

---

# ОСНОВНА ТЕМА

---

др **Мирко ВАСИЉЕВИЋ**  
професор Правног факултета Универзитета у Београду

## ПРИВРЕДА И ВЛАДАВИНА ПРАВА\*

*„Циљ закона није да укине или оџраничи,  
већ да очува и увећа слободу  
шамо ђде нема закона нема ни слободе.“*

Џон Лок

### I О појму владавине права

Од када је света и века људи уопште и правници посебно су трагали за одговором на питање шта је прихватљивије: *владавина људи* или *владавина ђрава*. Разуме се да су аутократске владавине увек наметале концепт владавине људи (владара), док су демократске владавине нудиле потчињеност праву и тиме владавину права.<sup>1</sup> У првом случају радило се о незаконским државама, а у другом о законским државама.<sup>2</sup> Закон-

\* Рад је написан у оквиру вишегодишњег пројекта Правног факултета Универзитета у Београду *Развој ђравној сисџема Србије и хармонизација са ђравом ЕУ (ђравни, економски и социолошки асџекџи)*.

1 Интересантно је да је овај аспект владавине права био изражен у Законику цара Душана у средњовековној Србији (XIV век). „Ако успише писмо царства ми, или из срџбе, или из љубави, или из милости за некога, а то писмо ружи Законик, није по правди и закону, како Законик пише, судије том писму да не верују, него да суде и извршавају како је по правди“ (чл. 167). „Све судије да суде по закону, право како пише у Законику, а да не суде по страху од цара“ (чл. 168). Вид. *Душанов законик – Бисџрички ђрејис*, Београд 1999.

2 У стриктно правном смислу у правној и политичкоправној теорији има неслагања око изједначења појма „правна држава“ и појма „владавина права“. Део теорије који прави ту дистинкџију (Л. Баста, *Полиџика у ђраницама ђрава*, Београд 1984,

ска држава је израз немоћи позитивног права да се избори за природноправну вредност над свим вредностима – вредност правде, тако да је концепт владавине (позитивног) права слаба копија тих изневерених нада. Наиме, у својој теоријској равни, могло би се мислити да је држава у којој влада право,<sup>3</sup> у којој су сви једнаки пред законом, у којој је *и власт̄ӣ њо̄ӣчињена̄ њраву и одговорна̄ њред њравом*, истинска демократска држава у којој влада народ (преко прописа које доноси) по дефиницији њеног појма. Фактички проблем држава владавине права јесте, међутим, у томе што позитивно право (у својој најважнијој, државној, сфери) стварају људи, логиком политичког изборног система, чиме се уместо владавине народа обезбеђује владавина већине (која кроз парламентарни механизам доноси законе који су израз њене воље). Круг се тако опет затвара и враћа на мање или више огољен проблем владавине људи, а не на владавину права (с тим што у демократским државама то је увек нека већина, док је у недемократским државама то нека мањина).<sup>4</sup>

Идеја владавине права има свој општи и посебни изражај. Општи аспект те идеје и вредности има пре свега свој политички (материјални) аспект: *систӣем њоделе власт̄ӣи* (независност три власти: законодавна, судска и извршна)<sup>5</sup>, који својом трипартицијом, јесте гарант потчињености политике (извршне сфере власти) праву – *начело конњроле њолињичке власт̄ӣи њуњем њрава* (политика у раљама права).<sup>6</sup> Додатна гаранција за

---

113–118) полази од чињенице да не постоји јединствено гледање на однос права и државе (теорије о независности државе од права, теорије о првенству државе над правом, теорије о првенству права над државом, теорије о јединству државе и права, теорије о повезаности државе и права и теорије о релативној самосталности државе и права, док други део теорије, свестан тих различитих становишта о односу права и државе, ипак заузима став да „између правне државе и владавине права не постоје суштинске разлике, односно да су правна држава и владавина права исто“ – тако: Д. Митровић, *Правна њеорија*, Београд 2007, 158–164 и 171.

- 3 О концепцији права као интегритета, које обједињава законодавство и јуриспруденцију, те о праву које „само себе прочишћава“, односно о „царству права“ које „одређује став, а не територија, власт или процес“ („иако судије морају имати последњу реч, не значи да је то и најбоља реч“), говори: Р. Дворкин, *Царстњво њрава*, Београд 2003, 435–449.
- 4 Вид. Р. Лукић, *Правна држава – њорекло и будућност̄ӣ једне идеје*, Београд 1991b; Д. Баста, К. Чавошки, *Право као умеће слободе – о̄лед о владавини њрава*, Београд 1994; Д. Митровић (2007), 165–171; Д. Митровић, *Начело законњӣосњӣи – њојам, садржина, облици*, Београд 1996; Г. Вукадиновић, *Теорија државе и њрава, II*, Н. Сад 2007, 113–124; Г. Вукадиновић, *Правна држава*, Н. Сад 1995.
- 5 „Народне судије су само уста, која изговарају речи закона; беживотна бића која не могу да му ублаже ни снагу ни строгост“ – Ш. Монтескје, *О духу закона*, Београд 1989, 183.
- 6 „Владавина права јесте атрибут ваљано уређене државе који је дефинише као вршење власти у границама права... није довољно да државна власт буде ограни-

то потчињавање политичке власти праву јесте и судска независност. Све три власти су једине власти у својој сфери, ограничене су правом које им пружа гаранцију слободе у својој сфери неограничене суверености. Сходно томе, право у нормативном смислу нема проблема само са собом у овом домену и ту свакако тријумфује. Право, међутим, има проблема што је управо овде најчешће и најлакше рањиво, тако да се сукобљава са животом („право иде друмом, а живот шумом“!).<sup>7</sup> Манифестације неживотности те велике нормативне победе правне цивилизације на терену и уставне гаранције су врло честе у земљама у којима се „демократија осваја“: улазак извршне сфере власти (политике) у законодавну сферу власти и неовлашћено преузимање парламентарних овлашћења (систем владања уредбама уместо законима – сфера приватизације мотивисана приземном идејом *имаџи*, уместо велике филозофске тековине *биџи* јесте трајни споменик доминације „сфере чулности“ над „сфером умности“ вршилаца политичке власти; систем владања ставовима извршне и управне власти уместо законима, итд.); јавне манифестације политичке моћи извршне власти у односу на судску власт (не само начелне и опште, већ и врло конкретне и у смислу објекта и у смислу субјекта); компромитација законодавне власти доношењем „нетолерантно“ неправедних (па и неуставних и нелегалних) закона (ограничавање слободе говора и информисања, као недемократска легитимација демократских власти и израз „владавине политике над правом“, на пример).

Општи аспект владавине права има свој посебан изражај на плану сврсисходности (целисходности) права, који представља индивидуализацију права (општег, апстрактног) на конкретан случај, што је и смисао примене права и посебно улоге судске власти. Правне вредности, попут правде и правне сигурности, како је то писао Г. Радбрух,<sup>8</sup> могу бити у сукобу са сврсисходношћу, те се поставља питање предности кад постоје ове антиномије права. *Сврсисходноста може биџи љавна вредност* ако у стварности спроводи своју мисију индивидуализације опште законске норме на конкретан случај, али она је у опасној „сивој“ зони, у којој политичка (страначка, владајућа) власт, иако је кроз парламентарни механизам „прописала право“ може проценити да није политички целисходна одређена примена баш тог права („неједнако поступање у једнаким

чена правом; битно је и то да право буде ваљано по садржини.“ Тако: Р. Васић, „Принцип владавине права“, *Уставности и владавина љрава* (приредио: К. Чавошки), Београд 2000, 15–16.

7 „Појам права није никакав логички појам, већ је појам силе. Зато Правица, која у једној руци држи теразије којима мери право, у другој руци држи мач којим га брани. Мач би без теразија био гола сила, а теразије без мача немоћ права“ – Р. Јеринг, *Борба за љраво*, Београд 1998, 16.

8 Г. Радбрух, *Филозофија љрава*, Београд 1980, 94–100.

случајевима“ или „једнако поступање у неједнаким случајевима“, као повреда уставних принципа једнакости пред законом и повреда опште правне вредности правде и правне сигурности). У том случају не може се говорити о сврсисходности као правној вредности и о владавини права, то јест политици у раљама права, већ обрнуто, о праву у раљама политике (*владавина власици, а не владавина йрава*). С гледишта „објективног права оправдана је само она сврха и она сврсисходност која одговара објективном праву“.<sup>9</sup>

*Формални асијекти владавине йрава у континенталноправном смислу везује се за йринцип законийосици: сагласност свих хијерархијски нижих општих правних аката са вишим правним актима, као и сагласност свих појединачних правних аката са законом у ширем смислу. У англосаксонском правном смислу појам владавине права поклапа се са континенталним у смислу општег (политичког) или материјалног аспекта, док се формални аспект сматра превише „позитивистички“ или „догматски“. Интересантно је да у новије време постоји померање тежишта појма владавине права и у материјалном (политичком, општем) смислу од принципа поделе власти и потчињености сваке власти праву, као и једнакости свих пред законом, ка слободи, људским йравима, блајосијању и йравди.*

Тако, за Ролса „владавина права је очигледно тесно повезана са слободом“, коју чини „комплекс права и дужности одређених установа“. Ролс сматра да поред слободе, владавина права захтева и испуњење других захтева: 1) да слични случајеви буду третирани слично, 2) да власти доносе законе и издају наредбе у доброј вери, 3) да судски процес поседује суштински интегритет, 4) да нема прекршаја без закона, 5) да *слобода води одговорности* (аргументи за ограничавање слободе проистичу из саме слободе), 6) да правила одреде „појам природне правде“ и да обезбеде да се правни поредак непристрасно и правилно одржава.<sup>10</sup>

За разлику од Ролса, владавина права „нема никакве везе“ са слободом, јер слобода доводи до неједнакости међу људима – Хајек каже да је, *йојам „владавина йрава“ у неку руку йрошивречан, јер „закон не може сам да влада“, јер „само људи моју да имају моћ над дружим људима“*. Закључује, отуда, да слобода у том смислу не може да представља највећу вредност (позната је његова мисао да све већим ограничавањем административне власти слободе појединаца постају све веће), већ благостање људи, које је по његовом мишљењу „крајњи циљ права и закона“.<sup>11</sup> Тако се практично и формални аспект владавине права у континенталноправном смислу (законитост) у англосаксонском поимању не схвата толико

9 Тако: Р. Лукић, *Систем филозофије йрава*, Београд 1995b, 523–524.

10 Џ. Ролс, *Теорија йравде*, Подгорица 1998, 221–228.

11 Ф. Хајек, *Политички идеал владавине йрава*, Загреб 1994, 19.

формално у смислу законитости (формалне сагласности са законом и хијерархија прописа), посебно са становишта Келзенове „чисте теорије права“, која се логички своди на затвореност правног система.<sup>12</sup> Уместо таквог позитивизма и догматизма пледира се за сагласношћу закона и одлука, донетих на основу њега, са вредностима које се постављају као неопходне за постојање и развој слободног друштва.

## II Регулатива привреде и владавина права

Светом данас, без сумње, влада озбиљна економска криза, која се одражава на стање привреде. Економисти и политичари се из петних жила упињу да проникну у њене узроке, како би трасирали путеве изласка. На овој основи настао је и спор присталица тзв. филозофије либералне (и неолибералне) економије („невидљива рука тржишта као регулатор“) и присталица државе са снажнијом регулаторном функцијом и снажнијом мониторинг функцијом у функционисању прописаних правила („невидљива рука државе“). Тврдокорност неолибералног прилаза не хаје много за берзанске крахове упоредиве са економском кризом тридесетих година прошлог века, покушавајући да то опет припише *слабости државе, а не слабости тржишта*, истрајавајући и даље на логици „тржишног фундаментализма“.<sup>13</sup> Разлози за невиђен економски суноврат траже се у грешци државе и њеној регулативи, као и непоштовању регулативе (похлепни брокери и банкарски у „унутрашњим“ редовима), а не у грешци система неолибералног капитализма.<sup>14</sup> То изгледа има доста сличности са марксистичком крилатицом да ако ишта „може доћи главе комунизму, то су мангупи у његовим редовима“. Чини се да ово стање најбоље објашњава Штиглицова опаска да је „пад Берлинског зида показао да комунистичка економија не може функционисати, а пад *Leman Brothers* да исто тако не може да функционише ни необуздани капитализам“. Управо је Џ. Штиглиц својим капиталним делом о противречностима глобализације показао погубност такве економске и законодавне политике (посебно је форсира ММФ), тзв. „шок терапије“ брзе приватизације, без обзира на националне специфичности и недостатак институционалног капацитета држава за регуларност процеса и за заштиту својинских и уговорних права, како би се што пре успоставило исто економско и правно окружење („турбо капитализам“).<sup>15</sup>

12 Вид. Х. Келзен, *Чиста теорија права*, Београд 2007, 53-62.

13 Вид. М. Фридман, *Капитализам и слобода*, Н. Сад 1996; В. Вукотић, „Филозофија историје кризе“, *Криза и глобализација* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2009, 11-25.

14 К. Прерадовић, „Суноврат неолиберализма“, *НИН*, 3141/10.3.2011, 24-27.

15 Џ. Штиглиц, *Противречности глобализације*, Београд 2004, 175-261.

Светска економска криза и посебно националне кризе почетком двадесет првог века указале су на потребу тражења „новог пута“ са „људским ликом“ („нови капитализам“, „морални капитализам“, „државни капитализам“, „хумани капитализам“). На том путу време је за преиспитивање и улоге тржишта и улоге државе.<sup>16</sup> О тој дилеми Штиглиц каже: „Показало се да је доктрина ‘тржиште је најбољи регулатор’ – лажна. Сви су хтели минимум државног регулисања и направили су штету од које је страдао цео свет. Регулисање је врло важно јер се одражава на целу глобалну економију. Нисам оптимиста да ћемо нешто изменити. Зашто? Зато што постоје *интересни крујови који су инсистирали на дерегулацији* и на томе зарадили велики новац који су потом улагали у политичке процесе. Они можда нису тако добро инвестирали у обрт и некретнине, али су добро уложили у политику и добили не само мере против регулисања, већ и огромну помоћ банкама у кризи. *Сада љокушавају да њај кайиџиал искористије да сирече рејулисање*. А не треба заборавити да су кључне економске категорије у САД створене уз помоћ државе – интернет, медицина и многе друге. Оне се после обраћају приватним финансијерима, али катализатор је држава. У перспективи се мора решити питање како наћи *баланс интереса тржишња и државе*.“<sup>17</sup> Да је Штиглиц био у праву доказ је последњи (2010) Светски економски форум у Давосу, посвећен „будућности капитализма“, који управо закључује да је „*вишак љројиса узрок кризе*“, те да „креатори светске економске политике чине фундаменталну грешку када мисле да могу дизајнирати строжију финансијску регулацију којом ће избећи настанак неких других непредвидивих и нежељених последица“.<sup>18</sup>

16 Присталице (нео)либералног капитализма (филозофија „тоталног“ или „турбо“ капитализма) имају озбиљних проблема у тражењу одговора на питање како то да у ери „победе“ капитализма (либералног) највише јача земља којом влада комунистичка партија, „опозициона“ том капитализму (Кина). Тражење одговора у формули да је Кина дала предност традицији и прагматичном конфучијанизму (послушај старијег и по звању и по имању и по узрасту) над модернијим (идеолошким) у основи је бежање од правог одговора који се налази у равни системске грешке либералног капитализма (попут системске грешке комунизма). Вид. М. Пантелић, „‘Косооки’ пристижу ‘носоње’“, *Политика*, 4.2.2010, 2.

17 Џ. Штиглиц, „Интервју“, *Политика*, 6.7.2009, 3.

18 Вид. С. Тасић, „Вишак прописа узрок кризе“, *НИН*, 3085/11.2.2010, 26–29. Финансијско тржиште, као тржиште по природи иманентне неравнотеже, која дестабилизује економију, свакако јесте пример тржишта које мора бити чврсто регулисано, те је његова дерегулација сигурно фатаморгана. Фатална улога недовољне, или пре некавалитетне, регулације тог тржишта, филозофије тржишног фундаментализма и одређених пропуста државе и њених регулаторних институција узимају свој данак у економској кризи почетка овог века чије се размере још не виде, али се она већ упоређује са последицама кризе тридесетих година прошлог века. Велики берзански маг Џ. Сорос овако разобличава улогу тржишног фундаментализма на том тржишту: „Кључна особина фундаменталистичких схватања је у томе да

### III Привреда и офанзива „меког права“?

Управљање компанијама/корпорацијама отвара пре свега питање карактера регулативе компанија (од оснивања до престанка) и тржишта хартија од вредности. На првом месту питање је колико ова регулатива треба да буде когентна (императивна), а колико диспозитивна. Традиционално је управљање компанијама било регулисано законским нормама, како императивним, тако и диспозитивним (овлашћујућим). Ипак, апстрактност компанијских закона (као законска вокација уопште) и тиме условљена једнообразност њихове примене у императивном делу кад је реч о управљању компанијама показала се као врло лоше решење, с обзиром на то да не може да уважава бројне специфичности сваке компаније конкретно (величина, број акционара, структура капитала и акционара, врста делатности, чланица групе друштава или нечланица, мултинационална или не, отворена или затворена и слично). С друге стране, без императивних норми није могуће уређење бројних питања из сфере управљања неких компанија, нарочито отворених и котираних, тако да није увек излаз форсирање законског принципа *слободе уговарања* (овлашћујуће, диспозитивне норме). Ово исто важи и за регулативу тзв. саморегулаторних организација (берзе, асоцијације берзанских посредника, регулатори надзора на финансијском тржишту и слично), која надопуњује законску регулативу, па и у сфери управљања компанијама, а такође и за аутономну регулативу компанија у складу са законским овлашћењима (општи акти компанија). На другом месту је питање колико ова регулатива треба да буде хармонизована на нивоу ЕУ, а колико треба да остане на националном нивоу.<sup>19</sup> Чињеница је да једном хармонизована компанијска регулатива уопште и посебно регулатива из домена управљања компанијама, као таква остаје тешко променљива, а евидентно постоји континуирана потреба за њеном адаптацијом. Овим се не спори потреба хармонизације ове регулативе,

се она заснивају на судовима оцењивања. На пример: ако је нека мисао нетачна, онда се супротна тврдња сматра тачном. Управо таква *лојичка грешка* се налази у основи тржишног фундаментализма. Уплитање државе у привреду стално је доводило до негативних последица. То важи не само за централистичко планирање, већ и за економику благостања и кејнзијанско управљање. На основу такве баналне мисли тржишни фундаменталисти долазе до потпуно *нелојичној закључка*: *ако је државни интервенционизам дефектан, онда је слободно тржиште право савршенство.*“ Нав. према: М. Секуловић, „Криза глобализоване економије“, *Криза и глобализација* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2009, 87-88. Вид. Х. Хрустић, *Светска финансијска криза и државна интервенција у одабраним земљама*, Институт за међународну политику и привреду, Београд 2009.

19 Виш. Е. Wymeersch, „About Techniques of Regulating Companies in the European Union“, *Reforming Company and Takeover Law in Europe* (eds. G. Ferrarini *et al.*), Oxford 2004, 145-182.

али се истиче евидентан паралелизам предности и недостатака такве регулативе.<sup>20</sup> Суочавање са овим проблемима довело је до развоја *праксе алтернативне регулативе* (која у неку руку следи тренд развоја алтернативних начина решавања привредних спорова).

Интернационализација берзанских тржишта и тржишта хартија од вредности, те недостатак законске регулативе и саморегулативе саморегулаторних организација, за ове потребе и потребе унапређења корпоративне праксе, условили су развој *алтернативне регулативе*. Ова регулатива настаје активношћу самих учесника на тржишту или у кооперацији са њиховим асоцијацијама и владом, путем којих се може развити, адаптирати и применити *најбоља пракса* (кодекси или стандарди). Реч је у ствари о одговору учесника на тржишту на основу законског овлашћења уз примену правила „*примени или објасни*“ („*comply or explain*“, „*comply or disclose*“), што би требало више да одрази стварне потребе различитости, флексибилности, преузимања сопствене одговорности, задовољења интереса акционара и других конститутивних интереса компаније, од формалне законске (саморегулаторне или аутономне) принуде у компанијском праву и праву хартија од вредности. Логика ове врсте регулативе која је основа за редукацију *hard law* („тврдо право“) и развој *soft law* („меко право“) је, дакле, првенствена потреба веће флексибилности управљања компанијама, потреба испуњења услова прописаних берзанским правилима за котацију хартија од вредности компанија и давања више простора аутономији воље и у овој области (традиционално иначе више резервисаној за законски империјум).<sup>21</sup> У теорији се с правом отвара питање да ли је правно уопште могуће говорити о „меком праву“, с обзиром на то да је традиционални појам права његова примена (уз правну принуду) или „компензација“ непри-

20 Вид. *Report of The High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe (Winter Report)*, Brussels 2002, 31.

21 Вид. К. Ј. Нопт, „Corporate Governance – General Report on 32 Countries for the International Academy of Comparative Law“, *The XVIII International Congress of Comparative Law, Section: Corporate Governance*, Washington 2010, 6–7. Вид. *The XVIII International Congress of Comparative Law, Section: Corporate Governance* – Интерни материјал, национални извештаји (Конгрес, Вашингтон 2010): Бразил (N. Eizirik, 2), Ј. Кореја (Y. Shim, 2–3), Србија (M. Васиљевић, 3–5), Италија (F. Denozza, P. Montalenti, 2), Аргентина (R. A. Etcheverry, 3–9), Аустралија (J. G. Hill, 2–4), Данска (J. S. Christensen, 2–3), Француска (P. H. Conac, 3–5), Јапан (N. Nakamura, 2–5), Луксембург (I. Corbisier, 2–6), Тајван (W. J. Wang, W. R. Tseng, 2), Турска (A. E. G. Usluel, 2–3), Финска (J. Mahonen, 5–11), Шпанија (J. A. Garcia, C. Gonzalez, I. Moralejo-Mendez, 3–5); као и: Немачка (H. Merkt, *German National Reports to the 18th International Congress of Comparative Law* (eds. J. Basedow, U. Kischel, U. Sieber), Tübingen 2010, 232–234, Холандија (J. van Bekkum *et al.*, *Netherlands Reports to the 18th International Congress of Comparative Law*, Antwerpen – Oxford 2010, 240–241), и Пољска (S. Soltysinski, *Rapports Polonais – 18th International Congress of Comparative Law*, Lodz 2010, 104–108).



мене са принципом слободе уговорања, која ако се не искористи опет се примењује „меко право“ (законског порекла или из сфере саморегулативе саморегулаторних организација или ауторегулативе – општи акти компанија).

Поставља се, међутим, питање да ли се може говорити уопште о праву кад је компанија слободна да нешто примени или да објасни учесницима на тржишту зашто нешто није применила из сфере корпоративног управљања домена „меког права“ (кодекси и стандарди или водичи корпоративног управљања, кодекси добре или најбоље корпоративне праксе и слично), а да за то не могу да уследе правне санкције (правна принуда)?! Чини се да је овде ипак реч о специфичном праву и извору права, који обавезује компаније или на примену или непримену али уз објашњење разлога непримене, што би могло да делује уверљиво на њене акционаре и друге потенцијалне инвеститоре у њене хартије од вредности, да је управо такав избор најбољи корпоративни избор и да ће то имати одраза на цену њених хартија од вредности и финансирање на тржишту капитала (нова емисија хартија од вредности). Ипак, необјашњење непримене „меког права“ које би деловало уверљиво на инвеститоре понекад може бити и основ одређених правних санкција као повреда дужности пажње директора (критика акционара, одређене мере надзорног тела тржишта хартија од вредности и евентуална лична одговорност директора).<sup>22</sup> Коначно, ако је поштовање одређеног кодекса корпоративног управљања или кодекса добре корпоративне праксе намењеног првенствено листираним компанијама услов за укључивање хартија од вредности на одређено берзанско тржиште, што често јесте, онда се природа овог „меког права“ значајно мења и нема спора да његова примена више није добровољна већ обавезна, што је већ одлика права. Ипак, нема релевантних истаживања која би указивала на стварну везу економских последица овог или оног корпоративног избора одређене компаније кад је реч о правилу „примени или објасни“ у односу на сферу „меког права“.<sup>23</sup>

Алтернативну регулативу чине и тзв. *модел закони*, који могу бити коришћени добровољно и променљиво зависно од околности тржишта. Управо су САД пример како се висок ниво униформности компанијске регулативе може постићи кроз процес „природне селекције“ на бази модел закона, који нуде предност велике адаптабилности и варијација (*Model Business Corporations Act*).

Суочена са отвореним питањем карактера модерне компанијске регулативе и регулативе тржишта хартија од вредности, *Висока група експерата* за реформу компанијског права ЕУ, полазећи од развоја флек-

22 Вид. К. Ј. Норт (2010), 10.

23 Вид. К. Ј. Норт (2010), 9.

сибилне праксе регулативе, заузела је став да ЕУ треба шире да користи управо ове алтернативе регулације, констатујући да је у досадашњој законској пракси превише коришћена примарна регулатива путем директива, која је потом имплементирана у регулативу држава чланица. Ова Група уједно констатује да у многим областима компанијске регулативе нема посебне потребе за детаљном регулацијом у директивама ЕУ и препоручује следећи модел регулације: прво, ако је примарна регулација путем директива нужна, она треба да се задржи на нивоу принципа и општих правила,<sup>24</sup> остављајући детаљно регулисање секундарној регулацији; друго, секундарна регулација и механизми установљених стандарда и њихове координације су погоднији механизми регулације нарочито у области управљања компанијама и одржавању скупштина акционара, у циљу охрабрења развоја најбоље праксе.<sup>25</sup>

Кад је, посебно, реч о коришћењу алтернативне форме регулације која се тиче модел закона, Висока група експерата за реформу компанијског права ЕУ је мишљења да различитост законодавних техника и материјалног права, није погодан оквир за такве законе који би се користили широм Европе, али би уместо тога могли бити коришћени униформни модел документи (нпр. електронски модел *proxi* пуномоћја за гласање одсутних акционара). Ови модел документи могу бити нарочито корисни код модерних технологија, које омогућују ефикасно одлучивање (нпр. прекогранично гласање и слично). У сваком случају, коришћење ових форми може водити неформалној конвергенцији националних регулатива и нових института компанијског права.<sup>26</sup>

Закон о привредним друштвима Србије (ЗОПД)<sup>27</sup>, полазећи од оправдане константне критике наше пословне јавности да су нам привредни закони превише апстрактни и неприменљиви за конкретност привредног живота, оставља компанијама и другим формама привредних друштава (ортаклуци) велику могућност избора својим флексибилним решењима. Принцип *слободе ујоварања* је врховни принцип код

24 Посебно је осетљиво питање евентуалне широке употребе *принципа субсидијарности*, према ком у областима које су изван искључиве компетенције ЕУ, ЕУ може законски интервенисати само ако, и у мери у којој, циљеви предложене акције не могу бити у довољној мери постигнути регулацијом од држава чланица, а могу, због тога и због обима и дејства, бити боље постигнути регулацијом од стране ЕУ. Вид. Е. Ferran, „The Role of the Shareholder in Internal Corporate Governance: Shareholder Information, Communication and Decision-Making“, *Reforming Company Law in Europe* (eds. G. Ferrarini et al.), Oxford 2004, 419; J. Winter, „EU Company Law at the Cross-Roads“, *Reforming Company Law in Europe* (eds. G. Ferrarini et al.), Oxford 2004, 13–17.

25 Winter Report, 32.

26 Winter Report, 32.

27 ЗОПД, *Службени гласник РС*, 125/04.

свих форми затворених привредних друштава (где се проблем корпоративног управљања у основи и не поставља), као и код предузетника. Овај принцип је једино искључен у питањима која се тичу заштите трећих лица, док је у интерним односима међу власницима ових друштава и у њиховим односима са привредним друштвом принцип слободе уговарања практично неограничен.

ЗОПД је модеран закон и по идејама које су добиле законско рухо и по регулисаним институтима. У многим својим решењима, посебно у домену корпоративног управљања отворених (као и затворених) друштава, он је испред свог времена, посебно стога што је прихватио и уградио у свој текст институте који су за ниво ЕУ тек најављени као правци промена компанијског права (независни директори, кумулативно гласање, акције без номиналне вредности, седнице скупштине акционара или управног одбора путем видео конференција и коришћења других савремених техничких средстава, обавезност интернет странице за објаву података од значаја за трећа лица, једногодишњи мандат директора, флексибилност института разрешења, отвореност уговора директора са друштвом, модернизовање принципа лојалности и фидуцијарне дужности према привредном друштву одређених лица и слично).

ЗОПД је и либералан закон<sup>28</sup> и по идејама и по решењима. У Закону доминирају диспозитивна решења, која су уосталом битно обележје свих форми привредних друштава, осим донекле отвореног акционарског друштва. Закон је настојао да своју вокацијску апстрактност конкретизује руковођен потребама пословног живота, који тражи за сваког привредног субјекта могућност конкретног прилагођавања апстрактног законског решења. Све ово наравно у контексту идеје афирмације пословног интереса сваког привредног субјекта да може неки однос друкчије уредити од закона, када овај не штити општи интерес, те отуда *чаробна формула* „ако оснивачким акцијом није друкчије одређено“ доминира овим законом и чини његов мото (*enabling model*).<sup>29</sup>

28 До 1998. године у држави Делавер (чије је компанијско право пример *enabling model*-а и дискреционих овлашћења директора) било је регистровано преко 300.000 компанија, од којих и преко 50% компанија које се котирају на Њујоршкој берзи. Главни разлози за регистрацију водећих светских компанија управо у овој држави су следећи: 1) флексибилност закона, 2) општа познатост (ноторност чињенице), 3) предвидљивост исхода спорова, 4) добро уређено корпоративно управљање (посебно кад је реч о *business judgment rule*), 5) стандардизованост судске корпоративне праксе, 6) ефикасност судова у складу с пословним потребама, 7) способност привлачења и задржавања квалификованих менаџера и директора, 8) могућност ограничења случајева имовинске одговорности директора и могућност лимитирања те одговорности, 9) заштићеност интереса акционара на првом месту. Вид. А. Cadbury, *Corporate Governance and Chairmanship – A Personal View*, Oxford 2002, 40-43.

29 Има схватања да овај модел није погодан за земље у транзицији, с обзиром на то да домаћи пословни субјекти нису довољно вешти у уговарању „софистицираних

Уз афирмацију принципа слободе уговарања, што је владајући тренд компанијске регулативе, Закон о привредним друштвима Србије први пут у наш правни живот уводи институт Кодекса понашања<sup>30</sup> (Кодекс корпоративног управљања),<sup>31</sup> који је донела Привредна комора Србије, а који се примењује на сва котирана акционарска друштва (као и сходно на друга друштва која га изричито прихвате) која су чланови ове коморе (аутоматизам), осим ако друштво не усвоји неки други кодекс који испуњава прописане услове. Овај кодекс садржи три врсте правила: 1) законска правила, 2) препоруке или тзв. „примени или објасни“ правила, која адресат треба да прихвати и по њима поступи, а ако то не учини или не учини на начин предвиђен овим кодексом, мора да пружи објашњење, односно оправдавајуће разлоге за учињено одступање, и 3) предлоге, који представљају правила које адресат не мора да прихвати, нити да пружи било какво објашњење за одступање од њих, а која се сматрају пожељном праксом у области корпоративног управљања котираним акционарским друштвима.<sup>32</sup> Поред овог кодекса, и Београдска берза је донела свој Кодекс корпоративног управљања котираних друштава (2008), који ова друштва могу прихватити својом писменом изјавом.<sup>33</sup> И поред законске обавезе да управни одбор котираног друштва на свакој годишњој скупштини извештава акционаре о усклађености корпоративног управљања са изабраним кодексом и разлозима одступања ако је до тога дошло, чини се, и поред непостојања одговарајућих истраживања да у нас није реч о институту који је до сада оставио значајнијег трага у развоју управљања компанијама. Разлог овом је и недостатак праксе, недовољан утицај тржишта и спољњег притиска и неадекватност санкција (које су углавном неправне природе – моралне). Чини се да за земље у транзицији, за сада, и нема посебне потребе за форсирањем ове форме „меког права“, због изузетно ниског прага правне сигурности, неефикасних санкција, слабости тржишне принуде, неразвијеног тржишта капитала, слабих и неефикасних судова. Уосталом, како то показује пракса Енглеске на примеру регулати-

решења“, мада се признаје да ни модел базиран првенствено на императивним и забрањујућим правилима (*prohibitive model*), са великом улогом судова, и поред одређене предности за земље у транзицији (већа правна сигурност око примене норме, смањење ризика судске корупције) није решење. Вид. Г. Коевски, *Компаративно корпоративно управљање*, Скопје 2005, 55–63.

30 ЗОПД, чл. 318.

31 Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије – ККУ ПКС, *Службени гласник РС*, 1/06.

32 ККУ ПКС, чл. 7.

33 Поред националних кодекса корпоративног управљања или кодекса добре корпоративне праксе, чини се да су најснажније утемељење до сада у овом погледу учинили Принципи корпоративног управљања *OECD*-а (2004, 2008).

ве преузимања отворених друштава (*takeover*), који је регулисан управо Кодексом („меко право“), због ауторитативног судства и тржишне принуде и развијености тржишта капитала, то је ефикасније и правно сигурније од земаља *civil law*-а, посебно земаља у транзицији, које су овај институт регулисале углавном императивним законским нормама и регулативом надзорних тела на финансијском тржишту, са далеко мање правне сигурности учесника у овом процесу.

#### IV Привреда и владавина слобода

Слобода има не само правну вредност („сфера њива је сфера слободe“, рекао би Хегел), већ је исто тако значајна и у свим другим областима друштвеног живота, посебно у политици (слобода говора), економији (слобода избора). Значај слободe у праву схватили су још и антички мислиоци и правни филозофи узимајући је као покораванье законима који оличавају неко „Добро“ (Платон и Аристотел). И Џ. Лок слободу везује за закон, наглашавајући да ње нема без закона и да се она мора кретати у законским оквирима. Слично поступа и Монтескје („слобода је право да се чини све што закони допуштају; када би грађанин могао чинити оно што закони забрањују, слободe више не би било јер би и остали имали ту власт“),<sup>34</sup> с тим што он проблем слободe посматра у оквиру своје теорије о троделној подели власти на законодавну, судску и извршну. Такође и Русо.<sup>35</sup> И Кант слободу схвата као природно право које припада човеку изворно, али која може постојати само заједно са слободом сваког другог (*самоо̀раничавање слободe*). Он сматра да право омогућује правну заједницу као „добро уређену слободу“, те да такву слободу, као природно право, не нарушава ни принуда (принудљивост, изнудљивост), то јест државна санкција. Да није тако, вршило би се неправо од стране других, што је препрека за слободу, те је отуда *̀принуда која се њиве су̀ро̀ишњавља, у стивари омо̀ућавање слободe у складу с њивом*. Принуда има за функцију да поново успостави и одржи окрњену законску слободу. И Фихтеова правна филозофија је проблем права решавала с обзиром на принцип слободe. И за Хегела „сфера права је сфера слободe“, али самосвесне слободe, што значи да је она ограничена слободом других.<sup>36</sup> Коначно, за Ролса „правда као

34 Ш. Монтескје, 174 (Том I).

35 Ж. Ж. Русо, *Друшњивени у̀говор*, Београд 1993, 51–57.

36 Вид. Д. Баста, „Један век правне филозофије на Правном факултету у Београду (1841–1941)“, *Право и слобода*, С. Карловци – Н. Сад (1994а), 20–24; Д. Матић, *Начела умно̀ државно̀ њива и кра̀шак њивељед исњиворњско̀ развњивка начела њива, морала и државе од најсњиворњих времена до наших дана*, Београд 1995, 140–142; К. Чавошки пише (*Макијавели*, Н. Сад 2008, 208) да су за Макијавелија добри закони „жила куцавица слободног живота“, Г. Вукадиновић (2007), 238–241.

непристрасност пружа снажне аргументе за једнаку слободу,<sup>37</sup> а за Дворкина слобода значи права кроз која се остварује.<sup>38</sup>

Џ. С. Мил у свом теоријском *џрактикају о слободи*, пре свега политичкој (али тиме и правној), залаже се за најшири оквир слобода, дајући при том мисли које су задужиле цивилизацију. Овде ће бити поменуте само три. Најпре, Мил се пита, „где су, дакле, границе власти човека над самим собом? Где почиње власт друштва? Колико људски живот треба да се потчини личности, а колико друштву? Сваком своје, одговара, и то ће бити најправедније. Личности нека припадне онај део живота који се тиче превасходно појединца, а друштву пак онај који се углавном тиче друштва“. Затим, „гушити слободну изјаву мисли значи захтевати за себе непогрешивост, и са тим обичним али ипак добрим доказом, потврђено је да то гушење ваља одбацити“. Најзад, поентира, „кад би сви људи били једног мњења, само један човек против јавног мњења, тад цело човечанство не би имало више права да том једном човеку запуши уста, него што би тај исти човек, само кад би могао, имао право да заповеди целом човечанству да ћути“<sup>39</sup> (мирише волтеровски!).

И у нашој филозофскоправној мисли постоје успешно написане књиге о значају слободе за право. Најпре, Д. Матић пише „право је, дакле, слобода, и обрнуто: слобода је право“, као и: „то заједничко што ум захтева јесте у томе да моја слобода буде у сагласности са слободом других.“<sup>40</sup> И Р. Лукић сврстава слободу у правну вредност, пишући да „са гледишта слободе, право и није ништа друго него покушај да се, с једне стране, слобода заштити и што потпуније оствари, а истовремено, с друге, да се разумно ограничи како не би нашкодила ни човеку ни друштву, будући да није увек неизбежно управљена на добро.“ Лукић сматра да је право снажан гарант слободе, упркос бројним ограничењима која намеће човеку, јер је то „суштински у интересу саме слободе“ (нама се чини често и у интересу самог човека).<sup>41</sup> Такође, и С. Перовић, који на основу темељне анализе релевантне филозофскоправне теорије и релевантних правних извора (домаћих и међународних) даје и дефиницију слободе: „Слобода је природно право човека да својим вољним радњама врши избор садржине и начин своје делатности у различитим подручјима индивидуалног и заједничког живота, али тако да, држећи се праведног закона и толеранције као израза културе разума, не вређа исту и једнаку слободу других.“<sup>42</sup>

37 Џ. Ролс, 199.

38 Вид. Д. Вујадиновић, *Политичка филозофија Роналда Дворкина*, Београд 2006, 69.

39 Џ. С. Мил, *О слободи*, Београд 2007, 32–33 и 85.

40 Д. Матић, 150.

41 Р. Лукић (1995b), 516–518.

42 С. Перовић, *Беседе са Койаоника*, Београд 2009, 670.

Чини се да је Француска револуција (1789), „једина чије светско историјско значење не припада подручју сумње“, која је исходила Декларацију о правима човека и грађанина („људи се рађају и живе слободни, и једнаки у њиховим правима“ – њено је уводно гесло), учинила да модерна правна филозофија (на челу са Кантом, Фихтеом и Хегелом) направи својеврсни заокрет од „природе“ ка „слободи“, што је отворило нову историјску перспективу и права: „његово тло постаје слобода, а оно само њен органон.“<sup>43</sup>

У области (тржишне) економије слобода у датом правном окружењу (регионалне хармонизације права и светске глобализација права)<sup>44</sup> јесте једна од основних вредности. Претпоставке за постојање ове вредности су, пре свега, 1) приватна својина као доминантна својина,<sup>45</sup> 2) слободна конкуренција, 3) слобода избора правних форми организовања предузетништва, 4) владавина права (са свим својим квалитетима), 5) квалитетна регулација, 6) нова улога државе у економији (регулатор и креатор правила игре и контролор поштовања прописаних тржишних правила игре),<sup>46</sup> 7) снажан институционални капацитет државних и регулаторних институција, 8) култура предузетништва и снажан пословни морал,<sup>47</sup> 9) уговорна слобода и заштита уговора, 10) правна култура и снажна правна свест, 11) снажна заштита својинских права, 12) политичка стабилност и стварна демократија.<sup>48</sup> Ако су све те претпоставке обезбеђене онда се може говорити о високом нивоу економских слобода, као претпоставци конкурентне и развојне економије.

Путеви доласка до ових претпоставки, нарочито у земљама у транзицији из колективних својинских догми (друштвена својина у економији, државна својина у економији), били су различити, а нај-

43 Тако: Д. Баста, „Француска револуција и правна филозофија“, *Право и слобода*, Сремски Карловци – Н. Сад 1994d, 11-28.

44 Вид. *Глобализација и транзиција* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2001; *Криза и глобализација* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2009.

45 Вид. *Својина и слобода* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 1996.

46 Свакако не у смислу порука књиге: G. Reisman, *Политика против привреде*, Н. Сад 1998.

47 Вид. *Морал и економија* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2008.

48 Вид. *Политика и слобода* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2003; Љ. Маџар, „Својина, слобода и друштвени напредак“, *Економија и право* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 1998, 15-36; В. Вукотић, „Економске слободе и предузетништво“, *Економија и право* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 1998, 37-50; Б. Стојановић, „Слободно тржиште – склад или анархија“, *Економија и право* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 1998, 115-130.

чешће се радило о примени тзв. *шок терапија брзих приватизација*, које су биле мотивисане страхом од повратка у комунистичку парадигму (идеолошки разлози), а економски углавном неутемељене (економска ефикасност није на глобалном плану повећана иако је истоветно својинско окружење са развијеним тржишним економијама, мање-више, створено).<sup>49</sup> „Закасна памет“ идеолошки оптерећених „кумова“ брзе промене својинске структуре у економији признала је да и исто својинско окружење, ако нису испуњене друге претпоставке за економске слободе (посебно се у том смислу указује на непостојећи и неадекватни институционални капацитет – *институционални вакуум*, који само по својој спољној форми „глуми“ истоветност са пореклом, „глуми“ подршку сигурности својинских права и уговора), не даје исти резултат<sup>50</sup> (што би рекао Јесењин: „Тако је мало пута пређено/ Тако је много грешака учињено“). Тако су се и десиле, што би писац рекао, „године које су појели скакавци“.

*Право је слобода, али и економија је слобода* (што наравно важи и за политику). Али „када би слобода умела да пева, као што су сужњи певали о њој“ (што би рекао песник), онда би и у једном и у другом и у трећем односу, који су уосталом комплементарни,<sup>51</sup> могла да нам саопшти да је то у нашим условима још далеко од стварности („побуна факта против права“). Парадигматична илустрација може се задржа-

49 Економски факти 2001–2010. године: индустријска производња 2009. године била је за 53,4% мања него 1990. године; од 2001. до 2008. (пре економске кризе) индустријска производња порасла је само 7,1%; од 2001. до 2009. године због ниског нивоа индустријске производње из Србије се одлило 56,89 милијарди долара за колико је увоз био виши од извоза; индустријска производња се у 2009. години готово изједначила са нивоом ове производње у 1992. и 1993. години, у доба незапамћене инфлације; према *Global Competitiveness Report* од 11 бивших социјалистичких земаља Србија је на последњем месту по конкурентности привреде (2004. године била је на 89 месту, а 2009. године на 93 месту, односно на 96 месту 2010. године од 139 држава). Извор: *Блиц*, 24.11.2010. У истом периоду раскинута су 572 уговора о приватизацији тзв. друштвених предузећа (око 1/3 закључених). Извор: *Блиц* („Пола милиона људи угрожено лошом продајом фирми“), 10. август 2010. Вид. М. Ковачевић, „Ранг листе говоре о јачању кризе“ и „Обећања ван времена и простора“, *Политика*, 28. и 29. децембар 2010; Б. Мијатовић, „Мерење Владе“, *Политика*, 23. фебруар 2011. године.

50 Вид. нарочито: Љ. Маџар, „Политичке границе права и слобода (домети комплементарности и подручја сукоба)“, *Политика и слободе* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2003, 21–40; Љ. Маџар, „Етички аспекти привређивања и економски учинци морала“, *Морал и економија* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2008, 14–28; М. Секуловић, „Православна етика и дух капитализма или тегобе наше транзиције“, *Морал и економија* (ур. В. Вукотић *et al.*), Институт друштвених наука, Београд 2008, 83–94.

51 Вид. Зборник „Економија и право“ (1998), Зборник „Економија и демократија“ (1997), Зборник „Политика и слободе“ (2003) – изд. Институт друштвених наука, Београд.



ти само на неким карактеристичним одговорима позитивног права из сфере економије на насущну потребност економске слободе и правних гаранција такве слободе: 1) обавезност и ороченост приватизације („приватизације ради, а не економије и слобода и права ради“, *као да је алтернатива била приватизација или владавина права*), 2) обавезност правне форме отвореног акционарског друштва при такође обавезној приватизацији, 3) обавезност изласка на берзу тако насталог друштва и немогућност „напуштања“ берзе без сагласности регулаторног тела, 4) принудно лишавање својинских права – принудна експропријација (принудна куповина и принудна продаја), у неким случајевима права преузимања акционарских друштава, као да је реч о дефинисаном општем интересу, а не приватносвојинском интересу... Ако је и од права много је, ако је за економске слободе мало је!<sup>52</sup>

## V Привреда и владавина права као правне сигурности

Владавина права која обезбеђује правну сигурност јесте посебна правна вредност<sup>53</sup> која се може схватити у ширем смислу као мир и ред, а и у ужем смислу као стање извесности права и извесности са правом. Сигурност права захтева позитивно право, јер „ако се не може утврдити шта је праведно, мора се прописати шта је по праву и то од стране органа који је у стању да спроведе оно што је прописао“.<sup>54</sup> О значају правне сигурности као правне вредности посебно је писао Г. Радбрух, а у нас Р. Лукић, Г. Вукадиновић и С. Перовић.<sup>55</sup>

Правна сигурност има свој објективни вид (квалитет стварања и примене права и квалитет самог права), као и свој субјективни вид (осећај тог квалитета и у једном и у другом својству).

*Како је реч о квалитету стварања нашег права*, осим номотехничких и језичких недостатака, треба посебно истаћи: 1) „покрет правне

52 Вид. „По економској слободи Србија 101. у свету“, *Политика*, 13.1.2011; Б. Мијатовић (исто) пише да је Србија рангирана код Индекса економских слобода по Глобалном индексу конкурентности као 101. земља (од укупно 179 рангираних), а по индексу Лакоће пословања на 89. место од 183 земље, што оцењује „као веома лоше“.

53 О правним вредностима уопште: Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије (Синтетичка филозофија права I)*, Београд 1997, 799-803; Р. Лукић дели их на друштвено-правне и чисто правне вредности (Р. Лукић, 1995b, 504-527); Д. Митровић, *Држава, право, правда, правници*, Београд 2009, 238-261; Г. Вукадиновић (2007), 235-254.

54 Г. Радбрух, 95.

55 Р. Лукић (1995b), 521-523; С. Перовић, (2009), 570-571; С. Перовић, „Криза правног система“ и „Основни узроци кризе правног система“, *Криза правног система* (ур. В. Ђукић), Београд 1990, 7-34; Г. Вукадиновић (2007), 241-244.

трансплантације“ који уз разумљиве потребе индиректне хармонизације права на овој основи често води разним полурешењима или решењима која са становишта локалне правне културе и правне традиције нису прихватљива (посебно је то случај са некритичким прихватам бројних института англосаксонског права у континенталном праву и пракси),<sup>56</sup> 2) прихватање концепта „дерегулације“ („гиљотина прописа“, или институција названа са пуно злурадости „СРП“, како говори извршна сфера власти да би себи обезбедила на новој основи „јединство власти“), нарочито у пословноправној сфери или новог концепта регулације тзв. меким правом (*soft law*), као да је хармонија друштвених односа на таквом нивоу да, марксистички речено, право може да почне да „одумире“, 3) повреда принципа важења закона у времену<sup>57</sup> при самом доношењу прописа (ретроактивност права),<sup>58</sup> 4) хипертрофија прописа, као контрастежа „дерегулацији“, као својеврсна компромитација права проистекла из уверења да све треба регулисати без стварне намере примене како би се продуковао синдром „засићености правом“ у правној свести грађана, 5) правни неред (и на плану субјекта стварања права и на страни правне хијерархије), 6) нестабилност прописа и кратко временско важење са честим променама, што одузима ауторитет праву.

*Када је реч о квалитету примене нашег права* (уз апстраховање утицаја који на то има сам квалитет права и узрока који су свакако у општој равни и у сфери кризе државе, кризе судства, кризе демократије), у контексту правне сигурности, треба посебно истаћи следеће: 1) неједнако поступање у једнаким случајевима, односно различито поступање у различитим случајевима несразмерно мери различитости, 2) невезаност правом органа који примењују право,<sup>59</sup> 3) давање при-

56 Вид. А. Вотсон, *Правни трансиланци (Присилуј ујоредном праву)*, Београд 2000.

57 Вид. Д. Марковић-Бајаловић, „Казна Имлеку правична и – незаконија“, *Полицика*, 5.2.2011 („Одлука Комисије за заштиту конкуренције о изрицању новчане казне има ретроактивно дејство, а забрана ретроактивне примене прописа је универзално правно начело, садржано и у Уставу Србије“).

58 Л. Фулер, *Моралност права*, Београд 2001, 69–80; С. Перовић, *Ретроактивност закона и других ојшћих аката*, Београд 1984; Г. Гершић, „Теорија о повратној сили закона – правничка студија“, *Право и слобода* (Д. Баста), 71–77; К. Чавошки (2008), 211 – „други вид нарушавања постојаности закона који Макијавели одбацује јесте доношење закона са повратном снагом који руше правну сигурност и задиру у човекову слободу и урочунљивост“.

59 Илустративан пример јесте стечај четири до тада водеће српске банке (Беобанка, Београдска банка, Инвестбанка и Југобанка – „Четири чудна стечаја“) налогом извршне власти након „октобарских промена“ 2000. године, по методу неореволуционарне власти (2002), иако су у том моменту имале потраживања далеко виша од дуговања (формалноправно нису били испуњени услови за стечај), што је касније потврђено извештајем надзорне Агенције за осигурање депозита. Вид. *НИН*, 3051/18. јун 2009, 17–18. Вид. К. Чавошки (2008), 211 – „трећи вид повреде

мата целисходности (сврсисходности) у односу на правну сигурност и правду и онда када то правила решавања сукоба ових антиномија идеје права не налажу, 4) злоупотреба права.<sup>60</sup>

Правна сигурност као вредност (која кад није заступљена у мери која се не може према општем уверењу сместити у поље нетолерантног одступања продукује правну несигурност, као правну и друштвену невредност) тражи одговоре на нека посебна питања: на пример, којој правној вредности из трипартиције (правда, правна сигурност, сврсисходност) дати предност у конкретном случају сукоба више тих вредности или како поступити у случају евидентног постојања „законског неправда“, то јест могућности постојања „незаконског (надзаконског) права“.

Одговор на питање како поступити у случају „законског неправда“, односно могућности „незаконског (надзаконског) права“ јесте потребан не само као правнофилософска потреба, већ пре свега као практичноправна потреба. Правна сигурност је у неку руку ипак средишњи принцип између сврсисходности и правде. *Сваки позитивни закон има неку вредност*, без обзира на садржину, јер је то боља правна ситуација него непостојање закона. Потребно је, наиме, да право буде сигурно да „неће бити тумачено и примљено данас и овде на један начин, а сутра и тамо на неки други начин“.<sup>61</sup> Уосталом, то није само израз идеје правне сигурности већ и идеје правде. Ипак, Радбрух, у случају кад се ради о позитивном закону који у толико неподношљивој мери противречи правди, да закон као „неисправно право“ мора „одстиуити иред право“, дозвољава напуштање принципа правне сигурности зарад давања предности идеји правде као „мајке права“. Радбрух додаје да право тада „уопште нема правну природу, оно није, рецимо, неисправно право, него уопште није право“ (националсоцијалистичко право као законско неправдо, када би „етос једног судије требало да буде усмерен на правду по сваку цену, па и по цену живота“).<sup>62</sup> Радбрух одриче право сваком

законитости који Макијавели осуђује јесте доношење закона који се не поштује... лош пример даје онај ко не поштује донети закон, поготову ако је то онај који га је донео“.

60 О злоупотреби права посебно: В. Водинелић, *Такозвана злоупотреба права*, Београд 1997.

61 *Ibid.*, 288.

62 *Ibid.*, 288-290. Исказ „*lex injusta non est lex*“ („неправедни закон изгледа да није закон“) наћи ће се и код једног лика у делима Светог Августина, што Т. Аквински директно не каже (директно, међутим, каже да „неправедна пресуда суда није пресуда“) али као и да каже кад говори да дефектни закон на било који начин јесте „више насиље него закон“ или „не закон него корумпирање закона“. Такви искази су били блиски и Платону и Аристотелу и Цицерону, на свој начин. Код Харта ће се наћи следећи искази подршке тој идеји: „крајње неморално не може бити закон“,

судији<sup>63</sup> да може на своју руку да обезвређује законе, већ би то могли, по његовом мишљењу да чине само неки виши судови или само законодавство. Радбрух закључује да „треба да тражимо правду, и да истовремено водимо рачуна о правној сигурности, јер је и она сама један део правде“.<sup>64</sup>

Решење проблема „законског неправда“ и могућности примене „надзаконског (незаконског) права“ остајањем на терену позитивног права и правне сигурности (као кумулативног атрибута за непостојање кризе правног система), префињеним правним нијансирањем дао је и С. Перовић. Он, наиме, каже да „ако већ постоје неподношљиво неправедни закони који уживају правну снагу, хоће ли суд, приликом конкретног решења спорног случаја, одбити њихову примену (што је, чини се, ближе Радбруху) чиме би *повредио начело лејалијетета*, или ће, најзад, применити такве законе, што не би било оправдано са гледишта индивидуалног и заједничког разума“, ако такви закони постоје и опстају у правном систему, *суд не би могао да одбије њихову примену због повреде принципа лејалијетета и јравне сигурности*, али би могао да путем циљне интерпретације такве законе „приведе разуму“ и да их тако интерпретиране примени саобразно неспорним начелима рационалног (умног) природног права.<sup>65</sup> О дужности да се поштује „неправедни закон“ говори и Ролс.<sup>66</sup> Треба ли се овом приликом подсетити и велике мисли незаобилазног В. Богишића као најбоље подлоге за циљно (теле-

извесна правила „не могу бити закон због своје моралне неправедности“ или да ништа неправедно „не може нигде имати статус закона“. Свему томе се придружује и Џ. Финис својим судом да је „централна традиција теоретисања о природном праву... афирмисала да неправедни закони нису закони“. Вид. Џ. Финис, *Природно јраво*, Подгорица 2005, 377–380.

- 63 Томас Бонхам, доктор медицине на Универзитету Кембриџ, почео је да врши медицинску праксу без дозволе Краљевског колегијума. Суђено му је и осуђен је на новчану казну, а касније и на казну затвора. Он је покренуо спор због „незаконитог утамничења“. У пресуди која подржава Бонхамов захтев појављује се чувени део: „Цензори (Краљевског колегијума) не могу бити судије, заступници и странке; судије да доносе пресуде или осуде; заступници да урочују судске позиве; странке да добијају половину глобе, *quia aliquis non debet esse Judes in propria causa, ito iniquum est aliquem suae rei esse judicem*; и не може неко бити судија и адвокат за било коју од странака... И у нашим књигама појављује се да ће у многим случајевима *common law контролисати акције Парламентна*, и каткад тако пресудити да они постану потпуно ништави; јер кад је акт Парламента против општег права и разума, или је опречан, или га је немогуће извршити, *common law* ће га контролисати и *пресудити да је ипак акти ништав*“ – „Dr. Bonham's Case“, *Law Quarterly Review* 54/1938, 543–552 (наведено према: Л. Фулер, 117–118).

64 Г. Радбрух, 293.

65 С. Перовић (2009), 185–187.

66 Џ. Ролс, 319–324.

олошко) тумачење „ко само речи закона знаде, тај закона не зна док му не схвати разум и смисао“.

## VI Привреда, владавина права и заштита инвеститора

Поред претпоставки заштите инвеститора које се налазе у политичкој равни важне претпоставке за ову заштиту су свакако и оне које се налазе у правној равни и које чине некакав корпус правне стабилности. У ове претпоставке свакако спадају пре свега:

- 1) квалитет, квантитет права и његова објективна примена, и
- 2) независно и праву одговорно правосуђе.

Заштита инвеститора није сама себи циљ, већ је њен циљ у остварењу сврхе-циља права уопште. Она претпоставља постојање одређеног квалитета права, као и његовог квантитета и објективне примене. Нема заштите инвеститора без одређеног – *довољној квантитетној и квалитетној праву*, који уређују друштвене односе, као и без одређених општих правних начела, која су релативно стабилна и трајнија, али која ипак нису „окамењена у вечности“. Правни прописи и општа правна начела могу вршити своју мисију ако се мењају у складу са научно верификованим објективним друштвеним потребама. Такође, нема заштите инвеститора ако не постоји одговарајући квалитет права (*објективни квалитетној праву*). На квалитет права значајно утиче и сам поступак стварања права (доношење прописа), који се у нас не може оценити сасвим узорним. Интелектуална тежина радних група није сама по себи довољна за квалитетне привредне законе ако се не обезбеде остале неопходне претпоставке. Овакву претпоставку свакако чини време (озбиљни закони који имају посебну важност морају се радити знатно дуже него што је то случај са нашом праксом налога извршне или неке друге неформалне власти да се такви закони припреме у задатом времену), али овакву претпоставку чини и *исправно доношење важних закона*, који би морао укључити и добро организовану (не симулирану) јавну расправу (која претпоставља укључивање и релевантних институција и појединаца), квалитетну скупштинску расправу неоптерећену временском димензијом. *Институционално независне стручне експертизе* експерата који нису чланови радних група за припрему закона морао би бити више заступљен у поступку доношења закона. *Наглашена институционална вокација парламента*, без довољно квалификоване специјализоване стручне компоненте, повољан је терен само за „амандманско кварење“ законских предлога, тако да на крају испловљавају закони који немају епитет квалитетних или потпуно узорних, а који се у доброј мери

разликују од нацрта експертских радних група. Кад се, уз то, зна да се до нацрта у експертским радним групама такође долази кроз туробан процес компромиса и усаглашавања, посебно у групама сачињеним од стручњака дивергентних ставова о кључним предметним питањима, онда је јасно зашто су закони такви какви заиста јесу (мање или више некавалитетни), а не онакви какви би требало да буду (у сваком погледу квалитетни и узорни).

На незадовољавајући квалитет права у нас утиче посебно и чињеница да у поступку израде прописа учествују и страни експерти, представници одређених страних институција са финансијским легитимитетом или легитимитетом моћи државе из које долазе, који по правилу немају довољно правно утемељење и легитимитет (част изузецима) и не познају локалне прилике и специфичности правног система, а имају лични финансијски интерес да „наметну“ одређена решења. Уз то, ту је традиционални сукоб континенталне (у озбиљној дефанзиви) и англосаксонске правне школе (у некритичкој офанзиви). Тако се Србија и њен правни систем претвара у својеврсни терен свакојаких правних експеримената (својеврсни „*йравни йройшекйорай*“), чиме се озбиљно урушава њена правна култура и традиција. У таквим околностима законодавним тереном Србије доминирају закони са ограниченим роком трајања („*инстйанйй йройиси*“), који не остављају трага у српској правној мисли, али зато продукују својеврсни правни хаос и осећај немоћи права и институција које га примењују.

Најзад, нема заштите инвеститора без одговарајуће *објективне йримене йрава*, јер ако се исто право једном примењује на један начин, а други пут на други начин, онда је *йраво час йраво а час анййййраво*, чиме губи своју вокацију. Објективна примена права претпоставља са своје стране постојање горњих двеју претпоставки: довољан квантитет релативно трајног права и објективан квалитет права, чиме се изгледа ствара својеврсни „зачарани круг“. За правну сигурност и заштиту инвеститора у једној земљи нису, позната је истина, довољни само добри прописи, већ је потребна и њихова добра примена у судској (арбитражној) и пословној пракси. *Закон је йре свейа добар онолико колико се добро йримењује.*

Објективну примену права и тиме узорну заштиту инвеститора може да обезбеди само независно и праву одговорно правосуђе. Добра примена закона може у доброј мери и да отклони његове мањкавости, недоследности или противречности, које су за младе изворе права и нове правне институте делом и разумљиве, а делом је то узроковано и апстрактношћу природе прописа, док је свака пракса по својој вокацији конкретизација таквог прописа и тиме је у прилици да га прилагоди

конкретној потреби сваког привредног субјекта. За овакву примену закона потребне су не само високостручне, ефикасне и независне (како од извршне тако и од економске власти) судије, већ и судије које осећају потребе привреде и привредног живота и које и у том смислу имају одговарајуће искуство. Недозвољиво је да се овим позивом са благословом изборног механизма, који је високо политизован и без довољних гаранција независности, сам по себи и за себе, за промоцију судског професионализма, и даље баве својеврсне бирократе које немају ни дана радног искуства у привреди, а суде јој спорове изузетне вредности, са задивљујућом индолентношћу и без осећаја значаја професионалног става и временске димензије. Разлози за ово јесу вишеструки и треба их сагледати у својој целовитости, како би се успоставило трајно инвестиционо поверење.

*За судску независност, како од извршне власти иако и од економске власти, нису довољне само уставне гаранције, које данас нигде нису спорне. За ову независност потребно је одговарајуће понашање свих институција и њихових органа, које је најбољи доказ неговања културе судске независности и својеврсне јравне културе уопште. На жалост, наша животна пракса пуна је примера практичног игнорисања судске независности, посебно челника извршне власти, чиме се у пракси показује неспремност прихватања принципа поделе власти и узајамне равнојакости кроз фини механизам узајамне контроле и одговорности (игнорисање одлука Врховног суда Србије од стране Народне банке Србије и гувернера у поводу судске контроле законитости донетих управних аката у управним споровима,<sup>67</sup> јавно извргавање руглу појединих судских одлука у кривичним стварима од високих државних функционера, јавно „прозивање“ судова од стране челника извршне или управне власти или стављање те власти изван права које креира парламент а чију законитост примене контролише суд и слично).<sup>68</sup>*

67 Устав Србије (члан 198): „Појединачни акти и радње државних органа, организација којима су поверена јавна овлашћења, органа аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе, морају бити засновани на закону.

Законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита.“

68 „Пресуда Врховног суда Србије којом се укида решење Републичке радиодифузне агенције о привременом одузимању привремене дозволе телевизији... због формалног недостатка регистарског броја дозволе, нелогична је и бесмислена. Лично сматрам да је пресуда скандалозна, јер мислим да су логика и здрав разум основни и неодвојиви део права,“ те је „логика судије...и Врховног суда, према којој уколико нема регистарског броја дозволе, нема ни могућности да се нека телевизија казни, нелогична и опасна,“ и, најзад „Врховни суд не сме супстанцијално да се меша у

Посебно, у области пословног права судска (и арбитражна) пракса у земљама у транзицији није развијена, с обзиром на то да су одговарајући правни извори у овој области новијег датума, те да је судској пракси потребно време да по њима поступа и да ствара устаљену праксу. Судска пракса игра изузетно важну улогу у уклањању противречности које постоје у младој регулативи и регулативи нових правних установа, као и испуњавању правних празнина које у таквим околностима наглашено постоје, чиме на свој начин креира и право. При постојању младе судске праксе у овој области може као користан, али не и некритички путоказ, да послужи и судска (и арбитражна) пракса западних земаља, која је у уобличавању бројних института компанијског права имала доста прилика да се изјасни (али која је код појединих питања и сама колебљива тако да треба бити опрезан шта је доминантан став).

## VII Уместо закључка

Право уопште, пословно посебно, захваљујући својој ширини (формалној и материјалној, појмовној и садржинској) треба да оставља простор за конструктивну сарадњу посебно и са економијом, и са техником и са филозофијом.

Најпре, *право и економија* не могу и не смеју ићи различитим колосецима. У тражењу одговора на питање узрока економске кризе (па и правне) чини се да то није случај. Наиме, економија (бар она либералне оријентације) *проблем изражи у квантитетној пројекцији* (узрок кризе је превелика „количина“ прописа, као да је јединица мере за право јединица тежине), док право такве узроке тражи у карактеру и природи прописа (државних: мера императивности и мера диспозитивности; саморегулаторних: мера императивности и диспозитивности; аутономних: мера „тврдог“ и „меког права“). Истина, вокација сваке од ових двеју струка овим се испуњава, али право и економија морају наћи тачку сусрета у којој се можда налази и сама есенција узрока кризе и економије и права. Чини се да се та тачка управо налази у *квалитетној пројекцији*, независно од њихове природе, врсте или субјекта стварања. Природа привреде вероватно налаже потребу за *вишим степенем флексибилности*, што говори у прилог потреби давања преваге „меком праву“, али ауторитет и култура примене права није једнозначна категорија, која важи за сва времена и просторе, што опет даје снагу „тврдом праву“ (земље у транзицији, земље *civil law* културе). О овој константи би се

рад Републичке радиодифузне агенције, јер је РРА према Закону о радиодифузији независна колико и Врховни суд“ – изјава председника Савета РРА, *Политика*, 5. април 2007, 8.



морало водити рачуна и при процесима хармонизације права (локални, регионални или европски ниво), а посебно при одређивању динамике хармонизације пословног права земаља нечланица неке асоцијације са хармонизованим правним оквиром те асоцијације (посебно актуелно је питање хармонизације права земаља нечланица са хармонизованим правним оквиром права земаља чланица ЕУ).

Како нужност сарадње права, посебно пословног права, и економије, тако исто *постоји нужност сарадње и љава, посебно пословној, и шехнике*. Наиме, достигнути ниво технике омогућује развој бројних правних института у правцу коришћења техничких достигнућа (дема-теријализација хартија од вредности, вођење разних регистара у електронској форми: регистри непокретности, регистри привредних субјеката, регистри серијских хартија од вредности, регистри бројних права, регистри дигиталних потписа и слично). Овим пословно право остварује једну од својих кључних одредница – *брзина* пословноправног саобраћаја. При том, не сме се заборавити да је друга његова кључна одредница *сиурност*, те је потребно посебно водити рачуна да овај сегмент не буде запостављен или да са становишта потребе дизања нивоа правне сигурности има ваљане правне одговоре. С друге стране, мора се имати у виду да овакав развој права „образ уз образ“ са развојем технике води „*принудној љубави*“ *привреде и управе* (државне и локалне) и извлачењу привреде све више из оптике суда (што је ипак „пут којим се ређе иде“, с обзиром на то да привреда по дефиницији мора да буде што више тржишна категорија, што је *свакако више* ако је „под надзором“ суда као независне гране власти по уставној дефиницији, него кад је под својеврсним „надзором“ управе, која по уставној дефиницији припада држави).

Право уопште, а посебно пословно право има наглашену *потребу да сарађује са филозофијом* уопште (посебно са филозофијом права). Право није и не може бити конзистентан систем, ако се развија стихијно, ако се схвата превише егзегетички и прагматски, да се задовољи тренутна потреба недостатка неког прописа, потреба попуне неке правне празнине, потреба испуњења неког постављеног услова за добијање неког кредита од стране неке међународне финансијске организације, потреба испуњења неког услова који се тражи на путу чланства у некој регионалној или европској интеграцији. *Чак и као шакво у својој интeрeрeйацији, љраво се не може схваћити као изоловани скуј љојединачних норми* (државних, саморегулаторних, аутономних), Такво право или таква интерпретација права више је његова имитација и компромитација него недостајући део система права трајније вредности.<sup>69</sup> Такво право даје

69 „Правни писац, за разлику од правника практичара, не може да се задовољи оним што стоји написано у законима, већ мора да процени и њихову унутрашњу основу.

само снажан белег у срозавању ауторитета права и ширењу „културе“ немоћи права. Такво право не изоштравља правну свест о значају права као регулатора друштвених односа. Такво право даје снажан легитимитет политичкоизвршној власти, њеној осиноности и волунтаризму у покушају владања изван права или потчињавању „правог права“ свом „праву“ као формалном неправу а фактичком „праву“. Тиме својеврсно метаправо постаје „право“ (самовољно).<sup>70</sup>

*Закључно, дакле, нема њривреде, просперитетне, стабилне, конкурентне, развојне, нити тржишне економије без владавине ѡрава. Уверење да је тржиште свемоћно и да му треба кроз поступак брзе приватизације омогућити деловање (без обзира на владавину права у том поступку или и више од тога без обзира на поштовање принципа правичности у том поступку), као уверење креатора (нео)либералне економије на челу са М. Фридманом<sup>71</sup> и Р. Хајеком,<sup>72</sup> показало се погубним, што је резултирало великом економском кризом, чије су размере упоредиве са таквом кризом тридесетих година прошлог века. Алтернатива „владавина права или приватизација“, јавно неизречена али прећутно присутна код протагониста ове филозофије економије, није била тржишна алтернатива већ по свему судећи идеолошка заслепљеност. Економски успешна и социјално прихватљива приватизација као основа тржишне економије приватне својине као доминантне није заправо могућа без владавине права. На опште изненађење стручне јавности један од водећих протагониста (нео)либералне економије (М. Фридман) је то пре неколико година и признао, прихватајући да је погрешно и да је *владавина ѡрава* „ѡримарнија од ѡриваѡизације“ и да без утицаја државе „ствар у своје руке преузима мафија“.<sup>73</sup>*

Није довољно познавати појединачне норме, ако се свешћу не уђе у дух који их покреће и који има свој корен у самом нашем духу. Појединачност закона управља нас ка општости права, а мисао о општем је филозофија. Према томе, правна наука и филозофија не могу ићи одвојено... *Правна наука лишена филозофских елемената*, била би, према поређењу које је Кант извукао из античке басне, *слична ѡлави без мозга*. И заиста, ништа не би било тако суво и јалово као студија појединачних норми које су овде и онде на снази, када са те емпиријске материје не би било дато узнети се ка начелима из којих те исте норме произилазе и која имају своје седиште у разуму; не дакле само из Законика или сходно Цицерону, 'не из Преторовог едикта, нити из XII таблица, већ из интимне филозофије има да се црпе правна наука' – Ђ. дел Векио, *Право, ѡравда и држава*, Београд 1999, 107–108.

70 О разлици правне силе (прати је правна принуда) и самовољне силе (право се одликује неповредљивошћу од самовољне силе), вид. Р. Штамлер, *Привреда и ѡраво*, Београд – Подгорица 2001, 401–461.

71 М. Фридман, *Слобода избора (лични сѡав)*, Н. Сад 1996, 27–56.

72 Ф. Хајек, *Право, законодавство и слобода*, Београд – Подгорица 2002.

73 Вид. З. Јелић, „Владавина права и тржишна економија“, *Правни животи* 14/08, 286.

**Mirko VASILJEVIĆ, PhD**

**Professor at the Faculty of Law University of Belgrade**

## THE ECONOMY AND THE RULE OF LAW

### Summary

*In this paper the author examines the relations between the economy (economic, commercial entities) and the principles of the rule of law. The author ascertains that the general principle of the rule of law is especially important for this relationship, when taking into consideration that the market economy presupposes subjugation to the law of political-executive structures of government, so that investors would have legal certainty of their contracts and ownership, as the two fundamental institutes of the law and economy. The author separately analyzes the following issues within the context of this relationship: the notion of the rule of law (general and special in the economy), the character of regulations in the economy ("soft law" and "hard law") and the rule of law, the propriety of "soft law" in the economy of countries in transition, the economy and the rule of economic freedoms, the economy and the rule of law as legal certainties and the economy and rule of law through the protection of investors.*

*The author emphasizes that, rather than the quantity of law, of particular importance for the rule of law in the economy is its quality (law which is the result of a transparent process; law which enables economic freedoms as an important legal value; law which is objectively applied by an independent judiciary and administration; law which provides legal certainty; law which is recognizable and enforceable with adequate legal sanctions and adequate legal constraints; law which serves the economy, development and investors; law which is built as a philosophical-legal system in which individual legal institutes are in service of the general legal principles and doctrines as the heritage of the general legal culture and civilization of law). Without disputing the significance of the harmonization of law in the processes of European integration, the author specifically emphasizes that in this process it is important for legal transplanting to take into account the local legal culture and the significance of the local legal tradition for the authority of law and critical legal consciousness. The author concludes that the law is important for the regulation of the economy (that including the state as the regulator and aside from development of self-regulation of self-regulatory organizations and autonomous regulations), and in that sense the process of deregulation understood in the sense of „diminishment of law“ (not in the sense of a need for the development of economic freedoms, and even freedom of contract), cannot be acceptable, because it leads to greater legal uncertainty.*

**Key words:** *economy, rule of law, legal certainty, freedom of contract, quality of law, quantity of law, "soft law", "hard law", legal culture.*