

формирању јавног мњења, што би све утицало на стварање такве објективне ситуације која би код свакога стварала унапријед извјесност да ће одступање од законитог, а у извјесном смислу и од целисходног поступања значити сигурно и одговарајућу санкцију или негативну оцјену.

У таквим објективним условима могло би се очекивати да ће свако доводити у склад своје личне интересе са општим. У супротном, ако се појединцима и њиховим ужим асоцијацијама само презентирају закони и прописи без одговарајућих елемената који им јасно говоре и не остављају их у недоумици да су они и обавезни, онда они долазе у ситуацију која их подстиче или да одступају од закона или да их само формалистички примјењују. У таквим условима никакви субјективни фактори не би могли спријечити девијантно понашање.

Пројекат Устава пружа, мислим, начелне могућности за организовање једне развијене друштвене контроле и то не само контроле законитости нормативних аката него и фактичког материјалног пословања, као што се то може закључити из уводног дијела Пренацрта, затим из чл. 85, 86, 121 и др. Посебно треба истаћи чл. 34 у којему се говори о јединственој служби друштвеног књиговодства која врши „евиденцију и контролу располагања друштвеним средствима, као и контролу извршења обавеза радних и других самоуправних организација према друштвеној заједници“.

Међутим, сматрам да служба друштвеног књиговодства треба да буде далеко развијенија и ефикаснија него што је до сада био случај. Мислим да она и у организационом погледу треба да буде побољшана и да се више појављује као оперативна контрола него као евиденција која долази *post factum*.

Ствар је свакако будућег законодавства да користећи начелне могућности које ће дати Устав разради ефикасан систем друштвене контроле.

Др. Р. Павићевић

ПОВОДОМ ПРАВА НА ПРАВНУ ЗАШТИТУ

(Чл. 55 Преднацрта Устава ФСРЈ)

Преднацрт Устава ФСРЈ садржи у глави о слободама, правима и дужностима грађана одредбу којом се свакоме зајемчује право на правну заштиту пред судовима и другим органима (чл. 55). У нешто мало другачијем тексту, ова одредба, као норма уставноправног значаја, садржана је већ у нашем правном систему, и то у првом делу Зак. о судовима од 1944. Право на правну заштиту предвиђено је у томе закону, разумљиво, само у односу према суду — то је право на судску заштиту (чл. 5). Занимљиво је да ово право није до сада привукло пажњу наше науке. Оно, међутим, заслужује коментар, нарочито због тога што се у уставима новијег времена не може наћи (1).

(1) Са изузетком италијанског устава од 1947. у коме је изрично предвиђено да сва лица имају право да покрену судски поступак за заштиту њихових права и законитих интереса (чл. 24).

Текст чл. 55 Преднацрта говори о праву на једнакост у заштити права. По нашем мишљењу, исправније би било говорити о једнакости права на правну заштиту, дакле онако као и у поменутој одредби Закона о суд. Друго, у оба текста нагласак је на једнакости права, а не на његовом постојању у нашем правном систему. Редактори су вероватно сматрали да би једна посебна одредба којом се то право просто зајемчује била сувишна. Са становишта формалне логике, норма којом се правни субјекти изједначују у погледу једног права, несумњиво претпоставља, макар прећутно, постојање друге норме којом се то право у правни систем уводи или констатује као постојеће. Упркос томе, ми бисмо радије прихватили такву редакцију чл. 55 у којој би ст. 1 просто предвиђао право на правну заштиту, а ст. 2 зајемчио једнакост тог права за све грађане и организације. Но и овако, по наведеној одредби Преднацрта, у нашем правном систему постоји, као што смо рекли, једно право на правну заштиту, или — како се у тексту чл. 55 каже — право на заштиту својих права. Како оно треба да буде схваћено? Другим речима, кад оно настаје и престаје, шта је његова садржина, и коме оно припада? Поводом ових питања треба приметити, пре свега, да се наука до сада бавила највише правом на заштиту коју пружа суд, па се и у следећим разматрањима има у виду првенствено та заштита. То, међутим, не значи да ставови заузети по постављеним питањима нису применљиви и на заштиту коју пружају управни или други органи.

Право о коме је реч може бити схваћено, прво, у смислу Ваховог (Wach) правозаштитног захтева (конкретног права на тужбу) (2). По Ваховом схватању, право на правну заштиту је претпроцесно јавноправно овлашћење правног субјекта према суду на пресуду којом ће његово тражење заштите бити усвојено. Ово право припада само оном тужиоцу који за такву пресуду испуњава све материјалноправне и процесноправне претпоставке. Пресуду повољну по тужиоца не треба дакле приписати слободној вољи суда него једној његовој обавези према тужиоцу. Поредак субјективних грађанских права — говорили су присталице учења о правозаштитном захтеву — не би имао никакву вредност ако држава, признајући једно такво право, не би узела на себе обавезу према правном субјекту да ће му пружити заштиту кад оно буде повређено. Та обавеза државе — која настаје са подношењем тужбе — не јавља се дакле као корелатив повређеног субјективног права него одговара једном посебном јавном праву на правну заштиту. Учење о правозаштитном захтеву представљало је највећи домет у одвајању процесног права од материјалног. Дуализам субјективног права, за које је заштита тражена, и правозаштитног захтева био је једно време владајући у средњеевропској науци. Појам права на правну заштиту, схваћеног на изложени начин, није имао своје место само у науци грађанског процесног права. Он је стекао своје присталице и у уставноправној теорији (3), пошто је одговарао идеји

(2) Wach: Handbueh des deutschen Civilprozessrechts, Erster Band, 1885, S. 19—24. Његово учење је развио и употпунио Hellwig: System des deutschen Zivilprozessrechts, Erster Teil, 1912, S. 191 seq.

(3) Види Jellinek: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 86 seq. О појму action у француској науци јавног права, види Vizioz: Observations sur l'étude de la procédure civile, »Revue générale de droit«, 1929—1930, pp. 86 seq.

самоограничења државе и служио као конструкција која је заклањала њен класни карактер. Са слабењем тежње за строгим одвајањем процесног права од материјалног, и појам правозащитног захтева губио је своју вредност. Коначну реч о њему дао је Розенберг (*Rosenberg*) у аргументованој критици, изнетој још у првом издању његовог уџбеника, двадесетих година овог века. Излагање те критике излази из оквира овог осврта. Овде ћемо рећи само толико да је поменути писац дошао у својој исцрпној анализи до закључка да правозащитни захтев није ствар објективног права него чисто теориска конструкција без које се може бити (4). За нас је овде од значаја то да је после Розенбергове критике идеја правозащитног захтева коначно напуштена у немачкој науци, дакле у оној истој у којој је и поникла (5). Ако се ово има у виду, тешко је претпоставити да су редактори Преднацрта хтели да се послуже једним механизмом који је већ деценијама смештен у музеју правних идеја. Још мање се може веровати да се приликом уношења појма права на правну заштиту у Преднацрт имало у виду оно право које се у италијанској науци и законодавству зове *azione*. Јер по владајућем учењу, ово право — на чијем се строгом одвајању од субјективног права инсистира — управљено је према туженику, што га чини још мање прихватљивим него правозащитни захтев.

Ако се изложена схватања одбаце, онда остаје ово питање: Своди ли се право на правну заштиту на материјално субјективно право у тренутку у коме је суд, пошто је извео свој силогизам, нашао да оно постоји, да је повређено и да тужиоцу треба према туженику пружити заштиту? Или, можда, право на правну заштиту (право на тужбу) треба схватити као субјективно право у претпроцесном стању у коме је подобно да буде предмет судске заштите, дакле у стању у које улази тренутком своје повреде, ако од самог почетка није било у таквом стању, као у случају потраживања накнаде вануговорне штете (6). Нама се чини да редактори нису хтели да сведу право на правну заштиту на субјективно грађанско право. За то говори, пре свега, сам текст Преднацрта: „право на [...] заштиту својих права [...]“. Очигледно је да се у наведеном изразу говори о два разна права. Осим тога, кад је реч о правној заштити, поставља се питање да ли је доношење пресуде уопште (а не само оне у корист тужиоца) једна дужност суда, и да ли поред ове, постоје и друге дужности? Савремено

(4) Види *Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 6 Aufl., 1954, S. 410 seq.

(5) У југословенској науци, већина писаца се изјашњава против појма правозащитног захтева. Тако, Андра Ђорђевић: *Теорија Грађанског судског поступка*, I књ. (1891), друго изд., 1924, с. 125; Т. Живановић: *Основни проблеми Кривичног и Грађанског процесног права (поступка)*, 1940, I Одељак, с. 42. Исто, монистичко схватање, заступа у ствари и Б. Благојевић, по коме право на тужбу има самосталност само као појава а не као појам (Начела приватног процесног права, 1936, с. 215—218). Становиште Ј. Марковића није сасвим јасно: На једном месту овај писац узима право на судску заштиту као посебан појам, а на другом као припадак материјалног субјективног права (Грађанско право, прва књ., II изд., 1927, с. 85, 86 и 272). У новије време, против појма правозащитног захтева, као посебног појма, изјашњавају се Јухарт: *Civilno процесно право FLR Jugoslavije*, 1961, с. 17, и Познић: *Грађанско процесно право*, с. 22—23. Супротно томе, Шуља прихвата теорију о правозащитном захтеву (Грађански парнични поступак ФНРЈ, 1957, с. 15). Став М. Марковића према тој теорији је, ако смо тачно разумели, неутралан (Грађанско процесно право, књ. прва, св. I, 1957, с. 39—40).

(6) Ово схватање права на тужбу (у материјалном смислу) заступа у совјетској науци М. Гурвич: *Право на иск*, 1949, с. 145.

законодавство и наука дају на ово питање потврдан одговор. Управо постојање тих дужности суда треба, по нашем мишљењу, да буде полазна тачка за образовање појма права на правну заштиту. У њихово исцрпно набрајање нећемо се упуштати јер би то овде било сувишно. Уместо тога, треба навести само оне најглавније. Суд је, пре свега, дужан да тужбу узме у испитивање, а у даљем току поступка дужан је да свакој странци пружи могућност изјашњења о наводима и захтевима противника, да путем доказног поступка утврди чињенично стање, да правну ствар савесно претресе, да целим поступком управља на најцелисходнији (најекономичнији) начин и да по закључењу главне расправе (уколико се има у виду првостепени суд) одлучи о предмету спора применом одговарајуће норме на оно чињенично стање до којег је дошао из материјала изнетог и претресеног на расправи. Укратко, суд је дужан узети тужбу у испитивање и поступати даље применом одговарајуће процесноправне или материјалноправне норме у свакој новој процесној ситуацији. Према томе, доношење пресуде у корист тужиоца, или пресуде супротне садржине, само је један вид опште дужности суда да у покренутој парници поступа на прописани начин. Мислимо да нећемо бити далеко од интенције редактора Преднацрта ако право на правну заштиту од стране суда (теориски, боље „право на правосуђе“) (7) схватимо баш као право које у правном систему постоји као корелатив његове поменуте дужности. У томе смислу, право о коме говоримо наговештено је већ у чл. 2, ст. 2, ЗПП. Наиме, ова одредба предвиђа дужност суда да одлучује о захтеву за који је надлежан (8). Треба одмах додати да право на правну заштиту, онако како је изложено, значи и дужност суда да тужбу узме у поступак, да испита своју надлежност и постојање других претпоставки за мериторно одлучивање, као и да предузме све друге радње без којих се доношењу пресуде не може приступити. Доследно томе, и одбацивање тужбе због недостатка неке процесне претпоставке или због постојања неке процесне сметње представља испуњење дужности, којој одговара право на правну заштиту. Из оваквог схватања тога права намећу се даљи закључци који се тичу његовог носиоца и његовог остварења. У поступку у коме постоји само једна странка, као што је управни или ванпарнични, право на правну заштиту припада тој странци. У парничном поступку — иако то може бити необично — оно припада обема странкама. Јер, несумњиво је да од тренутка кад је тужба поднета, и тужени има право да суд по тужби поступа. И према њему је суд дужан да пази на постојање процесних претпоставки, рационално управља парницом, расветли чињенично стање, омогући изјашњавање о радњама противника, савесно оцени доказе, одлучи по закону а према исходу расправе и изведених доказа, итд. Да и тужени има право на поступак и доношење мериторне одлуке, види се најбоље по томе што се он може противити повлачењу тужбе (9). Право на правну

(7) Розенберг: и. д., с. 8.

(8) Упореди са наведеном одредбом § 16 СГЗ, § 19 ОГЗ и § 16 Општег имовинског законика за Црну Гору.

(9) Тренутак од кога је, у развоју поступка, пристанак туженика на повлачење тужбе потребан, ствар је позитивноправног регулесања, и са становишта опште теорије процесног права нема значаја за став у погледу тужениковог права

заштиту треба дакле схватити као право и једне и друге странке на судско поступање, и то такво које ће бити у складу са принципом легалитета. Ово право настаје са покретањем парнице а остварује се коначно са правоснажношћу одлуке којом се поступак завршава. Против судије који не поступа свака странка има право да се обрати председнику суда, као органу судске управе, а осим тога и представничком телу које је бирало судије тога суда (10). Своје право на законито поступање у току парнице странка остварује правним лековима против одлука и других судских радњи за које она сматра да нису у складу са законом. Најзад, из предњих ставова проистиче још један закључак: Право на правну заштиту припадало је и оној странци која је протеклу парницу изгубила. То право показује се дакле већ према исходу парнице као „право странке да буде у праву, или као њено право да не буде у праву“ (11). Овај закључак је парадоксалан, али се он намеће из изложеног схватања поменутог права. Јер и према странци на чију је штету одлука изречена суд је испунио своју обавезу да поступа у складу са законом. Не сме се изгубити из вида да необичан карактер овог последњег закључка треба првенствено приписати самом термину „право на заштиту права“ („право на правну заштиту“). Зато би изнетој концепцији више одговарао неки други термин. Ако се такав термин не би могао наћи, онда би требало покушати да се постигне таква редакција чл. 55 Преднацрта у којој би тежиште било на садржини права о коме говоримо или, још боље, на садржини обавезе судова и других органа према правним субјектима — странкама поступа.

Право на правну заштиту замишљено је као једна уставна гаранција грађанима и другим правним субјектима. По том свом значају, оно у правном систему мора имати карактер једног субјективног јавног права у корист сваког грађанина који се појављује као странка у поступку. Мислимо да такав карактер право на правну заштиту може имати само у изложеној концепцији. Супротно томе, схваћено искључиво као право тужиоца на повољну пресуду, оно се своди — како је Розенберг убедљиво показао — на тужљивост субјективног права, дакле на једно његово обележје. Укратко, овакво схватање своди право на правну заштиту на само субјективно грађанско право, посматрано у односу према суду, у тренутку кад је овај нашао да је тужиочев захтев основан. Јер, рећи да је тужилац изгубио спор зато што је суд нашао да му не припада право на правну заштиту тачно је исто толико колико и рећи да се спор тако окончао зато што је суд утврдио да тужиоцу субјективно право не припада. Не изгледа вероватно да су редактори Преднацрта хтели да тужљивост субјективног права потврде једним уставним принципом и да су у ту сврху конструисали једну посебну категорију.

Б. Познић

на правну заштиту, онако како је оно напред схваћено. Зато овде остављамо по страни питање да ли је тај тренутак у нашем праву умесно одређен (чл. 181, ст. 1, реч. 2, ЗПП).

(10) У нашем праву не постоји кривично дело *déni de justice* као у француском (чл. 185 франц. Крив. зак.). Одредба чл. 161 југ. Крив. зак. је знатно ужа.

(11) Calamandrei, наведено по делу Cognu — Foyer: Procédure civile, 1958, р. 275.