Др Ђорђе Д. Сибиновић[1]

Пет примера дисфункционалности правног система Републике Србије

Сажетак: *Најсигурнији начин да се „уништи“ неки правни систем развија се линијом укидања његове основне претпоставке на којој је заснован или филозофски речено, укидањем његових онтолошких основа. Нужно следи „пад“ аналитичког капацитета, унутрашњег разлога из кога проистиче „логика“ система. Иза тога, сигурно ступају, неконзистентност у примени и несигурност у правним последицама. Систем који трпи „страно тело“, укида сигурност која је спољашњи разлог постојања сваког система. Континентални систем права заснива се на општој норми, предвиђеној за неограничени број чињенично истих случајева и почива на логичком правилу дедукције док се англосаксонски ослања на „случај“, на прецедент, полазећи од римског „права на тужбу“, и заснива се преко логичког правила индукције. Системи су консеквентно развијени и унутрашња логика њиховог функционисања је затворена. Они су инкопатибилни. У правном систему Републике Србије, данас, истовремено важе норме које носе претпоставке континенталног система права, паралелно и потпуно дисфункционално са нормама које су изричито англосаксонске природе. Ова појава видљива је и у материјалном и у процесном праву, и у материји грађанског, колико и у области кривичног права. Овај феномен представља кључни проблем због којег правни систем Републике Србије није у стању очекиване функционалности. У овом раду, exempli causa, изнето је пет примера који то доказују.*

Кључне речи: *правни систем, тужба, облигациона начела, ревизија, сведок, вештачење, надлежност.*

[1] Аутор је адвокат у Београду.

Методолошки посматрано, *правни систем*[2] можемо двојако схватити. Прво, као механички збир или попис свих важећих правних норми. Тако посматрано, добијамо само сумарни преглед регулисаних области стварности. Принцип регулације у том случају не следи заједничке основе природе и унутрашњих законитости система као функционалне целине већ само изражава стање у којем свака норма за себе регулише одређену област. То би био некакав „технички систем“ права. Други могући аспект значења појма *правни систем* можемо разумети као збир само оних важећих правних норми које су у потпуном складу са основама на којима се систем као целина заснива. Све друге важеће правне норме које не произилазе из системских основа, представљале би појединачне или збирне примере одступања од *правног система*.

У свету постоје, најсумарније гледано, два велика правна система: континентални и англосаксонски[3]. Они су базично различити и нису акутно компатибилни. Један се заснива на општој норми[4] предвиђеној за неограничени број чињенично истих случајева и почива на логичком правилу дедукције док се други ослања на „случај“, на прецедент, полазећи од римског „права на тужбу“, заснива се преко логичког правила индукције. Системи су консеквентно развијени и унутрашња логика њиховог функционисања је затворена. Они су инкопатибилни.

Међутим, и поред тога, јасно је уочљива тенденција њиховог преплитања у актуелној правној пракси. Та тенденција првенствено се уочава у *ad hoc* правним телима и поступцима[5]. То може бити до извесне мере разумљиво и прихватљиво јер се ради о правним конструктима који се на консензусу стварају изван правног система, као посебан или чак, појединачан правни догађај тако да се унутрашња

---

[2] О појму система права види детаљније код Радомир Лукић, *Теорија државе и права, II Теорија права*, Београд, 1995, стр. 282 и даље.

[3] О специфичностима и разликама правних система види детаљније код Ђорђе Д. Сибиновић, *Право адвокатуре*, Београд, 2011, стр. 28 и даље.

[4] О појму основне норме види детаљније код Ханс Келзен, *Чиста теорија права,* Београд, 2000, стр. 155 и даље.

[5] То је увек случај када се ради о оснивањима *ad hoc* судова у међународном праву као и у случајевима конституције *ad hoc* арбитража за решавање појединачних спорова у области грађанскоправне материје. Субјекти који конституишу оваква тела слободни су да за потребе само тог правног догађаја предвиде јединствена и непоновљива правна правила његовог функционисања која онда, могу потпуно легитимо у себи садржавати различите институте који у садејству обезбеђују појединачну функционалност. Оне се, међутим, не могу применити на било који други правни догађај.

логика функционисања таквих правних колажа не ослања на конзистентност система чији су део, већ она функционише и као парасистем или као самостални део замишљеног система.

Насупрот овоме, сада је већ потпуно јасна тенденција да се у правним системима земаља у транзицији јавља пракса компилације постулата ова два велика система које покушавају да својом неконзистентном функционалношћу брзо и ефикасно решавају најкрупније спорне области стварности. Међутим, у системском смислу, овакав поступак „руши“ *правни систем* јер му одузима базичну претпоставку и спречава његово конзистентно правно дејство. Тако, данас у правном систему Републике Србије, истовремено важе норме које носе претпоставке континенталног правног система, паралелно и потпуно дисфункционално са нормама које су изричито англосаксонске природе. Ова појава видљива је и у материјалном и у процесном праву, и у материји грађанског, колико и у области кривичног права. По мом мишљењу ово је кључни проблем због којег правни систем Републике Србије и после дванаест година није у стању очекиване функционалности.

Покушаћу да наведем најеклатантније примере дисфункционалности правног система Републике Србије у области грађанског права који се односе на физичка лица и правна лица, привредне субјекте.

1. Устав Републике Србије[6] прокламује, предвиђа и гарантује свим правним субјектима Републике Србије право на тужбу. То значи да свако има право на једнак приступ суду, право на једнаку правну заштиту, право на правично суђење и право на ефикасно правно средство[7]. Ово су фундаментале тековине правних система који се заснивају на вредностима правне државе и владавине права. Ова уставна овлашћења гарантована су субјектима права без обзира на ниво проблема који решавају пред судовима. У том смислу, она не би могла да буду ничим ограничена нити суспендована посебним нормама. Не само зато што закони морају бити у сагласности са Уставом и што не могу бити у супротности са његовим одредбама, већ и због тога што је смисао правног система да на сваком нивоу

[6] Устав Републике Србије (Сл.гл. РС, 98/2006.).
[7] Види детаљније одредбе чланова 22,32,36 Устава Републике Србије.

гарантује једнаку владавину права. И поред тога, нису сви проблеми једнаке важности и истог приоритета. Тако, ако би ово право чак и било на неки начин осујећено, ограничено или суспендовано у вези остварења, заштите или вршења извесних права ниског интензитета важности за правне субјекте, такав уставни удар могао би да се разуме као доминација начела ефикасности над начелом уставности и законитости. Међутим, када такав пример разара основно егзистенцијално поље у домену својине и стварног права, онда се сасвим сигурно ради о темељном системском недостатку и проблему. Ово посебно ако се има у виду да је и право својине, као основно стварно право Уставом посебно третирано и чија заштита представља посебан доказ системских вредности. Наиме, и поред оваквог уставног третмана, Закон о хипотеци[8] садржи једну, најблаже речено, неразумно дрску одредбу која забрањује право на тужбу у случају извршне хипотеке када је заложена непокретност као средство реалног обезбеђења облигације[9]. Ово је посебно неразумно ако се има у виду да се сам поступак заснивања споразумне хипотеке одвија ван судске контроле у традиционалном смислу а посебно ван дејства примене одредбе члана 3 Закона о парничном поступку према којој суд неће дозволити апсолутно ништава располагања. Шта је смисао ове грубе неуставности? Ради се о апсолутној заштити банака које су иначе, потпуно неконтролисане у транзиционој стварности. Наиме, ако је до скоро у Републици Србији, због неефикасног правосуђа и нејасне регулативе, владао дужнички лоби, (иако је у њему најмање учествовао обичан грађанин), са оваквом одредбом забране тужбе у случају извршне хипотеке[10], промовисан је неконтролисани поверилачки терор. Ово је посебно застрашујуће ако се има у виду да су извршни уговори о хипотеци на граници зеленашких правних послова, њихов изршни карактер, у садејству са губитком права на тужбу, правни систем у

[8] Закон о Хипотеци (Сл.гл. РС 115/2005).
[9] Види детаљније одредбу члана 15 став 2 и члан 31 став 3 Закона о хипотеци.
[10] О поступаку реализације извршне хипотеке види детаљније код Н.Шаркић, М. Николић, *Коментар закона о извршном поступку*, Београд 2011, стр.264.

области заштите својине као основног стварног права, своди на принцип лихварске залагаонице.

2. С тим у вези је следећи пример. Наиме, у области облигационих односа постоји пробој правне сигурности који руши сва темељна начела облигационог права. Иначе, кодификација облигационих односа садржана у Закону о облигационим односима Републике Србије, у више наврата, од стране различитих међународних правних експерата, оцењена је као најбољи правни пропис у Републици Србији. Међутим, он је потпуно немоћан да регулише једну врсту облигационих уговора. Ради се о уговорима у којима је једна уговорна страна банка. Наиме, упад у правни систем Републике Србије преко потпуне суспензије Закона о облигационим односима и темељних начела еквиваленције узајамних давања, забране прекомерног оштећења и зеленашења и начела правичности[11], свакодневно се одвија преко извесних правних правила садржаних у чаробном документу који се назива *Пословна политика банке* (која предвиђа променљиву каматну стопу). Један интерни документ који има карактер правног правила (soft law) у чијем доношењу не учествује нити један ниво друштвене или државне компетенције (укључујући Народну Банку Републике Србије), разара облигационе односе и ствара стање апсолутне правне несигурности у најважнијој друштвеној равни, у егзистенцији правних субјеката. Дакле, под дејством једне ничим контролисане, потпуно параправне диспозиције, правни послови закључени између банака и других субјеката права нису подобни да буду тумачени и евентуално санкционисани посредством примене Закона о облигационим односима. Практична импликација овакве дозвољене правне анархије огледа се у томе што сваки уговарач из уговора са банком, не зна, нити може применом објективних (законских) параметара да израчуна колико дугује банци, ни на дан закључења уговора о кредиту или зајму, а камоли колико износи његова обавеза

[11] О основним начелима облигационог права види детаљније у *Коментар закона о облигационим односима*, Главни редактор Слободан Перовић, Београд, 1995, стр. 3 и даље.

током трајања уговора. Тако се у Републици Србији догађа да су уговарачи после више година отплате дуга дужни више него што су остварили еквивалентних економских ефеката на почетку правног посла. Ако доведемо у везу немогућност улагања тужбе у поступку реализације извршне хипотеке која обавезно прати банкарске уговоре и стања у којем један угварач никада не зна, нити може знати колико дугује банци, намеће се закључак да у Републици Србији постоје две правне стварности: једна правна стварност за банке и друга, за све остале правне субјекте.

3. У погледу процесних закона из области грађанског права, неприродни спој континенталних и аглосаксонских института актуелизовала је скорашња реформа парничног поступка која је увела страначку контролу доказних средстава. Тако је у присуству основних процесних начела материјалне истине (да суд утврђује стварну вољу и спорни догађај а не његов формални одраз), начела непосредности (да се судска одлука може засновати само на доказу који је изведен пред судијом непосредно) и начела контрадикторности (да се сваком процесном учеснику гарантује временски и просторни континуитет)[12], уведена је страначка контрола доказних средстава која аутоматски и директно суспендује ова начела. Наиме, ради се о овереној писаној изјави сведока и прејудицијелном страначком вештачењу изван контроле суда. Сведок је непосредно доказно средство које своје чулно опажање о спорној чињеници која се пред судом утврђује, износи непосредно. Смисао овог доказног средства је у континуираној и непосредној провери његове убедљивости, логичности, истинитости и контекстуалности. То је могуће као процесни циљ остварити само уз дејство начела непосредности и контрадикторности јер сви учесници у поступку имају право да непосредно испитују сведоке. Уколико се омогући да сведок оверава своју изјаву изван дејства ових начела, могућност његовог накнадног позивања на суд ради провере садржине оверене изјаве,

[12] О значају процесних начела види детаљније код Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку,* Београд, 2009, стр. 2 и даље.

предодређена је већ учињеном „монтажом“ истине која сугерише будуће одговоре пред судом. Слично је и са страначким вештачењем. Ово доказно средство користи се ради прибављања стручног знања о спорним чињеницама које се утврђују пред судом. Мултидисциплинарно знање које је потребно у свакој процесној стратегији никада није било законом онемогућено странкама у парничном поступку. Оне су увек имале прилику да ангажују стручњаке различитих профила ради концентрације својих аргумената. Право да их целовито износе, странкама никада није било ускраћено. Управо је судско вештачење било јединствена прилика да се под окриљем суда и под дејством процесних начела, провере тврдње које су странке износиле а у којима је било имплицирано ангажовано стручно знање. Сада, странке контактирају вештаке изван присуства друге стране и суда, изводе доказно средство без ичијег учешћа и присуства и посебно нису ничим обавезане да исти ниво претходне чињеничне обраде омогуће супротној страни ако су у физичкој контроли сопорне чињенице. Једном речју, потпуно погрешан спој континенталних и англосаксонских процесних института који у својој дисфункцији неће послужити сврси ефикаснијег правосуђа јер ће уместо једног, сада бити три и више вештачења а уместо саслушања сведока, бесконачно оверавање опозитних истина. У српском народу постоји изрека за сведоке: „два без душе, један без главе“. Сада недостаје само да се у пословицу интегрише елеменат судске овере и све остаје у оквиру националне традиције.

4. Најдрастичнији пример у процесном праву догодио се са ревизијом[13]. Један од примарних циљева парничног поступка изражава се у потреби што већег и постојанијег остварења материјалноправне правичности. У свим правним системима, нарочито континенталним, он се најефикасније остварује посредством права улагања правног лека - ревизије, против одлуке другостепеног суда. У најразвијенијим правним системима који су у највећој

[13] О овоме види детаљније код Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2012, стр. 438.

мери били узори нашем правном систему, овај правни лек је, по правилу, редован правни лек (Аустрија, Немачка). Наиме, ставови најобразованијих и најквалитетнијих судија о материјалноправним питањима не само да доприносе материјалноправној правичности, већ означавају путоказ раду за поступање и уједначавање правне, односно, судске праксе нижестепених судова. Практичним одстрањивањем ревизије из нашег правног система (имајући у виду неразумно несразмеран цензус од 100.000 евра), драматично се увећава могућност доношења материјалноправно погрешних и неправедних а правноснажних судских одлука. Сматрам да увођење овако нереално високог цензуса обесмишљава улогу ревизије у правном систему Републике Србије, па је целисходније укинути је, него оставити овакву какава данас јесте (а у ствари није). Имајући у виду чињеницу да основни извор права у парничном поступку више није ЗПП, него члан 6, став 1 ЕКЉП, бесмислена је свака одредба која би имала за последицу увећање броја предстваки против РС у Стразбуру. Ово тим пре јер Република Србија није у обавези да предвиди ревизију као ванредни правни лек, али ако је већ установила, она (ревизија), што се тиче услова допуштености и ревизијског поступка, мора у свему да одговара захтевима из права на правично суђење. То значи да право на правично суђење не гарантује права која су илузорна, већ само она која су реална и ефикасна. Непропорцијално ограничење права на ревизију, с обзиром на неразумно и непримерено висок цензус за њено улагање, представља флагрантну повреду права на правично суђење. Такав став суд у Стразбуру већ је изразио у пресуди „*Пољић против Хрватске“ од 01.02.2007. године (види параграф 51 пресуде*). Уз ово, напомињем да у бившим државама, насталим након распада СФРЈ, цензус за улагање ревизије износи од 5.000,00 до 15.000,00 евра а нпр. у Швајцарској, овај цензус износи 30.000,00 ЦХФ. Ако би на данашњи дан странка поднела Врховном касационом суду Србије предлог за ревизију у коме је вредност побијаног дела предмета спора мања од постојећег цензуса, суд би одбацио ревизију као недопуштену. Странка би могла да се због повреде права на правично суђење (у горе

изнетом смислу и оквирима) обрати, најпре Уставном суду Републике Србије, а затим и суду у Стразбуру. Нема никакве дилеме да би суд у Стразбуру нашао да је законом прописани цензус само створио илузију да је могуће побијати другостепену пресуду (кад је просечна плата у Републици Србији око 300,00 евра). Ово посебно ако су узму у обзир висине цензуса у околним државама. Таква правна ситуација остаће и у случају да законом предвиђени цензус не буде измењен (смањен). И овом приликом истичем да је начин увођења овако неразумног цензуса, најавио сав страшни удес који је потом погодио наше правосуђе.

5. Сасвим на крају, изнео бих још један пример који једнако погађа физичка и правна лица. Наиме, из судске надлежности, без икаквог образложења, највероватније под притиском, измештени су регистри стварних права које су као земљишне књиге водили судови опште надлежности у орган управе који се зове катастар непокретности и регистри статуса правних лица које су водили привредни судови, такође у орган управе који се зове агенција за привредне регистре. Тиме су грађани и правна лица добили битно нижи ниво правне заштите и на тај начин су њихова стечена права, на очигледну штету нарушена и умањена. Наиме, у органима управе којима је пренета рафинирана судска надлежност, ангажована су лица која најчешће немају правно образовање и која у великом броју случајева не разумеју чак ни правну терминологију. Захтеви ефикасности правног саобраћаја који су навођени као основна мотивација за побољшање услуге грађанима у овим егзистенцијално пресудним областима, испоставили су се као јефтина идеологија транзиционих злоупотреба. Имајући у виду да су највеће злоупотребе управо учињене у поступцима приватизација правних лица и у области располагања земљиштем, јасно је да је ова непотребна лаицизација учињена као уступак профитерима а не грађанима. Приватизација никада не би била овако катастрофално спроведена да је све морало на суд а не у агенцију, као што ни земљиште не би завршило у својини тајкуна да је суд водио поступак о промени власника.

Дозвољавам могућност да је у уређеним правним системима управна надлежност у својинским и статусним стварима довољна гаранција законитости али се питам зашто до тог нивоа праксе у Републици Србији нисмо дошли уз садејство судске надлежности и континуиране едукације органа управе који би поступно, логично и ефикасно преузимали и наставили вршење ових јавних овлашћења. То доказују и земље у окружењу које су ове домене вратиле из управне у судску надлежност[14].

Литература:

Јакшић А, *Грађанско процесно право*, Београд, 2012;

Келзен Х, *Чиста теорија права,* Београд, 2000;

Коментар закона о облигационим односима, Главни редактор Слободан Перовић, Београд, 1995;

Лукић Р, *Теорија државе и права, II Теорија права*, Београд, 1995;

Познић Б, *Коментар Закона о парничном поступку,* Београд, 2009;

Сибиновић Ђ, *Право адвокатуре*, Београд, 2011;

Шаркић Н, Николић М, *Коментар закона о извршном поступку*, Београд 2011.

[14] Република Хрватска је надлежност за упис и евиденцију предузећа из агенције, вратила у судски регистар. Види детаљније одредбу члана 4 Закона Трговачким друштвима Републике Хрватске (Народне новине, РХ, 137/09).