих јавних исправа у правном поретку. Због тога је за сваку државу од посебног интереса да о нестанку путне исправе што пре буду обавештени њени надлежни органи, како би предузели радње ради спречавања штетних последица које могу да настану неовлашћеним коришћењем туђе путне исправе. Из тог разлога постоји законска обавеза за свако лице које изгуби путну исправу или пронађе туђу путну исправу да без одлагања пријави нестанак или проналазак путне исправе (члан 42. Закона о путним исправама). Државни орган који треба да обавести о нестанку или проналаску путне исправе зависи од места где је то утврђено, односно да ли је нестанак или проналазак путне исправе утврђен у земљи или у иностранству. У случају ако је путна исправа нестала или пронађена на територији Републике Србије, лице које је изгубило своју или је пронашло туђу путну исправу дужно је да то пријави најближој полицијској управи, односно полицијској станици Министарства унутрашњих послова. Ако је путна исправа нестала у иностранству, лице које је изгубило путну исправу је дужно да њен нестанак пријави најближем дипломатском или конзуларном представништву Републике Србије.

У случају када је обавештен о нестанку путне исправе, надлежни орган који је издао несталу путну исправу је дужан да је решењем прогласи неважећом. Против решења којим се нестала путна исправа проглашава неважећом није дозвољена жалба, већ се одмах непосредно може покренути управни спор. Решење о проглашењу нестале путне исправе неважећом се мора одмах објавити у „Службеног гласнику Републике Србије” и то о трошку лица чија се путна исправа оглашава. Доношењем решења о проглашењу неважећом путне исправе и његовим објављивањем, стиче се право на подношење захтева за издавање нове путне испра-

ве, односно тек тада надлежни орган може лицу које је пријавило нестанак путне исправе да изда нову путну исправу.

5.2. Евиденције о путним исправама

Органи надлежни за издавање путних исправа су дужни да воде и евиденције о путним исправама. Евиденције које се воде о путним исправама морају да буду ажурне, тачне и безбедним мерама заштићене од неовлашћеног приступа и коришћења.

Органи надлежни за издавање путних исправа воде евиденције: о издатим путним исправама и визама, о одбијеним захтевима за издавање путних исправа и виза, о одузетим путним исправама; о поништеним визама и неважећим путним исправама, као и о подацима који представљају сметњу за издавање путне исправе (члан 45. Закона о путним исправама). Битну новину представља законска обавеза примењивања мера заштите од неовлашћеног приступа и чувања података у случају вођења евиденција о путним исправама на средствима за аутоматску обраду података, и то у облику у коме су формиран, односно примљени. Евиденције које воде органи надлежни за издавање путних исправа обавезно садрже податке: о подносиоцу захтева који су садржани у захтеву за издавање путне исправе или визе; податке о врсти путне исправе која је издата, серијском броју, року важења и датуму издавања путне исправе или визе; о разлозима одбијања захтева за издавање путне исправе и визе, односно за одузимање путне исправе или поништавања визе и о неважећим путним исправама (члан 46. Закона о путним исправама).

Евиденције о путним исправама воде Министарство унутрашњих послова и Министарство спољних послова, на начин прописан Правилником о путним исправама (члан 21–25) и Правилником о поступку издавања дипломатских и службених пасоша (члан 10). Министарство спољних послова води само евиденције које се односе на дипломатске и службене пасоше, а Министарство унутрашњих послова води све остале евиденције које се воде о путним исправама.

Евиденција о путним исправама коју води Министарство унутрашњих послова се састоји од укупно 7 регистара, који се односе на: издате, одузете и нађене путне исправе, на одбијене захтеве за издавање путне исправе, на издате и на поништене визе, као и на одбијене захтеве за издавање виза (члан 22. Правилника о путним исправама). Министарство унутрашњих послова упоредо са регистрима о издатим путним исправама води и картотеке (члан 23. Правилника о путним исправама). Картотеке се састоје од скенираних слика захтева за издавање путних исправа са свом приложеном документацијом у електронском облику. На картону картотеке су садржани сви подаци о подносиоцу захтева који су садржани и у захтеву за издавање путне исправе, као и слике биометријских података, затим податак о серијском и регистарском броју издате путне исправе и року важења и датуму њеног издавања. Сви подаци који су садржани у регистрима о путним исправама и картотекама

чувају се трајно. Министарство унутрашњих послова је дужно да у карточети издатих путних исправа одмах пасивизира путну исправу за чијег имаоца се утврди да му је престало држављанство Републике Србије.

Подаци из евиденција о путним исправама могу се давати искључиво државним органима и то само у случају: ако је орган који тражи податке законом или другим прописима овлашћен да тражи и прима те податке; ако су органу који тражи податке ти подаци неопходни за извршавање послова из његове надлежности; као и ако те податке није могуће прибавити на други начин или би њихово прибављање захтевало несразмерно високе трошкове (члан 48. Закона о путним исправама). Када су у питању органи страних држава, правило је да се њима подаци из евиденција о путним исправама могу достављати само у случају постојања реципроцитета и у случају: ако се достављање података врши преко органа стране државе надлежног за дипломатске или конзуларне послове; или ако се прималац података обавезе да ће добијене податке користити наменски, у вези са регулисањем личних стања; или ако је то неопходно за спречавање и сузбијање тежих облика криминала; или ако достављање података без сумње користи појединцу на кога се подаци односе; као и ако је у земљи у којој је седиште органа коме се подаци достављају обезбеђена заштита личних података и за странце (члан 49. Закона о путним исправама).

6. ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

Нови Закон о путним исправама уноси низ веома битних новина у материју путних исправа. Бројним изменама Закона омогућава се већа либерализација поступка издавања путних исправа, али се истовремено постиже и већи степен заштите од евентуалних злоупотреба у погледу њиховог неовлашћеног коришћења. При свему томе, не само да су испуњени сви стандарди који се у процесу европских интеграција очекују од Републике Србије у овој области, већ се у неким сегментима, који се односе пре свега на биометријске податке садржане у новим путним исправама, они увелико превазилазе.

У погледу улоге државних органа у области путних исправа, нови Закон о путним исправама прописује подељену улогу извршне власти. Поред органа државне управе у материји путних исправа постоји и надлежност Владе Републике Србије. На основу Закона о путним исправама Влада Републике Србије је надлежна да одлучује о кругу лица која имају право на дипломатски и службени пасош, о цени образаца за све путне исправе, као и о врсти јавне исправе на основу које се може путовати у поједине земље без путне исправе када је то предвиђено међународним уговором. На основу таквог законског овлашћења су својевремено и донете Уредба о издавању дипломатских и службених пасоша из 2009. године и Уредба о цени обрасца путних исправа и виза и трошковима достављања пасоша преко дипломатских и конзуларних представништава Републике Србије из 2008. године. Посебно важна улога Владе

Републике Србије је била при доношењу Уредбе о поступку утврђивања испуњености прописаних услова за издавање пасоша за лица са подручја АП Косово и Метохија из септембра 2009. године. С обзиром на то да Законом о путним исправама није предвиђена надлежност Владе Републике Србије да својим подзаконским општим актом уређује ово питање, услед правне сигурности грађана и Уставом загрантоване једнакости свих пред законом (члан 21), не би било добро да наведена Уредба у пракси послужи као основ за успостављање различитог правног режима коришћења путних исправа за држављане Републике Србије који су са подручја АП Косово и Метохија.

У погледу улоге органа државне управе у поступку издавања путних исправа постоји подељена надлежност између Министарства унутрашњих послова и Министарства спољних послова у зависности од врсте путне исправе о којој се ради. Министарство спољних послова је надлежно да издаје дипломатски пасош, службени пасош и путни лист, а све остале путне исправе издаје Министарство унутрашњих послова. Министарство унутрашњих послова је такође надлежно и за пружање техничке подршке која је неопходна при уношењу биометријских података у путне исправе које издаје Министарство спољних послова (персонализација књижице дипломатског и службеног пасоша).

Када је у питању пасош као најважнија путна исправа која се најчешће издаје нашим држављанима, у потпуности је установљена надлежност Министарства унутрашњих послова. Након доношења новог Закона о путним исправама више не постоји могућност подељене надлежности у погледу издавања ове врсте путне исправе између Министарства унутрашњих послова и дипломатских и конзуларних представништава Републике Србије, у зависности од тога где је поднет захтев за њено издавање. Дипломатска и конзуларна представништва Републике Србије су само надлежна да у иностранству примају захтеве за издавање пасоша, али сама надлежност за издавање ове врсте путне исправе данас се искључиво налази у надлежности Министарства унутрашњих послова. Успостављање јасне надлежности за издавање пасоша као најважније путне исправе од стране само једног органа државне управе требало би да допринесе већој безбедности при њиховом издавању. Исто тако, важну новину с обзиром на нову организацију Министарства унутрашњих послова, која је успостављена након доношења Закона о полицији, представља и прецизно утврђена надлежност за издавање пасоша унутрашњих организационих јединица Министарства унутрашњих послова. Према новом Закону за издавање пасоша су надлежне полицијске управе, односно полицијске станице према месту пребивалишта подносиоца захтева, а у случају захтева који су поднети преко дипломатских или конзуларних представништава у иностранству надлежна је Полицијска управа за Град Београд.

Овако предвиђена надлежност органа државне управе у поступку издавања путних исправа требало би, заједно са свим другим новинама које битно осавременавају ову врсту посебног управног поступака, да

и у пракси веома брзо омогући ефикасно и безбедно издавање путних исправа. Техничка опремљеност органа државне управе је такође битна претпоставка за то. У случају њеног испуњавања, свим држављанима Републике Србије би се на најједноставнији и ефикаснији начин могла омогућити потпуна реализација Уставом гарантованог права на слободу кретања.

Коришћени правни извори

- Устав Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије”, Београд, 2006.
- Уставна повеља Државне заједнице Србија и Црна Гора, „Службени лист СЦГ”, Београд, 2003.
- Закон о путним исправама држављана СФРЈ, „Службени лист СФРЈ”, број 30/79, 36/79 и 53/85.
- Закон о путним исправама југословенских држављана, „Службени гласник Републике Србије”, број 33/96, 49/96, 12/98, 35/99, 44/99, 15/2000, 7/2001, 71/2001, 23/2002, 53/2002, 68/2002, 5/2003 и 101/2005.
- Закон о путним исправама, „Службени гласник Републике Србије”, број 90. од 25. септембра 2007. године.
- Закон о изменама Закона о путним исправама, „Службени гласник Републике Србије”, број 104. од 16. децембра 2009. године.
- Закон о спољним пословима, „Службени гласник Републике Србије”, број 116. од 12. децембра 2007. године.
- Уредба о издавању дипломатских и службених пасоша, „Службени гласник Републике Србије”, број 7. од 29. јануара 2009. године.
- Уредба о поступку утврђивања испуњености услова за издавање пасоша за лица са подручја АП Косово и Метохија, „Службени гласник Републике Србије”, број 76. од 16. септембра 2009. године.
- Уредба о цени образаца путних исправа и визе и трошковима достављања пасоша преко дипломатског или конзуларног представништва Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије”, број 8. од 23. јануара 2008. године и број 3. од 21. јануара 2009. године.
- Правилник о поступку издавања дипломатских и службених пасоша Министарства спољних послова, „Службени гласник Републике Србије”, број 41. од 22. маја 2009. године.
- Правилник о путним исправама Министарства унутрашњих послова, „Службени гласник Републике Србије”, број 54. од 26. маја 2008. године.
- Правилник о обрасцима пасоша, дипломатског пасоша и службеног пасоша, Министарства унутрашњих послова, „Службени гласник Републике Србије”, број 7. од 15. јануара 2008. године.
- Правилник о визама Министарства спољних послова, „Службени гласник Републике Србије”, број 27. од 28. априла 2010. године.

JURISDICTION OF STATE ADMINISTRATION IN
THE PROCEDURE OF ISSUING TRAVEL DOCUMENTS

by

Zoran Lončar

Summary

Under the new law on travel documents, in addition to authority that has the Government of Serbia, in terms of issuing travel documents and a shared competence between the Ministry of Internal Affairs and the Ministry of Foreign Affairs depending on the type of travel document in question. Ministry of Foreign Affairs is authorized to issue a diplomatic passport, official passport and travel document, while all other travel documents are issued by the Ministry of Internal Affairs. When it comes to the passport as the most important travel document the jurisdiction of the Ministry of Internal Affairs is fully established. Diplomatic and Consular Missions of the Republic of Serbia abroad can now only receive requests for passport, but the issuance of travel documents of this type is exclusive jurisdiction of the Ministry of Internal Affairs. Such jurisdiction of the state administration in the process of issuing travel documents, along with other novelties which significantly modernize this kind of special administrative procedures should in practice very quickly enable the efficient issuance of travel documents, thus achieving the complete freedom of movement as one of the rights guaranteed by the Constitution to the citizens of the Republic of Serbia.

KEY WORDS: administration, travel documents, passport, freedom of movement

*Светозар Чиплић**

ОДНОС ПОСЛАНИКА И ПОЛИТИЧКИХ СТРАНАКА

САЖЕТАК: Овом анализом је учињен покушај да се представи једна од најзначајнијих противуречности савременог парламентаризма у државама које имају пропорционални изборни систем. То је противуречност која почива на тространом односу: бирач, посланик и политичка странка на чијој листи је посланик биран. Са једне стране, једно лице, самостално, ван политичке странке, њеног страначког механизма и логистичких капацитета, нема могућност да буде изабрано у парламент а, на другој страни, када таквом лицу посланички мандат буде додељен вољом политичке странке, оно кроз слободни мандат стиче и слободу да се удаљи од своје политичке странке, штавише, да је напусти и прикључи се некој другој политичкој опцији.

У раду је, са друге стране, приказано да таква појава у значајној мери повређује и деформише начело грађанске суверености, с обзиром на то да у сувереној вољи бирача израженој на изборима у најзначајнијој мери учествују политичке странке.

КЉУЧНЕ РЕЧИ: грађанин, слободни мандат, политичка странка, парламентаризам, бланко оставка, Устав.

Сваки модерни политички и парламентарни систем, без обзира на то колико се разликује од себи сличних, почива на заједничким темељним вредностима и принципима. Један од најмаркантнијих принципа парламентаризма, како оног класичног тако и данашњег, модерног, јесте слободни мандат посланика. У оквиру овог принципа, свакако је најзначајнијом, истовремено и најважнији однос посланика и политичке странке на чијој је листи посланик биран.

У Републици Србији однос посланика и политичке странке уређен је уставним принципима и правилима.

Чланом 1. Устава прокламовано је, између осталог, да Република Србија почива на принципима владавине права, на начелима грађанске демократије као и европским принципима и вредностима. Овај уводни, дефинишући члан Устава недвосмислено утврђује Србију, као републику

* Др Светозар Чиплић, министар за људска и мањинска права у Влади Републике Србије

која почива на политичком систему парламентаризма, као израза грађанске демократије, онакве каква је и у темељу заједничких европских вредности.

Чланом 2. Устава дефинисан је суверен: сувереност потиче од грађана, а грађани својство суверена изражавају референдумом, народном иницијативом или преко својих слободно изабраних представника (став 1). Оваква уставна норма успоставља непосредну, јасну и конзистентну везу између грађана и њихових слободно изабраних представника – посланика. Следећа темељна вредност – владавина права (Члан 3. Устава) – одређена је као претпоставка уставног поретка, а утврђено је да се она остварује на слободним и непосредним изборима („Владавина права је основна претпоставка Устава и почива на неутуђивим људским правима. Владавина права се остварује слободним и непосредним изборима, уставним јемствима људских и мањинских права, поделом власти, независном судском влашћу и повиновањем власти Уставу и закону”).

Чланом 5. Устава наглашена је посебна улога политичких странака. Устав је одредио јемство и гаранцију позиције политичким странкама у демократском обликовању политичке воље грађана. На овај начин, уставотворац је од политичких странака начинио не само уставну институцију, већ их је одредио као универзалног посредника демократије. Политичке странке, дакле, обликују политичку вољу суверена. Оне то морају чинити на начин и по процедури који познаје и признаје демократија. Али воља суверена, несумњиво, препуштена је политичким странкама. Како у Србији тако у свакој држави парламентарне демократије, ово правило је записано у темеље устава. Ово начело свакако јесте начело демократије, али истовремено оваква позиција политичких странака производи знатан број правних контраверзи у другој врсти односа грађанин(суверен) – посланик.

Истим чланом уставотворац је дао и оквире у којима странке могу слободно да делују, односно, одредио је границе које ниједна политичка странка не може да пређе: није допуштено деловање странака које је усмерено на насилно рушење уставног поретка, кршење зајамчених људских или мањинских права или изазивање расне, националне или верске мржње. Такође, странке политичку власт нити могу непосредно вршити нити је могу потчинити себи.

За позицију посланика, гласноговорника суверенове политичке воље, важан је свакако члан 46. Устава који јемчи слободу мишљења и изражавања. Ова се слобода гарантује сваком грађанину, а она истовремено лежи у посебном положају посланика – темељ његовог материјалног имунитета је слобода говора. Следствено овоме, чланом 103. Устава (став 2) нормирано је да народни посланик не може бити позван на кривичну или другу одговорност за изражено мишљење или гласање у вршењу своје посланичке функције.

Сва наведена уставна правила Републику Србију као политичку заједницу сврставају у ред држава које свој политички систем базирају на класичној парламентарној демократији. Истовремено, поред вредности,

Србија са њима дели и проблеме који произлазе из ових класичних темеља.

Незаобилазан однос у сваком владавинском процесу парламентарне демократије јесте однос посланика и њихових политичких партија. Он је један од камена темељаца демократије, али парламентарну демократију, посебно ону младу, која је у транзицији, у великој мери деформише. Највећи степен деформације трпи начело о слободи посланичког мандата, као и оно да посланик представља целокупно бирачко тело. Утицај и дејство политичких странака на посланике који су изабрани на њиховим листама је толики да се намеће питање да ли посланици уопште могу своју посланичку функцију да врше на начин како је то устав одредио и како то бирачи очекују.

Посланици, иако су снабдевени слободним мандатом, своју слободу жртвују политичкој странци на чијој листи су бирани. Хорст Закер је приметио да се изгледа приближава време у којем је слободни мандат на измаку [Säcker 1971: 46]. Бирачи – суверени јесу правно уобличена и конституисана заједница, али проблем је што та суверенска заједница нема своју политичку вољу, нити има неки самосталан механизам, ван политичких странака, којим би се та воља могла артикулисати. На другој страни, политичке странке су махом добро и функционално уређени системи, који поседују конститутивни механизам путем којег се та политичка воља суверена – грађана формулише. Тако се политичке странке умећу између грађана – суверена и њихових суверенских представника – посланика. Неспорно је да се сва политичка воља која се изражава кроз народно представништво али и друге државне органе заправо може артикулисати само кроз политичке странке. У уставној теорији је одавно примећено да политичке партије пружају својеврсну услугу грађанима јер обезбеђују њихово учешће у политичком животу, а тиме и у процесу доношења политичких одлука. Савремена демократија је толико зависна од активности политичких странака да их је Лајбхолц дефинисао као партијско-државне демократије (*partienstaatliche Demokratie*) и да у формирању политичке воље политичке странке замењују облике непосредне демократије [Leibholz 1958: 89].

Проблем који настаје у парламентарном процесу јесте то што политичке странке мењају и деформишу политички процес од идеје и функције репрезентовања у идеју и функцију идентификовања. Бирачи не бирају него се идентификују са странкама које имају изграђену и профилисану идеологију али и конкретну политичку вољу. Последица је да се мења и улога парламента: он постаје место на коме се номинално, у складу са прописима, потврђују закони који су као одлуке донети на другом месту – у врховима политичких странака. У таквој позицији парламента, јасна је и позиција посланика: они спроводе политичку одлуку своје странке са којом су се бирачи већински идентификовали на изборима. Отуда делују сасвим превазиђене одребе устава да посланици представљају грађане.

Положај политичких странака у уставном систему утврђен је правним поретком, док је у политичком систему одређен преко чланова који су део државне структуре, а посебну позицију у државној структури свакако имају посланици. Јединствен став уставне теорије јесте констатација да је за овакву деформацију у парламентарном систему крив пропорционални изборни систем и кандидовање по листама: тако је укинут непосредан однос између бирача и посланика. Лајбхолц објашњава веома јасно: „Гласови бирача припадају првенствено партији, а могућност непосредног утицаја бирача на номинацију кандидата и тиме самостално одређивање водећих личности искључено је. Укратко, увођењем пропорционалног система поново је изгубљен 'моменат својеврсне стваралачке дијалектике' парламентарних избора која је у почетку била својствена парламентарном систему” [Leibholz 1958: 89]. Лајбхолц је указао на два нивоа проблема. С једне стране, правно-технички захтеви налажу да бирачи, гласајући за листу, изражавају свој политички став. Гласајући за листу бирали су ону политичку партију са чијом политичком вољом идентификују свој систем вредности. Нису, међутим, гласали и за посланика. Но, након избора, изборна листа се претвара у листу посланика. И тада настаје други проблем: бирачи немају никакав утицај на то ко ће се на листи наћи, нити ко ће са листе, од номинованих, и постати посланик. То је у власти политичке странке, њеног руководства. Тако је заправо изборни однос посланик – бирач постао однос политичка странка – бирач. Бирачима је сасвим неважно ко ће бити посланик. Они желе да утичу на то која ће политичка идеја доминирати парламентом. На изборима они ништа не стварају него само потенцирају.

Када политичке странке одређују ко ће од њихових чланова постати посланик који ће бити у позицији да страначку вољу претвара у државну, природно је присутно и питање принуде која мора обезбедити страначку дисциплину. Партија мора имати не само веру у личност свог посланика, него и ефикасне механизме контроле, за случајеве да посланик престане да спроводи партијску вољу. Укључивањем ових механизма којима се обезбеђује партијска дисциплина у парламенту, ствара се један чврст однос политичка странка – посланик, који на другој страни потпуно искључује постојање било каквог елемента посланик – бирач. Једна чињеница из изборног процеса сасвим јасно указује која је меродавна воља за сваког посланика: од кандидата до посланика једно лице доспева не зато што је бирачко тело њему дало поверење, него тако што је након изјашњавања бирача о партијским листама, баш њему партијско руководство поверило посланички мандат.

Устави посланицима гарантују пуну личну и политичку слободу да одреде према властитој вољи своје понашање у парламенту, али су они заправо зависни од политичке партије чије интересе заступају у парламенту. Тек секундарно и посредно, посланици репрезентују и интересе бирача – суверена који су гласали за листу њихове политичке партије.

Овакав измењени положај посланика је још давно критиковао М. Острогорски. Наиме, увидео је да су посланици престали да буду господари својих уверења, да су изгубили властите идеје. Простор њиховог политичког кретања је сведен на пуко извршавање наређења странке [Ostrogorski 1903: 465]. На сличан начин је на исту појаву реаговао и М. Вебер: „Чланови енглеског парламента данас, изузимајући неколико чланова кабинета (и неколико својеглавих особа), нормално нису ништа друго него добро дисциплинована гласачка марва” [Вебер 1976: 466]. Наравно, критички настројени аутори, сматрају да је оваква веза између посланика и партије довела до поновног увођења императивног мандата, при чему су партије сада мандатарни, они који поверавају мандат. Марк Морштајн је сликовито описао новонастале односе речима: „Слободни мандат (је) уставноправно фосил” [Morstein 1926: 443–444].

Неспорно је, а у томе је теорија која се бавила овим односом уједињена, да партијска дисциплина искључује слободу одлучивања и слободан мандат. Неки аутори сматрају да се уставне одредбе о слободном мандату могу искључити из устава, јер се у правном поретку ништа не би променило – остало би исто оно фактичко стање које је постојало и док је устав давао посланицима слободу несметаног вршења мандата [Boll 1952: 33]. Чак има аутора који савремену демократску парламентарну државу са јаким положајем партија упоређују са сталешком државом. Наиме, и у једној и у другој онај који је посланик прима упутства и наређења од мандатара, а уколико их се не придржава може бити опозван [Linder 1932: 83].

У теорији је било покушаја да се описано стање, које је ипак фактичко, унорми, да такво постане део правног поретка и то признавањем нарочитог формалног положаја политичким партијама. Наиме, императивни мандат није применљив у свом класичном облику у савременим конституционалним државама, али ни слободан мандат није суштински елемент модерног парламентарног система. Зато треба уставом „признати” оно што је чињеница: политичке партије круцијално утичу на одвијање политичког живота једне државе, а тако утичу и на њено функционисање [Adler 1929: 141–142; Anschütz 1926: 115]. Уставно признавање посебног положаја партија, које би и формално стекле право да врше одређена овлашћења, заправо би омогућило да партије постану и уставно одговорне. Ово теоријско становиште сматра да већ постоје елементи који политичким партијама дају одређено уставно место. Ова ситуација се препознаје у чињеници да политичке странке имају јасно законом нормирану улогу у избору посланика у пропорционалном изборном систему. Због тога би требало уставно „довршити” један овакав однос и дати партијама овлашћења према посланику попут права да партија опозива посланика. Консеквентно извођење оваквог решења подразумевало би да странке, пошто су „владари мандата”, у парламент не морају слати само политичке личности које су тако везане за станку, него могу у парламент упућивати и стручњаке, већ у зависности од питања које је на дневном реду за одлучивање парламента. Тако би, парадоксално, власт политичких пар-

тија над посланичким мандатом могла заправо релаксирати парламент од политике, а деловање парламента подићи на виши ниво.

Постоје и мишљења која су критична према слободном мандату, и која сматрају да слободни мандат није општеприхваћени и обавезни резултат парламентарне демократије. Само је фикција, и то далеко удаљена од стварности, да посланик заступа и представља све бираче. Стварни живот подразумева посебну улогу политичке партије, и посланик презузима налоге и упутства не од бирача него од органа своје странке. Посланик је потчињен, и према томе он и нема своју самосталну политичку вољу која би се разликовала од воље партије чији је члан. Он је заправо орган своје странке. Отуда, уставни систем треба прилагодити фактичком стању да би се уклонила супротност и несагласје између стварности и правног поретка.

Супротно овим становиштима налазе се аутори који не признају нарочиту и посебну улогу политичким партијама [Gehlen 1930: 26]. Политичке партије у парламентарном систему имају одређени положај али он ни у ком случају није такав да би се једној демократској држави заснованој на парламентаризму са пропорционалним изборним системом дао епитет партијске државе. Партијска држава би подразумевала да се партијама призна својство државних органа, што је немогуће јер никада воља политичке странке не може заменити вољу државе – то нису конкурентне воље. Партија може бити виђена само као организациони израз једне политичке идеје, највише израз једне друштвене групе која се артикулише и политички. Партија не може постати ништа друго и ништа више, а да не дође до негирања идеје о савременој држави.

Без обзира на различита становишта у теорији, савременији уставни су ипак у својим нормама дали одређену позицију политичким странкама: признали су да политичке странке учествују управо у формирању политичке воље грађана. Поред тога, определили су и кључне вредности којима се странке морају руководити у своме раду да не би дошло до промене карактера државе.

Неспорно је да се посланици налазе у посебном положају према политичким партијама којима припадају и на чијој листи су изабрани. Тај однос је толико јак да је теорија, али и пракса, дошла до закључка да он деформише, а можда и суштински мења карактер посланичком мандату, који уставни, пак, дефинишу као слободан мандат.

Политичке странке овај однос посебно обезбеђују механизмима који нису део правног поретка већ политичког односа између партије и посланика: партијском дисциплином и тзв. бланко оставком, односно приморавањем кандидата за посланике да се унапред обавезу да ће се наступањем одређених околности, када странка то процени и затражи, одрећи свог мандата и уступити га странци.

Партијска дисциплина у парламенту је темељ за рад посланика у парламенту. Она своје нарочито важење има у функционисању посланичких клубова или фракција. Посланички клубови обезбеђују реализацију партијских интереса у сваком конкретном питању које се пред

парламентом разматра. Стварања и деловање посланичких клубова је пословничка а много мање уставна материја. Посланичке клубове по правилу представљају посланици из исте политичке партије. Негде су то решења која подразумевају да посланичке клубове могу оснивати само оне политичке странке које су се појавиле на парламентарим изборима. Пошто се преко посланичких клубова припрема политички наступ партија у парламентарним дебатама, онда је и питање дисциплине унутар посланичког клуба круцијално. У пракси постоје различити механизми којима се обезбеђује посланичка дисциплина. Најчешћи, а тиме и најефикаснији механизми јесу посебна финансијска давања за посланике, као и механизам у виду санкције: искључење из странке када је оно повезано са губитком посланичког мандата. Једно од најчешћих средстава очувања партијске дисциплине у парламенту је тзв. бланко оставка, односно давање изјаве о одрицању од мандата. Већ приликом кандидовања од свих кандидата на партијској листи унапред се узима изјава да ће у случају несугласица са политичком странком, односно у случају напуштања политичке странке, посланик вратити мандат. Најчешћа су три облика тзв. бланко оставке: Први облик је у виду свечане писане изјаве којом се кандидат за посланика обавезује да ће се одрећи посланичког мандата у случају да се из било ког разлога разиђе са политичком странком. Други облик је недатирана писмена изјава унапред потписана којом се посланик одриче унапред мандата. На овом облику бланко оставке карактеристичан је недостатак датума. Политичкој странци на располагању стоји да унесе жељени датум и да га достави секретаријату парламента којем се иначе подноси оставка. Трећи је, уједно и најједноставнији облик бланко оставке када се на чистом и непопуњеном формулару кандидат за посланика само потпише. Политичкој странци остаје да самостално попуни изјаву и одрицање од мандата.

Оваква пракса је изазвала различита тумачења у теорији. Преовладавајуће мишљење је да овакав начин одрицања од мандата није правно ваљан али ни правно дозвољен и да он потпуно деформише идеју слободног парламентарног мандата.

Сматра се да кандидат за посланика у време потписивања тзв. бланко оставке није желео да се одрекне посланичког мандата. При томе, он се у време потписивања и није могао одрећи нечега чиме није располагао. Ако није имао жељу да се мандата одрекне када је потписивао бланко оставку, и ако та жеља није постојала ни у тренутку када ју је неко из партијске службе предавао парламенту, онда је и одрицање од мандата правно ништавно. Другим речима, ако се посланикова стварна жеља и писана изјава не поклапају онда се у правном поретку ништа не мења — он остаје и даље у мандату. Обављање посланичке функције је заправо вршење једног субјективног непреносивог права. Зато обављање посланичке функције не може бити предмет правног споразумевања између посланика и трећег лица, а уколико до тога и дође онда су такви послови правно ништавни.

Посланик не може делегирати своју посланичку дужност јер је он врши лично као представник и заступник грађана. Он има право да се одрекне мандата, али то може доћи као резултат његове слободне воље, и политичка странка не може утицати на њега том приликом. У супротном, био би повређен режим слободног мандата. Никакви споразуми између политичких странака и посланика не могу бити стварани поводом посланичког мандата, јер посланик и поред одређене улоге политичке партије у изборном процесу ипак репрезентује грађане а не партију.

Међутим, већинско правно мишљење пошло је од питања да ли је једна оваква радња правно могућа и да ли је она дозвољена. Да ли је могуће да једна политичка странка, која иначе није носилац мандата него посланик, располаже посланичким мандатом на основу изјаве која није датирана, односно није правно перфектна? При томе је од пресудног значаја да је посланички мандат уставно-правни однос који је уређен и заштићен уставом. Власник и носилац мандата – посланик може располагати правима и обавезама које му припадају као садржина тог мандата али ова права и обавезе не може никоме уступити. Тиме би пренео право којим само он може располагати. Другачије речено, посланик оставку може само лично поднети.

Посланички мандат је личног карактера и права и дужности које из посланичког мандата произлазе може извршавати само његов власник. Он њиме располаже у своје име али нема право да га преноси на другог, односно нема право да одређује коме ће га уступити. Ако посланик поднесе оставку, отпочиње процес замене посланика који је регулисан законом. Пошто је режим и статус посланика уређен уставом и законом, ни бирачи ни политичка партија немају утицај на вршење мандата. Пошто се систем репрезентовања заснива на посланицима, онда само правни поредак уређује када посланик губи мандат: увек онда када наступи неки уставом или законом предвиђен разлог. Ако, на пример, политичка странка, на чијој листи је посланик биран, у међувремену престане да постоји, посланик не остаје без мандата, јер он представља суверене грађане.

Зато посланик није везан ни за какву инструкцију нити упутство, није везан ни за чију вољу па ни партијску. Искључене су инструкције како грађана тако и инструкције партије. Слободни мандат је тако искључио било какав утицај политичке странке.

Поред конституционалне теорије и праксе који стају на становиште да бланко оставка није правно допуштена, да не производи правно дејство, ипак у теорији има аутора који заступају другачије гледиште. Аутор М. Морштајн сматра да се посланик у тзв. бланко оставци не обавезује на одрицање од мандата него он то одрицање проглашава [Morstein 1926: 445–446]. Одрицање подразумева правну последицу која може наступити тек онда када је добије надлежни државни орган или парламентарна служба. Датирање бланко оставке које чини партијско руководство заправо нема никаквог учинка на правно дејство одрицања. Партијско руководство не чини ништа друго до подношења оставке на надлежно место и својом радњом не утиче на изражену вољу посланика.

Проблем са тзв. бланко оставком је вишеструк. Почевши од сукобљености уставних одредби о слободном мандату, са једне стране, и функције коју бланко оставка има, преко чињенице да је бланко оставка фактички институт а не формални институт у правном поретку. Напокон, постоје и проблеми несавршености правног поретка који не поседује ефикасне системе заштите посланичких мандата.

ЗАКЉУЧАК

Република Србија је једна од ретких, вероватно и једина европска држава парламентарне демократије која је својим Уставом прописала тзв. бланко оставку („Народни посланик је слободан да под условима утврђеним законом, неопозиво стави свој мандат на располагање политичкој странци на чији предлог је изабран за народног посланика.” Устав Републике Србије, члан 102, став 2). Док је проблем са бланко оставкама између осталог био и тај што је она припадала неформалном правном поретку, па као таква значајно мењала суштину парламентаризма, у уставном поретку Србије начињен је покушај да ова спорна неформална пракса буде превазиђена давањем места бланко оставци у Уставу. Дотадашња парламентарна пракса у Србији патила је традиционално од појаве која је у крајњој инстанци мењала суверену вољу бирача изражену на изборима: дешавало се да током трајања мандата једног скупштинског сазива, свог посланика наједном добије политичка странка која није ни постојала у време одржавања избора. Тако, представник грађана постане неко чија политичка странка уопште није учествовала у уобичавању политичке воље грађана.

Још већа повреда бирачке воље била је чињеница да се током једног парламентарног сазива у парламенту одједном појављивала политичка странка коју су бирачи на изборима својом вољом оставили изван парламента, дакле странка која је добила својеврсну казну од суверена. Оваква је појава принцип слободног мандата практично стављала изнад начела да су грађани суверени.

Све ово је натерало уставотворца да прибегне уставном правилу које је у писаном и формалном облику необично у уставној пракси. Но, један од важнијих захтева прилагођавања уставног поретка Србије са европским стандардима јесте потпуно укидање бланко оставки. Тако ће у овом случају Устав морати да доживи измену, а уставотворац и законодавац ће морати да нађу другачије механизме којима ће се страначка дисциплина у парламенту, али и бирачка воља, моћи ефикасно заштитити.

ЛИТЕРАТУРА

- Säcker, Horst (1971). *Das politische Mandat in der repräsentativen Demokratie*. München. Leibolz, Gerhard (1958). *Strukturprobleme der modernen Demokratie*. Karlsruhe. Ostrogorski, Moisé (1903). *La démocratie et l'organisation des partis politiques, t. I*. Paris. Вебер, Макс (1976) *Приврѣда и друштво, III*. Београд.

- Boll, Herbert (1952). *Partienstaat und freies Abgeordnetenmandat*, Diss. Masch. Kiel.
- Linder, Max (1932). *Freies oder gebundenes Mandat*, Diss. Erlangen
- Anschütz, Georg (1926). *Die Verfassungen des Deutschen Reiches com 11. August 1919*. Berlin.
- Gehlen, Walter (1930). *Inwieweit ist das öffentlich-rechtliche Mandat für den Abgeordneten gegenüber der Wählerschaft verbindlich?* Diss. Breslau.
- Adler, Felix (1929). *Freies und imperatives Mandat*, *Zeitschrift für Politik*, Bd. 18. стр. 141–142.
- Morstein, Max (1926). *Rechtswirklichkeit und freies Mandat*, *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 50. стр. 443–444.

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE MEMBERS OF PARLIAMENT AND POLITICAL PARTIES

by

Svetozar Čiplić

Summary

In this paper an attempt has been made to present one of the most prominent contradictions of the contemporary parliamentarianism in states which have a proportional voting system. This contradiction stems from the three-fold relationship between: a voter, a member of parliament (MP) and a political party from whose electoral list the MP is elected. On the one hand, a person does not have the possibility to be elected in the parliament if acting independently, outside the political party and its party mechanisms and logistical capacities. On the other hand, after being appointed the parliamentary term as a result of the party's will, the person attains the freedom, through their free term of office, to distance themselves from their political party, and even to leave it and join another political option. The paper also shows that this phenomenon significantly affects and deforms the principle of citizens' sovereignty, given that it is the political parties which have the major impact on the voters' sovereign will expressed at the elections.

Key terms: citizen – sovereign, voters' will, a member of parliament (MP), free term of office, political party, parliamentarianism, blank resignation, the Constitution, parliamentary term.

KEY WORDS: citizen, free mandate, political party, parliamentarism, blank resignation, constitution

Ивона Лађевац
Драган Ђукановић*

РАЗВОЈ НАЧЕЛА СУПСИДИЈАРНОСТИ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ – ОД УГОВОРА ИЗ МАСТРИХТА ДО УГОВОРА ИЗ ЛИСАБОНА**

САЖЕТАК: Средишња тема разматрања овог чланка јесте развој једног од начела система Европске уније – начела супсидијарности.

У уводном делу рада истичу се специфичности Европске уније у систему организације поделе власти. С тим у вези, говори се и о месту и значају начела супсидијарности.

У другом делу рада, посебна пажња посвећена је уговорима којима су Заједнице реформисане – најпре Уговору из Мاستрихта, који је и увео начело супсидијарности, а затим и Уговору из Амстердама, Нацрту Устава за Европу и, коначно, Уговору из Лисабона. Посебно место има Уговор из Лисабона који уводи значајне измене у вези са применом овог начела.

КЉУЧНЕ РЕЧИ: Европска унија, принцип супсидијарности, демократски дефицит, Уговор из Мастрихта, Лисабонски уговор.

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У поређењу са другим међународним организацијама, субјектима међународног права, Европска унија има бројних специфичности. Вероватно је најупечатљивија разлика правни поредак успостављен на територији Уније чији су субјекти не само државе чланице, већ и њихови држављани [Предмет 26/62, *Van Gend en Loos v. Netherlands Fiscal Administration* (1963) ECR 10]. Овај правни систем познат је и као систем комунитарног права. Неопходни предуслов за његово стварање била је претходна сагласност свих држава чланица. Наиме, приступањем овој организацији, државе чланице су, у одређеним областима, добровољно ограничиле своја суверена права (*Van Gend en Loos*).

* Мр Ивона Лађевац, истраживач сарадник Института за међународну политику и привреду у Београду. Др Драган Ђукановић, научни сарадник Института за међународну политику и привреду у Београду.

** Рад је реализован у оквиру пројекта „Србија и савремени свет: перспективе и учвршћивања спољнополитичког, безбедносног и спољноекономског положаја Србије у савременим процесима у међународној заједници”, Министарства науке Републике Србије, ев. бр. 149002Д, за период 2006–2010. године.

Природа политичког система, као и територијална примена комунитарног права, условила је поделу надлежности на хоризонталну и вертикалну. Питање поделе надлежности може се посматрати и као питање разјашњења ко је, у систему заједница, за која питања надлежан и под каквим условима.

Под хоризонталном организацијом Европске уније подразумева се процедурални однос између органа Уније. Он укључује начин избора, састав, процедуре рада и прерасподелу надлежности између органа устављених Оснивачким уговорима.

Када је реч о вертикалној организацији поделе надлежности, ради се о односу који је успостављен између Европске уније, као међународне организације, и држава чланица. То подразумева тачно утврђену прерасподелу надлежности између ова два нивоа власти. Вертикалном поделом надлежности је покривено и питање примене комунитарних прописа. Зависно од врсте, једне спроводе државе чланице, друге Европска комисија, а треће Европски суд правде.

Питање односа комунитарног и националног права најбоље се сагледава кроз призму начела комунитарног права: начела директног дејства, начела супрематије комунитарних прописа, начела одговорности држава, начела супсидијарности и пропорционалности и начела заштите људских права.

Једно од поменутих начела – начело супсидијарности – важи за једну од специфичности Европске уније. За разлику од осталих наведених начела, начело супсидијарности није резултат судске праксе, већ су га осмислиле државе чланице уводећи га у право Заједнице Маастрихтским споразумом [Hartley 1998: 146].

НАЧЕЛО СУПСИДИЈАРНОСТИ И УГОВОРИ О ЕЗ/ЕУ УГОВОР ИЗ МАСТРИХТА (1993)

Начело супсидијарности је постало саставни део корпуса права Европске уније усвајањем и ступањем на снагу Уговора из Маастрихта [Maastricht Treaty, 1993].

Овим уговором државе чланице дотадашњих Европских заједница постају државе чланице Европске уније. Овде није реч само о терминолошкој, већ и о квалитативној промени будући да се успоставља систем наднационалних институција, заједничких политика различитих области из државних надлежности, као и други аспекти наднационалног заједништва [Божина 2006: 131].

У преамбули овог уговора истиче се да је Унија одлучна у намери да створи што је могуће тешњу Унију између грађана Европе, Унију у којој се одлуке доносе у складу са принципом супсидијарности, односно уз што веће учешће грађана. Другим речима, начело супсидијарности, иако правна категорија, има и изразиту политичку димензију будући да има за циљ да допринесе смањењу демократског дефицита у Унији [Maastricht Treaty, 1993: Преамбула].

У наслову I, делу *Општије одредбе*, истиче се да ће се сви циљеви наведени у овом уговору остваривати у складу са датим околностима и постављеним роковима, али и у складу са начелом супсидијарности, односно са чланом 5. Уговора.

Поменути члан каже да ће Заједница деловати у оквирима надлежности које су јој додељене и према циљевима који су утврђени Уговором. Такође се истиче да ће Заједница, у оним областима које не спадају у њену искључиву надлежност, предузети мере у складу са начелом супсидијарности само под условом да циљеви предвиђене акције не могу у потребној мери бити остварене од стране државе чланице, односно могу бити успешније остварени од стране Заједнице, имајући у виду величину или учинак предвиђене акције. Наглашено је и да мере Заједнице неће прелазити оквире онога што је потребно да би се постигли циљеви Уговора [Maastricht Treaty, 1993: Члан 5].

Може се закључити да се суштина начела супсидијарности огледа у томе што овлашћује институције Заједнице да делују искључиво у ситуацијама у којима национална законодавства не пружају боља решења. Ипак, не може се не приметити да је реч о општем принципу који је примењив само у областима у којима већ не постоји искључива надлежност Заједнице. Није баш извесно које су то области које за такве треба сматрати [Хартли 1998: 147].

У вези са тумачењем начела супсидијарности могла би се појавити још једна опасност. Наиме, могло би се догодити да се, не само постојећа законска решења на нижим нивоима власти, већ и одређене мере које у вези са одређеним питањем предузимају националне или локалне власти буду проглашене за надлежност Уније. Тако схваћено начело супсидијарности представља право носиоца секундарног права у случају када примарни носилац права није деловао, односно није извршио своју обавезу. Тиме се отвара питање да ли се правом Уније да интервенише у оваквим случајевима у областима локалног, регионалног, па и државног нивоа, начело супсидијарности користи за повећање, а не смањење демократског дефицита. О овако сложеном питању последњу реч би морао дати „чувар права ЕУ”, односно Суд.

Комисија, као највиши орган Заједнице, заузела је став да нека област спада у искључиву надлежност Заједнице ако Уговори обавезу на деловање намећу Заједници због тога што се сматра да једино она има одговорност за извршавање неког посебног задатка. Као области које задовољавају постављено начело Комисија је одредила: уклањање баријера слободном кретању роба, лица, услуга и капитала; заједничку трговинску политику; општа правила о конкуренцији; заједничку организацију пољопривредних тржишта; очување извора риболова; основни елементи саобраћајне политике. У званичном документу Комисија је нагласила да ће број тих области, ширењем интеграција, даље расти [Хартли 1998: 147].

Разумљиво је да је циљеве због којих се одређена мера доноси увек могуће формулисати на различите начине. У таквим ситуацијама да се

очекивати да ће и Комисија и Савет наводити формулације које подразумевају акцију Заједнице. То практично значи да ће документ којим се то питање регулише бити срочен на начин који омогућава да се тако нешто и деси [Хартли 1998: 148].

У таквим ситуацијама последњу реч имаће Суд правде европских интеграција. На њему ће бити да се изјасни да ли конкретна мера спада у област искључиве надлежности Заједнице. Сем тога, Суд ће формулисати и циљеве мере, али и одлучивати о томе да ли би постављени циљеви били боље остварени делатношћу Заједнице или држава чланица [Хартли 1998: 148]. То практично значи да ће делотворност начела супсидијарности бити у директној вези са ставом и политиком Европског суда. Другим речима, уколико се Суд определи да заштити права држава чланица начело супсидијарности ће заживети у пракси, односно биће смањен демократски дефицит.

Иако је начело супсидијарности под овим именом званично у систему права Европске уније уведено чланом 5. Уговора из Мастрихта, његови су корени видљиви још у Уговору о оснивању Европске заједнице за угал и челик [Treaty Establishing European Coal and steel Community, 1951], а онда и у Јединственом европском акту [Single European Act, 1986].

Тако се у члану 5. Уговора о оснивању Европске заједнице за угал и челик (ЕЗУЧ) истиче да ће у вези са питањима производње и функционисања тржишта Заједница деловати само онда када је то неопходно. Дакле, још тада је постојала идеја о подели надлежности између организације и држава чланица, односно о могућности да се појаве ситуације у којима је неопходна реакција са централног нивоа власти.

Ситуација је мање замагљена на примеру Јединственог европског акта (ЈЕА). Наиме, у члану 130 Р, одељка VI ЈЕА који регулише материју заштите животне средине, истиче се да ће Заједница предузети потребне мере у овој области уколико се циљеви постављени параграфом 1 овог члана могу боље остварити на нивоу Заједнице него државе чланице. Реч је о циљевима очувања, заштите и побољшања квалитета животне средине, допринос заштити здравља људи, као и да ће осигурати мудру и рационалну потрошњу природних ресурса. Такође се наглашава да државе чланице неће имати предрасуда према мерама које предузима Заједница, те да ће оне саме финансирати и спроводити друге неопходне мере.

УГОВОР ИЗ АМСТЕРДАМА (1997)

Након Уговора из Мастрихта уследила је нова измена Оснивачких уговора чији је исход био Уговор из Амстердама. Овај уговор је значајан и због тога што га прати „Протокол о примени начела супсидијарности и пропорционалности” (*Protocol (No 30) on the application of the principles of subsidiarity and proportionality*, 1997) којим је омогућен даљи развој практичне примене овог начела.

Мотив за доношење овог протокола, како је истакнуто у преамбули, била је тежња да се утврде јаснији критеријуми примене поменутог

начела, као и да се обезбеди њихово строго поштовање на усклађен начин од стране свих органа.

У директну везу са начелом супсидијарности се доводи начело пропорционалности које би требало да осигура да акција Заједнице не иде даље него што је неопходно како би се остварио одређени циљ предвиђен Уговором.

У основи начела супсидијарности је поштовање општих одредби и циљева Уговора, како у погледу потпуног очувања тековина Заједнице тако и у погледу равнотеже између органа. Притом је истакнуто да се њиме неће доводити у питање надлежности којима располаже Европска заједница на основу Уговора, а у складу са тумачењем Суда правде. Начело супсидијарности даје смерницу по питању оних надлежности које би требало вршити на нивоу Заједнице. Наглашено је да је супсидијарност динамичан концепт и да би требало да буде примењен у складу са циљевима предвиђеним Уговором [Протокол бр. 30 о примени начела супсидијарности и пропорционалности, 1997]. То практично значи да се надлежности, по потреби, могу ширити, али и укидати.

За сваки предлог прописа Заједнице неопходно је дати и образложење у погледу поштовања начела супсидијарности и пропорционалности. Наиме, објашњење зашто се одређени циљ може лакше остварити на нивоу Заједнице мора садржати квалитативне, а кад год је то могуће, и квантитативне критеријуме.

У том смислу, оправданом ће бити сматрана свака акција Заједнице која задовољава два позната аспекта начела супсидијарности. Прво, циљеве предложене акције не могу се у довољној мери остварити деловањем на нивоу држава чланица у оквиру њихових националних уставних система и, друго, циљеви се могу боље остварити акцијом Заједнице [Протокол бр. 30 о примени начела супсидијарности и пропорционалности, 1997].

Као тест постојања услова за искључиву надлежност Заједнице Протоколом су одређене следеће смернице:

- транснационални аспекти питања које се разматра и који се не могу на задовољавајући начин регулисати деловањем држава чланица;
- чињеница да би постојање активности на нивоу држава чланица или непостојање акције на нивоу Заједнице били супротни захтевима Уговора или би на други начин нанели штету интересима држава чланица;
- неоспорне погодности акције на нивоу Заједнице због обима или ефеката у односу на деловање на нивоу држава чланица.

Уговором из Амстердама уводи се клаузула флексибилности којој се, разумљиво, даје велики значај у деловању Уније и међусобним односима Уније и држава чланица. У складу са њом, могуће је да Унија усвоји одређену меру и предузме конкретну акцију ради остваривања неког од циљева утврђених Уговором, али тек након консултације са националним парламентима. Ова клаузула указује на то да се потреба смањења демократског дефицита не оспорава [Стојановић 2008: 78].

У том смислу је значајан још један протокол који прати Уговор из Амстердама. Реч је о Протоколу о улози националних парламената у Европској унији [*Protocol on the Role of the National Parliament in the European Union*, 1997]. Овим протоколом се на нивоу ЕУ уводи обавеза правременог и потпуног информисања националних парламената. Најзначајнија је новост предвиђање периода од најмање шест недеља између подношења предлога акта од стране Европске комисије и његовог уврштавања на дневни ред Савета министара, а ради обезбеђивања могућности разматрања истог питања у националним парламентима [Барић, Ружић 2008: 815]. Осим тога, Протокол даје могућност и Конференцији комитета за европске послове (КОКЕП)¹ да изрази своје мишљење и упуту примедбе институцијама Европске уније везане за законодавне активности, предлоге и иницијативе Уније, нарочито у односу на начело супсидијарности, стварања простора безбедности и правде, као и питања која се односе на основна права и слободе грађана Уније [Протокол бр. 9 о улози националних парламената у Европској унији, 1997].

УСТАВ ЗА ЕВРОПУ (2004)

Примена начела супсидијарности после Амстердама у пракси није била на задовољавајућем нивоу. Јаснија примена начела супсидијарности као и боља расподела надлежности унутар Европске уније имали су приоритетни значај. Сем тога, Уговор из Амстердама није донео решења која би омогућила несметан пријем нових чланица. Из тог разлога је 2000. године у Ници одржана нова међувладина конференција на којој је требало реформисати процес одлучивања. Ова конференција је завршена усвајањем Уговора из Нице [*Treaty of Nice, Amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts*, 2001], који је, по многима оцењен као „кулминација конфузије” [Richardson 2001: 46].

Будући да у вези са начелом супсидијарности поменути уговор није донео измене, нећемо се упуштати у његову анализу.² Поменућемо само то да је закључак конференције био да је неопходно спровести широку дебату о будућем изгледу Уније и што су одређене тачке око којих ће се она водити:

1. расподела надлежности између Уније и држава чланица;
2. питање статуса Европске повеље о људским правима;
3. упрошћавање уговора и
4. улога националних парламената [Алексић 2002: 31].

¹ Конференција комитета за европске послове (КОКЕП) успостављена је у Паризу 16. и 17. новембра 1989. године на конференцији председника парламената држава чланица ЕЗ. Основна намера КОКЕП-а је јачање улоге одбора националних парламената који се баве европским пословима редовним састанцима чланова одбора за европске послове националних парламената земаља чланица ЕЗ са представницима Европског парламента.

² Видети: *Treaty of Nice, Amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts*, (2001/C 80/01), Internet, http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/12001C/htm/C_2001080EN.000101.html, 10/12/2009.

Чланице су постигле сагласност да се будући изглед, у складу са решењем ових проблема, тачно дефинише на наредној међувладиној конференцији заказаној за 2004. годину. У међувремену се наведеним питања и начелом супсидијарности, које је од њих неодојиво, бавила Конвенција³ чији је задатак био да сачини нацрт Уговора којим би се превазишла институционална криза настала у проширеној Европској унији.

Нацрт Уговора о Уставу за Европу је предлагао нову дефиницију начела супсидијарности, уводећи локалну и регионалну димензију власти, али и механизме за спровођење и контролу садржаних у пратећем Протоколу. Измене су биле садржане у ревидираном Протоколу о начелима супсидијарности и пропорционалности (*Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality*, 2003). Још једна новина је било увођење Комитета региона, као и локалних и регионалних власти као саставног дела структуре Заједнице. Узимајући у обзир све наведене елементе, требало је примењивати и начело супсидијарности.

Због одбијања држава чланица, Уговор о Уставу за Европу није ступио на снагу па су изостале и промене у вези са даљом применом начела супсидијарности.

УГОВОР ИЗ ЛИСАБОНА (2009)

Измена уговора која је потом уследила била је, на крају се испоставило, успешнија од претходне. Иако не без проблема, текст Уговора из Лисабона (*Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*, 2007) је након ратификације у свим државама чланицама ступио на снагу 1. децембра 2009. године.

Уговор из Лисабона је, у вези са начелом супсидијарности, преузео одредбе неуспелог Нацрта Устава за Европу, али је отишао и корак даље. Наиме, ојачана је улога националних парламената. Националним парламентима омогућено је да врше надзор да Европска унија не излази из оквира својих надлежности. Без обзира на то што је начело супсидијарности уведено још Уговором из Мастрихта, тек се Уговором из Лисабона даје правни основ за контролу његовог поштовања. Поступак је детаљније регулисан Протоколом о примени начела супсидијарности и пропорционалности (*Protocol on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality*, 2007).

Одредбама овог протокола омогућена је интеграција начела супсидијарности у фази предлагања и елаборације законодавних предлога увођењем механизма раног упозорења. Протокол, наиме, обавезује предлагача акта (Комисију, Европски парламент, Савет министара, групу

³ На препоруку Европског савета у Лакену одржаног пар месеци после Нице, крајем 2001. године, конституисана је Конвенција као *ad hoc* тело са задатком да направи нацрт реформског уговора. Конвенција је радила у периоду март 2002 – јул 2003. године. Резултат њеног рада је Нацрт Уговора о Уставу за Европу који је усвојен на састанку Европског савета 18. јуна 2004. године. Међутим, због неуспеле ратификације никада није ступио на снагу.

држава чланица, Европски суд, Европску централну банку или Европску инвестициону банку) да образложи своје законодавне предлоге у светлу начела супсидијарности и пропорционалности. Образложење мора садржавати процену финансијских ефеката и евентуално потребних националних и регионалних мера за његову примену, као и разлоге због којих се сматра да је боље спровести предложену меру на нивоу целе Уније. Законодавни предлози се, заједно с образложењем, достављају истовремено институцијама Уније које ће донети акт и националним парламентима. Парламенти држава чланица имају право да у року од осам недеља упуте председницима Европског парламента, Савета министара и Европске комисије образложено мишљење о евентуалној повреди начела супсидијарности законодавним предлогом.

Све побројане институције дужне су да узму у обзир свако изражено мишљење. Уколико једна трећина националног парламента сматра да предлог није у складу са начелом супсидијарности, Комисија мора да преиспита свој предлог, као и да одлучи хоће ли остати при њему, прилагодити га или повући уз образложење свог становишта у односу на становиште националних парламената [Барић, Ружић 2008: 817].

И поред тога што Лисабонским уговором национални парламенти нису добили право директног утицаја на садржај законодавног акта, стицањем права да изнесу мишљење о предлогу предлагача акта, нашли су се у бољој позицији. Иако мишљење националних парламената правно не обавезује предлагача, овај механизам ипак омогућава националним парламентима *ex ante* политички надзор, а преговори и политички однос снага утичу и на коначни предлог. У сваком случају, парламенти држава чланица имају *ex post* могућност побијања усвојених аката Уније пред Европским судом по основу њихове несагласности са начелом супсидијарности. Чињеница која умањује оптимизам због делом промењене улоге парламента јесте та да су владе држава чланица, у име националних парламената, једине овлашћене да покрену случај пред Судом.

Иако наведене одредбе не дају парламентима држава чланица директну могућност учествовања у било ком поступку одлучивања на европском нивоу, оне обезбеђују правовремену обавештеност и могућност изражавања мишљења чиме се отварају могућности вршења политичког притиска на своје владе. Овакви и слични проблеми би се предупредили уколико би парламенти добили право непосредног обраћања Суду правде. Потенцијална будућа измена уговорних обавеза земаља чланица Европске уније могла би да уважи и овај захтев.

Иначе, Комисија има обавезу да подноси годишње извештаје о поштовању начела супсидијарности Европском савету, Европском парламенту, Савету министара и парламентима држава чланица. Извештаји се достављају и Економском и социјалном комитету, као и Комитету региона.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Уговор из Лисабона је тек недавно ступио на снагу и незахвално је, ако не и немогуће, давати оцене о дOMETИМА његових одредби о начелу супсидијарности.

Ипак, у поређењу са ранијим решењима, напредак је приметан. Покушај да се што ближе одреди начело супсидијарности, као и области искључиве надлежности Уније, одаје утисак да се потреба за смањењем демократског дефицита, као и потреба приближавања Уније обичним грађанима озбиљно схватила.

У том смислу нарочито је значајна позиција националних парламената у систему Европске уније. Механизам „образложеног мишљења” и увођење двостепене процедуре су од суштинског значаја [Ћеранић 2008: 56].

Оваквим решењем створен је предуслов да се одлуке у Унији доносе на што ефикаснији начин и на нивоу који је што ближи самим грађанима. Одлука да се, по први пут, националним парламентима омогући директно укључивање у процес доношења одлука у оквиру ЕУ путем успостављања политичке контроле над применом начела супсидијарности спречиће осећај „двоструког демократског дефицита” европских институција. Такође, тиме се даје гаранција да ће, без обзира на чланство у ЕУ, национални парламенти и даље остати главно политичко тело за доношење одлука у коме ће бити артикулисана становишта свих грађана.

ЛИТЕРАТУРА

- Aleksić, Ivona, *Reforma EU: Problemi donošenja Evropskog ustava*, Međunarodna politika, vol. LIII, br. 1107, juli–septembar 2002, IMPP, Beograd, str. 30–35.
- Barić, Sanja i Ružić, Lena (2008), *Sekundarno zakonodavstvo EU i parlamentarni nadzor nad nacionalnom egzekutivom*, u: Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci (1991) v. 29, br. 2, str. 787–824.
- Božina, Marta (2006), *Pravni i ekonomski aspekt ugovora o Europskoj uniji iz 1992. godine*, u: Ekonomska istraživanja, Vol. 19, No. 1 Lipanj 2006, Zagreb, str. 127–138.
- Ćeranić, Jelena (2008), *Ugovor iz Lisabona – institucionalna reforma Evropske unije*, u: Strani pravni život, 2/2008, Institut za uporedno pravo, Beograd, str. 45–62.
- Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe, European Convention, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2003, Internet, <http://europeanconvention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.en03.pdf>, 10/12/2009.
- Hartley, T. C. (1998), *Osnovi prava Evropske zajednice*, Beograd: COLPI – Institut za ustavno i pravnu politiku, Beogradski centar za ljudska prava.
- Protocol (No 30) on the application of the principles of subsidiarity and proportionality (1997), Official Journal C 321 E, 29/12/2006 P. 0308 – 0311, Internet, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12006E/PRO/30:EN:HTML,10/12/2009>.
- Protocol on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality (Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community), signed on 13 December, 2007, Official Journal C 306/150/ by 17 December 2007.

- Protocol on the Role of the National Parliament in the European Union (Treaty of Amsterdam), Internet, <http://www.cosac.org/en/documents/basic/protocol/english/>, 10/12/2009.
- Richardson, Jeremy (ed.) (2001), *European Union: Power and Policy-Making*, London: Routledge.
- Single European Act, Bulletin of the European Communities, Supplement 2/86, Internet, http://aei.pitt.edu/8582/01/31735055261717_1.pdf, 10/12/2009.
- Stojanović, Snežana (2008), *Strukturalni fondovi u svetlu razvoja regionalne politike Evropske unije*, u: *Strani pravni život*, 2/2008, Institut za uporedno pravo, Beograd, str. 63–86.
- Treaty Establishing the European Coal and Steel Community, signed on 18 April 1951 in Paris, Internet, <http://www2.eudor.net/thohkima/download>, 10/12/2009.
- Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed on 13 December 2007, Official Journal C 306/150 by 17 December 2007.
- Treaty of Nice, Amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts), (2001/C 80/01), Internet, http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/12001C/htm/C_2001080EN.000101.html, 10/12/2009.
- Treaty on European Union (Treaty on Maastricht), signed on 7 February 1992, entered into force on 1 November, 1993, Official Journal C 191 of 29.7.1992, Internet, <http://eurlex.europa.eu/en/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html#0001000001>, 10/12/2009.
- Уговор о Европској унији: Рим – Мастрихт – Амстердам (1999), прево и приредио др Душко Лопандић, Београд: Међународна политика и СЈП Службени лист, Правни факултет, Факултет политичких наука, Институт економских наука.

THE LISBON TREATY AND THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY

by

Ivona Lađevac and Dragan Đukanović

Summary

In this article authors focus their attention to one of the key principles of the European Union – the principle of subsidiarity.

In introduction they refer to the European Union as a sui generis entity not just speaking in terms of its organizational structure but also in terms of distribution of power within it. In this line they consider the principle of subsidiarity.

In the second part of the paper, authors focus their attention to arrangements provided by the Maastricht Treaty – which introduced the principle of subsidiarity, the Amsterdam Treaty, the Draft on the Constitution for Europe and, at last but not at least, to the Lisbon Treaty. Having on mind significant changes introduced by the Lisbon Treaty regarding the principle of subsidiarity, this treaty has a special place.

KEY WORDS: European Union, principle of subsidiarity, democratic deficit, Treaty of Maastricht, Treaty of Lisbon

Нина Планојевић*

СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ ОД НЕВЛАСНИКА У НАЦРТУ ЗАЈЕДНИЧКОГ ПОЈМОВНОГ ОКВИРА СТУДИЈСКЕ ГРУПЕ ЗА ЕВРОПСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК

САЖЕТАК: Предмет рада је анализа одредби о стицању својине од невластника из недавно презентоване књиге VIII нацрта Заједничког појмовног оквира Студијске групе за Европски грађански законик. Ова правила аутор коментарише и пореди са регулативом држава ЕУ, указујући на сличности, разлике, као и одступања од преовлађујућих решења. Регуллативу стицања својине од невластника он разматра подељену на шест целина: објекат; правни основ; предаја ствари; савесност стицаоца; стицање украдених ствари и судбина права трећих лица. Уз мање примедбе, аутор овај пројекат оцењује као комплетно, сврсисходно и квалитетно решење. Компарацијом решења држава ЕУ и оних из Нацрта, он даје и процену на какав би пријем она могла наићи у њима, али и у Србији, као могућој будућој чланици ЕУ.

КЉУЧНЕ РЕЧИ: оригинарно стицање својине, право Европске уније.

I УВОД

Уз много аргумената за и против, упућених од стручне јавности [Николић 2004: 118], 1998. започиње рад Студијска група за Европски грађански законик, на челу са професором Кристијаном фон Баром (Christian von Bar). Резултат тог рада презентован је крајем 2009. под називом нацрт Заједничког појмовног оквира (*Draft of Common Frame of Reference*, надаље: DCFR). Он садржи 10 књига, од којих свака регулише по једну од изабраних области грађанског права. Своју пажњу овом приликом усмерићемо на VIII књигу, коју је израдио Салцбуршки тим Студијске групе и која регулише стицање (деривативно и оригинарно), заштити и престанак својине и државине на покретностима.

Предмет нашег рада биће један сегмент књиге VIII, тј. један од три оригинарна начина стицања својине које она регулише, а то је – стицање својине од невластника.¹ За разматрање баш овог начина стицања опреде-

* Др Нина Планојевић, доцент Правног факултета у Крагујевцу.

¹ Остали регулисани начини су одржај и прираштај.

лили смо се зато што су разлике у његовој регулативи између држава Европске уније (надаље: ЕУ) много веће него када се ради о осталим, па бисмо анализом концепта DCFR хтели да сагледамо и коментаришемо начин на који су оне превазиђене. Пошто је и Србија могућа будућа чланица ЕУ, а у припреми је и Законик о својини и другим стварним правима, разматрање ове теме значајно је и за сагледавање правца хармонизације националног права са европским [Вукадиновић 2008: 162–168].

II САДРЖИНА РЕГУЛАТИВЕ СТИЦАЊА СВОЈИНЕ ОД НЕВЛАСНИКА

У III делу књиге VIII DCFR, после општих одредби и деривативног стицања, са два члана регулисано је стицање својине од невластника. То су чл. VIII.–3:101, који предвиђа *услове* за прибављање својине на овај начин; и чл. VIII.–3:102, који регулише *права трећих* лица на ствари стеченој од невластника.

Садржину ове регулативе смо рашчланили на шест целина, које ћемо у раду анализирати: објекат; правни основ; предаја државине; савесност стицаоца; стицање украдених ствари и права трећих лица на ствари стеченој од невластника.

1. Објекат стицања

1. Иако у регулативи овог питања између држава ЕУ има најмање разлика, DCFR у ову материју поред познатих уноси и нова решења.

Што се тиче *познатих* решења и по DCFR објекат стицања од невластника може бити *само њокрејна* ствар, која испуњава услове као и када се стиче од власника: мора постојати и бити у промету. Уколико је ствар генерична, мора бити индивидуализована.

Збир ствари или његов део, чак и када је идентификован смештањем у дефинисани простор по DCFR не може бити објекат стицања ни од власника ни од невластника као целина, већ само ако је свака ствар понаособ тачно одређена, чиме је очувано начело специјалитета. Иако су ретке државе ЕУ које регулишу ово питање,² у правној теорији [Плановјевић 2008: 168–170] заступљено је исто становиште: за *universitas rerum* стицање од невластника (као ни од власника) није могуће.

2. Што се тиче *нових* решења, прво се односи на *обим њојма ствар*. Њега прецизирају опште одредбе књиге VIII (чл. VIII.–1:201) као *шеле-сне њокрејности*, уз посебно навођење: бродова и пловних објеката, авиона, свемирских објеката, животиња, течности и гасова. Набрајање важи за све одредбе у којима се користи термин ствар и донекле је неуобичајено с аспекта стицања својине од невластника. Наиме, у већини држава ЕУ, промет стварних права на прва три набројана објекта се врши уписом у регистре, па је стицање од невластника на њима искључено или зависно од врсте и тежине. Ову ситуацију можда разрешава чл. VIII.–1:

² То чини нпр. италијански законодавац.

102, по коме се у погледу обавезе и ефеката регистрације својине на покретностима примат даје националним прописима.

3. У овом контексту издвајамо и чл. VIII.–1:101, по коме се све одредбе књиге VIII (па дакле и оне о стицању од невластника) *mutatis mutandis* примењују и на новац, али не и на компанијске хартије од вредности – изузев традиционих папира. Непримењивање одредби књиге VIII, па и оних о стицању од невластника, на *остале* компанијске хартије од вредности, сем традиционих папира, може се двојако схватити. Пошто право ЕУ не регулише материју хартија од вредности, то може значити да ће се на ове објекте примењивати национална решења држава ЕУ.

Друга опција је да је под условима из DCFR стицање од невластника могуће за традиционе папире, па и за све хартије од вредности које нису компанијске. Компанијске хартије од вредности, по овом резону, никако не би могле бити објекат стицања, јер се на њих не би примењивала ни национална решења држава ЕУ, ни DCFR.

Коначно тумачење ове одредбе даће судови ЕУ, али смо мишљења да је за стицање од невластника требало направити изузетак од изнетог општег правила и то за хартије од вредности на доносиоца,³ које би се у складу с европском традицијом могле стицати од невластника под лакшим условима него друге покретности (као и новац).

4. Ново решење DCFR је и да се новац од невластника не може стицати под либералнијим условима од других покретности, што предвиђају готово све државе ЕУ и ван ње.

2. Правни основ стицања

1. У регулативи стицања својине од невластника DCFR полази од општеприхваћеног става да се недостатак својине отуђиоца може толерисати због заштите сигурности правног промета, али не и други недостаци односа отуђења. У складу са тим чл. VIII.–3:101, ст. 1, тач. а предвиђа да и за стицање од невластника морају бити испуњени исти услови као и за прибављање својине од власника, па и постојање правног основа.

За стицање својине од власника основ, међутим, по DCFR може бити уговор, али и други правни акт, судска одлука или законски пропис. Поставља се питање: *да ли су сви ови основи њрикладни* и за стицање од невластника?

Одговор на њега у законима, правној теорији и пракси различитих држава ЕУ углавном је негативан, уз сагласност да *iustus titulus* у овом контексту треба ограничити на уговор усмерен на стицање својине. Правна теорија је углавном јединствена у ставу да судска одлука [Cain et al. 1984: 746; Gschnitzer 1985: 113] супротно: [Mengoni 1975: 230], закон [Gschnitzer 1985: 113; Westermann 1960: 229] или наслеђивање [Barassi 1952: 428; Westermann 1960: 438] то не би могли бити.

³ Могућност стицања хартија од вредности од невластника свакако ће убудуће бити смањена због процеса њихове дематеријализације.

Зато смо мишљења да правни основ у контексту стицања од невла-
сника и по DCFR треба схватити само као уговор. Ситуација је специ-
фична једино када се ради о стицању на јавној продаји.

2. Како год схватили основ стицања од невла-сника, он по DCFR мора бити *итеретан* (чл. VIII.–3:101, ст. 1, тач. ц). За један број држава ЕУ,⁴ у којима је стицање од невла-сника могуће и теретним и добротним правним послом, ово решење је ново и рестриктивно. У другим државама оно је познато, мада и међу њима постоје разлике у погледу врсте прихватљивих теретних уговора. У неким⁵ то може бити сваки теретни уговор, баш као и по одредбама DCFR. У другима се, међутим, стиче ути-сак да је то (за одређене случајеве) само уговор о продаји,⁶ па је за њих решење DCFR либералније од сопственог.

Мишљења смо да је допустивост стицања од невла-сника само те-ретним уговором добар избор DCFR. Наиме, у државама које прихватају и добротним правним посао, нови власник понекад ужива слабију зашти-ту од оног који стиче теретно, што за последицу има компликоване си-туације. У немачком праву се нпр. овакав стицалац сматра обогашеним, па му се власник може обратити кондикцијом, а ствар потраживати и од свих који су је даље стицали добротним. Зато су се многи правни писци, посебно у Немачкој и Италији, залагали за укидање могућности стица-ња од невла-сника добротним правним послом, па ће решење DCFR у њима вероватно наићи на добар пријем.

3. Предаја ствари

1. У државама ЕУ предаја ствари од стране отуђиоца стицаоцу је услов и тренутак прибављања својине на начин о коме је реч. За државе које усвајају *итрадициони ипринцип* и предају третирају као *modus* за стицање својине од власника то је логична последица правила да привидна деривација од невла-сника мора имати све особине праве да би резултирала својином стицаоца. Необично је, међутим, да и у државама у којима важи *консенсуални ипринцип*,⁷ предаја такође представља час када долази до стицања својине од невла-сника.

Када је реч о стицању од власника, дилему између традиционог и консенсуалног принципа Салцбуршка група решила је компромисом. Уз одговарајући *titulus*, својина од власника се стиче када наступи *онај час и услови око којих су се ипреносилац и иприбавилац сипоразумели*. Тек ако таквог споразума нема – тренутак преноса својине је онај у коме је извршена предаја или еквивалент предаје ствари (чл. VIII.–2:101, ст. 1, тач. е). Из наведеног се може закључити да DCFR прихвата традициони

⁴ Француска, Немачка, Италија, Пољска...

⁵ Аустрија, Словенија...

⁶ Реч је о енглеском праву.

⁷ Правни писци ових држава тешко [Mengoni 1975: 123–125; Barassi 1952: 456] налазе компромис између консенсуалног принципа, усвојеног за стицање од власника и чињенице да за привидну деривацију од невла-сника он не важи.

принцип за стицање својине од власника, али у виду *диспозитивног правила*, које важи тек ако нема споразума да се својина преноси у неком другом часу. Само када се својина стиче одлуком суда или законским прописом странке се о овоме не могу споразумевати (чл. VIII.–2:101, ст. 4).

Иако одредбе о стицању својине од невласника упућују у погледу потребних услова на правила о стицању од власника – то не важи у потпуности и за *ипренуџак* прибављања својине на начин о коме је реч. Наиме, код прибављања од невласника предаја ствари стицаоцу је увек тренутак настанка његове својине и другачији споразум уговорница о часу њеног преласка није пуноважан ни могућ, као код стицања од власника. Разлог за то је што се одредба DCFR која регулише стицање од невласника не позива на одредбу која се тиче могућности споразумевања о часу преласка својине код стицања од власника.

Као што се види, решење DCFR о улози предаје код стицања од невласника не разликује се од решења држава ЕУ, свеједно да ли прихватају традициони или консенсуални систем. И једне и друге, као што је речено, за стицање од невласника предају сматрају чином којим својина власника престаје, а заснива се на страни савесног стицаоца.

Као и за стицање од власника и код стицања од невласника по DCFR предаја мора бити базирана на овлашћењу које произилази из *titulusa* (чл. VIII.–2:101, ст. 2).

2. Пошто DCFR предвиђа да за стицање од невласника мора бити испуњен највећи број услова као и за стицање од власника – то важи и за *начине предаје* државине ствари; али такође не у потпуности, што ће се из даљих излагања видети.

И од власника и од невласника државина се најпре може стећи *физичком предајом*. Пошто DCFR прихвата објективни концепт државине, свеједно је да ли отуђилац стицаоцу ствар предаје лично, преко детентора, непосредног држаоца или заступника; као и да ли је стицалац прима лично или преко ових лица. Дакле, путем *traditio vera* стицалац прибавља својину од невласника стицањем како непосредне тако и посредне државине.

Код стицања од невласника по DCFR прихватљива је и *traditio symbolica* и то (на основу формулације чл. VIII.–2:105, ст. 3 и 4 и чл. VIII.–3:101) рекли бисмо у најширем смислу. Свеједно је да ли стицалац тиме прибавља непосредну државину или се предаја врши традиционим картијама (које по DCFR могу бити у папирној или електронској форми), чиме се прибавља посредна државина ствари. Допуштање стицања својине од невласника кроз све облике симболичне предаје је решење DCFR које неке државе ЕУ познају, а неке не. Неке државе, наиме, допуштају само оне видове предаје уопште (па и симболичне) који резултирају непосредном државином стицаоца,⁸ што би значило да предаја традиционим папирима није допуштена, јер резултира посредном државином.

⁸ То је став у нпр. теорији Француске [Weill et al. 1979: 366; Marty et al. 1956: 495] или Италије [Cain et al. 1984: 747].

Када је у питању стицање од власника, DCFR познаје све оне начине *фиктивне предаје* ствари,⁹ које познају и правни системи држава чланица ЕУ. Када се ради о стицању од невластника, по DCFR су, међутим, прихватљиви само неки од њих и то: *traditio brevi manu* и *cessio vindicationis*, када отуђилац има посредну државину ствари (чл. VIII.–2: 105, ст. 1 и 2), што је решење које није ново за многе државе ЕУ. Специфичност регулативе предаје у форми *cessio vindicationis* DCFR-ом јесте у томе, што се предаја не сматра реализованом часом закључења уговора отуђиоца и стицаоца, већ онда када трећи (држалац или детентор) – прими обавештење отуђиоца о томе. Поред тога, то може бити и неки каснији моменат који је у обавештењу одређен.

Предаја путем *cessio vindicationis* без посредне државине отуђиоца по DCFR није прихватљива за стицања својине од невластника. Исто важи и за *constitutum possessorium*, што је решење већ познато у многим државама ЕУ у овом контексту, са извесним супротним опредељењима у правној теорији [Klein 1960: 131; Baur 1977: 466]. Ипак, морамо запазити да долажење до управо изнетог закључка о начинима фиктивне предаје који нису допустиви код стицања својине од невластника за адресате норми неће бити лак задатак. Наиме, DCFR користи компликовану технику упућивања с члана на члан, па је тешко „ухватити нит” и његову основну идеју по том, као и многим другим питањима.

Корекција коју у односу на правила, која важе за стицање од власника, DCFR уноси за контекст стицања од невластника односи се на *traditio brevi manu*. Да би она била делотворна, неопходно је да је стицалац ствар, коју већ има у државини, стекао баш од невластника (чл. VIII–3:101, ст. 3). Пошто DCFR не прецизира о којој је врсти државине реч, сматрамо да то може бити како непосредна тако и посредна државина стицаоца, прибављена од отуђиоца који је у моменту – рекли бисмо – *првобитне* предаје (мада DCFR то не наглашава) био непосредни или посредни држалац. Ово решење већ је познато нпр. у немачком праву, али га доста држава ЕУ не предвиђа.

3. Мишљења смо да је начин на који DCFR регулише врсте предаје допустиве у контексту стицања од невластника начелно прихватљив и да је посебно важно што би он могао унети правну сигурност у вези овог питања, јер га сада мали број држава ЕУ и ван ње законски уређује.¹⁰

4. Савесност стицаоца

1. Иако је савесност прибавиоца кључни услов за стицање својине на начин о коме је реч, многе државе ЕУ¹¹ не одређују њен *јојам* у оквиру одредби о стицању од невластника. Пошто смо се из литературе раз-

⁹ Неке начине фиктивне предаје ствари DCFR регулише изричито (*traditio brevi manu* и *cessio vindicationis*, када отуђилац има посредну државину ствари – чл. VIII.–2:105, ст. 1 и 2). За друге се, међутим, посредним путем изводи закључак о њиховој допуштености (*cessio vindicationis* без посредне државине отуђиоца и *constitutum possessorium* – чл. VIII.–2:103).

¹⁰ Немачка, Словенија...

¹¹ Изузетак је нпр. Немачка, као и неке државе ван ЕУ.

личитих држава уверили да око савесности стицаоца, услед недостатка регулативе, постоје недоумице, пожељним сматрамо опредељење DCFR да овај услов регулише.

Чланом VIII.–3:101, ст. 1, тач. д DCFR савесност одређује *йозитивно* – дакле не као сметњу, већ као услов за стицање од невластника.¹² Савесним се сматра стицалац који не зна нити се оправдано могло очекивати да зна да је отуђилац неовлашћени невластник, из чега произилази и то да DCFR прихвата *субјективни концепт* савесности. DCFR се затим приклања општеприхваћеном ставу¹³ да савесност стицаоца искључује само скривљено незнање релевантних чињеница у облику умишљаја или грубог нехата.

2. У погледу *чињенице на коју се савесност мора односити*, DCFR се опредељује за тзв. шири концепт [Планојевић 2008: 283–295], по коме се стицалац сматра савесним уколико не зна нити је могао знати за било коју од *две чињенице*: да отуђилац није власник ствари и да није овлашћен за пренос својине на њој, без обзира на то ко је у улози отуђиоца: трговац или нетрговац. Многе државе у грађанском промету за савесност захтевају незнање само за прву,¹⁴ а у трговачком и за другу од наведених чињеница – што је логично, јер људи обично знају да трговац није власник ствари, али могу бити савесни, јер верују у његово овлашћење на располагање.

Стога ће решење DCFR за многе државе ЕУ бити ново. Само у мањем броју њих¹⁵ наилазимо на решење слично овоме, а правна теорија га је критиковала као прешироко [Kohler 1919: 232; Mengoni 1975: 331–335].

Мишљења смо да је решење DCFR о „двоструком” предмету савесности ипак адекватно, јер јединствено уређује питање савесности стицаоца независно од тога ко је у улози отуђиоца (трговац или нетрговац), као и зато што је лаику објективно тешко да уочи разлику између својине и овлашћења на располагање невластника [Mauey – Maуу према Böhm 1996: 51].

3. DCFR регулишу и *моменати* у коме се тражи савесност стицаоца, што многи европски закони не чине и опредељује га као час *йреласка својине* на стицаоца. Док је у неким државама то тренутак предаје ствари¹⁶ или савесношћу морају бити обухваћена чак два момента – час закључења уговора и час предаје¹⁷ – DCFR прихвата горњу формулацију јер се својина по њему и од власника и од невластника стиче у моменту који уговорнице споразумно одреде, а тек у недостатку споразума – часом предаје ствари, па је стога оно адекватно.

¹² Супротно томе, немачко или грчко право нпр. одређују га негативно.

¹³ Ретка су мишљења по којима и лаки нехат искључује савесност [Gschnitzer 1985: 112]; као и она по којима је искључује само умишљај [Ehrenzweig i Frotz према Koziol et al. 1988: 74].

¹⁴ Правна теорија Италије, закони Немачке, Грчке...

¹⁵ Аустрија, Пољска... као и Швајцарска или Русија ван ЕУ.

¹⁶ Пољска, Грчка...

¹⁷ Став заступа немачка правна теорија, као и закони неких држава ван ЕУ (Хрватска, Македонија...).

4. Коначно, новина у регулативи савесности стицаоца је што DCFR предвиђа и ко сноси *тјерет њеног доказивања*. За разлику од многих држава ЕУ, DCFR не уводи претпоставку савесности стицаоца,¹⁸ већ предвиђа да он мора пружити доказ о томе. Власник дакле не мора доказивати несавесност стицаоца, али на основу формулација одредбе о којој је реч, није јасно да ли стицалац савесност мора доказивати увек или само ако је оспорена. Коначну реч о томе даће судови држава ЕУ, а по нама, иако решење сматрамо необичним, прихватљивије је да стицалац пружи доказ о својој савесности тек ако је оспорена.

5. Стицање украдених ствари

1. Почев од старогерманског права у свим државама, сем Италије,¹⁹ стицање од невластника је могуће само на стварима које је власник поверио отуђиоцу, уз бројне изузетке од тог правила. Изузеци се односе на места (сајам, пијаца) или ситуације стицања (јавна продаја); врсте покретности (новац, хартије од вредности); на одређена лица у улози невластника (трговац) или је стицање несталих ствари могуће тек по протеку рока. Уз то, свака држава има сопствену „комбинацију” изузетака, тако да су решења овог питања у Европи заиста разноврсна.

Следећи већинско опредељење држава ЕУ, Салцбуршка група је одлучила да не одступи од правила да је стицање од невластника *доушћено само на повереним стварима*.

Морамо приметити да ово опредељење није у складу са *разлобом* допуштања стицања од невластника, тј. заштитом интереса друштвене заједнице (са којим се индивидуални интерес стицаоца поклапа), а то је – сигурност промета права на покретностима. За очување те сигурности, међутим, не може бити важно не само да ли је отуђилац ствари њен власник или не; већ ни *како је дошло до раздвајања својине од државине* – вољом власника или без ње. Савесни стицалац, који верује у привид својине који за отуђиоца ствара државина, то не може знати. Зато решење DCFR не сматрамо доследним, иако оно неће бити новост за државе ЕУ, сем Италије. Творци DCFR су очигледно сматрали да ЕУ није спремна за радикалније промене. Тако је решење из VI века и старогерманског права о подели ствари на поверене и нестале, настало у натуралној привреди из другачијих разлога у односу на савремене – захваљујући DCFR ушло у XXI, а вероватно и у наредне векове.

2. DCFR, међутим, врстом *изузетка* који предвиђа од правила о коме је реч, значајно *ублажава* начелно опредељење да је стицање од невластника могуће само на повереним стварима. Наиме, чл. VIII.–3:101, ст. 2 предвиђа да се и *украдене* ствари могу стећи од невластника који их ставља у промет у оквиру свог редовног пословања, тј. од трговца. Овај изузетак је врло обиман, јер су стицања покретности од трговца редовна

¹⁸ Претпоставка важи у немачком, француском, аустријском, италијанском праву итд.

¹⁹ У Италији стицање од невластника могуће је под истим условима и на повереним и на несталим стварима.

појава, а од појединаца ретка. Ово решење биће новина за већину држава ЕУ, јер само неке од њих (Аустрија, Грчка, Словенија...) као изузетак допуштају стицање својине на несталим стварима и од трговца као неовлашћеног невлашника.²⁰

Иако смо начелном опредељењу DCFR да стицање од невлашника допусти само на повереним стварима упутили приговоре, морамо констатовати да је ово правило значајно модификовано изузетком о коме је реч. Изузетак сматрамо прикладним, а овај модел регулативе сврстали бисмо у најуспешнија решења с тачке гледишта заштите сигурности промета, што је неоспорни разлог прихватања овог начина прибављања својине. У прилог овог става навели бисмо и мишљења познатих грађанско-правних теоретичара, који су – оцењујући решење аустријског права, које се начелно подудара са решењем DCFR – исто називали „јасним решењем, које одражава тачно опажање разних аспеката проблема стицања својине од невлашника” [Mengoni 1975: 72–73], које разлику на нестале и поверене ствари „прави тек када интерес сигурности трговине није у игри”, што се сматра решењем за будућност [Zweigert 1958: 17; Giehl 1962: 361]. Управо то се опредељењем Салцбуршке групе и обистинило.

Морамо нагласити да је и наше позитивно право, као и решење нацрта Законика о својини и другим стварним правима, *једно од рејких у Европи*, које је у складу са овим решењем DCFR.

Стицања од невлашника на несталим стварима на *јавној продаји или на новцу и харџијама од вредности* ван прибављања од трговца DCFR не предвиђа, иако су то изузеци које познају готово све европске државе.

3. DCFR (чл. VIII.–3:101, ст. 2) предвиђа да је стицање од невлашника који *није трговац* искључено само за *украдене* ствари, што је одређење које бисмо у поређењу с регулативом држава Европе могли оценити као најуже.

Закони већине држава ЕУ ствари, које није могуће стећи од невлашника јер се сматрају *несталим*, одређују позитивном методом – набрајајући их – па ту поред украдених сврставају изгубљене, затурене, па и још шире – све ствари и на друге начине изашле из државине власника против његове воље (реквирирани, одузете у нужној одбрани, напуштене у рату итд.).

Неке државе²¹ појам *поверене* ствари одређују позитивном методом, као ствари које је власник предао отуђиоцу на основу правног посла којим се не стиче својина, док се до појма нестале ствари долази *argumentum a contrario* закључивањем: то су оне ствари, које нису изашле из државине власника на наведени начин. У сваком случају, и у њима се појам нестале ствари не може изједначити са украденом, већ се схвата шире.

Из наведеног можемо закључити да ће овако уско одређење ствари, на којима стицање од невлашника – нетрговца није могуће DCFR-ом бити ново за готово све државе ЕУ. Наиме, укидање могућности стицања од

²⁰ Француско, швајцарско, пољско право итд. такође познају ову могућност, али тек с протеком краћег рока.

²¹ Аустрија, Словенија...

невласника у грађанском промету само за власнику украдене ствари има за последицу ширење круга оних ствари, на којима је то могуће: то би биле ствари које је власник предао на основу правног посла, али и независно од тога, па чак и ствари без којих је остао мимо воље, ако му *нису украдене*, као нпр. оне које је затурио, изгубио итд. Посредно, овакво решење DCFR води могућности да се и у грађанском промету од невла-сника стекну ствари, које би се према мерилима многих држава ЕУ могле сматрати несталим.

Све то додатно ублажава опредељење DCFR да у контексту стицања својине од невла-сника задржи поделу ствари на поверене и нестале, која се заправо своди на поделу на неукрадене и украдене ствари, при чему се само прве могу стећи од невла-сника у грађанском промету, а обе категорије од невла-сника трговца. Залажући се за што бољу заштиту сигурности правног промета ово решење морамо оценити као адекватно, мада лично најсврнисходнијим сматрамо стицање под једнаким услови-ма и за поверене и за нестале ствари.

Најзад, из разумљивих разлога, стицање од невла-сника на украде-ним културним објектима (чл. VIII.–3:101, ст. 2) није могуће.²²

6. Судбина права трећих лица

Коме дати предност када је ствар, стечена у својину од невла-сника, предмет ограничених стварних права трећих лица – савесном прибави-оцу или титулару права о којима је реч – питање је које DCFR регулише чл. VIII.–3:102. Баш као и готово све државе ЕУ које регулишу ово пи-тање,²³ DCFR *предносћ даје савесном стицаоцу* предвиђајући гашење права трећих, али уз испуњеност *посебних услова*. Претходно морамо напоменути да за стицање својине на ствари, неоптерећене правима трећих, DCFR тражи исте услове без обзира на то да ли се својина стиче од власника или невла-сника. Битно је само да отуђилац није имао ни пра-во ни овлашћење да располаже својином, слободном од права трећих.

Основни услов за стицање својине без терета је – да је *стицалац при-бавио својину*, свеједно да ли од власника или невла-сника (чл. VIII.–3:102, ст. 1, тач. а).

Следећи услов је да је извршена предаја или замена за предају ства-ри на начин како то предвиђа већ анализирани чл. VIII.–2:101, ст. 1, тач. DCFR у вези предаје државине код стицања својине како од власника, тако и од невла-сника (чл. VIII.–3:102, ст. 1, тач. б).

Стицање мора бити *ишерејно* (чл. VIII.–3:102, ст. 1, тач. ц), што се код прибављања својине од невла-сника подразумева, јер оно и није мо-гуће добротиним правним послом. DCFR то посебно прописује, јер ње-гова регулатива важи и за стицање својине ослобођене терета када је у улози отуђиоца власник.

²² Њихова судбина дефинисана је упутством Савета 93/7/ЕЕС и чл. VIII – 4:102 DCFR.

²³ Немачка, Италија, Грчка, Пољска, Словенија...

За гашење права трећих по DCFR, као и у готово свим државама ЕУ, неопходно је да је стицалац био *савесџан* у погледу чињеница да отуђилац нема ни право ни овлашћење да *својину ѓренесе слободну од ѓрава ѓрећих* у моменту преласка својине. Терет доказивања разлога за незнање чињеница о којима је реч је на стицаоцу (чл. VIII.–3:102, ст. 1, тач. д).

DCFR (чл. VIII.–3:102, ст. 2) предвиђа аналогну примену услова који важе за стицање својине од невлањника у вези *traditio brevi manu* (да је стицалац државину добио од отуђиоца); као и у вези *крађе* ствари.

То значи да ако је титулару права којим је својина оптерећена ствар украдена, неће доћи до његовог гашења – изузев уколико је стечена од отуђиоца трговца.²⁴ Дакле, ствар може бити стечена у *својину* од невлањника уколико из државине власника није украдена (или ако јесте, онда отуђилац мора бити трговац); али неће бити угашена *ѓрава ѓрећих* на њој уколико је *украдена ѓиштѓулару ѓиоѓ ѓрава* (а отуђилац није трговац). На украденим *кулѓурним објектѓима* се не стиче ни својина нити права трећих могу бити угашена. Аналогну примену ових одредби на гашење права трећих сматрамо адекватном из истих разлога као и код гашења власниковог права.

У ст. 3 чл. VIII.–3:102 DCFR предвиђа да ако се ствар стицаоцу предаје у форми *cessio vindicationis*, уз обавештење држаоцу о томе – неће доћи до гашења оних права трећих, која су у обавештењу *назначена*, што је логично решење.

Најзад, чл. VIII.–3:102, ст. 4 књиге VIII упућује на повезану примену са чл. IX–6:102, ст. 2 књиге IX DCFR, када се ради о гашењу ограничених стварних права која служе као *средствѓва обезбеђења и која се региструју* (а која регулише књига IX). Ова права такође престају под већ наведеним условима, с тим што се стицалац *неће смаѓраѓи савесним*, осим ако је отуђилац трговац или ако је упис затражен према даваоцу обезбеђења, који је лице различито од отуђиоца. Ако је у питању задржана својина на ствари, изгубљена због стицања својине од невлањника на истој тој ствари, наведена одредба у вези савесности се примењује *mutatis mutandis*. Претпоставку несавесности (као и изузетке од ње) у овом контексту сматрамо адекватном, пошто се права о којима је реч уводе у јавне регистре.²⁵

III ЗАКЉУЧАК

На основу изложеног закључили бисмо да регулатива стицања својине од невлањника у DCFR обухвата сва важна питања из ове области, чиме је отклоњена непотпуност као највећи недостатак многих националних решења. Салцбуршка група је успешно обавила тежак задатак да на основу великог броја модела регулативе држава ЕУ формулише нов модел, довољно квалитетан да послужи за превазилажење свих тих раз-

²⁴ Пољско право ово питање регулише као и DCFR; а овакав став заступа немачка и теорија других држава.

²⁵ Сличну одредбу садржи и право Републике Српске, а супротну – македонско право.

лика. Иако ни по једном питању не следи у потпуности регулативу ниједне конкретне државе, овај модел није механички збир, већ усклађена целина преузетих и нових решења. Лајтмотив те целине је заштита сигурности правног промета, пре свега трговачког, где је под једнаким условима могуће стицање од невластника на свим стварима, независно од тога како су изашле из државине власника. Иако се залажемо за још либералније решење, и ово сматрамо адекватним избором и минимумом испод кога допуштање стицања од невластника не би испунило своју сврху.

Ово, као и многа друга решења DCFR, биће ново за приличан број чланица ЕУ. DCFR рецимо напушта европску традицију стицања несталих ствари на јавној продаји или либералног стицања несталог новца и хартија од вредности на доносиоца; прихвата шири концепт предмета савесности и на стицаоца пребацује терет доказивања те чињенице; под несталим подразумева само украдене ствари.

Пошто је и Србија могућа будућа чланица ЕУ, можемо констатовати да је у нашем позитивном праву (па и у нацрту будућег) најважније решење DCFR о могућности стицања украдених ствари у трговачкој сфери већ познато. Остала решења DCFR представљају углавном допу и прецизирање домаћих решења, без битније измене садашње концепције.

На крају, указали бисмо и на једно од питања које је DCFR *ipso iure* да *regrulirane*, а које је спорно у државама ЕУ, а то је ситуација када савесни стицалац својине од невластника управо невластнику о коме је реч препродаје стечену ствар.

ЛИТЕРАТУРА

- Baur, Fritz (1977). *Lehrbuch des Sachenrechts*. München: Verlag C. H. Beck.
- Barassi, Ludovico (1952). *Diritti reali e possesso*. T. II. Milano: A. Giuffrè.
- Böhm, H. (1996). *Bürgerliches Recht – Sachenrecht (Rechtsskripten)*. Wien.
- Cain, Giorgio & Alberto Trabucchi (1984). *Commentario breve al Codice civile*. Padova: Cedam – Casa editrice dott. Antonio Milani.
- Gschnitzer, F. (1985). *Österreichisches Sachenrecht*. Wien – New York.
- Giehl, Friedrich (1962). Der gutgläubige Mobilärerwerb – Dogmatik und Rechtswirklichkeit, *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 166, H. 4, pp. 367–384.
- Kohler, Josef (1919). *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. Bd.II/2. Berlin: C. Heymann.
- Marty, Gabriel & Pierre Raynaud (1956). *Droit civil*. Paris: Sirey.
- Mengoni, Luigi (1975). *Gli acquisti „a non domino”*. Milano: A. Giuffrè.
- Nikolić, Dušan (2004). *Harmonizacija i unifikacija građanskog prava – elementi za strategiju razvoja pravne regulative*. Novi Sad: Univerzitet u Novom Sadu – Pravni fakultet.
- Planojević, Nina (2008). *Sticanje svojine od nevlasnika*. Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevacu.
- Von Klein, F. E. (1960). Zur Tauglichkeit des Besitzkonstituts bei gutgläubigen Eigentümerserwerb an Fahrnis (eine rechtsvergleichende Studie zu Art. 714, II/933 ZGB), *Festgabe zum siebzigsten Geburtstag vom Max Gerwig*, H.55, pp. 121–134.
- Vukadinović, Radovan (2008). *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*. Kragujevac: Pravni fakultet-Centar za pravo Evropske unije Pravnog fakulteta u Kragujevcu.
- Weill, Alex; Francois Terre & Ph.Simler (1979). *Droit civil*. T. IV. Paris: Dalloz.

Westermann, Harry (1960). *Sachenrecht*. Karlsruhe: Verlag C. H. Müller.
Zweigert, Konrad (1958). Rechtsvergleichend-kritisches zum gutgläubigen Mobiliärerwerb, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. I, H. 1, pp. 1–20.

ACQUISITION OF OWNERSHIP BY NON-OWNERS IN
THE DRAFT OF COMMON FRAME OF REFERENCE
STUDY GROUP FOR EUROPEAN CIVIL CODE

by

Nina Planojević

Summary

The subject of the paper is analysis of provisions concerning acquisition of ownership by non-owners from the recently presented Book VIII of the Draft of Common Frame of Reference of the Study group for European civil code. These regulative have been commented by the author and compared to the regulative of EU countries, pointing out to similarities, differences as well as discrepancies from solutions. Regulative of acquisition of property by non-owners he considers as divided in six parts: object; legal basis; delivery of goods; self-consciousness of the owner; ownership over the stolen goods and the fortune of the rights of third persons. With slight remarks, the author estimates this project as a complete, purposeful and quality decision. Comparing these decisions of EU countries and those from the Draft, he also estimates the reception of these decisions in Serbia as well, as prospective EU member.

KEY WORDS: acquisition of ownership, European Union Law

*Атила Дудаш**

О ПОСТУПКУ УСВАЈАЊА НОВОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ МАЂАРСКЕ

САЖЕТАК: Не рачунајући претходне парцијалне кодификације и системске законе, први Грађански законик Мађарске усвојен је 1959. године. После промена друштвеног и државног уређења 1989. године, упркос великом броју измена и допуна Законика, неминовно се поставило питање рекодификације грађанског права. Тај поступак је започет 1998. године када је Влада именовала стручну комисију за припрему нацрта новог кодекса. Комисија је предано радила на тексту нацрта скоро пуних десет година. Године 2003. објавила је тзв. Концепцију и Тематику грађанског законика како би стручна јавност била обавештена о току и резултатима рада комисије и, што је значајније, конструктивним примедбама и сугестијама допринела квалитету текста нацрта. Кодификаторска комисија је након разматрања примедба и сугестија упућених на Концепцију и Тематику наставила рад на припремању нормативног текста нацрта Законика. Први нацрт са потпуним текстом Комисија је објавила 2006. године. На свеопште изненађење Министарство правде је, међутим, 2007. године, не сачекавши да Комисија размотри примедбе и сугестије пристигле на Нацрт из 2006. године, преузело посао на изради нацрта Законика, чиме је мандат Кодификаторске комисије практично престао. Министарство је прву верзију свог Нацрта објавило 2007, а другу 2008. године. Исте године, Кодификаторска комисија је објавила свој, тада већ незванични нацрт Законика, како би резултати њеног скоро десетогодишњег рада у изворном облику и у потпуности били доступни јавности. Други нацрт законика Министарства је 2008. године усвојен од стране Владе у форми предлога Закона и упућен Народној скупштини на усвајање. Народна скупштина је после једногодишње скупштинске процедуре, уз врло скромну већину, септембра 2009. године усвојила нови Грађански законик. Међутим, председник Републике је, користећи се својим уставним правом на суспензивни вето, одбио да прогласи Грађански законик, као и накнадно донет Закон о спровођењу и ступању на снагу Грађанског законика. Председник Републике, који је иначе један од најистакнутијих цивилиста у Мађарској, изразио је своје дубоке сумње у вези са усвајањем Законика, како у садржајном смислу, тако и у погледу начина на који су Нацрт и Предлог Законика припремани. Својим суспензивним ветом, међутим, председник

* Мр Атила Дудаш, асистент Правног факултета у Новом Саду.

Републике не може да спречи доношење и ступање на снагу Законика, већ га само може одложити.

Циљ овог рада је да се у кратким цртама прикаже једнодеценијски буран процес рада на тексту новог Законика и сумаран преглед његовог садржаја, са посебним освртом на разлоге због којих је председник Републике одбио да га прогласи.

КЉУЧНЕ РЕЧИ: кодификација грађанског права, Мађарски грађански законик

КРАТАК ИСТОРИЈАТ КОДИФИКАЦИЈА ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У МАЂАРСКОЈ У XIX И XX ВЕКУ

Прва званична идеја да се изврши кодификација грађанског права у Угарској јавља се током револуционарних превирања 1848. године. Револуција је у основи била кулминација настојања да се Угарска ослободи од власти Хабзбурговаца, али су током ње дошле до изражаја и тежње младе буржоазије за стварањем грађанске државе, укидањем феудалних односа и доношењем законских аката који би постали основни извор права. У том смислу је револуционарна власт у априлу донела сет закона који се традиционално означавају као *априлски закони*. Један од априлских закона, Законски члан 15, предвиђао је доношење Грађанског законика. Израду нацрта Грађанског законика је тадашњи министар правде Ференц Деак (Deák Ferenc) поверио Ласлу Салајиу (Szalay László), познатом професору права [Horváth 2006: 53].

Пропашћу револуције први подухват усвајања Грађанског законика је остао неостварен. У периоду после револуције, у доба тзв. апсолутизма (1849–1861), укинута је законодавна аутономија Угарске. Законодавна власт је у потпуности пренета у надлежност бечког двора, коју је цар у Угарској вршио путем царских *каишената* [Horváth 2006: 57]. У периоду апсолутизма на даљи развој грађанског права у Угарској су од пресудног значаја били пре свега Патент од 1. маја 1853. године којим је проширено важење *Ойшшеџ зграђанскоџ законика Аусџрије* и на територију тадашње Угарске [Mezey 2003: 132], као и Уредба Министарства правде Аустрије од 15. децембра 1855. године којом су установљене земљишне књиге у Мађарској, по узору на систем евиденције права на непокретности у Аустрији [Mezey 2003: 133].

После Октобарске дипломе од 1860. године долази до лабављења стега из Беча. Цар је 1861. године вратио Угарској надлежност да поново успостави сопствено правосуђе. Међутим, поставило се питање које право би оно требало да примењује, будући да је цар забранио примену априлских закона, због њиховог револуционарног карактера, док је идеја о рестаурацији феудалног права сматрана депласираном. Стога је исте године сазвана тзв. Јудекскуријална конференција (*Országbirói Ertekezlet*)¹

¹ Дословни превод назива овог органа на српски језик се чини неодговарајућим. Стога се аутор определио за транскрипцију са немачког језика (Јудекскуријална конференција). На српском језику би се могао дати само један описни назив за ово тело, на пример Свеопшта правосудна конференција, имајући у виду да су у раду овог тела, које је имало 60 чланова,

[Mezey 2003: 133]. Najznačajniji rezultat rada Konferencije je bilo usvajanje tzv. Privremenih propisa (*Ideiglenes Törvénykezési Szabályok*). Privremeni propisi su u pretežnom delu uređivali materiju privatnog prava, питања која спадају у област меничног, стечајног, трговинског, брачно-имовинског, наследног, грађанско-процесног (парничног) и других грана права [Horváth 2006: 54]. Правна природа Привremenih propisa је била врло осетљиво питање. Будући да Конференција није имала легислативну власт, они се нису могли сматрати прописима у правно-техничком смислу (општим правним актима). Планирано је да се текст Привremenih propisa усвоји у форми закона, али ова идеја никад није практично реализована. Стога су посланици у Парламенту, што је касније и цар потврдио, одлучили да се до кодификације грађанског права у Угарској Привremeni propisi примењују као „допунски извор права”. Овај став је подржао и Врховни суд Угарске (*Kúria*), сматрајући правила Привremenih propisa смерницама за правосуђе и предложио судовима да их примењују [Horváth 2006: 54].

Друга половина XIX и почетак XX века одликују се настојањем да се материја приватног права уреди законским актима, или чак парцијалним кодификацијама, с тим да се упоредо ради и на припремању нацрта једног грађанског законика. Тако су у овом периоду усвојени бројни закони, као што су Законски члан 16 о форми тестаментa из 1876. године, Законски члан 27 из 1876. године о меници, Законски члан 20 о старатељству из 1877. године, Законски члан 17 о стечајном поступку из 1881. године, Законски чл. 16 о ауторском праву из 1884. године, Законски члан 2 о жиговима из 1890. године, Законски члан 31 о браку из 1894. године, Законски члан 58 о чеку из 1908. године и др. Без сумње је најзначајнији законодавни подухват овог периода усвајање Трговачког законика 1875. године (Законски члан 37 из 1875. године) [Mezey 2003: 137].

Упркос великом броју донетих закона, којима је у претежном делу покривена област приватног права, тежња за усвајањем једног целовитог Грађанског законика који би заменио партикуларне законе и парцијалне кодификације стално је присутна у овом периоду. Раздобље дуго скоро читав један век од усвајања Привremenih propisa 1861. године до доношења Грађанског законика 1959. године обилује бројним кодификаторским подухватима, нацртима или преднацртима Грађанског законика. По свом значају издвајају се Предлог грађанског законика из 1900. године, затим Предлог из 1913. године, који је припремио познати професор Бела Саси (*Szászy Béla*) и чак био поднет Народној скупштини, али је његово усвајање спречило избијање Првог светског рата, као и Предлог Приватноправног законика (*Magánjogi Törvénykönyv Javaslat – Mti*) из 1928. године. Најзначајнији од наведених је свакако последњи који је садржао „све квалитете једног доброг грађанског законика чија су правила прерасла у обичајно право и примењивана од стране судова, али до

учествовали не само судије, већ и адвокати и професори права. Штавише, било је и учесника који уопште нису били правници, нити су радили у правосуђу (трговци, истакнути инжењери итд.).

чијег усвајања због општих политичких разлога није дошло” [Vékás 2008: 55]. Основни разлог због којег ниједан од наведених нацрта није усвојен је што „нису постојали или су само делимично постојали уставни оквири за усвајање једног потпуног и самосталног грађанског законика”. У овом погледу се „очигледно разликовала ’кодификациона ситуација’ у Мађарској од стања у другим европским земљама” [Szalma 2001-I: 61].

Мађарски грађански законик је коначно усвојен 1959. године, у једном потпуно другачијем друштвеном и политичком миљеу у односу на амбијент у којем су претходни нацрти законика били припремани. Састоји се из шест делова који носе следеће називе: Уводни део, Лица,² Право својине, Облигационо право, Наследно право и Завршне одредбе. Структура Законика је јединствена, најближа је пандектној систематици, али не садржи општи део у смислу немачког Грађанског законика. Редослед целина у њему је другачији у односу на класичну пандектну систематику и уопште не уређује област породичног права (у складу са схватањем усвојеним у социјалистичким државама да породично право не би требало да припада корпусу приватног већ јавног права).

Грађански законик из 1959. године донет је у ери која је представљала изузетно неповољан амбијент за уређивање материје грађанског права. Ипак, Законик је успео да преброди транзицију у Мађарској, промену административно-планске на тржишну привреду. Рекодификацији грађанског права у Мађарској се, наиме, приступило тек крајем деведесетих година XX века када је процес транзиције у суштини већ био окончан. Успешно спровођење транзиције било је могуће само уз непрестано осавремењивање постојеће правне регулативе, укључив и Грађански законик. У периоду транзиције хармонизација мађарског грађанског права са европским комунитарним прописима одвијала се у два вида, непрестаним усклађивањем партикуларних закона са комунитарним правом и учесталим изменама и допунама Грађанског законика [Szalma 2001-I: 62].

Од његовог усвајања 1959. године до 2008. године Грађански законик је око сто пута мењан, с тим да четири петине измена и допуна Законика падају на период после 1989. године, када је процес транзиције започео [Vékás 2008: 55]. Циљ измена и допуна Законика је био двојак: хармонизација Законика са комунитарним правом и укидање неких његових одредаба које је Уставни суд прогласио неуставним [Szalma 2001-I: 63]. У ову другу групу измена спадају, на пример, укидање одредби Законика о забрани новчане накнаде неимовинске штете (пружања сатисфакције у новцу)³ и имунитету државе у погледу одговорности за штету коју причине њени органи.⁴

² Дословни превод на српски језик гласи „Лица” (*Személyek*), означавајући сегмент општег дела грађанског права који уређује статусна питања физичких и правних лица. У нас се користе изрази „статусно право” или „статусни део” [Станковић-Водинелић 1996: 4; Николић 2008: 165; Попов 2007: 8] као и израз „субјекти права” [Водинелић 1991: 32].

³ Одлука Уставног суда бр. 34/1992 од 1. јуна 1992. године.

⁴ Одлука Уставног суда бр. 53/1992 од 29. септембра 1992. године.

Упркос бројним изменама Законика и партикуларних закона, у периоду транзиције (крај осамдесетих и почетак деведесетих година XX века) у стручним и академским круговима се све више заговарала неопходност доношења новог грађанског законика. Идеја да се донесе један нови кодекс, заснован на новом друштвеном уређењу и начелима тржишног друштва, добијала је све јачу артикулацију на научним саветовањима и у радовима објављеним у научним часописима и зборницима радова [Szalma 2001-II: 58-63].

ПРИПРЕМНИ РАДОВИ НА НАЦРТУ НОВОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА

Први корак ка рекодификацији грађанског права у Мађарској је учињен 1989. године. Тада је Министарство правде образовало комисију која је имала за циљ да припреми нацрт новог законика. На челу комисије су били академици Лајош Векаш (Vékás Lajos) и Атила Хармати (Harmathy Attila). Након образовања Комисија је радила те и наредне, 1990. године, након чега је њен рад обустављен.⁵

Идеја о потреби доношења новог Грађанског законика је званично поново оживљена 1998. године, одлуком Владе којом је наложено да се започне са „радовима на темељном осавремењивању грађанског права, а посебно Грађанског законика“.⁶ На основу ове одлуке Владе образована је нова Кодификаторска комисија, која се заправо састојала из две стручне комисије, Главне комисије за кодификацију грађанског права (*Polgári Jogi Kodifikációs Főbizottság*) и Уређивачке комисије за кодификацију грађанског права (*Polgári Jogi Kodifikációs Szerkesztőbizottság*). На челу обе комисије је до маја 1999. године, до његовог избора за судију Уставног суда, био професор Хармати. Тада је функцију председника обе комисије преузео професор Векаш.

Уређивачка комисија је 2002. године завршила рад на тзв. Концепцији новог Грађанског законика (*Az új Polgári Törvénykönyv Konceptiója*). Концепцију је Влада прихватила⁷ и објавила⁸ како би стручна јавност могла да се изјасни о њој. Године 2003. Уређивачка комисија је, узимајући у обзир примедбе стручне јавности, у незнатном делу изменила Концепцију. Тако измењену Концепцију је усвојила и Главна комисија, која је Концепцију послала Влади на разматрање. Влада је усвојила измењену Концепцију⁹ и објавила је¹⁰ ради упознавања јавности са њеном садржином. Заједно са прерађеном Концепцијом, Главна комисија је усвојила и тзв. Тематику новог Грађанског законика (*Az új Polgári Törvénykönyv Tematikája*) која је требало да послужи као водилја у изра-

⁵ <http://www.jogiforum.hu/hirek/18274> (приступ – 19. фебруара 2010. године).

⁶ Одлука Владе бр. 1050/1998.

⁷ Одлука Владе бр. 1009/2002.

⁸ Службени гласник Републике Мађарске бр. 15/2002, II том.

⁹ Одлука Владе бр. 1003/2003.

¹⁰ Службени гласник Републике Мађарске бр. 8/2003 од 25. јануара 2003. године.

ди нормативног текста Законика. Тематика је објављена заједно са измењеном Концепцијом.

Концепција и Тематика, упркос конотацији коју ови називи могу да имају, нису прост и сумаран приказ идеје у ком правцу треба да се одвија рад на кодификацији, већ детаљни опис пројектоване садржине будућег Грађанског законика, на 213 страна. Ипак, оне не садрже конкретна правна правила, већ утврђивање „начелних разлога због којих је доношење новог Законика постало неминовно, избор између различитих алтернативних праваца у којима ће се рад на кодификацији одвијати, као и утврђивање садржинских граница и унутрашње структуре будућег кодекса” [Konserció és Tematika 2003: 1].

Кодификатори се нису определили за неки страни кодекс као једини и непосредни узор за израду новог Мађарског грађанског законика, али признају да су се приликом израде Концепције обилато служили решењима из бројних страних грађанских законика и нацрта [Konserció és Tematika 2003: 1]. Истичу да за непосредним узором и није било много потребе јер су нацрти са почетка XX века били инспирисани аустријским Општим грађанским закоником и Немачким грађанским закоником, док је Нацрт из 1928. године био инспирисан савременијим Швајцарским грађанским закоником. Према томе, решења класичних грађанских законика из германског правног круга су преко ових нацрта већ била узета у обзир приликом доношења првог мађарског Грађанског законика 1959. године [Konserció és Tematika 2003: 2]. Од новијих грађанских законика свакако је од значаја био Холандски грађански законик, али се ни он не може сматрати доминантним узором на који су се кодификатори угледали. Кодификаторска комисија је поједина нормативна решења црпла и из извора међународног трговинског права (пре свега из Бечке конвенције о међународној купопродаји робе из 1980. године), као и из најзначајнијих савремених развојних пројеката, UNIDROIT Начела међународних трговинских уговора из 1994. године и Начела европског уговорног права из 1999. године (I и II књига) и 2002. године (III књига) [Konserció és Tematika 2003: 2].

У погледу садржине будућег Грађанског законика, кодификатори су настојали да он добије изразито кодексни карактер, како би се постигла што већа обухватност материје која ће се њиме уредити. Ипак признају да у том настојању не треба претеривати, јер би претераном мером инкорпорације Законик изгубио на сталности и стабилности [Konserció és Tematika 2003: 5]. Стога је било неминовно да се одређена материја уреди ванкодексним, партикуларним законима, при чему је требало обратити пажњу да се оствари „садржинска усклађеност и терминолошко јединство” Законика и посебних закона [Konserció és Tematika 2003: 5]. Према Концепцији, поред материје коју обухвата Законик из 1959. године, нови Законик је требало да уреди и следеће области [Konserció és Tematika 2003: 6]:

- Породично право – Целокупна област породичних односа је у том моменту била уређена посебним законом.¹¹
- Индивидуални уговор о раду – Кодификаторска комисија се залагала за инкорпорацију уговора о раду из партикуларног закона¹² у V књигу Законика, у део о именованим уговорима, при чему би се посебна пажња посветила заштитним одредбама у корист запосленог, као слабије стране у уговору [Konserció és Tematika 2003: 7]. Инкорпорација би се односила само на грађанскоправне елементе радног права, док би јавноправни (социјалноправни) елементи остали ван кодекса [Kiss 2000: 3].
- Право привредних друштава – Статусни део трговинског права (правила о облицима привредних друштава) је такође требало да се инкорпорише у корпус Законика, у II књигу (Статусно право) [Konserció és Tematika 2003: 7], уместо посебног закона којим је ова област уређена.¹³
- Области ауторског права и права индустријске својине не би требало инкорпорисати у кодекс, већ би и даље требало да буду регулисане посебним законима (Konserció és Tematika, 2003: 7). Упркос томе што ова материја свакако спада у домен приватног материјалног права, посебни закони¹⁴ којима је она уређена садрже норме које носе обележја и јавног права, те би њихова евентуална инкорпорација у кодекс била тежак, а можда чак и нецелисходан подухват [Szalma 2001-II: 313–314].
- Материју међународног приватног права по мишљењу Кодификаторске комисије не би требало инкорпорисати у Законик, иако реформу важеће регулативе (уредбе са законском снагом!)¹⁵ сматра актуелном и пожељном [Konserció és Tematika 2003: 7].
- Евиденција права на непокретности такође представља круг питања у вези са којим Кодификаторска комисија у моменту када је објавила Концепцију и Тематику још није имала коначан и потпун став. Ова област је иначе регулисана посебним законом¹⁶ којим је 1997.

¹¹ Закон бр. IV из 1952. године о браку, породици и старатељству (1952. évi IV törvény a házasságról, családról és a gyámságról).

¹² Закон бр. XXII из 1992. године о Законнику о раду (1992. évi XXII. törvény a Munka Törvénykönyvéről).

¹³ Закон бр. IV из 2006. године о привредним друштвима (2006. évi IV. törvény a gazdasági társaságokról).

¹⁴ Закон бр. LXXVI из 1999. године о ауторском праву (1999. évi LXXVI. törvény a szerzői jogról); Закон бр. XXXIII из 1995. године о патентној заштити проналазака (1995. évi XXXIII. törvény a találmányok szabadalmi oltalmáról); Закон бр. XXXVIII из 1991. године о заштити узорака (1991. évi XXXVIII. törvény a használati minták oltalmáról); Закон бр. XI из 1997. године о заштити жигова и географских ознака порекла (1997. évi XI. törvény a védjegyek és a földrajzi árujelzők oltalmáról); Закон бр. XLVIII из 2001. године о заштити модела (2001. évi XLVIII. törvény a formatervezési minták oltalmáról) и Закон бр. XXXIX из 1991. године о топографској заштити полупроводних производа из области микроелектронике (1991. évi XXXIX. törvény a mikroelektronikai félvezető termékek topográfiajának oltalmáról).

¹⁵ Уредба са законском снагом бр. 13. из 1979. године о међународном приватном праву (1979. évi 13. törvényerejű rendelet a nemzetközi magánjogról).

¹⁶ Закон бр. CXLI из 1997. године о евиденцији непокретности (1997. évi CXLI. törvény az ingatlan-nyilvántartásról)

године укинута традиција дуга 150 година и евиденција права на непокретности пренета из судске у управну надлежност и створена јединствена евиденција чињеница и стварних права на непокретности у надлежности органа управе – катастра (*Földhivatal*).¹⁷ Комисија је само наговестила да би начелна, материјалноправна питања евиденције права на непокретности требало инкорпорисати у законик, док би процесне одредбе требало оставити у посебном закону [Konferenció és Tematika 2003: 95].

Концепција усваја *монистички* приступ у погледу садржаја будућег законика, тј. прихвата став о целисходности јединственог уређивања грађанскоправних и трговинскоправних односа, са образложењем да је дуалистички приступ уређивања приватноправних односа плод правне теорије XIX века и да су у XX веку друштвени односи промењени у такој мери да чине дуалистички приступ превазиђеним.¹⁸

Према Концепцији, будући Законик би се састојао из пет целина: Лица, Породично право, Стварно право, Облигационо право и Наследно право [Konferenció és Tematika 2003: 10]. Утицај пандектне систематике на овакво одређење кодификатора је очигледан. Од класичне пандектне систематике замишљена структура Законика се разликује само по томе што не садржи Општи део и што би редослед целина био другачији.¹⁹

Главна и Уређивачка комисија су још неколико година радиле на нормативном тексту Законика, држећи се смерница из Концепције и Тематике, те уважавајући и мишљења стручне јавности у вези са садржином ова два акта. Рад на првом комплетном нормативном тексту Грађанског законика завршен је три године касније. Године 2006. Уређивачка комисија је објавила први Нацрт новог Грађанског законика с образложењем, у стручној јавности познат као „Нацрт намењен расправи” (*Vitatervezet*) [Vékás 2008: 53]. О овом Нацрту су током 2007. године во-

¹⁷ На мањкавости оваквог решења је указивала и правна наука која се залагала за враћање евиденције права на непокретности у судску надлежност, тј. поновно установљавање земљишних књига [Szalma 2005: 36.; Szalma 2007: 503].

¹⁸ Као што професор Векаш каже „... трговински уговори немају својства, која би – уз постојање модернизованих општих правила уговорног права подобних да удоволе захтевима професионалног робног промета – наметала потребу постојања специјалних правних норми. У протеклих сто година, наиме, стандарди општих правила приватног права су постали строжи и приближавају се стандардима трговинског права, тј. и само опште уговорно право је примило одлике трговинског. Друштвену основу за овај развој представља повећање нивоа школованости грађана и њихове способности сналажења у промету имовинских добара, као и пораст нивоа знања из пословних односа којим данас располажу”. [Konferenció és Tematika 2003: 8].

¹⁹ Нарочито је вредно пажње образложење професора Векаша против формирања једног уводног, општег дела у будућем грађанском законнику налик на Општи део Немачког грађанског законика: „Нови кодекс неће имати општи део. Не садрже општи део ни мађарски нацрти и предлози Законика са почетка XX века који су рађени под претежним утицајем Немачког грађанског законика, као ни Предлог (Mtj) из 1928. године. Тадашња правна наука је дошла до закључка да спектакуларно решење Немачког грађанског законика непотребно компликује структуру Законика, у претераној мери повећава значај правних послова, удаљавајући се од практичних разлога, уједно отежавајући примену права. Из истих разлога се одрекао општег дела и важећи Грађански законик (*мађарски, из 1959. године – примедба А. Д.*)” [Konferenció és Tematika 2003: 10].

ђене бројне јавне расправе како на стручним форумима (Удружење правника Мађарске, Мађарска адвокатска комора, Мађарска комора јавних бележника), тако и на водећим правним факултетима у земљи [Vékás 2008: 53–54]. У писаној форми су мишљење о Нацрту изразили и Врховни суд, Врховно тужилаштво, министарства и други државни органи [Vékás 2008: 54].

На свеопште изненађење, 30. августа 2007. године Министарство правде Мађарске је обавестило председника Главне комисије да ће оно наставити рад на припремању коначног нацрта Грађанског законика, при чему ће за основу даљих радова на рекодификацији грађанског права узети Нацрт објављен 2006. године [Vékás 2008: 54]. Оваква нагла промена у ставу Владе може се сматрати некоректном, али и нерационалном. Она је некоректна, јер је израз непоштовања чланова Главне и Уређивачке комисије који су малтене десетак година радили на овом задатку међу којима су били најистакнутији цивилисти у Мађарској. Нерационална је, јер Уређивачкој комисији није било омогућено да бројне садржинске примедбе које је стручна јавност доставила на текст првог Нацрта из 2006. године размотри и да, евентуално, где би примедбе биле основане, измени или допуни нормативни текст Нацрта.²⁰

После овог чина рад на доношењу новог грађанског законика Мађарске у свом садржинском смислу се наставља на два колосека, на једном незваничном, академском и на другом, званичном.

С једне стране, више невезани инструкцијама и правно-политичким захтевима Владе, чланови Главне и Уређивачке комисије су наставили рад на усавршавању нормативног текста Нацрта из 2006. године. При томе су узели у обзир бројне примедбе које је стручна јавност имала на први Нацрт, док су у неким деловима одступили чак и од садржине Концепције и Тематике [Vékás 2008: 54]. Резултат свог десетогодишњег рада, потпун нормативни текст Грађанског законика са образложењем сваког члана Законика, на скоро 1.300 страна, у марту 2008. године објавили су у посебном издању под насловом *Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez* (Стручни предлог уз нацрт новог Грађанског законика), у уредништву професора Векаша, председника Главне и Уређивачке комисије.

²⁰ Одлука да се даљи рад на кодификацији повери стручној екипи Министарства правде је узбуркала не само академску већ и стручну јавност. У овом погледу је индикативан став Врховног суда Мађарске. Своје примедбе на Нацрт Врховни суд је изнео у документу под насловом *A Legfelsőbb Bíróság észrevételei az új Polgári Törvénykönyv tervezetére* (Примедбе Врховног суда на нацрт новог Грађанског законика) на 89 страна. Међутим, пре него што се Суд упустио у аналитички приказ недостатака појединих нормативних решења, на самом почетку текста истиче следеће: „Врховни суд са жаљењем прима к знању да је дугогодишњи поступак припремања новог Грађанског законика – нама из недовољно познатих разлога – узео неповољан заокрет. Наиме, Нацрту који је претходно Уређивачка комисија припремила и дала на јавну стручно-друштвену расправу упућене су бројне и озбиљне примедбе. На основу тих примедба Нацрт нису прерадиле комисије за кодификацију (Главна и Уређивачка комисија) већ запослени у Министарству правде. Министарство је – по основу једног ближе неодређеног става Владе – у потпуности преузело даље радове на припремању кодекса.” Текст доступан на интернет страници Врховног суда: <http://www.lb.hu/> (приступ – 19. фебруара 2010. године).

С друге стране, рад на рекодификацији грађанског права званично се наставља, али из руку еминентних професора грађанског права прелази у надлежност стручног тима Министарства правде, при чему је за основ узет први Нацрт из 2006. године. Припремање Нацрта Законака је поверено помоћнику министра при Министарству правде Габору Гадоу (Gadó Gábor). Министарство је прву верзију свог Нацрта објавило на свом интернет порталу 29. октобра 2007. године, а другу 25. марта 2008. године. Други Нацрт Министарства (трећи нацрт у односу на први из 2006. године који је објавила још Уређивачка комисија под руководством професора Векаша) поднет је Влади на усвајање. Нацрт је Влада усвојила 28. маја 2008. године и 5. јуна исте године поднела га Народној скупштини у форми законског предлога.²¹

Предлог Законака је у скупштинској процедури био нешто дуже од годину дана, при чему је начелни претрес о Предлогу трајао од 16. септембра до 9. децембра 2008. године, а претрес у појединостима од 3. до 10. марта 2009. Претрес Предлога у начелу и претрес у појединостима трајао је нешто мање од 14 сати (!).²²

Министарство правде је 30. априла поднело коначан Предлог Законака, делимично уважавајући примедбе посланика изнетих у току скупштинске расправе. Према плановима Владе, Народна скупштина је требало да гласа о коначном Предлогу Законака још у априлу, али је 24. априла Министарство правде изјавило да ће се гласање о Предлогу одложити за јун, како би Уређивачка комисија са професором Векашем на челу могла још једном да га прегледа.²³

Коначни Предлог новог Грађанског законака Народна скупштина Републике Мађарске је усвојила 22. септембра 2009. године. За Предлог је гласао 191 посланик, 168 их је гласало против, док су 4 посланика била уздржана.²⁴ Према томе, Законик је усвојен изузетно скромном већином.

ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК ИЗ 2009. ГОДИНЕ

Нови Грађански законик се састоји из седам књига (Уводни део, Лица, Породично право, Стварно право, Облигационо право, Наследно право и Завршне одредбе) и има укупно 1.218 параграфа. Нумерација параграфа представља новину у односу на Законик из 1959. године, по узору на Начела европског уговорног права и нови Холандски грађански законик. Свака књига има сопствену нумерацију параграфа. Бројеви су синтетички – означавају прво припадност дотичног параграфа одређеној књизи Законака, затим редни број параграфа у оквиру односне књиге.

²¹ Законски предлог Владе бр. Т/5949.

²² Званични подаци за интернет странице Народне скупштине: http://www.parlament.hu/internet/plsql/ogy_irom.irom_adat?p_ckl=38&p_izon=5949 (приступ – 19. фебруара 2010. године).

²³ Интернет страница Министарства правде: <http://irm.gov.hu/?katicid=1&id=103&cikkid=5070> (приступ – 19. фебруара 2010. године).

²⁴ http://www.parlament.hu/internet/plsql/ogy_irom.irom_adat?p_ckl=38&p_izon=5949. (приступ – 19. фебруара 2010. године).

Тако, на пример, одредбе о ништавости уговора се налазе у параграфу бр. 5:69.§, што значи да је у питању 69. параграф по реду у петој књизи, у делу који се односи на облигационо право.

Законик следи структуру замишљену у Концепцији 2003. године. Тако су књиге законика формиране следећи систематику Законика из 1959. године, с тим да је у оквиру посебне целине (Трећа књига) уређена и материја породичног права.

У Другој књизи (Лица), у одељку који се односи на правна лица, Законик не уређује статусна питања удружења и привредних друштава упркос томе што је током припремних радова на кодификацији било наговештаја да се и ова материја интегрише у кодекс.²⁵ У Трећу књигу икорпорисана је област породичног права. За инкорпорацију породичног права у корпус новог законика једнодушно се залагала и стручна и научна јавност. У погледу евиденције права на непокретности, упркос јасно израженим ставовима у научној јавности да се ова област врати у судску надлежност и да се напусти концепт јединствене евиденције [Szalma 2008-I: 10], Законик уређује само основна начела евиденције права на непокретности (§4: 192) док је детаљније уређење ове области препуштено посебном закону (§4: 193)²⁶. Овим тренутно важећи систем јединствене евиденције непокретности у надлежности органа управе остаје и даље у примени.

Законик је Народна скупштина усвојила у септембру 2009. године, међутим тиме он још није добио обавезујуће дејство. У маниру грађанске, правне државе републиканског уређења, у духу начела поделе власти, законе и у Мађарској проглашава председник Републике.²⁷ Док не добије потврду од стране шефа државе, законски акт се не објављује, не стиче својство обавезујућег општег правног акта, прописа. Председник Републике је позивом на своја уставна овлашћења²⁸ одбио да потврди и прогласи текст новог Грађанског законика. У допису²⁹ упућеном председ-

²⁵ У начелу се за овакав приступ определили и професор Векаш 2003. године у Концепцији. Стручно мишљење објављено 2008. године у II књизи садржи детаљна правила о удружењима и привредним друштвима. Међутим, Нацрт из 2006. године, чији су редактори иста лица као и уредници Концепције и Стручног мишљења не уређује ова питања.

²⁶ То је већ споменути Закон о евиденцији непокретности из 1997. године.

²⁷ Према Уставу Републике Мађарске проглашење закона спада у надлежност председника Републике. Он је дужан да у року од 15 дана од дана пријема законског текста прогласи закон. Рок за проглашавање закона износи свега 5 дана, ако је председник Народне скупштине захтевао поступање по хитности. Сагласност на законски текст председник Републике изражава стављањем свог потписа на крају законског текста. Након што је председник Републике прогласио закон, приступа се његовом објављивању у Службеном гласнику. §26 ст. 1. Закона бр. XX из 1949. године о Уставу Републике Мађарске (1949. évi XX. törvény a Magyar Köztársaság Alkotmányáról).

²⁸ Устав даје право председнику Републике да, ако се не слаже са предложеним законом, исти са својим примедбама врати Народној скупштини на поновно разматрање. §26 ст. 1. Устава.

²⁹ Допис председника Републике бр. II-1/03882-2/2009. од 13. октобра 2009. године упућен Председнику Народне скупштине. Текст дописа је доступан на интернет страници Кабинета председника Републике: http://www.keh.hu/dokumentumok_torvenyek_visszakuldese.html (приступ – 19. фебруара 2010. године).

нику Народне скупштине, у којем га формално обавештава да је одбио проглашење Законика, председник Републике навео је бројне разлоге против усвајања Грађанског законика у предложеном тексту.³⁰

Председник Републике је, најпре, нагласио да је Грађански законик „законски акт без премца”, да „не постоји још један законски акт који би се толико учестало примењивао и односио на најважније животне односе као Грађански законик”. Стога је од изузетне важности да „Грађански законик буде добро промишљен у сваком свом детаљу, да буде законски акт који одолева изазовима времена и који представља затворен систем норми” (Допис: 1). Овом захтеву предложени текст Грађанског законика, према мишљењу Председника Републике, не удовољава (Допис: 2). У својој аргументацији као најзначајнији разлог против усвајања Законика истиче „противречна правила која указују на несистемски приступ стварању права” (Допис: 4).

Законик обилује бројним нетачно и нејасно формулисаним, као и неконзистентним одредбама. Тако, председник Републике види редакцијску грешку у распореду одредаба о пословној способности. Општа правила о пословној способности се налазе у првом одељку првог дела друге књиге, у првом пододељку. Трећи пододељак истог одељка садржи правила о ништавости уговора који закључи пунолетно лице које не располаже способношћу за расуђивање, док би право место овог правила било у првом пододељку, међу општим правилима о пословној способности (Допис: 4). Сличну неконзистентност показује и трећи одељак, другог дела пете књиге који носи непотпун наслов „неважност”, подразумевајући случајеве неважности уговора. У првом и другом пододељку овог одељка Законик стварно регулише различите случајеве неважности уговора, међутим, у трећем и четвртном пододељку уређена су питања о дејству уговора (уговор са случајним елементима – закључен под условом, роком или налогом) и судски неизвршивим (неутуживим) обавезама (природне облигације). Наступање дејства уговора и природне облигације су појмови који се јасно разликују од случајева неважности уговора (ништавости и рушљивости), те им није место у овом одељку (Допис: 5). Даље, крупну редакцијску грешку председник Републике види и у формулацији става 3 §5: 36 који предвиђа да „уговорна обавеза може бити изричита или прећутна”. Уговорна обавеза постоји или не постоји, она је настала или није настала, те не може бити изричита или прећутна. Одредба се односи на начин настанка уговорне обавезе који, разуме се, може бити изричит или прећутан. Ова недоследност у формулацији одредбе може представљати проблем у њеном тумачењу, посебно ако се

³⁰ У овом контексту је битно напоменути да је др Ласло Шољом (Sólyom László), актуелни председник Републике Мађарске по својој вокацији научни радник, професор правних наука. Штавише, у питању је један од најзначајнијих професора грађанског права у Мађарској, који је докторат стекао на Универзитету у Јени, ради на више правних факултета у Мађарској, почасни је доктор више универзитета у Европи, те доктор Мађарске академије наука. У три мандата је био председник Уставног суда Мађарске. О биографским подацима проф. др Ласла Шољома в. његову биографију на интернет страници Кабинета председника Републике <http://www.keh.hu/solyomlaszlo.html> (приступ – 19. фебруара 2010. године).

доведе у везу са ставом 1 §5: 1 који дефинише суштину облигационог односа у смислу да је „облигација обавеза да се испуни престација и право да се захтева њено испуњење”. Ако се ове две одредбе тумаче у логичкој вези, стварно се може појавити нејасноћа у тумачењу да ли уговорна обавеза може настати прећутно и, ако је одговор потврдан, да ли је прећутно настала обавеза цивилна, утужива или представља само случај природне облигације (Допис: 5).

Поред нејасно или противуречно формулисаних одредаба и редакцијских грешака, постоје и бројне одредбе Законика са чијом се самом садржином председник Републике не слаже. У питању су случајеви које превазилазе појам омашки у номотехници и тичу се погрешног или неадекватног опредељења законодавца у погледу садржине одређених правних института у Законнику.

Тако, председник Републике има примедбу на садржину једног од правила у вези са начелом забране злоупотребе права, прописаног међу уводним одредбама Законика, у §1: 6. Наиме, став 2. овог параграфа прописује да ако се „злоупотреба права састоји из одбијања да се да одређена изјава коју је по закону давалац изјаве дужан да да, суд може донети одлуку чија садржина замењује недостајаћу изјаву, ако се повреда права на други начин не може отклонити, под условом да недавање изјаве вређа значајан јавни интерес или приватни интерес од нарочитог значаја”. Став 3. ипак ограничава могућност судске интервенције у смислу да „суд није овлашћен да својом одлуком надомести недостајаћу изјаву у ствари која се тиче породичних односа”. Исправан је став законодавца, сматра председник, да суд не би требало да има овлашћење да својом одлуком надомести страначку изјаву, јер то свакако представља акт судског уплива у сферу страначке аутономије. Међутим ову могућност не би требало искључити управо у тој сфери у којој би таква интервенција била највише потребна, а то су породични односи, у којима јавни интерес највише долази до изражаја. Према томе, став 3. у претераној мери ограничава ово овлашћење суда, а и израз „породични односи” је непрецизан. Било би исправније користити израз „породично-правни односи”, којим термином се иначе Законик и служи на другим местима (Допис: 6).

Не улазећи у детаљнију анализу сваке опаске председника, наводим да су се оне тичале правне природе задужбине, судбине имовине задужбине након њеног престанка, способности задужбине за наслеђивање (Допис: 7), установљавања једног општег личног права у смислу „матичног” права у односу на сва остала лична права која су изведена из општег личног права (Допис: 8), адекватности номенклатуре изведених личних права (право на част и углед није посебно наведено у номенклатури личних права) (Допис: 8–9), сметњи за настанак ванбрачне заједнице (Допис: 9–10),³¹ одређених врста и степена сродства који се сматрају брачним сметњама (Допис: 10–11), утицаја државине на стицање права својине на непокретно-

³¹ Брак и ванбрачна заједница представљају суштински исте животне заједнице, те би и услови за њихово заснивање требало да буду исти. Законик, међутим, предвиђа различите услове за заснивање ванбрачне и брачне заједнице.

сти у случају вишеструког отуђења исте (Допис: 11), правне судбине појединих ствари у случају претварања заједничке или сусвојине у етажну својину (Допис: 11–12), ограничавања предмета капаре на новац, законског одређивања тренутка када је капара дата и правне природе капаре, односно њеног разликовања од сродних института, пре свега предујма (Допис: 12–13), да ли вансудска опомена повериоца упућена дужнику треба да има дејство прекида застарелости као што то предвиђа Законик (Допис: 13), права плодоуживања надживелог супружника на непокретност у којој је оставилац живео и на покретним стварима које су се у моменту смрти налазиле у тој непокретности (Допис: 13–14) итд.

Поводом дописа председника Републике у којем је изнео бројне разлоге против усвајања новог Грађанског законика отворена је расправа у Народној скупштини. Она је Законик поново усвојила 9. новембра 2009. године, при чему је уважила само понеку опаску председника Републике. Будући да је председник Републике једном већ одбио да прогласи Законик, те тако исцрпео своје право суспензивног вета, овом приликом више није могао да одбије његово проглашење (§26 ст. 3. Устава), те је он уредно проглашен и објављен у Службеном гласнику.³²

У Законнику, међутим, није регулисано питање његовог ступања на снагу и почетка примене. Ово питање је мађарски законодавац уредио у посебном акту, у Закону о ступању на снагу и спровођењу Закона о Грађанском законнику³³ који предвиђа тзв. „степенасто ступање на снагу”. Према спроведбеном закону, наиме, Прва књига (Уводни део) и Друга књига (Лица), уз мање изузетке, требало би да ступе на снагу 1. маја 2010. године, док би преосталих пет књига (Породично, Стварно, Облигационо и Наследно право, као и Завршне одредбе) ступиле на снагу 1. јануара 2011. године (§1.).

Наведени спроведбени закон је председнику Републике достављен 17. децембра 2009. године ради проглашења, са захтевом за хитно поступање. Председник Републике је и овом приликом био доследан у свом ставу, те је одбио да потпише и прогласи спроведбени Закон и исти врати Народној скупштини на поновно разматрање.³⁴

У допису упућеном председнику Народне скупштине 22. децембра 2009. године, председник Републике је изнео став да се принципијелно не слаже са усвајањем спроведбеног закона, будући да он служи спровођењу једног „непромишљеног и противуречног Грађанског законика”. У

³² Закон бр. СХХ из 2009. године о Грађанском законнику (2009. évi CXX. törvény a Polgári Törvénykönyvről), усвојен на седници Народне скупштине 22. септембра 2009. године, објављен 20. новембра 2009. године у Службеном гласнику Републике Мађарске (*A Magyar Köztársaság Hivatalos Közlönye*), бр. 165/2009.

³³ Закон о ступању на снагу и спровођењу Закона бр. СХХ из 2009. године о Грађанском законнику (*A Polgári Törvénykönyvről szóló 2009. évi CXX. törvény hatálybalépéséről és végrehajtásáról szóló törvény*) усвојен на седници Народне скупштине 14. децембра 2009. године.

³⁴ Допис Председника Републике бр. П-1/04986-1/2009. од 22. децембра 2009. године упућен Председнику Народне скупштине. Текст дописа је доступан на интернет страници Кабинета Председника Републике: http://www.keh.hu/dokumentumok_torvenyek_visszakuldese.html (приступ – 19. фебруара 2010. године).

овом погледу замера законодавцу да у току законодавног поступка није прихватио бројне примедбе које је стручна јавност, пре свега судови, имала на текст Предлога грађанског законика. Затим, сукцесивно ступање на снагу делова Законика сматра изузетно лошим решењем, јер би то створило стање у којем би се паралелно примењивали одговарајући делови старог Законика из 1959. и новог из 2009. године. То би значило, на пример, да би се даље примењивале одредбе Четвртог дела Законика из 1959. године, који обухвата материју облигационог права, али би се ове одредбе тумачиле у светлу Прве и Друге књиге новог Законика из 2009. Године (Допис: 2). Могући проблеми у примени и тумачењу права су саввим евидентни, имајући у виду да би требало примењивати, на пример, основна начела и одредбе о пословној способности из новог Законика у вези са читавим корпусом норми облигационог права из старог законика.

Из овог разлога се председник Републике заложио да се одбаци концепт сукцесивног ступања на снагу Законика и да одредбе новог Грађанског законика јединствено ступе на снагу *најраније* 1. јануара 2011. године (Допис: 2 – ауторов курзив).

Народна скупштина је 15. фебруара 2010. године поново одлучивала о Предлогу Закона о ступању на снагу и спровођењу Грађанског законика и усвојила га уз незнатну парламентарну већину. За усвајање спроведеног закона изјаснило се 180 посланика, 160 је било против, док су три посланика била уздржана.³⁵ Према томе, нови Грађански законик ће постепено ступати на снагу: Прва и Друга књига 1. маја 2010. године, а преосталих пет књига 1. јануара 2011. године.

НОВИ МАЂАРСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК – КУДА ДАЉЕ?

Став председника Републике да би усвајање новог Грађанског законика у форми предложеној од стране Министарства правде представља ло грешку није усамљен. Поред бројних редакцијских и садржинских недостатака на које је у својим дописима Народној скупштини указао председник Републике, најзначајнија примедба се тиче поступка припремања Нацрта. Грађански законик сваке земље представља одраз достигнутог степена правне културе и система друштвених вредности једног друштва. Стога, законици треба да се припремају промишљено, уз постизање што већег друштвеног консензуса у вези са текстом који ће се поднети скупштини на усвајање. Садржина и коначан текст једног грађанског законика треба да се утврди знатно пре подношења предлога закона скупштини на усвајање, у форми која представља израз консензуса. Управо ова чињеница да текст законика не представља друштвени консензус је његова највећа слабост. Члановима кодификаторских комисија (Главне и Уређивачке комисије) несумњиво је било јасно да је постизање друштвеног консензуса у погледу садржине кодекса дуготрајан

³⁵ Интернет страница Народне скупштине <http://www.parlament.hu/cgi-bin/insurl?fotitkar/tvalk/megfontol.htm> (приступ – 19. фебруара 2010. године).

и мукотрпан процес. Стога су настојали да у кодификаторску комисију укључе најеминентније стручњаке из појединих области грађанског права, која се састајала често и водила темељне расправе о сваком поглављу кодекса. Када су чланови Комисије постигли сагласност о начелним питањима, она је 2003. године објавила Концепцију и Тематику будућег законика како би стручна јавност могла да се упозна са дотадашњим њеним радом, као и да исказе свој став, евентуално и примедбе на поједина решења будућег законика. На сличан начин је поступила и 2006. године када је објавила први потпуни нормативни нацрт кодекса. Може се рећи да је до 2007. године постојао друштвени консензус о потреби да се донесе нови законик, начелима на којима би се нови законик заснивао и његовом оквирном садржају. Наравно, различитих ставова у погледу појединих института је било (штавише чак је и пожељно да их буде, јер сучељавање различитих ставова доприноси изналажењу најподобнијих нормативних решења која највише одговарају потребама датог друштва), али је начелни друштвени консензус ипак постојао.

Основна и најзначајнија замерка која се може упутити Влади је одлука из 2007. године да се задатак припремања нацрта новог законика повери новој комисији, образованој од стране Министарства правде, укинувши мандат Главне и Уређивачке комисије, јер је тиме поступак рекодификације грађанског права у Мађарској знатно изгубио на кредибилитету. О разлозима због којих је Министарство повукло мандат Кодификаторске комисије подуже би се могло спекулисати. У сваком случају, бар површни одговор на ово питање даје јавно писмо Габора Гадоа, председника нове комисије за израду Грађанског законика, упућено професору Векашу, објављено у часопису *Magyar Jog* крајем 2008. године. Као главне разлоге размимоилажења у ставовима између њега и професора Векаша истиче несагласност у процедуралним и садржинским питањима. Сматра да се Владина одлука о именовану стручне комисије за припрему нацрта односила само на припремање једног нацрта, те је објављивањем првог нацрта 2006. године мандат Комисије престао да постоји. Такође, сматра да током свог мандата професор Векаш није у довољној мери уважавао ставове одређених стручних и струковних удружења (!). Гадо, затим, признаје да основна концепцијска разлика између њих двојице у погледу начелне садржине Законика током рада на нацрту није никад изглађена. Док се професор Векаш залагао за што израженији кодексни карактер новог Законика, то Гадоу није било од нарочитог значаја и сматра да „нема стварну тежину питање (...) да ли ће у Законик у потпуности бити инкорпорисан Закон о привредним друштвима и одговарајући део закона којим се уређује евиденција непокретности”, што сматра питањем о којем треба одлучити имајући у виду „практичне разлоге” [Gadó 2008: 795]. Насупрот томе, он сматра да су одредбе новог Законика о одређеним партикуларним питањима, као што су права лица са посебним потребама, од револуционарног значаја у односу на одредбе старог законика. Тако, између осталог, истиче да „изнијансираније и емпатичније уређивање правног статуса и заштите права лица са инвалидитетом

представља мериторну новину, корак у правцу модернизације права које ће утицати на свест свију нас” [Gadó 2008: 795–796].

Не улазећи о анализу, још мање у оцену става помоћника министра при Министарству правде, чињеница је да је 2007. године нестао начелни друштвени консензус који је до тада постојао и изоштрени су сукоби интереса, сучељавања ставова који су до тада само латентно постојали и могли су се изгладити.

Поред бројних недостатака у појединостима, ово је можда најзначајнија примедба коју је председник Републике упутио на терет новог Грађанског законика који је упркос томе ипак усвојен у новембру 2009. године. Изгледа да су принципи политичке надмоћи и брзоплетости добили преимућство над захтевима стручности и одмерености. Владajuћа политичка група увек може да усвоји закон по свом укусу, не узимајући или само делимично узимајући у обзир став стручне и академске јавности, у чему је ни председник Републике не може трајно спречити. Мериторну контролу би могао да изврши само Уставни суд, али би она била накнадног карактера и тичала би се само уставности одредаба Законика, а не и целисходности појединих нормативних решења.

Усвајање новог Грађанског законика је постало реалност, она се не може порећи. Након ступања на снагу нови Законик ће се примењивати као било који други пропис. У сваком случају може се констатовати да су услови и начин на који је текст Законика био припреман не одговарају амбијенту у којем би један грађански законик, после устава свакако најзначајнији општи правни акт једне државе, требало да буде усвојен. О самој садржини Законика ће, пак, оцену дати стручна и академска јавност.

ЛИТЕРАТУРА

- Gadó, Gábor (2008), Módszerek és célok az új Ptk. megalkotása során (Методи и циљеви стварања новог Грађанског законика), *Magyar Jog*, бр. 11/2008, стр. 795–796.
- Horváth, Attila (2006). *A magyar magánjog történetének alapjai* (Основи историје мађарског приватног права), Budapest: Gondolat Kiadó.
- Kiss, György (2000), Az új Ptk. és a munkajogi szabályozás, különös tekintettel az egyéni munkaszerződésekre (Нови Грађански законик и радноправна регулатива, са посебним освртом на индивидуалне уговоре о раду), *Polgári jogi kodifikáció*, год. II, бр. 1, Budapest, стр. 3–16.
- Mezey, Barna (2003). *Magyar Jogtörténet* (Историја мађарског права), треће измењено издање, Budapest: Osiris.
- Николић, Душан (2008). *Увод у сисџем грађанског права*, девето издање, Нови Сад: Центар за издавачку делатност Правног факултета Универзитета у Новом Саду.
- Попов, Даница (2007). *Грађанско право (ошшии део)*, пето издање, Нови Сад: Центар за издавачку делатност Правног факултета Универзитета у Новом Саду.
- Szalma, József (2008), Az új magyar Ptk. tervezetéről (О нацрту новог Мађарског грађанског законика), *Magyar Jog*, Budapest, бр. 11/2008, стр. 797-808. (у тексту наведен као Szalma 2008-II).
- Szalma, József (2008). Az Új Polgári Törvénykönyv az inkorporációs szabályozás szempon-tjából (Нови Грађански законик из аспекта метода инкорпорације), *Magyar Jog*, Budapest, бр. 1/2008, стр. 10–14. (у тексту наведен као Szalma 2008-I)

- Szalma, József (2005). *Ingatlan-nyilvántartás – telekkönyvi jog és eljárás* (Евиденција непокретности – земљишнокњижно право и поступак), Budapest: ELTE Állam- és Jogtudományi Kar, Bibliotheca Iuridica, Miscellanea 14.
- Szalma, József (2002). *Ingatlan-nyilvántartási jog –Közigazgatási vagy bírói eljárás* (Евиденција непокретности – управни или судски поступак?), *Jogtudományi Közlöny*, Budapest, бр. 12/2002. стр. 499–506.
- Szalma, József (2001). *Közösségi, közös és eltérő elemek a polgári jogi kodifikációban* (Комунитарни, заједнички и различити елементи у кодификацији грађанског права), *Jogtudományi Közlöny*, Budapest, бр. 2/2001, стр. 57–69. (у тексту наведен као Szalma 2001-I).
- Szalma, József (2001) *Rekodifikation des ungarischen Bürgerliches Gesetzbuches aus dem Jahre 1959 (beginnend im Jahre 1998)*, *Annales Universitatis Scientiarum Budapestensis de Rolando Eötvös nominatae*, Sectio Juridica, Tomus XLI-XLII., Budapest, стр. 55–80. (у тексту наведен као Szalma 2001-II)
- Станковић, Обрен, Водинелић, Владимир (1996). *Увод у грађанско право*, Београд: Номос.
- Vékás, Lajos (2008). *Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez* (Стручни предлог уз нацрт новог Грађанског законика), Budapest: Complex – Wolters Kluwer.
- Водинелић, Владимир (1991). *Грађанско право – Уводне теме*, Београд: Номос.

Attila Dudás

ON THE PROMULGATION OF THE NEW HUNGARIAN CIVIL CODE

Summary

Apart from previous partial codifications and system-laws, the first civil code in Hungary was promulgated in 1959. After the beginning of transition in 1989, despite the great number of amendments to the existing Civil code, to issue of recodification of civil law in Hungary became inevitable. This process began in 1998 when the Government appointed a committee with most renowned Hungarian legal scholars as members, which had the task to prepare a draft version of a new civil code. The committee has worked devotedly on the text of the draft for nearly a decade. In 2003 it published the so-called Concept and Syllabus of the new civil code in order to enable the public to get knowledge of the planned subject matter of the draft and, what is even more important, enable it to contribute to the quality of the draft by expressing critical remarks and suggestions. The committee, having taken into account the opinion of the public, continued its work on the draft and published the first full text of the draft in 2006. 2007 marked a turning point in the codification procedure when, to general astonishment, the Ministry of Justice took over the task of drafting a civil code, by which the drafting committee's mandate on the preparation of the new civil code ceased to exist, before it even could have had a chance to process the remarks the public had had on the 2006 draft. The Ministry published its first version of the draft in 2007, and a second one in 2008. In the same year, the committee, whose mandate has ceased to exist in 2007, published its, by then unofficial, version of the draft in order to make the achievements of its nearly decade-long work available to public in authentic form. The Ministry's second draft was adopted in 2008 by the Government and submitted to the Parliament as a bill to be enacted. The Parliament, after it had been in legislative procedure for a year or so, finally adopted the new Civil code of Hungary, though with a very slim majority.

However, the President, using his constitutional powers, denied promulgating it, just as the subsequently enacted Law on the Implementation and Entering into Force of the new Civil Code. The President, who is, by the way, one of the most prominent civil law scholars in Hungary, expressed his deepest doubts in respect of the enactment of the new Civil code, both in terms of its substantial flaws and the manner in which the legislative draft and bill have been prepared. Using his right to suspensive veto he could not bring to naught the new Civil code, but he succeeded in postponing its promulgation and entry into force.

The aim of this paper is to block in the tempestuous, decade-long work on the text of the new Civil code and its content in short, with special regard to the reasons for which the President denied to promulgate it.

KEY WORDS: codification of civil law, Hungarian Civil Code

Душан Николић*

ДВА ВЕКА АУСТРИЈСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА (1811–2011)**

САЖЕТАК: Аустријски грађански законик (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB, АГЗ*) је пуна два века успешно одолевао изазовима времена. На његову дуготрајност су утицали бројни чиниоци. Пре свега, доношењу АГЗ-а претходило је дуготрајан и добро осмишљен законодавни рад, који је детаљније описан у овом чланку. Законик је писан поступно, уз мноштво преиспитивања, провера и јавних расправа. У стручној литератури се често говори о својеврсном законодавном експерименту који су аустријске власти извршиле пробном применом Законика на једном делу државне територије. Законик је писан за феудално друштво, али уз позивање на начела природног права. Ово друго је, заједно са широко формулисаним и флексибилним правним нормама, остављало довољно простора за екстензивно тумачење застарелих правила и за попуњавање законских празнина којих је временом бивало све више. Судови су често креативно користили ту могућност и тако доприносили опстанку Законика. Законик је много пута мењан и допуњаван, али је ретко ко сматрао да га треба заменити новим. Аустријанци припремају детаљнију ревизију АГЗ-а, која ће, с једне стране, омогућити да се национално право модернизује и усклади са тенденцијама у савременом европском праву, а са друге стране, да се очува два века старо правно наслеђе.

Други део овог рада је посвећен утицају Аустријског грађанског законика на развој грађанског права у некадашњој Југославији и Србији. АГЗ је послужио као узор за доношење Српског грађанског законика из 1844. године. Примењиван је као важеће право у првој половини XX века на једном делу територије данашње Аутономне Покрајине Војводине. Формалноправно, правна правила Аустријског грађанског законика се могу и данас применити, у складу са Законом о неважности правних прописа

* Др Душан Николић, редовни професор Правног факултета у Новом Саду; придружени (дописни) члан Међународне академије за упоредно право у Паризу.

** Рад је заснован на истраживањима вршеним у оквиру пројекта *Теоријски и њактични њроблеми у сиварању и ѡримени ѡрава (ЕУ и Србија)*, који се финансира из изворних средстава Правног факултета у Новом Саду. Део рада је изложен у оквиру уводног излагања за земље Југоисточне Европе и националног реферата за Србију на тему *The Relevance of the Austrian Civil Code (ABGB 1811) for the Development of the Civil Law of the Former Yugoslavia and for Today's Serbia*, који је аутор поднео на међународном научном скупу одржаном на Универзитету у Салцбургу, 29. јуна 2011. године, поводом 200. годишњице Аустријског грађанског законика.

донетих пре 6. априла 1941. и за време непријатељске окупације. Међутим, та могућност је више теоријска и сведена је само на уско поље у оквиру стварног права, јер Србија у другим областима има једнако квалитетну, а у домену облигационог права чак и савременију правну регулативу, о чему су писали и поједини аустријски аутори.

КЉУЧНЕ РЕЧИ: кодификација, грађанско право, Аустријски грађански законик, Српски грађански законик.

1. МОТИВИ ЗАКОНОДАВЦА

Прилике у којима је настајало савремено аустријско грађанско право биле су сличне онима које су у протекла три века владале у већини земаља Средње и Западне Европе. До доношења *Oйшпйег зграђанског законика* 1811. године, на територији Хабзбуршког царства је постојало мноштво различитих извора. Свака од земаља у његовом саставу (*land*) имала је своје обичаје и прописе. Правни партикуларизам је отежавао кретање људи, робе, услуга и капитала. Зато су често чињени покушаји да се он отклони или барем умањи до прихватљивог нивоа. По мишљењу неких писаца [Rušnov–Posilović: 1], тај процес је започет још у XII веку, када су први правници са простора данашње Аустрије, школовани на Универзитету у Болоњи, пренели сазнања о римском правном наслеђу садржаном у Јустинијановој кодификацији (*Corpus iuris civilis*). Учено правништво тога доба је сматрало да регуле римског права могу и да треба да буду нешто што би се могло назвати заједничим европским правом (*ius commune Europaeum*). Рецепција римског правног наслеђа се одвијала споро и поступно, са више или мање успеха. У појединим периодима је чак изричито забрањивана његова примена у поступцима пред судом. Тако је нпр. одредбама *Kammergerichtsordnung*-а из 1495. године било прописано да се има судити само у складу са домаћим обичајима и прописима. Међутим, римско правно наслеђе је и након тога, на различите начине, продирало у правне системе појединих народа. Са друге стране, оно никада није у потпуности заменило партикуларне изворе. На смањење правног партикуларизма у Хабзбуршком царству утицала су и верска правила, али је њихов домашај био ограничен, јер су у држави постојале различите верске заједнице. Делимичном уједначавању правне регулативе доприносило је и то што су се као супсидијерна (у случају празнина) примењивала правила општег немачког права садржана у *Саксонском огледалу* (*Sachsenspiegel*) и *Швајцком огледалу* (*Schwabenspiegel*), као и правила тзв. *Царског права* (*Kaiserrecht*). Посебан значај имала је збирка обичаја (*Consuetudinaria*) која је од XVI века вођена за Аустрију. Међутим, и поред свих директних и индиректних настојања да се право уједначи, правни партикуларизам је остао доминантно обележје правне регулативе све до појаве просвећеног апсолутизма. Тек је јачање функција централне власти дало довољно снажан подстицај за чвршћу политичку, економску и правну интеграцију простора. Од тада је један од приоритета државне политике био да се отклони правни партикуларизам и да се створе јединствена правила за све који живе на територији Царства.

2. ДУГОТРАЈНИ ЗАКОНОДАВНИ РАД

Обликовање јединствене, централизоване правне инфраструктуре започето је средином XVIII века када су по налогу царице Марије Терезије формиране правосудне области, заједнички врховни суд и заједничко министарство правде. Царица је 1753. године наредила да се за све наследне земље изради и јединствени законик (*Codex Theresianus*) којим би, на системски начин, била уређена питања из домена данашњег грађанског материјалног права, грађанског процесног права, кривичног материјалног права и кривичног процесног права. Међутим, на састанку који је одржан у Брну, одлучено је да се закоником обухвати само материја приватног права. Царица је обавезала законописце да се држе важећих обичаја и да колико је могуће ускладе различита правила која су важила у појединим деловима државе. У случају празнине, односно недостатка адекватног правила из тих извора, требало је уредити релевантне приватноправне односе у складу са начелима природног права. Примарни задатак радне групе је био да сачини основу (нацрт) кодекса. Тај посао је у њено име обавио професор Јозеф Ациони (Jozef Azzoni) из Прага. Основа је у начелу била прихваћена од највиших власти у Бечу, али је речено да на изради коначне верзије треба да ради више чланова радне групе и да законик не треба да буде дело једне личности. Испоставило се да је таква одлука била погрешна. Чланови радне групе су имали различите приступе и различити стил писања. Усаглашавање понуђених нормативних решења је трајало сувише дуго. Да би убрзала законодавни рад, централна власт је поново поверила израду Основе професору Ационију. Он је предложио да Законик буде писан по Гајевом (институционалном, трипартитном) моделу и да све норме буду подељене на оне које се односе на лица (*ius quod ad personas pertinet*), на ствари (*res*) и на облигације (*obligationes*). Међутим, професор Ациони је убрзо умро. Његову улогу преузео је дворски саветник Ценкер (Zenker), који је сачинио обиман нацрт у осам фолио свезака. Царица и министар Кауниц (Kaunitz) су одбацили понуђени текст и наредили да се из њега избаци све оно што подсећа на научне радове и уџбенике, и да нормативна решења буду кратка, јасна и тако формулисана да их народ разуме. Редиговање је поверено владином саветнику Хортену (Horten). Цар Јозеф II, који је ступио на престо након смрти царице Марије Терезије, наложио је да Хортенов рад прегледа и доради дворски саветник Кес (Kees). Након ревизије, сачињена је коначна верзија првог дела *о лицима*. Основа је 1786. године озакоњена под називом *Јозефински законик* (*Josephinischen Gesetzbuch*). Кодекс је ступио на снагу 1787. године најпре у наследним земљама, а потом и у Галицији (данашњој Украјини).

Наследник Јозефа II, цар Леополд II именовao је нову радну групу за израду Основе Општег грађанског законика, на челу са бароном Карлом Антоном фон Мартинијем (Karl Anton von Martini), познатим професором Природног права на Универзитету у Бечу. Радна група је sukcesивно завршавала посао у време владавине новог владара Франца II. Професор Мартини је 1794. предао први део, а 1796. преостала два дела.

Исте године, цар је наредио да се Основа објави у већем броју примерака и да се упути органима земаљских власти, магистратима локалних заједница, професорима правних факултета и др. на јавну расправу. Године 1797. на основу Мартинијевог пројекта, донет је *Грађански законик за Зајадну Галицију – Westgalizische Gesetzbuch* (за део данашње Украјине, који је тада био у саставу Пољске краљевине и Хабзбуршког царства). Неколико месеци касније, на основу одлуке царске власти, кодекс је постао обавезујућ и на простору Источне Галиције.

Године 1801. формирана је *Дворска комисија за законодавне њослове*, на челу са државним министром грофом Хајнрихом Ротенханом (Heinrich Graf Rottenhan). Њен задатак је био да размотри Мартинијеву Основу, заједно са примедбама које су у међувремену стигле из појединих делова Царства и да изврши најнеопходније измене. Известилац на првој седници, одржаној 1801. године, био је чувени професор Природног права на Универзитету у Бечу, Франц фон Цајлер (Franz von Zeiller). Ова фаза законодавног рада је била неочекивано дуга и окончана је тек 1806. године, презентовањем Основе која се значајно разликовала од Галицијског законика. Године 1807, на предлог известиоца Цајлера, а по одлуци председника Комисије, организовано је тзв. *друго чиишање*, ради коначне ревизије и побољшања првог дела. Посао је завршен наредне, 1808. године и Основа је достављена царској власти. Цар је наредио да се приступи и *ипрећем чиишању*, јер је желео да се тај пројекат доведе до савршенства. Завршна фаза законодавног процеса је започета 1809, а завршена 1810. године [Опширније: Rušnov–Posilović: 1–7].

Нови Законик је уведен у правни систем царским патентом од 1. јуна 1811. године, под називом *Општи грађански законик за немачке наследне земље Аустријског царства (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie – ABGB)*. Ступио је на снагу 1. јануара 1812. године [Hausmaninger 1998].

3. КАРАКТЕРИСТИКЕ ЗАКОНИКА

Аустријски грађански законик је писан по *институционом (иприпаритијном) сисџему*, али се његова систематика разликује од оне за коју се својевремено определио римски правник Гај (*Gaius*) у својим *Институцијама (Institutiones)*. Први део, *О личним љравима*, посвећен је материји статусног и породичног права. У другом делу, који носи наслов *О љраву на сџвари*, регулисана је материја стварног, наследног и облигационог права. Трећи део, *О заједничким одредбама за лична љрава и љрава на сџвари* обухвата питања која се односе на утврђивање, преиначење и престанак права и обавеза, као и на питања везана за застарелост и одржај.

Одредбе Аустријског грађанског законика су писане јасним стилем и под јаким утицајем школе природног права. Формулације су широке и остављају доста простора за креативно тумачење у судској пракси [Gams–Đurović 1985: 26]. То је био један од кључних разлога што је Законик остао у примени пуна два века.

4. ПРОСТОРНО И ВРЕМЕНСКО ВАЖЕЊЕ ЗАКОНИКА

Законик је 1812. године ступио на снагу у следећим аустријским наследним земљама: Чешка, Буковина, Галиција, Ладомирија (изузев три округа), Доња Корушка, Моравска, Хрватско-славонска и седмоградска војна крајина (Војна граница, *Militargranze*), Горња Аустрија, Доња Аустрија, Шлеска и Штајерска. Законик није важио на подручју Угарске, Хрватске, Славоније и Седмоградске.

Након Париског споразума и Бечког конгреса, примена АГЗ је проширена на поједине делове Хрватске и Далмације. Године 1852. он је постао обавезујућ и у Кракову (а примењиван је од наредне, 1853. године).

У време Баховог апсолутизма донета је одлука да на подручју Царства важи јединствено право. Тако је, почев од 1852. године, примена Аустријског грађанског законика проширена на подручје Угарске, Хрватске, Славоније, Српске Војводине и Тамишког Баната, а од 1853. и на подручје Ердеља (Трансилванија).

Након политичких промена, 1861. године, донета је одлука да се у Угарској врате на снагу ранији угарски прописи и да се уз њих, као обавезујући, примењују закључци са тзв. *iudex-curia*-лне конференције одржане исте године, који су царским патентом добили снагу закона.

У Хрватској, Славонији и бившој Крајини, настављено је са применом Законика, мада о томе није постојала званична одлука царске власти, нити се у том смислу изјаснио Хрватски Сабор.

У складу са начелом *правног континуитета*, одредбе Аустријског грађанског законика су на истом простору релативно дуго примењиване и након распада Аустроугарске монархије 1918. године.

5. ИЗМЕНЕ И ДОПУНЕ

Први озбиљнији разговори о ревизији Законика започети су 1880. године на састанку аустријских правника. На ту потребу указао је и професор Антон Менгер (Anton Menger) у ректорском говору 1895. године. Међутим, питање ревизије је побудило пажњу шире јавности тек почетком XX века, када је професор Јозеф Унгер (Josef Unger) 1904. године објавио своју критичку студију. Након тога, уследила је серија сличних текстова које су писали други професори права и правници практичари.

Поједини аутори су тада проценили да постоји потреба „за реформом у многим *доиста заосталој већ законика*, која реформа, што дуље трају припреме, то даље стиже, па није немогуће, да ће своједобно довести до издања *исове новој законика*” [подвукао Д. Н.] [Rušnov–Posilović: 9]. Међутим, Аустријски грађански законик је одолео изазовима времена. Током ратног периода, 1914, 1915. и 1916. усвојене су тзв. *рајне новеле* које је припремио већ помињани професор Јозеф Унгер. Оне су у значајној мери измениле физиономију Законика. У последњих сто година Кодекс је много пута мењан и допуњаван, о чему сведочи детаљан преглед измена и допуна, на крају овога рада. У аустријским правничким круго-

вима се говори о новој великој ревизији. Неподељено је мишљење угледних професора универзитета и судија највиших судова, са којима је аутор овог текста био у прилици да разговара, да Аустрија неће приступити изради новог грађанског законика. Стари кодекс, с почетка XIX века, у још већој мери ће бити прилагођен потребама савременог друштва. Традиција ће тако формално бити очувана, а Аустријанци ће добити савремену правну регулативу.

6. УТИЦАЈ НА РАЗВОЈ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У ДРУГИМ ЗЕМЉАМА

Аустријски грађански законик је, попут осталих великих европских кодификација, утицао на развој права у другим земљама. Међутим, његов је утицај био превасходно регионалног карактера. Он се углавном осећао у земљама Средње и Југоисточне Европе. Осим тога, утицај АГЗ-а није био свуда једнаког интензитета. Немачки кантони у Швајцарској (Берн 1826, Аргау 1828, Золотурн 1831. и Луцерн 1841) и Србија (1844), извршили су делимичну рецепцију, док су неке земље у Аустријском грађанском законнику налазиле само инспирацију за поједина нормативна решења (Немачка 1896, Швајцарска 1911, Турска, која је реципирала Швајцарски грађански законик, 1927. и др.). Најзад, треба рећи да је утицај Аустријског грађанског законика био много наглашенији у XIX него у XX веку. На то је утицало мноштво различитих околности. Пре свега, многа нормативна решења садржана у њему су временом постала анахронна. У међувремену су се појавили нови, савременији законици који су постали узор законописцима других земаља. Уз све то, не треба занемарити ни чињеницу да је након Првог светског рата Законик изгубио обавезност на већем делу територије која је припадала некадашњем Хабзбуршком царству. Међутим, његов утицај се још дуго осећао у земљама које су настале након распада Аустроугарске монархије, укључујући ту и Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца (Краљевина Југославија).

7. ПОСЕБНО О УТИЦАЈУ НА РАЗВОЈ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У СРБИЈИ И ЈУГОСЛАВИЈИ

7.1. Утицај на развој српског грађанског права у XIX веку

Аустријски грађански законик је, стицајем околности, пресудно утицао на садржину Српског грађанског законика и на правце развоја српског грађанског права у XIX веку. Као што је познато, кнез Милош Обреновић је, после више неуспелих законодавних пројеката, 1836. године, на предлог свог секретара Димитрија Давидовића, а уз посредовање аустријског конзула Антуна Михановића, позвао Василија Лазаревића, градоначелника Земуна и Јована Хаџића, сенатора новосадског Магистрата да пруже стручну помоћ српским властима при изради најзначајнијих закона. Од њих је најпре затражено да прегледају материјал који је припремила раније формирана Законоправителна комисија. Лазаревић и Ха-

цић су утврдили да предложени текст заправо представља превод Наполеоновог Кодекса и да би његово усвајање представљало велику грешку због тога што је Србија била на много нижем нивоу друштвеног развоја од Француске. Кнезу су предложили да се приступи изради потпуно новог, оригиналног законика, који би био заснован на обичајима и већ постојећим уредбама, уз пуно уважавање традиције и посебности српског народа [Janković 1958: 88]. Тај задатак је поверен Јовану Хаџићу. Писању нацрта претходиле су вишемесечне припреме. Јован Хаџић је од августа 1838. до јануара 1839. године прикупљао грађу о народном духу, обичајима, навикама и домаћим приликама о којима је добијао информације од кнежевих службеника. Након тога, ангажован је за рад на другим законским пројектима. Изради Грађанског законика у потпуности се посветио тек средином 1840. године. Тада је са српском владом закључио уговор о изради Нацрта, којим је било предвиђено да ће посао завршити у року од две године и да ће му за узврат бити исплаћена награда од две хиљаде дуката. Такође је договорено да ће аутор на том пројекту радити у Новом Саду и да ће наручиоцу подносити извештај свака три месеца. Јован Хаџић је кнезу Александру 1842. године, уместо нацрта оригиналног кодекса заснованог на традицији и духу српског народа, предао текст који је у основи представљао скраћену и донекле измењену верзију Аустријског грађанског законика из 1811. године.

Хаџић је спајао поједине одредбе, а неке је у потпуности изоставио. Захваљујући томе, успео је да 1.502 параграфа Аустријског грађанског законика сведе на 950. Међутим, опште је мишљење да је сажимање извршено уз много пропуста и да је због тога српски кодекс, за разлику од аустријског, био недовољно систематичан, непрегледан и често нејасан. Уз све то, треба рећи да Српски грађански законик није у свему следио изворник. Нека нормативна решења су била заснована на српском обичајном праву и значајно су се разликовала од оних која су садржана у АГЗ-у [Janković 1958: 89; Ćulinović 1959: 75].

Кодекс је усвојен 11. марта 1844. године, а ступио је на снагу четрнаест дана касније под називом *Законик грађанскиј за књажевство Србије*. Усвајање Хаџићевог пројекта је било од великог историјског значаја. Србија се сврстала у ред ретких земаља у свету које су у то време имале грађански законик.¹ Тиме су уједно одређени и основни правци развоја

¹ Према подацима којима располажемо, *оригиналну кодификацију грађанског права* у савременом смислу, тада су имале следеће европске земље: Баварска (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* из 1756), Француска (*Code civil des Français* из 1804, касније познат као *Code Napoleon* или *Code civil*) и Аустрија (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* из 1811). Француски грађански законик су делимично реципирани швајцарски кантони Во (1819), Фрибур (1834) и Тиџино (1837). У Холандији је 1838. године ступио на снагу законик који је такође, већим делом, био заснован на нормативним решењима из француског права. Као што је већ речено, Аустријски грађански законик су делимично преузели швајцарски кантони Берн (1826), Аргау (1828), Золотурн (1831) и Луцерн (1841). Француски Код сивил је у целости и на дужи време реципиран на територијама које су биле под Наполеоновом влашћу (у Белгији, Луксембургу, Рајнланду и Бадену 1804, и у Холандији 1809). Аустријски грађански законик је, с друге стране, у целости важио на територијама које су биле под хабзбуршком влашћу. Подаци су засновани на прелиминарним истраживањима вршеним на Департману

грађанског законодавства. Извршивши делимичну рецепцију аустријског права, Србија је ушла у германски правни круг ком и данас припада. Најзад, треба рећи да је преузимање нормативних решења из страног права убрзало промене у друштву. Србија је почела да се развија у складу са правним стандардима који су важили у Средњој и Западној Европи. С друге стране, *Грађански законик* је изазвао и низ негативних ефеката.

Грађански законик је постао предмет критике одмах по објављивању. Појединим нормативним решењима били су незадовољни и грађани и српски правници из суседне Аустрије. Једна од главних замерки је била да Јован Хаџић није разумео прави смисао српске породичне задруге и да је преузимањем непримерених нормативних решења из страног стварног права допринео да дође до распада и нестајања таквих заједница. Поједини аутори сматрају да је услед тога дошло до сиромашења српских породица и до дестабилизације целокупног друштва, чије се последице осећају и данас. Наравно, у теорији има и другачијих мишљења. Тако је нпр. Слободан Јовановић сматрао да Јован Хаџић само убрзао један процес који је иначе био неминован [Јовановић 1990: 285].

Законодавни рад је јасно указао на слабости српског друштва. Било је очигледно да се српски народ после вишевековне турске окупације не може у потпуности интегрисати у европски цивилизацијски круг без довољно образованих људи. Имајући у виду ту чињеницу, власт је средином XIX века почела да плански ствара интелектуалну елиту [Трговчевић 2003]. Од тада се велики број младих људи уз подршку државе школовао на водећим европским универзитетима. Временом је било све више оних који су студирали у Француској и Швајцарској. Оријентација ка земљама романског правног круга је допринела да дође до заокрета у правној политици и до слабљења германског утицаја. О тој промени сведочи чињеница да је 1860. године усвојен *Трговачки законик за књажевство Србију* који је писан по узору на француски *Code de commerce*. Међутим, везе са аустријским правом су и даље биле снажне. Његов утицај се осећао и након настанка Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца.

7.2. Утицај на развој југословенског грађанског права у XX веку

У складу са *начелом њравног конџинуиџеџа*, на територији Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца је од уједињења 1918. године примењивана затечена регулатива. На територији Србије и данашње Вардарске Македоније (на подручју Касационог суда у Београду и апелационих судова у Београду и Скопљу), важио је Грађански законик из 1844. године. У Црној Гори (на подручју Великог суда у Подгорици) на снази је био Општи имовински законик за Црну Гору, из 1888. године. У Словенији и Далмацији (на подручју Одељења Б загребачког Стола седморице и

за грађанско право Правног факултета у Женеви (*Departement de droit civil, Faculté de droit, Geneve*) и на Макс Планк Институту за упоредно и међународно приватно право у Хамбургу (*Max-Planck – Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg*), у сарадњи са др Наташом Хаџимановић.

апелационих судова у Сплиту и Љубљани) примењиван је Аустријски грађански законик, са тзв. ратним новелама из 1914, 1915. и 1916. године. У Хрватској (без Далмације, Истре и Међумурја) и Славонији (на подручју Одељења А загребачког Стола седморице, односно Банског стола) у примени су били: неновелирани Аустријски грађански законик (*Oñhu ÷rañanski zakonik*), аутономно хрватско имовинско право настало пре уједињења и црквено (канонско) право. У Босни и Херцеговини (на подручју Врховног суда у Сарајеву) у области имовинских односа примењиван је Аустријски грађански законик, док су у области породичног и наследног права за хришћане важиле црквени канони и обичајна правила, а за муслимане – шеријатско право. На подручју Међумурја, Прекомурја и Војводине (без Срема, а са делом Барање) важило је угарско обичајно и судско право. Изузетак су представљала подручја Окружног суда у Панчеву и средских судова у Банатском Карловцу, Белој Цркви, Ковину, Тителу и Жабљу, која су захватала простор некадашње Војне Крајине. Ту је, као партикуларно право (*ius particulare*), примењиван Аустријски грађански законик. Посебно улогу у развоју војвођанског приватног права у првој половини XX века имало је одељење београдског Касационог суда (Одељење Б), које је 1920. године формирано у Новом Саду. Попут некадашње Краљевске курије у Будимпешти, Одељење је имало моћ стварања правних правила. Судије тог суда су у почетку примењивале регуле старог угарског судског права и норме Аустријског грађанског законика, а касније и релевантне прописе Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. На тој основи је временом формирана судска пракса која је у Војводини, уз Аустријски грађански законик и нове прописе Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, сматрана извором права. О томе сведоче бројне одлуке Касационог суда у Новом Саду које су донете у првој половини XX века.² На простору Војводине је тако временом уобличено аутохтоно приватно право³ са типичним обележјима *мешовитиоџ ÷равноџ сисџема*. У њему налазимо елементе тзв. *судскоџ ÷рава* (које је настајало кроз праксу Касационог суда) али и елементе *законскоџ ÷рава* (садржаног у Аустријском грађанском законик у и у прописима које су стварали органи законодавне власти Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца). Такав модел права је био функционалан и ефикасан,⁴ али је имао и неке недостатке [Nikolić 2011: 529].

Правни партикуларизам је представљао препреку за чвршћу економску, привредну и политичку интеграцију. Зато је централна власт од самог уједињења започела процес изградње јединственог правног система. Међутим, Комисија за израду преднацрта јединственог грађанског

² В. Одлуку Касационог суда, Б Одељење у Новом Саду, Рев. I, 842/1936, у *Збирци одлука виших судова Краљевине Југославије* (приредио: Ника Ј. Игњатовић), бр. XIX/1939, стр. 35–36.

³ Опширније о правној традицији Војводине: Пржић 1938: 3 и др.; Николић 2001.

⁴ „Преимућство овог прецедентног права било је у томе што се оно, путем одлука врховног суда, увек могло освежавати новим напредним правним схватањима” [Gams–Đurđević 1985: 17].

законика формирана је тек 1930. године. Она је била суочена са мноштвом проблема правне и политичке природе. Посебну тешкоћу су представљале разлике у правној развијености појединих подручја. Сматра се да је радна група управо због те неуједначености одлучила да за полазиште узме Аустријски грађански законик из 1811. године. Наиме, по оцени појединих аутора тај кодекс је био много ближи просеку права које је важило у Краљевини, него швајцарско грађанско законодавство или нпр. Немачки грађански законик из 1896. године. Осим тога, готово сва правна подручја су се пре уједињења у мањој или већој мери развијала под утицајем аустријског права. (Изузетак је представљала једино Црна Гора, у којој је важио оригинални Имовински законик из 1888. године, писан у духу народа и под снажним утицајем *немачке историјске правне школе*.) Аустријско право је на директан или индиректан начин постало део заједничке правне традиције. Стога се очекивало да ће званично преузимање нормативних решења из Аустријског грађанског законика изазвати најмање отпора у политичкој и стручној јавности. Међутим, процене су биле погрешне. Преднацрт новог грађанског законика, познатији као *Предоснова*, завршен је 1934. године. Наредне године Пројект је достављен Министарству правде. Убрзо потом отворена је јавна расправа у коју су се укључиле јавне установе, професионална удружења и истакнути појединци, међу којима је било највише професора универзитета, судија и адвоката. Предоснова је претрпела бројне критике. Критиковане су предложене одредбе, али и опредељење законописаца да за основу узму Аустријски грађански законик. Многи су сматрали да се требало ослонити на савремено швајцарско законодавство, а било је и оних који су тврдили да је земљи потребна оригинална кодификација, која би подједнако уважавала и домаћу традицију и тековине земаља Средње и Западне Европе [Марковић 1939: 15]. По мишљењу једног хрватског аутора „Творци Предоснове слиједили су не само систематску подјелу одредаба аустријског О.г.з-а, него су велики број одредаба чак и дословце превели из аустријског О.г.з-а. На многим мјестима нису ни исправили погријешке О.г.з. које су током времена постале очите, несавремене и непримјенљиве у наше вријеме.” [Ћилиновић 1937: 9]. Због бројних негативних оцена, али и због политичких промена које су уследиле након атентата на југословенског краља Александра, у Марсеју исте, 1934. године, Предоснова никада није ушла у скупштинску процедуру. Једна група млађих наставника Правног факултета у Београду је почетком четрдесетих година започела припреме за израду нацрта оригиналног грађанског законика али су је у томе спречили ратни догађаји [Николић 2000: 87]. Међутим, неки од њених чланова су у послератном периоду имали изузетно значајну улогу у обликовању правног система.

После Другог светског рата, октобра 1946. године, донет је *Закон о неважностии правних пројиса донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације*,⁵ којим је прекинут континуитет између

⁵ Закон је објављен у Сл. листу ФНРЈ бр. 86/1946.

правног система некадашње Краљевине Југославије и права нове државе. Прописи Краљевине Југославије су тада изгубили правну снагу, али су правна правила садржана у њима, под одређеним условима, могла да буду примењена и у новом правном амбијенту. Законом је прописано да Президијум Народне скупштине ФНРЈ и президијуми републичких скупштина (у оквиру своје надлежности) могу одредити да се поједина правила примењују, уз потребне измене и допуне. У том случају, она би била снабдевена санкцијом нове државе и имала би сва обележја правне норме. Већ на први поглед јасно је да се радило о својеврсној рецепцији права. Са становишта нове власти, прописи Краљевине Југославије су третирани као право које је стране новом поретку. Отуда је било неопходно да се изврши његова рецепција. Таква питања су увек у надлежности законодавних органа те је Законом с разлогом прописано да ће одлуку о преузимању и обавезности старих правних правила доносити скупштинска тела. Међутим, предвиђен је још један модалитет који је давао широка овлашћења правосуђу и који је много чешће примењиван у пракси. Наиме, прописано је да се правна правила која нису проглашена обавезним могу применити: а) на односе који нису уређени важећим прописима и б) уколико нису у супротности са уставом, законима и осталим важећим прописима донетим од надлежних органа нове државе као и са начелима уставног поретка. Под тим условима су могла бити примењена и правила Аустријског грађанског законика. Ту могућност су најчешће користили судови оних југословенских република на чијој територији је раније важило аустријско право. Међутим, *сјџара љравна љравила* су примењивана по *љринцију нељџериљориљностљи*, што значи да су и судије у осталим деловима некадашње Југославије могле да примене нормативна решења из Аустријског грађанског законика, уколико су сматрале да су она боља од регула садржаних у другим предратним прописима. (Занимљиво је да се сличан методолошки приступ развија и у савременом европском праву, под називом *better law approach*.)

8. ЕПИЛОГ

У Југославији је процес изградње правног система био веома дуг. Најзначајнији (системски) закони у области грађанског права усвојени су тек крајем седамдесетих и почетком осамдесетих година XX века. Тада су поједини правни теоретичари закључили да су престали разлози за примену правних правила из прописа који су пре Другог светског рата важили на простору Краљевине Југославије. Међутим, правници практичари су имали другачије мишљење. Оно је званично исказано у образложењу начелног става XXIII заједничке седнице Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда од 14. и 15. децембра 1983. године: „Неоспорно је да је овај закон и данас на снази [мисли се на *Закон о неважностљи љравних љройиса донейтљх љре б. айри-ла 1941. и за време нељриљатљеске окуљације* из 1946. године – напомена Д. Н.] и да ће се у пракси примењивати све до потпуне изградње правног

система, с тим што се његов домаћај стално сужава доношењем нових закона којима се уређују поједине области друштвених односа.”

У Србији и даље постоје значајне празнине у појединим областима грађанског права. Са друге стране, *Закон о неважностии љравних љройи-са донейтих љре 6. айрила 1941. и за време нейријайиелске окуџације* из 1946. године није престао да важи. То значи да и даље постоји могућност примене тзв. *стиарих љравних љравила*. Наравно, треба имати у виду чињеницу да је време учинило своје. Многа правила су објективно застарела и више не одговарају потребама савременог друштва. Утолико је улога суда данас сложенија. Судија се може ослонити на овај извор грађанског права ако утврди: а) да у важећем законодавству постоји празнина, б) да у одређеном пропису који је важио на територији Краљевине Југославије постоји правило које обухвата нерегулисан однос, в) да оно није у супротности са уставом, начелима уставног поретка, законом и другим важећим прописима и г) да је још увек актуелно и примерено начелима савременог грађанског права.

Под истим условима се могу примењивати и правна правила Аустријског грађанског законика. Међутим, то је више теоријска и формалноправна могућност. Србија данас у многим областима има једнако квалитетна, а у појединим сегментима чак и савременија нормативна решења. То посебно важи за облигационо право. *Закон о облиџационим односима* из 1978. године, заснован на *Скици за законик о облиџацијама и уџворима* из 1969. године, коју је написао Михајло Константиновић, чувени професор Правног факултета у Београду, сматра се једним од најбољих у Европи. Познато је да су неке његове одредбе имали у виду писци најновијих измена и допуна Немачког грађанског законика из 1896. године, као и низ других страних аутора, међу којима је било и угледних професора са аустријских универзитета. Један од њих је констатовао: „... аустријски стручњаци за упоредно право су коначно прихватили ЗОО као занимљиву и добро припремљену кодификацију облигационог права. Исто као својевремено Општи грађански законик из 1811. године ЗОО из 1978. одражава најновија достигнућа законодавства у време његовог састављања. Тридесет година након његовог доношења и усред припреме *Заједничког референциног оквира* [мисли се на заједнички европски модел правила у форми меког права – *soft law* – напомена Д. Н.], југословенски Закон о облигационим односима може још увек и с пуним правом привући значајну пажњу” [Пош 2008: 58]. Реална могућност примене појединих одредаба АГЗ-а постоји једино у домену стварног права, које је остало неразвијено и непотпуно. Међутим, и у тој области постоје законодавни пројекти о којима би ускоро требало да се расправља пред надлежним органима Републике Србије.

Аустријски грађански законик у извесној мери заостаје за потребама времена, али ће, као што је већ речено, бити подвргнут темељној ревизији. Очигледно је да Аустрија, попут других земље са дугом правном традицијом, настоји да очува историјско наслеђе и да истовремено своју правну регулативу усклади са тенденцијама у савременој Европи. Та два

параметра би могла бити користан оријентир законописцима и законодавцима у Србији.

Прилог:
ПРЕГЛЕД ИЗМЕНА И ДОПУНА
АУСТРИЈСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА
ПО ГОДИНАМА*
(Извор: © Bundeskanzleramt Österreich)

RGBL. Nr. 131/1867; RGBL. Nr. 49/1868; RGBL. Nr. 62/1868; RGBL. Nr. 4/1869; RGBL. Nr. 110/1895; RGBL. Nr. 276/1914; RGBL. Nr. 208/1915; RGBL. Nr. 69/1916; StGBL. Nr. 95/1919; StGBL. Nr. 96/1919; BGBL. Nr. 638/1921; BGBL. Nr. 850/1922; BGBL. Nr. 111/1936; dRGBL. I S 807/1938; dRGBL. I S 825/1938; dRGBL. I S 923/1938; dRGBL. I S 973/1938; dRGBL. I S 1186/1939; dRGBL. I S 2394/1939; dRGBL. I S 80/1943; dRGBL. I S 266/1943; BGBL. Nr. 30/1947; BGBL. Nr. 158/1947; BGBL. Nr. 99/1954; BGBL. Nr. 157/1956; BGBL. Nr. 268/1958; BGBL. Nr. 58/1960; BGBL. Nr. 122/1967; BGBL. Nr. 306/1968; BGBL. Nr. 342/1970; BGBL. Nr. 108/1973; BGBL. Nr. 496/1974; BGBL. Nr. 412/1975; BGBL. Nr. 416/1975; BGBL. Nr. 91/1976; BGBL. Nr. 403/1977; BGBL. Nr. 280/1978; BGBL. Nr. 304/1978; BGBL. Nr. 140/1979; BGBL. Nr. 168/1979; BGBL. Nr. 370/1982; BGBL. Nr. 136/1983; BGBL. Nr. 566/1983; BGBL. Nr. 196/1985; BGBL. Nr. 97/1986; BGBL. Nr. 325/1986; BGBL. Nr. 179/1988; BGBL. Nr. 162/1989; BGBL. Nr. 343/1989; BGBL. Nr. 656/1989; BGBL. Nr. 275/1992; BGBL. Nr. 502/1993; BGBL. Nr. 532/1993; BGBL. Nr. 25/1995; BGBL. Nr. 759/1996; BGBL. I Nr. 6/1997; BGBL. I Nr. 30/1997; BGBL. I Nr. 140/1997; BGBL. I Nr. 125/1999; BGBL. I Nr. 164/1999; BGBL. I Nr. 44/2000; BGBL. I Nr. 135/2000; BGBL. I Nr. 48/2001; BGBL. I Nr. 98/2001; BGBL. I Nr. 71/2002; BGBL. I Nr. 104/2002; BGBL. I Nr. 118/2002; BGBL. I Nr. 85/2003; BGBL. I Nr. 91/2003; BGBL. I Nr. 58/2004; BGBL. I Nr. 77/2004; BGBL. I Nr. 43/2005; BGBL. I Nr. 51/2005; BGBL. I Nr. 120/2005; BGBL. I Nr. 92/2006; BGBL. I Nr. 113/2006; BGBL. I Nr. 100/2008; BGBL. I Nr. 40/2009; BGBL. I Nr. 52/2009; BGBL. I Nr. 75/2009; BGBL. I Nr. 135/2009; BGBL. I Nr. 28/2010; BGBL. I Nr. 29/2010; BGBL. I Nr. 58/2010.

ЛИТЕРАТУРА

- Gams, Andrija, Đurović, Ljiljana (1985). *Uvod u građansko pravo* (opšti deo). Beograd: Savremena administracija.
- Janković, Dragoslav (1958). *Istorija države i prava Srbije XIX veka*, Beograd: Naučna knjiga.
- Јовановић, Слободан, (1990). *Полиитичке и њравне расцраве*. Beograd: Beogradski издавачко-графички завод, Југославијапублик, Српска књижевна задруга.
- Марковић, Божидар С., (1939). *Реформа нашега грађанског законодавства*. Beograd: Српска књижевна задруга. Beograd: Штампарија „Соко”.
- Николић, Душан (2000). *О једном нереализованом законодавном пројекту*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 1–3.
- Николић, Душан (2001). *О њравној њрадицији Војводине* (поводом три јубилеја), Гласник Адвокатске коморе Војводине, број 4.

* Закључно са 15. јулом 2011. године.

- Николић, Душан (2008). *Приватно право у Војводини између два светска рата: заоставштина за европску будућност*, Зборник Матице српске за друштвене науке, број 125.
- Николић, Душан (2010). *Увод у систем грађанског права*. Десето измењено и допуњено издање. Нови Сад: Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду.
- Nikolić, Dušan (2011). *Private Law in Vojvodina in the First Half of the XX. Century: A Functional Model of Mixed Legal System* in: *Festschrift Willibald Posch „Öffnung und Wandel – Die internationale Dimension des Rechts II”*. Wien: LexisNexis.
- Пош, Вилибалд (2008). *Неке напомене о перцепцији југословенског Закона о облигационим односима и иностранству из аустријске перспективе*, *Европски правник / European Lawyer Journal*, број 4.
- Пржић, Илија (1937). *Улога Војводине у развоју нашег права*, Одштампано из Споменнице осмог конгреса правника Краљевине Југославије у Новом Саду, Београд: Привредник.
- Rušnov, Adolf, Posilović, S., (није наведена година издања). *Tumač Obćemu austrijskomu građanskomu zakonu*, Zagreb: Knjižara L. Hartmana.
- Трговчевић, Љубинка (2003). *Планирана елија*. Београд: Службени гласник
- Hausmaninger, Herbert (1998). *The Austrian Legal System*. The Hague: Kluwer Law International.
- Hondius, Ewoud (2006). *Jugoistočna Evropa i evropsko privatno pravo*, *Европски правник / European Lawyer Journal*, број 1.
- Čulinović, Ferdo (1937). *Naše zakonodavstvo i narodno pravo (Povodom Predosnove za naš Građanski zakonik)*, *Pravosuđe*, број 3.
- Čulinović, Ferdo (1959). *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX. i XX. vijeka – Srbija, Crna Gora, Makedonija, Stara Jugoslavija (1918–1941)*, *Nova Jugoslavija*, Knjiga II, Zagreb: Školska knjiga.

TWO CENTURIES OF THE AUSTRIAN CIVIL CODE (1811–2011)

by

Dušan Nikolić

S u m m a r y

Austrian civil code (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB, ACC*) succeeded in resisting the challenges of time for two centuries. A number of factors influenced it's longevity. First of all, prior to adoption of the law, a long lasting and well designed work, which has been described in greater detail in this article, was done. The Code was written gradually, with lots of recalculations, checks and public debates. In legal literature, it is often written about a unique lawmaking experiment, which Austrian authorities made by implementing the Code in one part of the state territory. The Code was written for feudal order, but according to principles of natural law. This second thing has, in addition to widely formulated and flexible legal norms, left enough space for extensive interpretation of outdated rules, and filling in the legal lacunas, whose number was increasing as the time passed. Courts often used this opportunity in a creative manner, contributing to survival of the Code. Many additions and changes were made to the Code, but there were few of those who thought that it should be changed by a new one Code. Austrians

are preparing a more detailed revision of the ACC, which will allow modernization of the national law and its synchronization with trends in current European law, but on the other hand, to preserve the two century old legal heritage.

The second part of this article is dedicated to the influence of the Austrian Civil Code on the development of civil law in the former Yugoslavia and Serbia. ACC served as model for adoption of the Serbian Civil Code of 1844. It was applied as a positive law in the first half of XX century, in one part of the territory of today's Autonomous Province of Vojvodina. Formally, legal rules of the Austrian Civil Code can even be applied today, according to the *Law on Nullity of Legal Regulations Enacted Prior to 6th of April 1941, and During the Enemy Occupation*. However, that possibility is more theoretical than practical, and is limited only to a narrow field inside the property law, because in other fields, Serbia has an equally proper, and in domain of obligation law, even a more modern legal regulative, which was mentioned by some Austrian authors.

KEY WORDS: codification, Civil law, Austrian Civil Code, Serbian Civil Code

ПОДАЦИ О АУТОРИМА

САЊА ЂАЈИЋ, ванредни професор Правног факултета у Новом Саду. Рођена у Зрењанину 1971. Дипломирала на Правном факултету у Новом Саду 1995, магистрала на Правном факултету у Београду 1999. Звање магистра правних наука је стекла и на Правном факултету Универзитета у Конектикату (*University of Connecticut School of Law*) 1999. Докторирала на Правном факултету у Новом Саду 2003.

Предаје *Међународно јавно право I*, *Међународно јавно право II*, *Увод у право Европске уније*. На дипломским академским студијама (мастер) изводи наставу из предмета *Међународни судови и арбитраже*. На докторским студијама *Јавно право* предаје *Теорију међународног права* и *Слободу изражавања*. Раније је изводила наставу из предмета *Енглески за правнике*, *Међународно право – судска пракса* (Практично правно образовање), *Универзални механизми заштите људских права* (специјалистички курс). Годинама интензивно учествује у припремама студената за такмичења из међународног права.

Била на студијским боравцима у Холандији 1997 (Хашка академија за међународно право), Великој Британији 1998, у САД 1998–1999. на последипломским студијама као стипендиста владе САД (*Ron Brown Fellow*), у Италији 2000. године на Академији за Европско право Европског института у Фиренци, као стипендиста Академије, у Великој Британији 2002. године на *London School of Economics* као стипендиста британске владе (*Chevening Fellow*), у Белгији 2002. на *Universiteit Leuven* као стипендиста *Coimbra Group Hospitality Scheme*, и академске 2003–2004. и 2005. године на *London School of Economics* при Центру за истраживање глобализације (*Centre for the Study of Global Governance*) као стипендиста овог факултета. Учествовала је на више научних и стручних конференција у земљи и иностранству. Била је предавач по позиву у иностранству.

Стални је сарадник *International Law Reports (Cambridge)* као известилац за судску праксу Србије у погледу примене међународног права пред националним судовима. Такође је сарадник-известилац Европског удружења за међународно право. У више наврата била је члан правних тимова Србије у поступцима пред међународним судовима и арбитражама. Арбитар је Спољнотрговинске арбитраже у Београду. Члан је Југословенског удружења за међународно право, Удружења за право Европске уније, *Ron Brown Alumni Association*, члан је Управног одбора Одељења Матице српске за друштвене науке. Била је члан Комисије за помиловање при Председништву Републике Србије током 2003. Стални судски тумач за енглески језик при Вишем суду у Новом Саду је од 2002. године.

Аутор је, односно, коаутор више књига и преко четрдесет других научних и стручних радова.

Књиџе: *Међународни и национални судови: од сукоба до сарадње*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, 2004; *Практикум за међународно јавно право – ошћини део*, Нови Сад, 2007; Група аутора, *Основи права Европске уније*, Нови Сад, 2010, стр. 77–145; Родољуб Етински, Сања Ђајић и Бојан Тубић, *Збирка шесћорова из међународног јавног права*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, 2010.

Адреса: Правни факултет, Трг Доситеја Обрадовића број 1, 21000 Нови Сад
E-mail: sdjajic@pf.uns.ac.rs

ТАТЈАНА ЛУКИЋ, доцент Правног факултета у Новом Саду. Рођена је 1975. године у Новом Саду. Дипломирала на Правном факултету у Новом Саду 2000. На истом факултету је магистрирала 2003, и докторирала 2006. Године 2004. била на усавршавању у Сиракузи на *Corso di specializzazione in Diritto Penale Internazionale: Cooperazione Internazionale in Materia Penale* у организацији Правног факултета Универзитета у Палерму и ISISC Italia.

На основним студијама на Правном факултету у Новом Саду изводи наставу из наставних предмета *Кривично процесно право*, *Криминалистичка тактика и техника*, *Криминалистичка методика*, *Основе права животиње средине*, *Практично право образовање у области заштитије животиње средине*. На дипломским академским студијама (мастер) предаје *Моделе исцражног исцтуйка* и *Посебне исцражне радње*. На докторским студијама *Привајино право* предаје *Право животиње средине*, а на докторским студијама *Јавно право* изводи наставу из наставног предмета *Кривично процесно право – иродубљени курс*.

Учествовала је на више међународних научних скупова у земљи и иностранству.

Од 2008. продекан за међународну сарадњу. Члан Одбора Одељења Матице српске за друштвене науке и члан уредништва Свезака Матице српске.

Књиџе: *Модели исцражног исцтуйка у савременом кривичном праву*, Нови Сад, 2005; *Посебношћини кривичног исцтуйка за орѓанизовани криминал, шероризам и корујцију*, Нови Сад, 2008; *Одузимање имовине криминалцима*, Београд, 2009.

Адреса: Правни факултет, Трг Доситеја Обрадовића број 1, 21000 Нови Сад
E-mail: tlukic@pf.uns.ac.rs

ЗОРАН ЛОНЧАР, доцент Правног факултета у Новом Саду. Рођен у Новом Саду 1965. Дипломирао 1989. на Правном факултету у Новом Саду. Магистрирао је на Правном факултету Универзитета у Београду 1993. Године. Докторску дисертацију одбранио је 2000. на Правном факултету у Новом Саду.

На Правном факултету у Новом Саду на основним и мастер студијама држи наставу из наставних предмета *Ујравно право*, *Ујравно право – иосебан део*, *Наука о ујрави*, *Локална самоуправа*.

Обављао је следеће дужности: Правни саветник Комисије за израду Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора; Правни саветник Уставне комисије Народне скупштине Републике Србије; Члан Републичке изборне Комисије у периоду 2002–2004. и 2004–2007. године; члан Комисије за правосудне испите Министарства правде Републике Србије за наставни предмет Управно право у периоду 2004–2009. године; Министар за државну управу и локалну самоуправу у Влади Републике Србије у периоду 2004–2007. године; Министар просвете у Влади Републике Србије у периоду 2007–2008. године.

Члан је Удружења правника Републике Србије, Удружења за управну науку и праксу и Удружења за јавну управу.

Аутор је књиге *Управно право – посебан део* (Београд, 2005) и четрдесетак других радова.

Адреса: Правни факултет, Трг Доситеја Обрадовића број 1, 21000 Нови Сад
E-mail: zloncar@pf.uns.ac.rs

СВЕТОЗАР ЧИПЛИЋ, доцент Правног факултета у Новом Саду. Рођен је 1965. године у Новом Саду. Дипломирао је на Правном факултету у Новом Саду 1993. године. Магистрирао је на истом факултету 1996. године. Докторску дисертацију је одбранио на Правном факултету у Бањалуци 2010. године.

На Правном факултету у Новом Саду предаје *Уставно право*. Учествовао је у припреми више нацрта закона и политичких докумената. Године 2002. именован је за судију Уставног суда Републике Србије. Од 2008. до 2011. године обављао је дужност министра за људска и мањинска права у Влади Републике Србије.

Објавио је монографију *Држава у ванредним приликама* (SCI, Нови Сад, 1999) и двадесетак других радова.

Адреса: Правни факултет, Трг Доситеја Обрадовића број 1, 21000 Нови Сад
E-mail: sciplic@pf.uns.ac.rs

НИНА ПЛАНОЈЕВИЋ, доцент Правног факултета у Крагујевцу. Рођена је 1963. године у Крагујевцу. Дипломирала је на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу 1987. На истом факултету је магистрала 1994, и докторираола 2002. године. Од 1987. радила је у Окружном суду у Крагујевцу као судијски приправник. Од 1989. године запослена је на Правном факултету крагујевачког Универзитета, где предаје *Увод у грађанско право* и *Сиварно право* на основним студијама и *Сиварно право – одабране теме* на докторским студијама. Аутор је две књиге и седамдесетак других научних и стручних радова.

Књиџе: *Ейџна својина*, Правни факултет Крагујевац, Крагујевац, 1997; *Стишцање својине од невластника*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу и Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2008.

Адреса: Правни факултет, Јована Цвијића 1, 34000 Крагујевац
E-mail: nplanojevic@jura.kg.ac.rs

ИВОНА ЛАЂЕВАЦ, истраживач сарадник у Институту за међународну политику и привреду у Београду. Рођена 1974. у Нишу. Дипломирала на Факултету политичких наука у Београду 1999. године. На истом факултету је 2008. године стекла звање магистра наука. Члан је Удружења за међународно право. Области научног и стручног интересовања: међународни односи, међународно право, правни систем Европске уније. До сада је објавила тридесетак радова у домаћим часописима (*Правни живои*, *Међународни проблеми*, *Међународна њолиџика* и др.) и зборницима радова у иностранству.

Коаутор је монографије *Међународно присусџво на Косову и Меџохији 1999–2009*. Приређивач је два зборника радова са међународних научних конференција: *Japan and Serbia: Contemporary Issues* (eds. by E. Stojić-Karanović, Dž. Hatibović and I. Ladevac) и *Проширење Европске уније на Зајадни Балкан* (ур. Д. Димитријевић и И. Лађевац).

Адреса: Институт за међународну политику и привреду, Македонска 25, 11000 Београд
E-mail: ivona@diplomacy.bg.ac.rs

ДРАГАН ЂУКАНОВИЋ, научни сарадник у Институту за међународну политику и привреду у Београду. Рођен у Лозници 1974. године. Дипломирао на Факултету политичких наука у Београду 1999. године. На истом факултету је магистрирао (2004. године) и докторирао (2006. године).

Уредник је часописа *Међународна њолиџика*. Област научног и стручног интересовања: балканске студије, локална самоуправа, међународни односи, спољна политика и савремени политички системи.

Објавио више од 50 чланака у домаћим часописима (*Међународни њроблеми*, *Годишњак ФПН*, *Међународна њолиџика* итд.) и зборницима радова у иностранству.

Објавио монографију *Институционални модели и демократизација њосиј-југословенских држава* (2007) и приредио три тематска зборника: *Међудржавни форуми за сарадњу у Европи: њоредни модели*, 2007; *Савремени међународни изазови*, 2008; *Србија и регионална сарадња*, 2010.

Адреса: Институт за међународну политику и привреду, Македонска 25, 11000 Београд

E-mail: dragandj@diplomacy.bg.ac.rs

АТИЛА ДУДАШ. Рођен је у Суботици 1978. године. Асистент Правног факултета у Новом Саду. Дипломирао на Правном факултету у Новом Саду 2002. У току студија је више пута награђиван за постигнуте резултате. Био је стипендиста Фонда за стипендирање даровитих студената Универзитета у Новом Саду. Од 2001. до 2004. био је стипендиста Колегијума за високо образовање војвођанских Мађара (*Vajdasági Magyar Felsőoktatási Kollégium*). Магистрирао је 2004. на *Central European University – Department for Legal Studies* у Будимпешти.

Стручна усавршавања: *University of Illinois at Urbana-Champaign*, држава Илиној САД (2001); *Hoeskoelen Oestersohn, Aabenraa*, Данска (2002); *TMC Asser Instituut*, Хаг, Холандија (2003); Правни факултет Универзитета Етвеш Лоранд (*Eötvös Loránd*) у Будимпешти, Мађарска (1998, 1999, 2000, 2006, 2007, 2008, 2009. и 2010).

На Правном факултету у Новом Саду изводи вежбе из наставног предмета *Облигационо њраво* на Општем и Смеру унутрашњих послова.

Учествовао је на више међународних научних скупова у земљи и иностранству.

Члан је Научног друштва војвођанских Мађара (*Vajdasági Magyar Tudományos Társaság*).

Аутор је тридесетак научних и стручних радова.

Адреса: Правни факултет, Трг Доситеја Обрадовића број 1, 21000 Нови Сад
E-mail: adudas@pf.uns.ac.rs

ДУШАН НИКОЛИЋ, редовни професор Правног факултета у Новом Саду. Рођен у Панчеву 1962. године. Дипломирао на Правном факултету у Новом Саду 1986, магистрирао на истом факултету 1990. Докторску дисертацију је одбранио на Правном факултету у Београду 1994. За придруженог (дописног) члана Међународне академије за упоредно право са седиштем у Паризу (*Académie internationale de droit comparé*), коју чини око три стотине најистакнутијих познавалаца упоредног права у свету, изабран је 2007.

Стручна усавршавања и студијски боровци у иностранству: Правни факултет Универзитета у Женеви, Швајцарска (2002, 2004, 2006); Макс Планк Институт за упоредно и међународно приватно право у Хамбургу, Немачка

(2004. и 2007); Правни факултет Универзитета у Марибору, Словенија (2005). У оквиру међууниверзитетске сарадње краће време је боравио на двадесетак страних универзитета и научних института.

На Правном факултету у Новом Саду на основним студијама предаје *Увод у грађанско право* и *Сиварно право*, а на докторским студијама *Систем приватног права*, *Приватно право Европске уније* и *Право архитектуре, урбанизма и грађевинарства*. Био је руководилац докторских студија *Приватно право*, на Правном факултету у Новом Саду.

Учествовао је на више међународних научних скупова у земљи и иностранству у својству националног референта. Руководио је припремама за организовање више међународних конференција. Био је руководилац више домаћих и међународних научних и развојних пројеката. Учествовао је у решавању спорова пред Спољнотрговинском арбитражом, у својству изабраног арбитра.

Значајније јавне функције и активности: координатор научноистраживачких пројеката Младих истраживача Војводине (1986–1988); судија Суда части Регионалне привредне коморе у Новом Саду (1996–1998); судија Суда части Привредне коморе Србије (1996–2000); члан Председништва Југословенског удружења за медицинско право (1997–1999); оснивач Академске издавачке куће SCI – Нови Сад (1997–); декан Правног факултета у Новом Саду (2002–2004); члан Комисије за акредитацију високошколских установа при Министарству просвете и спорта Републике Србије (2003); члан Савета експерата за мултидисциплинарне студије Универзитета у Новом Саду (2004–); члан Управног одбора Мреже универзитета централне и источне Европе, са седиштем у Венецији (2003–2005); члан Центра за праћење имплементације Европског устава, са седиштем у Риму (2004–); члан Одбора Одељења Матице српске за друштвене науке у Новом Саду (2005–); члан Редакционог одбора међународног часописа *Transition Studies Review*, Венеција – Беч (2003–2005); члан Редакционог одбора међународног часописа *Sports Law Review*, Атина (2006–); оснивач и уредник међународног часописа *Европски правник / European Lawyer Journal*, Нови Сад (2006–); члан радне групе за израду нацрта Законика о својини и другим стварним правима Републике Србије (2005–2009); члан Комисије за животну средину и енергију Међународне трговинске коморе (*International Chamber of Commerce*), са седиштем у Паризу (2007–); члан Националног научног савета при Министарству за заштиту животне средине Републике Србије. (2008–2010); члан Научног савета часописа *Analele Universitatii de vest din Timisoara-seria Drept*, Темишвар, (2007–); члан Међународне академије за упоредно право (*Académie internationale de droit comparé*), са седиштем у Паризу (2007–); генерални секретар Матице српске (2008–); члан Уређивачког одбора *Зборника Матице српске за друштвене науке* (Нови Сад, 2008–); почасни потпредседник Међународне асоцијације за спортско право (*International Association for Sports Law*), (Атина, 2008–); члан Издавачког савета румунског националног часописа за интелектуалну својину *Revista Romana de Dreptul Proprietatii Intellectuale* (2008–); председник Одбора за организовање националне изложбе *Србија – културна стона Исиока и Запада* у музеју Катедрале Светог Стефана у Бечу (2009–2010); члан Националног савета за високо образовање Републике Србије (2011–); члан Председништва Удружења правника Србије (2011–).

Аутор је, односно, коаутор више књига и око сто педесет других научних и стручних радова.

Књиге:

Душан Николић, *Право информација*, Народна техника Војводине, Нови Сад, 1990.

Даница Попов, Раденка Цветић, Душан Николић, *Практикум за грађанско право – I књижа: Општи део*, ТИМ, Нови Сад, 1991.

Даница Попов, Раденка Цветић, Душан Николић, *Практикум за грађанско право – II књижа: Сиварно право*, Наука, Београд, 1993.

Душан Николић, *Грађанскојравна санкција (генеза, еволуција и савремени појам)*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 1995.

Закон о основама својинско-правних односа (пречишћен текст) са предговором, СЦИ, Нови Сад, 1997. (друго измењено и допуњено издање 1998; треће допуњено издање 2000; четврто издање 2002; пето допуњено издање 2003, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду; шесто измењено и допуњено издање 2004; седмо измењено и допуњено издање 2005; осмо измењено и допуњено издање 2007).

Душан Николић, *Увод у систем грађанског права I*, СЦИ, Нови Сад, 1998; *Увод у систем грађанског права II*, СЦИ, Нови Сад, 1999. (друго обједињено и допуњено издање: СЦИ, Нови Сад, 1999; треће измењено и допуњено издање 2001; четврто издање: Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, 2003; пето измењено и допуњено издање: Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, 2004; шесто измењено и допуњено издање 2005; седмо измењено и допуњено издање 2006; осмо измењено и допуњено издање 2007; девето издање 2008; десето измењено и допуњено издање 2010).

Душан Николић, *Правни факултети у Новом Саду 1955–2000*, Нови Сад, 2001. (друго измењено и допуњено издање 2004; треће измењено и допуњено издање 2005; четврто измењено и допуњено издање 2010).

Душан Николић, *Хармонизација и унификација грађанског права – Елементи за сипрајтежију развоја правне регулативе*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, 2004.

Dušan Nikolić, *Tort Law – Serbia and Montenegro*, Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, 2007.

Душан Николић, *Основни извори сиварног права*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, 2007.

Dušan Nikolić, *Elements of Judge-made Law in the Serbian Legal System*, 22. Поглавље у књизи: *Precedent and the Law* (edited by: Ewoud Hondius), Bruylant, Bruxelles, 2007.

Књижа генерације – Дипломци, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2007. (друго издање 2008; треће издање 2009; четврто издање 2010).

Основе права животиње средине (редактор и аутор четири поглавља: Душан Николић), Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2009.

Јован Хаџић – *О узроцима развода брака, према учењу Источне православне цркве Христове* (редактор: Душан Николић), Матица српска, Нови Сад, 2010.

Dušan Nikolić, *Property Law in Serbia: Both Autonomous Legal Development and Legal Transplant*, у књизи: *Private Law in Eastern Europe – Autonomous Developments or Legal Transplants* (edited by: Crista Jessel-Holst; Rainer Kulms and Alexander Trunk), Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

Адреса: Правни факултет, Трг Доситеја Обрадовића број 1, 21000 Нови Сад
E-mail: dnikolic@pf.uns.ac.rs

Зборник Матице српске за друштвене науке издаје Матица српска
Излази четири пута годишње
Уредништво и администрација: Нови Сад, Улица Матице српске 1
Телефон: 021/420-199
Quarterly for Social Sciences published by Matica Srpska
Editorial and publishing office: Novi Sad, Ul. Matice Srpske 1
Phone: 381 21 420-199
www.maticasrpska.org.rs
email: zmsd@maticasrpska.org.rs

Редакција *Зборника Матице српске за друштвене науке* закључила је
135. свеску 15. августа 2011.
За издавача: проф. др Душан Николић
Стручни сарадник Одељења: Мирјана Зрнић
Лектор и коректор чланака: Владимир Шовљански
Технички уредник: Вукица Туцаков
Штампање завршено 2011. године

Компјутерски слог: Владимир Ватић, ГРАФИТ, Нови Сад
Штампа: ИДЕАЛ, Нови Сад
Тираж: 400

CIP – Каталогизација у публикацији
Библиотека Матице српске, Нови Сад
3(082)

Зборник Матице српске за друштвене науке /
главни и одговорни уредник Часлав Оцић ; 1984, св.
76– . – Нови Сад : Одељење за друштвене науке,
1984– . – 24 cm

Четири пута годишње. – Резиме на енг. језику. – На-
ставак публикације: Зборник за друштвене науке

ISSN 0352-5732

COBISS.SR-ID 3360258

Штампање овог Зборника омогућило је
Министарство за науку и технолошки развој
Републике Србије