

# АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС  
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

ЈУЛИ — АВГУСТ  
1977.

Уредивачки одбор:

Др Војислав Бакић (главни и одговорни уредник),  
др Смиља Аврамов, др Велимир Васић, др Драгаш Ден-  
ковић, др Драгољуб Димитријевић, др Владимир Јова-  
новић, др Љубица Кандић, др Драгољуб Кавран (секре-  
тар Уредивачког одбора)

Технички уредник Вукосава Манојловић

Штампа: Штампарија ПТТ — Београд, Таковска 2

## НАСТАЈАЊЕ МЕЂУНАРОДНОПРАВНОГ СУБЈЕКТИВИТЕТА ЦРНЕ ГОРЕ

*(Неколике напомене о стању у XIX вијеку)*

Међународноправни аспект настанка црногорске државе, недовољно је, дјелимично и антинаучно објашњено. Радови на ову тему оптерећени су подвођењем специфично црногорских садржаја под моделе доктрине савременог међународног права, што чини озбиљну празнину у црногорској историји права. Један од предуслова за корекцију таквог стања јесте консултовање изворне грађе. Наши архивски фондови нуде богатство изванредног изворног материјала који изазива савременог истраживача и који је од интереса не само за историју државе и права Црне Горе већ може да наведе на закључке који би били озбиљан прилог општој историји државе и права. Народи који су одмакли у своме развојку, и прије више вјекова превазишли своје „дјетињство“, могу непосредно на свежој грађи у Црној Гори сазнати генезу свога међународног права, видјети свој развојни пут који их је довео до садашњег нивоа модерних независних и самосталних субјеката у међународним односима<sup>1)</sup>.

Законик Књаза Данила од 1855. године, тај у грубој форми и неостесаним одредбама изражени приватно-својински кодекс, узима се, по тумачењу новије историјскоправне науке, за завршни чин стварања и афирмације црногорске државе. Није то, као што се некад мислило, модерна држава са јасно издиференцираним функцијама и изграђеном државно-правном својешћу. Било је то примитивно самодржавље које се преко читавог XIX вијека, нарочито у његовој првој половини, ослања на озбиљне рецидиве родовско-племенског друштвеног устројства. „Племенштина“ прожима све установе, од имовинскоправних до суда, војске, полиције, апарата принуде уопште. У прерогативима владоца није тешко препознати и атрибуте врховног племенског главара. У племенском друштву сваки главар је потенцијални судија. Државна власт у првој фази свога настанка исцрпљује се у суђењу. Судити значи владати, ко не суди тај

1) Велики број привредних односа и обичаја, за које је некад владало мишљење да припадају овом или оном народу, опште су појаве и на њих се најлази у разних народа у различитим дјеловима свијета. (Р. Хиледербранд, О проблему опште историје развића права и обичаја, Бранич 1901, Београд, 633.) Зависно од степена свога развојка неки народи су ове односе и обичаје иживјели раније а неки доцније. Помоћу установа примитивнијих народа културнији народи упознају и своју сопствену прошлост.

нема углед. Стога се, чак и у познијим деценијама XIX вијека, државни чиновници споро и мучно одричу функције суђења<sup>2)</sup>. Правосудна функција није јасно и консеквентно издвојена. Другачије стање од овог није ни могло бити у друштву које почива на ванредно ниској производној основици, друштву исцрпљеном у суровој борби са природом и ослободилачким ратовима против Турске, и стога неспособном за радикалније захвате и одлучније прелажење из „старог“ у „ново“.

Спољна политика и установе за њено провођење су продужена рука и функција унутрашње политике. Она је уједно показатељ степена развита и стања у друштвеним односима који су битни-одређујући чинилац за међународноправни субјективитет сваке земље и њено укључивање у међународне односе. Црна Гора није изузетак од тога општег правила. Примитивни и „недозрели“ друштвени односи<sup>3)</sup>, лабилни и недограђени државни апарат принуде имали су за последицу да је и њен међународноправни субјективитет, савременим правотехничким мјерилима узето, крњ и недефинисан.

Ови објективни чиниоци, потенцирани изукрштаним интересима великих европских сила, посебно претензијама Турске за историјским правима на овом простору, отежавали су и успоравали продор и афирмацију Црне Горе као потпуног и самосталног субјекта у међународним односима. „Судоманија“, о којој је ријеч у мемоарима војводе Г. Вуковића, заокупљеност унутрашњим проблемима, релативна неразвијеност односа са елементом иностраности, стављали су изградњу установа за општење са иностранством у други план<sup>4)</sup>. Модерно међународно право, посебно процес диференцирања тога права на међународно јавно и међународно приватно право тек су у повоју.

Црна Гора је окружена Турском, Француском и Аустријом које са својим развијеним државноправним животом, стимулативно дјелују у правцу њеног извлачења из правног „примитивизма“. У граничним подручјима збива се симбиоза „неправа“ и права, продирање другог на штету првог. Црногорски владајући врх, на челу са цетињском митрополијом, у самом почетку стварања државе, далековидо увиђа заостајање Грне Горе за културним народима и потребу превазилажења родовско-племенске „анархије“ у њој. Услов за њено укључивање у међународну заједницу види у постављању „законитог суда и доброга правитељства“. Родовско-племенске установе, макар што их нема у класичном виду, неспојиве су

2) Војвода Г. Вуковић, у својим Мемоарима, пише о државној управи у Црној Гори осамдесетих година XIX вијека. Црногорско друштво до тада је, по њему, примитивно патријархално, појмови о држави су на страни. Законодавство, администрација и јурисдикција исцрпљују се у појму „судити“. За Црногорце у то доба владати и судити су синоними. Израћањем правде заузећи су сви државни функционери до врховних гларава и књаза. Војни старешине суде чак и штете у пољима и шумама. Свуда се расправља о свабама и давијама (Записи, Цетиње I; 1927, 98).

3) Руски конзул Гагџ, послније обиласка Црне Горе, тридесетих година XIX вијека писао је да се Закони црногорски „... не могу назвати грабанским, већ прости и вољни као за првобитно стање човјека. Правитељство... потпуно одговара простоти овога народа“ (Д. Д. Вуксан, Гагџева мисија у Црној Гори, Запис XIX — 1938, 135).

4) Још осамдесетих година XIX вијека односи Црне Горе са иностранством сматрани су за споредну ствар. Турски достојанственици опште непосредно са књазом Николом. Осим пограничних сукоба, друних спорова са иностранством је мало. Енгеска, Француска и Италија уређују своје односе са Црном Гором преко својих конзула, стално акредитованих у Скадру, а Русија и Турска преко конзула у Дубровнику Тек иза 1879. године, европске велесиле шаљу своје посланике на Црногорски двор (Г. Вуковић — *op. cit.*, 98, 99).

са установама модерног међународног права и апсолутна су сметња за усклађивање односа Црне Горе као државе са иностранством.

Први кодекс црногорске државе Законик владике Петра првог, донијет крајем XVIII и почетком XIX вијека, осим другог је и грубо изражено декларисање Црне Горе као самосталног чиниоца у међународним односима. Одбрана независности Црне Горе против турског непријатеља који раде како би Црну Гору „... и нашу браћу Брђане разурили и под своју власт и тирјанство подложили...“ односно борба за потпуну еманципацију Црне Горе од Турске света је и неприкосновена обавеза сваког Црногорца и Брђанина. Крвна освета, продукат пламена и антитеза уређеној држави, зло је првога реда чије је искорењивање предуслов за унутрашњу безбједност, уједно и за улаз Црне Горе у цивилизовани свијет. Освета је харала, крвила племена, подстицала племенски сепаратизам и изазивала подозрење Европе према Црној Гори. Стога је ова појава под особитим ударом Петровог Законика. Заштита људског живота није више приватна ствар појединца, то је јавно добро првога реда које се не може имовински компензирати већ подлеже строгој државној санкцији: за убиство Црногорца или Брђанина „... без едне кривице и нужде, њег од силе и опачине“ убица се „... не може никаквим благом откупити, но ако се ухвати да буде објешен, али камењем побиен, али огњем испушакан разнесен“ (правило 2 Законика). Самосуђе је забрањено: „Сваки који има шчо искати или дуг, или покрађу, оли преузам и плијен, оли коју шчету и похару, али осталу икакву малу оли голему ствар нека ишче судом и разлогом да буде подмирен“ (Правило чл. 16). Сређивање стања у браку и породици такође је предмет посебног интересовања државних органа. Отмица туђе жене и дјевојке запрјеђена је, онда најтежом казном, прогонством из земље. Истом казном казни се и поп који вјенча човјека са женом иза жива мјужа или са дјевојком уграбљеном на силу (правило 11. и 12. Петровог Законика). Приватна својина је једна од основних вриједности у друштву које ствара државу, њена заштита је посебно наглашена и у Петровом Законикy: за лупежа убијеног у крађи нико не одговара (правило 13). Суду и судском поступку, установама од прворазредног интереса за свако друштво које је на прелазу из родовство-племенског у државно стање, посвећена је скоро једна трећина одредаба Петровог Законика (правила чл. 20—29). Давање пореза од кога се „... держе правителство, судници и војска...“, симбол претварања „слободних“ племеника у државне поданике, узаконено је у правилу члана 20. Петровог Законика уз напомену да „... сви народи у свијету на свако годишче дају у опшчу мирију порез...“<sup>5)</sup>. У досадашњим радовима о њему, није довољно уочено принципијелно и програмско међународно-правно значење Законика владике Петра првог који Црну Гору, макар рудиментарно, легитимише пред иностранством не као скупину племена у којој царује безвлашће већ као савремену, територијално-јединствену државу у којој су лична и имовинска безбједност основно јавно-правно заштићено добро. Без обзира на питање колико су одредбе Законика пре-

5) Закони Петра првог и Стега — В. Петрић, Из правне историје народа Југославије, одабрани извори, Београд 1968, 193—205.

вазилазиле објективне прилике свога времена и до које мјере су оживотворене у свакодневној пракси велико је њихово значење за увођење Црне Горе у круг развијених европских земаља.

Борба за стварну и формалну индивидуалност Црне Горе у међународним односима укључује у себе и борбу за еманципацију Бокеља, Херцеговаца и брђанских племена од туђинске турске и аустријске власти. Иако под формалним суверенитетом Турске и Аустрије, становништво Боке, сусједне Херцеговине и Брда, истородно са Црногорцима, фактички се покорава Цетињу које му поставља и шаље главара, управља се по обичајима и уредбама Црне Горе које држи за своје „домовинско право“, извршава наредбе и одлуке црногорских судова. Ови крајеви су под стварном духовном јурисдикцијом Цетињске митрополије која је, што не треба сметнути с ума, и носилац државне идеје. Цетињски митрополити дјелују као државни и као вјерски поглавари. Свештеници који служе у „заграничним“ крајевима уједно су главари и носиоци ослободилачке мисије испириране из Цетиња. Под плаштом духовне власти црногорска митрополија подстиче отпор туђинској власти, у сусједним крајевима<sup>6</sup>).

Бока чини не само економску већ и етничку цјелину са својим црногорским залеђем<sup>7</sup>). Приморско становништво, нарочито оно на селу, упире своје очи ка Цетињу ка одуховном и политичком средишту, има обичаје и уредбе сродне Црногорцима, повезано је историјском традицијом и женидбеним везама са њима и покорава се наредбама црногорских владика<sup>8</sup>). Приватноправне спорове у приморском селу расправљају народни судови по обичајном праву. Мјере туђинских власти за однаравањем приморског становништва нијесу довеле до битних резултата. То је озбиљно крњило суверенитет Француске и Аустрије на овом подручју и приморавало их на концесије и еластичну дипломатску активност у односу на црногорске државне власти које су према Приморцима у важним приватним и јавним пословима понашају као фактичка власт. Супротстављајући се таквом црногорском утицају на једној страни француске и аустријске власти у Приморју, су, на другој страни, принуђене да га толеришу, некад и да га искоришћавају у сузбијању појава штетних са гледишта њиховог државног интереса<sup>9</sup>).

6) Извјештајем од 13. јула 1811. године генерални гувернер Илирске провинције Бертран (Bertrand) пише Наполеону да је творац неслоге у овој провинцији владика Петар I који сазива представнике Жупе Грбаљ и православних општина у Боки кад хоће, дознаје све што се дешава у провинцији, рукополаже свештенике из породица непријатељски настројених према француским властима, помаже преступницима који се непријатељски понашају према Французима и штити њихово бјекство из провинције (Р. Ј. Драгићевић, Везе Зете и Црне Горе са Јадранским приморјем, Записи XIII — 1935, 269).

7) Бокељи су, по Ђегошу, спојени са Црном Гором као душа и тијело „... један народ и дух, један обичај и језик и један без другога не може ни живјети ни умријети...“ (Посланица Бокељима од маја 1848. године, Записи XIX — 1938, 8).

8) Цетињски манастир је и за Приморце средиште државног и вјерског живота. Писмом од 6. септембра 1743. године, грбалски главари на челу са гувернадуром Буром Јазаревићем, а поводом убиства неких слугу Цетињског манастира, шаљу изасланике на Цетиње да учине „... црквн начин...“ зато та манастир није једнога племена и једне нације но све Скандарије и Приморја...“ (Записи XVIII — 1937, 290—291).

9) Писмом од 10/22. априла 1808. године „делегат од Будве“ Конте Жановић извјештава владика Петра првог, да се становници Будве о поменима и погребу излажу трошковима и трпецама који их „ровинају“ (упропасте — ПС) тако да потроше толико колико би се могла „... сва чељад издржавати цијелу годину“. Пошто је то у круг његове архiereјске, а не „мирске“ власти, Зановић моли владика да овај „богомрски“ обичај искорјени (Записи XXIV — 1940, 60).

Бока је за Црну Гору прозор у свијет. Напоредо са релативно развијеним робно-новчаним прометом између Црногораца и Бокеља, преко Боке у Црну Гору продиру установе модерног европског права чија је основица у римско-византијском праву, и то у мјери у којој је заостала црногорска средина објективно у могућности да те установе прими<sup>10</sup>). „Племе” и племенске установе које су кочица за укључивање Црне Горе у међународни промет брже и потпуније нестају на прилазима Боки него што је то случај у другим крајевима Црне Горе (крвну освету, станак, пљачку, појаве типичне за доба племенског „безвлашћа” смењују државни судови, мјешовите комисије за решавање пограничних спорова, дипломатска преписка између црногорских и которских поглавара, заштита личне и имовинске безбједности страног поданика у истој мјери као и Црногораца). Племенска искључивост превазиђена је и недовољна је за Црну Гору у XIX вијеку, насупрот потреба земље је саобраћај и трговина са свијетом<sup>11</sup>). Да би Црногорац имао право на страни мора реципрочно зајемчити исто право иностранцу у својој земљи. Стога су баш на домаку Боке, у Катунској нахији, прије него другдје, настали објективни услови за стварање црногорске државе, за настанак њеног међународноправног субјективитета у модерном правно-техничком смислу. Првобитно у односима са француском и аустријским властима у Боки Црна Гора, макар у ембрионалном лику, израђује своју дипломатску вјештину и установе савременог међународног права, оснива службу за односе са страним земљама што је све више чини чиниоцем способним за потпуно и самостално иступање у међународним односима.

У условима племенске ксенофобије пљачкање иноплеменика је допуштени обичај. Пљачкашки упади и крвна освета у Турској слабе отпорну снагу противника, знак су храбрости и мушке басташности и уклапају се у општу ослободилачку борбу против турског непријатеља. Стварањем државе и настанком потребе за сређивањем међународних односа пљачка и освета се претварају у своју супротност, синоним су нереда на границама и треба их искоријенити. Законита је појава да потреба за сузбијањем пљачке и освете првобитно настаје у развијенијем подручју Црне Горе, оријентисаном ка Приморју. Петровим закоником забрањено је свако самовлашће у односима са Приморцима. Сви спорови између њих и Црногораца имају се расправљати судом јер је то од обостране користи: „За садржати с Приморцима мир и тишину совједску, кое приноси на обије стране взајмну корист и срећу, забрањено е самоволство и освета, а шчо кои, Црногорац имаде от Приморца искати, то нека ишче по путу от суда, ер инако биће подложен кастигу на исти начин како и они кои би међу нама смутњу и зло у Црну Гору и Брда чини” правило чл. 18 Законика). Законик, дакле, пријети Црногорцу и Брђанину који начини смутњу у Приморју једнаком казном као да је преступ учинио у Црној

10) В. П. Стојановић, Страни утицаји у црногорском праву, Друштво за науку и умјетност Црне Горе (Црногорска академија наука и умјетности), Титоград 1975, 111—143.

11) У писму од 19. маја 1828. године упућено Његуцима, који су на прилазу Боке, владика Петар први указује на потребу стварања државе и њених органа као услова за промет са иностранством: „мене се чини да је вашему племену суд и Кулук потребит колико икому от Црне Горе, зашто хоћете да идете на пазаре и у трговине на сваку страну, ми-мо осталијех Црногораца” (Историјски записи, Цетиње бр. 7 —/1950, 325).

Гори. У вријеме доношења Петровог законика нијесу сазрели услови да би и односи са Турском били уређени на сличан начин па о томе нема помена у њему.

Бока се освежава досељеницима из Црне Горе. Већину приморског становништва, нарочито на селу, чине братства досељена из Црне Горе. Послуга у бокељским градовима углавном је из Црне Горе. С обзиром на етничку једностраност и исту вјероисповијест Приморци и Црногорци се често оробавају и повезују женидбеним везама. Овакав међусобни саобраћај и повезаност Црногораца и Бокеља рађа бројне односе са елементом иностраности чије је уређење насушна потреба како црногорских тако и аустријских власти у Боки. Законодавно сређивање ових односа олакшано је чињеницом да је приморска сеоска породица, мада тамо великих задруга нема и породица споља све више има изглед европске породице), као и Црној Гори прожета колективизмом, солидарношћу њених чланова и ризница је обичајног права.

Жена је у Боки запостављена у наслеђивању. Без обзира што је Аустријски грађански законик од 1811. године (који је на снази и у Приморју) принципијелно изједначио у наслеђивању са мушким, жена се, прикована за норме обичајног права, једнако као у Црној Гори, сдрицала од свога насљедног права у корист најближих мушких братственика из свога рода. Таква ситуација објективно је омогућила да се, већ у првој половини и средином XIX вијека, насљедноправни односи између Црногораца и Бокеља (као аустријских поданика) расправљају на начелу узајамности (реципроцитета). То је формално декларисано у објави врховне црногорске власти од 10. октобра 1849. године: „Од стране Правитељства црногорског објављује се да је ц. к. аустријским поданицима слободно, а и унапријед биће им слободно од Црногорацах получивати насљедства завјештана и незавјештана, која би се појавила у њихову ползу, без икаквог умањивања... И обећава се од истога Правитељства држати и набљудати допуштење Аустријцима у получивању надсљедства у Црној Гори докле год таква једнака узајамност употребљавана буде у ползу Црногораца у држави аустријској”<sup>12)</sup> У уговарањима са аустријским властима Црна Гора иступа пуноправно као самосталан субјекат и независна земља.

Чести сукоби између Црногораца и аустријских власти на Которском пазару и око комунских пасишта изазивају спорове а тиме и потребу живог правног саобраћаја између црногорских власти и которских поглавара. Узајамна правна помоћ између двије државе, од којих једна — аустријска има развијени правни живот, а друга — црногорска је на прелазу из родовско-племенског у државно стање, потврђује закључак да је изградња државе и државног апарата услов за укључивање сваке земље у свијет развијеног приватновојинског друштва. Без апарата принуде у унутрашњим односима немогуће је преузимати и извршавати међународне обавезе. С друге стране, спољне потребе поспјешују изградњу тога апарата

12) Црногорске исправе XVI—XIX вијека, Цетиње 1964, 237.



а тиме и јачање државе. Држава и државни органи у Црној Гори, почетком XIX вијека слаби су и често немоћни да ефикасно зајемче извршавање обавеза Црногораца према страним државама. Иза преступника још увијек стоји солидарност његове крвно сродничке групе, која га штити и од домаћих црногорских власти, одбија да га изда њима, а тим прије то чини у односу на иностране судове. Позивајући се на традиционално право утока племе нече издати државним властима ни иноплеменника. Аустријска власт има у виду овакво стање у Црној Гори и зависно од својих интереса покушава да му се прилагоди. Стога некад тражи да за преступника колективно одговара његова крвно сродничка група (братство-племе)<sup>13</sup>.

Право утока, освјештано право од искона, развијено је у Црној Гори до култа. Иноплеменник, ма ко то био, чак и непријатељ наћи ће у црногорском дому сигурно прибјежиште (хљеб, со и срце). По цијену сопственог живота, давалац утока јемчи за личну безбједност бјегунаца. Са настанком државне власти у Црној Гори, у првој половини XIX вијека, право утока, којим се користе носиоци крвне освете и противници државне власти, претвара се у своју супротност, постаје сметња за личну и имовинску сигурност. Стога ова установа бива на удару првих закона црногорске државе. Давалац утока идентификује се као јатак а бјегунац као одметник. Црногорац или Брђанин који прима, брани или крије преступника имају се прогонити и казнити, једнако као и сам преступник (правило 29. законика књаза Данила од 1855. године)<sup>14</sup>. Право утока, којег се обични народ прикован за своје старе обичаје веома упорно држи, омета и успорава нормализовање и сређивање односа Црне Горе са сусједним државама. Уток код народа ужива и пријатељ и непријатељ. Као средство политике црногорског господарског врха ова установа се еластичније тумачи и примењује: уток ће се дати и непријатељу а ускратити пријатељу, зависно од државног интереса. Користећи међусобне сукобе и несугласице пограничних турских главара, црногорске владике, некима од њих помажу, пружају им уток и подстичу их у борби против других. На другој страни црногорска државна власт је против права утока и одбија да прими аустријске поданике из Боке, иначе истородне са Црно-

13) Аустријска власт у Боки тражи да Црногорци, за преступе почињене на њиховом подручју, одговарају пред судом у Котору односно у мјесту извршења кривичног дјела. Но, Црногорци нерадо иду пред аустријске судове као свједоци, а још нерадије као кривци. Стални позиви которских власти Црногорцима да иду на саслушање у Котор дојадили су владисти Петру првом који нема нарочите људе да позивају Црногорце (у то доба нема трага доставној служби) а Црногорце је тешко наћи јер су „међу овим каменитим горама распрштени“ (Записи XXV — 1941, 200). У немогућности да до преступника дође редовним путем, аустријска власт покушава да у ту сврху искористи црногорске обичаје. Тако је у случају Марка Мркова из Бајица који је у Котору чувствовао у тучи са неким аустријским војником, которски поглавар, у знак одмазде, затворио пазар, одузео Црногорцима који су се ту затекли оружје, задржао таоце и од владике Петра првог затражио да упути которском суду „Марка Мркова“ као оптуженог. Которски поглавар у писму инсистира на колективној одговорности братственичко-племенских колектива за преступника из своје средине јер: „ако ја одговарам за све ово Оружје... и једно от тамошњих општества одговара за све своје житеље“. Марко Мрков је најзад пошао у Котор и тамо је осуђен на казну од 24 часа затвора коју је издржао али у друштву још два црногорца, вјероватно своја сродника, који су заједно и солидарно са њим издржали тај дан затвора. (Р. Ј. Драгичевић, Једна слаба „сатисвакција“ австринском војству“, Записи XXI — 1939, 154—160). Иза кривца, и пред страним судом, још увијек стоји његова крвно сродничка група.

14) В. Петрич, *op. cit.*, 211.

горцима, ако би њиков пријем довео до смутњи у земљи и изазвао репресалије аустројских власти против Црне Горе<sup>15</sup>).

Са порастом робно-новчане размјене и сребивањем прилика између Црне Горе и сусједних држава умножавају се односи са елементом иностраности, јавља се потреба за оснивањем посебних органа који би штитили интересе црногорских поданика у Турској и Аустроји. Инокосно вођење и решавање спорова из спољних односа од стране црногорских владика и њихових емисара није могло подмирити потребе све сложеније друштвене праксе. Већ почетком XIX вијека Црна Гора чини покушај да, под руским патронатом, установи своју конзуларну службу у аустројском Приморју и да ову службу постави на принципима модерне европске конзуларне службе. Карактеристично је да је овај покушај учињен 1804. године, односно непосредно иза доношења Законика владике Петра првог чија је основна порука да самосуђа не може бити не само у унутрашњим већ и у спољним односима<sup>16</sup>).

За оснивање страних конзулата у Цетињу почетком XIX вијека још нијесу сазрели услови. За обезбеђење смјештаја конзулату Црна Гора нема градова „...нако села по горама разпершена“. У самој Црној Гори нема много странаца, она је још затворена за свијет, нема велике трговине да би посредовање конзула било нужно. Бојазан је да би страни конзули, као агенти иностраних држава, могли изазвати и смутњу у земљи. Ови разлози навели су скупштину црногорских главара од 1808. године да одбије пријем француског конзула на Цетиње. Осим тога у саговору црногорских главара француским властима, поводом отварања француског конзулата на Цетињу, речено је да француски конзул може бити

15) Д. Д. Вуксан пише о случају калуђера Димитрија Перезића из Паштровића (Записи, Цетиње XXJJ — 1939, 24—27 и Записи XXV — 1941, 1 и 2). Перезић је купио прилоге у Русији и како од аустројских власти био оптужен за веленздају добјега у Црмницу. Из бојазни од аустројских репресалија — затварања Приморских пазара, без којих Црногорци не могу опстати, а уз то и сутњи које би Перезић могао изазвати у Црмници, владика Петар први посланицом Црмничанима од 21. III 1822. године, захтјевао да се калуђер протера из Црмнице. Ко не послуша ову Наредбу пријети му се, онда најтежом казном: проклетством и одлучењем од цркве. Црмничани одговарају владики Петру, да би по црногорским законима и обичајима, издвајање једнога ускока било и срамота и гријех. Скрећу пажњу Петру првом да је и он сам давао уток Смаил Бегу Османовићу 1910. године, када је овај плашећи се зулума Мустаја паше и Тахир паше, добјегао у Црну Гору. Гостопримство је, кажу Црмничани, светиња. Црногорци су га пружали не само „... судитима ћесарскијема“ већ и скадарским и подгоричким Турцима. Црмничани сматрају Перезића за поштена човека и одбијају да га издају. Више би „... вољели да сва наша нахија пропаше и да у огањ побе „... но да се њему нешто деси. Раскорак између тврдо укоријењеног обичаја гостопримства код обичног народа и става Црногорског Владике чини је поступак мотивисан вишим државним интересима у случају калуђера Перезића је евидентан.

16) „Објављенијем“ од 14. августа 1804. године владика Петар први обавјештава Црногорце да је руски цар Александар уредио конзулат у „цесарокраљевском“ граду Котору и да је за конзула поставио руског властелина Мазуревског. А то „... за одбрану п за сваку потребу и пристојну помоћ нашу и свега нашега црногорскога и брдскога народа ...“. Будући да је конзул представник Рускога цара „... нашега заштитника и покровитеља ...“ Владика наређује Црногорцима да се поковавају његовим наредбама јер су ове у корист унутрашњег мира Црне Горе сједне и мира између Црногораца и цесарскијех „судита“ (поданика — ПС) друге стране. „Објављенијем“ се забрањује Црногорцима да јавно или тајно иду у Котор или друга мјеста Боке прије него се јаве руском конзулу. Нигелан Црногорац или Брђанин не смије „Од судита цесаревијех“ самовољно прибављати ни једну ствар, већ судом „... како и у нашем Законику изговара ...“. Ко нешто тражи од аустројских поданика има да своје разлоге прикаже црногорском правителству које ће о томе јавити руском конзулу у Котор, а овај аустројским властима, које су дужне да Црногорцима дају „... праведни суд.“ На исти начин, тј. по начелу узajамности Црногорског правителства треба да чини суд „цесарскијема судитима“ ...“ за сваку напаст и кривницу која се Црногорцу учини на которском пазару нека се обрати руском конзулу (Записи, Цетиње XXV — 1941, 167—168).

послан у Црну Гору само уз знање њеног покровитеља — руског императора<sup>17)</sup>. Ако би изашли у сусрет француском захтјеву за отварањем конзулата у Цетињу виша црногорска власт се излагала ризику од реакције Русије чију је заштиту уживала. Своју спољну политику, у то доба, Црна Гора изграђује на лавирању између великих европских сила чији се интереси сукобљавају на њеном државном простору.

Другачије је стање у односима са Турском. Своје право на самостално иступање и ширење свога капацитета у међународним пословима Црна Гора учвршћује у оружаном борби против турског непријатеља и отпору турским претензијама за врховним господством над њом. Турци су присвојили плодне равнице и градове и Црну Гору лишили егзистенцијалних извора за живот. Отети од њих значи повратити своје. На међународним скуповима, Турска је спорила субјективитет Црне Горе у међународним пословима и легитимисала је као област у саставу турског царства. Она је окружила Црну Гору војничким посадама и утврђењима и тако отежала њен пробој у међународне односе. На рушевинама римских, грчких и српских утврђења подигнути су градови Никшић, Клобук, Спуж, Жабљак у који се насељавају муслимани — потурци и Црногорци добјегли из Црне Горе од крви. Племена око Црне Горе се исламинизирају. Тако се око ње створио храбри протурски елемент који је примио ратничке особине од Црногораца<sup>18)</sup> а задржао старинске обичаје из времена прије турчења, док је о исламу површно обавијештен. Због свега тога борба против Турске је немилосрдна, то је борба не само за индивидуалност у међународним односима, већ и за голи опстанак, заједничко повезивање са истородним елементом унутар турске границе, за чување тога елемента од превјеривања и однарођавања. Зато су разрачунавања између Црногораца и Турака сурова и воде се мимо основних правила ратног закона. Турци харају насеља, пљачкају, сијеку главе, не штеде ни нејач. За узврат, према турском непријатељу дозвољена су сва борбена средства и треба му узвртати истом мјером јер су та средства Турци први и употребили. Када они „... престану Црногорце огњем и мачем нападати онда нека се надају реципроцитету“<sup>19)</sup>.

Но, од трвења и скоро перманентних међусобних сукоба имају штету како турска тако и црногорска страна. Од тих сукоба страдају нарасле потребе за трговином. Недефинисане границе, проблем двовласничких имања, пљачкашки упади Црногораца у Турску и Турака у Црну Гору стварају немире, угрожавају личну и имовинску сигурност и отежавају живот у пограничном црногорско-турском подручју. Под притиском нужде, у циљу решења основних пограничних спорова, Црногорци ступају у уговорне односе са главарима сусједних турских области. Тако, уговором из 1808. године, владика Петар први и Скадарски паша ријешише да између њихових поданика нема самосуђа, да се узајамни спорови износе пред суд, да између обије провинције буде „мир и тишина“,

17) Р. Меденица, О оснивању француског конзулата у Црној Гори, Записи II — 1928, 257—266.

18) Д. Т. Перовић, Стварање политичко-војничког обруча око Црне Горе, Записи IV — 1929, 129—136).

19) Д. Д. Вуксан, Књаз Данило, пета година владе, 1856, Записи XVII — 1937, 2.

да се трговцима на обије стране има обезбиједити миран пролаз и трговина. Ни један преступник да се не може користити правом утока код друге стране. Деси ли се да неко са стране једног од сауговараца изврши убиство на другој страни, то да га обије стране прогоне и да му казна буде смрт; ако ли се не могне ухватити онда да му се кућа изгори и од имовине да се штета намири<sup>20)</sup>. Овај уговор, са гледишта савременог међународног права, не може се узети као међудржавни уговор; погранична област је дио отоманског царства, њени поглавари не преговарају као пуномоћници и у име турске врховне власти. Но, и поред тога, уговор је веома значајан са гледишта јачања и ширења уговорног капацитета Црне Горе и, макар посредно, то је признање њеног фактичког суверенитета од стране Турске. Сличну вриједност има и уговор о разграничењу између Црне Горе и Херцеговине (као турске области), који су закључили у Дубровнику 1843. године владика Петар Петровић Његош и херцеговачки везир Али паша Ризванбеговић<sup>21)</sup>. Тако се поступно конституише црногорска индивидуалност и ефективни реципроцитет између Црне Горе и Турске.

Нужда сили црногорске владаре и турске пограничне главаре на повремену сарадњу и узајамну правну помоћ. Турске исправе имају правну моћ, кад се имовинских односа тиче, и за црногорске власти. У одбрани од насртаја на своје земљишне посједе цетињски манастир се ослања на турске фермане. Одлуке турских пограничних власти у имовинским споровима на граници, донијете на основу шеријата, и одлуке црногорских власти које расправљају спорове у несређеном граничном појасу, на основу обичајног права, често поштује и противна страна. Збива се интересантан процес симбиозе шеријата и црногорског обичајног права, при чему је премоћ обичајног права очигледна. Одлуке донијете од турских власти, мада заофенуте у рухо муслиманског права, садржински су испуњене обичајним правом прихватаљивим како за турску тако и за црногорску страну (гранични појас настањен је православним и потурченим црногорским живљем који се држи својих старих обичаја, а о исламу има само површна сазнања). Турске власти шаљу своје поданике оштећене пљачкашким упадима Црногораца, да их обештете црногорски судови. И обратно, црногорске владике шаљу Црногорце оштећене од Турака да штету намире преко турских власти. Турска власт се некад брине и за вјерске потребе својих православних поданика па тражи од духовне власти на Цетињу да им ова шаље свештенике. Тако исто турске власти не споре јурисдикцију цетињских владика у брачним споровима и за

20) Д. Д. Вуксан, Један уговор мира из 1808 год., Записи В-1929, 85—92.

21) И. Радосавовић, Међународни положај Црне Горе у XIX вијеку, Београд 1690, 21, 22.

њихове православне поданике<sup>22)</sup>. Преко узајамне правне помоћи са Турцима Црна Гора све више открива и јача свој субјективитет у међународним односима, кроз правни саобраћај између ње и Турске назиру се обриси њеног међународног права и, макар рудиментарна, диоба тога права на јавно и приватно.

Државноправно задуго је нејасан и нерегулисан положај брдских и сусједних херцеговачких племена. Стварно, ова племена признају и слушају црногорску власт, Цетиње држе за своје „судбено средиште“<sup>23)</sup>, а номинално су турски вазали. Просторна изолација од Црне Горе и зависност од турских пазара чине положај ових племена још компликованијим и приморавају их на балансирање између Црне Горе и Турске. Такво стање је повод за оружане сукобе и дипломатску преписку између црногорских и турских власти. У средишту сукоба су Комани, Пипери и Кучи. Својатају их и Турци и Црногорци — позивајући се на историјске разлоге и заштиту страних сила. Тако, поводом Пипера и Комана, Селман ага Мећукић из Спужа пише владици Петру првом: „... а што велиш за Комане и Пипере то је наша раја, нама их је честити цар да има више од сто годинах; а што велиш, ере је наш цар, краљу мошкоскоме поклонио Брда и Црну Гору, цар има у његову земљу чојка, да га пошље к нама, да ни каже, да ни ти не кажувеш. Но се ми тебе чудимо што хоћеш од наше раје, а што улазе Комани и Пипери у цареве градове нити чине нама корист ни вама штету, а они иду тако у вас, а нас не питају, а доходе у нас а вас не слушају. А докле ме цар из Спужа не макне и улефе не узме ни рају нећу пуштит...“

Кучи су оријентисани на подгорички и скадарски пазар, у комунско-сточарској су заједници и сродничким односима са сусједним арбанашким племенима. Користећи њихову зависност скадарски везири их путем мита подстичу на стварање смутње у сусједна црногорска племена и отпор црногорским властима које се не одричу својих историјских права на Куче. Тако владика Петар пише 23. јула 1844. год. Осман паши забиту Скадарском „... ти митиш Куче моје људе, дајеш им аљине свитне, дајеш им паре, дајеш им права и оружја, да мене и своје правитељство не познају. Другим писмом из 1844. године владика побија тврдње везирове да су Кучи раја Царева и додаје „... знам чисто за ваше интриге које чините у Кучима да их мутите с осталијем нашим племенима“. Осо-

22) Поводом спора између Турака и Црногораца око црквеног риболова у Шуђицама владика Петар први пише 13. јануара 1828. Хусеин аги Шолаку да је везиру послао копију Царевог фармера и „другијех књига“, из којих се види да је Шуђица од старине својине цетињског манастира и да у њој Турци немају дијела. Турски капетан из Спужа Мећукић упућује 1838. године Његошу неког Тока и моли да га запони и врати јер је спушким хришћанима умро поп па „... остали без попа ка стока без пастира“. У 1827. години Осман капетан Мушовић из Никшића јавља Саву Петровићу да је Јоко Даковић из Дрештице (унутар црногорске границе), послје 16 година брака отпустио, голу и босу, своју жену која је добјезала у турски Никшић. Капетан тражи да се учини суд и испита због чега је ова жена изагната те да се Јоку и Дреновљанима пренесе „... како је Владика заповиједио: који није жену нека јој се да по ријечи његовој или нека је прифати опет к себи“. На крају капетан пише да Дреновљанима неће дати мира у колико жени не дају што је њено или је не приме код себе или јој мужа не одагнају из своје средине (Записи XIII — 1935, 297, 298 и XIV — 1935, 193).

23) На молбу Дробњака владика Петар I упућује свога синовца Станка да им уреди суд. У писму од 27. III 1854. године херцеговачки главари јављају Књазу Данилу да је код њих стигао његов-књажев посланик поп Лука са дружином „... који су нас јадне Србе ерцеговачке обрадовали с вашијем мохуром и поздравом који смо га жељно примили.“ (Запи-

бито положај брдских племена између Турске и Црне Горе подхрањивао је њихову колебљивост и сепаратистичка струјања у односу на Црну Гору. Такво стање изазвало је веома енергичне и бруталне мјере владике Рада и књаза Данила (похара Куча и др.) чији је циљ коначно извлачење Брда испод турског, макар номиналног, врховништва и њихова инкорпорација у склоп црногорске државе.

Средина XIX вијека значи крупан заокрет у коначној еманципацији Црне Горе од Турске. Побједом на Грахову 1858. године и разграничењем са Турском 1859. и 1860. године, које је извршила међународна комисија, Црна Гора је *de facto*, призната за самосталну, независну и суверену државу. Но, субјективитет сваке земље у међународним односима није друго до израз њених унутрашњих односа. Он није довољан и неефикасан је ако се не ослања на срећене прилике и сигурност у земљи, на личну имовинску безбједност страних држављана. Црна Гора, на челу са књазом Данилом, веома је енергично дјеловала у правцу обезбеђења унутрашњих услова за свој потпуни излазак на међународну сцену. Иако у примитивном реху, она се, Закономом књаза Данила од 1855. године, пред међународном јавношћу легитимисхе са формално-правном једнакошћу својих грађана, као земља реда, „доброга суда и правитељства“ у којој је зајемчена неприкосновеност личности иностранца. Мир и ред на границама штите се у Законику као једна од основних вриједности. За сваку сагријегу „...у пограничној земљи учињену би ће сваки Црногорац и Брђанин исто онако кастигат, као кад свому брату Црногорцу или Брђанину учини“. Забрана пљачкашких упада и освете не односи се само на односе са аустријским поданицима у Приморју, као што је то случај у Петровом Законику, већ сада и на Турску: „У вријеме мира и вјере не смије се у турску земљу, која са нашом земљом граничи, четом ићи и плијени ћерати, јер ће се плијен судом повратити ономе, чији буде, а кривац ће бити судом кастигат“ (правило 26. Даниловог законика).

У настојањима да среди своје односе са Турском, црногорска државна власт је наилазила на отпор Црногораца, свиклих на стална непријатељства са Турцима, оптерећених окошталим навикама и назорима о „вјечитом“ турском непријатељу према коме су сва борбена средства допуштена. Мјере које је ова власт на унутрашњем плану предузимала у циљу сређивања својих односа са Турском сукобљавале су се са устаљеном и вјековима угоданом борбеном етиком која рат против Турске диже на ниво свете и неприкосновене обавезе сваког Црногорца, а вриједност појединца, његов друштвени углед, његову одважност и мушку храброст цијени према учешћу у тој борби<sup>26</sup>). Потребе Црне Горе као уређене државе и субјекта у међународним односима биле су несумњиве са так-

24) Записи XIII — 1935 — 33, 42.

25) Записи XIV — 1935, 363—364.

26) Оваква схватања Црногораца изражавала су се и у њиховим конкретним поступцима. Неки Мирко Д. убио је, у другој половини XIX вијека, три Турчина „само зато што су били Турци“. То је сада пред Сенатом, у условима „правне државе“ и нормалнијих односа Црне Горе и Турске узето као злочин. У коначној одлуци о овом преступу, Сенат, и сам састављен од људи оптерећених старим схватањима о Турцима као непријатељима чини концесије овим схватањима па Марка Д., наводно због његовог доброг владана према „Књазу и отеченству“, осуђује за три безразложна убиства на само 6 година тамнице (Записи XIII — 1935, 325).

вим схватањем. Књаз Данило је веома енергично сламао отпор Црногораца према сребивању односа Црне Горе и Турске. Пљачкашки упади у Турску и убиство Турчина, нијесу више у служби ослободилачке мисије нити су симбол јунаштва. То су сада преступи против јавног реда и инкриминишу се као злочин. Посебном наредбом, која је народу читана на пазарима, књаз Данило је запријетио свакоме, био он главар или прости Црногорац, да ће, ако дирне Турчина или оног што се турским назива, платити својим животом. Нико не смије задијевати бој са Турцима, без знања књажева, нити прелазити турску границу, може се једино „врх себе“ односно у самоодбрани бранити<sup>27)</sup>.

Устројство посебне службе за спољне послове, рађање модерне дипломатије као инструмента за оживотворење међународноправног субјективитета Црне Горе пада у другој половини XIX вијека. До онда спољну политику непосредно воде црногорске власти односно од средине XIX вијека Књаз. У 1874. години извршена је реорганизација државне управе, којом приликом је за вјерске и спољашње послове основано посебно одјељење тзв. „књажевске канцеларије“. На чело овог одељења постављен је сенатор Станко Радоњић. Књаз Никола је задржао за себе питања од важнијег политичког значаја, а за решавање осталих спољних послова и преписку са великим силама овластио је сенатора Радоњића. Књаз је о овој реорганизацији обавијестио турске и аустријске власти. Потребе трговачког, правног и културног промета убрзале су оснивање црногорских конзуларних служби у сусједним државама. Од средине XIX вијека интересе црногорских економских емиграната у Турској штите посебни црногорски представници тзв. „хрватбаше“. Црногорски конзулат у Скадру ради од 1855. године, Конзуларна агенција Црне Горе у Котору, под Аустријом, дјелује од 1870. године. Ова црногорска представништва свршавају не само конзуларне већ и дипломатске полове, њихова заштита није ограничена само на исељенике из Црне Горе већ и на црногорски живаљ стално настањен у Турској и Аустрији<sup>28)</sup>. То има велико политичко значење за оријентацију овога живља ка Црној Гори и подстицање његовог отпора туђинској власти.

Афирмација црногорско-дипломатско-конзуларне службе наилазила је на тешкоће не само због персоналне и материјалне неопремљености ове службе за модерни међународни правни саобраћај, већ и због неповерења представника страних држава привикнутих на непосредно општење са црногорским владарима. Тако је и валија Босне и Херцеговине Дервиш паша одбио да општи са Црном Гором преко „књажевске кан-

27) Д. Д. Вуксан, Књаз Данило, Седам година владе 1858, Записи XVII — 1937, 321, 334.

28) Ј. Радосављевић, *op. cit.*, 28, 31, 40.

29) Војвода и сенатор васојевићки Милан Вуковић, писмом од 8. јула 1864. године, обавјештава црногорског конзула у Скадру Јована „Фаџлика“ о несребеним аграрно-правним односима у Васојевићима шездесетих година прошлог вијека. Даље војвода пише конзулу да Муџтефи паша позива у Сјеницу васојевићке главаре и не признаје границе у Васојевићима, које су границе поставили представници великих европских сила. Паша тражи од народа да плаћа данак царски а осим тога за агре „... иште четвртину...“. Народ пристаје да плати царску дајцу а на четвртину од „берићета“ коју треба дати агама „извангранична сиротиња“ неће никада пристати, макар до буне дошло. Због свега тога војвода тражи од конзула да протествује код турских власти односно гдје види да је прилика (Записи XXV — 1941, 236, 237).

целарије". Валија је увријеђен да се са њим преписује „некакав Радовић” а не књаз Никола. Наредио је стога своме секретару да обавијести Цетиње да неће примати писма од другог, сем од књаза Николе, као што је и до тада било<sup>30</sup>).

Колективним признањем од стране великих сила на Берлинском конгресу Црна Гора је и формално постала равноправни субјекат у међународним односима. Општи имовински законик од 1888. године узаконио је у рухо модерне европске правне доктрине и праксе заођену потпуну еманципацију и индивидуалност Црне Горе у односу на друге државе. ОИЗ је посебно формулисао међународно приватно право Црне Горе прилагодио га заосталој црногорској средини и подигао га на европски ниво. Међународно приватно право ОИЗ-а је свеобухватније, садржајно богатије и савременије от МПП-а у великим европским кодификацијама.

ОИЗ посвећује прилично простора међународном приватном праву. Основни принципи тога права нормирани су у чл. 4—9; конкретни односи са елементом иностраности ријешени су у чл. 786—800, а основни појмови МПП-а објашњени су у чл. 785, 801, 953, 976. Домаћи закони су примарни, они важе на подручју Црне Горе, за имовинске односе како Црногораца тако и иностранца (чл. ОИЗ-а). Но, некад и „... црногорски закони уступају иноземнима у самој Црној Гори као што их има кад Закони црногорски и у другим државама мјерилом служе...” (чл. 6. ОИЗ-а). Примјена страних закона у Црној Гори ограничена је уставом јавног поретка: ако су противни јавној безбједности земље или штите неку нечовјечну установу односно ако нијесу у складу са благонарављем (нормама „обичне људскоће и правичности”) ови закони неће се примијенити (чл. 8. и 785. ОИЗ-а). Ближе објашњење појма „благонаравље” препуштено је обичајном праву.

Односи између домаћих и странаца постављени су на начелу узajамности — реципроцитета: ако би страна држава чинила разлике у имовинским односима својих поданика и Црногораца, на штету Црногораца, црногорски закони правиће исту разлику и у Црној Гори на штету држављана те државе (чл. 9. ОИЗ-а). У расправљању појединачних односа са елементом иностраности ОИЗ решава сукоб домаћег и иностраног закона у прилог примјене територијалног закона, тј. Закона мјеста гдје ствар лежи или коме правни однос подлеже. По овом начелу расправљају се: питања пословне способности и старатељства, статусна права уопште (чл. 786—1790), питање својине и других стварних права на непокретној и покретној имовини (чл. 790—792), дуговински односи (чл. 792—795), дејство и услови за признавање и извршење пресуда иностраних судова (чл. 795—797). О форми правног посла са елементом иностраности говори чл. 798 — ОИЗ-а, Одредбе чл. 63. и 64. Законика да странци не могу имати

<sup>30</sup> М. Вукчевић, Дервиш Паша и управне реформе у Црној Гори (Записи VI—1930, 292—294).

<sup>31</sup> Србијански грађански закони уређује односе са елементом иностраности у чл. 45—47. Аустријски ОГЗ даје мјеста своме међународном приватном праву у параг. 4, 34, 37, 300. Француски грађански законик посвећује међународном приватном праву одредбе чл. 11, 15, 16, 726, 912, 2128. Овај кодекс иако принципијелно уважава реципроцитет као основу свога МПП-а, ипак појачава положај домаћих према иностранцима.



влаштину на некретнинама у Црној Гори преузете су из модерног МПП-а које искључује стране држављане из стицања својине на непокретним добрима у домаћој држави<sup>32</sup>).

Међународно приватно право ОИЗ-а изразило је пуни субјективитет Црне Горе у међународним односима. По својим прогресивним решењима ово право је превазилазило прилике и потребе Црне Горе у вријеме доношења ОИЗ-а, тим прије ако се има у виду њено скромно значење као просторног и демографског појма. Оно је зато снажно стимулисало потпуније и брже укључивање Црне Горе у развијено европско грађанско друштво и прибавило јој је међународни углед.

*др Петар Стојановић*

---

32) П. Стојановић, *op. cit.*, 128, 139.

## SUMMARY

*The appearance of Montenegro as a separate entity of International law*

Montenegro developed itself as an individual entity in international affairs during the nineteenth century through its struggle against the neighbouring powers, France, Austria and Turkey. This struggle has included the struggle for emancipation of the Bokelj people, the people of Hercegovina and the hills tribes from foreign domination. Although the people of these regions were formally under the rule of Turkey and Austria, they were ethnically identical with the people of Montenegro and actually subjected themselves to the orders and decrees of the Montenegro administration, under the spiritual jurisdiction of the diocese of Setinje. They adopted the customs and rules of Montenegro as their „homeland law”. The neighbouring powers of France, Austria and Turkey, with developed governments and law, made stimulative impact on the Montenegro side toward the gradual overcoming of legal primitivism in home and foreign affairs.

The needs for closer commercial, legal and cultural traffic between Montenegro and its neighbours during the nineteenth century stimulated the strengthening of the international entity of Montenegro in relations with the outside world. With the strengthening of the state at home, its capacity for international affairs became more pronounced. And vice-versa, the international needs of the country have stimulated the strengthening of the state and its organs at home.

With the collective recognition of Montenegro as an entity by the Great Power at the Berlin Congress, it formally became an equal member of the international society of nations. The General Property Law of 1888, containing rules and regulations concerning the international private law, only accelerated its joining of the developed European society of nations.

## ВОЈНИ СУДОВИ У СУДСКОМ СИСТЕМУ СФРЈ ЈУГОСЛАВИЈЕ

Војни судови су редовни судови који суде о кривичним делима војних лица и одређеним кривичним делима других лица која се односе на народну одбрану и безбедност земље, као и другим правним стварима које се односе на спорове у вези са службом у Југословенској народној армији. Због специфичности и значаја службе, потребе народне одбране и безбедности земље, од оснивања судова и данас у Југословенској народној армији, као део јединственог система власти (и самоуправљања) радничке класе и свих радних људи, постоје војни судови чија се функција уређује на нивоу Федерације.

### *1. Развој војних судова до Устава од 1974. године*

Војни судови су настали у току народноослободилачке борбе и социјалистичке револуције, као њени значајни органи. У почетку су вршили функцију као редовни судови образовани при војним јединицама, а од 1943. године прерастају у самосталне судове. Уредбом Врховног штаба НОВ и ПОЈ о војним судовима од 1944. године, а затим Законом о уређењу и надлежности војних судова од 1945. године („Сл. лист ДФЈ”, бр. 65-45), одређено је да војни судови врше функцију суђења за кривична дела војних лица) и невојних лица — за одређена кривична дела) и кривична дела ратних заробљеника. Највиши судски орган за Југословенску народну армију био је Врховни суд Демократске Федеративне Југославије. Законом о изменама и допунама овог закона од 1946. године уведен је као највиши судски орган за Југословенску народну армију — Врховни суд Југословенске народне армије са седиштем у Београду („Сл. лист ФНРЈ”, бр. 58—46). Највиши суд у армији вршио је надзор над радом свих војних судова, а виши војни судови над радом нижих војних судова. Суђење се обављало у већу састављеном од председника већа или његовог заменика и двојице судија. Свако веће је имало секретара који је морао бити официр и правник по струци. Председника, његове заменике и судије Врховног војног суда бирала је и разрешавала Скупштина Федеративне Народне Републике Југославије на заједничкој седници оба дома, а судије осталих судова, председнике и заменике постављао је Врховни командант Југословенске армије. Судије су независне и суде по закону.

Следећу етапу у развоју војног судства представља доношење Закона о војним судовима од 1947. године („Сл. лист ФНРЈ”, бр. 105—47). Тек је овим законом прописана надлежност војних судова да суде и у споровима о накнади штете коју војна лица причине држави у вршењу службе, с тим да је Влада ФНРЈ уредбом могла ставити у надлежност војних старешина расправљање о накнади штете чији износ не прелази суму од 10.000 динара. О накнади штете у првом степену судили су првостепени војни судови у саставу од једног судије и 2 судије-поротника, а о жалби против ове одлуке судио је Врховни војни суд у већу састављеном од три судије (јер у његовом саставу није било судија-поротника). О захтеву за заштиту законитости, против правоснажних одлука првостепених војних судова, судио је Врховни војни суд у општој седници. Законом о изменама и допунама Закона о војним судовима од 1950. године („Сл. лист ФНРЈ”, бр. 11—50), одређено је да су војни судови надлежни за суђење и у споровима за накнаду штете коју војна лица учине држави у вршењу службе, с тим да Влада ФНРЈ може уредно прописати посебне одредбе о материјалној одговорности према држави како војних лица тако и грађанских лица на служби у Југословенској народној армији. Постојали су првостепени војни судови (чија је надлежност била одређена по „војно” територијалном принципу, а поједини војни судови могли су се установити и за одређене војне јединице) и судили су на основу закона. Војни суд су сачињавали председник суда и судије, а у првостепеном војном суду и судије-поротници који врше судску дужност. Судије су морале бити официри правне струке и вршили су своју службу као редовну дужност, а судије-поротници официри или подофицири који су судску функцију вршили поред редовне службе. И једне и друге, на предлог Министра народне одбране, постављао је (судије) односно одређивао (судије — поротнике) Врховни командант оружаних снага. Суђење се обављало у већу од три члана (у првостепеном војном суду два члана су судије-поротници а један судија) а у Врховном војном суду, када је одлучивао о захтеву за заштиту законитости, одлучује у општој седници коју сачињавају све судије тога суда. Врховни војни суд одлучивао је и о сукобу надлежности између појединих првостепених војних судова и имао право да даје упутства по питањима судске праксе из надлежности војних судова (упутства су доношена у општој седници). Председник Врховног војног суда подизао је захтев за заштиту законитости против правоснажних одлука војних судова, којима је повређен закон.

Уредбом о материјалној одговорности војних лица и грађанских лица на служби у ЈНА од 1950. године („Сл. лист ФНРЈ”, бр. 11—50) чији је прецишћени текст, са изменама и допунама, под називом Уредба о материјалној одговорности војних лица, објављен 1959. године („Сл. лист ФНРЈ”, бр. 21—59), одређено је да се о материјалној одговорности војних лица расправља по одредбама Закона о Југословенској народној армији и одредбама ове Уредбе. Према прописима Уредбе, војно лице или грађанско лице на служби у ЈНА, које у вези са вршењем службене дужности, односно службе својом кривицом учини штету држави, било је дужно да ову штету надокнади) ако је штета учињена службеном радњом или актом, захтевала се намера или крајња непажња). Ако је штета исплаћена, федерација

је имала право на регресни захтев по одредби чл. 146. ст. 2. Закона о Југословенској народној армији.

О накнади штете причињене федерацији до износа од 5,000.000 динара одлучивао је решењем државни секретар за послове народне одбране, а војни суд пресудом ако штета прелази овај износ. О регресном захтеву федерације, одлучивао је искључиво суд. Против решења надлежног старешине о накнади штете могла се изјавити жалба (са суспензивним дејством) надлежном вишем војном старешини, а против другостепеног решења или против првостепеног против кога је жалба искључена, лице које је обвезано да штету накнади могло је (у року од месец дана да доставе решење) поднети захтев такође са суспензивним дејством (да о штети одлучи војни суд. О штети насталој дисциплинским преступом могао је одлучити дисциплински суд, сходно одредбама Закона о кривичном поступку о расправљању имовинско-правних захтева а против пресуде Вишег војног дисциплинског суда (донетој по жалби на одлуку првостепеног дисциплинског суда) којом је одлучено о накнади штете, могао се (у року од месец дана од доставе пресуде) поднети захтев да о штети одлучи војни суд (са суспензивним дејством). Против пресуде првостепеног војног суда могла се изјавити жалба Врховном војном суду.

Доношењем Закона о Југословенској народној армији 1964. године, престаје да важи поменута Уредба, а материјална одговорност војних лица регулише се одредбама тог закона („Сл. лист СФРЈ”, бр. 52—64).

Према одредбама тог Закона, војно лице дужно је да накнади штету коју је за време вршења службе својом кривицом нанело федерацији. За штету нанету службеном радњом, службеним актом или мером, тражи се намера или крајња непажња, а војник одговара за штету само ако је учинио намерно или из крајње непажње (чл. 244).

Федерација одговара за штету коју грађанину или правном лицу нанесу војна лица својим незаконитим и неправилним радом у вези са вршењем службе, а за остале штете одговара по општим прописима о накнади штете. Федерација има право на регресни захтев само ако је штета учињена из крајње непажње и која застарева у року од шест месеци од дана исплата. О захтеву грађанина за накнаду штете одлучује суд опште надлежности. Пре покретања спора, обавезно се подноси захтев Државном секретаријату за народну одбрану — Војном правобранилаштву ЈНА ради решења захтева ван спора, а ако се о захтеву не реши у целини или се не донесе одлука у року од три месеца од дана подношења захтева може се подићи тужба код надлежног суда.

О накнади штете учињене федерацији од стране војног лица решава војни старешина или војни суд. О регресном захтеву федерације, увек је надлежан војни суд. Ако су штету нанела заједно војна лица и невојна лица, о накнади штете одлучује суд опште надлежности (чл. 251) Старешине воде поступак за накнаду штете по одредбама Закона о општем управном поступку.

Ако обавезно војно лице на накнаду штете изјави да одбија да исплати штету (делимично или у целини) на коју је обавезано решењем надлежног старешине, без одлуке војног суда, може поднети приговор органу који је донео решење (приговор је суспензиван) који га услупа вој-

ном правобранилаштву које, ако нађе да за то има основа, тужбом покрене спор код суда.

Законом о војним судовима од 1954. године („Сл. лист СФРЈ”, бр. 52—54 одређено је да су војни судови редовни судови за суђење о кривичним делима војних лица и о другим предметима који су им стављени у надлежност и да уставна начела о судовима важе и за војне судове. Војни судови су првостепени војни судови и Врховни војни суд, а надлежни су да суде, поред кривичних ствари, о накнади штете. У грађанским стварима првостепени војни суд је надлежан да суди спорове о накнади штете коју учине држави војна лица или грађанска лица на служби у ЈНА у вршењу своје службене дужности, као и о захтеву државе за накнаду штете која је исплаћена услед незаконитог рада војних лица односно грађанских лица на служби у ЈНА.

Врховни војни суд је највиши војни суд у СФРЈ који обезбеђује јединствену примену закона од стране свих првостепених војних судова, а поред кривичних и управних ствари: одлучује о жалбама против одлуке првостепених војних судова донетих о накнади штете: о захтеву за заштиту законитости против правоснажних одлука првостепених војних судова: решава у првом степену о управним споровима и о сукобу надлежности између првостепених војних судова. Већа Врховног војног суда имају право и дужност да првостепеним војним судовима дају примедбе о недостацима у суђењу који су запажени приликом решавања о правним лековима. Ако се ови недостаци појављују код више судова или ако су већег значаја, председник већа обавештава о томе председника Врховног војног суда, који може свим или неким судовима указати на ове недостатке. Правна схватања изражена у примедбама већа Врховног војног суда или његовог председника, нису обавезна за првостепене војне судове. У Врховном војном суду се обавезно води евиденција судске праксе.

Одлуке војног суда може мењати и укидати, по правилу, само надлежни војни орган (суд) у законитом поступку, а у којим случајевима Савезни врховни суд одлучује по жалби против одлуке Врховног војног суда и оцењује законитост одлука тог суда, одређује закон.

Војни судови суде у већима која су састављена од судија или од судија и судија-поротника а председава им увек судија. Веће првостепеног војног суда састављено је од двојице судија-поротника и једног судије — када суди грађанске ствари, а када одлучује о накнади штете један судија-поротник мора бити официр службе а други судија-поротник официр или војни службеник официрског ранга. Кад Врховни војни суд одлучује о жалбама против одлука првостепених војних судова донесених у споровима за накнаду штете и у управним споровима, веће је састављено од двојице судија и једног судије-поротника (судије-поротници у овом суду морају бити официри), а када решава о захтеву за заштиту законитости веће је састављено од двојице судија и тројице судија-поротника.

Врховни војни суд на општој седници (коју сачињавају све судије тог суда са председником који председава седници и која одлучује већином гласова свих судија а за пуноважно одлучивање потребно је присуство две трећине чланова опште седнице) утврђује мишљење о потреби

доношења или измена војних закона или других војних прописа, предлаже правила о свом унутрашњем пословању и пословању првостепених војних судова и утврђује свој годишњи распоред послова.

Оснивање, односно укидање, седиште и територијалну надлежност првостепених војних судова одређује Верховни командант оружаних снага.

Судије и судије-поротнике поставља и разрешава Верховни командант оружаних снага. За судију може бити постављен само официр правне службе који је завршио правни факултет и положио испит за капетана правне службе, судијски или адвокатски испит, а за судију Врховног војног суда истакнути судија првостепених војних судова и официри правне службе чина потпуковника или вишег ранга. За судију-поротника може бити постављено само војно лице старије од 27 година живота.

Судије суде по закону и по слободном судијском уверењу и не одговарају за дато мишљење у суђењу (осим ако је реч о кривичном делу), и не могу бити притворени или стављени у истражни затвор због кривичног дела учињеног у службеној дужности без одобрења Врховног команданта оружаних снага.

Судије и судије-поротници одговарају: кривично (за сва кривична дела учињена у служби или ван ње), дисциплински по војним дисциплинским прописима) за повреде дужности или угледа судијске службе (и материјално) за штету коју учине држави својим незаконитим радом). Држава одговара за штету коју судије и судије-поротници својим незаконитим радом учине грађанима или правним лицима, а исплаћени износ штете држава може тражити од судије или судије-поротника само ако су штету нанели намерно или из крајње непажње.

Судије су професионалци, а судије-поротници врше функцију по часно и бесплатно.

Против правоснажне одлуке првостепеног војног суда о накнади штете, којима је повређен закон, а у којима Верховни војни суд није решавао поводом правног лека, Војни тужилац ЈНА има право да подигне захтев за заштиту законитости Врховном војном суду у року од шест месеци по правоснажности одлуке. Војни тужилац ЈНА има право да подигне захтев за заштиту законитости и пред Савезним врховним судом против правоснажних одлука Врховног војног суда донесених по правним лековима против пресуда првостепених војних судова у споровима за накнаду штете, ако је тим одлукама повређен закон у року од шест месеци по правоснажности одлуке.

Следећу етапу у развоју војних судова представљало је доношење Закона о војним судовима од 1965. године („Сл. лист СФРЈ”, бр. 7—65) са изменама и допунама од 1967. године („Сл. лист СФРЈ”, бр. 54—67) чији је пречишћени текст објављен 1969. године („Сл. лист СФРЈ”, бр. 51—69). По одредбама овог Закона, у складу са променама извршеним у друштву уопште и судском систему, војни судови добијају нове функције које представљају значајне чиниоце њиховог учвршћења и даљег успешног развојка у правцу прилагођавања општем напретку нашег социјалистичког друштва.

По одредбама тог Закона војни судови су специјализовани судови за суђење кривичних дела војних лица и одређених кривичних дела других

лица, као и за одлучивање о другим правним стварима које се односе на спорове у вези са службом у Југословенској народној армији и врше судску функцију у јединственом судском систему Социјалистичке Федеративне Републике Југославије. Они прате и проучавају односе и појаве запажене у свом раду а нарочито они који су од интереса за народну одбрану, остваривање права војних лица и законитост рада војних органа. У војним судовима се проучавају и питања од значаја за уједначавање судске праксе и за правилну примену закона, а на основу својих запажања и проучавања питања стављају предлог војним органима ради предузимања мера за сузбијање и отклањање друштвено опасних и штетних појава и за учвршћење законитости. О примени закона и проблемима свога рада они обавештавају Врховног команданта.

Рада војних судава је јаван и јавно се обезбеђује нарочито јавним расправљањем пред судом (које се законом у појединим случајевима, као и код осталих судава, може искључити), давањем обавештења о току судског поступка, под условима утврђеним законом, обавештавањем важнијих судских одлука. Војни суд првог степена покреће иницијативу код Врховног војног суда ради давања предлога за покретање поступка за оцењивање уставности или законитости, ако приликом одлучивања о поједином питању у току поступка сматра да закон који треба применити није у сагласности са Уставом Југославије. У таквом случају застаје се са поступком док се не прими обавештење од Врховног војног суда да овај неће предложити покретање поступка за оцењивање уставности или законитости, а ако Врховни војни суд покрене поступак не може се наставити поступак пре него што Уставни суд Југославије донесе одлуку поводом предлога. Ако Врховни војни суд не прихвати иницијативу војног суда првог степена за покретање поступка за оцену уставности или законитости, обавештава о томе Врховни суд Југославије. Врховни војни суд може тражити од првостепених војних судава податке у вези са применом закона о проблемима који се појављују у суђењу, као и друге податке који су потребни за проучавање појединих питања која се појављују у раду. Код Врховног војног суда води се евиденција података о појавама и односима запаженим у раду судава, као и евиденција судске праксе.

Поред суђења у већима, као правило у раду, уводи се могућност да у одређеним стварима из надлежности војног суда првог степена суди судија појединац тог суда. Он суди спорове о имовинско-правним захтевима за које је по одредбама закона о парничном поступку одређена стварна надлежност судије општинског суда.

Кад војни суд првог степена суди у споровима за накнаду штете један судија-поротник мора бити активно војно лице одговарајуће службе, а кад Врховни војни суд одлучује по жалбама против пресуде нижих судава донесених у споровима о накнади штете, или кад одлучује у управним споровима, веће је састављено од тројице судија.

На општој седници поред ранијих овлашћења Врховни војни суд: прво, одлучује о стављању предлога Уставном суду Југославије за покретање поступка за оцењивање уставности или законитости прописа или



других општих аката, било да је сам дао иницијативу зато, било да је иницијатива потекла од војног суда првог степена: друго, утврђује на основу проучавања односа и појава запажених у свом раду, предлоге које ће ставити војним органима за предузимање мера ради сузбијања и отклањања друштвено опасних и штетних појава и за учвршћивање законитости: треће, утврђује начелне ставове по питањима од значаја за јединствену примену закона од стране војних судова.

За судију Врховног војног суда, за разлику од ранијег закона, може бити постављен судија војног суда првог степена који се на тој дужности налазио најмање три године, као и официр правне службе који је као дипломирани правник провео у раду на правним пословима најмање пет година и који су стекли потребно искуство за вршење функције судије Врховног војног суда. У овом Закону су регулисани посебне одредбе о парничном поступку пред војним судовима, а одредбе закона о парничном поступку примењују се супсидијерно. Поред одредбе о надлежности судије појединаца у стварима накнаде штете одређено је, право да послове и овлашћења општинских и окружних судова као првостепених судова — врше првостепени војни судови: друго, да послове и овлашћења Врховних судова и другостепених судова — врши Врховни војни суд: и треће, да се у поступку пред војним судовима неће примењивати одредбе Закона о парничном поступку о расправи пред другостепеним судом и ревизији. Одређено је да против одлука (правоснажних) судова првог степена у парничним (и кривичним) стварима којима је повређен закон, а о којима Врховни војни суд није решавао поводом правног лека, војни тужилац ЈНА може подићи захтев за заштиту законитости Врховном војном суду, а против правоснажних одлука Врховног војног суда (у кривичним или парничним стварима) којима је повређен закон — Врховном суду Југославије.

Овај Закон уводи, за решавање привредних и других имовинских спорова који настају из међусобних односа радних организација које производе за потребе ЈНА и федерације (и других радних организација када се предмет спора односи на ствари од интереса за народну одбрану) у вези са пословањем војних јединица и установа (и из односа федерације у вези са пословањем војних јединица и установа са другим радним организацијама кад се предмет спора односи на ствари од интереса за народну одбрану) војну привредну арбитражу, као независну институцију, при Државном секретаријату за народну одбрану која и данас постоји као независна институција.

## II. Војни судови по Уставу од 1974. године

О правним стварима које се односе на спорове у вези са службом у Југословенској народној армији, после Устава од 1974. године донет је Закон о народној одбрани („Сл. лист СФРЈ”, бр. 22—74), и Закон о војним судовима од 1977. године („Сл. лист СФРЈ”, бр. 4—77) чије се одредбе примењују од првог јула 1977. године.

### *А. Одредбе закона о народној одбрани*

Законом о народној одбрани (пored кривичне и дисциплинске одговорности) регулисана је и материјална одговорност војних лица. По овом Закону војно лице дужно је да накнади штету коју је за време вршења службе својом кривицом нанео федерацији. За штету која се нанесе службеном радњом, службеним актом или мером, за одговорност се тражи намера или крајња непажња. Војник, војник-обвезник на служби у ЈНА и питомак одговарају за штету само ако је учине намерно или из крајње непажње. Војна лица која у вези са вршењем службе у територијалној одбрани учине штету друштвено-политичкој заједници, односно организацији удруженог рада, одговарају по општим прописима. Федерација одговара за штету учињену трећем лицу од војног лица на служби у ЈНА. Република, Покрајина или Општина, односно организација удруженог рада одговара за штету коју трећем лицу нанесе војно лице-припадник територијалне одбране, ако је организовала вежбу или другу одлуку припаднику територијалне одбране. За остале штете учињене вршењем војне службе федерација, република, покрајина, општина и организација удруженог рада одговарају по општим прописима о накнади штете. Федерација има право на регрес према штетнику само ако је штета нанета намерно или из крајње непажње, али исто тако има право да накнабује будуће износе које је на основу правоснажне судске одлуке дужна да периодично исплаћује оштећеном лицу. Остале друштвено-политичке заједнице и организације удруженог рада имају право на регрес од штетника по општим прописима за накнаду штете. О захтеву грађанина или правних лица за накнаду штете одлучује по тужби надлежни суд. Пре покретања поступка код суда, оштећени је дужан да поднесе захтев Државном секретаријату за народну одбрану — Војном правобранилаштву ЈНА ради покушаја решавања спора ван суда, а ако се о захтеву не одлучи у целини или се не доносе одлука у року од три месеца од дана подношења захтева може се подићи тужба код надлежног суда.

### *Б. Закон о војним судовима од 1977. године*

Пored начелних одредби специфичних за вршење функције војних судова и прописа о кривичној функцији, Закон о војним судовима садржи правила: о организацији војних судова; о судијама војних судова; о посебним одредбама у парничном и управном поступку; о надлежности и саставу војних судова; о захтеву за заштиту законитости; и о Војној привредној арбитражи.

1. *Начелне одредбе.* — Pored уставних начела о судовима и посебних уставних начела о редовним судовима — која важе и за војне (као редовне) судове, Закон о војним судовима садржи неке специфичности општег карактера: прво, поступак пред војним судовима води се на једном од језика и писама народа Југославије; друго: војни судови прате и проучавају друштвене односе и појаве од интереса за остваривање својих функција, а нарочито оне који се односе на народну одбрану и без-

бедност земље, остваривање права војних лица и законитост рада војних органа и, на основу својих запажања, дају надлежним војним органима, скупштинама одговарајућих друштвено-политичких заједница и другим државним органима и организацијама предлоге за спречавање друштвено опасних и штетних појава и за учвршћење законитости, друштвене одговорности и социјалистичког морала. У војним судовима се проучавају и питања од интереса за уједначавање судске праксе и за правилно примењивање закона. Војни судови преко савезног секретара за народну одбрану, обавештавају Председника Републике као врховног команданта оружаних снага Социјалистичке Федеративне Републике Југославије о примењивању закона и о свом раду. Расправљање пред војним судом је јавно, а савезним законом се одређује у којим случајевима (ради чувања војне или друге тајне, заштите морала, интереса малолетника или других посебних интереса друштвене заједнице) у расправљању може бити искључена јавност. Јавност пред војним судовима обезбеђује се и давањем обавештења о току судског поступка под условима утврђеним савезним законом, давањем надлежним војним органима, скупштинама одговарајућих друштвено-политичких заједница и другим државним органима и организацијама предлога за спречавање друштвено опасних и штетних појава и за учвршћење законитости, друштвене одговорности и социјалистичког морала, обавештавањем Врховног команданта оружаних снага Социјалистичке Федеративне Републике Југославије о раду војних суда и објављивањем судских одлука. Одлуку војног суда првог степена може преиначити или укинуги Врховни војни суд у поступку који је одређен савезним законом. У којим случајевима Врховни војни суд одлучује у посебном већу или у општој седници о правним средствима одређује се овим законом, а у којим случајевима Савезни суд одлучује о правним средствима против одлука Врховног војног суда одређује се савезним законом. Као војно лице у смислу овог закона, сматра се: војник на служењу војног рока: питомац војне школе: Активни млађи официр, официр или војни службеник: лице из резервног састава, док се као војни обвезник налази на војној дужности: и цивилно лице које врши одређену војну дужност, а као цивилно лице сматра се оно лице које по овом закону није војно лице и које није ратни заробљеник.

2. *Организација војних суда.* — Према одредбама Закона, војни судови су: првостепени војни судови и Врховни војни суд. Војни судови првог степена оснивају се по територијалном принципу (за одређену војну територију), по персоналном принципу (за припаднике појединих војних јединица или установа — при војној јединици или установи) и по мешовитом принципу) за одређену војну територију и поједине војне јединице или установе). Оснивање, укидање, формацију, седиште и територију војних суда првог степена и формацију и седиште Врховног војног суда одређује Врховни командант оружаних снага. Седиште Врховног војног суда је у Београду.

3. *Састав.* — Војни судови суде у већима, а у одређеним случајевима из надлежности војног суда првог степена суди судија појединац тог суда (по одредбама Закона о парничном поступку). Већа су састављена од судија и судија-поротника или од судија, а председава им судија.

4. *Надлежност.* — У грађанским стварима војни судови суде о споровима за накнаду штете коју војна лица на служби у Југословенској народној армији или грађанска лица на служби у Југословенској народној армији учине федерацији у вези са вршењем службе, о захтеву федерације за накнаду износа који је исплаћен због незаконитог или неправилног рада тих лица и о другим споровима када је то одређено савезним законом.

### *В. Надлежност и састав првостепених војних суда*

Војни судови првог степена су надлежни (пored обављања кривичне функције): прво, да одлуче у првом степену о грађанским стварима из надлежности војних суда: друго, да одлуче у првом степену о предлозима за заштиту због незаконитих радњи службених лица у војним органима ако није обезбеђена друга судска заштита: треће, да одлучују у првом степену о другим правним стварима кад је то одређено савезним законом: и да врше друге послове који су им савезним законом стављени у надлежност (на пример — по одредбама Закона о парничном поступку).

Војни судови првог степена суде у већима састављеним од једног и двојице судија-поротника (за одређена кривична дела предвиђен је други састав), а кад одлучује о предлогу за заштиту законитости (или ван главног претреса) веће је састављено од тројице судија (чл. 18, ст. 1. и 5). У имовинским споровима судија појединац суди за спорове у којима је по Закону о парничном поступку одређена надлежност другог редовног првостепеног суда. Кад војни суд суди у већу о имовинским споровима судије-поротници су активна војна лица осим у споровима грађанских лица на служби у Југословенској народној армији у којима један судија-поротник мора бити грађанско лице на служби у Југословенској народној армији.

У војним судовима првог степена одржавају се, по потреби, седнице свих судија на којима се нарочито: разматрају питања која се односе на друштвене односе и појаве које суд прати и проучава и питања од интереса за уједначавање судске праксе и за правилно примењивање закона: утврђују предлози који се стављају надлежним војним органима, скупштинама друштвено-политичких заједница и другим државним органима и организацијама за спречавање друштвено опасних и штетних појава и за учвршћење законитости, друштвене одговорности и социјалистичког морала. На тим седницама се припремају и обавештења о примењивању закона о раду суда и одлучује о покретању поступка за оцењивање уставности или законитости. Седницу сазива и њоме руководи председник првостепеног војног суда.

Војни суд првог степена покреће пред надлежним уставним судом поступак за оцењивање уставности закона и уставности и законитости других прописа, општих аката или самоуправних општих аката, кад се питање уставности, односно законитости постави у поступку пред војним судом првог степена. Они обавештавају Врховни војни суд о покретању поступка за оцењивање уставности и законитости и не могу наставити по-

ступак пре него што надлежни уставни суд донесе одлуку о покретању поступка за оцењивање уставности или законитости. У војним судовима првог степена води се евиденција података о односима и појавама запаженим у раду суда.

### *Г. Надлежност и састав Врховног војног суда*

Врховни војни суд (пored овлашћења у вршењу кривичне и управне функције) надлежан је:

прво:

да одлучује о жалбама против одлука војних суда првог степена;

друго,

да одлучује о захтеву за заштиту законитости против правоснажних одлука војних суда првог степена (у случајевима одређеним овим законом); за сада реч је о заједници социјалног осигурања војних осигураника која као интересна заједница окупља војне осигуранике и решава о њиховим одређеним правима из социјалног осигурања и то управо с обзиром на службу у Југословенској народној армији;

треће,

одлучује о захтеву за заштиту слободе и права зајамчених Уставом СФРЈ, ако је таква слобода или право повређено коначним појединачним актом војног органа, а није обезбеђена друга судска заштита;

четврто,

решава сукобе надлежности између војних суда првог степена;

пето,

одређује делегате Врховног војног суда за заједничку седницу врховних суда;

шесто,

утврђује начелна правна схватања о питањима која су од значаја за јединствено примењивање закона од стране војних суда;

седмо,

покреће пред надлежним уставним судом поступак уставности закона и уставности и законитости и других прописа, општих аката и самоуправних општих аката, кад се питање уставности и законитости постави у поступку пред Врховним војним судом (при чему важе одредбе о застоју у поступку до одлуке Уставног суда као и за исту ситуацију код првостепених војних суда) и

осмо,

врши и друге послове које су му савезним законом стављени у надлежност (чл. 23).

Кад Врховни војни суд одлучује о жалбама против пресуда војних суда првог степена донесених у имовинским споровима или кад одлучује у управним споровима или о захтеву за заштиту законитости против правоснажних војних суда првог степена, као и у осталим случајевима,

веће је састављено од тројице судија. Судије-поротници у Врховном војном суду су официри.

1. *Општа седница Врховног војног суда.* — Врховни војни суд обавља своју функцију и у општој седници.

У општој седници Врховни војни суд:

прво:

утврђује, на основу проучавања односа и појава запажених у свом раду, предлоге које ће ставити надлежним војним органима, скупштинама одговарајућих друштвено-политичких заједница и другим државним органима и организацијама за спречавање друштвено опасних појава и за учвршћење законитости, друштвене одговорности и социјалистичког морала;

друго,

одлучује о покретању поступка за оцењивање уставности и законитости пред надлежним уставним судом;

треће,

даје мишљење о потреби доношења или мењања закона и других прописа који су од интереса за народну одбрану или који се односе на оружане снаге и службу у њима;

четврто,

утврђује начелна правна схватања о питањима која су од значаја за јединствено примењивање закона од стране војних судова;

пето,

одређује делегате Врховног војног суда за заједничку седницу врховних судова;

шесто,

одлучује о захтеву за заштиту законитости против правоснажних пресуда војних судова првог степена и

седмо,

врши друге послове одређене савезним законом.

Начелна правна схватања обавезна су за сва већа Врховног војног суда и могу се изменити само на општој седници. Врховни војни суд обавештава Савезни суд и војне судове, првог степена о начелним правним схватањима усвојеним на општој седници. Општу седницу сачињавају председник и судије Врховног војног суда, а сазива је и њоме руководи председник тог суда. За пуноважно одлучивање потребно је присуство најмање две трећине судија, а одлука се доноси већином гласова свих судија Врховног војног суда. У Врховном војном суду води се евиденција о подацима, односима и појавама запаженим у раду судова, као и евиденција о судској пракси.

2. *Судије и судије-поротници.* — Судије и судије-поротнике поставља Врховни командант оружаних снага, а приликом постављења председника и судија примењује се начело што сразмерније заступљености република и аутономних покрајина. За судију војног суда првог степена може бити постављен официр правне службе — дипломирани правник који је положио испит за чин мајора правне службе или правосудни испит, а

за судију Врховног војног суда официр правне службе који је најмање три године провео на дужности судије војног суда првог степена и официр правне службе — дипломирани правник који је положио испит за чин мајора правне службе или правосудни испит, а за судију Врховног војног суда официр правне службе који је најмање три године провео на дужности судије војног суда првог степена и официр правне службе — дипломирани правник који је положио испит за чин мајора правне службе или правосудни испит и провео у раду на правним пословима најмање пет година. Судије се постављају на време од четири године и по истеку тог времена могу бити поново бирани, а судије-поротници на две године из редова официра, млађих официра, војних службеника и грађанских лица на служби у оружаним снагама, а дају свечану изјаву пред Врховним командантом оружаних снага или старешином кога он одреди. Судија и судија поротник не могу одговарати за мишљење и за дати глас у вршењу судијске дужности и без одобрења Врховног команданта оружаних снага не могу бити стављени у притвор због кривичног дела учињеног у вршењу судијске дужности. Судије и судије-поротници одговарају по прописима о дисциплинској одговорности војних лица за повреде војне дисциплинске дужности учињене ван вршења судијске дужности, а за расправљање о овој одговорности надлежан је — председник војног суда, а за председника војног суда првог степена-старешина војне јединице за чију је војну територију суд основан, или старешина војне јединице односно установе при којој је суд основан. Остале одредбе Закона о служби у оружаним снагама којима су уређени односи у служби, права, дужности и одговорности војних лица, важе и за председнике и судије војних судова.

*Посебне одредбе о парничном поступку пред војним судом и одредбе о војној привредној арбитражи*

У парничном поступку пред војним судовима примењују се одредбе Закона о парничном поступку осим прописа који се односе на поступак у споровима мале вредности, на расправу пред другостепеним судом и на ревизију. Послове и овлашћења који су одређени Законом о парничном поступку врше: прво, послове и овлашћења других редовних првостепених судова — војни судови првог степена; и друго, послове и овлашћења других редовних другостепених судова — Врховни војни суд.

О захтеву за заштиту законитости против правоснажних одлука војних судова првог степена, о којима Врховни војни суд није одлучивао поводом правног средства, одлучује Врховни војни суд. О захтеву за заштиту законитости против правоснажних одлука Врховног војног суда којима је повређен савезни закон, одлучује Савезни суд. Врховни војни суд кад решава о захтеву за заштиту законитости против правоснажних одлука свог већа којима је повређен републички или покрајински закон, одлуке доноси у општој седници.

За решавање одређених спорова из међумесних односа организација уједињеног рада, војних установа и организација, војних јединица и феде-

рација у вези са пословањем војних јединица, установа и организација, и наведених организација односно установа и других организација удруженог рада — ако се предмет спора односи на ствари од интереса за народну одбрану — установљена је Војна привредна арбитража при Савезном секретаријату за народну одбрану, која одлуке доноси на основу закона и самоуправних општих аката као независна институција у свом раду. Арбитража одлучује у већу од председника Арбитраже (кога именује савезни секретар за народну одбрану за период од четири године) и двојице арбитра (које бирају странке у спору са листе коју за четири године унапред утврђује савезни секретар за народну одбрану), а надлежност се заснива искључиво на основу писменог споразума (арбитражна клаузула) између странака — за један одређени спор или за спорове који могу настати из одређеног правног односа.

*др Верољуб Рајевић*



## SUMMARY

*The development of military courts*

Military courts were formed during the national liberation struggle and the socialist revolution, as their significant organs. At first they operated as regular courts attached to the military units, but were transformed into independent courts from 1943. From 1947, they also became competent for civil cases. The development of military courts is closely related to the development of our society as a whole and its judicial system.

From their formation to the present day, there are military courts in the Yugoslavian armed forces, the functions of which are set out on federal level, since its specific nature and significance the requirement and needs of national defence and the security of the country have initiated it; also they are a part of the integral system of power of the working people and the working class. Military courts are regular courts which, apart from their criminal function, also have within their competence various legal disputes relating to services in the Yugoslavian armed forces. In civil cases, military courts pass judgement in disputes for compensation of damaged made by military personnel and civilians employed in the armed to the Federation forces in connection with the execution of their duties, and in cases where the Federation has demanded compensation of sums payed out because of illegal actions of these persons.

There are military courts of original jurisdiction and the Supreme Military Court. The military courts of original jurisdiction formed according to the territorial principle, attached to the military units and institutions, or according to the mixed principle. Their work during hearings is carried out in councils, but in certain cases, in the courts of original jurisdiction, hearings can be presided by an individual judge. Judges councils are made up of professional judges and jurors, or only professional judges as the case may be, but they are always presided by a professional judge.

All matters pertaining to the organisation of the military court system are decided by the Supreme Commander of the Armed Forces. The residence of the Supreme Military Court is in Belgrade. All judges and jurors are appointed by the Supreme Commander of the Armed Forces. When appointing presidents and judges of the courts, the principle of proportionate representation of all constituent republics and autonomous provinces is applied.

The rule is that the decisions of the military courts may be repealed or amended only by the relevant military court in legal procedure; the Supreme Court of the SFRY will decide in cases of appeal against decisions of the Supreme Military Court and decide on the legality of the decisions of the Supreme Military Court only when so provided by law. The Supreme Military Court may perform its functions in general sessions as well.

In lawsuit procedure before the military courts, there are applied the provisions of the Lawsuit Procedure Law with the exclusion of those provisions relating to the disputes of small value, the hearing before the courts of secondary jurisdiction, and the revision.

The Supreme Military Court is relevant to discuss all demands for the protection of legality against legally effective decisions of the courts of original jurisdiction, while the Supreme Court of the SFRY is relevant to discuss all demands for this legal remedy against the decisions of the Supreme Military Court, where an injury of the federal law has been made.



## ПРИЛОГ РАЗМАТРАЊУ ОСНОВНИХ ОБЕЛЕЖЈА АПСОЛУТНО ОБАВЕЗНИХ НОРМИ У МЕЂУНАРОДНОМ ЈАВНОМ ПРАВУ

Као концепт *de lege ferenda* апсолутно обавезна правила међународног права нису творевина најновијих дена. Идеја о праву које везује државе независно од њихове воље заговарана је посебно од стране природноправно оријентисане доктрине. Гроцијус (Grotius)<sup>1)</sup>, Пуфендорф (Puffendorf)<sup>2)</sup>, Волф (Wolff)<sup>3)</sup>, Вател (Vattel)<sup>4)</sup>, Мартенс<sup>5)</sup>, инсистирали су, са извесним разликама које су опредељене основним теоретским полазиштима, на постојању вишег, супериорног *jus necessarium*-а, који као рефлекс аутономног, универзалног и савршеног природног права није могао бити дерогиран једностраним или двостраним актима држава.

У неонатуралистичкој реакцији на правни волунтаризам крајем XIX и почетком XX века, учење о основним, фундаменталним правима држава<sup>6)</sup>

1) За Гроцијус-а природно право, услед свог слагања са логиком природе поседује елемент моралне неопходности, те стога служи као критеријум дозвољености извесног понашања. Пошто је природно право непроменљиво, то је јасно да државе нису могле утицати на његов садржај и важење — Н. Grotius, *De jure belli ac Pacis libri tres*, In *Classics of International Law*, ed. by J.V. Scott, trans. by F.W. Kelsey, 1925, I, pp. 38—40.

2) Под утицајем Хобса Пуфендорф тврди да су односи између различитих народа засновани искључиво на природном праву. Природно право, моралистички интонирано у духу схоластике јесте, по овом аутору, апсолутни критеријум понашања друштва и, за разлику од позитивног права, није подложно промени. — Puffendorf, *De iure naturae et gentium libri octo*, in *Classics of International Law*, trans. by C.H. Oldfather and W.A. Oldfather, 1934, Chapt. III, pp. 189, 179.

3) Полазећи од идеје да државе нису ништа друго до појединачне слободне личности које egzистирају у природном стању, Волф истиче да народи у међусобним односима користе искључиво правила природног права. У ствари, између природног права и међународног права постоји апсолутни идентитет. — v. *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, in *Classics...*, trans. by J.H. Drake, 1934, par. 2, 3, p. 9.

4) По Вател-овом мишљењу природно право је неприкосновено, обавезе утврбене природним правом су неизбежне и нужне, па их народи не могу мењати путем уговарања, нити их се једноставно ослободити или узajамно једна другу ослободити. — Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758, par. 9.

5) Природно право представља скуп заповести које произилазе из разума обавезне су за све народе и не могу бити мењане слободном вољом друштва. — De Martens, *Précis du Droit des gens moderne de l'Europe*, 1864, I, pp. 44.

6) Бонфис (Bonfils) налази да држава као субјект међународног права, *inter alia*, поседује примарна, апсолутна или перманентна права која су у основи државе као „personnes naturelles et nécessaires, qu'un seul droit primordial, un seul droit fondamental, le droit à l'existence" — Manuel de droit international public (Droit des Gens), 1914, nos. 235, 239; За Calvo-а, „L'obligation d'observer la justice envers les autres nations en tout temps et toute circonstance подвукао М.К.), constitue pour les Etats un ces devoirs parfaits et impératifs auxquels nul ne peut se soustraire" — С. Calvo, *Le droit international, Théorie et pratique*, 1880, pp. 412—413; Le Fur иде, чини нам се, најдаље у квалификацији основних права као израз природноправног поретка. По његовом мишљењу, ради се о „d'une simple adaption du droit naturel général aux circonstances spéciales d'un droit qui vise en principe les Etats et non les individus directement" — La théorie du droit naturel depuis le XVIIIe siècle et la doctrine moderne, Recueil des Cours, Académie de droit international, The Hague, 1927, vol. 18, pp. 349—350.

и општим правним начелима признатим од стране просвећених народа<sup>7)</sup> трпи извештан утицај природноправних схватања, представља, наиме, покушај да се у позитивно међународно право угради елеменат праведног који превазилази време и простор, који је иманентан самој идеји права. Ни сама позитивистичка доктрина која је све само не блиска схватању о постојању правних правила која надмашују вољу државе, није истрајала у одбрани свог основног постулата да та воља не познаје ограничења утврђена објективним правним поретком. Признајући тако апсолутно дејство правилу *pacta sunt servanda*<sup>8)</sup> она је основу међународног права коначно одвојила од воље држава као свог крајњег и формалног извора<sup>9)</sup>.

Међутим, на службеном плану став о постојању апсолутно обавезних правила у међународном праву, формално је концептуализован и уведен у позитивно право тек Бечком конвенцијом о уговорном праву од 1969 године (у даљем тексту Бечка конвенција). Члан 53 поменуће Конвенције гласи: „Ништав је сваки уговор који је у време закључења у супротности с неком принудном нормом општег међународног права. За сврху ове Конвенције принудна норма општег међународног права је норма прихваћена и призната од стране целокупне међународне заједнице држава као норма од које није дозвољено никакво одступање и која може бити измењена само једном новом нормом општег међународног права која има исто својство”. А чланом 64. утврђује се да: „Ако настане, нова принудна норма општег међународног права, сваки постојећи уговор који је супротан овој норми постаје ништав и престаје.”

Извесно је да постојање апсолутно обавезних правила укључује низ сложених аспеката, који се, с обзиром на свој значај, појављују као фундаментална питања савременог међународног права; питања њихове правне природе, формалних извора, домаћаја дејства, хијерархије унутар корпуса правила општег међународног права, аутономије воље субјеката међународног права и слично. У разматрањима која следе ограничићемо се на основна обележја апсолутно обавезних норми, обележја која их квалификују као самосталан институт међународног јавног права.

7) Фердрох (Ferdross), један од пионира схватања да слобода понашања држава трпи ограничење у виду перемпторних, апсолутно обавезних правила, истиче да постоје извесна општа начела која нису субјективног карактера, јер изражавају принципе неопходне ради регулисања рационалне и моралне коегзистенције чланова заједнице. — A. Verdross, *Forbidden Treaties in International Law*, *American Journal of International Law*, 1937, No 4, pp. 572; Ове идеје нашле су широк одзив у доктрини. Харле тврди да такви принципи не припадају општим начелима признатим од стране просвећених народа у смислу члана 38(и) Статута Сталног суда међународне правде већ о правилима апсолутног дејства, пуноважних *vis-a-vis* свих држава — *Les principes generaux de droit et le droit des gens*, 3/16, R.D.I.L.C. 1935, p. 680 — наведено по Bing Ceng *General Principles of law as applied by International Tribunals*, 1953. Такође, Scelle, *Manuel de droit international public*, 1948, p. 578.

8) D. Anzilotti истиче да правило *pacta sunt servanda* поседује „... une valeur objective absolue...” — *Cours de droit international*, 1929, I, pp. 43—44, trad. Gidel.

9) v. Lauterpacht, *The function of law in the international community*, 1933, p. 418.

*Објективни карактер*<sup>10)</sup> — Објективни карактер апсолутно обавезних, когентних правила огледа се у ванконсенсуалности тј. у чињеници да та правила, „превезилазећи диспозицију странака, самим тим не могу бити искључиво заснована на вољи држава, да су она саставни део нечега што је изнад те њихове аутономије воље у виду једног објективног поретка<sup>11)</sup>. Другим речима, ваљаност правила *jus cogensa* није зависна од воље свих субјеката међународноправног система, будући да се посредством категорије *jus cogensa* демонстрира примат међународног правног поретка над вољом држава<sup>12)</sup>.

In concreto, то значи да воља појединачних држава изражена кроз уговор и обичај, као основне облике стварања правила међународног права не може конституисати ваљане правне режиме конкурентне когентном режиму.

Уколико је конституисано правило међународног права когентне природе, државе не могу путем *inter se* утанчења излазити из његових оквира без обзира што нису странке уговорнице инструмента који садржи когентна правила. У том случају, није сам уговор оно што обавезује државе на поштовање датог правила, већ је то принцип когентне природе изражен кроз уговор. У саветодавном мишљењу поводом питања дозвољености резерви уз Конвенцију о геноциду, Међународни суд правде је истакао да је реч о правилима која везују чак без икакве уговорне обавезе<sup>13)</sup>.

Принципе на којима почивају такви уговори треба разликовати од инструменталног облика у којима се појављују. Принцип релативности који обележава карактер уговорних дејстава тиче се у оваквим уговорима само инструмента а не принципа које он садржи и који имају универзалну вредност, делују *erga omnes*<sup>14)</sup>. Дакле, поједини уговори поред обичајних, контрактuelних, садрже и објективне елементе који превазилазе диспозицију уговорница<sup>15)</sup>.

Per analogiam, уколико постоји правило *jus cogensa* обичајне природе, државне не могу у узајамним односима излазити из оквира садржаја обичајног правила, било уговором било обичајем, изузев ако је реч о успостављању новог когентног правила.

Објективни или ванконсенсуални карактер норми *jus cogensa* не значи, како то запажа проф. Аврамов, „васпостављање хегемоније или превласти једне групе над другом, нити концентрацију власти у рукама

10) Будући да апсолутно обавезна правила улазе у саставе општег међународног права као претходно питање се поставља проблем тзв. правне природе међународног права. Из разлога економије нећемо улазити у расправу овог питања, већ ћемо се задовољити констатацијом да међународно право представља скуп правних правила настао на извору аутентичних услова и потреба међународне заједнице. О проблему правне природе међународног права, види др М. Шаховић, *Правна природа међународног права*, Југ. ревија за међународно право, 3/1955, стр. 377-384; др Р. Лукић, *Шта је заједничко у међународном и унутрашњем праву*, *Анали* 6/1973, стр. 1-6; др А. Магарашевић, *Прилог расправљању о правној природи и улози међународног права*, Југ. ревија за међународно право, 3/1959, стр. 60-73; Brierly, *Law of nations*, 1963, пл. 68-76.

11) М. Марковић, *Међународноправна правила принуде природе*, *Зборник Правног факултета у Загребу* бр. 3-4/1966, стр. 333; Бенгали, такође, допушта „постојање правила изван (outside) воље држава”. — *Lagonissi Conference, Papers and Proceedings*, p. 101.

12) Ruda, *Lagonissi Conference, Papers and Proceedings*, p. 87.

13) *International Court of Justice Reports*, 1951, p.

14) Упореди, Fitzmaurice, *Symbolae Verziji*, pp. 158-159.

15) Rosenne, *The United nations treaty practise*, *Recueil des Cours*, 1954, vol. 86,

централних светских органа<sup>16)</sup>, нити, пак, повреду начела пристанка као једног од фундаменталних начела савременог међународног поретка. Начело пристанка у међународној заједници коју карактерише, у позитивном смислу, постојање множине, у правном смислу, суверених и равноправних субјеката, и одсуство централног, наддржавног ауторитета, у негативном смислу, одржава демократски карактер међународног права.

Пристанак се, међутим, у оквирима међународног поретка нужно има посматрати у контексту историјских и материјалних услова у којима егзистира међународна заједница тј. у светлу два битна момента: прво, да би игнорисање улоге држава у процесу настајања и важења правила међународног права било очигледно илузорно, и, друго, потребе да се међународном праву призна довољан степен трајности и непроменљивости како би било у стању да одговори на захтеве који намећу ситуације и процеси који се одвијају на међународном плану.

У односу на норму *iuris cogentis* то подразумева како елементе вољне сагласности, наговарања (*persuasion*), тако и принуде<sup>17)</sup>. Норме међународне заједнице произилазе из воље међународне заједнице као целине, будући да у оквирима међународног поретка елемент воље нужно тежи да буде садржај пристанка независних држава а не заповест која им се намеће<sup>18)</sup>. Воља међународне заједнице није, дакле, диктат владаоца. Она је израз највише и — у ширем смислу — принудне реалности међународне заједнице у њеним разним манифестацијама. Не представља повреду те реалности ако се призна деловање и испољавање воље међународне заједнице не само општим правним принципима већ такође у изричитом или прећутном пристанку чланица те заједнице. Чињеница да је једно правило санкционисано или стављено у дејство путем пристанка, није неспојива са есенцијалним квалитетом тог правила као доказа опште воље међународне заједнице чије су чланице државе које дају пристанак. Тако се има сматрати као општа воља међународне заједнице то да ће њене чланице регулисати њихове правне односе, рецимо, путем уговора. Исто се примењује у односу на пристанак дат обичајним поступком<sup>19)</sup>

Воља међународне заједнице као целине не значи, дакле, механички збир воља појединачних држава из простог разлога што такав скуп није ретко се погодан да представља основ било каквог а камоли кохерентног система правила. Ради се, у ствари, о изразу координације различитих, не ретко и супротстављених конкретних интереса држава, у складу са објективним законима друштвеног развоја који намећу потребу сарадње држава као битног услова опстанка заједнице и њених појединих делова тј. држава које сачињавају. Извесно је да интереси свих држава нису увек нашли, нити налазе, најадекватнији облик у категорији воље међународне заједнице као целине. Те државе, међутим, објективно ни-

16) Др Смиља Аврамов, Међународно јавно право, 1976, стр. 274.

17) Schwarzenberger, Lagonisi Conference, Papers and proceedings, p. 81.

18) H. Lauterpacht, International Law, Collected papers edited by E. Lauterpacht, 1. General works, 1970, p. 93.

19) Ibidem, pp. 93—94.

су у стању да негирају релевантност правних правила садржаних у инструменталним облицима кроз које се воља међународне заједнице испољава. Наиме, оне су често „принуђене да признају праву снагу уговорним текстовима утврђеним од стране Генералне скупштине Уједињених нација, јер без приступања таквим уговорима не могу опстати у међународној заједници... Оне су често принуђене да приступе тим уговорима противно својој стварној вољи”<sup>20</sup>).

Исти је случај са нормама створеним путем међународног обичајног поступка<sup>21</sup>).

Квалификавање воље међународне заједнице узете у целини као извора норми *jus cogens* не значи, према томе, негацију улоге државе у међународној заједници. Воља државе и даље игра суштинску улогу али у квалитативно измењеном смислу. Основ ових промена лежи у сфери измењених услова у материјалној бази савремене међународне заједнице, који се изражавају у односу државе и међународне заједнице, односу дела и целине, у смислу повећаног значаја потоње. Држава се подводи под „један основни социјално-етички принцип. А то је другим речима, релативисање појма државе према апсолутисању идеје друштвености, идеје заједнице”, те тако насупрот идеалу државе поставља се идеал друштва, коме први има да служи<sup>22</sup>).

*Позитиван карактер* — Интересантно је да је природноправни приступ апсолутно обавезним правилима међународног права заступљен и у новијим дискусијама. Само постојање такве категорије правила објашњава се управо утицајем природног права, односно означава прогресивну интеграцију природног права у позитивно право<sup>23</sup>). Са друге стране, извесној конфузији доприносе и недовољно пречишћени ставови о томе шта се подразумева под „природним правом”. Де Луна истиче да ако под природним правом схватамо правила постављена од држава, онда когентна правила коначно нису позитивно право. Ако, пак, позитивно право разумемо у смислу правила која су на снази у пракси међународне заједнице, тада су когентна правила заиста позитивно право<sup>24</sup>).

Мада је природноправно оријентисана доктрина имала несумњиву улогу у конституисању концепта апсолутно обавезних правила у ситуацији када су везе између држава биле слабе, када су правила међународног права зависила у доброј мери од каприца јачег, тешко је у данашњим условима тврдити да та правила припадају природном праву. Једноставно због тога што природно право представља пре субјективну пројекцију нечега што би требало да буде међународно право него правила која у стварности регулишу односе између држава.

20) Бартош, Обавезно универзално међународно право, Македонска академија наука и уметности, 1974, стр. 24.

21) *Ibidem*.

22) Др М. Владисављевић, Проблем јединства јавног права — Држава и међународна заједница, 1934, стр. 105—106.

23) Види о томе С. de Wisscher, *Positivisme et jus cogens*, *Revue générale de droit international public*, 1975, vol. 75, pp. 9 и даље.

24) De Luna, *Yearbook of International Law Commission*, 1963, I, p. 75.

Апсолутно обавезна правила су састојак позитивног међународног права на снази. Њихов настанак је директна последица дубоких економских, политичких и социјалних промена које међународну заједницу и поред постојећих супротности, чине релативно самосталним ентитетом. Политика 'мирољубиве коезистенције држава са различитим друштвено-економским системима, која је *conditio sine qua* опстанка и развоја међународне заједнице узете у целини, не може бити ефективна без когентног међународног поретка<sup>25</sup>).

Појам самодовољности националних заједница је релативизиран под утицајем општег економског и друштвеног развоја<sup>26</sup>) што доводи до различитих облика институционализације међународних односа несумњивим последицама по правни положај држава<sup>27</sup>). У таквим условима Повеља Уједињених нација, изражавајући опште и објективне интересе међународне заједнице, представља не само основ новог међународног *ordre public*<sup>28</sup>), већ садржи и општеобавезне правне принципе чија се релевантност протеже и ван круга уговорница. Другим речима, она није прост мултилатерални уговор него представља и устав савремене међународне заједнице<sup>29</sup>). Услед тога Повеља Уједињених нација не само да је учинила у великој мери реалном идеју о когентним нормама у оквирима међународног поретка<sup>30</sup>) већ представља основно језгро апсолутно обавезних норми у позитивном међународном праву, мада не и искључиви извор<sup>31</sup>).

Став да апсолутно обавезна правила чине *lex lata* савременог међународног поретка налази потврду и у пракси међународних судова.

У спору око Југозападне Африке (*Preliminary Objections*) Међународни суд правде је признао Етиопији и Либерiji *ius standi* без обзира што нису поседовале директни материјални интерес у конкретном случају. У основном прилазу суд је пошао од констатације да мандати представљају међународне споразуме од општег интереса<sup>32</sup>), које, у односу на Друштво народа као политичку организацију и њене чланице, установљавају правно овлашћење или интерес у односу на извршавање обавеза од стране мандатних сила, како према становницима мандатних теорија тако и према Друштву народа и његовим члановима<sup>33</sup>). Мандат за јужну Африку представља „међународни инструмент институционалног карактера“ за који деле интерес све државе чланице<sup>34</sup>).

У *Barcelona Traction case (Second phase)* 1970. године, у пресуди је истакнуто да „суштинска разлика треба бити подвучена између

25) A. Favre, *Principes du droit des gens*, 1974, p. 226.

26) *Op. International Law*, edited by R. Falk and S. Mendlowitz, 1966, pp. 179—180.

27) Види о томе, др Милан Бартош, *Обавезно универзално међународно право*, Македонска академија наука и уметности, 1974, стр. 27—28.

28) Др М. Бартош, *Legal force of the United Nations Charter*, Југ. ревија за међународно право, 1958, стр. 4—5.

29) *Ibid*, стр. 6; др Б. Т. Благојевић, *Јединство света — Неке рефлексije са правног гледишта* — *Анали*, јануар — март 1964, стр. 43.

30) Р. Б. Пал, члан Комисије за међународно право је пластично истакао да читава перспектива УН може бити окарактерисана као вредносно оријентисана јуриспруденција, усмерена на настанак јавног поретка у међународној заједници под владавином права. — *Yearbook of International Law Commission*, 1963, I, p. 65.

31) *Aro ibidem*, p. 71, Waldock, *Ibidem*, p 62.

32) *International Court of Justice Reports*, 1949, p. 22.

33) *Ibidem*, p. 343.

34) *Ibidem*, p. 332.



„...обавезе државе према међународној заједници као целини, и оних обавеза које се појављују vis-a-vis друге државе...самом својом природом прве су од интереса за све државе. С обзиром на значај садржаних права, може се сматрати да све државе имају правни интерес у њиховој заштити; оне су обавеза ergo omnes<sup>35)</sup>.

У Саветодавном мишљењу о накнади штете претрпљене у служби УН (1949), је, и поред чињенице да значајан број признатих држава није био у чланству УН, истакнуто да 50 држава које

„представљају огромну (vast) већину чланица међународне заједнице, имају моћ да, у складу са међународним правом, оснују ентитет (entity) коју поседује објективну међународну личност, а не само личност признату од њих самих...<sup>36)</sup>.

У случају који се тичао примене Конвенције о усвојењу малолетника од 1902. године, судија Moreno Qubintana је истакао да „Међународни јавни поредак international ordre public) дејствује у оквиру граница система међународног јавног права кад оно поставља извесне принципе као што су општепризната начела међународног права и фундаментална права држава чије је поштовање неодвојиво од правне конзистенције политичких јединки које чине међународну заједницу... Ти принципи, и та права, такође, имају перемпторан карактер и универзалан делокруг<sup>37)</sup>.

У случају континенталног платоа у Северном мору (1969) судија Padilla Nervo је нагласио да „Обичајна правила која припадају категорији jus cogens не могу бити подвргнута једностраним резервама. Из тога произилази да уколико Конвенција изричитом одредбом дозвољава резерве на извесне чланове то је узроковано признањем чињенице да такви чланови нису кодификација или израз постојећих обавезних принципа или установљених обавезних правила општег међународног права, која су као таква постављена не само у односу на уговорне стране, већ, такође, у односу на треће државе.”<sup>38)</sup>

Судија Ammoun је у Барселона Traction Case лепо сумирао еволуцију когентних норми из de lege ferenda у de lege lata стање речима да „... кроз већ подужу праксу Уједињених нација, концепт jus cogens стиче виши степен ефективности, путем ратификације принципа који се појављују у Преамбули Повеље као императивне норме међународног права. Из домена теорије и правне литературе... они су прешли у домен објективне егзистенције и праксе.”<sup>39)</sup>

Истина, као што се види из примера које смо навели, као и других које смо овом приликом изоставили, немогуће је у пракси међународних судова наћи пресуду која би се директно односила на питање ваљаности уговора или другог међународноправног акта услед несагласности са нормом супериорног правног реда, нормом когентне природе. Међутим,

35) International Court of Justice Reports 1970, pp 3, 32.

36) International Court of Justice Reports, 1949, p. 185.

37) International Court of Justice Reports, 1958, pp. 106—107.

38) International Court of Justice Reports, 1969, pp 97—98.

39) International Court of Justice Reports, 1970, pp. 304 и даље.

мишљења смо да и поменути примери говоре у прилог става да је сазнање постојања таквих правила дубоко укоревљено у универзалној правној свести, у правном убеђењу међународне заједнице као целине. Посебно ако се има у виду наглашени конзервативизам Међународног суда правде и његовог претходника, Сталног суда међународне правде, у смислу отпора према коришћењу устава чија је егзистенција у позитивном међународном праву сумњиве природе.

*Перемпторност.* — Са формално-правног становишта, перемпторност<sup>40)</sup> у смислу апсолутног, коначног и одлучног дејства извесних норми које не допуштају дерогацију односно установање садржајно несагласних правних режима, свакако је једна од најбитнијих ознака когентних норми општег међународног права. Правила когентне природе намећу, наиме, апсолутну обавезу свим чланицама међународне заједнице, обавезу која је инхерентна и независна од евентуално негативног става појединих држава или, пак, извесне мање групе држава.

Перемпторност когентних правила се, како у логичком гако и у сазнајно-експликативном погледу, супротставља диспозитивности<sup>41)</sup> као обележју претежног дела правила општег међународног права. Диспозитивна правила међународног права државе могу истиснути у *inter se* односима под условом да на тај начин не буду повремена права трећих држава. Тако, рецимо, државе могу узајамним споразумом утврдити да ће ширина њихових територијалних вода износити 14 наутичких миља, или се могу обавезати да њихови бродови могу на отвореном мору заустављати бродове других уговорница или на други одговарајући начин вршити јурисдикцију.

Другим речима, није свако правило општег међународног права такве природе да не допушта супротна утанчења. Чињеница да је двострани или вишестрани уговор супротан правилима општег међународног права није само за себе довољан разлог за ништавост таквог уговора<sup>42)</sup>.

Насупрот томе, уговор или други међународноправни акт који би циљао на дерогацију когентне норме био би *ipso facto* ништав. Сматра се, наиме, да субјекти међународног права не могу повређивати релативне когентне норме било уговорним поступањима било једностраним актима

40) Термин „перемпторан“ који се схвата као синоним термина „апсолутан“ — тако, Black's Law Dictionary, Revised Fourth Edition, 1968, p. 1295 — користимо стога што исти фигурира у релевантним члановима Бачке конвенције. Иначе, у већини правних речника и лексикона термин „перемпторан“ је изостављен односно користе се одговарајући синоними. Не налази се, на пример, у Dictionaire de droit international, 1885, од Calvo-a, Рјечнику међународног права, 1972, од V. Иблера, те Правном лексикону, 1972.

41) Von Heydt, Die Erscheinungsformen des zwischenstaatlichen Recht: jus cogens und jus dispositivum im Völkerrecht. Zeitschrift für Völkerrecht, 1932, vol. 16, s. 467 и даље, G. Schwarzenberger, International law and order, 1971, p. 455; исто у International jus cogens, Texas Law Review, 1965, p. 455; На 684, састанку Комисије де Јури је то пластично истакао указивањем да се суштина когентних норми најбоље дефинише а centrario концептом jus dispositivum-a — Yearbook of International Law Commission 1963, I, p. 72.

42) Помало изненађује да се та чињеница превиса у неким новијим делима. Тако, von Glahn излагање когентних норми започиње питањем да ли је уговор ништав уколико су његове одредбе супротне општим обичајима или општим уговором међународном праву, и даје на то питање потврдан одговор. — Law among nations, An introduction to public International Law, New York-London, 1976; Махајан В.Д. налази да је уговор ништав уколико повређује опште уговорно или обичајно право. — Public International Law, 1974, p. 369.

или на неки други начин<sup>43</sup>). Апсолутно обавезна, перемпторна правила не трпе установљење конкурентних правних режима. Стога, акти чији је садржај несагласан когентној норми не могу стећи правну снагу.

Околност да је перемпторност извесних међународних правила разматрана у контрасту са диспозитивним карактером других, удружена са неким нејасноћама у погледу прецизног одређивања појма диспозитивних норми<sup>44</sup>), допринела је, у контексту специфичности развоја међународног поретка, да дође до извесних нејасноћа, па и нетачности, које ни су само терминолошке природе.

Наиме, то што је класично међународно право развијено у условима неорганизоване међународне заједнице довело је, у позитивном аспект, до схватања да су државе као суверене јединке способне да својом вољом конституишу правило било каквог садржаја, а у негативном, до одбојности која не ретко прелази у отворено непријатељство, према свим покушајима стварања објективног међународног поретка. Из емпиријске очигледности да је уговор у поретку који не познаје централни законодавни орган не само правни посао, као што је то у унутрашњем праву, већ и правно креирајући акт, акт којим се стварају норме објективног права<sup>45</sup>) извлачени су по један истински међународни правни поредак, поразни закључци — да у међународном праву не постоје правила која уговором, у ширем смислу<sup>46</sup>) не могу бити одстрањена<sup>47</sup>).

Дакле, међународно право се поимило као билатерално или мултилатерално устројени поредак који не познаје општеобавезни минимум правила која делују *erga omnes*. Ако је и постојала извесна нормативна конзистентност, она је свој основ налазила у случајности подударно усмерених воља појединачних држава.

Логика таквог приступа међународном праву доводи до погрешне квалификације диспозитивних правила међународног права као необавезних, док се насупрот томе, правила когентне природе смагтају обавезним. У ствари, обавезност је општа одлука правних норми, будући да је императивитет „одлука правне норме и састојак појма права<sup>48</sup>“). Сва-

43) М. Марковић, Међународноправна правила принудне природе, Зборник Правног факултета у Загребу, 3 — 4/1966. стр. 321; Rolin, Vers un ordre public réelement international, Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant, Paris, 1960, p. 458—459.

44) Уопште о томе, А. Lenhoff, Optional terms (jus dispositivum) and required terms (jus cogens) in the law of contracts, Michigan Law Review, 1946, No. 1, pp 39—40. У међународној доктрини највећи део писаца сматра да jus dispositivum означава правила од којих странке могу дерогирати у узајамним односима. Поред тога заступа се, међутим, и мишљење да диспозитивна правила укључују и допунска правила која попуњавају празнине у већ постојећем скупу правила. — De Luna, Yearbook of International law Commission 1963, I, p. 73. Са друге стране, треба узети у обзир и начин на који се доносе правила у унутрашњем и међународном праву. Није прихватљиво рећи да је у унутрашњем праву конкретно правило диспозитивно само због тога што друго правило може дерогирати од њега, јер би у том случају читаво унутрашње право било диспозитивно. Ниги је правилно рећи да је правило међународног права диспозитивно само због тога што уговор између две државе може бити дерогиран другим уговором између истих субјеката. — *ibidem*.

45) Др С. Аврамов, Правило *rebus sic stantibus* у савременом међународном праву, Анали 4/1964, стр. 384—385.

46) По овом схватању и сам обичај улази у појам уговора у ширем смислу. Тако, Morelli истиче да „La coutume internationale n'est qu'un accord. La caractéristique pour laquelle la coutume... se distingue des autres accords internationaux (c'est-à-dire des traites) consiste seulement dans le fait qu'il s'agit d'un accord tacite“. — Cours général de droit international, public, Recueil des Cours, Academie de droit international, The Hague, 1956, vol. 89, I, pp. 441, 453—454

47) Sereni, Diritto internazionale pubblico, 1956, I § 26, 27.

ка правна норма садржи у себи заповест било у виду одобравања или негације. *Lex est recta ratio in iubendo et vetando*<sup>49</sup>). Са тог становишта посматрано све норме општег међународног права су обавезне, императивне природе као правна правила понашања.

Особитост когентних норми међународног права лежи у чињеници да су заповести, императиви садржани у њима безусловне природе<sup>50</sup>), заповести које се имају поштовати без икаквог услова или алтернативе. Као таква правила когентне природе чине „најперфектнији израз општег међународног права“. Норме когентне природе поседују „посебну обавезну снагу“<sup>51</sup>), везују субјекте међународног права у већој мери него остала правила општег међународног права, представљају „апсолутно обавезатна правила међународног права“<sup>52</sup>).

Како су, дакле, правила општег међународног права као правна правила обавезна по својој дефиницији, то се диференцирање на правна *jus cogens* и *jus dispositivum* врши према критеријуму отклоњивости тј. могућности да државе у међусобним односима одступају од правила садржаних у когентним нормама.

Као безусловни императив или апсолутне, принудне заповести правила општег међународног права когентна права су неотклоњиве природе<sup>53</sup>). Неотклоњивост норми *jus cogens* у међународном јавном праву је двојакe природе, апсолутна и релативна у зависности од угла посматрања. У односу на чланице међународне заједнице узете појединачно или групно правила која улазе у круг *corpus iuris cogens* су апсолутно неотклоњива. Појединачне државе или група држава могу једино уговорним или обичајним поступцима иницирати настајање нових или измену постојећих права *jus cogens*. У том смислу Бачка конвенција у члану 53. квалификује перемпторну норму општег међународног права као норму од „које није дозвољено никакво одступање и која може бити измењена само једном нормом *општег међународног права* која има исто својство“ (курзив наш).

Из тога произилази да прохибитивности<sup>54</sup>) норми *jus cogens* треба придати ограничени смисао тј. само у односу на могућност дерогације правила *jus cogens* од стране појединачних држава. Норма *jus cogens* не садржи нужно забрану извесног понашања, будући да као правило општег међународног права може садржавати и категоричко овлашћење на одређено понашање<sup>55</sup>). На пример, когентна норма о праву на индивидуалну и колективну самоодбрану утврђена чланом 51. Повеље УН садржи категоричко овлашћење на предузимање одређених мера „у случа-

48) Др Т. Живановић, Систем синтетичке философије права, Београд, 1959, стр. 39; У доктрини међународног права тако Virally *Réflexions sur le „Jus cogens“*, *Annuaire Français de Droit International*, 1966, p. 8—9 Jean-Paul Jacques, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, 1972, p. 162.

49) П. Будиче, Енциклопедија права, Београд, 1901, стр. 7.

50) Verdross, *Forbidden treaties in International Law*, *American Journal of International Law*, 1973, vol. 31, p. 571.

51) G. Tunkin, *Theory of International Law*, 1964, trans. by Butler, p. 158.

52) J. Andrassy, *Међународно право*, 1976, стр. 20; Тако и В. Иблер, *op. cit.*, стр. 113; Virally, *op. cit.*, p. 15.

53) Brownlie, *Principles of public international Law*, 1972, p. 501.

54) Schwarzenberger, *International Law and Order*, 1971, p. 29.

55) *Leges virtus haec imperare, vetare, permittere...* — Modestin, L. 7D. *de leg. (I, 3)* — нав. по Будичеу, стр. 7.

ју оружаног напада на било ког члана Уједињених нација...”, као изузетак и допуна у односу на забрану употребе силе или претње силом против територијалног интегритета или политичке независности било које државе или на било који начин супротне циљевима Уједињених нација.

Неотклоњивост норми *jus cogensa*, са друге стране, налази своје границе у специфичностима међународног поретка. Како норме *jus cogensa* нису метафизичко-априористичке конструкције већ израз стварних односа који постоје у материјалној основи међународне заједнице, државе се појављују као незаобилазан елеменат у процесу њиховог настајања и трансформације. У креирању *corpus iuris cogentisa* државе учествују у особеном смислу, делујући *in concreto* као саставни део међународне заједнице у целини<sup>56</sup>). Тако схваћена међународна заједница, изражавајући опште интересе и универзалну правну свест човечанства, једино је способна да утиче на важност перемпторног правила општег међународног права.

Чињеница да је једини творац норми *jus cogensa* међународна заједница као целина, мири на изглед опречна факта: а) потребу очувања релативне неповредивости *jus cogensa*; и, б) изналагање практичног механизма способног да утиче на развој правила *jus cogensa* у условима институционалне несавршености међународног поретка. Такође, на тај начин одређује се сфера компетенције субјеката међународног права, у смислу постављања објективних правила као претпоставки узајамних овлашћења и обавеза.

Поставља се питање који су ти разлози који делу норми општег међународног права придају перемпторан карактер а другом делу одричу? Јер и само постојање општег међународног права подразумева егзистенцију општих интереса. Ако је међународно право израз општих интереса међународне заједнице, који су то интереси који леже у основи норми *jus cogensa*?

Очито је да то морају бити суштински, фундаментални интереси који опредељују сам карактер и постојање међународне заједнице, интересе чије је поштовање императив упоредног постојања множине суверених јединки у виду држава као историјски условљеног облика друштвене организације.

Реч је, дакле, о интересима који „надмашују индивидуалне интересе држава, из чега следи да је „нормално... да оне не могу да о њима одлучују у односима *inter se*“. У овом случају, одступање не би било само индивидуално одрицање од стране једне државе њених сопствених права, којима она може да располаже сходно својој оцени о сопственим интересима, оно би представљао у исто време, повреду виших интереса које та држава треба да поштује у свим приликама<sup>57</sup>). Правила *jus cogensa* прихваћена су због тога што су нужна за заштиту јавних интереса (*public*

56) Проф. М. Бартош, Рад Комисије УН за међународно право у 1963, Међународни проблеми, бр. 3/1963, стр. 140.

57) Michael Virallv. *op cit.* п. 11.

interests) друштва држава или за одржавање стандарда морала које су оне признале<sup>58)</sup>.

Индивидуални интереси не представљају супротност општим интересима међународне заједнице. Општи интереси у том смислу конституишу синтетички израз објективних интереса сваке поједине државе у условима великих неједнакости у степену економског, политичког и културног развоја. На тај начин индивидуални интереси држава налазе своју гаранцију у правилима *jus cogensa*, који штитећи интересе међународне заједнице као целине штите и интересе сваке државе као дела те целине.

Склапајући међународне уговоре који садрже правила когентне природе, државе немају на уму појединачне интересе већ искључиво опште интересе, интересе међународне заједнице као целине<sup>59)</sup>. Нормативни израз таквих интереса међународне заједнице представљају управо когентна правила као „минимална права основа коју међународна заједница сматра суштинском за своју егзистенцију у извесном периоду“<sup>60)</sup>, тј. несводљиво језгро правила која су нужна да би се уређени међународни односи учинили могућим<sup>61)</sup>.

*Универзалност.* — Универзалност је логичка последица функције и места које апсолутно обавезна правила имају у структури међународног поретка. Као сам основ универзалног међународног права правила когентне природе нужно поседују универзалну важност.<sup>62)</sup>

Стога не изненађује да је елемент универзалност укључен како у *de lege ferenda*<sup>63)</sup> тако и у позитивноправни капацитет апсолутно обавезних норми међународног права.

Наиме члан 53. Бечке конвенције одређује когентну норму као норму „општег међународног права“ која је „прихваћена и призната од стране међународне заједнице као целине“ и која може бити измењена „само једном новом нормом општег међународног права која има исто својство“. Дакле, универзални карактер когентне норме је истакнут не само у појавном него и у динамичком аспекту.

Поступком анализе уочава се да универзалност, како је концептирана чланом 53, садржи два елемента: право, општи који се огледа у захтеву да норма *jus cogensa* улази у састав правила општег међународног права, и, друго, посебни по којем правило општег међународног права треба да буде универзално (од стране међународне заједнице држава као целине) прихваћено и признато као перемпторно.

58) McNair, *The Law of Treaties*, 1961, p. 215.

59) *International Court of Justice Reports*, 1951, p. 23.

60) *De Luna Yearbook of International Law Commission*, 1963, I, p. 77.

61) М. Бартош, *ibidem*, p. 76.

62) Уп. Evrigenis, *Official records of United Conference on the Law of Treaties*, 1968, p. 295, para 19.

63) Универзитет у *de lege ferenda* концепцијама когентних норми ствар је конструкције односно универзалистичког приступа међународном праву. Јер, како примећује садашњи судија Међународног суда правде *de Castro* још од времена Франциска Суареца инсистира се да човечанство, иако подељено у државе и народе, поседује суштинско јединство које чини стварни основ међународног права. — *ibid.*, p. 315, para 5; О томе детаљније, Brierly, *Suarez's vision of world community and the realization today of Suarez's world community*, у *The basis of obligation in International law and other papers*, edited by H. Lauterpacht and C.H.M. Waldock, 1958, pp. 358—377.

Што се првог елемента тиче, припадност когентних правила општем међународном праву скоро се без изузетка изричито констатује. Von Heydt разматрајући правну природу когентних норми налази да је реч о начелима „заједничким правним порецима свих цивилизованих земаља (die den Rechtsordnungen aller Kulturstaaten gemeinsam) те да су начела когентне природе садржана искључиво у нормама општег права<sup>64</sup>). Бранднер тврди да границе слободе уговарања између држава имају бити одређиване према принципима општег међународног права по коме „...ништавост неморалних уговора недвосмислено призилази из општих правних начела“<sup>65</sup>). По мишљењу Мак Неира императивне правне одредбе налазе се међу правилима: а) обичајног међународног права; б) општег уговорног међународног права; и, в) Повеља Уједињених нација<sup>66</sup>). Под термином „обичајно међународно право“ Мак Неир подразумева у ствари опште међународно обичајно право, будући да обичајно право појмовно одређује као правило које ужива „општи пристанак цивилизованих нација“ тако да је тешко и претпоставити да би га се било која просвећена држава могла одрећи<sup>67</sup>). Са друге стране, посебно навођење Повеље Уједињених нација, поред општег уговорног права, не иде затим да одриче Повељу односно правилима садржаним у њој универзални карактер. На такав закључак наводе нас две околности: прво, што указујући да принцип релативног дејства уговора трпи изузетак у лику уговора тако фундаменталног значаја и тако широког у броју и значају његових уговорница, да његове одредбе могу везивати и државу која није странка уговорница, Мак Неир изричито наводи Повељу Уједињених нација као пример таквог уговора; и, друго, што по његовом мишљењу, Повеља представља „најближи прилаз легислацији целе заједнице држава“, те да, према томе, релативне одредбе Повеље „поседују конститутивни или семилегислативни карактер“<sup>68</sup>).

Специјални известиоци, такође, су, у већој или мањој мери, везивали позитивни концепт когентних норми за опште међународно право. Lauterpacht у свом нацрту правила уговорног правила не говори изричито о општем међународном праву као изворишту апсолутно обавезних правила. Он, наиме, оперише изразима „...акт који је илегалан по међународном праву... или „обичајном међународном праву...“<sup>69</sup>). Смисао у коме су употребљени сугерише, међутим, као једино прихватљиво тумачење да је специјални извештач имао на уму управо опште међународно право. Наиме, у коментару члан 15 (Легалност објекта уговора) реч је, *inter alia*, о правилима која потичу из уговора закључених између ограниченог броја држава која „накнадно стичу карактер општеприхваће-

64) Von Heydt, *op. cit.*, p. 462 и даље.

65) Brandner, *Facta contra bonos mores im Völkerrecht*, Jahrbuch der Konsularakademie zu Wien, 1937, p. 35.

66) McNair, *op. cit.*, p. 214.

67) McNair, *op. cit.*, фуснота 4.

68) *Ibidem*, pp. 215—216, 217.

69) Dec. A/CH.4/63, Report by H. Lauterpacht, Special Rapporteur, Yearbook of International Law Commission 1963. II, p. 217.

них и, у том степену, обичајних — правила међународног права<sup>70</sup>). Слично и Fitzmaurice<sup>71</sup>).

Н. Waldock у предлогу члана 13. истиче да је уговор ништав у случају повреде „општег правила или принципа међународног права (general rule or principle of international law) које има карактер *jus cogensa*“<sup>72</sup>). Мада стилизација члана није најпрецизнија<sup>73</sup>), нема никакве сумње, посебно у светлу примера датих у параграфу 2, да правила когентне природе припадају општем међународном праву.

Мада је у току рада Комисије стидљиво сугерисана разлика између универзалног и општег међународног права у коначном исходу прихваћено је једино могуће решење — идентитет појмова опште и универзално међународно право, на што је и изричито указано од стране Редакционе комисије<sup>74</sup>). Наиме, повлачење разлике између општег и универзалног међународног права подразумева релативност начела пристанка *in extremo*, с обзиром да се у индивидуалистичком тумачењу појма пристанка инсистира на сагласности сваке појединачне државе у односу на конкретно правило међународног права што га чини крајње релативизираним. По нашем мишљењу, реалност једне плуралистички постављене и децентрализоване међународне заједнице нужно намеће као једну стварну алтернативу поимање универзалног као релативно универзалног, дакле, пре у виду тенденције него правила. Апсолутна универзалност схваћена у смислу необориве правне претпоставке значила би практично негацију могућности установљења објективног правног поретка у ситуацији кад број чланица међународне заједнице прелази број од 150.

Сама универзалност дејства конкретног међународног правила не испуњава елемент универзалности као обележје појма когентних, апсолутно обавезних норми. Са становишта деобе универзалности као састојка појма когентних норми, коју смо напред изнели, она је претходни услов који треба удружити са универзалним признањем перемпторног карактера односног правила. Јер питање да ли је предмет уговора илегалан и, према томе ништав, није једноставно несагласност са општим међународним правом, већ „несагласност са таквим свеопштим принци-

70) *Ibidem*, p. 155; Ради се, у ствари, о посебном поимању општег међународног права као обичајног права, с обзиром да, по овом схватању, уговори нису подобни да створе опште правно правило. Те, тзв. обичајне концепције међународног права вуку корен из Келсеновог става по коме „... опште међународно право се ствара обичајем ...“ — Општа теорија државе и права, Београд 1951, превод др Р. Лукића и М. Симића, стр. 350; У нашој теорији слично проф. Andrassy, који истиче да „правно правило створено „... углавном може постати општим правом тек онда ако буде у обичајно право“ — *op. cit.*, стр. 18.

71) Third report by D. Fitzmaurice, Yearbook of International Law Commission 1958, II p. 27.

72) Second Report by H. Waldock, Doc. A/CN.4/156, p. 48.

73) „Опште правило или принцип међународног права“ не подразумева нужно и једино правило из корпуса општег међународног права. Употребљени израз пре указује на инхерентно својство самог акта, на његову садржину у смислу степена апстракције, него на припадност општем међународном праву. У складу са тим опште правило међународног права теоретски може да представља садржај односно правило понашања које не ужива опште признање — на пример, правило регионалног међународног права — али утврђено на општи начин, тако да адресатима оставља извесну слободу приликом примене на конкретан случај.

74) Председник Редакционе комисије истакао је да је Комисија намеравала да учини јасним да се члан 53. тиче универзалног међународног права — „то је разлог зашто се наслов односи на опште међународно право ...“ — Yearbook of International Law Commission, 1963, II, p. 214; У теорији проф. Аврамов говори о општем — универзалном међународном праву — Међународно јавно право, 1976, стр. 30; Слично и G. Schirmer, *Universalität Völkerrechtlichen Verträge und internationaler Organisationen*, 1966, s. 275.



пима међународног права који могу бити сматрани конститутивним елементима међународног јавног поретка (*ordre international public*)<sup>75</sup>. А у примарно аутономном поретку, какав је несумњиво међународни, апсолутно обавезна норма настаје у начелу на исти начин као и свака друга норма општег међународног права, услед чега је немогуће на основу начина на који је настала одредити да ли је апсолутно обавезана или не.

Међутим, у доктрини не постоји јединствен став о потреби универзално признања перемпторног карактера конкретног правила. Изражена дивергенција ставова произилази, у ствари, из ширих теоријских разилажења. За једне питање признања когентних карактера правила се и не поставља<sup>76</sup>), други изричито не наводе захтев за универзалним признањем, мада га подразумевају<sup>77</sup>), док се трећи изричито изјашњавају у прилог признања когентних норми<sup>78</sup>).

И у Комисији је истакнуто да је карактеристика когентног правила, *inter alia*, прихваћеност од стране великог броја држава<sup>79</sup>). Признање когентног карактера правила подразумева укључење конкретног правила у један међународни инструмент и примена тих правила од стране међународних трибунала<sup>80</sup>).

Бечка конвенција у члану 53. указује на правило *jus cogens* као „норму прихваћену и признату од стране међународне заједнице држава као целине као норму од које није дозвољено никакво одступање”.

Изгледа да је у условима постојећих реалности тако решење једино прихватљиво. Све док међународна заједница не буде познавала један супранационални легислативни орган, хетерономност *jus cogens* по аналогiji са решењем у унутрашњем праву је пре миозвучна метафора него нешто са чиме се стварно суочавамо. Априористички пројектоване конструкције *jus cogens*, у смислу феномена који је независан од самих држава, односно међународне заједнице узете у целини су предодређене да остану теоретске хипотезе.

У односу на формулацију члана 53. поставља се питање шта се подразумева под формулом „норма прихваћена и призната од стране међународне заједнице држава као целине”.

75) Lauterpacht, *op. cit.*, p. 155.

76) По Бранднер-у, постоји један хетерономни међународни поредак постављен за све чланове међународне заједнице — тај поредак је израз једне надпозитивне вредности која је „корен целог права”. — Бранднер, *op. cit.*, pp. 34—35; Јурт сматра да је тражење принудних норми без солидне основе уколико се могућност инкорпорације таквих норми у међународни јавни поредак не може унапред осигурати. Правила когентне природе изражавају интериорну моћ права против воље држава... — Jurt' Zwingendes Völkerrecht, 1933, s. 2.

77) Lauterpacht говори о принципима међународног морала тако принудним да би их један међународни трибунал сматрао саставним делом оних правних принципа опште признатих од стране просвећених народа — Doc. A/CN.4/63, Report by H. Lauterpacht, Special Rapporteur, Yearbook of International Law Commission, 1953, II, pp. 154—155; Fitzmaurice у нацрту члана 18. указује да легислативни уговор може узроковати ништавост касније закључених уговора чије су одредбе супротне одредбама тог уговора под условом да су „правила која садржи стекла признање као правила ваљана erga omnes” — Third report by G. Fitzmaurice, Yearbook of ILC 1958, II p.

78) Мак Неир да је реч о правилима која су прихваћена, било изричито уговором или прећутно обичајем, као нужна да се заштите јавни интереси друштва држава или да се заштите стандарди јавног морала признати од њих. *op. cit.*, p. 215; проф. Аврамов истиче да су когентне норми прихваћене и признате од стране целокупне међународне заједнице. — *op. cit.*, Др Смилја Аврамов, стр. 274.

79) Yasseen, Yearbook of ILC, 1963, II, p. 62.

80) Rossenne, *ibidem*, pp. 73—74.

Мишљења која су о том питању изнета концентришу се, изгледа, око два потпуно различита полазишта.

Једно решење инсистира на строгом, практичном нумеричком тумачењу поменутог израза. Заступљено је нарочито у амандману делегације САД поднетом на Бечкој конференцији<sup>81</sup>). У свом позитивном аспекту, оно подразумева фамилијарност са свим регионалним и националним системима, као услов да би се једно правило имало сматрати признатим од „стране међународне заједнице држава као целине“. Према томе, као апсолутно обавезне норме магле би се прихватити само оне које су признате од стране свих држава<sup>82</sup>.

Са негативног становишта, међутим, то укључује релевантност одбојног става само једног националног или регионалног система као основа порицања перманентног карактера правила општег међународног права. Такво решење, које се извесно може квалификовати као ултранационалистичко сасвим је опречно смислу увођења перемпторних норми у међународни поредак — уместо у заједништво оно би, практичним инагурисањем права вета од стране било које државе, водило у хаос и анархију. Такав начин поступања је као неефикасан и анахроничан већ искључен из међународне праксе<sup>83</sup>).

Обраћање на регионалне системе, такође, није најсрећније. Наиме, наилазимо да је тешко замислити хомоген међународни поредак на основу уважења обележја и карактеристика регионалних споразума који се одликују тако високим степеном разлика. Разлике су такве природе да се мора истрајати на тврдњи да су правила *jus cogensa* имуна на регионална понашања која им нису сагласна. Јер ако се регионална међународна организација уплете у политику агресије, то не значи да је правило које забрањује употребу силе престало да буде правило *jus cogensa*<sup>84</sup>).

Друго, по нашем мишљењу, прихватаљивије решење за полазну тачку има схватање међународне заједнице не у смислу нумерички исцрпљујућег скупа држава, него као скупину држава, обједињених општим интересима, која у ситуацији конституисања правила когентне природе може бити и ужа него што је то универзално и екуменско заједништво<sup>85</sup>). Убацивање израза „као целина“ (*as a Whole*<sup>86</sup>) имало је за конкретан циљ управо одстрањивање могућности механичког и ригидног тумачења термина „међународне заједнице“<sup>87</sup>) мада су о целисходности прихватања такве формуле изражене и резерве<sup>88</sup>).

81) V. A/COIF. 39/C.1/L.302 је гласно „Уговор је ништав... уколико је у конфликту са перемпторним правилом општег међународног права које је општепознато од стране националних и регионалних правних система“. — Амандман је одбијен са 57:24 уз 7 уздржаних.

82) Leonetti, *Interprétation des traités et règles impératives du droit international général (jus cogens)*, *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1973, vol. 24, p. 100.

83) Др В. Димитријевић — др О. Рачић, међународне организације, 1971, стр. 175—178. Аутори примећују да је таква пракса, уколико се негде и задржала, резултат интерције.

84) De Arechaga, *Off. Records of UNCLT*, 1968, p. 304.

85) Leonetti, *op. cit.*, fus. 19.

86) Предлог у том смислу поднела је Редакциона комисија у нацрту члапа 50. Предлог је прихваћен са 57:3 уз 27 уздржаних.

87) У том смислу изразило се проф. Yassen као председник Редакционе комисије. Редакциона комисија је, у ствари, прихватила амандман Финске, Грчке и Шпаније додајући му једино реч „прихваћена“ поред речи „призната“. — *Off. Records of UNCLT*, 1968, p. 471.

88) Dadzie i Ipsarides, *ibidem*, pp. 472—473.

Наиме, Редакциона комисија је укључењем израза „као целине“ желела да „подвуче да се не поставља питање захтева да једно правило буде прихваћено и признато као перемпторно од свих држава. Било би довољно уколико то учини врло велика већина (very large majority); то би значило једна држава изоловано in isolation) одбије да призна перемпторни карактер правила, или уколико ту државу подржи врло мали број држава (very small number), прихватање и признање перемпторног карактера правила од стране међународне заједнице као целине не би било доведено у питање”<sup>89</sup>).

Наведено тумачење Редакционе комисије сматрамо ауторитативним и поред могућег приговора да је реч о припремној радњи, и то са следећих разлога:

прво, формалног који се, с једне стране, огледа у чињеници да је убацивање израза „као целине“ и цитирано тумачење прихваћено великом већином гласова, и, с друге стране, у релевантности *travaux préparatoires* као средства тумачења допунске природе у случају „двосмисленог или нејасног значаја уговора у целини или појединих његових одреби”<sup>90</sup>);

друго, разлога материјалне природе. Јер је појам „међународна заједница” различит од појма „држава” онда, свакако, није идентичан ни нечему што подразумева механички скуп постојећих држава. Појам „међународна заједница” схватамо на други начин, као релативно самосталан ентитет, чија је битна карактеристика постојање заједничких, општих интереса који се без изузетка не поклапају са оним што свака поједина држава опредељује као сопствени интерес. Заједништво интереса у оквиру такве међународне заједнице испољава се, између осталог, и кроз установљење општеобавезних правила. Приликом доношења општеобавезних правила, државе немају никакве појединачне интересе, већ имају на уму само општи интерес<sup>91</sup>).

Прихватајући тумачења појма „међународна заједница као целина” у смислу у којем је то учинила Редакциона комисија, као и она која се крећу у тим координатама<sup>92</sup>) налазимо за потребно да учинимо извесна додатна разматрања. То првенствено услед околности да је реч с релативно широким формулама, постављеним на начин који не искључује могућност давања првенства нумеричким моментима, на уштрб других, такође релевантних. Кад то кажемо имамо на уму потребу да се поведе рачуна о политичким реалностима које се не могу заобићи у међународ-

89) Ibidem, p. 472.

90) в. члан 32. Бачке конвенције.

91) в. Саветодавно мишљење поводом дозвољености резерви уз Конвенцију о геноциду, I. С. J. Reports, 1951, p. 23.

92) *Dadzie* је истакао да се, по његовом мишљењу, ради о „довољној већини (sufficient majority)” као услову потребном да би правило општег међународног права било прихваћено и признато као перемпторно. Сматра, сходно томе, довољним ако „*ius cogens* представља претежну (*preponderant*) вољу заједнице држава” — *Off. Records of UNCLT*, 1968, p. 472.

93) Јер, „немогуће је укинути политику како то неки правници претендују... Основи савременог међународног живота и међународних тела... засновани су добрим делом за политичким концепцијама. Штавише, решење многих међународних проблема не може бити достигнуто строго правним принципима, већ само политичким обзирима”. — *Alejandro Alvarez, The New International Law, Transactions of the Groitius society vol. 15, 1930, p. 46.*

ном праву<sup>93</sup>). Наиме, сем у изузетним случајевима, број држава које прихватају правило не може бити искључив критеријум, будући да тај брзј није увек пропорционалан вредности и значају правила<sup>94</sup>).

Потребно је, у складу с тим, формули „прихваћен и признат од стране међународне заједнице као целине” придружити и релевантне политичке моменте. Другим речима, признање перемпторног својства конкретном правилу међународног права има бити заступљено од „свих есенцијалних компоненти међународне заједнице, а не само, на пример, од западних или источних земаља, од развијених земаља или земаља у развоју”<sup>95</sup>).

Без суштинске везе са основним правним системима и фундаменталним политичким примесима савременог међународног поретка, концепт когентних апсолутно обавезних норми увелико губи могућност да представља заједнички правни именоватељ интереса међународне заједнице узете у целини. Због тога се, у оквиру појмова као што су „претежна воља”, „довољна већина” и сличним, мора водити рачуна и о овом моменту.

Свакако да је у том погледу немогуће установити прецизан и априорни критеријум. Реч је о нечему што треба утврдити анализом конкретног случаја, на основу принципијелног поштовања назначених критеријума. Тиме се, с једне стране, постижу права, прихватљива решења, а, са друге стране, обезбеђује нужан еластичитет.

*Динамизам.* — Извесно је да међународни правни поредак не може никад бити коначно опредељен. Структура међународног права има бити стално подвргнута преиспитивању сходно променама које међународна заједница, као социјалистички основ међународног права, доживљава у својој историјској еволуцији<sup>96</sup>). Како су апсолутно обавезујуће, когентне норме несумњиво део бића општег међународног права, својство динамичности не мимоилази ни њих. У том смислу није тешко установити *communis opinio doctorum*<sup>97</sup>).

Сама Конвенција се изричито изјашњава у прилог динамичности концепта норми *jus cogens*, Наиме, постојећа императивна норма општег међународног права може, према одредби члана 53, „бити измењена... новом нормом општег међународног права која има исто својство”. Са друге стране, чланом 64. дозвољава се могућност конституисања нове императивне норме општег међународног права са последицом ништавности и престанка „сваког постојећег уговора који је супротан овој норми...”

94) Yasseen, Yearbook of ILC 1963, I, p. 63.

95) AGO, Off. Records of UNCLT, 1969, p. 323.

96) H. Mosler, Völkerrecht als Rechtsordnung, Zeitschrift für ausländisches Recht und Völkerrecht, 1976, vol. 3, no. 1—3, s. 47.

97) „... не ради се о непроменљивим и сталним нормама већ о правилима која имају посебну вредност у посебном моменту” — Yasseen, General Assembly, Official records, Sixth Committee, 788 meeting, para 22; Aleksidze, J.A. Проблема *jus cogens* в савременом међународном праве, Совемски еснегодник међународното право. Aleksidze, L.A., Problemata *jus cogens* в современи еном међународном праве, Советски еснегодник међународното право Алексидзе, J.A. Проблема *jus cogens* в современом међународном праве, Соврем еном међународном праве, Совемски еснеродник међународното право, 1969, стр. 146—148; Herczeg G. General principles of law and international legal order, 1974, p. 77; Бартош М., Yearbook of International Law Commission, 1963, I, p. 76; de Luna, ibidem, p. 77.

Постоје, међутим, извесне нијансе у погледу поимања саме садржине компоненте динамичности појма *corpus iuris cogentis*. Основно питање које се при том намеће јесте да ли динамичност подразумева само акумулацију нових перемпторних норми постојећим или, пак, укључује елементе укидања или измене постојећих норми *jus cogensa*, посебно, постоји ли могућност трансформисања когентних правила у правила диспозитивне природе?

У светлу наведених опција јединствен став о динамичности апсолутно обавезних правила међународног права крије у себи знатну различитост мишљења. При томе се могу уочити три карактеристична приступа:

а) специјални извештач Х. Валдок (H. Waldock) је у свом другом извештају нагласио да санкција ништавости не погађа „општи мултилатерални уговор који укида (*abrogates*) или мења (*modifies*) правило које поседује карактер *jus cogensa*“<sup>98</sup>). Наведена одредба је конкретизација општег става изнетог у параграфу 6. коментара по којем би „извесно било погрешно сматрати правила... *jus cogensa* као непромењива и неподобна укидању или амандирању у будућности“<sup>99</sup>). Другим речима, овим приступом указује се на динамичност *jus cogensa in se* било укидањем постојећег когентног режима било његовом модификацијом с тим што сигурни критеријуми диференцирања ова два поступка нису понуђена. Симптоматично је да се изричито не говори о могућностима настајања правила *jus cogensa superveniens*, мада је тешко на основу те околности извући закључак по коме овај приступ такву могућност искључује.

б) На 56. састанку пленума Бечке конференције изнето је схватање по којем формула о могућности модификације норми *jus cogensa* новом нормом општег међународног права која поседује исти карактер носи у себи озбиљне последице. Истакнуто је, наиме, да „правило *jus cogensa* не може бити модификовано. Нове норми *jus cogensa* могу се, наравно, појавити у будућности, али оне могу бити само додате ранијим нормама и никад не могу дерогирати оне који су већ на снази“<sup>100</sup>). Еволуција перемпторних норми општег међународног права се, по овом мишљењу, исцрпљује у акумулацији будући да су постојеће когентне норми самом својом природом неподобне дерогацији.

в) Трећи став заговара ублажену динамичност *in se* концепта *jus cogensa*. Наиме, норми *jus cogensa* се мењају али у оквирима „модификације“. Искључивање појма „укидање“, аброгација перемпторне норми из нацрта члана о норми *jus cogensa* ставља под извесну сумњу вероватност потпуног одстрањења правила когентног режима на снази<sup>101</sup>). На такав закључак упућује и стилизација члана 53. Конвенције. Норму *jus cogensa* Конвенција одређује као норму од које „није дозвољено никаква дерогација и која може бити измењена само једном новом нормом општег

98) Doc. A/CN. 4/156, p. 49.

99) Ibidem, 52.

100) Bishota, Official Records of United Nations Conference on the Law of Treaties, 1968, p. 321.

101) У верзији Валдок-овог нацрта произашлог из дискусије у оквиру Комисије избрисан је термин „укидање“ тако да релевантни део текста гласи: „Извесно би било погрешно сматрати чак и правила *jus cogensa* као непромењива и неподобна модификацији у светлу будућег развоја“. — Yearbook of International Law Commission, 1963, II, p. 199; *Иновационо у Yearbook of International Law Commission 1966, II, p. 248.*

међународног права". Ако пођемо од тога да појам „дерогација“ подразумева успоставу садржајно другачијег правног режима, из одредбе члана 53. произилази да норма *jus cogensa* може бити модификована с тим да одређени део режима остаје на снази.

Тешкоће које се јављају при покушају давања прецизног одговора на питање о карактеру динамичности као компоненте појма *jus cogensa* произилази у ствари из две околности: прво, да је пракса о нормама *jus cogensa* сиромашна и не даје аргументе за закључке *per et contra*, из чега следи да се одговори дају искључиво на теоријском плану) и, друго, да децидиран став у том погледу подразумева постојање опште сагласности о саставу правила *corpus iuris cogentisa*, што, на жалост, није случај из разлога објективне природе<sup>102)</sup>.

Услед тога су искази о овом аспекту проблема *jus cogensa* исцрпивише општег карактера и неизражавају у пуној мери особености међународно-правног поретка. Поћићемо, стога, од дистинкције између начелног и практичног приступа динамичности *jus cogensa* и покушати да утврдимо извесне нијансе које, по нашем мишљењу компоненту динамичности *jus cogensa* стављају у реалне оквире.

Са начелног становишта, став о динамичности се обично кристализује у формули по којој норми *jus dispositivuma* могу прећи у норми *jus cogensa* и обратно тј. да норми *jus cogensa* у одређеном тренутку и зависно од одређених околности прелазе у диспозитивна правила. Док је први део формуле ван сваке сумње<sup>103)</sup>, тврдња да когентне норми међународног права могу постати диспозитивна правила садржи извесне контраверзе које се синтетички могу изразити у питању на који би се начин когентна норма претворила у норму која субјектима међународног права оставља слободу опредељења у односу на правило понашања садржано у тој норми?

Ако се има у виду да когентна норма *ex definitione* онемогућава успоставу правних режима супротног садржаја, јасно је да то може бити једино норма истог правног реда, правне снаге — тј. нова норма императивне природе. Доношења нове норми когентне природе има *in concreto* смисла само ако се ради о норми супротног садржаја. (Стога формално новонастала норма императивне природе може бити истог садржаја као и норма коју изричито замењује али то је очито бесмислено). Услед тога режим произишао из раније когентне норми не може поседовати легитимност, чак ни на нивоу диспозитивне норми општег или регионалног међународног права.

102) Бачка конвенција није дала прецизан садржај појма већ је предвидела „у општим одредбама да је уговор ништав уколико је у сукобу са правилом *jus cogensa* и остварила да цуни садржај правила буде изнађен у пракси држава и јуриспруденцији међународних трибунала“ с обзиром да је „међународно право у процесу брзог развоја“ — Yearbook of International Law Commission 1966, II, p. 248.

103) Историјски развој међународног права пружа многе примере претварања диспозитивних норми у правила које државе не могу одстранити својом вољом. Примера ради, диспозитивно правило класичног међународног права по коме је држава била слободна да употреби оружану силу против друге државе као легитимно средство националне политике, трансформисало се у когентну норму забране употребе или претње силом супротног принципа Повеље Уједињених нација. У ствари, тај део формуле има општу вредност, будући да су све норми *jus cogensa* настале из норми *jus dispositivuma*. Класично међународно право је, наиме, било у целини диспозитивне природе.

Изгледа нам да став да динамичност апсолутно обавезних правила у међународном праву а priori значи и могућност претварања постојећих когентних норми у диспозитивне, пати од високог степена аналогije са решењима усвојеним у унутрашњем праву где је изражена динамичност установе јавног поретка (*ordre public*, *public policy*) последица постојања хијерархије правних извора и могућности да карактер конкретног правила буде једнострано квалификован актом надлежног органа.

Са практичног становишта, императивна правила међународног права су, услед особене правне технике међународног поретка, плод дуге еволуције и представљају нормативни израз интереса за које је тешко претпоставити да ће у догледној будућности престати да буду релевантни. Самим тим, и садржај постојећих перемпторних норми тешко да ће бити измењен у свом основном квалитету. Пре се може аргументовати у том смислу да ће се, услед измене самих материјалних услова у међународној заједници, извесне когентне норме претворити у моралне норме, да ће, другим речима, сам друштвени развој учинити беспредметним постојање извесних забрана или овлашћења као правних забрана и овлашћења. Како је, наиме, могуће претпоставити да ће правило о забрани геноцида, употребе оружане силе против територијалног интегритета и суверености државе или заштити основних права и слобода човека као што су право на живот, право на лични интегритет и слична, постати правила диспозитивне природе?

Било би свакако погрешно свести динамизам апсолутно обавезних правила на акумулацију тј. ставити знак једнакости између компоненте динамичности и појаве нових перемпторних правила општег међународног права. Тиме би се, у ствари, инаугурисао поливалентни приступ међународном праву чији би основни елемент био природноправно концепцирано језгро око којег би се концентрисале норме *jus cogensa superveniensa*.

У начелу динамичност *corpus iuris cogentisa*, као и међународног права уопште, подразумева развијање и мењање сваког појединачног когентног правила у позитивном смислу, и да ниједан сегмент позитивно схваћеног *corpusa* апсолутно обавезних правила међународног права није имун на промене у негативном смислу. Међутим, у условима који карактеришу постојање данашње међународне заједнице најпогоднији и највероватнији облик испољавања динамизма апсолутно обавезних норми је сте измена у позитивном смислу у проширењу садржаја и прецизирање постојећих апсолутно обавезних норми као и у настајању нових апсолутно обавезних норми.

У односу на први облик убедљив пример пружа проширење обима и садржине забране ропства које је несумњиво апсолутно обавезна норма у међународном праву<sup>104</sup>). Норма о забрани ропства која је у почетку

104) Brownlie I., *op. cit.*, p. 500, налази да је реч о најмање контраверзном когентном правилу; Verdross A., *Jus cogens and jus dispositivum in International Law*, *American Journal of International Law*, 1966, vol. 60, p. 59; Minagawa T., *Jus cogens in public international law*, *Hitotsubashi Journal of International Law and Politics*, 1968, p. 24; Алексидзе Л.А., *op. cit.*, p. 149; Yasseen, *Yearbook of International Law Commission* 1963, I p. 62 и други.

имала за предмет забрану трговине црним робљем проширивана је *ratione personae* и *ratione materiae*<sup>105</sup>).

Са *de lege ferenda*, може се очекивати да ће се, с обзиром на свој изузетни значај, конституисати апсолутно обавезна норма о забрани загађивања човекове околине<sup>106</sup>), мада је у овом тренутку тешко дати прецизнији суд о садржају једне такве норме.

Динамизам апсолутно обавезних правила као основни постулат трпи, дакле, извесна ограничења у погледу свог домашаја, ограничења која нису пројекција субјективних или конзервативних опредељења, већ реалног стања ствари у правно креирајућим поступцима у међународној заједници. То стање изражава се синтетички у два момента, међусобно условљена: прво, да су фундаментални интереси држава објективни историјски израз постојећих институционалних реалности које у догледној будућности неће доживети радикалну измену, и, друго, да когента правила као њихов нормативни израз у својој реткости и изузетности поседују израженији елемент конзервативизма него остала правила општег међународног права. Како је тај „конзервативизам“ у функцији стабилности и утврђености односа у самој материјалној основи међународне заједнице сматрамо да не може бити квалификован као негативно обележје, јер он није одбрана од надоласећих ритмова већ потврда њихове правилности.

*др Миленко Крећа*

105) В. др Смиља Аврамов, *op. cit.*, стр. 210—211.

106) О проблемима загађивања види др Б. Јанковић — др С. Миленковић, *Међународно регулисање забране загађивања међународних река*, 1976;



## A SUMMARY

*A contribution to the discussion on the main features of the absolutely compulsory norms of International public law*

This article discusses the main features of the absolutely compulsory norms as a separate institute of international public law. The author stresses the following features:

- a) its objective character;
- b) its positive character;
- c) its peremptoriness;
- d) its universality;
- e) its dynamism;

The objective character is reflected in the extraconsensuality of the norms, that is, in the fact that these rules exceed the disposition of the parties involved, and so, cannot exclusively be based on the will of the state organ. The absolutely compulsory norms find their source in the will of the international community as a whole.

The absolutely compulsory norms are of the *de lege lata* character. In that respect, the Vienna Convention on contractual law has given a concept of the physical and legal elements which have been derived from the growing interdependence between the state in the legal order characterised by the existence of the UN Charter and the necessity of peaceful coexistence.

Peremptoriness means the absolute, final and resolute impact of these norms not allowing any derogation, the existence of norms containing rules derived from legal regimes not in compliance. Peremptoriness means particular compulsory power, as all norms of international law are compulsory by nature.

Universality contains two elements: firstly, that they (the norms) pertain to the international law, and secondly, the universal acceptance that the concrete rule of the general international law is of an absolute nature.

Although dynamism in principle also means the possibility of converting an absolutely compulsory norm into a norm of disposition, it will primarily be expressed through the emergence of new norms of absolute nature and expansion of contents of the existing absolute norms, because of their rigidity and the fact that they form the normative expression of the interests which can hardly be expected to grow into relative norms in the near future.



## РАЗВОД БРАКА У ФРАНЦУСКОЈ ПОСЛЕ РЕФОРМЕ ИЗ 1975. ГОДИНЕ

### I. Уводне напомене

У француском праву је недавно, Законом број 75—617 од 11. јула 1975. године<sup>1)</sup> извршена реформа једног дела Code Civil-а који се односи на развод брака. Реформи су претходили обимни припремни радови и бурна дискусија у Сенату и Парламенту. Председник Француске републике, г-дин Жискар Дестен (Giscard D'Estaing), лично се ангажовао на реформи и, залажући се за што једноставнији језик „лако приступачан свима, чак и онима који немају правничко образовање“<sup>2)</sup>, извршио је многобројне корекције иницијалног текста.

Припрема реформе је била изванредно опсежна и озбиљна. На иницијативу Министарства правде предузети су бројни научноистраживачки радови, чији су резултати објављени у неколико студија. Тако је 1970. године објављена врло богата збирка судско-статистичких података о разводу под називом „Развод у Француској“.

Упоредноправна анализа одредаба о разводу брака у законима западноевропских земаља поверена је 1972. године Француском центру за упоредно право. Посао је објављен под руководством проф. Марка Ансела (Marc-a Ancela) и 1975. године објављен под називом „Развод у иностранству“<sup>3)</sup>.

Најзад, нарочито значајно социјалистичко истраживање извршено је од стране Националног института за демографске студије и Лабораторије за правну социологију Правног универзитета у Паризу<sup>4)</sup>. „То истраживање је обухватило две анкете са сондажним испитивањем: једна, која је спроведена са узорком од 900 разведених, требало је да буде све-

---

1) Закон је ступио на снагу 1. јануара 1976. године а објављен је у „Journal officiel“ од 12. јула 1975. године. Међутим, исте године (5. децембра 1975) усвојен је и Декрет бр. 75—1124 (J.O. од 9 децембра 1975) који се односи на поступак за развод и одвајање од стола и постеле.

2) R. Lindon et Ph. Bertin: *Divorce 76*, éd. Librairies techniques, Paris, 1976, стр. 16.

3) Marc Ancel: *Le divorce à l'étranger*, Paris, 1975. Обухваћене су следеће земље: Савезна Република Немачка, Аустрија, Белгија, Италија, Холандија, Скандинавске земље, Португалија, Швајцарска, земље Латнске Америке, Енглеска, Шкотска, земље Комонвелта, САД, СССР, Мађарска, Пољска, Румунија, Чехословачка и Југославија.

4) Реч је о Универзитету за право, економију и социјалне науке — Парис II, јер је 1968. године извршена реформа после које више не постоје факултети као самосталне институције, већ универзитете који обухватају сродне факултете.

дочанство о искуству развода, онако како је оно доживљено од стране разведених; оно што је било очекивано од друге, која је обухватила национални узорак од 2140 лица, јесте расветљавање става Француза према проблему и проблемима развода.”<sup>5)</sup>

Циљ ових истраживања био је да се, са једне стране, установи тенденција у погледу развода у законодавству западноевропских земаља, а затим да се установи став француског јавног мњења према том феномену, нарочито по питању да ли либерализовати развод или задржати дотадашњи доста строг режим.

## II

### A) Узроци за развод брака пре реформе

Пре реформе у француском праву је постојао систем бракоразводних узрока заснован на кривици тзв. развод — санкција, који је био установљен још Законом од 27. јула 1884. године<sup>6)</sup>. По том Закону развод је могао да тражи и добије само онај брачни друг који се није огрешио о брачне обавезе. Развод је сматран санкцијом која треба да погоди кривог брачног друга. Никакви објективни разлози који могу довести до поремећаја брачних односа (на пример, несагласност нарави — различитост карактера, навика, темперамент итд.) нису били довољни да оправдају развод. Тек ако је један од брачних другова учинио тежу повреду обавеза које произилазе из брака, други брачни друг је могао тражити развод.

Постојале су две групе бракоразводних узрока: једну су сачињавали тзв. перемпторни (апсолутни) а другу факултативни (релативни) узроци<sup>7)</sup>. Перемпторни узроци су били прељуба и осуда на нечасну или телесну казну, тј. осуда за тешка кривична дела. Кривица брачног друга учиниоца прељубе или кривичног дела које је основ осуде на нечасну или телесну казну је сматрана тако тешком, да је суд одмах изрицао развод, чим би установио њихово постојање. У овим случајевима судија није имао овлашћење да испитује да ли су ови фактори довели да поремећаја брачних односа и неподношљивог заједничког живота. Самим тим што невини брачни друг тражи развод из једног од ова два узрока сматрало се да су те претпоставке остварене.

У факултативне узроке за развод брака су улазили насиље, злостављање или тешке увреде (*excès, sévices ou injures graves*). да би судија могао изрећи развод због једне од ових чињеница било је потребно да утврди, прво, да оне представљају тешку или обновљену повреду брач-

5) Jean Carbonnier: La question du divorce, Recueil Dalloz Sirey, 1975, 20 e cahier — chronique, стр. 116.

6) То је тзв. Накеов закон (*La loi Naquet*), назван тако по његовом аутору. Од тада Закон није битније мењан, сем у два маха: Законом од 15. децембра 1904. године дато је право брачном другом који је извршио прељубу да ступи у брак са лицем које је било саучесник прељубе (што је до тада било забрањено) а Законом од 6. јула 1908. године, олакшано је добијање развода на основу судске одлуке о одвајању од стола и постеље.

7) Ова подела на перемпторне и факултативне узроке је настала у судској пракси. Закон не употребљава те термине и не даје никакву класификацију узрока.

них обавеза, и друго, да оне чине неподношљивим даље одржавање брачне везе. Ако су, међутим, оба брачна друга сматрала да њихова заједница не испуњава више своју сврху и желела да се разведу на пријатељски начин, били су ипак принуђени да симулирају увреду (изменом увредљивих писама, на пример) или неки други узрок за развод (на пример, прељубу или да инсценирају свађу тако да их суседи чују, како би обезбедили сведоке), да би удовољили законској форми, пошто легално нису могли добити развод на основу споразума. Али, споразумни развод, камуфлиран на овај начин, одавно је практикован у француској судској пракси, што је било извор многобројних критика и повод за осуду бившег бракоразводног законодавства. Истицано је, између осталог, да је тако изрежиран споразумни развод „стварао болну рану самољубљу (брачних другова) и сем тога деградирало правосуђе чинећи га лаковерним иако не увек слепим за ту организовану превару”<sup>8)</sup>.

Иако је бракоразводни систем заснован на кривици има за циљ да утиче на ограничење тј. смањење броја развода, судска пракса показује да се, са једне стране, тај број из године у годину повећава, а са друге стране, да је развод — санкција као искључиви узрок за развод брака одавно напуштен<sup>9)</sup>.

Промена начина живота је утицала на измену схватања и обичаја, тако да су и споразумни развод и развод из објективних разлога постојали у пракси прикривани на разне начине. Шта више, и сам Касациони суд је одбијао да контролише степен кривице брачних другова и задовољавао се констатацијом (изричито израженом у пресуди) да постоји тешка или обновљена повреда брачних обавеза и да она чини даље одржавање брака неподношљивим<sup>10)</sup>. Било је довољно да буде испуњена чиста форма.

Статистика развода од рата до 1973. (за коју последњу имамо податке) показује да се број развода у Француској скоро упетостручио. Иако је у истом периоду повећан и број закључених бракова, број развода је и релативно био већи, што се види из следеће табеле:<sup>11)</sup>

Година	Укупан број становника	Број закључених бракова	Број развода
1940.	39.800.000	177.000	11.070
1945.	39.100.000	393.000	24.359
1950.	41.736.000	331.091	34.663
1955.	43.279.000	312.703	31.268
1960.	45.684.000	319.944	30.182
1965.	48.758.000	346.308	34.877
1970.	50.524.000	393.700	40.004
1973.	51.921.400	400.740	50.919

8) R. Lindon et Ph. Bertin, *ibidem*, стр. 11.

9) H., L. et J. Mazeaud; *Leçon de droit civil — Les personnes*, Paris, 1976, стр. 848.

10) *Ibidem*, стр. 857.

11) Подаци узети из књиге: *Le divorce en Europe occidentale*, Collection ministère de la justice, Paris, 1975, стр. 117.

Реформа је коначно озаконила либерализацију развода, која је као процес започета много раније у друштвеној и судској пракси. Међутим, као што ће се видети из следећег поглавља, либерализација, која је, формално посматрано, могло би се рећи чак и револуционарна (у односу на дотадашњи закон) суштински није много одмакла од легализације решења која су била изграђена, и мање или више прикривено, примењивана у судској пракси. Настала као резултат политичких компромиса у Парламенту, посебно у тзв. представничкој већини, реформа није донела радикалне промене у дезалијенацији брака. Она није успела да ослободи брак конзервативних елемената и нарочито још увек врло изражених елемената принуде, испоњених у доста тешким условима који су постављени за у суштини прогресивна глобална одређења код развода брака, а затим и задржавањем извесних већ превазиђених узрока за развод. Ово нарочито долази да изражавају ако га поредимо са нашим правом.

### Б) Узроци за развод по новом праву

Закон број 75—617 од 11. јула 1975. године предвиђа следеће бракоразводне узроке:

1. *Споразумни развод* који има две варијанте:

а — прва постоји у случају када оба брачна друга траже развод заједнички подносећи предлог (чл. 230. СС);

б — друга постоји у случају када један брачни друг тражи развод а други брачни друг га прихвата, тј. не противи се разводу (чл. 233. СС);

2. *Развод због прекида заједничког живота* који такође има два облика:

а — први се састоји у чињеници да је одвојен живот између брачних другова *de facto* трајао најмање шест година (чл. 237. СС);

б — и други, ако је до прекида заједничког живота дошло због поремећаја менталних способности једног брачног друга и ако је то стање трајало исто тако најмање шест година (чл. 238. СС);

3. *Развод брака због кривице једног брачног друга*, који се исто може расчланити на два облика:

а — први постоји у случају када је један брачни друг учинио тешку или обновљену повреду брачних обавеза (чл. 242. СС);

б — и други постоји у случају осуде брчаног друга на нечасну или телесну казну тј. за тешка кривична дела (чл. 243. СС).

#### 1. Споразумни развод

*Споразумни развод на заједнички предлог брачних другова* (чл. 230. СС); је добио у извесном смислу привилеговани положај после реформе. У набрајању узрока за развод Закон га ставља на прво место, чиме је

изразио тежњу да се развод што је могуће више дедраматизује и односи између брачних другова уреде на што безболнији начин. Предвиђено је, затим, а и пожељно, да се у току поступка који је покренут због неког другог узрока, може изменити основ и тражити развод на основу споразума (чл. 246. СС).

Присталице споразумног развода су, у прилог свог схватања, истичале да се никаквим аргументима не може оправдати одржавање брака против воље брачних другова, нарочито ако ни један од њих није крив за неуспех брака, а затим, да се у судској пракси споразумни развод већ врло дуго практикује.

Било је предлога да се брачним друговима дозволи могућност избора (приликом закључења брака) између раскидивог и нераскидивог брака<sup>12)</sup> што је Комисија за реформу Code civil-а одбила. Коментар је, чини нам се, непотребан, јер ако су брачни другови, због својих религиозних или неких других убеђења против развода, нису обавезли да га примене, без обзира на то колико односи у браку могу постати неподношљиви за једног или оба. Нови Закон им само нуди могућност да из једне такве заједнице изађу остајући и после развода у пријатељским односима. Међутим, предвидети могућност избора између раскидивог и нераскидивог брака формално би значило корак назад у еволуцији бракоразводног права јер се у моменту закључења брака не мисли на развод и на оно што може пореметити брачне односе. Такве одребе би, сем тога, могле представљати извор злоупотребе па и уцена при склапању брака.

Злоупотребе су могуће и код споразумног развода, али је законодавац настојао да их онемогући постављајући одређене услове:

а) прво, споразумни развод се може тражити тек по протеку првих шест месеци брака;

б) потребно је, затим, да се брачни другови споразумеју о последицама развода, како у односу на децу тако и узајамно.

Потребно је, заправо, да припреме два споразума: један је привременог карактера којим се уређују последице развода за време док је поступак у току, а други има дефинитивни карактер. Ни у предлогу за споразумни развод, ни у споразумима који уз њега треба да буду приложени, брачни другови не морају да наведу разлоге због којих желе да се разведу.

Привременим споразумом се регулишу питања поводом којих се у осталим случајевима могу изрећи привремене мере (чл. 253, ст. 1, 255. и 256. СС), као што је питање одвојеног становања брачних другова<sup>13)</sup>, уживања стана и покућства, питање повраћаја одеће и предмета за личну употребу, одређивање издржавања и доприноса за подмирење трошкова

12) Присталице истог решења је су и Henri, Léon i Jean Mazeaud, *Leçon de droit civil — Les personnes*, Paris 1976, стр. 823. и следећа.

13) Ово питање одвојеног становања брачних другова има велики значај у француском праву због тога што се за њега везују извесне последице односно права, нарочито за жену. На пример, од тог момента почиње да тече рок чекања по чијем протеклу разведена жена може закључити нови брак.

породичне заједнице (ако је потребно), затим чување и издржавање деце, питање посете и примања деце у кућу за родитеља који није добио децу после развода и, најзад, питање учешћа у трошковима поступка. Судија има овлашћење да по службеној дужности укине или измени одредбе привременог споразума које су супротне интересима деце (чл. 253 ст. 2. СС).

Дефинитивним споразумом се уређују последице које ће настати после развода, и поред питања која су обухваћена привременим споразумом (*mutatis mutandis*), треба регулисати начин ликвидације брачног режима, односно ставити клаузулу да ликвидацији нема места, затим питање употребе презимена после развода, питање судбине узајамних поклона и користи које су брачни другови међусобно предвидели брачним уговорима, питање компезаторних престација<sup>14</sup>) и евентуално накнаде штете.

Ако споразумом није решено питање судбине поклона и узајамних користи, по Закону се сматра да су они одржани (чл. 268. СС). Закон затим изричито предвиђа да разводом брака на основу споразума, разведени брачни друг не губи социјална и друга права која су по закону или по основу конвенција предвиђена за разведеног брачног друга (чл. 265, ст. 3. СС), као што је то случај са брачним другом чијом кривицом је дошло до развода.

Дефинитивни споразум ступа на снагу после овере од стране судије. Он може да одбије оверу ако сматра да њиме нису довољно заштићени интереси деце или једног од брачних другова (чл. 232, ст. 2. СС), о чему води рачуна по службеној дужности. У том случају не може доћи до развода брака из овог узрока. Судија за брачне спорове (*juge aux affaires matrimoniales*) тј. судија појединац који има искључиву надлежност за ову врсту развода, треба затим да контролише да ли је воља брачних другова, слободна и озбиљна. Ако не стекне такво уверење неће развести брак (чл. 232, ст. 1. СС). Услови за споразумни развод су доста строги, јер као што је поменуто, треба најпре постићи споразум у погледу чувања и издржавања деце, а затим о праву на стан и начину на који ће имовина бити подељена. То не улива много наде да ће га пракса широко примењивати, али ипак представља извешан напредак у односу на претходни француски систем који је био заснован искључиво на кривици. У нашем праву, војвођански закон је ту, чини нам се, дао много боље решење, одређујући дужи рок у којем се не може тражити развод (прве две године брака), да би се ипак предупредили непромишљени

14) Компензаторна престација (*la prestation compensatoire*) се састоји у обавези једног брачног друга да исплати другом брачном другом одређену суму новца, ради компензирања неједнакости која ће настати разводом брака у погледу услова живота тог брачног друга. Она се одређује према потребама повериоца и могућностима дужника у моменту развода, водећи рачуна и о развоју тих потреба и могућности у предвидљивој будућности (чл. 270. и 271. СС). За разлику од обавезе помоћи (*devoir de secours*), она се у начелу одређује у једном наушалном износу који треба исплатити најдуже у три рате. Међутим, она може бити исплаћена и уступањем одређених покретних или непокретних добара на плодоуживање. Тек уколико не може бити исплаћена ни на један од ових начина, може бити одређена у виду ренте. На компензаторну престацију има право и невини и криви брачни друг, под условом да није искључиво крив. Изузетно, и искључиво криви брачни друг ће имати право на компензаторну престацију ако разлози правичности то захтевају, посебно због дужине трајања брака и помоћи коју је тај брачни друг пружио другом у вршењу професије.



разводи, али га је, са друге стране, олакшао, постављајући као услов само споразум родитеља око чувања, васпитања и издржавања деце. У погледу осталог, споразум је често тешко постићи, па се законодавац задовољно само претходним условом остављајући могућност да се остале последице реше после развода.

б) *Развод на захтев једног брачног друга прихваћен од стране другог* (чл. 233. СС). Ово је други вид споразумног развода чији основ теорија види у двоструком признању чињеница које су довеле до неподношљивог заједничког живота. Поред претходног, овај је предвиђен за случајеве где један брачни друг у потпуности признаје неуспех брака и спреман је на развод, али из одређених разлога (најчешће религиозних), не жели да узме иницијативу чак ни путем заједничког предлога. Извесни аутори додају овде и случајеве где су брачни другови спремни (и један и други) на споразумни развод али не успевају да се споразумеју о последицама<sup>15)</sup>. Поступак се покреће тужбом једног брачног друга уз коју треба приложити додатак у коме ће бити изложена брачна ситуација тј. стање брачних односа. Правну квалификацију чињеница треба да утврди судија (чл. 59. Декрета)<sup>16)</sup>. Брачни друг тужилац треба да настоји да што објективније прикаже брачну ситуацију, уз самокритички опис сопственог понашања, нарочито ако је оно могло изазвати непожељно реаговање другог брачног друга. У противном ризикује да тужени брачни друг оспори тужбу и тада не може доћи до развода брака из овог узрока.

Тужени заправо може да поступи на један од следећих начина: може, прво, да прихвати развод без примедба, или, пак, да га прихвати достављајући суду своју интерпретацију чињеница, не оспоравајући оно што је изнето у тужби. У оба случаја потребна је изричита писмена изјава о прихватању развода.

Ако се тужени брачни друг не слаже са разводом, своје неслагање може изразити изричито, писменим поднеском којим оспорава чињенице изнете у тужби, или прећутно, ништа не предузимајући у року од месец дана (од пријема тужбе) у којем би иначе требало да достави одговор (чл. 61. Декрета). У последња два случаја судија не може изрећи развод (чл. 235. СС и чл. 61. Декрета).

Да би омогућио што отвореније и што искреније признање, Закон је изричито предвидео да изјаве које су у поступку дате од стране брачних другова, не могу бити коришћене као доказно средство ни у једном другом судском поступку (чл. 236. СС).

За разлику од претходног облика споразумног развода, тужба се у овом случају може поднети одмах по закључењу брака. Сматрало се да нема оправдања ограничавати могућност развода протеклом неког рока, јер се већ у првим данима брака заједнички живот може показати неподношљивим без изгледа на побољшање. Рок од шест месеци у којем се не може тражити развод на основу чл. 230. СС има заштитни карактер,

15) J. C. Groslière: La réforme du divorce, éd. Sirey, 1976, стр. 37.

16) У питању је Декрет бр. 75—1124. о поступку за развод и одвајање од стола и посете, од 5. децембра 1975. године.

чије се оправдање види у начину на који се постиже споразум за развод. Пошто ту споразум треба постићи пре покретања поступка, односно ван суда, и пошто брачни другови нису дужни да изнесу разлоге због којих су разводе, сматрало се потребним предвидети одређени механизам који ће спречити преурањене и неосноване разводе. У том циљу је и поступак у ова два случаја споразумног развода сасвим различит<sup>17)</sup>. Када је реч о разводу на основу члана 233 СС, споразум треба постићи у току поступка, пред судом, који сем тога има увида у стање брачних односа и разлоге који су довели до поремећаја. Иако он не може одбити изрицање развода ако тужени брачни друг призна чињенице наведене у тужби, ипак тужени има могућност да спречи развод једноставно ћутањем или оспоравањем тужбе. У том је виђена извесна гаранција да неће доћи до лакомислених развода.

О последицама развода, за разлику од претходног случаја, по правилу одлучује судија. Међутим, дозвољени су и споразуми између брачних другова којима ће уредити узајамне односе. Такви споразуми су предвиђени општим правилима, а у теорији се сматра да су они пуноважни и у случају развода на основу члана 233. СС. Да би споразум којим се регулишу имовински односи био пуноважан, треба да буде закључен у посебној форми, односно пред нотаром. Ако се споразум односи на чување, подизање и издржавање деце, судија треба да га унесе у пресуду о разводу<sup>18)</sup>.

У случају да брачни другови не успеју да регулишу узајамне односе на овај начин, суд ће о томе одлучити као у случају развода са подељеним кривицама чл. 65, ст. 3. Декрета).

## 2. Развод брака због прекида заједничког живота

а) *Развод брака у случају када је одвојени живот трајао најмање шест година (чл. 237. СС).* Против увођења овог узрока за развод брака истицани су многи аргументи, што је донекле разумљиво за систем који је готово читав један век био заснован искључиво на кривици једног брачног друга. Питање кривице се, међутим, овде не поставља јер се ради о чисто објективном узроку за развод: то је чињеница да је одвојен живот фактички трајао одређено, законом прописано време и да за то време брак реално више није постојао између брачних другова. Најоштрији приговор се односио на изједначење овог узрока са репудијацијом, која би постојала у случају да један брачни друг напусти другог, а затим по протеку одређеног времена, тражи развод. Истицао је исто тако да

17) Цео поступак у случају развода брака на предлог оба брачна друга се одвија пред судијом појединцем. Тај поступак је ванпарнични (gracieus) и после покушаја помирења, ако брачни другови истрају у својој намери да се разведу, дужни су да сачекају протек рока за размишљање у трајању од три месеца. По пртеку тог рока треба да обнове захтев у року од шест месеци. У противном ће се тужба сматрати повученом (чл. 230. ст. 5 и 6 СС). Поступак у случају развода на захтев једног брачног друга који је прихваћен од стране другог је мешовит. Он се једним делом одвија пред судијом појединцем а другим делом пред судским већем. Рок за размишљање не постоји.

18) J. C. Groslière: La réforme du divorce, стр. 54 и 55.

се увођењем овог узрока доводи у питање појам брака (схваћеног као институције), и да је противно правним принципима извлачити за себе права из свог сопственог скривљеног понашања<sup>19)</sup>.

На све ове примедбе законодавац је дао једноставно и у исто време рационално објашњење: стварност је таква каква је, и ако су у конкретном случају брак и заједница живота неизлечиво нарушени и престали да функционишу низ година, не може се разматрати заштита нечега што је давно престало да заслужује своје име. Најчешће је у међувремену један брачни друг (или оба) засновао ванбрачну заједницу у којој могу бити рођена и деца, у ком случају пре треба мислити на будућност него на прошлост, и омогућити легализацију ванбрачног односа и позакоњења деце. Аргументи су нам врло добро познати, јер су у своје време били истицани у нашем праву поводом тзв. „мртвих бракова“, односно којима је правдана судска пракса која је (пре реформе породичног права) директно *contra legem* дозвољавала развод брака и на тужбу искључиво кривог брачног друга, уколико је одвојени живот трајао дуже време и није било изгледа да ће брак моћи поново да се успостави.

Услови за развод на основу члана 237. СС су следећи:

а) да брачни другови живе одвојено због прекида заједничког живота најмање шест година;

б) да брачни друг-тужилац у тужби прецизира начин на који ће вршавати своје обавезе према брачном другому и деци.

Кривица за прекид заједничког живота није сметња за добијање развода. Шта више, Закон а ргіог полази од тога да је за развод на основу члана 237. СС крив онај брачани друг који га је иницирао. Он је дужан да сноси трошкове поступка и да обезбеди издржавање деце и брачног друга. Он сем тога губи право на повраћај поклона као и користи које му је други брачни друг уговорио (чл. 269. СС). Тужени може са своје стране да поднесе противтужбу, чија сврха не може бити изрицање одвајања од стола и постеље, већ само развод.

Смисао противтужбе се може посматрати са два аспекта: материјалног и моралног. Материјални смисао би дошао до изражаја у случају да тужени брачни друг успе да докаже искључиву кривицу тужиоца. У том случају има право на накнаду моралне и материјалне штете, наравно под општим условима (треба доказати узрочну везу између проузроковане штете и кривице за развод). Морални смисао противтужбе би се састојао у извесној моралној сатисфакцији коју тужени добија путем могућности да доказује своју невиност и искључиву кривицу тужиоца, без обзира што противтужба не може имати за последицу одбијање развода. Законодавац је тиме хтео да оклони могућност евентуалних злоупотреба од стране брачног друга који се противи разводу иако је очигледно да је реч о тзв. „мртвом браку“.

У току парламентарне дебате поводом овог бракоразводног узрока, као проблем је било постављено питање рачунања рока од шест година, посебно у случајевима где су брачни другови с времена на време одржавали извесне контакте. Смисао законодавне реформе у целини је био либера-

19) Ibidem, стр. 57 и 58.

лизација развода, па у том смислу треба посматрати и ово питање. У дискусији је истакнуто да прекид заједничког живота треба посматрати глобално, без стриктног и минициозног урачунавања. Тежиште треба да буде на испитивању стања брачних односа у последњих шест година пре доношења тужбе. Чињеница да су брачни другови у том интервалу с времена на време обнављали заједнички живот у циљу покушаја помирења, решавања проблема везаних за подизање и васпитање заједничке деце, или ако је то из других разлога неопходно, не може имати за последицу прекид рока. Судска пракса изгледа није спремна да Закон тумачи на такав начин. У једној пресуди првостепени суд у Руану<sup>20)</sup> је одбио тужбу за развод на основу члана 237. СС, позивајући се на то да рок од шест година није испуњен, иако су брачни другови живели одвојено више од шест година (један у Францускј а други на Мадагаскару), и то због тога што су у међувремену, у два наврата, за кратко време обновили заједнички живот (у фебруару 1971. и за време лета 1973. године). Ова пресуда је критикована у доктрини.

Други услов се односи на трошкове поступка и обавезе које произилазе из брака. Он је формалне природе у том смислу што тужба не може бити прихваћена док тужилац не одреди начин на који ће извршавати своје обавезе према брачном другом и деци. Те обавезе на првом месту подразумевају обавезу помоћи (*devoir de secours*) која се извршава месечно у виду обавезе издржавања. Обавезе помоћи у француском праву надживљава брак једино у случају развода због прекида заједничког живота. Када је реч о осталим бракоразводним узроцима, она је укинута. Законодавац је сматрао да је тужени брачни друг жртва развода иако он (развод) није довео до прекида заједнице живота. До тог прекида је дошло много раније, пре покретања поступка. Ипак, тужилац је тај који жели да се ослободи брачне везе и пошто се тужени не може са успехом супротставити разводу, законодавац је настојао да му пружи заштиту на овај начин. Евентуална кривица туженог која је могла навести, или чак присилити тужиоца да напусти заједничко домаћинство, не може утицати на смањење његове обавезе нити на плаћање трошкова поступка. Самим покретањем тог поступка тужилац преузима све те трошкове као и обавезе које је имао током брака, како према брачном другом тако и према деци. Тужилац тиме плаћа своју слободу и откупљује кривицу због репудијације<sup>21)</sup>.

Цео тај механизам заправо, има за циљ да одврати заинтересоване од развода из овог узрока. Судска пракса, за ово кратко време од ступања на снагу новог Закона, показује, напротив, да су и поред свега најбројнији случајеви развода по члану 237. СС<sup>22)</sup>. Из тога, међутим, не би

20) Trib. grande instance de Rouen од 23. јула 1976. године, Gazette du palais бр. 326-328, од 21—23. новембра 1976. године, стр. 16.

21) J. C. Groslière, стр. 63.

22) На пример пресуде: Trib. gr. inst. de Paris од 12. новембра 1976, од 23. новембра 1976. и 25. новембра 1976.; затим Trib. gr. inst. Amiens од 9. јула 1976. (Juriste classeur — periodique, II — jurisprudence 1976, бр. 18513 bis), Trib. gr. inst. de Rouen од 23. јула 1976, Trib. gr. inst. de Belfort од 9. јуна 1976., Trib. gr. inst. de Paris од 16. јуна 1976. Gazette du palais од 21—23 новембра 1976), trib. gr. inst. de Creteil од 30. децембра 1976. и 23. децембра 1976, затим Trib. gr. inst. D'Aixen-Provence од 25. новембра 1976. (Gazette du palais од 9. и 10. марта 1976).

требало извучити неки општи закључак, нити неко правило које би требало да важи и за будућност. Период од нешто више од годину дана колико се примењује нови Закон о разводу брака је сувише кратак за такав приступ, односно за било какво уопштавање. Пре би се могло рећи да је оваква ситуација привремена и да је настала као резултат досадашњег закона, по коме је развод могао да тражи само невини брачни друг због кривице другог брачног друга. Онај брачни друг који је крив за одвојен живот није на то имао право. Ово је због тога, по нашем мишљењу, у извесном смислу прелази период у којем је највећи број парница покренут због развода оних бракова који су фактички давно престали да „функционишу”, а који пре реформе нису могли бити разведени јер је један брачни друг, најчешће напуштени, желео да сачува брачну везу (макар и формално), па се због тога неоправдано<sup>23</sup>) противио разводу. Нови Закон је фаворизовао развод у оваквим случајевима тиме што је искључио сва правна средства путем којих би тужени брачни друг могао да блокира развод, али је ипак много више акцентирао споразумни развод, који ће, чини нам се, и поред врло строгих услова, у будућности добити примарно место у пракси.

Иако је иницијатива била да се у начелу онемогући туженом да утиче на спречавање развода, један изузетак је ипак предвиђен: то је тзв. клаузула суровости (*clause du dureté*). Њена суштина је у следећем: уколико тужени брачни друг докаже да би развод брака имао „било за њега, водећи рачуна нарочито о његовој старости и трајању брака, било за децу, изузетно сурове материјалне или моралне последице, судија ће одбацити тужбу” (чл. 240, ст. 1. СС). Овај изузетак треба рестриктивно тумачити јер је Закон ставио нагласак на последице изузетне суровости. Према томе, ни у случају да развод проузрокује сурове последице не би се са успехом могла истаћи ова клаузула, све док та суровост не би имала изузетан карактер. Судској пракси је остављен задатак да то процени и да изгради критеријуме о степену суровости. Закон је дао извесне индикације, као што су године старости туженог брачног друга и трајање брака, али се задржао на томе да не би оставио сувише широко поље примене ове клаузуле, која треба да буде изузетно средство за спречавање развода. У литератури се помиње, на пример, случај супруге која би се посветила породици и током брака се старала и подигла многобројну децу „коју је дала своје супругу”<sup>24</sup>) а затим била напуштена од њега због неке млађе жене, или случај где би једна старија супруга која је током брака пожртвовано помагала свом брачном другу у професији, била напуштена од њега у моменту када би коначно постигао успех, и то због друге млађе жене<sup>25</sup>), као пример у којима би клаузула суровости морала бити прихваћена.

Треба још водити рачуна о томе какве ће последице развод имати на децу и њихов даљи значај. Ако постоји опасност да ће тај развој бити озбиљно угрожен, исто тако треба применити ову клаузулу.

23) Неоправдано у смислу што брак нема никаквих изгледа да буде успостављен а тужиоцу најчешће омогућује да легализује ванбрачну везу и позакони ванбрачну децу.

24) Mazeaud, стр. 841.

25) Groslière, стр. 68.

Када се говори о разводу брака због дужег прекида брачне заједнице треба истаћи још једну његову специфичност: у француском праву је правилно да су брачни другови после развода брака дужни да узму презиме које су имали пре његовог закључења (чл. 264, ст. 1. СС). Међутим, ако је у питању развод брака због прекида заједничког живота у обе његове варијанте (тј. и по члану 237. и 238. СС), жена има право да задржи презиме мужа и после развода, уколико је муж био тужилац, тј. уколико је он покренуо поступак (чл. 264, ст. 2). У осталим случајевима жена ће моћи да задржи употребу презимена свог бившег супруга само уколико се он са тим сагласи или ако добије овлашћење од суда, под условом да докаже посебан интерес који се везује за њу или за децу, да и даље употребљава презиме које је имала током брака (чл. 264, ст. 3). Такав случај ће постојати, на пример, ако жена, вршећи неку професију током брака, стекне углед код клијената и снабдевача под именом које је имала у браку<sup>26</sup>).

*б) Развод брака због нарушења менталних способности једног брачног друга.* За развод на основу члана 238. СС треба да буду испуњени следећи услови:

- 1) да су менталне способности једног брачног друга најмање шест година тешко поремећене;
- 2) да због тог поремећаја између њих више не постоји заједница живота;
- 3) да према најразумнијим предвиђањима неће моћи ни у будућности да се успостави;
- 4) да брачни друг-тужилац у тужби прецизира начин на који ће извршавати своје обавезе према брачном другу и деци.

Поремећај менталних способности треба да буде тежак до те мере да оболели брачни друг треба да је смештен и лечен у специјализованој установи (болници). Сматра се да не би било места разводу ако би брачни друг био лечен код куће. Декрет који се односи на реформу поступка за развод и одвајање од стола и постеле прописује да је за изрицање развода због овог узрока неопходан извештај тј. мишљење тројице лекара — вештака (чл. 54, ст. 1). Шта би требало да обухвати тај извештај није прецизирано. Према ставу 2. члана 54 истог Декрета, судија је тај који ће одредити мисију експерата. У сваком случају њихов извештај би могао да садржи, на пример, мишљење о карактеру болести, степену поремећаја, о изгледима на оздрављење, о утицају болести на могућност одржавања заједнице живота, затим како ће оболели брачни друг поднети развод, како ће то утицати на даљи ток болести и слично.

26) Апелациони суд из Бордоа је, још пре реформе из 1975. године, када то није било Законом дозвољено, у пресуди од 14. јуна 1973. године, одлучно да су комерцијални интереси супруге, која је током брака отворила козметичку школу и производила козметичке препарате под именом које је имала у браку, и који су стекли одређени реноме, оправдани за давање овлашћења да и после развода задржи презиме свог бившег супруга, иако се он томе противио (*Recueil Dalloz Sirey, jurisprudence, 1974. стр. 166. и 167.*). Закон из 1975. године је у овој области у ствари само легализовао правила која су већ створена и примењивана у судској пракси.

Да би могло доћи до развода брака због овог узрока, потребно је да поремећај буде такве природе да онемогућује заједницу живота између брачних другова, и да је, према достигнутом сазнању медицинске науке, неизлечив. Ови услови су кумулативни јер само ако су сви заједно испуњени могу довести до развода.

Питање се поставља у случају да лечење у болници буде за извесно време прекинуто због привременог побољшања здравственог стања оболелог брачног друга да би било настављено код куће. Да ли се у том случају може говорити о тешком поремећају менталних способности у периоду од шест година тј. да ли је болест довољно тешка да би оправдала развод? Иако у литератури нисмо наишли одговор на ово питање, чини нам се да га треба тражити у два правца: на првом месту узети у обзир мишљење лекара — вештака о стању здравља оболелог брачног друга за последњих шест година у целини (нарочито о природи болести и изгледима на побољшање) а затим водити рачуна о стању брачних односа у том периоду. Наиме, као и у случају прекида рока од шест година из члана 237, и овде тежиште треба да буде на суштини узајамних односа, јер општа интенција реформе треба и овде да буде идеја водиља за судску праксу. То је, као што смо већ више пута поменули, гледање у будућност а не окретање у прошлост. Циљ реформе није био да вештачки одржи брак по сваку цену ако је његова суштина нестала, ако је од њега остала само празна форма.

Пошто је реч о посебној врсти болести услед које брачни друг није у стању да се брине о својим интересима и да самостално врши правне радње, потребно му је одредити старатеља.

Иначе, одредбе које важе за претходни облик развода због прекида заједничког живота примењују се и у овом случају. То су одредбе које се односе на презиме, на трошкове поступка, обавезу помоћи, затим на накнаду штете, повраћај поклона и губитак користи предвиђених брачним уговорима, затим одредбе о противтужби и клаузули суровости.

Што се тиче обавезе помоћи, она овде подразумева и све трошкове везане за болести и лечење брачног друга.

И клаузула суровости је специфична у односу на чл. 237. СС због тога што је судија може применити по службеној дужности, уколико нађе да развод може имати изузетно тешке последице по оболелог брачног друга (чл. 238, ст. 2. СС).

### 3. Развод брака због кривице брачног друга

*а) Развод брака због тешких или поновљених повреда брачних обавеза.* Иако је било предлагано да се овај бракоразводни узрок укине и задрже само објективни узроци, постигло се само то да му значај буде знатно умањен и да се да блажа формулација кривице него раније. Реформа није успела да га елиминише јер још увек „има брачних спорова које јавно мњење и даље сматра као вид кривице и које решава у виду санкције, и то утолико јаче уколико за њу грешке које доводе до раз-

вода означавају празнину у испуњењу брачних обавеза. То би значило олако компромитовање реформе од стране нације ако се не би признала снага ових елементарних рефлекса<sup>27</sup>.

Услови за развод јесу:

1. да је један брачни друг учинио повреду брачних обавеза;
2. да је та повреда брачних обавеза тешка или поновљена;
3. да она чини заједнички живот неподношљивим.

Основ овог бракоразводног узрока је кривица једног брачног друга која се састоји у повреди брачних обавеза. Међутим, да би избегао акцентирање кривице и ублажио сукоб између брачних другова, Закон не употребљава израз „кривица“ већ „чињенице које се могу приписати једном брачном другом“<sup>28</sup>). Тежиште, у ствари, није на пребацавању због учињених грешака тј. на прошлости већ на одговорности за учињене грешке тј. на будућности.

Иначе, нови Закон у суштини није много мењао првобитни текст из бившег чл. 232. СС, иако је унео извесне измене. Тако се више не набрајају повреде брачних обавеза које могу проузроковати развод<sup>29</sup>), нити су задржани перемпторни узроци. То значи да су све евентуалне повреде брачних обавеза факултативне и да судија има овлашћење да проценује да ли су у конкретном случају „чињенице које се могу приписати једном брачном другом“ довеле до неподношљивог заједничког живота или не. Нема више таквих повреда брачних обавеза које би нужно повлачиле развод, као што је раније, на пример, била прељуба<sup>30</sup>). Она од сада може бити узрок за развод само ако је због тога заједнички живот за другог брачног друга постао неподношљив, јер се прељуба на првом месту манифестује као повреда брачне обавезе верности.

Овде се поставља питање које још повреде брачних обавеза могу довести до развода брака. Досадашња судска пракса је разрадила доста широку скалу брачних обавеза чије непоштовање може учинити заједнички живот неподношљивим, односно широку скалу понашања које може имати увредљив карактер за другог брачног друга. На пример, прикривање полне немоћи, стерилитета, неслагласност у погледу крштења деце у цркви, неиспуњење обећања да ће се приступити религиозном чину венчања (обавезна форма брака је, као и у нас, грађански брак), напуштање брачног домаћинства без озбиљнијег узрока, агресивно понашање према родитељима другог брачног друга, ментална окрутост, тврдоглаво ћутање, ноторно недолично понашање, одбијање да деца из претходног брака живе у заједничком домаћинству, присиљавање брачног друга (жене) да практикује нудизам итд.<sup>31</sup>).

27) Jean Carbonnier: La question du divorce, Recueil Dalloz Sirey, 1975, 20. cahier — cronique, стр. 118.

28) Члан 242 СС: „Развод може тражити један брачни друг због чињеница које се могу приписати другом брачном другом када те чињенице чине тешку или обновљену повреду

29) Ово због тога што су се, и пре реформе, повреде из бившег чл. 232 СС (злостављање, насиље) у пракси сводиле на тешку увреду, која је практично представљала општи узрок за развод.

30) Прељуба није више кривично дело као што је био случај до реформе из 1975. године.

31) Mazeaud, *ibid.* стр. 853 и 854.



Практично, било која чињеница може изазвати неподношљив заједнички живот, иако Закон прецизира да повреда брачних обавеза, да би могла довести до развода, треба да буде тешка или обновљена. Међутим, и пре реформе, када је развод на основу кривице био у принципу много значајнији бракоразводни узрок, Касациони суд је одбијао да проверава степен тј. тежину повреде брачних обавеза и задовољавао се само формалном констатацијом да су законски услови испуњени. Због такве праксе Касационог суда ни нижи судови се нису много залагали при испитивању степена кривице. Развод је увек изричан ако га је тражио невини брачни друг, и успео да докаже да је понашање другог брачног друга за њега увредљиво и да чини неподношљивим даље одржавање брака. Нови текст члана 242. СС ништа није мењао у том погледу, а вероватно је да се неће мењати ни пракса. Бар што се закона тиче, ништа није додато да би се та обавеза за судове нагласила тј. подвукла, а тај закључак се тим пре намеће, што је увођењем осталих бракоразводних узрока, значај развода због кривице и у начелу знатно опао.

Услови из члана 242 СС кумулативни су и тек сви они заједно могу имати за последицу развод брака. Према томе, тужилац ће бити дужан да докаже не само да се други брачни друг огрешио о брачне обавезе и да је његова грешка тешка или поновљена него и да она чини даљи заједнички живот неподношљивим. Тај услов је потпуно субјективан и тако га треба и третирати. Критеријум подношљивости и неподношљивости не може бити уопштен. Једно исто понашање може за једно лице бити неопростиво увредљиво, а за друго лице сасвим нормално или бар толерантно. Судија мора увек да води рачуна о томе како тужилац доживљава одређено понашање туженог брачног друга.

Уколико је после учињене повреде брачних обавеза дошло до помирења између брачних другова, тужба ће бити одбачена. Помирење има дејство приговора. Међутим, ако је после тога криви брачни друг учинио нову грешку, или ако је други брачни друг после помирења открио и друге чињенице за које раније није знао, може тражити развод брака и у прилог своје тужбе навести и чињенице које је опростио (чл. 244. СС).

Кривица брачног друга који је тражио развод брака није сметња за испитивање његове тужбе. Међутим, она може одузети чињеницама које се пребацују другом брачном другом тежак карактер који ствара узрок за развод. Други брачни друг има могућност да се позове на ту кривицу путем противтужбе која, ако буде прихваћена, има за последицу развод брака са подељеним кривицама. Међутим, и без противтужбе судија има овлашћење да изрекне развод са подељеном кривицом, ако се у току поступка покаже да су крива оба брачна друга (чл. 245. СС).

Искључива као и подељена кривица имају значаја због последица које повлаче. Искључиво криви брачни друг губи у начелу сва права и користи које има по закону или који су предвиђени брачним уговорима, и дужан је да врати примљене поклоне, о чему смо већ говорили када је било речи о разводу брака због дужег прекида заједничког живота. Ипак, изузетно ће и искључиво криви брачни друг имати право на извесну накнаду, уколико би било очигледно неправедно одбијање ком-

пензаторне престације после развода, посебно ако се узме у обзир трајање брака и допринос искључиво кривог брачног друга у вршењу професије другог брачног друга (чл. 280—1. СС).

Уколико је брак разведен са подељеном кривицом, сваки брачни друг може да опозове све или један део поклона и користи које је предвидео брачним уговором за другог (чл. 267—1. СС).

б) *Развод брака у случају осуде брачног друга на казну за тешка кривична дела (чл. 243. СС)* јесте други вид развода због кривице. Раније био перемпторни (апсолутни) узрок док сада нема такав карактер иако Закон није сасвим јасан у том погледу. Члан 243. СС, надовезујући се на члан 242 СС каже:

„Он (развод) може бити захтеван од стране једног брачног друга када је други брачни друг осуђен на једну од казни предвиђених у члану 7. Кривичног законика у кривичној материји.”

Ни у том, ни у неком другом члану, не помиње се да осуда треба да је довела до неподношљивог заједничког живота и да судије има овлашћење да то процењује. Из датог законског текста, напротив, произилази супротан закључак. Ипак, теорија сматра, позивајући се на оно што је било истакнуто у току припреме Закона, да осуда на казну из члана 7. Кривичног законика не мора нужно имати за последицу развод брака. Она не представља директну повреду брачних обавеза већ се може третирати као увреда за другог брачног друга. Због тога је посебно предвиђена, јер излази из оквира члана 242. СС.

Осуде на казну које могу довести до развода јесу, према члану 7. Кривичног законика, смртана казна, лишење слободе због кривичних дела предвиђених општим правом (réclusion) и лишење слободе због политичких деликата (détention criminelle).

Казна треба да је изречена од стране било ког француског суда. Битно је да је изречена током брака а не пре његовог закључења.

Иначе, што се тиче последица, важе иста правила као и у случају развода на основу члана 242. СС, с тим што се осуђени брачни друг третира као искључиво крив.

### III. З а к љ у ч а к

Реформа бракоразводног права која је извршена 1975. године знатно је изменила концепцију развода у Француској. Промене које су уследиле могу се једним именом означити као либерализација и дедраматизација развода. До 1975. године француско право је било засновано искључиво на концепцији развода — санкције тј. на субјективном принципу чији је основ била кривица једног брачног друга. Развод је био схватан као казна за брачног друга који се огрешио о своје обавезе према другом брачном другом. Међутим, ако Закон није познавао друге бракоразводне узроке, то се не може рећи и за судску праксу, која је утрла пут многим напредним решењима, која су реформом усвојена. Тако је, на пример, систем развода — санкције у пракси био превазиђен, па је поред развода заснованог на кривици постојао и развод по споразуму бра-

чних другова, који је био симулиран неким другим узроком, да би се задовољила законска форма.

Пошто је оваква пракса била уочена и критикована због лизигравања Закона, почеле су припреме за реформу. Предузето је више научноистраживачких радова, посебно са методом анкетирања и компаративном методом, ради утврђивања мишљења француског јавног мњења по питању развода и ради изучавања страног права. После бурних дискусија у поступку припреме и доношења Закона, он је коначно изгласан 11. јула 1975. године. Закон је био резултат политичких компромиса у Парламенту, а нарочито у тз. представничкој већини, где су се посебно оштре борбе водиле између оних (Комунистичка и Социјалистичка партија Француске и независни) који су се залагали за радикалне промене у конципирању развода, и тим путем за већу дезалијенацију брака, и осталих (нарочито делегати) који су упорно бранили конзервативна решења.

Закон је, ипак, увео споразумни развод као и развод због дужег прекида заједничког живота, поред развода због кривице, који је задржан уз нешто измењену и ублажену формулацију кривице. Развод брака због неподношљивог заједничког живота није придобио потребан број присталица и зато не постоји као посебан бракоразводни узрок.

Развод због кривице једног брачног друга није могао бити изостављен због тога што је постојала бојазан да ће у том случају реформа изазвати непожељно реаговање у једног дела још увек врло конзервативног становништва и тиме евентуално довести у питање цео законодавни подухват. Међутим, успело се да кривици буде дат знатно мањи значај. Развод може тражити и криви брачни друг, па чак и искључиво криви, када је у питању развод због дужег прекида заједничког живота. Исто тако, под одређеним условима, и искључиво криви брачни друг ће моћи да користи одређене компензаторне престације после развода.

Овлашћења која су дата судији много су шири него раније и иду у правцу олакшавања изрицања развода, док су пре реформе та овлашћења била усмерена на одржавање брака, тј. на одбијање развода. Иако је реформа посебно фаворизовала развод по споразуму брачних другова па је и у осталим случајевима онемогућила једном брачном другу да спречи развод уколико је очигледно да је реч о тзв. мртвом браку, у поређењу са нашим правом, може се рећи да је, заправо, тек започет процес либерализације развода и ослобођења брака опресије и конзервативних начела на којима је до тада почивао. Најновија француска реформа посебно није увела битне новине у односу на правила која су већ била изграђена у судској пракси.

Основни закључак јесте, према томе, да нови Закон о разводу брака није много одмакао од легализације правила која су већ створена и на прикривени начин примењивана у судској пракси а да и извесна прогресина правила нису изведена до краја јер су, као резултат компромиса, непотребно оптерећена условима (материјалне или процедурне природе) које је доста тешко испунити, што ће, супротно тенденцији која је запажана у судској пракси, вештачки успоставити процес стварне либерализације развода и дезалијенације брака.

## A SUMMARY

*Divorce of marriage in France after the reform of 1975.*

This work deals with the question of marriage divorce in French law after the reform effected by the Law No. 75—617 dated 11. 7. 1975. It firstly give a short outline of the system of divorce causes up to the reform and states that they were exclusively based on the principle of guilt.

The author then gives an outline of divorce causes according to the new Law, which has introduced many novelties in comparison to the previous law, but not regarding the rules created and implemented in court practice. The Law of 1975 provides for the consensus divorce, which is granted favour, and is outlined in two alternatives: the first alternative comes into play if marriage parties request to be divorced on the basis of a joint proposal, and the second alternative comes into play when one of the parties requests divorce without any objection from the other, that is, with the consent of the other party. Further, divorce of marriage may be requested on the basis of a broken marriage life with the duration of more than 6 years. A special case is when marriage life becomes impossible due to mental illness.

Pointing out the specific features of each cause, the author concludes that the liberalisation of divorce in French law has begun by the reform of 1975, but that it is not radical and complete because it is the result of political compromise, and has not brought the modern solutions created by court practice to their logical affirmation.

Intolerable marriage life has not been introduced as a separate cause for divorce, although that cause, together with the consensus divorce, would be sufficient to embody all other causes.

Secondly, divorce on the basis of a broken marriage life can be effected only after 6 years from the time of physical separation, and in both cases. That term is very long because in most cases it is obvious very much earlier that the marriage has irrevocably been broken and that nothing can be done to „mend” it.

The author finally states that the French reform has not radically liberalised divorce and disalienate marriage in comparison with our law, although a step forward has been made regarding the norms which were in effect up to the reform.

## НОВИ ПРАВНИ РЕЖИМ ПАНАМСКОГ КАНАЛА

Крајем прошлог века светска штампа пропратила је изградњу двају великих морских канала, Суецког (1858, отворен за саобраћај 1869) и Панамског (1882, отворен за саобраћај 1914), као највећу победу човека над природом. Користи које су отуда имале, не само непосредно заинтересоване земље него међународна заједница као целина, практично су непроцењиве. Прокопавањем Суецког канала, који је повезао Средоземни базен са Црвеним морем, скраћен је пут из Европе за Индију за око 8.000 миља; Панамски канал који је повезао Атлански и Тихи океан скратио је пут од Њујорка до Сан Франциска за више од 7.500 миља. Два нова водена пута допринела су отварању нових тржишта и убрзала укључења далеких региона у међународни саобраћај.

Међутим, пре него што су ова два Канала пуштена у саобраћај отпочела је борба великих сила за политичку и војну контролу над овим значајним саобраћајницама. Серија криза потресаће од тог доба две земље: Египат и Панаму, на чијој су територији прокопани Конали. Уназад 3—4 деценије преовладава у свету уверење да Цариградска конвенција из 1888 којом је регулисан режим Суецког канала и Уговор из 1903, између САД и Панаме о статусу Панамског канала представљају анахронизме, те да их треба мењати. Али, и поред огромних напора чињених на дипломатском плану, коначно решење у односу на Суецки канал није пронађено. У склопу блискоисточне кризе, питање Суеца представља једно од најосетљивијих питања. У погледу Панамског канала, после дугогодишњих преговора, чија је последња фаза трајала пуних 13 година, потписан је 7 септембра 1977, Уговор између Сједињених Америчких Држава и Панаме, на основу којег ће Панама 2.000. године преузети пуну контролу над Каналом. Нов правни режим Панамског канала немогуће је у целини сагледати без осветљавања пређеног пута и околности које су коначно довеле до успешног завршетка преговора. Јер, читава историја Панаме, те мале латиноамеричке земље најтешње је повезана са историјом Канала.

Још у XVI веку шпански освајачи размишљали су о могућности изградње канала, преко превлаке која дели два океана, у региону данашње Панаме, како би избегли пут око рта Добре Наде. Средином XIX века, у доба „златне грознице“, похода према Калифорнији, а нарочито све већим интересовањем САД за Филипине и земље Далеког Истока, ова иде-

ја ближи се остварењу. САД, позивајући се на Монтроеву доктрину настојале су свим силама да искључе европски утицај у том подручју. На супрот томе, Велика Британија, најјача поморска сила, желела је да обезбеди своје присуство у овом делу света. Уз сагласност Колумбије, Сједињене Америчке Државе израдиле су 1855. железницу преко превлаке која повезује град панаму на Тихом океану и Колон на Атланском. У то време данашња Панама била је само изолована, сиромашна, мочварна провинција Колумбије, у којој су харале тропске болести и у којој су индиска племена још повремено пружала отпор.

Да би паралисала ривалство САД и Велике Британије, а и после великог успеха који је постигао Фердинанд де Лесепс изградњом Суецског канала (1858—1869), Колумбија је поверила том истакнутом француском стручњаку да конструише и сачини план за изградњу канала, паралелно са железницом коју су израдиле САД. Француска „Универзална, Интерокеанске компаније Канала”, којој је поверен цео подухват доживела је финансијски крах 1889, тачно девет година након отпочињања радова. Неуспех Компаније имао је своје политичке димензије, што је навело француску владу да формира нову компанију, али без успеха. Компанија је убрзо ликвидирана, и бројни судски процеси због злоупотребе, фалсификата, корупције итд. покренути су у Паризу, ни сам конструктор Лесепс и његов син нису били поштеђени од кривичног гоњења. Неуспех компаније био је делимично резултат финансијских маневара и злоупотреба, али и објективних тешкоћа са којима су се сусрели извођачи: различитог нивоа воде, тешке конфигурације земљишта, маларије која је беспштедно узимала животе градитеља итд.

После неуспеха Француске да оконча изградњу, САД се укључују у овај подухват, али Колумбија није била вољна да да свој пристанак. Користећи грађански рат у Колумбији (1899—1903) и крајње несређено стање у овој земљи, Панамске покрајине, потпомогнуте Сједињеним Америчким Државама подигле су устанак, прогласиле оцепљење од Боготе и независност Државе Панаме 3 новембра 1903. Само три дана после тога, 6. новембра САД, на чијем се челу налазио председник Теодор Рузвелт, признале су независност Панаме, а 18. новембра потписан је Уговор између двеју земаља на основу кога Република Панама „гарантује САД-у вечну употребу, власништво и контролу над зоном земљишта и земљиштем под водом за изградњу, одржање, градњу, мелиорацију и заштиту поменутог канала у ширини од 10 миља”. (Чл. 2) САД су се за узврат за ову „вечну концепцију” обавезале да ће Панамин плаћати годишње закупнину и гарантовати њену независност. Бон Хеј (Jon Hay), тадањи државни секретар за иностране послове САД, коментаришући овај Уговор одмах након потписа изјавио је: „Веома користан за САД, али морамо признати, не тако повољан за Панаму.”

Сједињене Америчке Државе наставиле су са изградњом Канала упркос неповољном терену и низу тешкоћа; трошкови изградње премашили су далеко све предвиђене планове, а епидемије нису могле бити обуздане. Ипак, САД су успешно окончале посао и Канал је предат на употребу 3. августа 1914, исте године када је у Европи отпочео први светски рат, што није било без значаја за даљу судбину и Панаме и Канала.

Историја потврђује да је контрола над значајним воденим путевима била предуслов за стицање статуса велике силе. И Панамски канал који је повезао два Океана у тренутку избијања светског сукоба обезбедио је Сједињеним Државама значајне војно стратешке и економске предности. Америчка морнарица располагала је флотом у оба Океана, а Канал јој је омогућавао брзо пребацивање из једног у други. То је дошло до изражаја и 1941, када је Јапан напао војну базу Перл Харбур, што је представљало тежак ударац америчкој пацифичкој флоти. У рекордном року пребачене су снаге са Атлантика у Пацифик; за време Кубанске кризе 1962, пребачено је 60 десантних бродова из Пацифика у Атлантик за свега неколико дана. Посебно значајну улогу одиграо је канал за време Корейског и вијетнамског рата. Међутим, стратешки значај Канала данас је знатно умањен, услед техничког и технолошког развоја, употребе и производње тешких бомбардера, интерконтиненталних пројектила и сл. Али економски значај Канала за САД и данас је огроман као што је и некад био. Међуокеанска трговина одвија се кроз Канал, а 70% од укупног саобраћаја који прелази кроз Канал долази или одлази у САД.

Погрешно би било тврдити да ни Панама није имала користи од Канала. Од сиромашне, забачене провинције Колумбије, постала је у протеклих шест деценија раскрсница континента, значајан саобраћајни и банкарски центар са највећим националним дохотком по глави у Централној Америци. Ипак, Панамци су, не без разлога, од самог зачетка незадовољни решењем и правним статусом канала. Незадовољство је повремено попримило облик отворене побуне и крвавих обрачуна, као што је био случај 1964, када је за време петодневних борби погинуло више Панамаца и америчких грађана запослених у зони Канала, па коначно дошло и до прекида дипломатских односа између двеју земаља. Спор у вези са Панамским каналом има свој правни и политички вид.

Уговор из 1903. године веома је несрећно, добрим делом, двосмислено формулисан. На основу чл. 3. Република Панама гарантовала је САД-у „сва права, власт и ауторитет у зони коју ће САД поседовати и користити као да су суверен територије, уз потпуно искључење Републике Панаме у вршењу било каквих суверених права, власти или ауторитета.“ Већина америчких теоретичара извукла је отуда закључак да САД имају суверенитет над Каналом и зоном која обухвата 533 квадратне миље, да је та територија купљена, слично као што је учињено са Аљаском коју су САД купиле од Русије 1867. Насупрот томе, Панама је тврдила да су САД, на основу Уговора из 1903, стекле само одређена права и привилегије, па чак и вршење одређених атрибута суверенитета, с обзиром да им је загарантовано искључиво право, власт је контрола над Каналом и зоном, да имају своје полицијске снаге, судове који примењују америчке законе, а ипак, да је титуларни суверенитет задржан за Панаму. У прилог овог става истакнуто је, да су САД биле обавезне на годишњу ренту, која је стално повећавана, што би било непотребно у случају купо-продаје територије. Сем тога, чл. 3, само овлашћује САД да се владају у том појасу „као да су суверен“, а не констатује да је у питању суверени простор САД. Природа власти САД на основу Уговора по схватању Панаме, тешко погађа, не само достојанство земље, него је лишава могућности даљег

прогресивног развоја, с обзиром да тај појас, кога искључиво користе САД, дели земљу на два дела и спречава природан ток развоја, посебно пораст урбаних насеља. САД управљају овде свим трговачким предузећима, контролишу сва лучка постројења. Панама је повремено претила национализацијом, да би обезбедила повољније услове, али преговори су споро напредовали. Често је проблем Панамског канала коришћен као оружје страначке политичке борбе на обе стране, што је још више отежавало проналажење задовољавајућег решења. САД су са своје стране указивале да Канал више не одговара савременим техничким условима будући да не може да прими бродове велике тонаже, носаче авиона и сл.; отуда би за САД било повољније да изгради нови канал на нивоу мора, без преводница, савремено опремљен, него да удовоље претераним финансијским захтевима Панама.

Излаз из ове сложене ситуације и потписивање новог Уговора 7. септембра 1977. резултат је једног ширег прилаза целокупном проблему од стране садашњег председника САД Картера и његове администрације, али и подршке коју су земље Централне Америке дале овом ставу. По схватању председника Картера значај Канала, и однос САД према овом проблему, мора бити сагледан на плану опште америчке политике у Карибима, а не билатералних односа двају земаља. Идентичан став дошао је до изражаја на састанку шефова влада шест Централно-америчких држава: Колумбије, Панама, Венецуеле, Мексика, Коста Рике и Јамаике, одржан у Боготи 5—6 августа 1977, што је несумњиво утицало на коначан став генерала Торихоса, који се налази на челу Панамске владе од 1968. године.

Неколико дана након потписа Уговор је потврђен од стране Сената САД, а у Панами путем референдума. Нови Уговор састављен је из два акта: Основног уговора и Уговора о трајној неутралности Канала. Први Уговор предвиђа, у ствари, један прелазни режим; САД ће задржати контролу над земљом, водом и инсталацијама, укључујући и војне базе како би обезбедиле управу, пловидбу и одбрану Канала до 31. децембра 1999, уз обавезу да се војне снаге и службеници САД неће мешати у политичку активност Панама, нити уопште мешати у унутрашње послове земље. Али, Панама ће постепено бити укључивана у одбрану, како би две земље солидарно сносиле одговорност за време трајања Уговора, да би након тог рока и управу и одбрану Канала у целости преузела Панама. У том циљу формирана је мешовита Комисија, као саветодавни и координирајући орган, састављен од подједнаког броја официра са обе стране. Америчке војне базе у зони Канала треба да буду коначно ликвидирани до краја овог века тј. 1999. Уговор, међутим, предвиђа да ће Панамци моћи да користе оне делове зоне који нису нужни за одбрану. Ово је несумњиво једна од слабих тачака Уговора, јер оставља Сједињеним Државама дискреционо право да саме о томе одлуче. Војне базе данас заузимају 85% од целокупне територије зоне и у њима је смештено око 10.000 војника. У једној од база обучавају се официри из разних земаља Латинске Америке за борбу против гериле.

Уговор предвиђа постепено укључење Панама и на свим осталим секторима и операцијама Канала. Шест месеци након размене ратифика-



ционих инструмената, тј. у тренутку када Уговор ступи на снагу, Панама ће преузети општу територијалну јурисдикцију у зони Канала и примењиваће се само панамско кривично и грађанско законодавство и вијорити само панамске заставе, што није био случај у преходном периоду. Тридесет месеци након ступања на снагу Уговора Панама ће преузети полициску, царинску, поштанску, пожарну и сл. одговорност. Али амерички држављани, који би евентуално били осуђени на основу панамског кривичног закона, моћи ће да издржавају казну у САД-у.

У наредне 23 године влада САД задржаће управу над Каналом преко Агенције — одбора директора, који ће бити састављен од 5 Американаца и 4 Панамца, које такође именује САД али на предлог Панама; до 1990. управник Канала биће држављанин САД, а заменик Панамац, а после тог рока обрнуто. Губернера пак Зоне именује председник САД. Само на седишту Агенције и војним базама моћи ће убудуће да буде истакнута застава САД.

Најтежи проблем у току преговора односио се на финансијски вид. Панама је одступила од својих првобитних захтева који су се кретали око милијарде долара које би САД биле дужне да плате одмах и годишње ренте од 200 милиона долара до 1999. године, и задовољила се много скромнијом свотом. Уговор представља годишњу закупнину која зависи од профита коју оствари Компанија, носивости бродова итд. а која ће досећи око 80 милиона долара. Али, ван Уговора, САД су се обавезале да ће Панами обезбедити кредит од 345 милиона долара за развој земље.

Други Уговор односи се на трајну неутралност и режим Канала и примењиваће се након истека важности Основног уговора. На основу чл. 1. Канал је проглашен за међународни транзитни водени пут, трајно неутралан. На бази пуне равноправности, без дискриминације у односу на било коју земљу или њене грађане, Канал ће бити отворен у доба мира и рата, за мирољубиви транзит свих бродова; ратни бродови пролазећи кроз Канал не могу предузимати било какве непријатељске акте. Међутим, Панама, на основу чл. 3 (т.е.) не може предузети инспекцију или контролу над овим бродовима, нити их подврћи претресу. У односу на ратне бродове, који пролазе кроз канал, Уговор дозвољава Панами само здравствену, санитарну контролу и то кроз проверу одговарајућих докумената. Панама је надаље преузела обавезу да Канал или превлака неће бити предмет репресалија у случају рата између било којих земаља света.

Наплата такса за транзит и остале услуге мора бити одмерена на бази правичности, сходно међународном праву, без икакве дискриминације. Изузетно бродови Републике Колумбије и Коста Рике могу бити ослобођени плаћања транзитних такса.

На основу чл. 4. Уговора као гаранти неутралности Канала појављује се Панама и Сједињене Америчке Државе, али од 31. децембра 1999. само панамске војне снаге биће у зони Канала и обезбеђивати поредак на својој националној територији. Имајући у виду улогу САД у изградњи и одбрани Канала, као и околност да је Канал смештен на панамској територији, ратни бродови ових двају земаља имаће првенство у транзиту.

Нови споразум о Панамском каналу представља компромис, који у целости није задовољио ни једну страну. Картер се у Сенату сучио са снажном опозицијом, која је сматрала да је председник заузео сувише попустљив став у односу на Панаму; генерал Торихос уложио је огроман напор да објасни Панамцима зашто треба чекати пуне 23 године, све до 2.000 године, да би Панама остварила свој идентитет као суверена држава у односу на Канал. Компромис носи, у ствари, печат једног новог виђења стварности, у којој је, по речима једног панамског политичара, дошао до изражаја „разум уместо страсти“.

Уговор је потписан у Вашингтону, у седишту Организације Америчких Држава, у присуству шефова држава и влада земља чланица ове Организације, чиме је симболично указано на значај Канала за оба америчке континента. Тај став дошао је до изражаја и у додатном Протоколу, придодатом Уговору којим се омогућава приступ Уговору свих држава чланица Организације Америчких Држава, с обиром на војно-политички и економски значај Канала за цео регион.

Са друге стране, закључење Уговора пада у време интензивне дипломатске активности САД у односу на земље Латинске Америке, посебно покушаја отварања САД-а према Куби. У тренутку када су САД сучене са тешким спољнополитичким дилемама на Блиском и Далеком Истоку, у Африци, председник Картер решењем „Панамског случаја“, ван сумње, желео је у првом реду да обезбеди чвршће војне и привредне темеље у двама Америкама, оживљавајући стару Рузвелтову политику доброг суседства.

*др Миља Аврамов*

## ОСВРТ НА ПРИМЕНУ УПОРЕДНОГ МЕТОДА У НАУЦИ ПРАВНЕ ИСТОРИЈЕ

1) Особине предмета и извора науке за правну историју омогућују употребу разноликих средстава при изучавању њених питања. Развој ове дисциплине, између осталог захтева све дубље коришћење упоредног метода. Значај истраживачког рада и свестране анализе изворних материјала нарочито је истакнут на мултилатералним састанцима о питањима опште (*historia juris universalis*) односно одговарајуће народне историје права. Истовремено само примена упоребења неизбежно подстиче на проширење размене мишљења у међународним сразмерама. Стварне компоненте науке историје права оправдавају потребу редовне сарадње првенствено стручњака суседних земаља.

У овом смеру научне организације подупиру координацију рада почев од истраживања изворне градње све до публикације постигнутих резултата. Доследном иницијативом познатог *Comité international des sciences historiques* основана је у Падови године 1961. *Association internationale d'histoire du droit et des institutions* (AIHDI). У оквиру поменути организације и паралелно с њеном делатношћу остварена је плодна комуникација стручњака за правну историју разних земаља готово целе Европе а местимично и осталих континената. Све то видно се испољавало на светским конгресима CISH у Стокхолму (1960), у Бечу (1965), у Москви (1970), у Сан Франциску (1975) и на другим међународним састанцима историјских наука.

Равно две деценије следе једна за другом традиционалне чехословачко-мађарске конференције о питањима правне историје. У почетку (1955, 1959, 1961) та сарадња носила је двострани карактер, а доцније (од 1962, одн. 1965) достигла је у суштини мултилатералне опсеге. Од досада организованих, по реду шеснаеста, мађарско-чехословачка конференција из правне историје, протекла је у Будимпешти септембра 1977. г. Сарадња се темељи на дуговековним заједничким или сродним чињеницама историје права и јединственог схватања принципа научног социјализма. Споразумевања у главним линијама не искључују супротна гледишта у конкретним стварима. Следећи мултилатералан састанак одржава се на берлинском Универзитету Humboldta. На појединим сусретима учествовали су делегати свих европских социјалистичких и неких других земаља. Заједнички подухват словачких, мађарских и чешких правних историчара праћен је потпором бројних иностраних кола. У дискусијама знатан удео имају и пољски, совјетски, румунски, југословенски, немачки, бугарски, аустријски, француски, холандски итд. научници. О зачетним корацима у тој области извештавају Leonard Bianchi, *Spoluprůca maďarských a československých právnych historikov. Právněhistorické studie 8, Praha 1962. R. Feenstra, Repertorium bibliographicum institutorum et sodalitarum iurs historiae. Leiden, 1969. pp. XVI, 52, 170,*

2) Овај одломак има за сврху укратко прегледати дејство мађарско-чехословачке сарадње на подручју правне историје. У вези с тим приказ ће скренути пажњу на појаве афирмације упоредног метода. Уједно има у виду учествовање југословенских научника на чехословачко-мађар-

ским конференцијама и њихове радове издатих тим поводом. Не осврће се, међутим, на појединачна предавања међународних правних историчара у Прагу односно реферата чехословачких колега у Будимпешти (в. нпр. *Přednáška maďarského právního historika z maďarsko-českých politických vztahů v 19. století. Právník 1966. br. 9. Dvě přednášky maďarských právních historiků. Právník 1970. br. 3. A dualizmuskori csehországi munkásellenes szabadságjog-korlátozásokról szóló monográfia. Jogtudományi Közlöny 1968. br. 9*) и слично. У садашњем прегледу нема места ни за приказ дискусија у области осталих сродних дисциплина као што су Југословенско-мађарски дани правне науке, приређених од стране Института за упоредно право у Београду и Института за државне и правне науке у Будимпешти. Нећемо дотакнути ни сарадњу приликом оснивања редакције за издање Службеног листа СФРЈ на мађарском језику.

Неки аутори су одавно показали обострано спремност за изучавање развитка суседног права и за расправу питања заједничког интереса. На прекретници столећа Rényi József је у својој монографији о праву збора посебно писао и о средњој институцији Србије (*A gyűlekezési jog. Budapest, 1900 pp. 48, 82*). Заслужује напомену јакобинска веза Hajnóczy Józsefa (крај 18. века) с његовим југословенским савременицима (в. *Szeli István, Hajnóczy és a délszlávok. Нови Сад, 1965*). На прагу првог светског рата Ivan Andres публиковао је о тадашњим државноправним проблемима и др. (в. *A jogi és közjogi tanulmányok a zágrábi egyetemen. Jogtudományi Közlöny 1910. br. 23*); Имунитетно право... чланова заједничког хрватско-угарског државног сабора. У Загребу, 1913). М. Мауровић писао је подробне критике о уџбенику за правну историју Тимон Акоџа итд. Вођена је дискусија нпр. о сразмерама факултативних предавања опште и народне историје права, римског права односно других дисциплина. Даљи примери би прекорачили обим текста који стоји сада на расположењу. Уосталом, ови су делимично приказани у неким мојим публикацијама: *A legújabb jugoszláv jogtörténeti tanulmánykötet... Jogtudományi Közlöny 1967. br. 7*; *Tallózás az utóbbi évek jugoszláviai jogtörténeti irodalmában. Jogtörténeti Tanulmányok III. Budapest, 1974. pp. 273—281*; *A magyar parlamenti jog intézményei a XIX. század második felében... Budapest, 1974 pp. 25—47, 135—156, 407—415, Appendix pp. 64—77*.

Прва примена упоредног метода на делу, у кругу овде изложене међународне сарадње, запажена је на IV чсл-међ. конференцији г. 1963. Касније неки аутори систематски решавају и теоретска питања савремених средстава изучавања правне историје. Упор.: *Bianchi — Hutta, Uspešné napredovanie v pravidelných stykoch maďarských a československých právnych historikov. Právněhistorické studie, Praha 1964 br. 10. pp. 270—271*; *Horváth Pál, Tudománytörténeti és módszertani kérdések a jogtörténet köréből. Budapest, 1974 pp. 441—458*; *Isti, Összehasonlító jogtörténet. Budapest, 1975 pp. 107—174*).

3) Одмах на првим сусретима било је јасно да нам сама историја поставља обилатне научне задатке. Заједничка прошлост минулих столећа и у области права очигледно пружа богат материјал за дискусије. Један од значајних покретних контаката оживотворен је боравком Ферда Чулиновића и историчара Васе Богданова у Будимпешти у Секцији за прав-

ну историју. Чулиновић се у међувремену прелиминарно укључио у програм маџ-чсл. конференције за правну историју одржане на Универзитету у Pécsu (MNR) 1965 г. Исте године Д. Јанковић на чсл-маџ. конференцији у Мораванума (ЧСР) учествује предавањем Question de l'origine et de l'évolution des organes de forces en Yougoslavie. Већи део тамошњих реферата заједно с наведеним радом публиковани су у Acta Facultatis Juridicae Universitatis Comenianaе 1966. Горепоменути догађаји сведоче о успешном почетку вишестране научне сарадње.

На овој последњој коференцији искрсла је жива полемика у погледу општих и особних обележја органа народне власти у суседним земљама. Корисна је била делимична примена упоредног метода у циљу расветљења превентивне делатности народних органа у правцу социјалистичког развоја. Заиста упоређење институција се тада још није потпуно испољио и сам штампани материјал дискусије у наведеном издању је, на жалост, прилично скраћен. Ова је прва монотематична конференција у серији своје врсте док ће наследне компарације у већој мери користити. V. népi demokratikus állam kialakulásának jogi kérdéseiről rendezett jubilaris ülészak. Jogtudományi Közlöny 1956 br. 7; H. Schröder, VII. Ungarisch-Tschechoslowakische Rechtshistorische Konferenz in Pécs. Staat und Recht 1966 br. 1; Gyalay M., Az állam- és jogfejlődés a népi demokratikus országokban. Magyar Jog 1968. br. 8; J. Gronsky, Questions de l'état et du droit en époque de la naissance des démocraties populaires. Právně-historické studie, Praha 1969 br. 14. pp. 337—338.

Након пређашњих приредаба на дневни ред IX чсл-маџ. конференције г. 1966. у Смоленицама стављене су теме историје универзитета до епохе грабанских револуција. Поводом тог знаменитог догађаја следећи иступ југословенских колега обезбеђен је у Acta Facultatis Juridicae Universitatis Comenianaе 1968. издање је уврстило реферате А. Мариновића под насловом La science juridique et les écoles de droit en Croatie (particulièrement à Dubrovnik) avant 1848 односно Драг. Стојчевића Das Recht und der Rechtsgedanke in Serbien bis 1848. Убрзо за тим Стојчевић је предавао у Сегедину г. 1969. на XI. маџ-чсл. конференцији која је разрадила и питања романтистике. Расправљао је под насловом: Sollen die Studenten der Rechtswissenschaft in den sozialistischen Ländern römisches als Pflichtfach haben (In:) Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae — Jur. et Pol. Tomus XVII. Szegrad, 1970 pp. 331-341.

На истом међународном сусрету дискутовали су правни историчари о примени упоредног метода. Првом приликом је питање компарације стављено на дневни ред наших конференција. Задатак социјалистичке науке историје права је утврђен у критичкој анализи буржоаског правног поретка и институционалног развоја истог. Подвучено је да за упоређење у нашем географско-регионалном подручју у првом реду долази у обзир историја права средње- и источноевропских и балканских народа (в. резиме Die vergleichende Untersuchung der Rechtsentwicklung im Vordegrund der Rechtsgeschichte у наведеној свесци Универзитета Attila József у Сегедину и чланак истог наслова у Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, Tomus 12, 1970 pp. 187—214). О горепоменутиим конференцијама прегледе v. F. Sivák — Skovran, Dva právnohistorické

sborniky z r. 1966. Právny obzor 1967 br. 5. pp. 454—458.; Pacze F., Legal Erudition in Hungary Preceding the Ratio Educationis, in the Enlightenment and the Reform Epoch. Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae Tomus 10, 1968 pp. 210—214.

Управо романисти су узорили на неке претераности одн. опасност и нпр. Diósi Gy., A jogösszehasonlító módszer alkalmazásának hasznáról és veszélyeiről. Acta Facultatis Pol-Iur. Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Tomus X. 1968 pp. 133—143) примене компаративног метода. Супротна крајност опажена је у неразумењу и порицању корисности савремених средстава у изучавању области правне историје. Уделом познатих аутора (Váchav Vaněček, Horváth Pál, А. И. Королев, Швеков, Tille, Bardach и др.) достигнута је равнотежа методолошког схватања, в. ипр. K metodickum základum právněhistorické vědy. Právník 1973 pp. 412—419; I. Hamza — I. Kallai (ред.) Вопросы применения сравнительного метода в исследованиях истории государства и права. Budapest, 1977 p. 432.

4) По једнодушном мњењу иностраних научника у периоду прве деценије међународне сарадње нагомилана су изврсна достигнућа. На путу трајног мање-више равномерног успона X. маб-чсл. конференција приређена на Мађарској академији наука 1967. г. представља нове квалитете научне организације. Сакупљен је богат материјал који одлично служи за сврхе упоребења. Главне теме обухватају историју науке грађанског права (цивилистика) и дотичних институција на средњеевропској територији а неке и ван њених граница. Прва је по реду међу чсл-маб. конференцијама која обрађује питања развитака у целини једне гране правне науке.

Од наших гостију одржала је предавање В. Петрић (Београд) — Entstehung und Bedeutung des serbischen bürgerlichen Gesetzbuches, заправо на руском језику. Упознала је учеснике конференције, а након публикације чланака у издању Мађарске академије наука, и ширу научну јавност с историјом правотворне делатности (припрема пројеката СГЗ, дилема око коришћења узора модела Code civil одн. ÖVG и др.) српских државних органа у првој половини 19. века. Изложила је гледишта о спорности рецепцијског карактера законика у детаљима у лито инострани стручњаци нису довољно или су нетачно упућени.

Претходни оглед се наслања на резултате упоребења права из прошлости, те истим методом супротставља Handelsgesetzbuch sa Code de commerce V. Urfus (Праг) и доказује неке предности овог последњег. У дискусији савијене су социјалистичке и капиталистичке концепције рашчлањења разних грана правних система. Изричита пажња је скренута (Jean Gaudemet) на нежељене практичне последице круте разделе droit public од droit privé итд. Публикација реферата (Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa 1848—1944. Budapest, 1970 p. 460) не обухвата оскудом могућности сву дискусију која се може само делимично реконструисати из једновремених рецензија.

Конференцију је недавно проректор будимпештанског Универзитета Eötvös Lóránda сам Király Tibor ретроспективно оценио као куминациони врхунац досадашњих 16 састанака. Познат прашки научник

Liří Klauouch изразио је о том састанку такође повољне констатације. Ова мултилатерална приредба заслужује ранг новатора и зато пошто се брижљиво заузела у корист разраде историје релативно младих дисциплина. Дискутована су питања развита радног права (Lohnvertrag одн. smlouva námezdní итд.), затим социјалне политике (Csizmadia Andor, I. Melzer, Jaroslav Houser) и др. Засебна тема је била историја проналазачког (патентног) права и с тим у вези настанак институције лиценца.

У претресеном раздобљу поменута питања су већином још у склопу грађанског (приватног) права. Међутим, на достигнутом ступњу истраживања почета је обрада историје институција радних односа — зманципације ових од других грана правне системе као и кодификације питања рада. Дискусије су дале подстрек за самостално испитивање историје радног права у међународној сарадњи применом упоредног метода. Рецензије о конференцији, односно о наведеној књизи објављени, су у мноштву часописа, в. нпр.: Ingetraut Melzer, X Ungarisch-Tschechoslowakische Rechtshistorikerkonferenz in Budapest. Staat und Recht 1968 br. 1; J. Klauouch, X Československo-maďarská právněhistorická konference. Právník 1970 br. 9. P. Stein. Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa. The Cambridge Law Journal 1971 br. 1. pp. 163—164; R. Sacco, Sull' evoluzione del diritto civile nell' Europa centrale dal 1848 al 1944. Rivista di diritto civile 1971 br. 1. pp. 57—66; Gáspárdy L., A polgári jog fejlődése Közép-európában. Jogtudomány Közlöny 1970 br. 12. pp. 682—686.

Исте године Medzinárodná konferencia o rakúsko-uhorskom vyrovnani ставља на дневни ред и нека питања из правне историје. Овај део њеног програма био је огранак чсл-мађ. редовних дискусија. На разним седницама од југословена учествовали су F. Zwitter, Б. Кризман, Н. Петровић, Васил Мелик, В. Крестић и др. Потпун материјал издат је у књизи Der österreichisch-ungarische Ausgleich 1867. Братислава, 1971 p. 1076. Рецензије в. J. Kořalka, Sté výročí rakousko-uherského vyrovnání. Československý časopis historický 1968 br. 1. pp. 144—145. A. Vantuch, Medzinárodná konferencia o rakúsko-uhorskom vyrovnani. Historický časopis 1968 br. 1. pp. 120-124. Szász Z., Az 1867. évi osztrák-magyar kiegyezés. Századok 1972 br. 6. pp. 1423-27.

Наставак радова ове врсте в. нпр.: Раденић, Аустро-Угарска и Србија 1903—1918. Београд, 1973 п. 793; Česi a jihoslovane v minulosti. Praha, 1975 p. 751. итд.

Успешна је сарадња реализирана на заседањима АИХДИ у Бечу (1965), Москви (1970) и Сан Франциску (1975). Залагањем чланова бироа истог V. Vaněček и Д. Стојчевића у редове АИХДИ примљен је научни одсек мађарских правних историчара а њихов председник Csizmadia A. изабран за члана бироа. Упор.: Jogtudományi témák a történeész világkongresszuson. Jogtudományi Közlöny 1971 br. 1. pp. 39—42.

5) У планском наставку и проширењу сарадње на монотематичној XIII. мађ-чсл. конференцији у Siklóшу (1972) претресена су питања историје управног права. Суделовали су мађарски, чехословачки, совјетски, пољски, југословенски, румунски, бугарски, аустријски, оба немачки и француски научници. Од наших јужних суседа присуствовала је Љ. Јудин и М. Петрић. Први пут у историји чсл-мађ. конференција су на оку-

пу делегати свих европских социјалистичких земаља. Упоредни метод примењен је подробноје у рефератима о развоју управног судства и за вода вишег школова (историја аутономије универзитета) итд. Убрзо затим (1974) научни институти који учествују у традиционалној чсл-маћ сарадњи представљени су у Бечу одн. Кремс/Штајн-у на конференцији за историју законодавства (кодификације). У програму наступа Сергиј Вилфан (Љубљана) с темом *Zivilgesetzgebung und Agrarrecht in den östlichen Alpenländern im 19. Jahrhundert*. Ова је заједно с неким осталим рефератима извесно подесна за упоређење развика правних институција на суседним територијама. Монотематично сребени правних институција на суседним територијама. Монотематично сребени реферати, понегде службом компарације, о историји кривичног права поднети су на Јарелонском Универзитету у Кракову (1974) и у граду Констанци (Румунија) итд. Литературу в.: А. Паули (ред.), *Études d'histoire du droit pénal*. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego* CCCCXI. p. 207. Kállay I., *Nemzetközi igazgatástörténeti konferencia Siklóson*. *Levéltári Szemle* 1972. br. 2. pp. 149—153. Pecze F., *A közigazgatás fejlődése az utolsó száz évben Közép-Európában*. *Magyar Tudomány* 1972 br. 11. pp. 706—710. Máthé G., *Rechtsgeschichtliche (verwaltungsgeschichtliche) Konferenz Pécs-Siklós*. *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 1973 Tomus XV. fasc. 1—2. pp. 225—231. D. A. Lazarescu, *Conferenta internationala de istoria dreptului de la Clacovia*. *Revista de istorie* 1974 br. 5. pp. 791-794 Ф. Милкова, *Международная научная конференция по истории на наказательного право*. *Правна Мисел* 1974. бр. 2 pp. 103—104. J. Sondel, *Miedzynarodowa konferencija historyczno-prawna*. *Przegląd Humanistyczny* 1974 бр. 4. pp. 183-186 итд.

Изричито питањима упоредног метода посвећена је год. 1975, дискусија у сарадњи будимпештанског и лењинградског правног факултета на којој су поред мабарских и совјетских присуствовали и румунски научници. Прва свеска материјала је публикована под *Вопросы применения сравнительного метода в исследованиях истории государства и права*. *Будапест*, 1977 п. 431. Рецензија: G. Hamza — I. Kállay, *Die Rolle der vergleichenden Untersuchung der Rechtsentwicklung auf dem Gebiet der rechtsgeschichtlichen wissenschaftlichen Forschungen*. *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 1976 Tomus XVIII. fasc. 3-4 pp. 479-482.

На јубиларној XV. чсл-маћ. конференцији у Прагу на Карловом Универзитету г. 1975. у поводу тридесетогодишњице ослобођења присуствовали су научници свих европских социјалистичких земаља. Питањима упоредног метода баве се уводне речи академика Václava Vaněčka *K problematice vzniku a vývoje socialistického práva* и више главних реферата. Изричито тому се посветио Horváth Pál под насловом *Rolle der vergleichenden Untersuchung der Rechtsentwicklung in der Geschichte des sozialistischen Rechts*. На пленарном заседању Стеван Габер (Скопје) говорио је о теми *Quelques aspects de la dialectique interne du droit*. А. И. Рогожин у реферату *Об основних закономерностях становления социалистического права* дао је подробну анализу насловног питања. Оцртани су теоретски и методолошки услови истраживачког рада правне историје.



Даља истакнута предавања одржали су Csizmadia Andor, Мирослав Долежал, Е. Ја. Стумбина, И. Мелзер, А. П. Циртаугас, Ј. Мечл и др. Реферат аутора овог приказа Grundinstitutionen des zentralen Volksvertretungsofgans im ersten ungarischen sozialistischen Staat, Budapest, 1975 p. 56 публикован је засебно, док је други учвршћен под Замешањима к созданију нових универзитетов в венгерском народно-демократическом государстве. Одређене су теме заснивања југословенског новог уставног поретка и почетне делатности органа народне власти У III. секцији заседања повлачи пажњу излагање Ходимира Сиротковића под Les origines du droit constitutionnel de la Nouvelle Yougoslavie pendant la Guerre de libération nationale. Јарослав Берн (Љубљана) изнео је информативне преводе разних прописа АВНОЈ-а одн. законодавних органа ФНРЈ, НР Словеније, НР Хрватске на чешки и немачки језик итд. Целокупна изложена грађа очито доказује да су напредне традиције суседних народа опћени-то подударне и у правној историји објективно имају заједнички смер развоја.

Јава питања садрже реферати који се односе с упоређењем институција на равноправност народа у условима социјализма (Г. И. Литвинова, К. Ребро и др.). Компарацијом разрађена је (Ф. Милкова) историја бугарског кривичног права. Наставља се изучавање рађања новијих дисциплина чије смо почетне кораке на X. конференцији већ видели. У вези с развојем социјалистичког радног права наглашена је (Е. Novotná) потреба сравњења кодекса и институција ове гране науке проникнутих у разним земљама. Још јаке се подвлачи (К. Кнап и др.) сврха примене упоредног метода у оквиру радова о проналазачком праву, лиценца и сл. Између X. и XV. конференције закономерно се појављује поново на виду историја младог радног права са реалним захтевом за самостално стављање на дневни ред будућих међународних дискусија.

Већина реферата у непотпуном и скраћеном облику штампана су у књизи Vznik a vývoj socialistického práva I—II. Praha, 1976. Сав материјал погодно служи и за даљу компарацију и на основу тога за синтезу законитости развитка социјалистичког права. Види рецензију: Révész T. Mihály, Jogtörténetész konferencia Prágában 1975 őszén. Jogtudományi Közlöny 1976 бр. 7. pp. 419-421.

Сарадња је настављена на XVI. мађ-чсл. конференцији по питањима историје градске и регионалне управе коју је организовао г. 1977. Правни факултет у Будимпешти. Углавном, метод за упоређење и овде је вишестепено примењен. Рецензије у разним часописима (Právny obzor, Levéltári Szemle и др.) су под тиском и доскоро излазе.

б) Горезиложена делатност је само један део разгранате међународне сарадње, о мноштву састанака уопште није било говра. Систематично је продискутована историја уставног, управног, грађанског, кривичног и римског права. У склопу других питања, али не самостално, често су изложене неке теме радног, аграрног права и других научних грана. За колективну анализу развоја радних одношаја у међународним сразмерама надлежни научни институти подузели су организационе мере.

У стварности, упоредни метод је знатно шире изражен него што се о њему овде могло укратко изнети. Присуство и удео југословенских

научника на састанцима је такође плодније од тога како је то у стању на брзину једини преглед показати. Истовремено, њихово учешће је било и ређе колико би по објективним околностима требало бити.

О досадашњој међународној сарадњи израђено је неколико сумарних прегледа. На једном састанку (Смоленице XII. чсл-мађ. конф. г. 1971) дискутован је опширнији састав, а различите варијанте овог смо и публиковали нпр. у *Les résultats de la coordination des travaux de recherche dans l'histoire du droit pendant les années de 1950 et de 1960*. Budapest, 1971 p. 39; *Vysledky medzinárodnej koordinácie vyskumnej činnosti v oblasti dejin štátu a práva*. Právny obzor 1972 br. 8. pp. 774-783; *Резултати координациони истраживачке радње у области историје државног права в 50-60 гт. Acta Facultatis Juridicae Universitatis Comenianae* 1975.

Научна сарадња на међународним конференцијама простире се и на сродне дисциплине. Дискусије обично обухватају радове истраживача уставног, управног, радног права, цивилиста, криминалиста итд. У програме су укључени стручњаци практичне примене права (судије, правни саветници, прокурори, руководиоци управних органа) као и архивари одн. представници историјских наука. О том сведоче, осим наведене литературе, свеске серије *Jogtörténeti Tanulmányok*. Budapest, 1966 I. p. 319; 1968 II. p. 334; 1974 III. p. 291; и IV. под тиском. Рецензије в. А. Herlea, *Études d'histoire du droit*, vol. I-II. *Revue roumaine d'histoire* 1973 tome XII. pp. 428-430; F. Milkova, *Contribution à l'histoire du droit en République Populaire de Hongrie*. *Bulgarian Historical Review* 1975 — бр. 2. pp. 98-100. итд.

За непуне две деценије неспорних достигнућа сазрела су искуства за будући рад. Међутим, набрајање конкретних задатака је само по себи самостална ствар. Изражена су настојања и повољни закључци у правцу продубљења научне сарадње. Детаљно је оцртан ред планова почев од проблематике фонтологије све до посредне потпоре легислативне делатности. Идућа дискусија на Универзитету Humboldta у Берлину је у вези са историјом вишег школства поготову факултетске обуке студената. Надаље ће бити Прага, Софија, Бүдимпешта места научних састанака.

*др Пеце Ференц*

## „ВАМПИРИ” И ВАНБРАЧНО ОЧИНСТВО

— из правне етнологије Албанаца на Косову —

О вампирима је до сада писано, углавном, из религијског угла. Нико о њима није писао са аспекта правне етнологије. О томе није било потребне грађе. У других европских народа вампири су давно исчезли. Исконски, добро очувани обичаји у Албанаца на Косову дају прави материјал да се учење о вампирима размотри и са правног аспекта и да се у ту област унесе јасноћа и разумевање рационалне религијско — правне практичности ове историјске појаве. У Албанаца вампири су ванбрачна деца, а легенде о вампирима нису само легенде већ свакодневни догађаји који су срачунати на сузбијању крвне освете.

Одмах на почетку ваља направити термилошко разграничење. Оно што други народи називају вампиром — Албанци зову љугат, што одговара старијем значењу српског израза вукодлак. Још Вук Стефановић Караџић је писао да се вукодлаком зове човек у кога после смрти уђе некакав ђаволски дух и оживи га (види Српски речник, реч вукодлак). У Албанаца се назива љугатом одрасли мушкарац који после смрти оживи и ноћу се појављује, обично у свом селу и међу својим укућанима да би им нанео какво зло. Он је истовремено невидљиви зли дух и човек са физичком снагом која му дозвољава да лута ноћу око свог и туђег огњишта, да лупа по крововима, разбија прозоре, дави стоку, врши паљевине — све то са крајњим циљем да ступи у полни однос са којом женском која нема мужа или чији је муж за дуже време одсутан. Као у Србији вукодлак, тако и у Албанаца и Рома љугат, долази својој жени и општи са њоме. Дете рођено из полног односа љугата и жене која нема мужа назива се вампир. Он у Албанаца није умрли па оживели човек, већ ванбрачно мушко дете зачето од оца љугата а рођено од мајке без законитог мужа. Вампир живи нормалним животом, расте, жени се, привређује, заснива породицу и креће се у друштву. Његова је посебна особина у томе што је обдарен да може видети и препознати свога оца љугата и над њим извршити освету, којом васпоставља част своје мајке и углед своје куће. По правном обичају сваки син је дужан да убије мушкараца који је био у недозвољеном односу са његовом мајком. Те дужности није ослобођен ни вампир, који је, као ванбрачни син, дужан да убије љугата као свог ванбрачног оца. То је старо арбанашко веровање и обичај сачуван до данашњег дана.

Бавећи се двадесет година адвокатским позивом у Пећи и истражујући албанске народне обичаје, сазнао сам од својих клијената и новинара да се љугати и данас редовно појављују по селима и градовима Косова. Мој новинар Ахмет Ељезај из мале Јабланице, стар 60 година, саопштава 8. X 1977. године да се пре 10 — 15 г. љугат појавио у кући Зенељ Мутреза у Стародворане и давио му овце. Он је нашао вампира у околини Призрена који је дошао у Стародворане, направио ратни план у гостинској соби и око поноћи убио љугата, који се више није јављао. Ариф Кастрати из Захаћа (76 г.) извештава истог дана да је Халил Адем из Сврка код Пећи пре рата доводио вампира из околине Призрена да убије љугата. Вампир је пошао да чува Халилове овце, приметио љугата и убио га из

пушке. Од убијеног љугата остао је готово неприметни зелени траг по трави. Један адвокат из Пећи, који жели да остане анониман, саопштава 8. X 1977. г. да се пре две године јављао љугат у Будисевцима. Муж је био пошао на привремени рад у иностранство, док му је жена са децом остала у селу. За време његовог бављења на страни љугат је ноћу праврио ситне паљевине око куће. Цело село му је нудило заклетву да му зло није нанео нико од сељана, па је дошао до закључка да се појавио љугат. По повратку из иностранства мужа, љугат се више није појављивао. Исти известилац наводи да је у народу познато како је пре рата чувени љугат Пицаку из Беца бацао грање и крље око туђих кућа, а на тражење господара куће добавивао гостима и цигарете. Сулејман Шех Јунику из Пећи (56 г.) саопштава 8. X 1977. г да су се пре 5—6 г. појавили љугати код муслимана у Витомирици. Сељаци су звали вампира из Призрена да га пронађу и убију. Пре две године лично је био присутан када је усред Баковице љугат бацао каменице од мрака до поноћи на једну кућу. Познат је вампир из околине Призрена и убио љугата. Исти известилац даље каже да је пре 30 година умро хоџа Хафиз Паласка из Баковице и постао љугат. Лу-тао је по стајама и убијао говеда. И њега је открио и убио вампир из околине Призрена.

Овај известилац шеитски свештеник, ближе објашњава да је љугат невидљив, да га вампири препознају по белој одећи и чаршавима у којима је био сахрањен. Вампир га једино може приметити зато што је син љугата. Он га убија пушком. У моменту погубљења љугата вампир чује неки крик и примећује остатак љугата у виду мале капи крви или незнатног трага по земљи. У моменту убијања на вампира се мора полити канта воде да би се овај сачувао у животу од остатка љугата који се распрше на све стране. Од неког хоџе из Ругова чуо је да се забада лучев колац у гроб оном који се појављује као љугат. Пошто лучевим колцем пробију главу леша, верују да се љугат више неће појавити међу живима. Иначе, вампира као ванбрачне деце је мало. Постоји један у околини Призрена, стар 70—80 година, врло вешт у откривању љугата. Он се бави у виду заната и за награду његовим убијањима. То је специјализовани целат за љугате.

То нису само легенде већ свакодневне приче у које народ верује. Данас би се тешко могао наћи човек средњих година који не би могао навести неки случај убијања љугата.

Циљ овог саопштења није религијско објашњавање појаве љугата. За читаоце ће бити интересантније кад се убијање љугата повеже за древне арбанашке правне обичаје.

Када се наведено веровање у љугата повеже са другим арбанашким обичајима може се наћи његово рационално језгро. Наиме, у Албанца постоји најстожја забрана било каквог телесног додира одраслог мушкарца са туђом женом. Такав додир може да има за последницу подметање наследника туђе крви фису у чијој се кући роди дете. Ко се огреши о забрану прељубе запада у неопростиви крвни дуг. Кућа из које је обешчашћена жена, дужна је да убије преступника, чиме пере свој образ и враћа част „силованој“ жени. У случају сумње чека се да мушко дете одрасте, па се по сличности између њега и осумњиченог ванбрачног оца утврђу-

је чији је. Ако такав син не личи брачном већ ванбрачном оцу позван је да убијањем ванбрачног оца или неког његовог мушкарца опере образ своје мајке и своје куће. У околини Клине, брачни отац је више од 20 година подизао мушкарца кога је родила његова жена из недозвољеног односа са кумом. Кад је, пре неколико година, утврђено да тај момак у свему личи куму упућен је да „опере образ” своје мајке и убије једног мушкарца из куће свога кума. Тако се ванбрачни син јавља као осветник чисти своје мајке.

Недозвољен однос са женама је основни повод крвним завадама и осветама у Албанаца на селу, али уместо тог правог повода, сељаци намештају друге разлоге својим свабама и узајамним убиствима. Инсценирају се као поводи размирице око земље, воде, службености пута, меће итд. За прикривање прељуба као правог повода постоје дубоки разлози. Мушкарци не могу јавно износити сумњичење да им је обешчашћена мајка, жена, кћи или сестра. То је нечасно. Преступну вереницу напустио би вереник. Муж би морао да убије или отпусти жену која је погрешила, да одвоји мајку од деце. Син би морао да врати мајку у род. Сваки од њих био би друштвено деградиран зато што је пропустио да по обичају сачека женску која је преступила и њеног партнера и да их убије једним метком *in flagranti*. Мужу се не исплати да убије жену, јер се жене откупљују, па му требају нова средства да набави другу. Грех је да отац убије кћер, брат сестру и син мајку. Пред страхом од женине родбине не сме се убити жена која није затечена *in flagranti*. Ако се не убије жена не сме се убити ни њен партнер. Сматрало би се да је убица употребио жену као мамац да убије човека. Затећи партнера *in flagranti* није лако. Зато увређени често прикривају прељубу као повод и намештају друге часније поводе за убиства мушкарца осумњичених за недозвољене односе са женама. Прикривањем прељуба врши се поштеда жена од убиства.

Са друге стране, постоји колективна љубомора. На част жене не пазе само њихови мушки укућани већ село. Ако неко примети туђу женскадију да залази у слободније односе, онда се тој кући пиркривено чине разна нечасна упозорења да припази на владање својих жена. Љубоморни сељаци разбијају кровове, врата, прозоре, пале сена и сламе, убијају псе и стоку на штету кућа осумњичених за недолучно понашање жена. Тиме се хоће претставити да љубавници безобзирно долазе у контакт са женама и у знак тријумфа над повређеном кућом остављају за собом видљиве знаке којима омаловажавају мушке чуваре жена.

То је ваљало напоменути да би се објаснило зашто вампири као ванбрачни синови љугата „перу образ” својим мајкама и убијају своје ванбрачне очеве и зашто љугати око куће остављају исте знакове тријумфа као што би их оставили живи мушкарци који залазе у недозвољене односе са туђим женама.

Рационално објашњење веровања у љугата и вампире даје најугледнији судија међу Албанцима на Косову — Брахим Хоца из Јуника (60 г.). Он се налази на челу Оде (судница) у Јунику. Његови претци су једном половином свештеници (од попа Јована) а другом судије — непрекидно још из времена пре Цара Стефана Душана (XIV в.). Ода у Јунику је уназад 25

генерација пресуђивала по обичајима најтеже спорове међу Албанијцима на Косову и у Северној Албанији. Ево шта он каже 10. X 1977. г.:

— Жена је кључ за разумевање убијања љугата и појаву вампира. Кад жена без мужа остане гравидна и роди ванбрачно дете питање је чије је. Она не сме да покаже природног оца. Ако би га показала осудили би га на смрт, а и себе, зато што му се подала. Тако би дошло до њене погибије и погибије мушкарца са којим се оплодила. Осим тога, мушкарац који би био проказан могао би да се брани правдајућом заклетвом са саклетвеницима. Жена, будући да признаје своју нечасност, не би могла да нуди заклетву као оптужни доказ. Правдајућом заклетвом, мушкарац би се оправдао. То би нанело још већу срамоту кући и родбини ванбрачне мајке. Народ би причао да је имала посла са много мушкараца. У Оди у Јунику још се није чуло да је неко водио спор око утврђивања очинства. То није у обичају. Обичај је да жена која погрешно буде убијена „једним метком“ са човеком који се код ње затекне са развезаним учкуром. Често се жена преступница отера у род. Питање ванбрачне трудноће и ванбрачног очинства решила је религија. Да не би била узрок убиства, ванбрачна мајка саопштава да је дете зачала са љугатом, тј. са неким умрлим мушкарцем из куће или суседства. Народ верује да љугат није потпуно умро већ да се дигне из гроба и невидљиво лута за женама из своје куће и села. Позивањем на љугата, жена се сматра оправданом. Љугату се није могла успротивити. Њено дете се прима у кућу да, пошто одрасте, пронађе свог ванбрачног оца и убије га. То дете се назива вампиром, који ће препознати свога оца — љугата. Убијањем љугата, вампир врши привидну освету. Он не убија живог човека већ појаву умрлог.

Исти известиоц наставља:

— Опасно је чекати да ванбрачни син порасте да може носити оружје. Пошто одрасте могло би се десити да га рођаци наговоре да убије живог човека коме је налик. А то би могао бити неко са његовог огњишта, рођак из суседства, побратим или кум, човек коме су познате блге породичне прилике жене са којом је погрешно. То би био грех. Осим тога, љугат се може поново појавити. Зато кућа у којој је рођено ванбрачно мушко дете практикује да најми другог одраслог вампира који ће наћи љугата и убити га. Као што се може најмити човек да изврши освету, тако се узима у најам вампир да убије љугата. Најмљени вампир је обично из даљег места. Њега позива господар куће која се жали на љугата. Убијањем љугата правда је задовољена. Није потребна никаква друга освета. Љугат се више неће појавити. Жена се више неће жалити да је убијени љугат напаствује. Она мора да прекине недозвољене односе. И њен партнер, обично близник, мора прекинути односе са њом. Иначе може да уследи права освета над човеком коме је једном опроштено. Иначе, народ најчешће практикује да пре ванбрачне гравидности зове вампира да убије љугата. Чим се примети помор стоке, разбијање прозора, врата, крова куће, паљевина или други какав знак који личи на понижавање или упозорење куће, жене се пожале на љугате, а господар куће позива вампира да их пронађе и убије. После тога се зна да ће жене показати сваког насртљивца који покуша да са њима ступи у недоличне односе. Гоњење љугата има превентиван значај за чедност жена. Понекад и жене развијају причу о љу-

гатима да би запретила мушкарцима који покушавају да им се приближе. То обично чине удовице које нису увек наклоњене рођацима покојног мужа. Понекад причом о љугатима стављају до знања да би се радо вратиле у род ради удаје. Причао о љугатима може да послужи вереници као упозорење веренику да је што пре откупи и ожени. Жене инсценирају штете око куће и приписују их љугату да би принудиле мужеве да им се што пре врате кући — закључује поменути извештач. Исказ Бајрам Хусаја (55 г.) из руговског села Шкреље подударан је са предњим исказом.

Ту је и крај овом саопштењу. Оно показује да религијска конструкција веровања у љугата и вампире одговара правним потребама и обичајима патријархалног племенског друштва бременитог крвном осветом ванбрачног сина над ванбрачним оцем. Ова религијско-правна комбинација има сврху да заштити ванбрачног оца, ванбрачну мајку и ванбрачно дете, поготово ако сви они припадају истом фису. Религија је пренела ванбрачног оца у свет духова. Обичајно право гонило га је осветом. Али над умрлим могућа је освета само по форми. Њу врши вампир над љугатом. Објект освете постаје мистериозни дух умрлог. Тако је религија, прилагођена древно правном обичају потискивала праву освету сина над ванбрачним оцем. Обичај је ту конструкцију користио и у приватне сврхе, упозоравајући да је љугат убијен као што ће бити убијен сваки ванбрачни отац или мушкарац који зађе у недозвољене односе са туђим женама. Иначе, древно веровање у љугате представља и развође религије и права. Религија је наставила свој пут мистичном догмом о самооплођењу жене, а право је тражило регулативу ванбрачног очинства. Но то је био процес који је трајао хиљадама година, кроз које се древни обичаји сачувани у Албанаца нису много мењали.

др Милутин Р. Буричић

### НОВИ ЗАКОН О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

На дан 1. јула 1977. ступио је на снагу нови Закон о парничном поступку. Првобитно, његова садржина није била замишљена као ново законодавно дело. Редактори су имали за задатак да закон од 1956. ускладе са новим уставним уређењем и да у њега унесу неке измене и допуне које су оцењене као целисходне и хитне. У току рада на изради новог текста показало се да су те измене и допуне бројније него што се у почетку мислило. Осим тога, по завршетку овог посла констатовано је да се нови текст разликује од старог у многим одредбама у којима је спроведено само термилошко усаглашавање. Вероватно је да су то били разлози због којих се стало на становиште да је исправније, уместо прочишћеног текста закона из 1956, донети нов закон.

1. — Највише промена унесено је у систем правних лекова. Пре свега уведена је строга двостепеност. Стварни значај ове реформе мањи је него што може на први поглед да изгледа. Јер ревизија је после новеле од 1965. била веома ограничена, те је број спорова у којима је странка имала могућности да се обрати суду трећег степена био и до сада релативно мали. Но, отклањајући трећи степен, редактори су водили рачуна да окружни судови, са извесним одступањима, одлучују у другој инстанци. Отуда су се увођењем стриктне двостепености наметнула, као особито актуелна питања која су постављена и пре тога : прво, да ли два степена суђења пружају пуну гаранцију за заштиту права грађана и правних лица, и друго, које средство треба да служи уједначавању праксе? Дискусија о овим питањима довела је до закључака да треба увести један ванредни правни лек странке, пошто захтев за заштиту законитости није инструмент којим би се поменути циљеви могли остварити. Тако је дошло до тога да се у нови закон унесу одредбе о ревизији, као средству којим странка добија правноснажну одлуку другостепеног суда због повреде материјалноправног и процесноправног закона. По овим особинама ревизија у многоме подсећа на *pourvoi en cassation* у француском праву. Закон у чл 382. прво поставља принцип да против другостепене пресуде странке могу изјавити ревизију у року од 30 дана од достављања пресуде. Од овог принципа прописана су у следећа два става ограничења. Оба става тичу се имовинскоправних спорова. У ст. 2. реч је о онима у којима се тужбени захтев односи на потраживања у новцу, на предају ствари или на извршење неке друге чинидбе. Ревизији у таквом спору има места *ако*



*вредност предмета спора у побијеном делу правноснажне пресуде* не прелази 5.000 динара. Одредба ст. 3. односи се на све друге имовинскоправне спорове. Овде је ревизија дозвољена *ако вредност предмета спора, коју је тужилац у тужби навео*, не прелази 5.000 динара. У последњем ставу набројани су спорови за које наведена ограничења не важе. То су спорови о издржавању, из радних односа, из ауторског права, спорови који се односе на заштиту и употребу проналаска и техничких унапређења, узорака, модела и жигова и права на употребу фирме или назива, спорови из нелојалне утакмице и спорови, укључујући и оне по захтеву за накнаду штете, који настану повредом принципа равноправности на јединственом југословенском тржишту.

Из приказаних одредаба види се да је могућност побијања другостепене пресуде отворена у новом закону шире него у старом, по коме је ревизији било места само ако се чињенично стање другостепене пресуде разликовало од чињеничног стања првостепене. Можда ће се приметити да овакво уређење није у складу са тенденцијом правосудне политике која је изражена укидањем ревизије као редовног правног лека. Наиме, та ревизија је злоупотребљавана, и укинута је зато да би се поступак убрзао. Неће ли ревизија по новом закону омогућити одуговлачење поступка у већој мери него до сада? На ово се одговара да ревизија, као ванредно правно средство, нема суспензивно дејство (чл. 384). Парница је другостепеном одлуком окончана и тужилац у чију је корист пресуђено може захтевати принудно извршење. Одговор је начелно тачан. Међутим, не треба изгубити из вида да по правилима предатног права постоји могућност одлагања извршења из разлога предвиђених законом. Нема сумње да ће иста могућност бити предвиђена будућим Законом о извршном поступку. Предлог тог закона садржи одредбе по којима ће суд одложити извршење на предлог дужника (извршеника), ако је овај употребио ванредно правно средство које може довести до обуставе извршног поступка, а ако учини вероватним да би спровођењем извршења претрпео штету (чл. 63). Без обзира како ова друга претпоставка буде формулисана у будућем закону, извесно је да она представља један елемент који ће бити предмет судске оцене. Према томе, на питање у коликој ће се мери улагањем ревизије спречавати остварење права утврђеног пресудом, зависи у многоме од тога какав ће став пракса заузети према предлогу за одлагање извршења, који ће често бити поднесен уз ревизију.

Посебан осврт заслужују наведене одредбе о ограничењу ревизије. Може се дискутовати о томе да ли текст ст. 2. и 3. изражава праву мисао. Питање се поставља поводом разлике између та два става у погледу вредности предмета спора, која је меродавна за допуштеност ревизије. Као што је речено, по ст. 2. одлучујућа је вредност предмета спора у оном делу који је ревизијом захваћен. По ст. 3. узима се вредност означена у тужби. Није ли смисао ове разлике у томе да се у ст. 2. има у виду парница у којој је, с обзиром на природу предмета спора, могућно делимично побијање пресуде, док се ст. 3. односи на парницу у којој је могућно само побијање у целини? У овом другом случају вредност предмета спора онако како је у тужби означена остаје иста и у поступку поводом ревизије. Ако би се ово тумачење прихватило, онда би се и ст. 3. могао од-

носити на спор по тужби за осуду на чинидбу, али само на ону која је недељива. Законски текст упућује на закључак да се у ст. 2. ради о тужби за осуду на чинидбу, а у ст. 3. о тужби за утврђивање и о преображајној тужби. Пада у очи да спор по тужби за иселење из стана није стављен међу изузетке за које не важи ограничење, иако би му то место по његовом значају припадало. Пошто је тај спор имовински и односи се на чинидбу, за допуштеност ревизије меродавна је вредност у делу у коме је пресуда нападнута (ст. 2). О споровима који се тичу брачног и родитељског статуса, као и о другим неимовинским споровима, ништа посебно није речено, што значи да за њих важи опште правило о допуштености ревизије.

Ревизија по новом закону може бити поднесена из разлога из којима је могла бити заснована и ревизија по закону из 1956. (Искључене су ипак неке асполутно битне повреде од малог практичног значаја.) Међутим, релативно битна повреда одредаба парничног поступка може бити разлог ревизије само ако је учињена у поступку пред другостепеним судом (чл. 385. ст. 1. тач. 2). Ово је значајно у случају у коме се непотпуно чињенично стање јавља као последица повреде дужности суда да својим питањима доприноси расветљавању чињеничног стања (чл. 298). Одредба о могућности заснивања ревизије на таквом недостатку доћи ће релативно ретко до примене већ зато што не треба очекивати да ће другостепени суд убудуће заказивати расправу чешће него до сада. (Управо обратно, из разлога на које ће бити указано у даљем излагању, одредба о одржавању расправе по жалби долази у обзир за примену ређе него по старом закону.) За разлику од ревизије као редовног правног лека, ревизија као ванредни правни лек не може довести до укидања пресуде због сумње у правилност утврђеног чињеничног стања. Изузетак од овог правила прописан је само за спорове који су настали због повреде принципа равноправности на јединственом југословенском тржишту. Предвиђен је још један случај у коме недостаци чињеничног стања повлаче укидање другостепене пресуде. То је случај у коме се ти недостаци појављују као последица погрешне примене материјалног права (чл. 395).

О ревизији не може бити одлучено док не истекне рок за подизање захтева за заштиту законитости. Ако су изјављена оба правна лека, суд о оба одлучује једном одлуком (чл. 406).

Ревизија је допуштена и против другостепеног решења којим је поступак правноснажно завршен, и то у спору у коме би била допуштена ревизија против пресуде. Међутим, против решења којим другостепени суд одбацује жалбу ревизија је допуштена без обзира на вредност предмета спора. Такође, овај правни лек може се увек изјавити против другостепеног решења којим се потврђује првостепено решење о одбацивању ревизије (чл. 4). Супротно томе, ревизија против другостепеног решења којим се потврђује првостепено решење о одбацивању жалбе допуштено је само под условима под којима би се у тој парници могла поднети ревизија против пресуде. Питање да ли је ово разликовање оправдано, заслужује дискусију. Јер другостепено решење којим се потврђује одбацивање жалбе није за странку ништа мање значајно од другостепеног решења којим се потврђује одбацивање ревизије. Пада у очи и да се другостепено реше-

ње којим се укида пресуда и одбацује тужба може ревизијом напаста само ако би у истој парници била допуштена ревизија против пресуде. Исто важи и за другостепено решење којим се потврђује решење о одбацивању тужбе. И овде се може поставити питање да ли та решења имају мањи значај од оних која се увек могу напасти ревизијом. Мислим да је питање могућности ревизије против решења којим се поступак окончава због недопуштености тражења правне заштите требало регулисати подједнако за тужбу, жалбу и ревизију.

Од одредаба о захтеву за заштиту законитости ваља на првом месту указати на оне којима је изведено разграничење надлежности за употребу овог правног лека. Доследно правнополитичком принципу да се правосуђе завршава у републици,<sup>\*)</sup> за подизање овог захтева редовно је надлежан јавни тужилац одређен републичким законом. Он подиже захтев како због повреде републичког, тако и због повреде савременог закона. Његов захтев није допуштен против одлуке која је донесена по истом таквом захтеву или по ревизији (чл. 401). Надлежност савезног јавног тужиоца има изузетан карактер. Овај орган може напасти одлуку донесену поводом захтева републичког јавног тужиоца или одлуку која тим захтевом није нападнута у законском року, или одлуку за коју је републички јавни тужилац изјавио пре истека рока да је неће напасти (чл. 409. и 412). (Тако разумемо текст чл. 409. ст. 2, који није срећно редигован.) Захтев савезног јавног тужиоца може бити заснован на погрешној примени савезног материјалног закона, на повреди међународног уговора, као и на битним повредама одредаба парничног поступка због којих захтев може бити изјављен од стране републичког органа (чл. 409. и 410). Ипак, захтеву нема места због битне повреде одредаба парничног поступка у предметима у којима се одлука заснива искључиво на примени републичког материјалног закона (чл. 410, ст. 2). (Ова мисао није тачно изражена. Није битно да ли се одлука заснива на примени републичког закона, него је битно да *треба да буде заснована* на примени тог закона. Јер ако је примењен републички закон а требало је да буде примењен савезни, захтев савезног јавног тужиоца је дозвољен.)

Устав СФРЈ прописао је за спорове који настану због повреде принципа равноправности на јединственом југословенском тржишту надлежност Савезног суда због крупног друштвено-политичког значаја тих спорова. При томе је остављено да се савезним законом регулише да ли ће Савезни суд одлучивати поводом редовног или ванредног правног средства (чл. 369). У новом ЗПП-у предвиђен је за поменуте спорове, кад имају имовинскоправну природу, нови ванредни правни лек — захтев за ванредно преиспитивање правноснажне одлуке пред Савезним судом. Овај захтев странка може изјавити против одлуке којом се ревизија или захтев за заштиту законитости одбија, или се усваја и побијана одлука преиначује. Захтев за ванредно преиспитивање се не може поднети против одлуке Савезног суда која је донесена поводом истог таквог захтева или поводом захтева за заштиту законитости. Странка може захтев за ванредно прис-

<sup>\*)</sup> Оно шта је у овом приказу речено за републичке законе и републичке органе односи се и на покрајинске законе и покрајинске органе.

питивање засновати на оним разлозима због којих може изјавити ревизију. На поступак по овом захтеву сходно се примењују одредбе о ревизији (чл. 420). Реч је у ствари о једном правном леку који у суштини није ништа друго него ревизија, али надлежност за одлучивање о њему говори за то да се он сматра за посебан правни лек, па је та тежња дошла до изражаја и у његовом називу.

Приказаним правилима је, по нашем мишљењу, исправно решен проблем разграничења надлежности између републичких судова и Савезног суда у области парничног правосуђа. У дискусији, која је о томе вођена у току рада на усаглашавању савезних закона са Уставом, с једне стране с правом је истакнуто да је правосуђе ствар република. Али, исто тако је правилно указано на то да се из Устава не може извести закључак да је федерација лишена сваког права на контролу примене савезних прописа у судским поступцима. Ако, дакле, Савезни суд не може у односу према републичком бити суд вишег степена, тиме није речено да он не може уопште одлучивати о тачности одлуке републичког врховног суда. Захтевом за заштиту законитости савезног јавног тужноца и захтевом странке за преиспитивање правноснажне одлуке обезбеђује се неопходна улога Савезног суда у парничном поступку.

Редактори законског текста водили су рачуна о томе да против исте одлуке могу бити употребљена два правна лека, при чему одлука којом се један усваја може да учини непотребним испитивање основаности другог. Одредбе чл. 429—432. садрже низ решења за такве ситуације, чиме се суду знатно олакшава рад. Уопште, ваља приметити да је замршена материја ванредних правних лекова захтевала детаљну обраду. И поред позивања на одредбе које се сходно примењују, ванредни правни лекови обрађени су у 50 чланова, док одредбе о жалби против пресуде и о жалби против решења обухватају 33 члана.

Када је реч о правним лековима, треба приметити да је у нови закон унесен термин „непотпуна жалба”, под којим треба разматрати жалбу која није потписана и ону из чије се садржине не може утврдити која се пресуда побија. Као и до сада, непотпуну жалбу суд одбацује, ако његов покушај да поменути недостаци буду отклоњени остане без успеха. Нови на је унесена у одредбу која говори о другим недостацима. Супротно старом закону, нови закон не прописује покушај да се жалба у таквом случају допуни. Уместо тога, првостепени суд доставља другостепеном такву жалбу као и кад је уредна (чл. 351). У новом Закону је чл. 354, ст. 2. допуњен неким случајевима апсолутно битних повреда одредаба парничног поступка, који услед пропуста приликом редакције нису били изричито обухваћени чланом 343. старог Закона. Ту спадају доношење пресуде на основу недовољног располагања странака, неуредно заступање од стране пуномоћника, ускраћивање странци права на употребу свог језика и писма и права да развој поступка прати на свом језику (а она се због тога жали), доношење одлуке о захтеву од кога се тужилац одрекао. (Шта ако чињенично стање пресуде у парници за накнаду штете противуречи чињеницама које су утврђене правноснажном кривичном пресудом којом се оптужени оглашава кривим? Изгледа да су редактори сматрали да се у таквом случају ради о релативно битној повреди парничног поступка — чл. 354,

ст. 1.) По новом закону суд пази по службеној дужности не само на апсолутно битне повреде парничног поступка, као и по старом закону, него и на погрешну примену материјалног права (чл. 365). Ако се има у виду да је у новом Закону задржана одредба по којој суд може због сумње у правилност утврђења чињеничног стања укинути пресуду и кад странка тај разлог није жалбом истакла (чл. 270. ст. 2), онда излази да принцип по коме суд испитује пресуду у границама разлога изнесених у жалби важи само за релативно битне процесне повреде. Одредбом о дужности суда да увек пази на примену материјалног права Закон је усвојио становиште праксе која је овде била *contra legem*. По новом Закону, другостепеној расправи има места само ако треба поново извести доказе који су већ изведени пред првостепеним судом (чл. 362, ст. 2). Редактори новог Закона су оправдано сматрали да је прво извођење доказа пред другостепеним судом противно принципу двостепене чињеничне оцене.

2. — Другу групу промена од већег правнополитичког значаја чине оне промене које треба посматрати у процесу подруштвљења правосуђа у складу са југословенским самоправним развојем. Најзначајнија је она којом се за спорове мале вредности између грађана уводи обавезни покушај поравнања пред мировним већем. У том циљу, суд уступа тужбу мировном већу, пошто набе да нема разлога за одбацивање тужбе или за уступање предмета другом надлежном суду. Он ће тако да поступи само ако обе странке имају пребивалиште, односно боравиште, на подручју исте општине или ако су запослене у истој организацији удруженог рада или другој самоуправној организацији или заједници у којој постоји мировно веће. Суд ће одбацити тужбу ако у року од два месеца од достављања тужбе прими од мировног већа извештај да су се странке поравнале или да је тужилац повукао тужбу. (Зашто је потребно да се тужба одбаци, ако је повучена или ако су се странке поравнале?) У случају у коме мировно веће извести да се странке нису одазвале позиву за поравнање или да покушај поравнања није успео, суд заказује рочиште за главну расправу. Он то рочиште заказује и ако мировно веће не достави извештај о покушају поравнања (чл. 468). Закон не каже коме ће мировном већу суд доставити правну ствар ако странке имају пребивалиште на подручјима разних месних заједница. Треба узети да ће одговор на то питање пружити републички закон. Цитиране одредбе ће се примењивати од дана одређеног републичким законом (чл. 511). Оне ће несумњиво дати нов полет раду мировних већа, нарочито у урбаним срединама, у којима ова врста самоуправних судова још није афирмисана у друштвеној пракси. Није сувишно учинити ипак једну напомену. Наиме, у Закону, истина, није речено да је поступак у споровима мале вредности хитан, али одредбе чл. 462. и 463, као и одредбе чл. 465—467, убедљиво показују да тај поступак треба да се одвија брже него општи. С друге стране, одредбе о обавезном достављању правне ствари мировном већу ради покушаја поравнања примећују се и у спору у коме је тужилац већ у време покретања парнице одлучио да се не подвргне посредовању. У таквом случају изгубљено је време од уступања тужбе до дана одређеног за покушај поравнања. Осим тога, труд око уступања тужбе, заказивања састанка пред мировним већем и достављања позива показује се као непотребан. Губитак у времену може да се

скрати тиме што ће тужилац, кад добије позив, обавестити мировно веће да не пристаје на његову интервенцију, али он то не мора учинити. Закон, међутим, не омогућује тужиоцу да својом изјавом у самом тужбеном поднеску отклони посредовање мировног већа.

Самоуправни развој у области правосуђа огледа се и у одредбама новог Закона који говори о улози друштвеног правобраниоца самоуправљања у парници. Та улога је двојака. Друштвени правобранилац може, прво, учествовати у парници као странка (чл. 78). Друго, он може учествовати у парници која тече међу другим лицима (чл. 204). Закон о парничном поступку не садржи претпоставке под којима поменути орган може узети на себе једну или другу улогу, нити су те претпоставке садржане у Закону о друштвеном правобраниоцу самоуправљања. Изгледа да треба, као довољну, узети формулу да његовој активности у парничном поступку има места кад то налажу интереси друштвене својине и самоуправљања. Питање је од значаја нарочито кад се ради о учешћу друштвеног правобраниоца у парници која тече међу другима. Ово зато што се доношењем нових одредаба о тој његовој улози не дира у досадашње одредбе о учешћу јавног тужиоца у парници. Није, дакле, неумесно поставити питање о разграничењу компетенција ова два органа у погледу њихове интервенције у парници.

Процес подруштвљења правосуђа огледа се и у томе што је могућност закључења уговора о сталном избраном суду новим Законом знатно проширена. Такав уговор могу закључити и друштвене организације, удружења грађана и појединци који су имаоци радње. Сви ови субјекти могу уговорити надлежност избраног суда за спор који је у вршењу привредне делатности настао у њиховим међусобним односима или у односима са организацијом удруженог рада, или другом самоуправном организацијом или заједницом (чл. 469).

3. — У спровођењу уставних одредаба о надлежности Савезног суда (чл. 369), Законом је прописан поступак пред тим судом у имовинским споровима у којима су обе странке републике или аутономне покрајине, или у којима је једна странка федерација а друга — република или аутономна покрајина. На тај поступак примењују се одредбе о општем парничном поступку са извесним одступањима, од којих помињемо најзначајнија. Мировање је могућно само на основу споразума странака. Тужба се увек доставља туженом на одговор. Не примењују се одредбе о пресуди због изостанка. Одлука Савезног суда је правноснажна и може се побити предлогом за понављање поступка и захтевом за ванредно преиспитивање. Овај захтев може бити заснован само на погрешној примени материјалног права (чл. 503 — 507).

4. — Пошто је постојање привремених судова ствар републике, нови закон говори у глави тридесет другој о поступку у привредним споровима. Међутим, у новом тексту се не налази одредба чл. 456. старог Закона у којој је био изложен појам привредног спора. Уместо тога, у Закону је речено да ће се правила о поступку у привредним споровима примењивати: 1) у споровима у којима су обе странке друштвено-политичке заједнице, организације удруженог рада, самоуправне интересне заједнице или друге самоуправне организације и заједнице; 2) у споровима који се односе на

бродове и пловидбу на мору и на унутрашњим водама, као и у споровима на које се примењује пловидбено право (пловидбени спорови), осим спорова о превозу путника (чл. 489). Ова измена допушта закључак да се правила о поступку у привредним споровима примењују на све имовинскоправне спорове између субјекта поменутих у тач 1. чл. 489, дакле, и на спорове који нису привредни. Другим речима, за примену тих правила више није од значаја објективно, него само субјективно мерило. Међутим, супротно тумачење није без икаквог основа, јер Закон каже да се правила о поступку у привредним споровима примењују на спорове итд., што се може схватити и тако да се имају у виду привредни спорови. Питање примене тих правила је од значаја, на пример, за спорове по тужби због сметања поседа, који по досадашњој пракси нису сматрани за привредне. Ако је прво од два тумачења тачно, онда је требало употребити неки други назив за правила којима је посвећена глава тридесет друга Закона. Једна измена у овом поступку састоји се и у томе што се правила којима је он уређен примењују и на спор у коме се као супарничар странке из чл. 489. тач. 1. појављује неко друго правно лице или појединац (чл. 491). Правило о атракцији у новом Закону јесте, дакле, сасвим супротно ономе које је било садржано у закон од 1956, што сматрамо сасвим оправданим. За могућност мериторног одлучивања без усменог расправљања, нема више значаја предлог странака да суд тако поступи. Довољно је да чињенично стање међу странкама не буде спорно. И ова измена је целисходна, али се може поставити питање зашто могућност изостављања усмене расправе постоји само у поступку у привредним споровима. Најзад, од значајних измена треба поменути и ону по којој је у том поступку могућно споразумно мировање. У случају обостраног изостанка са припремног рочишта или са рочишта за главну расправу суд рочиште одлаже. Ако странка поново изостане, сматра се да је тужилац повукао тужбу (чл. 499).

5. — У погледу стварне надлежности нови Закон упућује на републичке законе. Прописана је нова месна надлежност по избору: тужбу против индустријског произвођача једне ствари, по основу одговорности за њене физичке недостатке, може купац те ствари поднети и суду опште месне надлежности за трговинску организацију — продавца, који је купцу приликом продаје уручио писмену гаранцију произвођача (чл. 53). Практични значај одредбе је у томе што она омогућује да купац поднесе тужбу суду на чијем подручју он има пребивалиште, јер на том подручју он у великом броју случајева закључује купопродајни уговор. Без ове надлежности он би, ако хоће да покрене спор по основу писмене гаранције квалитета, морао да тужбу поднесе суду који је опште месно надлежан за индустријског произвођача, а овај често има седиште у другом месту. Треба се сложити и са изменом која се састоји у томе што је изричито отклонена могућност да искључива месна надлежност буде споразумно измењена (чл. 70). У нашој послератној пракси ова могућност је била призната под утицајем предратне науке која је свој став по овом питању образавала по угледу на аустријско право. За ваљаност поменутог споразума изјаснили су се, на пример: Врховни привредни суд, Р 52/57 од 13. 1. 1957, Правни живот 1956/5—6; Савезни врховни суд, Р 87/59 од 21. 3. 1959, Збирка одлука 1959-1-53; Врховни суд Југославије, Р 235/73. од 5. 2. 1974, Билтен ВСЈ

1974/38. По Немачком закону о поступку није допуштен споразум о промени надлежности која је прописана као искључива (§ 40). Ово становиште треба прихватити као исправно, јер у противном искључива надлежност — која је предвиђена у јавном интересу — губи свој смисао. Надлежност по избору за спор из радног односа садржана је и у новом закону, али само кад је тужилац радник (чл. 65). Одредбе о надлежности по месту где је штета учињена, односно по пребивалишту тужиоца ако је штета проузрокована смрћу или тешком телесном повредом, примењују се и по тужбама које треће лице подноси против заједнице осигурања по основу прописа о њеној непосредној одговорности. *Forum delicti commissi* надлежан је и за спор о регресном захтеву по основу накнаде штете. Судаћи по оном делу текста ст. 3. чл. 53. у коме се говори о овом форуму, рекло би се да је он предвиђен како за регресни захтев заједнице осигурања, тако и за сваки захтев настао у корист једног лица исплатом обавезе коју је проузроковањем штете засновало друго лице. У основи одредбе лежи став да је регресни поверилац ушао у сва права обештећеног, па и у његово право да тужбу за накнаду поднесе суду надлежном по месту где је штета учињена. Тиме су отклоњене сумње у судској пракси, која по овом питању није била уједначена. Савезни суд је у својој одлуци, која се односи на регресну тужбу једне осигуравајуће организације према другој, узео да се та тужба може поднети суду на чијем је подручју штета учињена (СС Грс 37/76, од 5. 2. 1976, Билтен СС 1976/3). На једном саветовању, одржаном 27—29. 5. 1976, делегати виших привредних судова заузели су став да се надлежност по ст. 1. чл. 52. може прихватити у регресним парницама заједнице осигурања имовине и лица само кад је у питању обавезно осигурање (Привреда и право 1976/9). У читавом низу одлука, међутим, стоји се на становишту да завод (сада заједница) социјалног осигурања нема право да свој регресни захтев, по основу исплате инвалидске пензије, истакне пред судом на чијем се подручју догодила несрећа на послу. Тако: Врховни привредни суд у одлуци Реш Сл. 220/66 од 5. 3. 1966, Бјлт. ВПС 1966/2, у којој се убедљиво истиче да је захтев завода самосталан и да је за њега штета настала испуњењем његове законске обавезе по основу социјалног осигурања; Виши привредни суд у Загребу, VII Сл. 51/71, Привреда и право 1971/11; исти суд Сл 1292/72 и Сл 51/71, Преглед судске праксе ВС Хрватске за 1972(2), бр. 310; исти суд IV Сл 681/74—2 од 12. 7. 1974, Привреда и право 1974/12; ВС Словеније, Пж 63/71, Привреда и право 1972/5. Негативно мишљење дао је у свом објашњењу од 1. 2. 1974. и Савезни секретаријат за правосудне послове, Гласник Адвокатске коморе АПВ, 1974/10. У првим годинама примене одредбе о надлежности из чл. 52. ст. 1. било је извесног колебања око тога да ли се одредба односи само на спорове о деликтној штети или и на оне у којима је захтев истакнут по основу повреде уговорене обавезе. Данас је већ владајуће гледиште да се помнута одредба односи само на штету проузроковану противправном радњом, али мислимо да је у том смислу ипак требало допунити законски текст. Најзад, поводом надлежности из ст. 2. чл. 52. поставило се у пракси питање да ли се тужба може поднети суду на чијем подручју тужилац има пребивалиште и ако он смрт или тешку телесну повреду не доказује правноснажном кривичном пресудом. ВС БиХ у једној својој одлуци зас-



тупа мишљење да парнични суд може утврдити постојање кривичног дела као претходно питање — Гж бр. 516/71 од 22. 6. 1971, Билт. ВС БиХ бр. 21. и 22. ВС Хрватске сматра да се надлежност из чл. 52. ст. 2. може утемељити само на правноснажној кривичној пресуди — Гж 443/71 од 10. 2. 1971, Одвјетник 1971/12. Мишљења смо, прво, да није реч о претходном питању. Друго, као и кад је реч о некој другој тужби, за оцену надлежности меродавни су тужбени наводи (чл. 15. ст. 2). Можда је погодном редакцијом требало дати изричан одговор и на ово питање.

6. — По чл. 77. новог Закона, парнични суд може, изузетно, с правним дејством у текућој парници признати својство странке и оном облику удруживања који нема способности да буде парнична странка, али испуњава битне услове за стицање те способности. Као један од тих услова, Закон помиње располагање друштвеним средствима, или имовином на којој се може спровести извршење. Овом одредбом се мења традиционално схватање да се страначка способност одређује законом и да припада само оном облику удруживања који има својство правног лица. У пракси су забележене одлуке у којима је ова способност призната групи грађана, која остварује друштвено значајан циљ. То је, на пример, био случај са одбором за електрификацију села по одлуци Савезног врховног суда од 14. 5. 1960, Рев. 1216/59 (Наша законитост 1960/9-10). Колико ће принцип да се страначка способност поклапа са правном и даље стварно вредети, зависи од тога у коликој мери ће редовни судови показати спремност да, примењујући ст. 2. чл. 77, одступе од тог принципа.

Нови Закон је исправио једну недоследност која се састојала у томе што је малолетник, са изузетком онога који је ступио у брак, био потпуно парнично неспособан чак и кад је био ограничено пословно способан (чл. 72, ст. 3. старог Закона). По новом Закону, такав малолетник изједначен је у погледу парничне способности са пунолетним лицем које је ограничено пословно способно (чл. 79. ст. 2 и 3).

Приликом израде новог Закона пошло се од тога да питање пословне способности спада у област личног статуса и као такво регулише се прописима република. Доследно томе, између појединих република могу у том погледу постојати разлике. Отуда ни парнична способност, која се одређује према пословној, не мора у свима републикама бити иста. Нови Закон прописује да се парнична способност југословенског држављанина цени по закону који је меродаван за његову пословну способност. Ипак, југословенски држављанин који нема парничну способност по том Закону, а парнично је способан по закону републике пред чијим судом тече поступак, може сам предузимати радње у поступку. Законски заступник такве странке може предузимати радње све док странка не изјави да ће сама водити спор. Тиме је за питање парничне способности југословенског држављанина усвојено оно решење које је прописано за парничну способност странца.

У одредби која садржи листу апсолутно битних процесних повреда разликује се случај у коме парнично неспособну странку није заступао законски заступник од случаја кад странку која је правно лице није заступало овлашћено лице (чл. 354. ст. 1. тач. 10). Слично разликовање спроведено је у одредби о разлозима за понављање поступка (чл. 421, тач. 3).

Ово разликовање упућује на закључак да под законским заступником о коме се говори у чл. 79—83. треба разумети само заступника парнично неспособног физичког лица. Издавање заступника правног лица у посебан појам оправдано је, јер се тај заступник по садржини својих овлашћења разликује од родитеља или стараоца.

Новим Законом је вредност предмета спора, изнад које пуномоћник организације удруженог рада, друге самоуправне организације или заједнице мора имати положен правосудни испит, подигнута на 50.000 динара.

У новом Закону разрађене су уставне одредбе о језику и писму у поступку. Странкама се обезбеђује приликом усменог расправљања усмено превођење садржине радњи предузетих на рочишту. Исто важи и за исправе које се том приликом употребљавају као доказ. Суд је дужан да странке поучи о том њиховом праву. Оне се могу одрећи права на превођење ако изјаве да знају језик на коме се води поступак. Судска писмена достављају се странкама на језику који је у службеној употреби у суду. Странке могу упућивати своје поднеске на језику који је у службеној употреби у суду. Оне то могу чинити и на језику народности који није у службеној употреби, ако је то у складу са уставом, законом или другим прописима који важе на подручју суда (чл. 102—105). Суд на подручју једне републике општи на језику који он службено употребљава са судом на подручју друге републике. Уз писмено састављено на језику народности који није у службеној употреби у суду коме се упућује, прилаже се превод (чл. 180).

8. — У старом Закону није било изричито речено, али је из чл. 181. проистицао закључак да тужени не пристаје на повлачење тужбе, предузето поднеском или на рочишту у његовој одсутности, ако се не изјасни у року који му је суд у том циљу оставио. Нови Закон прихвата управо супротнo решење: ако тужени ћути, сматра се да пристаје на окончање парничне повлачењем тужбе (чл. 193). Таквом ситуацији се одступа од класичног схватања, по коме се из ћутања не може изводити закључак о пристанку. Практичну страну ове измене треба видети у томе што ова туженика који пристаје на повлачење ослобађа процесног терета да поднеском изјављује пристанак и самим тим отклања трошак за ту радњу. Одредба нема значај у случају у коме тужени ставља захтев за накнаду парничних трошкова. Поднеском којим тај захтев истиче, он може изјавити и пристанак.

9. — Одредбу о евентуалном супарничарству судска пракса је тумачила тако да суд према друготуженом не доноси мериторну одлуку одбијањем захтева, ако је усвојио захтев према првотуженом. Осим тога, по жалби друготуженог против пресуде којом се захтев према њему усваја, а према првотуженом одбија, виши суд је испитивао пресуду према обојици. Новим Законом је прописано да ће суд према друготуженом одлучити тек пошто захтев према првотуженом буде правноснажно одбијен (чл. 197). То значи да суд треба да застане са поступком према друготуженом до окончања поступка према првотуженом.

10. — Пре него што закључимо овај приказ крупнијих разлика између старог и новог закона, потребно је учинити једну напомену која се односи на све процесне законе. Наиме, новим законима о парничном поступ-

ку и кривичном поступку и Законом о изменама и допунама Закона о општем управном поступку извршено је усклађивање правила о тим поступцима са Уставом. Међутим, после овог посла остају неке разлике између поменутих Закона, које нису само термилошког карактера. Мислимо да се може поставити питање да ли су те разлике увек оправдане. Зашто је, на пример, доказивање ради довођења до вероватноће нашло своје место у управном поступку, док је у парничном поступку такво доказивање непознато? Наведени закони не образују конгломерат, него чине делове јединственог система функционисања правосуђа, који мора бити сам себи доследан и усклађен у свима нормама из којих се састоји. Постоји, дакле, једна потреба међусобног уједначавања процесних закона. Краткоћа времена није допуштала да се тој потреби одговори у оквиру усаглашавања законодавства са Уставом. Не остаје друго него да се чека следећа прилика.

*Б. Познић*

*Gross — Geerds: HANDBUCH DER KRIMINALISTIK.* — Begründet als „Handbuch für Untersuchungsrichter“ von Hans Gross, 10. völlig neu bearbeitete Auflage von Friedrich Geerds. — Band I. S. XL + 781. J. Schweitzer Verlag. Berlin, 1977.

Још једном се појављује класично дело „Приручник за истражног судију“ које је написао и објавио пре више од осамдесет година пионир и велики мајстор криминалистике свога времена Ханс Грос (Hans Gross, рођ. 1847 — умро 1915. године), чији је научни опус обележио настанак аустријске криминолошке школе<sup>1)</sup>. Ово значајно дело у потпуности је прерадио и осавременио Фридрих Гердс (Friedrich Geerds) и у овом тренутку предао нам његов први том, с тим да други том можемо очекивати у 1979. год. Проф. Гердс је одлучно повукао и потез који је Грос дуго имао на уму и о њему писао у предговору трећем (1898. г.) и четвртом (1904. г.) издању Приручника, наиме он је више наговештавао него што је оствареио Приручник као систем криминалистике, док нам је Гердс и насловом и систематиком и садржајем презентирао „Приручник криминалистике“ као систем ове дисциплине, сачувавши овом делу све одлике приручника.

Ханс Грос је за живота објавио шест издања свога Приручника (1. изд. 1893. г. — 6. изд. 1913. г.). После његове смрти 7. изд. је припремио за штампу Е. Хеплер (Erwein Höpler) 1922. г., а 8. одн. 9. изд. Е. Зелих (Ernst Seelig) (1. т. 1942. г., 2. т. 1954. г.).

О научном опису Х. Гроса, а посебно о његовом Приручнику чији је коначни наслов био „Приручник за истражног судију као систем криминалистике“ могло би се и требало би много рећи. Но, на овом месту ми бисмо само истакли да се Грос јасно и одређено изборио за реалистичко-психолошко схватање кривичне ствари и да је одлучно наглашавао да криминалистика почиње тамо где кривично право завршава са својим учењем о кривичном делу и кажњавању. Његов појам криминалистике и данас је актуелан и савремен, наиме он је криминалистику дефинисао као учење о реалјама тј. стварним чињеницама кривичног права. Најзад, указаћемо и на место које је он одредио криминалистици у систему кривичних наука. Грос је полазио од криминологије као учења о злочину, да би потом раз

---

1) Ernst Seelig, Lehrbuch der Kriminologie. 2. Auf., Graz 1951, S. 27.

ликовао опште и посебно учење о феноменологији злочина. Под наслов општег учења о феноменологији злочина он је сврставао криминалну антропологију (криминална соматологија и објективна криминална психологија) и криминалну социологију (криминална статистика и социјална криминална психологија), а под наслов посебног учења о феноменологији злочина — криминалистику и субјективну криминалну психологију. Одмах после овога пред нама је и синтеза свих ових дисциплина у размерама криминалне политике из које настају материјално и формално кривично право као и пенологија. Представа о криминалистици као релативно самосталној дисциплини потпуно је јасна.

Проф. Фридрих Гердс је поштовалац Гросовог схватања, он негује његове основне мисли, али иде и властитим путевима у условима и тенденцијама савремене криминалистике. Његова дефиниција криминалистике подсећа на Гроса, али је не бисмо поистоветили са Гросовом дефиницијом. Према Гердсу криминалистика изучава како превентивно тако и репресивно сузбијање криминалитета у стварном животу од стране органа кривичног гоњења<sup>2)</sup>, односно она представља учење о непосредном, репресивном и превентивном сузбијању криминалитета у животној стварности од стране органа кривичног гоњења и њихових сарадника (Приручник, стр. 5). Но, још ће бити говора о дефинисању криминалистике. Сада бисмо да видимо место криминалистике како га је одредио Гердс у систему кривичних наука. Гердсова класификација је напредна, уз разликоване *правних* и *неправних* кривичних наука, док је Гросова вертикална и формира чини нам се дубље сагледавање кривичне проблематике, мада са овим не бисмо желели да Гердсу приговоримо занемаривање реалног и суштинског код кривичног феномена, јер схема може често пута само привидно да остави у сенци трећу димензију посматрања. У правне кривичне науке Гердс је сврстао кривично право (учење о кривичном делу и о правним последицама) и кривично процесно право, а у неправне кривичне науке криминологију у ширем смислу речи (криминологија у ужем смислу речи и криминална педагогија) и криминалистику (Приручник, стр. 16)<sup>3)</sup>.

Речено је да је Гердс преобратио Гросов Приручник у систем криминалистике. Гердсово виђење овог система показује пет великих делова и то: криминалистика као наука и сузбијање криминалитета у току времена; техника кривичних дела; криминална техника, криминална тактика; и организација сузбијања криминалитета. Као новина у погледу систематике појављују се други и пети део. Но, пре сваког даљег разматрања, треба учинити две напомене. Најпре, да се Гердс углавном ограничио на немачку литературу и потом, да је пред нама само први том Приручника, који обрађује прва три дела система.

Први део система коме је Гердс дао наслов „криминалистика као наука и сузбијање криминалитета у току времена“ по правилу представља у криминалистичкој литератури увод одн. *општи* део криминалистике. Тематика овог дела је према Гердсу следећа: појам, предмет и задаци кри-

2) Friedrich Geerds, Die Kriminalität als soziale und als wissenschaftliche Problematik. Tübingen 1965, S. 25.

3) Friedrich Geerds. *op. cit.*, S. 35.

миналистике; њен однос према другим дисциплинама; развој и заједно стање криминалистике; историјска криминалистика; и статистичко посматрање криминалитета. Ова и оваква тематика је несумњиво прихватљива. Но, до неслагања може доћи у погледу стила и обима код обраде појединих питања. Нека од ових питања ћемо касније додирнути, а овде бисмо примера ради напоменули да нам се чини да је било целисходно и у границама Приручника рељефније и опширније изложити питање превентивне и репресивне криминалистике (Приручник, стр. 7)<sup>4</sup>), а исто тако и из практичних разлога криминалистичке акције било је потребно развити концепцију о хеуристичкој и силогистичкој криминалистици<sup>5</sup>).

Други део је изразита новина у систему криминалистике, што не значи да односна материја није обрађивана у криминалистици. Ову проблематику Грос је назвао „техника извршења злочина“, а ми бисмо повезујући је са криминалном техником рекли да је у питању лице и наличје једне те исте медаље. У коначним размерама посреди је презентирање једног што потпунијег „модус операнди система“. У овом делу Гердс најпре говори уопште о алаткама, средствима и поступцима код извршења кривичних дела, а потом излаже технику појединих кривичних дела, ослањајући се на следећу класификацију: деликти против личности; против имовине; против друштвеног живота; и против државе и њених органа.

Трећи део — криминална техника представља стандардно саставни део система криминалистике. Гердс наглашава да под појмом *криминална техника* подразумева учење о алаткама, помоћним средствима и поступцима потребним за откривање одн. спречавање кривичног понашања. Тако се потврђује малочас изнесена тврдња да *техника кривичних дела* и *криминална техника* представљају лице и наличје једне те исте медаље. Гердс је веома исцрпно изложио задатке и могућности криминалне технике, али ипак остаје отворено питање да ли је на најбољи начин дефинисао криминалну технику. Но, на овом месту ми не можемо ближе разматрати ову проблематику, али ћемо изнети и дефиницију проф. Белкина како бисмо остали на путу тражења што адекватније дефиниције веома сложених и разноврсних садржаја криминалне технике. Према Белкину криминална одн. криминалистичка техника је систем научних поставки и на њима развијених техничких (у најширем смислу речи) средстава, начина и методика, који су намењени прикупљању, истраживању и коришћењу доказа и других мера откривања и предупредивања кривичних дела<sup>6</sup>). Унутарња структура Гердсових излагања криминалне технике показује следеће велике теме: служба идентификације; учење о траговима; поједина криминално-техничка истраживања; и о криминалној техници код појединих кривичних дела. Овде бисмо само додали да је код обраде последње тематике примењена иста класификација кривичних дела као и приликом изучавања технике кривичних дела.

4) Roland Grassberger, Qu'est-ce que la criminologie?

5) Hans Walder, Kriminalistisches Denken. 4. Auf., Hamburg 1975. S. 32.

6) Р. С. Белкин, Курс советской криминалистики. Том I Общая теория советской криминалистики. Москва, 1977, г. 199.

Четврти и пети део представљају садржину другог тома Приручника, те ћемо овде само поменути Гердсово схватање криминалне тактике и дела који носи наслов „организација сузбијања криминалитета”.

Вратимо се питању дефинисања криминалистике, пошто нам се чини да Гердс није у довољној мери истакао извесне елементе ове дисциплине. Својим посредним мишљењем он је на изванредан начин склон да створи шире просторе за рад криминалиста. Међутим, ми бисмо били за један строжији и веома прецизан појам криминалистике, при чему би била наглашена и практикована повезаност криминалистике са другим кривичним дисциплинама уз поштовање поставки и смерница криминалне политике.

Посматрајући Гердсову дефиницију криминалистике, прихватили бисмо из ње појам активних субјеката и шири задатак криминалистичке делатности, али што се тиче предмета и непосредног задатка мишљења смо да их треба ближе и рељефније одредити. Тако бисмо предмет криминалистике свели на реални кривични феномен, односно на стварне чињенице кривичног догађаја и његовог учиниоца док бисмо као непосредни задатак одредили откривање и разјашњење датог дела и учиниоца путем материјалних и других доказа. У средишту рада криминалистике увек ће се наћи извршено или непосредно предстојеће кривично дело и његов учинилац. После овог, у настојању да следимо Гердсов начин изражавања, криминалистику бисмо могли дефинисати као учење о откривању и разјашњењу кривичних дела и њихових учинилаца у размерама стварних чињеница посредством материјалних и других доказа од стране органа кривичног гоњења и њихових помоћника ради репресивног и превентивног сузбијања криминалитета. У науци су присутна многа тражења праве или боље речено најцелисходније дефиниције криминалистике, те ћемо упоређења ради на овом месту навести и дефиницију совјетског криминалисте Белкина. Према њему, криминалистика је наука о законитостима настајања, прикупљања, истраживања, оцене и коришћења доказних средстава и на познавању ових законитости заснованим средствима и методама судског истраживања и спречавања кривичних дела<sup>7)</sup>.

За моменат бисмо се још задржали на питању метода криминалистичког сазнања. Гердс је овде на општем плану изнео неколико веома поучних мисли, иако није презентирао једно опште учење о криминалистичкој методологији (Приручник, стр. 22—26), већ се ограничио на излагање методике у систематским деловима криминалистике. У сваком случају ради изучавања ове тематике ми бисмо скренули пажњу на одговарајућа поглавља у совјетској криминалистичкој науци. На овом месту бисмо кратко скицирали методе како их види проф. Белкин. После постављања марксистичког дијалектичког метода као свеопштег научног метода сазнања, Белкин је методе криминалистике сврстао у две велике групе и то: општи методи и посебни методи криминалистике. Групу општих тј. општенаучних метода чине посматрање, мерење, описивање, упоређивање, експеримент, моделирање и математски методи. Што се тиче друге групе, она се дели

7) Р. С. Белкин, *op. cit.*, с. 18.

на властите криминалистичке методе (техничко-криминалистички и структурално-криминалистички методи) и позајмљене методе од других наука (напр. социолошки, физички, хемијски и други методи<sup>8</sup>). Сигурно је да ова тематика тражи темељито и свестрано проучавање.

Очекујући други том Гердсовог дела, желели бисмо да истакнемо да нам је аутор својим Приручником дао капитални прилог савременој криминалистичкој литератури.

*Д. В. Димитријевић*

---

8) Р. С. Белкин, *op. cit.*, с. 233 — 267.



*Prof. Dr. med. Werner Janssen: FORENSISCHE HISTOLOGIE — (Arbeitsmethoden der medizinischen und naturwissenschaftlichen Kriminalistik, — Band 10). Verlag Max Schmidt-Römhild, Lübeck, 1977.*

С'обзиром на медицинску проблематику која произилази из правне теорије и праксе, правна медицина све више проширује свој делокруг рада формирајући нова поглавља и стварајући субспецијалистичке правце развоја као што су: криминалистичка медицина; судска психопатологија; формирајући нова поглавља и стварајући субспецијалистичке правце разучне области, која се користе и која служе да правна медицина посредним или непосредним путем учествује у обезбеђењу правне заштите човековог живота и здравља, може се рећи, да је обдукција леша, као најкласичнији вид судскомедицинске делатности, веома значајна у процесу обезбеђења медицинских чињеница релевантних за разрешење одређених правних спорова. Мора се међутим нагласити да обдукција сама по себи најчешће не даје могућност да се све постојеће морфолошке промене у ткивима, које настају као последица оболења или повреда, макроскопски могу уочити. Патохистолошки налаз пружа омакве могућности. Савремена сазнања о морфолошким променама у ткивима су релативно богата, али се истовремено мора констатовати да је до сада, наука углавном била ангажована и усмерена у правцу констатација и објашњења патохистолошких промена у ткивима, на основу којих се често није могао добити одговор који је интересантан са форензичног аспекта. Форензична хистологија професора др. *Werner Janssen*-а приказује обједињење све морфолошке промене, које су по својој слици и времену настајања карактеристичне или специфичне за поједине опште или локалне повреде, а у исто време пружају могућност да се на основу њих одговори егзактно на многа, са форензичног аспекта, важна питања као што су напр.: време доношења повреде; карактер повреде; заживотно или посмртно доношење повреде и др.

Књига је штампана на 400 страна са 135 слика и 10 табела на фином кунстарук-папиру, у чврстом платеном повезу. Тематика је подељена на општи и специјални део форензичне хистологије унутар којих је проблематика обрађена по поглављима у зависности од карактеристика хистолошког налаза и етиологије повреда. Поред предговора аутора, у уводном делу се говори о садржини и задацима форензичне хистологије, о улози и значају хистолошког налаза у процесу доношења форензичних закључака, и начелно о техници прављења хистолошких препарата. Почињући општи део са хистолошком танатологијом, аутор описује детаљно све промене у ткивима које настају после смрти, од којих неке имају значај и као суправитални знаци. Илуструјући са фотографијама детаљно су описане све промене како на једрима тако и у цитоплазми свих ћелија одређеног ткива обухватајући посмртне процесе ферментације аутолизе и трулења, и то за сваки орган и ткиво посебно (крв; кожа; мозак; јетра; бубрези и др.). На крају се на основу свих нађених елемената даје осврт на хистолошко утврђивање времена настанка смрти појединих ткива, на утврђивање почетка и трајања ових процеса што зависи од састава ткива, температуре околине, рН средине и др. Аутор такође упућује на дија-

гностичку вредност и могућност коришћења хистолошког налаза појединих ткива код ексхумираних лешева. Посебни акценат у приступу изношења материје дат је форензичком аспекту.

Виталне реакције заузимају централно место у судскомедицинском истраживању и обезбеђењу материјалног доказа у случајевима када је од значаја да се утврди време ношења повреде а посебно када је потребно да се одговори на питање да ли је повреда настала за време живота или после смрти Све промене које се хистолошки могу верификовати, систематски и детаљно су описане код сваке апсолутне виталне реакције одвојено (крвни подливи, тромбоза, упала, искрвављење и др.). У вези са крвним подливом аутор почиње са етиологијом и диференцијалном дијагнозом између насилног и природног крвног подлива да би постепено прешао у детаље на све морфолошке промене и карактеристичности налаза у разним временским фазама. Детаљно су описане такође и постмортално настале промене у крвним подливима, као и хистохемијска збивања, начин бојења препарата и препорука најподесније технике прављења и прегледа хистолошких препарата.

Код одређивања времена настанка других повреда, рана и прелома костију, препоручују се многи начини и методе које су задњих година откривене. Све се оне углавном заснивају на хисто и биохемијским процесима као и на специфичним морфолошким променама. Посебно је илустративна и за рутински рад веома практична шема која показује морфолошке, биохемијске и биохистолошке промене, процесе и реакције после повређивања у различитим временским етапама.

Обрађујући тромбозе и емболије као виталне реакције, аутор веома исцрпно описује етиологију настајања ових реакција при чему се не удаљује од основног циља и значаја ових промена у форензиској пракси. У овом смислу, описане су све врсте емболија (масна, ваздушна, тромбна и др.), начин и методологија њиховог откривања и доказивања у разним ткивима и у различитим временским интервалима после повређивања.

У посебном поглављу приказан је хистолошки налаз код промена у ткивима услед недостатка кисеоника и исхране. На првом месту овде долази до промена у можданом ткиву, а затим и у мишићима срца и других виталних органа. Карактеристична слика ових налаза често омогућава да се одреди време настанка смрти код асфиктичких повреда, а нарочито код задављења и вешања. Ништа мање није од значаја ни опис промена које настају услед шока било да је шок последица повреда или оболења. После приказа општих реакција организма, појединачно су приказане промене на појединим органима као што су јетра, срце, бубрези, плућа, желудац, панкреас и др. На крају општег дела, обрађене су хистолошке промене које настају услед алергије и то са карактеристичним налазом за сваки агенс посебно (пеницилин, инсекти, серуми и др.).

Специјални део форензичне хистологије приказан је на 160 страница. На првом месту су приказане хистолошке промене код напрасне смрти из природних узрока. Нарочито је дат детаљан приказ промена на срчаном мишићу које се јављају већ после неколико минута од инзулта. Поред рутинских микроскопских прегледа, дат је распоред по начину дијагно-

стицирања појединих стања и промена које се посебно добро откривају уз помоћ електронске микроскопије и хистохемијске технике. Поред промена на срчаном мишићу, посебно су детаљно описани карактеристични налази код коронарне тромбозе, анеуризматичних оболења, комоције срца, акутне атрофије јетре и акутне некрозе панкреаса као и у свим другим случајевима узрока напрасне природне смрти.

Са аспекта форензичне гинекологије значајно место заузимају хистолошки и хистохемијски налаз код поремећаја у трудноћи, код побачаја, чедомирства и др. с тим што је налаз дат одвојено за живе особе и за претраживање лешног материјала. Нису ретки случајеви да су ови налази једини доказ о непосредном или посредном узроку смрти у појединим конкретним случајевима. Посебно се код чедоморства упућује на налаз код усмрћења аспирацијом и другим узроцима смрти који настају услед отежаног поробаја при чему је нарочито значајан диференцијално дијагностички налаз у односу на насилну смрт.

Код вешања, задављења и загушења веома често се поставља питање да ли су локални трагови на врату заживотни или посмртни. У овом смислу аутор указује на најважније специфичности које се могу хистолошким путем дијагностиковати као што су почетак заживотних реакција са и без ћелијских инфилтрата, крвни подливи на гребену коже на месту трага стезања, позитивна реакција алфа нафтил естеразе у пределу трага и сл.

У поглављу о утопљењу најпре су описане све макро и микро промене услед дејства течности као што су прања коже и др. на основу чега се може одредити време боравка леша у течности.

Са временским интервалима у настајању појединих промена које настају под дејством високе и ниске температуре у разним стадијумима и у свим ткивима. Аутор нарочито подвлачи значај хистохемијских промена и хистолошког налаза у појединим органима који карактеристично реагују на локалне повреде. У овом смислу посебно су обрађене промене у јетри, бубрезима, срцу, плућима, мозгу, надбубрезима, панкреасу, и општим променама услед шока насталог као последица дејства температуре.

Повреде од електричне струје су детаљно описане почев од хистолошког налаза електричног белега и метализације коже уз коришћење флуоресцентне микроскопије у дијагностици па све до свих виталних реакција које могу настати код ових повреда. Поред промена које се налазе у ткивима где је електрицитет деловао, локално описују се и налази осталих органа који су последица опште реакције организма а пре свега промене на мозгу, срцу, крвним судовима и костима.

Хистолошки налаз код нутритивних повреда се ослања углавном на промене у јетри, масном ткиву, панкреасу и скелетној мускулатури.

Код повреда ватреним оружјем аутор износи најсавременија сазнања и могућности коришћења хистохемијских и хистолошких промена како у погледу одређивања раздаљине пуцања, тако и у утврђивању заживотних реакција. Нарочито је интересатно указивање аутора на хистолошку могућност дијагностиковања да ли је повреда настала из ватреног оружја или на неки други начин.

На крају овог дела се дају детаљни хистолошки налази код тровања обрађујући карактеристичности које су везане за сваки отров као што су: жива, калијум, олово, фосфор, угљен моноксид и диоксид, разне киселине, бензол, алкохол, инсектициди, психофармака, средства за спавање и болове, цитостатици, хормони, контрацептивна средства, отрови гљива и др.

Форензична хистологија професора др. W. Janssena представља својеврсни изузетно велики прилог правилној дијагностици свих промена у ткивима које имају огромно значење са форензичног аспекта. Аутор је успео да веома пластично прикаже обједињено целокупну проблематику ове научне области и на оригиналан начин напише јединствену монографију чија је вредност са практичног и теоретског аспекта ван сваке конкуренције по овој тематици. Ово су разлози који императивно налажу сваком стручњаку који се бави судскомедицинском проблематиком, да обезбеђењем ове књиге у својој библиотеци, има у свако доба приручник неизмерне вредности у форензичној пракси.

*др Михајло Лукић*

*Frinz Schleyer u. Irmgard Oepen: LEITFADEN DER GERICHTLICHMEDIZINISCHEN BLUTSPUREN — UNTERSUCHUNG.* — 2. Neubearbeitete Auflage. (Arbeitsmethoden der medizinischen und naturwissenschaftlichen Kriminalistik, — Bd 4). Verlag Max Schmidt-Röhmlid. Lübeck 1977.

Из дана у дан све чешће се сусрећемо са извршеним кривичним делима која су предходно детаљно испланирана како у погледу начина извршења тако и у одабирању најсавременијих средстава која обећавају да се на месту извршења злочина не налазе трагови који би могли открити извршиоца. Оваква професионализација криминала поставила је императив судско-медицинској науци да кроз ново поглавље, разрађује познате и истражује нове методе откривања и идентификовања микро и макро трагова биолошког порекла на основу којих се може идентификовати учинилац дела. Крв као траг биолошког порекла далеко најчешће срећемо при извршењу кривичних дела, јер учиниоци дела и поред најдетаљнијег и најсавеснијег припремања, често нису у могућности да предвиде где ће и када ће овакав траг оставити на месту злочина. Практикум F. Schleyera и I. Oepena (174 стране; 37 фотографија; 22 табеле и 591 библиографске јединице) указује докле се стигло у истраживањима трагова крви и шта се данас од тога може примењивати у рутинском раду у области криминалистичке медицине.

У првом поглављу, сажето али јасно, изнети су основни појмови и сазнања, о местима где се најчешће могу пронаћи трагови крви, о боји крви која се са старосћу мрље или у зависности од квалитета подлоге може мењати, као и о различитим облицима трагова крви који сами по себи могу имати одређени криминалистички значај. Такође се указује и на могућности заблуде да се траг који потиче од рђе, чоколаде, сока од парадаиза, вишне и др., протумачи као крв.

Друго поглавље обрађује, у криминалистици иначе познате принципе откривања, конзервирања и транспортовања први.

За праксу нарочито корисно, у трећем поглављу, приказане су методе екстракције крви са подлоге у случајевима када је потребно уштедети што више материјала за обраду и када је потребно концентрисати екстракт са слабих или више мањих трагова. Приказане шеме сасвим јасно илуструју читав процес екстракције крви по Кирк-у.

За доказивање да ли траг потиче од крви или не, аутори у четвртном поглављу износе читав низ неспецифичних и специфичних метода које се у пракси примењују. Споменимо само оне које су најчешће, најједноставније и најбоље. Од неспецифичних метода то су пробе бензидином; фенолфталеином и лимуном, а од специфичних: доказивање оксигемоглобина и хемоглобина и његових деривата спектроскопским путем; доказивање хемоглобина папирном и танкослојном хроматографијом, електрофорезом на папиру и доказивање крвних елемената микроскопијом. У свим случајевима, детаљно су изложене проскрипције потребних реагенса за сваку методу посебно, као и начини вршења анализа, могуће грешке и образложења зашто су поједине методе недовољно егзактне, те су у том смислу дата и упутства о дијагностичким вредностима резултата добијених појединим методама.

Пето поглавље се односи на утврђивање порекла крви. Пластично и детаљно, на 26 страница, описане су како класичне тако и најсавременије методе. На првом месту се описује метода преципитације хомологог протеина са антиспецифичним имуним серумом. Износи се детаљан опис почетак од добијања екстракта мрље па до завршетка анализе. Паралелно се приказује и модификована метода преципитације имунодифузијом. Поред јасног упутства за извођење појединих проба, приказан је начин тумачења резултата као и узрочници који могу довести до грешака. У даљем излагању се наводе и друге методе које се користе за одређивање порекла крви као што су метода са антихуманим глобулином, фибринолиза, ензимска проба, проба са биљним аглутининима, метода електрофорезом и хроматографијом, метода цитолошким диференцијацијама и др.

Посебно је значајно поглавље које се односи на најсавременије могућности утврђивања крвних група и фактора из сасушених трагова крви. Поред општих напомена о прорачунавању могућности идентитета на основу крвних група, приказана је и таблица популације становништва по свим групама и факторима које се у траговима могу доказати. У погледу утврђивања крвних група АБО система изнете су класичне методе као што су „абсорпциона“ „абсорпционо-елуциона, метода мешавине ћелија и Lattes метода“ а на крају су приказане и неке друге методе које се у пракси ређе користе. Паралелно са овим, описују се и методе за одређивање MN и Rh фактора из сасушених трагова крви. За све методе је у детаље дата технологија рада и коментар могућих грешака приликом добијања резултата.

У седмом поглављу приказују се могућности одређивања ензимских фактора из еритроцита путем електрофорезе. Истина је да се овде не дају методе већ се наводе само могућности вршења анализа под условом да су трагови крви стари ограничено време и то: ензим ПГМ  $\beta$ —10 недеља; АК 5—6 месеци; АДА 1—3 недеље; бПГА до 15 дана. Од ензима могућих за доказивање у мрљама, наводе се још кисела фосфатаза, естераза Д и Глутамин-пируват трансаминаза.

Са осмим поглављем је заокружена сва криминалистичко-медицинска проблематика из области идентификације на основу крвних група и фактора. Наиме овде се ради о утврђивању крвних субстанци из серума сасушене крви. Са комплетним приказом технологије анализа и најсавременијим теоретским и практичним сазнањима наводи се утврђивање Нр и Gm група а у скраћеном облику дају се и Gc типови и HLA систем.

У деветом поглављу, више информативно упознајемо се са дијагностицирањем пола помоћу секс хроматина који се може установити и прегледом крви.

Следеће поглавље је намењено дијагностици менструалне крви са констатацијом да се сигурни резултати добијају само у 40—50%. Од познатих метода разрађене су методе одређивања гликогена из вагиналног епитела, морфолошка дијагностика, доказивање кроз фибринолизу, а од нових метода се помиње доказивање лактатдеhidрогенезе LDH помоћу електрофорезе на ацетатцелулозној фолији или помоћу имуноелектрофорезе.

У задњем поглављу обрађена је дијагностика крви новорођенчета и одојчета путем алкалне резистенције и утврђивања HbA и HbF на Whatman папиру; путем електрофорезе; преципитацијом са анти HbF серумом и имуном електроферозом.

Аутори су писали овај практикум веома једноставним и јасним стилем уз детаљно описивање најважнијих метода, што пружа могућност да све анализе које су приказане, може да врши и онај криминалистичко-медицински стручњак који нема посебно искуство у овом раду. Поред тога, аутори дају тумачење вредности појединих резултата као и најсасменија сазнања из ове области. И поред тога што ово издање није претрпело неке посебне измене у односу на прво и што су сличну проблематику обрађивали и неки руски и пољски аутори, мора се рећи да овај практикум заслужује највеће стручно признање и велика је штета што није преведен на наш језик. Но и поред тога, била би велика корист да се нађе у свим нашим стручним библиотекама, у приватним библиотекама судија, тужилаца и радника ОУП-а а нарочито у библиотеци стручњака за судску медицину.

*др Михајло Лукић*

*Проф. др Милан Милутиновић: ПЕНОЛОГИЈА, НАУКА О ИЗВРШЕЊУ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА И РЕСОЦИЈАЛИЗАЦИЈЕ ОСУЂЕНИКА. (Издање „Савремене администрације”, Београд, 1977., стр. 351.*

1. Појава пенологије као аутономне научне дисциплине новијег је датума. Дуго времена пенолошка проблематика обрађена је у оквиру кривичног права и криминологије, а има и данас аутора који оспоравају самосталност ове научне дисциплине.

Међутим, проблематика кривичних санкција и њиховог извршења, својом сложености и својом важношћу за успешно вођење борбе против криминалитета, данас се несумњиво намеће као предмет посебног научног интересовања, које по свом обиму превазилази границе научних дисциплина у чијим оквирима је до сада расправљана. Ту није по среди само природан процес диференцирања науке услед нагомилавања људског знања — већ је ту реч о једној стварној потреби савременог друштва да посвети посебну пажњу научној обради читаве области односа који у њему живе и са којима оно живи. Ти односи јесу друштвени односи који се остварују у процесу извршења кривичних санкција, а посебно у процесу институционалне ресоцијализације осуђених лица.

Затвор као једна социјална микро-заједница представља један специфични амбијент у којем се развијају одређени друштвени односи. Ти друштвени односи су на изванредан начин ван „нормалних” друштвених токова, али су у суштини органски везани за те токове, јер из њих проистичу и у њих (носећи у себи све позитивне и негативне резултате процеса њиховог одвијања у затвору) — поново утичу.

Све ово указује, пре свега, на велики значај проучавања ових друштвених односа, а затим, и на неопходност да се то проучавање врши на један посебан начин, у оквиру посебне научне дисциплине.

2. Дуги пут свога развоја Пенологија је прешла као наука о техници поступања са осуђеницима, што јој није давало могућности да изађе из традиционалних оквира дискрипције. Са развојем хуманитарних идеја и са победом идеје о ресоцијализацији као основној сврхи кажњавања, створена је повољна клима за оријентацију научне мисли ка изучавању личности самог осуђеника.

Међутим, иако је то био значајан корак напред у развоју пенолошке научне мисли, не може се рећи да је тиме одмах дошло и до битније преоријентације у изучавању личности осуђених лица. Још дуго времена осуђеникова личност је посматрана као објект преваспитног третмана. Тек најновији радови у области Пенологије чине напор да личности осуђеног приђу као субјекту друштвених односа, отварајући на тај начин нове путеве у развоју Пенологије као науке. Такав један подухват, још увек редак и у нас и у свету, представља књига проф. др Милана Милутиновића, о којој је овде реч.

3. Излагања аутора су подељена у четири главе, које представљају посебне тематске целине.



а) У првој глави говори се о друштвеној реакцији на криминално понашање, о развоју пенолошке мисли и праксе и о његовом савременом нивоу.

Изолагања о друштвеној реакцији на криминално понашање започињу разматрањем друштвене реакције примитивних заједница на понашања која су доводила у опасност интегритет и опстанак тих заједница. Затим следе веома исцрпна, богата подацима, излагања о кажњавању у класном друштву. Ова излагања се састоје из неколико делова. Најпре се говори о појави казнене реакције организованог друштва. Затим се говори о кажњавању у старом, средњем и новом веку. У оквиру излагања о кажњавању у новом веку посебна пажња се посвећује казнама депортације и лишења слободе, које су се појавиле као нове казне и примењивале уз казне из претходних периода, (смртна казна, робија на галијама итд.).

И док је казна депортације ускоро напуштена, дотле је казна лишења слободе наставила да постоји све до данашњих дана, пролазећи кроз разне фазе у свом развоју. Пратећи тај развој, аутор се у својим излагањима посебно задржава на реформи затвора у XVIII. веку и на историјском развоју система извршења казни лишења слободе, анализирајући карактеристике пенсилванског, аубурнског и прогресивног система.

Мада су казне лишења слободе представљале велико олакшање у односу на свиреле казне средњег века, оне су својом појавом одмах изазвале значајне дилеме и колебања. Пратећи развој пенолошке мисли и праксе, аутор нарочито указује на струјање у казненој политици крајем деветнаестог и у првој половини двадесетог века. У том смислу анализира схватања позитивне школе и њен утицај на примену кривичних санкција према учиниоцима кривичних дела, посвећујући затим пажњу учењу школе друштвене одбране пре II светског рата (тзв. социолошке школе) и њеном даљем развоју после II светског рата. Анализирајући значај ове школе, аутор указује на њену улогу у развоју нових идеја о третману као централном питању ресоцијализације осуђених лица, наглашавајући да је под утицајем начела и ставова ове школе, дошло до усвајања Минималних правила ОУН за третман деликвената. Аутор се, такође, осврће и на утицај ове школе у правцу развоја идеје о унификацији казни лишења слободе као и о увођењу мера безбедности и других супститута казни лишења слободе.

Своја излагања о развоју пенолошких идеја аутор закључује освртом на пређени пут од освете до ресоцијализације, указујући на превазиђеност идеја освете и застрашивања и доказујући да строгост у кажњавању никада у историји није успела да знатније смањи криминалитет.

Признајући, међутим, и улогу генерално-превентивног дејства законских норми — писац констатује да је питање односа застрашења и преваспитавања веома деликатно и још увек недовољно расветљено питање, са одређеним филозофским, социолошким, психолошким и етичким импликацијама, које је тек на путу да добије своје решење ослањајући се, пре свега, на емпиријска истраживања, која су за сада ретка и недовољна.

Говорећи о стању савремене пенолошке мисли и праксе, аутор наглашава да у савременим условима доминира идеја преваспитања. „Основни

циљ који се поставља у савременој пенолошкој теорији и пракси — истиче аутор — састоји се у оспособљавању извршилаца кривичних дела да поштују друштвене вредности и норме, да се стваралачки понашају у друштвеном животу и да тако постану корисни чланови друштва” (стр. 59). У даљим излагањима аутор истиче да је питање адекватног третмана данас централно питање Пенологије, па у складу са тим истражује нове питање и начине организовања тог третмана, посебно упућујући на идеју приближавања тог третмана нормалним условима у животу, будући да је сврха ресоцијализације управо у томе да се осуђеници науче да живе у слободи. У том контексту аутор посебно поклања пажњу појави полуотворених и отворених казнено-поправних установа, истичући, међутим, да не треба имати илузије да се овим установама може у потпуности заменити досадашњи систем извршења казни лишења слободе, без обзира на то што је утврђење ових установа код одређене осуђеничке популације постигло значајан успех.

Своја излагања о савременом пенитенсијарном систему аутор завршава упућивањем на постојање елемената његове кризе, истичући да савремени методи „лечења” осуђеника не показују очекиване резултате. Узроци ове кризе свакако леже у отсуству ширих пенолошких истраживања „затворске заједнице”. Писац оправдано сматра да ће резултати таквих истраживања „довести до тражења других флексибилнијих и рационалнијих решења у оквиру казног система и система извршења изречених кривичних санкција” (стр. 75.).

На крају излагања у овој глави говори се укратко о развојном путу и конституисању Пенологије као самосталне науке, о њеном предмету, појму и о њеном односу са другим наукама.

б) Друга глава је посвећена проблему ресоцијализације и третмана осуђеника.

Најпре се говори о појму ресоцијализације која се састоји у социјалној адаптацији осуђеног лица и у његовом припремању и оспособљавању да се поново укључи и реинтегрише у друштво као користан члан заједнице. Даље излагање је посвећено третману и његовој стратегији, јер се ресоцијализација осуђених лица постиже само применом таквог третмана „који је у стању да измени њихову личност, њихова схватања о вредностима и ставове према њима и друштву уопште, њихов стил живота и рада, навике и тежње, а самим тим и њихово понашање у друштву” (стр. 89).

Разматрајући питање индивидуализације третмана, аутор даје предност групном третману, насупрот неким мишљењима да би третман требало да буде строго индивидуалан. Индивидуализација не треба да се схвати као циљ за себе. Међутим, то не искључује могућност третмана који се испољава у интеракцији терапеут — осуђеник, што значи да индивидуални и групни третман треба примењивати диференцирано „зависно од личности осуђеника и карактера непосредног корекционог циља, који се жели постићи посредством терапеутске акције” (стр. 93).

У даљим излагањима се говори о корекционим методама и техникама са посебним освртом на положај и функцију терапеута у корекционој раду. Аутор ту детаљно разматра разне ставове по питању примене

појединих корекционих метода од стране терапеута, посебно анализирајући примену пермисивног и ауторитативног, директивног и недирективног метода.

Говорећи о проблемима институционалног третмана, посено се указује на тешкоће код спровођења овог третмана које произилазе из „притиска институционалног живота“, и због тога, више или мање израженог отпора осуђеника да прихвати третман. За решење ових проблема — истиче аутор — веома је важан правилан избор терапеутског персонала, јер је за успех терапеутске акције често од пресудног значаја како ће терапеут успоставити први контакт и даљу комуникацију са осуђеницима.

Аутор посебно упозорава да је за успех ресоцијализације неопходно диференцирано прилажење третману, јер лица која су осуђена на кривичне санкције институционалног карактера представљају веома хетерогену популацију. У том циљу посвећује се пажња анализи проблема обсервације и класификације осуђених лица, и указује на велики значај и улогу емпиријског и научног посматрања личности осуђеника и на потребу њихове екстерне и интерне класификације у казнено-поправним установама.

У даљим излагањима аутор се задржава на проучавању облика третмана, посвећујући пажњу морално-педагошком васпитању и образовању осуђеника, радној терапији и професионалном оспособљавању затвореника, осуђеничкој самоуправи, примени психотерапије, групне психотерапије и групног саветовања. Осим тога, аутор говори и о другим акцијама и мерама које се у оквиру третмана морају предузети ради успешног остварења рационализације осуђених лица. Ту је реч о организовању слободног времена осуђеника, наређивању и кажњавању осуђеника као и приближавању осуђеника условима живота на слободи, у склопу припрема за њихово пуштање на слободу.

Наредна излагања су посвећена третману малолетних деликвената.

Аутор се залаже за идеју да преваспитање младих деликвената „мора почивати на принципима и основама, који отклањају максимално сваки призвук казних шаблона у терапеутској пракси“ (стр. 138.) — указујући на потребу да се у третману малолетника посебна пажња мора посветити организовању наставе, професионалном оспособљавању, организовању слободног времена, индивидуалној психотерапији и групном раду.

Своја даља излагања аутор посвећује једном од најдискутованијих и најмање решених проблема савремене пенологије — а, наиме, проблему кратких казни лишења слободе са гледишта третмана.

Остварење идеје рационализације наилази на највећи „камен спотицања“ баш код ових казни, јер је организовање третмана за време њиховог трајања практично немогуће остварити. Свестрано разматрајући овај проблем, аутор указује на два правца његовог решавања. Први правац се састоји у мерама третмана на слободи. Други правац се састоји у „тражењу третмана, који је могуће и потребно применити према лицима, којима се изричу кратке казне лишења слободе“ (стр. 149). Изналажење адекватних третманских облика према овој категорији осуђеника, могуће је, по мишљењу аутора, само путем експерименталних истраживања.

Следећи деликатни проблем савремене пенологије, у чије се расправљање аутор упушта, јесте проблем организовања постепенадне помоћи. Пенологија као наука о односима осуђеника у друштву, не може се задовољити проучавањем само институционалне фазе третмана. Третман се мора наставити и постинституционално, ако се желе сачувати резултати институционалног третмана и ако се жели успешна реинтеграција осуђеног у друштво. На жалост, ни у свету нити у нас, постепенална помоћ није на задовољавајући начин организована, јер друштвени механизми који треба да реализују ову помоћ, често остају неефикасни. Аутор је веома добро осетио да важан фактор интензивирања ових друштвених механизма лежи у самој активности казнено-поправне установе, која би морала да се повезује на време са институцијама и органима на слободи да, иницира облике помоћи осуђеницима, који ускоро напуштају установу, и да прати њихово даље кретање и понашање” (стр. 153).

У наставку горњих излагања, даље се разматра питање ванинституционалног третмана. Ту се првенствено има у виду третман према малолетним делинквентима или предделинквентима, уз истовремено указивање на могућност примене овог третмана и према пунолетним делинквентима, нарочито када је реч о замени кратких казни лишења слободе.

Завршна излагања о ресоцијализацији и третману, аутор посвећује проблему њихове ефикасности, закључујући да је експериментисање на научној основи најбољи пут тражења ефикаснијих третмана у пенитенцијарној пракси.

в) Трећа глава посвећена је затворским установама и заједницама осуђеника, као и социолошком и психолошком изучавању затворске установе.

Најпре се изучава формална организација затворске установе. У том смислу, аутор одређује њен појам као „осмишљену схему за координирано повезивање бројних и различитих активности, које улазе у општи комплекс њених задатака...” (стр. 166).

У даљем излагању разматра се питање облика и структуре затворских установа уз наглашавање да данас у свету постоји велика хетерогеност организација ових установа, услед чега је тешко дати јасну и прегледну слику, која би указивала на одребене путеве и законитости у том систему. Међутим, ипак је могуће бар у основним цртама уочити тенденције тога развоја. Пре свега, треба приметити да се данас све више врши категоризација казнено-поправних установа према потребама третмана и ресоцијализације, за разлику од класичних система који су ову категоризацију вршили на бази законских критеријума и априорних мерила.

У наставку анализе формалне организације затвора, посебна пажња се посвећује субјектима те организације — терапеутском особљу и другом особљу затворске установе. У том смислу констатује се да у организацији затворске установе раде различити профили кадрова који имају и различите задатке. Тако нпр. различита је улога терапеута од улоге управног, административног и техничког особља. Аутор подвлачи делинквентност улоге терапеута који непосредно делују на осуђена лица

у процесу њиховог преваспитавања. Међутим, и остало особље, такође мора да има правилан однос према осуђеницима и да својим поступцима иде на руку терапеутским циљевима.

Следеће питање које је предмет расправе јесте питање режима затворских установа и његове функције. Полазећи од тога да режим сваке затворске установе мора бити такав да одговара остварењу преваспитног утицаја, а и другим комплементарним циљевима — аутор констатује да његово организовање „треба темељити на знањима психологије, социјалне психологије и других наука, како би се избегле неугодне психолошке појаве и дезорганизација психолошких и других активности уопште” (стр. 179).

У даљој анализи режима затворских установа, аутор се задржава на питању надзора и контроле осуђеника и на питању улоге стражарског особља и њихових задатака. Указујући на неопходност очувања дисциплине у затвору и на значајну улогу стражара у том погледу, аутор закључује да се савремени третман осуђеника може успешно обављати само ако се у затвору успостави „социјална клима”. Та клима се, међутим, услед традиционалних и конзервативних схватања о улози стражара, често пута врло слабо осећа. Стога је нужан услов за успешну ресоцијализацију осуђених лица да и стражарска служба буде функционално у складу са циљевима преваспитавања.

Са дефинитивним напуштањем репресивног концепта и преласком на преваспитни третман, јавља се као актуелно питање успостављање нормативно-правног система у чијим оквирима треба да се обавља третман и ресоцијализација осуђених лица. У том смислу говори се и о посебној грани Пенологије — пенитенцијарном праву — која треба да се бави проучавањем овог нормативног система. Овај нормативни систем је веома значајан и са гледишта законитости извршења казни лишења слободе. Међутим, аутор правилно запажа, да „формално правни оквир не сме бити, бар што се тиче третмана у ужем смислу речи, неки строго лимитирани систем који спутава попут Прокрустовог кревета, иницијативу и акцију у тражењу ефикаснијег третмана и метода преваспитавања осуђених лица” (стр. 186).

У својој свестраној анализи затворских установа, писац не пропушта да анализира и улогу затворске архитектуре у процесу ресоцијализације осуђених лица. У том погледу се по логици савременог система извршења кривичних санкција тражи „да локација, простор и архитектура затворских установа — стоје, пре свега, у функцији концепта преваспитавања” (стр. 188).

Даља излагања у оквиру ове главе посвећена су изучавању реалности затворског живота као садржајне стране свих феномена којима се Пенологија бави. У том смислу извршена је суптилна анализа заједнице затвореника са социолошког и психолошког аспекта, што целокупном овом делу даје изузетан значај.

Иако осуђеничке заједнице имају извесне карактеристике људске заједнице уопште, оне су у многоме специфичне, јер се формирају од људи којима је одузета слобода, који су издвојени посебно на једном ограни-

ченом простору, који су смештени у један колектив који они не могу мењати по својој вољи и који су изоловани од друштвене средине. Живот осуђеничке заједнице се, дакле, одвија под снажним утицајем формалног нормативног система који влада у затвору. Али, међу затвореницима настају међусобни односи и интеракцијски утицаји из којих настају нормe понашања, које су другојачије од норми формалног система. У том смислу може се говорити о једном посебном „социјалном систему”, о посебној осуђеничкој „култури”, о посебном вредносном систему осуђеника, који је независан од официјелних норми и система вредности на којим оне почивају.

Све ово доводи до посебног система односа како између затвореника тако и између затвореника и особља. Осуђеници нису пасивна популација, која само слуша и извршава наредбе затворске управе — као што се то доскора погрешно сматрало. Напротив, они су веома динамични како у међусобним односима, тако и на релацији према формалном систему у носиоцима тог система.

Међусобни односи затвореника доводе до стварања неформалних група у којима постоје они који се намећу као вође и они који пасивно прихватају вредносни систем тих група. Постоје ту и веома тешки конфликти између појединаца и група који доводе до различитих понашања осуђеника па и до тешких сукоба и насиља. Насупрот томе, постоје ту и односи пријатељства, међусобне солидарности и привржености, углавном, на бази дистанцирања од затворске администрације и њеног особља. Обично се говори о структурама осуђеничке популације, гледано са стране, са позиција официјелног система. Међутим, стварни живот затвора казује да у затвору настају непланиране социјалне поделе и неформалне структуре, па и хијерархиско диференцирање мимо свих правила формалног система. Велика је заблуда пренебрегнути утицај и значај оваквих затворских структура, јер оне имају знатне импликације на поправљање и преваспитавање осуђеника. Због тога је веома значајно да се уђе егзактно у функционисање вредносног и нормативног механизма неформалног система у свакој пенитенцијарној установи, да би се предузеле адекватне мере за сузбијање његовог утицаја на осуђенике, што изискује организовање посебног истраживања, које треба да открије специфичности деловања тог система.

Ово познавање осуђеничких односа, затворске културе и реалног „друштвеног миљеа” у затвору, веома је значајно за успешан рад терапеутског особља, јер у себи крије најразноврсније могућности деловања на осуђена лица, које би у супротном биле неискоришћене. Тако на пример — истиче аутор — савремена искуства показују „да осуђеничке групе и колективи уопште, могу одиграти веома значајну улогу у преваспитању осуђеника, ако су они правилно усмерени, ако терапеутско особље успе да их активира у позитивном смислу” (ст. 192).

Све ово претпоставља велику „зрелост” терапеутског особља и њихову способност да уђе у неформалне механизме осуђеничког живота, водећи рачуна о својим сопственим људским слабостима. Треба имати у виду да и затворско особље живи и ради у затворској атмосфери. Оно са затвореницима на изванредан начин заједнички дели „мрачну судбину

изолације". При том, осим официјелних односа са осуђеницима, они се нужно налазе и у неформалним односима са њима. Ту сад долази до читавог низа интеракција, које настају на релацији осуђеник — затворско особље, из којих могу настати разне позитивне или негативне последице у погледу остварења коначног циља: ресоцијализације осуђених лица. Пре свега, потребно је имати у виду да је однос између осуђеника и особља проткан међусобним неповерењем. С једне стране, осуђеници доживљавају затворско особље као представнике друштва које их је осудило и одбацило, што у њих несумњиво ствара мржњу према затворској администрацији и према конвенционалном систему уопште. С друге стране, ово може да доведе до појаве анксиозности, потврде контроле и опрезности, употребе безобзирних мера, па чак и агресивности према осуђеницима од стране затворског особља. То доводи до једног другог неформалног система односа на страни самог затворског особља који је такође ван официјелног система односа.

Када је реч о овим неформалним односима затворског особља треба указати и на још неке облике њиховог манифестовања у затворској средини. Насупрот овим неформалним односима заснованим на неповерењу, могући су и односи „поверења” између затвореника и особља. Није ређак случај да затворско особље користи извесне „поверљиве” осуђенике да утичу на понашање осталих затвореника. То им се обично враћа као „бумеранг”, јер такви осуђеници редовно покушавају да их искористе. На тај начин долази до појаве разних облика затворске корупције, што је неприхватљиво са становишта постизања успеха у процесу третмана и ресоцијализације.

Решење ових проблема лежи у великој мери у „зрелости” затворског особља. Али аутор сматра да решење оваквих проблема може великим делом да буде постигнуто и усавршавањем формалног нормативног система, који се налази у одређеној корелацији са неформалним нормативним системима, који владају у затвору. То значи да је задатак сваког система извршења казни „укидање антагонизма” између службеног особља и осуђеника, кроз прецизирање права и обавеза осуђеника и њихово поштовање од стране службеног особља.

Поред истраживања објективних утицаја затворске установе на психологију, психолошке реакције и понашања осуђеника па и самог затворског особља — аутор се такође бави посматрањем субјективних елемената осуђеника и њиховог утицаја на понашање у затворској средини. У том смислу аутор анализира питање колективних ставова и расположења осуђеника, који изражавају њихове заједничке интересе, тежње и погледе, и који служе као регулатор њиховог понашања.

Даља излагања представљају сүптилну анализу појава у психи осуђеника, које настају као резултат лишености слободe и свих међусобних друштвених односа у којима се осуђеник налази у затвору. Аутор поклања посебну пажњу појавама депривације и фрустрације осуђеника, анализира проблем прилагођавања осуђеника на затворску средину као и сложени психички проблем признавања кривике и реакције у вези са њом. Овде је присутно и разматрање проблема деперсонализације личности осуђеника која се карактерише повученошћу, резигнираношћу,

тврдоглавошћу, индолентношћу и сл. — услед негативног дејства услова затворског живота — који се у интересу остварења ресоцијализације, применом адекватних мера и третмана морају отклонити. Често пута — истиче аутор — двоструки притисци и правни утицаја доводе осуђеника пред дилему како да се оријентише — да ли према официјелном систему или према осуђеницима, те се често дешава да он заузме неутралну одн. „хибридану позицију“.

Као што се види, реално стање у затворима је далеко од илузионистичног земљишта затворске средине као идеалног медија за просту трансплатацију позитивних особина на личност осуђеника од стране затворског особља. То сазнање многе доводи до песимистичког закључка да је ресоцијализација осуђених лица практично неостварива.

Отварање очију пред реалном ситуацијом у затвору, међугим, ни како не би смело да буде разлог за одустајање од борбе за ресоцијализацију људи који су скренули са редовних токова друштвеног живота и запали у криминалитет. Напротив, баш то треба да буде подстрек да се реално приђе решавању затворских проблема и отклањању препрека које стоје на путу ресоцијализације осуђених лица. Место да ствара пезимизам, оно треба да да нову снагу оптимизму и да представља нови подстрек за енергично хватање у коштац са свим тешкоћама које стоје на путу ресоцијализације.

У том смислу, аутор указује на нужност емпијских истраживања, која треба да омогуће сазнајно улажење у карактер односа у затвору, анализу њиховог утицаја на осуђенике и оцену тога утицаја на процес преваспитавања. Истраживања са оваквим апликативним могућностима и вредностима несумњиво морају пружити прави путоказ решавању стратегијских проблема у систему извршења казни лишења слободе са којима се данашње друштво суочава.

Узроци до сада недовољног истраживања у овом правцу — истиче аутор на крају — често леже и у недостатку свести код одговорних фактора у друштву о потреби и корисности таквих истраживања. Из овога се свакако намеће закључак да борба за развијање овакве свести мора ићи упоредо са борбом за успешно остварење циљева савременог затвора.

г) Четврта глава је посвећена систему извршења критичких санкција у нашој земљи. У овој глави аутор говори најпре о историјском развоју кривичних санкција у нашој земљи, а потом посебно излаже проблематику извршења казни лишења слободе, извршења осталих казни, извршења условне осуде и судске опомене као и извршења мера безбедности и васпитних мера. Овај део рада — како каже аутор у својим уводним излагањима — писан је више дескриптивно а мање критичко-аналитички. До тога је дошло — наставља аутор — због недостатка потребних података и искустава из рада наших пенитенсијарних установа и праксе извршења уопште, као и због мањка емперијских истраживања, без којих се не може мериторно улазити у критичко расправљање пенолошких и пенитенсијарних проблема.

3. Ако се на крају жели дати општа оцена овог дела, онда се може са сигурношћу рећи да је утисак, који на читаоца ово дело оставља,



веома снажан. Реалистички приступ проблему извршења казни лишења слободе, којима се карактеришу излагања у III глави, представља највећу одлик у овога дела. Може се слободно рећи да ово поглавље у делу проф. др Милана Милутиновића, означава и почетак новог поглавља у историјском развоју Пенологије као науке.

Начин излагања материје, и поред тога што се Пенологија као наука карактерише доста сложенем терминологијом — је веома приступачан читаоцу. Ово је важно због тога што је ова књига, и поред тога што по свом научном дometу заслужује пажњу стручњака из области Пенологије и пенитенцијарне теорије и праксе — истовремено намењена и студентима за припремање испита на факултету. Извесна скоковитост у излагању, која се може запазити на појединим местима, несумњиво представља резултат чињенице да богатство животног садржаја и идеја, које нам аутор презентира, по природи ствари, не може увек бити укљопљено у строге шеме излагања.

Од малог броја примедби које се аутору овог дела могу упутити, треба можда истаћи чињеницу да је релативно мало простора посветио историјском развоју Пенологије у правцу њеног осамостаљења, као и анализи предмета, метода и самог појма Пенологије као науке — што је иначе доста значајно када је реч о афирмацији Пенологије као самосталне научне дисциплине. Међутим, реалистичким и животним сагледавањем затворске заједнице и друштвених односа који се одвијају у њој — аутор је на импресиван начин показао колико је област извршења казне значајна страна људског живота, и тиме несумњиво дао свој допринос схватању потребе њеног проучавања у оквиру посебне научне дисциплине.

*др Драгољуб Р. Атанацковић*

## ОСНОВЫ ПРИМЕНЕНИЯ КИБЕРНЕТИКИ В ПРАВОВЕДЕНИИ

Под редакцией доц. Н. С. Полевого и доц. Н. В. Витрука

„Юридическая литература“  
МОСКВА — 1977.

Као плод напора једног броја не само правника него и стручњака из различитих области знања (лекара судске медицине, неурокибернетичара, математичара), у Москви се недавно појавила књига под горњим насловом. У низу дела која су последњих година штампана у СССР-у из ове области ово је прво у коме су на систематски начин изложена значења о правној кибернетици.

Свој рад аутори започињу излагањем о стварању и развоју кибернетике као науке и дају објашњење основних кибернетичких појмова као што су појам сложеног динамичког система и с њим у вези појмови управљања, информације, организације и ентропије, повратне везе итд.

Разматрање о сложеним динамичким системима наставља се у сфери државноправне наградње и истиче се да се у суштини све државне и правне појаве могу проучавати као системи који су међу собом повезани и који, опет, на одређени начин, сви заједно чине систем. Овај систем јесте, пак, само један од подсистема у односу на глобални друштвени систем што, у ствари, представља доследну примену марксистичке теорије. Овде се ваља подсетити на гледиште које је заступао Марио Лосано, а које се састоји у тврдњи да је овакав правно-кибернетички приступ распрострањен у социјалистичким земљама док немарксистичке теорије схватају право као систем независан у односу на државу (врхунац — Келзенов нормативизам).

Нарочито је интересантно одређивање циља права са кибернетичког становишта које следи после, проглашења везе права — друштвени однос за сложени динамички систем. При том је узета у обзир Винерова дефиниција права као процеса подешавања „спрега“ које везују понашање различитих појединаца како би се могло остварити оно што зовемо правдом и како би се спорови избегли или бар изгладили. Винер везује право са питањима информације јер решавајући конфликт право дејствује на своје адресате као информација о томе како да поступају.

Ако се право посматра као сложени динамички систем онда оно има два циља: хомеостатички и инструментални. Хомеостатички циљ права везан је, заправо, за његову статичку функцију која се односи на очување глобалног друштвеног система у стању равнотеже. Обезбеђење status quo-a за позиције владајуће класе односно одржавање оног начина производње који је у њеном интересу и није ништа друго него негативна повратна веза у релацији право — друштвени однос.

Инструментални циљ права остварује се његовом динамичком функцијом која се састоји у праћењу развоја друштвених односа и свесном усмеравању друштвеног развоја. За инструментални циљ права везана је како негативна тако и позитивна повратна веза при чему је у ове последње неопходно обезбедити минимум хомеостазе. Другим речима, то значи да распад једног државноправног поретка не сме да представља дезинтеграцију глобалног друштвеног система. Позитивна повратна веза окренута је прогресу.

Правно регулисање друштвених односа у социјалистичком друштву значи довођење тих односа у сагласност са објективним законитостима развоја и њихово прерастање у комунистичке друштвене односе.

После ових почетних редова, аутори се осврћу на актуелне задатке науке и праксе у вези са применом кибернетике у праву. Потврђује се чи-

њеница да је све до друге половине педесетих година у СССР-у постојао негативан и чак нихилистички став према кибернетици и, према томе, констатира се да је данас стање потпуно другачије, пледира се за још успешнију примену кибернетике у свим областима са посебним освртом на могућности ове примене у праву.

Аутори полемишу са схватањима да је правна кибернетика само посебан метод у правној науци и истичу да се на тај начин занемарује стварање једне нове научне дисциплине.

Правна кибернетика дефинише се као наука о законитостима и основним принципима примене кибернетике у правној науци и пракси, о конкретним методама и начинима налажања оптималних решења у појединим правним заједницама на основу конструктивног искоришћавања материјалног аспекта, идеја, метода и техничких средстава кибернетике.

Настанком нове научне дисциплине ствара се потреба за квалификованим правним кадровима који ће моћи на нов начин да изучавају и анализирају правне појаве и процесе. За обезбеђење минимума математичког знања у студента правних наука предлажу се два решења: или увести специјални курс или повећати број часова правне кибернетике у оквиру којих ће један део бити посвећен математичкој логици.

У последњој глави првог дела изложене су методолошке основе кибернетског прилаза у правним истраживањима. Подвлачи се да је дијалектички материјализам методолошка основа кибернетичком приступу праву. Буржоаска правна наука је у том смислу антинаучна јер полазећи од апстрактног друштва игнорише класни прилаз.

Други део књиге односи се на кибернетичко моделирање и рачунску технику. Овде је ишла до изражаја основна идеја кибернетике: од објекта ка систему, од система ка моделу и, сходно томе, дати су појмови модела и моделирања и извршена класификација модела уз назначење битних особина кибернетичког моделирања. Пошто је главни задатак кибернетичког моделирања да пружи максималну информацију о изучаваном објекту, примењено на правну науку то значи стварање таквих модела државноправних појава и процеса који ће омогућити да се те исте појаве и процеси анализирају, да се предвиди њихов развитак и, коначно, да се њима управља.

Посебна глава посвећена је рачунској техници, класификацији и особинама електронских рачунских машина, алгоритму и програмирању, што је основно за било какав рад на пољу правне кибернетике. Решење правног задатка на овом подручју је етапно и незамисливо без тимског рада који се одвија следећим током: правник — стручњак за израду алгоритма — програмер — оператер — електронска рачунска машина.

Трећи, последњи део, окренут је проблемима примене кибернетике у посебним областима правне науке и праксе. Прво се говори о аутоматским системима управљања који се нарочито користе у управљању привредом и о правним проблемима везаним за рад ових система. Надаље, реч је о системима за тражњу правних информација.

Посебну пажњу привлачи поглавље посвећено језику који се употребљава у правним информационом системима. Велики значај у овим системима имају дескриптори — језичке јединице које одговарају одређеним појмовима. У улози дескриптора могу иступити најраспрострањеније речи дате гране права (термина), а такође и општеупотребљаване речи. Дескриптори се најчешће подударују са групама кључних речи али се као дескриптор може појавити и једна реч. Списак кључних речи даје могућност да се опише смисао било ког документа. Такво описивање назива се координантно индексирање.

Контакт између корисника и система остварује се захваљујући кључним речима. На пример: садржај чл. 8. Закона о државним пензијама у којем је реч о старосним пензијама може се изразити следећим дескрип-

тором односно групом кључних речи: право, пензија, старост, доба старости, стаж. Приликом стварања кључних речи треба одстранити синонине. Високо развијени системи правних информација поседују тезаурус — речник који одражава семантичке везе међу речима и другим смисаоним елементима датог језика.

У завршним главама књиге разматрају се проблеми примене кибернетике у стварању и реализацији права, у социолошко-правним истраживањима, у криминалистици као хеуристичко програмирање у оним случајевима када је почетна информација непотпуна, где велику улогу игра аналогичја. Бионички методи значајни су за судску психологију, а у судској експертизи кибернетика има велику улогу јер објективизира процес и смањује улогу вештака.

На крају, можемо закључити да је овај рад од фундаменталног значаја за даљи напредак правне кибернетике не по томе што решава проблеме него због тога што одређује правце даљег развитака, и истаћи његов допринос у верификацији правне кибернетике као науке која је равноправна са осталим правним дисциплинама.

*Орлић Ранко*

## САДРЖАЈ

### ЧЛАНЦИ

<i>Др Драгаш Денковић: Развој управног поступка у Управном и у праву СФРЈ</i>	469
<i>Др Петар Стојановић: Настајање међународноправног субјективитета Црне Горе</i>	485
<i>Др Верољуб Рајевић: Војни судови у судском систему СФРЈ</i>	501
<i>Др Миленко Крећа: Прилог разматрању основних обележја апсолутно обавезних норми у Међународном јавном праву</i>	317
<i>Мр Олга Цвејић: Развод брака у Француској после реформе из 1975. године</i>	541

### ПРИЛОЗИ

<i>Др Смиља Аврамов: Нови правни режим Панамског канала</i>	559
<i>Др Пеџе Ференц: Осврт на примену упоредног метода у науци правне историје</i>	565
<i>Др Милутин Буричић: Вампири и ванбрачно очинство</i>	573

### НОВО ПРАВО

<i>Др Боровоје Познић: Нови закон о парничном поступку</i>	578
--	-----

### ПРИКАЗИ

<i>Др Драгољуб Димитријевић: Gross — Geerds: Handbuch der Kriminalistik</i>	590
<i>Др Михајло Лукић: prof. Dr. med. Werner Janssen, Forensische Histologie</i>	595
<i>Др Михајло Лукић: Franz Schleyer u. Irmgard Oepen, Leitfaden der gerichtlichmedizinischen Blutspuren-Untersushung</i>	599
<i>Др Драгољуб Атанацковић: Проф. др Милан Милутиновић, пенологија, наука о извршењу кривичних санкција и ресоцијализација осуђеника</i>	602
<i>Ранко Орлић: Основи примене кибернетике у праву</i>	612

## CONTENTS

### ARTICLES

<i>Dr Dragiša Denković: The Development of the Administrative Procedure in Comparative Law and the Law of the SFRJ</i>	— — —	469
<i>Dr Petar Stojanović: The Appearance of Montenegro as a Separate Entity of International Law</i>	— — — — — — — —	485
<i>Dr Veroljub Rajević: The development of Military Courts</i>	— — —	501
<i>Dr Milenko Kreća: A Contribution to the Discussion on the Main Features of the absolutely Compulsory Norms of International Public Law</i>	— — — — — — — —	517
<i>Mr Olga Cvejić: Divorce of marriage in France after the Reform of 1975.</i>	— — — — — — — —	541

### CONTRIBUTIONS

<i>Dr Smilja Avramov: The new legal regime of the Panama Canal</i>	—	559
<i>Dr Pecze Ferenc: A review of the application of the parallel method in the science of law history</i>	— — — — — — — —	565
<i>Dr Milutin Đuričić: Vampires and illegitimate paternity</i>	— — —	573

### THE NEW LAW

<i>Dr Borivoje Poznić: The new law on lawsuit procedure</i>	— — —	578
---	-------	-----

### REVIEWS

<i>Dr Dragoljub Dimitrijević: Gross — Geerds: Handbuch der Kriminalistik</i>	— — — — — — — —	590
<i>Dr Mihajlo Lukić: prof. Dr med. Werner Janssen, Forensische Histologie</i>	— — — — — — — —	595
<i>Dr Mihajlo Lukić: Franz Schleyer u. Irmgard Oepen, Leitfaden der gerichtlichmedizinischen Blutspuren-Untersushung</i>	— — —	599
<i>Dr Dragoljub Atanacković: Prof. Dr. Milan Milutinović, Penology, the study of execution of criminal sanctions and the resocialisation of convicted persons</i>	— — — — — — — —	602
<i>Ranko Orlić: The implementation of cybernetics in law</i>	— — —	612

**Уредништво АНАЛА** моли своје сараднике да рукописе достављају откупне на машини са проредом и са довољно белине са стране. Примљене рукописе Уредништво не враћа.

**АНАЛИ** ће објавити и, у границама могућности, приказати сваку нову књигу послату на приказ.

**АНАЛИ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ** излазе двомесечно.

Претплата за часопис „Анали Правног факултета у Београду” у 1977. за целу годину износи:

1. За правна лица . . . . .	Н. дин.	90.—
2. За појединце . . . . .	„ ”	60.—
3. За студенте (редовне и ванредне) . . . . .	„ ”	20.—
4. За један примерак . . . . .	„ ”	15.—

Претплата за иностранство износи н. д. 140.—

Претплату слати на рачун Правног факултета у Београду број 60803-740-032-4356

**Уредништво и администрација АНАЛА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА**  
БЕОГРАД — Булевар револуције 67, тел. 341-501

