

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

UDK 34

АПФ



Најстарији југословенски живи часопис из области права „Архив за правне и друштвене науке“ од свог покретања 1906. године до краја 1945. године био је гласило Правног факултета у Београду. У том периоду његови уредници били су: Коста Кумануди и Драгољуб Аранђеловић (1906—1911), Коста Кумануди (1911—1912), Чедомиљ Митровић и Коста Кумануди (1912—1914), Чедомиљ Митровић (1920—1933), Михаило Илић (1933—1940), Борбе Тасић (1940—1941) и Јован Борбевећ (1945). Почев од 1946. „Архив“ је наставио да излази као орган Савеза удружења правника Југославије, а његово место на Правном факултету у Београду попунили су „Анали“, настављајући тако један континуитет започет 1906. год.

ДОСАДАШЊИ ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИЦИ „Анала“: др Михаило Константиновић (1953—1960), др Милан Бартош, заменик др Борислав Т. Благојевић (1960—1966), др Војислав Бакић (1966—1978), др Војислав Симовић (1978—1982).

УРЕБИВАЧКИ ОДБОР

Главни и одговорни уредник: др Обрен Станковић. Заменик главног и одговорног уредника: др Ратко Марковић. Чланови: др Стеван Врачар, др Војин Димитријевић, др Љубиша Лазаревић, др Дејан Поповић, др Обрад Станојевић, др Предраг Шулејић и мр Гашо Кнежевић (секретар Уребивачког одбора).

Лектор:
Бранислава Марковић

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

Година XXXV

март—април

Број 2

YU-ISSN 003-2563

ИЗВОРНИ ЧЛАНЦИ

UDK — 34(091) (038)

*др Дитер Симон,
професор Правног факултета у Франкфурту на Мајни*

ЗАКОН И ОБИЧАЈ У ВИЗАНТИЈИ (*)

У првој трећини тринаестог века архиепископ Хоматијан Охридски био је замољен да да стручно мишљење о једном значајном случају из брачног права. Неки човек хтео је да се врати својој првој жени од које се био развео и да напусти своју другу жену иако је с њом био осамнаест година у браку и имао осморо деце. Као разлог навео је да му је друга жена магијским радњама помутила разум, тако да се због тога развео од прве жене.

Овом навођењу, које иде за тим да ранији развод прогласи ништавим, Хоматијан не може да покљони поверење. Он мисли да већ околност што дотични осамнаест година живи у другом браку, те што није протествовао ни против нове удаје своје прве жене, оповргава његову тврдњу. По свој прилици, он из других разлога хоће да се врати својој првој жени чији је други муж управо био умро. Па ипак, Хоматијан допушта да му се предочи ранија исправа о разводу. При том с чуђењем констатује да је та исправа уговор који је закључен између мужа и родитеља његове прве жене. У том уговору постигнут је споразум да родитељи одустају од тога да мужа убудуће сматрају својим зетом, и обрнуто, да муж одустаје од тога да враћену кћер поново захтева од родитеља као супругу. Ове споразуме су обе стране потврдиле заклетвом и потписали су их веродостојни сведоци, као што их је оверио и регионални епископ.

Сама жена је у том догађају учествовала једино као објект. Иако није реч о некаквом плаћању, посао изазива утисак поништене куповине невесте. Хоматијан изјављује да је овде био примењен један инострани локални обичај (*kata etanikon ethos enchorion*). То противречи законском поретку, тако да је развод неважећи.

(*) Предавање је проф. Дитер Симон (Dieter Simon), директор Макс Планковог института за европску правну историју из Франкфурта на Мајни, 18. IV 1986. одржао у *Forum Romanum*.

Разуме се, овај исход којем нема замерке, имао би управо ону последицу коју је муж желео да изазове када је тврдио да је развод уследио због магије. Брачни другови из првог брака још би увек били ожењени, мужевљев други брак био би ништав, а пошто је други муж прве супруге умро, први муж би без даљих компликација могао да јој се врати. Међутим, пошто Хоматијан не би хтео да се то догоди, он каже да се понекад ваља повиновати страним обичајима. Утолико више што се са тим догађајима сагласио месни епископ, и он је спреман да прихвати тај неvizантијски обичај и да тај необичан развод прихвати као законит (*dechthenai hos ennomon to ethnikon diazygion*, № 103). Тада је, међутим, други брак био допуштен, те га муж не сме раскинути и вратити се првој жени.

Оно што је поменути развод чинило тако непривлачним не може бити околност што је он уследио споразумно. Додуше, споразуман развод био је забрањен, јер је почев од Јустинијана постојао утврђен број бракоразводних разлога као претпоставке сваког развода. А ипак, увек изнова било је споразумних развода а да их Византинци нису сматрали варварским. Брачни другови који су се на тај начин раздвајали поступали су незаконито, али не неvizантијски. Као страно сматрано је, напротив, неучествовање жене. Развод је био ствар венчаних и само њих. На томе није ништа мењало што су уговори о миразу и брачним добрима вишеструко били склапани између зета и жениних родитеља, те што су их, према томе, ови опет могли и раскинути. Склапање брака није било никакав уговор о брачним добрима, а онај ко га је тако третирао, примењивао је правила која су у том случају била доживљена као „инострана“.

У начелу, инострана правила — то показује наш случај — немају никакву претензију на важење. Ко се подвргава ромејској владавини, каже Евстатије Ромеј две стотине година пре Хоматијана, има да се придржава римског закона (*Пира*, 14, 16), а ко у ту владавину буде увучен против своје воље, за њ важи исто, мисли пет стотина година раније већ Јустинијан када одређена правила породичног и брачног права проглашава обавезним за Арменце (*Нов*. 21).

Али, како се препознаје страно правило? Онај ко се не држи византијског закона, тај се тиме, свакако, не држи аутоматски каквог неvizантијског правила. Известан путоказ даје управо споменути царски судија Евстатије Ромеј из прве половине једанаестог века. Неки високи достојанственик је, знатно запостављајући своју кћер из првог брака, своју другу супругу тестаментом учинио господарицом своје имовине. То је противречило византијским законима и давало право на оспоравање тестамена. Позивање на поштовање страних правила не бива прихваћено. Ко живи у византијској државној служби и од ње, тај начелно има да се равна према законима византијског цара чак и ако је странац (*ei kai barbarikon genous en*).

Страна правила се, дакле, препознају по томе што важе као страна (тј. прихваћена су) или се потврђује да важе. Византијски правник их без устезања третира као неважећа.

Како, међутим, ствари стоје када се нека противзаконита радња образлаже стварним или увераваним важењем других — али византиј-

ских — правила? Ако наступи тај случај, налазимо се пред питањем о рангу и значају обичајног права.

Желимо ли то питање да размотримо на примерен начин, морамо најпре бити начисто с тим да Византинци нису познавали неки општи појам права. Из римске традиције наслеђена представа о *ius* као некаквој деперсонализованој маси правних правила која конституишу право (у смислу *law, droit, diritto*), одбацује се још под Јустинијаном. *Dikaion*, превод Јустинијанових професора права за *ius*, остаје вештачка творе вина. Изван традиције превођења, речи *dikaion* или је дат печат једном снажном материјалном компонентом исправности — „*nomos kai dikaion*“ значи „закон и правда“, а не „закон и право“ — или она значи субјективно овлашћење: *dikaion kleronomias eschein* — имати право наслеђа, *dikaïousthai* — стећи право. Централни „правни појам“ јесте појам *nomosa*, закона — појам у којем увек трепери и персонални законодавац, царски *nomothetes*. Јустинијанско разликовање између *nomos symbolautikos*, препоруке и *nomos anagnastikos*, заповести (*Theod. Brev. 22, 51*), само се отуда може разумети.

Пошто смо то претходно напоменули, постаје јасно да византијски правник, када се сусреће с неким обичајем (*syntheia*) или неким етосом (*ethos*), уопште не може поставити питање да ли је овде реч о „праву“. Он на разуман начин само може размотрити да ли је код тих правила реч о *nomoi* или не. Ако се посматра с обзиром на тако ограничене претпоставке, и одговор је очигледан: обичаји и етоси по правилу нису *nomoi*.

То није морало значити да су ти обичаји и етоси имали мању обавезност од *nomoi*. Из околности да је важење таквих правила, тј. њихово опште или делимично прихватање и интерпретација као норми које треба поштовати, могло бити запажено и било запажено, не следи да је и њихову ваљаност требало мењати. Заиста, и на овом месту јасно иде напрелина кроз нормативни концепт византијског друштва.

На једној страни обичај који, према Евстатију, много тога развија из сопствене снаге, а много и на подстицај закона (16, 12). Као примери аутономних развоја могу се навести, рецимо, губитак неинвентарисаних миразних добара од стране жене („о чему закон не говори“, 25, 21) или увођење *theoretrona*, *pretium virginitatis* („чији је настанак млађи од законâ о брачним добрима“, 25, 47). Обичајна правила која полазе од закона („јер овај сам каже да се у случају празнине мора судити према гледиштима сличности“, 16, 12) постоје код извршења тестамената које се своди на норме *tutele* и *fideikomisa*.

На другој страни, овим правилима и огромном броју других обичајних правила, ипак стоји насупрот једна концепција *nomosa* која систематски иде за тим да спречи важење таквих правила. По тој теорији, коју су правници неуморно објављивали почев од четвртог века, у једино занимљивом случају сукоба између *nomosa* и обичаја победу увек односи *nomos*. Обичаји уопште треба да постану релевантни само ако им се не супротстави никакав закон. Ако постоји сагласност са законом и ако, поврх тога, из судског испитивања произиђе да је реч о разумном и законитом обичају, онда то правило може добити своју потврду од суда. Тиме оно, додуше, не постаје *nomos*, али стиче ранг *nomosa*. Обрнуто, неком *nomosu* се обичајем не може оспорити ранг.

Ако се помои саобразно обичају не поштују, они упркос томе не престају да буду важећи, а обичајна правила која су ступила на њихово место не постају важећа. Реч је једноставно о непослушности.

Доследно томе, на питање да ли је неки одређени *ethos* или нека одређена *syntheia* — *nomos*, византијски правник само у једном случају може дати позитиван одговор. То је случај онда када је цар прогласио обичај за *nomos*, иначе не. Лав VI је у *Prooimionu* за своје новеле целокупну делатност новелирања програмски довео у везу с тим аспектом: реч је о томе да се наслеђена правна маса испита с обзиром на помои и на обичаје и да се *nomos* принципијелно обезбеди његов ранг. Пошто се, међутим, неки важећи обичаји нису показали као напросто неразумни (*paralogoi*), он их је одликовао рангом и привилегијом закона како би били важећи уместо необразложеног обичаја (*syntheias alogou*).

Византијска правна теорија је, дакле, теорија о апсолутној супериорности *nomosa* / закона и супсидијарности обичајног правила. Докле сеже та империјална претензија *nomosa*, постаје сасвим јасно тек кад се поглед усмери још на неке феномене у том контексту.

Није то никакав случај што Хоматијан у нашем почетном случају не говори о иностраном, туђем или етничком *nomosu*. Из његовог видокруга може бити речи само о једном *ethnikos ethos*. Евстатије Ромеј сасвим слично говори о *ethnikos diatithesthai*, о једном византијском начину да се направи тестамент а да се уопште не постави питање о неком иностраном закону. А Јустинијан, додуше, признаје Јерменима *thesmoi* и *barbarikon ethos*, али не говори о јерменским помои. То значи: *nomos* је чисто византијска ствар. Варвари немају никаквог *nomosa*. Када Хоматијан каже да неки бугарски правни акт не може према византијским законима имати трајности, пошто је за Бугаре сопствена воља (*idion thelema*) *nomos*, онда он изражава разлику која је у његовим очима одлучујућа (№81). *Nomos* није приватан, него је — како каже на другом месту (№. 110) — *logos* политичке заједнице, принцип владавине. Стога се владавина страних правила неизбежно мора схватити као противзаконита (*paranomos*). И у четрнаестом веку монаси са Атоса српску владавину, сходно традицији, описују као *paranomos dynasteia* која се ставила на место *epnomos basileia* (Кутл. 33 — 1375 после Христа).

Призвук тесне повезаности *nomosa* и *basileje* потврђује се и у односу на правила цркве. Позната Јустинијанова формула из 545. којом каноне наређује и уздиже на ранг законâ (*taxin nomon*) — да ће убудуће та правила „штитити као законе“ (*tous kanonas hos nomous phylatomen*), већ својом семантиком аналогном са питањем о обичају одаје постојање исте основне идеје. И неки канон може постати *nomos* само ако га цар за то прогласи. Услови настанка могу бити различити. У суштини, концепт који обичаје одликује почастима закона (*tetimentai axiomati nomou syntheiai*, Лав VI, 9/3), који одлукама Синода додељује потврде о несумњивости у односу на каноне (!) и законе (Col. IV, 69) и каноне ставља под заштиту *nomosa*, исти је. Доследно томе, при стварној неспојивости обеју сфера правила византијски правници нису предузимали никакве напоре да сукоб виде и реше га помоћу хијерархизовања. Пошто су извршна средства била различита код канона и

nomosa, већ према целисходности и политичком положају, час се вршила кумулација, а час се извршење алтернативно препуштало црквеној или државној сфери.

У ком обиму принцип nomosa доминира другим подручјима правила, не напоследку показује се по томе што помои бивају евоцирани и онда када уопште не постоје. Почев од хеленистичких раруги па до регистра патријархата у предвечерје пропасти Византијског Царства, упутства да се нешто догађа или треба да догоди ката помон, која се безброј пута јављају у актима нотарске праксе и приватних писара, имала су за последицу питање модерних истраживача, које је увек остајало без одговора, о томе који се то закон овде могао имати на уму. А на уму никада није био „закон“, већ „законитост“.

Одакле долази то високо поштовање закона, то је већ у довољној мери постало јасно указивањем на цара, с једне, и хеленизам, с друге стране. То је сигурно неримска, хеленистичка идеја nomosa-basileusa која се овде наставила у Византијском Царству. Када цар Константин IX Мономах оснива своју правну школу (1047?), он своју новелу о оснивању започиње тврдњом да за једног цара ништа прикладније не може бити од бриге за законе већ стога што је његов престо изграђен на правди и суду (*dikaiosisyne kai krima*). А то се остварује само „из закона и помоћу закона којим цареви владају“ (*ek nomou kai dia nomou di' hou basileis basileousi*). „Помоћу закона“, то такође значи да цар мора стајати изнад закона како њима нико на земљи не би владао (Салач 1) — „из закона“, то такође значи да помос води цара, као што га води и Бог (Салач, 7а). Тесна повезаност nomosa и basileusa, цара и закона, наоружана узајамним полагањем права на вођство, лако ствара слику о помои који се „као цар“ (*hos basileis*, Салач, 18) заштитнички постављају пред поданике.

Тиме није очигледно само уграђивање теорије nomosa у уставне темеље Византинаца, него се и само по себи разуме да тај помос припада једино Византинцима, да није дељив и да не може да дели. Не само да помос има предност пред обичајним правилима, он има предност и пред сваким другим правилом — просто зато што је он у суштини сам цар.

Теорија права која је тако постављена као ригидна теорија закона без сумње није безопасна за свог царског репрезентанта. Пошто је критика права могућа само као критика nomosa, она се сместа шири као критика цара. Обичаји се могу сузбијати принципом nomosa, али су обичаји и носиоци легитимације. Пошто се обичаји могу прогласити за помос, увек је, дакле, могуће питање зашто се то није догодило. Зонара пребацује Василију II да важећи *ethos* није респектовао као помос. И он то чини с карактеристичним изразом да је Василије хтео да управља државом по својој сопственој вољи (*pros to thelema heautou*, Magdalino Kaiserkritik, 346). То је исти онај приговор који Хоматијан упућује Бугарима; на равни теорије закона то је критика с истом структуром као што је на политичкој равни познати томос да је неки владар државу третирао као приватни домен.

Ако се повеже с реалним правним односима у Византији, ова теорија права јасно има сличне црте као и политичка идеја Византинаца о светској владавини. Она је величанствена у претензији и кон-

секвентна у концепцији, али је нереална и тиме у стварности час жалосна час смешна. Јер, на крају крајева, на византијским територијама ништа није мање важило од царског помоса.

Разлози томе леже већ у његовој појавној форми као непрозирној збрци реципираних правила која су се — једва разумљива и у себи противречна — већ чисто практично опирала лаком приступу. Већ је пуко постојање помоса, као писаног правила које се у свако доба може консултовати, изван градских центара, чак и у временима процвата, једва вероватно и принципијелно случајно.

Уз то је дошла унутрашња структура помоса која се односила на чињенична стања и сукобе чије су претпоставке биле заборављене и која је имала у виду институције што више нису постојале.

На подручјима која су за једно аграрно друштво најважнија, подручју породичног и наследног права за приватне, а подручју земљишног права за друштвене ствари, потврдиле су се или неримске — а тиме с римским помосом једва спојиве — установе из старог доба, или су се развиле делимице нове византијске установе — а тиме оне које нису ушле у римски помос.

Ако се узму заједно наслеђене институције и нове форме, онда царски помос у односу на домаће обичаје остају отворена за управу само уска подручја. Стање ствари које је открио Хоматијан било је изузетак само утолико што је овде била реч о страним, а не о византијским обичајима. То је било упадљиво и неприлично, али само због иностране, а не због обичајне компоненте. Хтети да се ова одстрани, то би значило покушај да се византијска правна свакодневица у знатној мери лиши својих правила.

Тако се, дакле, однос између закона и обичаја у Византији сажето може означити као напетост између уређења Царства и стања Царства, између нормативне идеје и живе нормативности.

Превео с немачког Д. Б.

*Dr. Dieter Simon,
Professor of the Faculty of Law in Frankfurt a/M*

THE LAW AND CUSTOM IN BYZANTIUM

Summary

While beginning from a specific case from thirteenth century processed by judge Hometian (annulment of a divorce), the author considers the role of custom and of law in Byzantium.

Greek language lacks the term which would correspond to Latin *ius*. The word *dikaion* is an artificial creation and may mean law as a normative order, and a subjective right, namely an authority one is entitled to. The basic notion is *nomos* — the statute (law).

The customs play certain role in judicial practice and, under specific conditions, a foreign custom too may be applied. A tendency has been expressed, originating from the writings by Roman jurists since fourth century A. D., to suppress the implementation of customs. A court may apply a custom only if there is no adequate provision in the statute, the other condition being that the custom should be reasonable. However, the

customs were rather important in practice. Some of them have their own force, such as the case of the rule according to which the right is lost to dowry property if these are not listed in an inventory. Other customs are applicable since the statute prescribes their application, providing the existing of specific situations. Such is the case related to certain rules of executing the will.

According to Byzantine theoreticians, only their own state is founded on statutes, while the „barbarians“ use the customs. *Nomos* is an exclusive element of the Byzantine culture. This is why they treated Serbian rule over Byzantine regions as „an illegal“ power. This theory is based on the monarchic principle and the Hellenistic tradition of relationship between the „*nomos*“ and the „*basileus*“. This is also connected with the conception according to which the Byzantium, as a continuation of the Roman Empire, is called to world rule, which is majestic as a pretension, but leads to ridiculous or sad consequences in the world of realities.

Although according to such a conception there would be little space left to customs, they still have been applied, more particularly in the sphere of family relations.

Dr Dieter Simon,
professeur à la Faculté de droit à Francfort-sur-Maine

LA LOI ET LES COUTUMES A BYZANCE

Résumé

Prenant comme point de départ un cas concret du XIII^e siècle qui a été tranché par Hometian (l'annulation du divorce), l'auteur examine le rôle des coutumes et de la loi à Byzance.

Le grec ne possède pas de terme correspondant au „*ius*“ latin. Le mot „*dikaion*“ est une construction artificielle et peut à la fois avoir la signification du droit en tant qu'ordre normatif et du droit subjectif, à savoir de l'attribution. La notion juridique de base est celle de „*nomos*“ — la loi.

Dans la jurisprudence les coutumes cependant trouvent leur application, de même qu'on peut, sous certaines conditions, avoir recours aux coutumes étrangères. Il existe toutefois une tendance, tirant ses origines dans les écrits des juristes romains du IV^e siècle a. d., laquelle préconise la minimalisation de l'application des coutumes. Selon elle, le tribunal peut recourir à une coutume seulement à condition qu'une question n'ait pas été réglée par la loi et que la coutume en cause soit raisonnable. En pratique, les coutumes cependant jouent un très grand rôle. Les unes tirent leur vigueur d'elles même, comme dans le cas de la règle selon laquelle on perd le droit sur les biens dotaux s'ils ne sont pas inventoriés. Les autres s'appliquent au terme de la loi qui leur attribue la vigueur, prévoyant leur application dans des cas précis, comme par exemple certaines règles concernant l'exécution du testament.

Selon les théoriciens byzantins, ce n'est que leur propre Etat qui repose sur le règne de la loi, tandis que les „barbares“ font appel aux coutumes. *Nomos* est un attribut exclusif de la culture byzantine. Ceci fait que le pouvoir serbe exercé sur les territoires byzantins est considéré comme un pouvoir „illégal“. Cette théorie est fondée sur le principe monarchique et la tradition hellénique relatifs au rapport entre „*nomos*“ et „*basileus*“. Ce dernier est également dû à l'aspiration vers un empire universel de Byzance, en tant que continuation de l'Empire romain, ce qui est une prétention majestueuse mais ayant des conséquences dérisoires et déplorables dans les faits réels.

Même si selon cette conception-ci une très petite place soit laissée aux coutumes, elles trouvent leur application, notamment au sein des relations de famille.

dr Yoichi Higuchi,
професор Правног факултета Универзитета у Токију

БИЛАНС ЧЕТРДЕСЕТ ГОДИНА „КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈЕ“ ЈЕДНЕ ЗЕМЉЕ: НЕКЕ ТЕШКОЋЕ И БУДУЋНОСТ ЈАПАНСКОГ УСТАВА ОД 1946. (*)

Можда би било боље уместо о „конституционализацији“ говорити о „поновној конституционализацији“ с обзиром да је Јапан већ крајем XIX века ступио на пут уставности. Царска повеља од 1889. није, међутим, била претерано демократска и либеларна, већ је, напротив, одражавала оно што се на немачком назива Scheinkonstitutionalismus, тј. привидна уставност. Зато Устав проглашен 3. новембра 1946, који је ступио на снагу 3. маја 1947, означава за јапанско друштво почетак праве уставности, која се резимира у лепој формули чл. 16. Декларације права човека и грађана од 1789. Овај члан, као што се зна, утврђује да „свако друштво у коме није обезбеђена гаранција права, нити утврђена подела власти, нема уопште устав“ и може се констатовати да највиши циљ ове модерне уставности није ништа друго до еманципација личности.

Ово излагање се састоји од три дела. Најпре, изнећу вам биланс четрдесет година јапанског уставног искуства које је, по моме мишљењу, укупно узев позитивно. Затим, објаснићу неке тешкоће на које наилази Устав од 1946. И најзад, желео бих да вам омогућим да сагледате перспективе, будућност која би могла значити оно што ја називам „уставним изазовом Јапана“.

I. Позитиван четрдесетогодишњи биланс

Нека ми буде допуштено да, за почетак, изнесем једно од личних сећања на свој први боравак у Европи. Реч је о скупу одржаном октобра 1960. у једном од амфитеатара париског Правног факултета, када је Г. Рене Капитан (René Capitant), велики конституционалиста и бивши министар, леви деголиста, непосредно по повратку из Токија у коме је провео три године као директор Француско-јапанског дома, одржао предавање о Јапану. Мој непрежаљени учитељ је тада инсистирао на значајном интересу не само *традиционалне* оригиналности Јапана, већ посебно *модерног* Јапана, то ће рећи могућности економског развоја и перспективи демократских и либералних институција, у вре-

(*) Предавање одржано на београдском Правном факултету 2. априла 1986. године.

ме када је ова земља, усамљена не само због географске удаљености, већ и због статуса земље која је изгубила рат, била за многе иностране посматраче предмет само туристичке радозналости.

Но, ова земља, лишена сировина и буквално опустошена ратом, извршиће, свакако не без деликатних и тешких проблема, спектакуларан скок на економском плану. То је сада добро познато у свету. Мно-го мање је познат један други аспект који је Г. Капитан пре готово четврт века хтео да открије својим земљацима, а наиме дубоки смисао који би укорењивање демократских и либералних институција, тј. уставности, могло да има у овом архипелагу на Далеком истоку.

У стварности, реч је о једном у свету ретком примеру после другог светског рата приступања, надам се овог пута коначног, уставности изван круга земаља чија уставна традиција започиње средњовековном уставношћу, оличеном о британској Magna carti. Овим поводом поминуо бих и Законик српског цара Душана из XIV века, с којим ме је упознао мој колега и пријатељ Павле Николић.

У Јапану неки кажу да је ова либерална демократија, оличена у Уставу од 1946, била октроисана, па чак и диктирана од стране окупационих рупа САД. То није истина. Овај Устав је свакако био уведен на интервенцију штаба генерала Мак Артура упркос противљењу конзервативних јапанских руководиоца тога доба. Али, треба подвући, он уопште није био наметнут насупрот вољи јавног мњења, нити насупрот дубоким хтењима која је јапански народ гајио током историје од почетка модернизације земље, тј. од пре једног века.

Хтео бих овде да укажем да су Јапанци током седамдесет година које су претходиле Уставу од 1946. живели, после отварања феудалног Јапана, у епохи када су демократски покрети и идеје били на врхунцу. Не сме се, дакле, потцењивати домаћај ових демократских покрета и идеја који су енергично захтевали устав и изборни парламент у периоду 1870—1880, нити пренебрегнути значај искуства с једном врстом ублаженог парламентаризма који је имао успехе, посебно у време од 1924. до 1932. године.

Остаје, међутим, истина да под Царском повељом од 1889. није било могуће да се неко усуди и изјасни се за народну сувереност, нити да јавно подржи достојанство личности насупрот неповредивом царском начелу. Устав од 1946. је, дакле, за послератно јапанско друштво оно што је на пример Декларација од 1789. била за француско друштво XIX века.

Овај Устав има већ четрдесет година. Он, без икаквих измена и допуна, остаје основни закон под којим јапанско друштво доживљава економски развој у миру и социјалној стабилности.

Обично се, када се Устав пореди са Повељом од 1889, набрајају три основна начела. То су: народна сувереност — насупрот царској суверености; прокламовање неотуђивих права човека — насупрот појму права која цар подарује својом милошћу; одрицање од рата и наоружања — насупрот авантуристичком искуству ултранационализма и милитаризма тридесетих година. Све то се може укратко сажети у основну филозофију *поштовања личности*, проглашеног чланом 13. Устава.

Велике реформе извршене одмах после рата у економској и социјалној области имале су за циљ рушење саме основе старог режима

од пре 1945. и оне су тачно одговарале новој оријентацији проглашене у уставом. Могу се посебно навести три велике реформе: а) укидање режима полufeудалне аграрне својине путем експропријације, уз исплату минималне накнаде; б) унапређивање радничких синдиката које је раније строго контролисала држава; в) еманципација жене путем укидања породичног режима заснованог на строго традиционалној и патријархалној концепцији.

Ове мере су заиста имале револуционаран домаћај у том смислу што су пружиле могућност ослобађања личности од хијерархијских и традиционалних веза са заједницом, подржавајући социјално и економски слабе против оних који су њима до тада господарили: сељаке против земљопоседника, раднике против послодаваца и жене против старешина породице.

Свакако, права еманципација личности не остварује се преко ноћи. Велике послератне реформе најавиле су и еманципацију „приватног“, које је било потпуно пригушено у име неповредивог „јавног“, посебно између 1935. и 1945. године. Тако су сељаци и радници, основне снаге економског живота, били много више подстицани у својим производним активностима. Ослобођење жене допринело је стварању потрошачког друштва и завршило се проширивањем унутрашњег тржишта. Економски развој, без преседана у овој земљи, подржан великим реформама, обезбедио је са своје стране извесну политичку стабилност. У једном смислу, искупише велику стабилност, јер од 1948. није било праве смене на власти, а од 1955. једна једина водећа странка, Либерално-демократска, практично има монопол на власт; то је сасвим изузетан случај у демократијама западног типа.

Овде треба додати и повољно дејство које је на економски развој у социјалној стабилности имао уставни пацифизам проглашен у чувеном члану 9. Устава. Он је приштедео земљи огромне војне трошкове и спречио је да се компромитује у некој милитаристичкој авантури.

II. Неке тешкоће с којима се суочава Устав

Устав од 1946. припада ортодоксној породици уставности европског порекла (што га у суштини чини либералним), прилагођеној захтевима савременог доба (што му даје социјални карактер). Управо у том смислу преамбула Устава проглашава приврженост „универзалистичким начелима људског бића“. Али, ова универзалистичка начела коначно су се нашла на челу позитивног права архипелага излазећег сунца тек после великог војног пораза.

Ваља истаћи да су она била добро прихваћена у народу који је био потпуно исцрпен безнадежном мобилизацијом у рату. Исто тако је веома важно указати на чињеницу да је у Јапану, од почетка модернизације земље, тј. током једног века, вођена непрекидна борба, која је, како када, била жестока или прикривена, између оних који су хтели да се Јапан отвори према „свету“, тј. уставности европског порекла, и оних који су се везивали за оно што је у ужом смислу јапанско, тј. веровање у националистичку мистику.

Остаје ипак истина да Устав од 1946. не би у том тренутку угледао светлост дана без интервенције окупационих савезничких снага и, гач-

није речено, демократског међународног мњења које је било владајуће непосредно после слома диктатура које су све више или мање имале фашистички карактер. И три велике реформе које смо поменули (аграрна, синдикална и феминистичка) биле су предузете на основу директива штаба генерала Мак Артура.

Устав од 1946. није, дакле, био резултат промена које је извршио сам народ. Он је пре био циљ који су Потсдамска декларација и, тачније, међународно мњење, поставили пред нови Јапан. Основни писани закон корача, дакле, на челу, а понашање грађана га не одражава у потпуности. Ту неизбежно почива једна граница писаног устава.

Видели смо да је Устав од 1946. отворио могућност еманципације личности. Он је у стварности реализовао еманципацију приватног интереса. Али, еманципација онога што је *приватно* не обезбеђује нужно еманципацију *личности*. Уосталом, приватни интерес појединаца је када добро обезбеђен интеграцијом у групу којој припадају, а, у крајњем случају, потпуним напуштањем личности у корист конформизма. Остаје, дакле, да се искује индивидуалистичка врлина неопходна за праву уставност, јер ова претпоставља постојање самосталних људи и жена који су више или мање сигурни у своју сопствену способност да сами створе међусобне људске односе и да, једном речи, заснују и одржавају једну *res publica* по сопственој вољи. Уосталом, никад неће бити устава који разрешава нацију врлине, како је добро приметио писац *Духа закона*.

То је основни проблем, а сада бих желео да привучем вашу пажњу на један други важан проблем.

Реч је о парадоксалној чињеници да Либерално-демократска странка, која је под Уставом непрестано владајућа, није никада потпуно прихватила овај основни закон. Од свог оснивања, путем фузије конзервативаца 1955, Либерално-демократска странка записала је у свој званични програм намеру да „изврши ревизију Устава на аутономан начин“, што је формула која подразумева да важећи устав није донет „на аутономан начин“, већ су га „наметнуле“ америчке војне снаге.

Зацело, конзервативна већина се до сада увек устручавала да приликом изборних кампања истакне ревизионистички програм како не би изгубила гласове својих бирача. Ради означавања држања владајућих уопште, често се говори о „вербалном поштовању“ и „стварном ниподаштавању“ Устава. Сасвим супротно, овде није нимало претерано рећи да је иза фасаде *официјелног* одбацивања Либерално-демократска странка склона потчињавању Уставу или чак његовом *официозном* прихватању.

Остаје, међутим, истина да конзервативна већина нема толико жељу да сачува основни закон под којим је она у сваком случају доживела велики економски успех и обезбедила монопол власти већ дуго времена.

Ова парадоксална чињеница спречава да Устав постане стварно правило игре политичког живота. Ситуација је, према томе, очигледно супротна ситуацији у СР Немачкој, једној од великих преобраћених послератних демократија, у којој политичке снаге које држе власт намећу свим својим политичким противницима *Verfassungstreue*, верност уставу, тј. верност „основном демократском либералном уређењу“, оличеном у Основном закону.

III. Дубок смисао „уставног изазова Јапана“

Ја сам малочас указао на европско порекло и универзалистички карактер модерне уставности. Да ли је оно што је европско заиста универзално? Да ли евроцентризам није потпуно изишао из моде?

Извесно је да се о „Нó“ јапанском позоришту из XV века не сме судити позивајући се на искључиво на исту скалу вредности која се обично примењује када се суди о европским позориштима. Може постојати и идеја позоришта друкчија од идеја Шекспира или Молијера. Међутим, сасвим је друкчије када је у питању уставност. Не може постојати уставност без основне вере у појединца и, у том смислу, не може се не прихватати дубоко значење евроцентризма — усубујем се да кажем — у уставним расправама. Поштовати плуралитет цивилизација је једна ствар, потврдити и поново потврђивати универзалност вредности уставности европског порекла друга. Бранити ову уставност, дакле, ниуколико није акт „културног империјализма“.

Уставност европског порекла имала је, међутим, једну велику сенку или, ако смем да кажем: мрљу, постојање огромног колонијалног поседа у коме, супротно лепој формули Декларације од 1789, права човека нису уопште била прокламована, нити подела власти утврђена. И више од тога. Сâмо благостање метрополе на коме је уставност могла да цвета било је до средине XX века у уској вези с експлоатацијом колонија. Уставност која је себе називала „универзалном“ није, дакле, у то доба била стварно универзална.

Ако се мисли на овај начин, може се рећи да је Јапан на путу да пружи ново искуство. Не би било претерано говорити о „уставном изазову“ Јапана. Уставни изазов, најпре, у том смислу да се ради о искуству проширивања уставности у ваневропском културном свету. Затим, у том смислу да то проширивање нема само квантитативно значење, већ исто тако и пре свега велику квалитативну вредност. Настojати „конституционализовати“ један део огромних ваневропских простора није ништа друго него желети дати стварно универзалан карактер уставности европског порекла. У питању није мали напор. Али, задатак ће бити много племенитији него жестоко настојати да се стигне и претигне Европа ради изградње једне економске и, а fortiori, војне моћи (*).

Превео с француског М. Ј.

(*) После мог другог предавања на Правном факултету у Београду (о јапанској парламентарној демократији), један слушаалац ми је упутио врло добро формулисано и веома подстицајно питање. Питао ме је којим ће се путем Јапан усмерити у ближој будућности, указујући на три могућа пута: 1) настојати на подизању нивоа и нарочито квалитета живота грађана који, уосталом, још није потпуно једнак с оним у западним индустријским земљама; 2) постати друга Швајцарска која ће инвестирати у економске активности у целом свету; 3) енергичније се наоружавати.

Јапанци се данас заиста разликују у погледу избора између ове три перспективе. Синдикалне снаге природно подржавају захтеве за првом, социјалном солупцијом, док се крајња десница и један део већине оријентишу ка трећем, војном путу, залажући се за ефикасније јачање наоружања. Што се тиче друге, економске или финансијске, перспективе, њу подржавају пре свега пословни кругови. Овај правац отвара, међутим, више могућности: било бавити се искључиво убирањем плодова економских и финансијских активности у своју корист, било доприносити правичнијој расподели богатства у различитим деловима света, нарочито помажући на један или други начин развој трећег света.

Крајње је време да се прецизира улога коју Јапан мора да одигра. Треба, најпре, по моме мишљењу, искључити војни пут који нам уосталом члан 9. Устава забрањује. Ако се има минимум осећања за историју, тј. за догађаје који су се одиграли за време инвазије царске армије у Кину, незамисливо је по протеклу неколико деценија јачати војно присуство Јапана у Азији. Насупрот томе, треба се ангажовати у напорима да се оствари већи степен правичности и правде истовремено у земљи и на међународном плану.

Dr. Yoichi Higuchi,

Professor of the Faculty of Law of the University of Tokyo

THE ACCOUNT OF FOURTY YEARS OF „CONSTITUTIONALISATION“
OF A COUNTRY: SOME DIFFICULTIES AND THE FUTURE OF
THE 1946 JAPANESE CONSTITUTION

Summary

The enacting of the Constitution in November of 1946 is, according to the author, the beginning of constitutionality in Japan, since taking up of the road of constitutionality by that country at the end of the nineteenth century has in fact been engaging in the so-called apparent constitutionalism (*Scheinkonstitutionalismus*), due to the character of the Imperial Charter, enacted in 1889.

The author emphasizes the positive experiences gained in Japan with the forty years of constitution. While rejecting the opinion that liberal democracy, which found its expression in the 1946 Constitution, has been imposed by the occupying authorities of the United States, the author points at the significance of democratic movements and ideas which preceded that Constitution for almost a seventy years period. The Constitution of 1946 is particularly characterized by three basic principles, namely: people's sovereignty, inalienable rights of man, renouncing of war and armaments. The enacting of Constitution was followed by numerous reforms, and more particularly the following three: (i) abolishing of regime of semi-feudal agrarian ownership by way of expropriation, followed by payment of only small compensation thereof; (ii) developing of workers' trade unions; (iii) emancipation of woman by way of abolishing of the family regime based on strictly traditional and patriarchal conceptions.

However, according to the author, the Constitution of 1946 has not been a result of changes which has been effected by the people themselves. It has opened the possibility of emancipation of personality, but in fact has realized only the emancipation of private interest. In addition to that problem, there is the one, particularly, related to the fact that the Liberal-Democratic Party (i.e. the ruling party) has never accepted that Constitution, while striving to effect its revision in an „autonomous way“. All that has influenced the developments which meant that the Constitutions has never really become the genuine rule of the political life.

The characteristic of contemporary Japan is also the so-called „constitutional challenge“ of Japan. This is described by the author as the experience of extending the constitutionality within the out-of-Europe cultural world, which only helps achieving the genuine universal character of constitutionality of European origin.

Dr Yoichi Higuchi,

professeur à la Faculté de droit à l'Université à Tokyo

BILAN DES QUARANTES ANS DE „CONSTITUTIONNALISATION“ D'UN
PAYS: DIFFICULTES ET PERSPECTIVES DE LA CONSTITUTION
JAPONAISE DE 1946

Résumé

L'adoption de la Constitution en novembre 1946, représente, selon l'avis de l'auteur, le début d'une véritable constitutionnalisation du Japon, puisqu'à la fin du XIX^e siècle il ne s'agissait que d'une „constitutionnalisation fictive“ (*Scheinkonstitutionnalismus*) compte tenu du caractère de la Charte impériale du 1889.

L'auteur juge positif le bila des quarantes ans de pratique constitutionnelle au Japon. Rejetant la thèse que la démocratie libérale, incarnée dans la Constitution de 1946 était imposée par les autorités d'occupation américaines, l'article souligne l'importance du mouvement et des idées démocratiques qui ont précédé cette Constitution, au cours d'une période de soixante-dix ans. La Constitution de 1946 est caractérisée notamment par trois principes fondamentaux — la souveraineté du peuple, les droits de l'homme inaliénables, renoncement à la guerre et à l'armement. De maintes réformes ont eu lieu avec cette Constitution, dont les trois suivantes ont été particulièrement importantes: a) l'abolition du régime de propriété agraire semi-féodale par le biais de l'expropriation, avec le paiement d'une contrepartie minimale; b) la promotion des syndicats d'ouvriers; c) l'émancipation de la femme par le biais de l'abolition du régime familial fondé sur des concepts hautement traditionnel et patriarcal.

Selon l'opinion de l'auteur, la Constitution de 1946 n'était cependant pas le résultat des changements effectués par le peuple lui-même. Si elle a rendu possible l'émancipation de la personnalité, elle a en réalité accompli l'émancipation de l'intérêt privé. Il se pose un autre problème par le fait de ce que le parti libéralo-démocrate (le parti au pouvoir) n'a jamais accepté cette Constitution, tout en s'efforçant de procéder à sa révision et cela d'une „manière autonome“. Ceci fait que la Constitution ne régit pas réellement les règles de la vie politique.

Le Japon d'aujourd'hui est marqué par un soi-disant „déficonstitutionnel“. Il s'agit en effet de l'extention de la pratique constitutionnelle dans la partie du monde de culture non-européenne, ce qui permet à la notion de constitutionnalité d'origine européenne d'acquérir un caractère véritablement universel.

др Стеван Врачар,
редовни професор Правног факултета у Београду

СУЧЕЉАВАЊЕ ЈУСНАТУРАЛИЗМА И МАРКСИЗМА

Својим објективним историјским (са)постојањем јуснатурализам и марксизам су створили својеврсна „проблемска поља“ не само о сопственом карактеру, месту које заузимају у друштвеним збивањима, улози коју имају него и, нарочито, о својим узајамним утицајима, многоструким везама, о ономе што неминовно даје печат њиховим стварним и привидним односима. Због свега тога из сваког *сучељавања* ових двају феномена неизбежно искрсавају многа и изванредно сложена питања, па је сасвим основано и настојање да се дође до некаквих решења. При томе, наравно, начин постављања питања, а особито захватања односне проблематике, условљава и њихово решавање. Све се то изражава како у сфери мишљења тако и у сфери реалних друштвених збивања, па није чудно што у свему томе има више наговештаја и тежњи него јасних и одређених становишта.

I

Претпоставке било каквог *сучељавања* јуснатурализма и марксизма налазе се у појмљењу ових феномена, при чему то може бити на великом распону од тзв. општег мњења, уобичајених или популарних схватања, па до најдубљих гледишта, систематски изграђених теорија. Поред тога, с обзиром на сам предмет подједнако се намеће и оцртавање самог појма права, јер је присутан и спецификован како у јуснатурализму тако и у марксизму.

1. Истицањем *јуснатурализма* упозорава се, у ствари, на једну од највећих и најзначајнијих оријентација пре свега у области правне мисли, с одговарајућим практичним консеквенцама, која сматра да постоји „*природно* право“ као нешто различито од „*позитивног* права“. По томе је овај правац супротстављен другој и антиподној оријентацији названој *правни позитивизам* који тврди да постоји само „*позитивно* право“ и одбацује све основне тврдње о тобожњем „*природном* праву“. Јуснатурализам је, дакле, правац који обухвата сва гледишта у којима се мање или више инсистира на поменутом двојству права, која заступају тај дуализам. Од историјских почетака иоле систематске правне

мисли, од античког доба, односно најстаријих епоха у свим цивилизацијама и културама, па током целокупног даљег развоја, све до данас — јуснатурализам се непрекидно развијао, укоренивао и показивао најразличитије варијанте свог изражавања. Јуснатурализам сугерише претпоставку о једном савршеном праву који стоји изнад непосредно постојећег, то јест „позитивног права“. У том хипотетичком „природном праву“ оваплоћују се и све суштинске вредности, а пре свега *правда*. Сходно томе, у њему се налазе врхунска мерила, основи легитимности и важења сваког „позитивног права“. Ово савршено и праведно право налази се изван контроле и моћи државних властодржаца, па и осталих стваралаца „позитивног права“, насталог њиховом вољом и активношћу. Зато „природно право“ представља својеврсни узор или идеал који се може само делимично и донекле оживотворити помоћу установа „позитивног права“. Али најважније је да „природно право“ служи као граница и брана против свих видова произвољности, моћи, власти и циљева државних властодржаца и осталих стваралаца „позитивног права“ (1).

2. И поред своје изузетно наглашене присутности у савременом говору и друштвеним збивањима *марксизам* није лако ни одредити ни оцртати. У ствари, једино је недвосмислено, без недоумица и непоречно тврђење да је то целокупност схватања, погледа, теорија и доктрина К. Маркса (и његовог сарадника и истомисленика Ф. Енгелса). Појавивши се, углавном, средином прошлог века и изграђујући се у потоње три-четири деценије овај аутентични, одистински, изворни марксизам је задобио карактер револуционарног открића и достигнућа у филозофији, социологији, политичкој економији, политикологији, теорији државе и права итд. Али, Маркс није дао само поставке које су задобиле вредност научних парадигми него и поставке које су постале изванредно утицајне као пројекти револуционарних промена постојећег друштвеног поретка. Зато је марксизам оформљен као својеврсни тоталитет знања о дотадашњем развоју друштва, о структури и законмерностима капитализма, али и предсказања о неминовности скорог успостављања социјализма, па чак и комунизма. И поред научне и реалне утемељености грандиозних револуционарних и еманципаторских пројеката, у њима су самим тим дошле до изражаја, у крајњој консеквенци, и утопијске замисли. Због свега тога марксизам је истовремено постао и идејно оруђе револуционарних покрета пролетаријата, радничке класе. У томе је била његова друштвено-историјска снага, али и својеврсна историјска трагика. И једно и друго се, наиме, подједнако доказивало у појави следбеника и присталица марксизма у редовима политичких лидера, па и приврженика моћних покрета и партија, а и великих културних прегалаца — дакле, *марксиста*. Определујући се за марксизам, прихватајући га, они су га, наравно, на свој начин интерпретирали и даље „развијали“. Хтело се то или не то је ипак само интерпретативни марксизам, који се неминовно претварао у разне *па-*

(1) Јуснатуралистичка литература је огромна, па се могу навести само нека дела, нпр.: Лео Страус, *Природно право и историја*, превода Миланца Лучића, „Веселин Маслеша“, Сарајево, 1971, стр. 304; Leclercq, *Leçons de droit naturel*, I, A. Passerin d'Entrèves, *Natural Law, An Introduction to Legal Philosophy*, London, 1951; H. Rommen, *Die ewige Wiederkehr der Naturrechtslehre*, 3. Aufl. 1962; A. Verdross, *Statisches und dynamisches Naturrecht*, Freiburg, 1971; H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl. Göttingen, 1962; E. Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 3. Aufl. 1962.

ра-марксизме. И није чудно што је баш зато сразмерно извршењу политичких револуција, инспирисаних таквим пара-марксизмима, а нарочито каснијим покушајима „изградње социјализма“ изграђен одговарајући низ варијаната тог пара-марксизма. Поред историјски знатно верификованог лењинизма, претварањем у официјелну идеологију, на жалост, уздигли су се и укоренили и такви карикатурални облици какви су стаљинизам, маоизам и слични „изми“. Најзад, свему томе се прикључује допринос више-мање компетентних *марксолога* као познавалаца и истраживачка марксизма и пара-марксизма (2).

3. Што се тиче *појма права* ваља нагласити да и јуснатурализам и марксизам, као уосталом и целокупна правна мисао, филозофска и научна подједнако, дају различите дефиниције или полазе од различитих претпоставки у третирањима правне проблематике. Зато је тај појам или потпуно нејасан или само привидно одређен и некако „операционализован“ и „инструментализован“. При томе, ако има каквог основа било какав јуснатурализам мора се имати својеврсни „заједнички“ појам, који би, наиме, обухватао и предмет мишљења јуснатуралиста, али и правних позитивиста. То би могла да буде, рецимо, тврдња да је право специфичан систем принципа и норми, који служе уређивању битних друштвених процеса унутар политички организоване заједнице. Међутим, ако се при томе под „нормама“ подразумевају својеврсне творевине свести и воље одређених људи, онда такво одређење може одговарати правним позитивистима, али не и свим јуснатуралистима. Или, рецимо, када се сусреће уобичајено одређење права као укупности норми које штити држава својим монополом принуде, онда је то једна правнопозитивистичка дефиниција, која као таква не даје нимало места за било какав облик јуснатурализма. А ако се такво одређење „марксифицира“ тврдњом да је право укупност норми које изражавају вољу и интерес владајуће класе, а штити их државни монопол принуде, онда опет поричу се, бар у површинским значењима тог исказа, основи постојања неког „природног права“. Иако се чини да само јуснатурализам има потребе за неким „заједничким“ појмом права са правним позитивизмом, па и марксизмом, у ствари, сви то и подједнако изискују и потребују ако претендују да досегну до саме суштине права. По мом мишљењу, у својим крајњим консеквенцама и јуснатурализам и марксизам постављају тешка и суштинска питања самог појма права, битних елемената и својстава овог друштвеног феномена.

А када је већ тако, очигледно би било и превише претенциозно да се овом приликом аподиктички заговарају неке досад непознате или непронађене дефиниције права. Но, нису сувишне и неосноване барем неке назнаке. Пре свега, чини ми се да најозбиљније ваља ставити под знак питања олако изречену тврдњу да је право само један облик друштвене свести и ништа више од тога и поред тога. А затим, сматрам да *право* ваља одредити као *специфичну примарну и иманентну регулацију која се као таква структурише и функционише у политички организованој заједници, па је зато и подешена и примерена постојећој примарној организацији*. Право је једна нарочита структура у којој

(2) О свему томе вид. Предраг Вранички, *Историја марксизма*, 4. изд. „Либер“ — „Напријед“, књ. 1, 2, 3, Загреб, 1978; Лешек Колаковски, *Главни токови марксизма*, том I, II, III, превео др Ристо Тубић, Београдски издавачко-графички завод, Београд, 1980.

поједнак значај и место имају правни субјекти, правни акти, правне регуле (то није истоветно са „правним нормама“!), правни односи, правни објекти. Право није и не може бити само плод људске воље, хтења и свести. Оно је, тако рећи, поједнако и резултат дејства објективних чинилаца, реалне констелације, процеса и односа. Оно није само људска конструкција, већ и „самородни изданак“ у постојећим цивилизацијско-културним констелацијама. Право има примат у односу са осталим облицима регулација (као што су религијско, обичајно, морално и сл.), али и у њима налази ослонац, а најважније је што се повезује и, тако рећи, прожима са *државом*. Међутим, држава није и не може бити само пука група властодржаца. То је, у ствари, примарна организација. Јединство тако схваћених права и државе називам *државно-правним поретком* или *правно-државним поретком*. Иако се тако проблем појма права проширује проблемом појма државе, то је и неизбежно и са далекосежним консеквенцама.

Да би се то имало у виду и да би се избегли чести и непотребни неспоразуми, ваља нагласити, такође, да се у јуснатурализму и сваком разговору поводом њега не ради увек и само о оном што се сматра феноменом права, о неком општем појму права (што правници често и неосновано обележавају вишесмисленим изразом „објективно право“), него и о тзв. „субјективном праву“ или „правима“ при чему се мисли на *правомоћја*. Наиме појединци имају разна правомоћја која се истичу као битни атрибути „природног права“, а најчешће се називају „основним људским правима“.

II

Ако се жели сагледавати, а поготову темељније и дубље истраживати сучељавање јуснатурализма и марксизма, па и све оно што их повезује, неопходне су извесне *методолошке претпоставке* или, бар, вођење рачуна о неким важним моментима. Ту морају изостати сва предубеђења, наслагане заблуде било у њима самим или поводом њих. Све се мора преиспитивати да би се отклониле или донекле попуниле огромне празнине на овоме подручју.

1. Уколико се третирају уопштено, са настојањем да се обухвате у целисти и јуснатурализам и марксизам (како је то напред назначено) неизбежно је својеврсно синтетизовање, проналажење оних општих и најважнијих поставки које илуструју њихов карактер, мисаоне преокупације, особености захвата, друштвено-историјски смисао и домаћаја, итд. А за све то неопходно је заиста дубоко познавање ствари а не овлашно, површно назначење онога што се уврежило у виду „општих мњења“. Међутим, ако се постави задатак изучавања само мисаоног опуса Маркса, на једној страни, и, рецимо, Русоа, на другој страни, на сличан начин се мора поступати. Неопходно је утврдити њихове основне поставке у склопу њихове целокупне мисли. То значи да се не могу сматрати прикладним парцијални захвати да се не могу стварно ограничавати на извесне стране, рецимо, Марксовог учења, него да се сваки од значајних момената тог учења мора гледати у склопу целине. Никако нису довољни поједини цитати, па ма како били сами по себи

важни, познати и популарни. То значи да се морају откривати сва она значења, сва слојевитост и целокупне мисли и појединих њених компонената. Мора се тежити откривању духа Марксове мисли, а не задржавати се на пуком слову, речима и појединим исказима. Отуда, такви захтеви истичу изванредну сложеност и важност интерпретације сваког мисаоног система, па и његових делова. Истовремено ту се појављује значај и улога *херменеутичких истраживања*, утврђивања епохалних, друштвених и других околности које утичу на померање као смисла Марксових погледа тако и истраживачких тачака посматрања, интерпретацијских поступака, итд. Ако се томе тежи ипак ће уследити и вреднији резултати.

2. Коришћење синтагме „природено право“ како у јуснатурализму тако и у марксизму, наравно, изискује што је могућно више и адекватније разјашњавање категорије *природа*, односно квалификатива *природно*. Уколико је постигнута извесност у погледу појма *право* (што је увек под знаком питања), од битног значаја постаје извесност у погледу спецификаторског термина којим се наглашава особеност „*природног* права“. Најпре, ваља оставити по страни поистовећивање израза „природа“ са изразима „суштина“ и „карактер“ иако се често и сасвим умесно употребљавају. Ваља, такође, разликовати „природу“ и „друштво“ као два света, две сфере стварности од којих прва представља сферу објективних појава, чинилаца и закономерности, а друга „човеков свет“ у којем се испољава људска делатност, субјективност, дејство и присуство људске воље, свести, циљева, али и њихово повезивање са постојећим друштвеним чиниоцима. Свесни тога или не, сви који говоре о „*природном* праву“ истовремено, тако рећи у подтексту, повлаче разлику од „*позитивног* права“. Сматрајући да је ово последње, у ствари, на неки начин и вештачки створено, свесном људском акцијом, вољом и свешћу конструисано, па самим тим и неизбежно произвољно, под притиском људске несавршености, слабости, ћуди моћника, итд. и томе слично — они желе нагласити да свега тога нема код „природног права“. Оно је, следствено томе, по свом карактеру аутентично, такво да тачно одговара потребама, оригинално и оригинално, без свега онога што га деформише изопачава. Укратко, то право је непатворено, без икаквих или приметних фалсификовања. Схватајући тако „природно право“, јуснатуралисти га зато везују за *природу* као чињеницу која стоји ван домаћаја људске, а нарочито моћничке произвољности. А та „природа“ у разним варијантама јуснатурализма је различито схваћена. Једни у томе виде свет природе у целини, други, теолошки оријентисани, чак доказују да је то бог који је створитељ природе, трећи истичу природну страну друштва која је или константна или се развија, четврти наглашавају природу човека као појединца, итд. Дакле, тај термин који би требало да пружи кључ за објашњење није једнозначан, па ни јасан. Но, и поред свега види се тежња да се тиме истакне супстанцијално својство тог права као „правог“, „одинственог“, „оригиналног“, „невештачког“ итд.

Наравно, када се већ тако „природа“ истакне као битан моме-нат, онда с истим разлозима, усмерењима и аргументацијом може бити речи и о „*природном* друштвеном поретку“ то јест таквом који је ус-клађен са претпостављеном „природом“, који је саморазвојем настао,

који има праву подлогу, који није наметнут и вештачки, који је не само примерен објективним околностима и потребама него и савршен, итд. И не само то: једнако се може истицати и разматрати „природна држава“. Штавише, у оба ова правца логично је и неизбежно на исти начин размишљати, пре свега зато што је право суштински повезано и са друштвом и са државом. И најзад, није неосновано разматрање и „природне религије“, „природног морала“, „природних обичаја“ итд.

3. Оваквим конципирањем „природног права“, у ствари, само се стварају полазишта, теоријска и практична позиција критике „позитивног права“. У томе је она најдубља и свакако најделотворнија мотивација најзначајнијих варијаната јуснатурализма. Међутим, када се зна да је и марксизам по свим својим суштинским усмерењима *критичког карактера* уопште, па и према постојећем, позитивном праву, онда постаје одмах јасно колико је методолошки значајно баш то, па и постојање једне сличне и блиске карактеристике јуснатурализма и марксизма. Иако има и апологетског јуснатурализма, најзначајнији је онај изразито критички који настоји да укаже на неодрживост постојећег права у целини или на слабости појединих правних установа. Што се тиче марксизма, међутим, његова критика уопште стоји у знаку гесла беспоштедне критике свега постојећег, то јест без икаквих опортунистичких и прагматичких обзира. А што је најважније, она смера да буде коренита, да иде до саме суштине ствари. Са таквим критичким приступом, наравно, Маркс је и на терену права могао показати не само ту општу критичку позицију него и све особености критичког виђења и анализе позитивног права. Маркс је истовремено критички претресао суштинска питања права, права као феномена друштвеног живота, његових најдубљих корена, неизбежне улоге, као облика отуђења човека и људских творевина, али исто тако подрвргавао бриљантној критичкој анализи све стране појединих конкретних закона, појединих правних установа (нпр. закона о штампи, установе цензуре итд.). Већ по томе и због тога лако је закључити да заиста има крупних разлога за истраживање оних најдубљих мотива, па и усмерења, који су блиски или заједнички или слични са јуснатурализмом.

III

Имајући све то у виду, као и потребу и значај систематске и дубинске реконструкције Марксове теорије права, повезане с теоријом државе и његовим политичким погледима, мора се рашчистити дилема у погледу садржине свега тога и, посебно, питање кохерентности и континуитета Марксове мисли. Не улазећи у образлагања, сматрам да је Маркс пружио сасвим уобличен поглед на право, да се не ради само о „фрагментарном“ третирању права и да не треба правити оштру разлику између „младог“ и „старог“ Маркса. Због тога је сасвим основано утврђивање какав је Марксов став према јуснатурализму, па и осветљавање тог става са становишта најшире схваћеног јуснатурализма.

1. Поред низа узгредних Марксових запажања за илустрацију његових непосредних и изричитих анализа, најиндикативнији је његов текст *Филозофски манифест историјске правне школе* написан 1842. у коме,

у ствари, показује везе између јуснатурализма и ове нове школе правног мишљења (3). Повод му је било чувено и утицајно дело *Густава Хугоа* о природном праву (4). У свом тада карактеристичном маниру, млади Маркс општро, иронично, али дубоко, просуђује смисао овога дела и његових појединих теза. И поред метафоричног језика и полемичке настројености у Марковим напоменама огледа се његово разликовање „природног“ и „позитивног“ права. Он нарочито истиче: „И зато, ако *Кантову филозофију* с правом треба сматрати као *немачку теорију француске револуције*, онда *Хугово природно право* треба сматрати као немачку теорију француског *ancien régime-a*“ (5) и цитира удворичко гесло овог официјелног правника, достојног сваког најдоследнијег позитивисте „*Свети је дуг савести слушати државну власт, у чијим се рукама налази сила*“ (6). Маркс подсећа на основне природноправне идеје, по којима ово право представља више право, умно, истинито, које садржи „*нужну суштину ствари*“, које као такво „*оживотворава позитивне институције*, нпр. својину, државно уређење, брак итд.“, оно, додуше, у виду фикција настоји да уздигне „*природно стање*“ и „*природног човека*“, али са тежњом да дух средине и времена уздигне изван и изнад бруталности постојећег права и поретка. А све то Хуго, као протагонист нове школе, настоји да сроза и конзервативно растући у афирмисању „*духа народа*“ који испуњава постојеће „*позитивно право*“. А ово право је, по Марксу, једно неумно право, карактеристично по сили и произвољности, које окива људе и друштво, које је, чак, намењено одржавању „*животињских прилика*“. И зато Маркс другом приликом, у *Прилогу критици Хегелове филозофије права* револтирано примећује за ову *историјскоправну школу* да је „*школа која подлост данашњице оправдава подлошћу јучерашњице, школа која проглашава бунтовничким сваки крик кмета против кнуте, само ако је кнута стара, ако је постала насљедном, хисторијском кнутом...*“ (7).

У малочас поменутом *Прилогу критици...* Маркс формулише и два кључна става, о којима, иначе, на безброј места у својим списима, у разним варијацијама, говори. Први се тиче *човека* као друштвеног бића: „*Али човек није апстрактно биће које чучи изван свијета. Човек, то је човеков свијет, држава, друштво*“ (8). Развијајући своја схватања о човеку као бићу друштвене праксе, бићу захваћеном најразличитијим облицима отуђења, Маркс је приметио у *Економско-финансијским рукописима*: „*Човек је родно биће не само зато што практички и теоријски чин род, како свој властити, тако и род других ствари, својим предметом, него и зато — а то је само други израз за исту ствар — што се према себи односи као према присутном живом роду, зато што се према себи односи као према универзалном, те стога слободном бићу*“ (9). Други се, пак, став тиче *пролетаријата*: „*Гдје је, дакле, позитивна могућност њемачке еманципације? Одговор: У формирању*

(3) К. Маркс — Ф. Енгелс, *Дела*, том. 1, „Просвета“, Београд, 1968, стр. 259—265.

(4) Gustav Hugo, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus, zweiter Band, welcher das Naturrecht, als eine Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts, enthält*, 4. Aufl. Berlin, 1919.

(5) К. Маркс, *ibid.* стр. 261.

(6) К. Маркс, *ibid.* стр. 264.

(7) К. Маркс — Ф. Енгелс, *Дела*, том 3, „Просвета“, Београд, 1971, стр. 151.

(8) К. Маркс, *ibid.* стр. 150.

(9) К. Маркс — Ф. Енгелс, *Рани радови*, „Напријед“ — „Слобода“, Загреб—Београд, 1973, стр. 250.

једне класе везане *радикалним ланцима*, класе грађанског друштва која није класа грађанског друштва, сталежа који је распад свих сталежа, сфере која посједује универзални карактер својим универзалним патњама и која не тражи никакво *посебно право*, јер јој није учињена никаква *посебна неправда*, него *неправда уопште*, која се више не може позивати на *хисторијско*, него само на *човјечанско право*, која се не налази у једностраној супротности према посљедицама њемачког државног уређења, него у свестраној супротности према претпоставкама тога уређења; напokon, једна сфера која се не може еманципирати а да се не еманципира од свих осталих сфера друштва и да тиме не еманципира све остале сфере друштва, која је једном ријечи *потпуни губитак човјека*, која, дакле, себе може задобити само *потпуним поновним задобивањем човјека*. Ово распадање друштва у облику посебног сталежа јест *пролетаријат*“ (10).

2. Нема сумње да се у самом средишту целокупне модерне политичке филозофије налазе питања положаја човека, а нарочито његових тзв. основних људских права. Штавише, могло би се рећи да је то суштинска преокупација баш модерног јуснатурализма. У том правцу свакако је највећи значај и утицај имала мисао Ж. Ж. Русоа, а епохални политички акт *Декларација права човека и грађанина* (1781) инспирисао је сва револуционарна збивања тог доба, па и касније борбе на плану политичке еманципације, успостављања демократских форми итд. Стога је сасвим очигледно да ни К. Маркс није могао изграђивати своју филозофију општељудске еманципације, а да не претреса иста питања. Захватајући та питања свестрано и дубоко, нарочито у првом периоду, он је ушао, тако рећи, у саму матицу и таквих преокупација. О томе најнепосредније пружа доказе Марксова расправа *Прилог јеврејском питању* (1843). У њој је Маркс еманципацију Јевреја осветлио са становишта општељудске еманципације, али и смисла и домаћаја политичких постулата о слободи, једнакости и братству људи. Пошто је цитирао један став из Русоовог *Друштвеног уговора*, Маркс одмах формулише своју чувену констатацију: „Свака еманципација је *свођење* човјекова свијета, човјегових односа, на *самог човјека*“ (11). У вези с тим и после претресања смисла политичких захтева за остваривањем слободе (*liberté*), једнакости (*égalité*) и сигурности (*sûreté*) Маркс је формулисао став који — по мом мишљењу — представља његов најзначајнији став који пружа не само критичко сагледавање проблематике јуснатурализма него и његово сопствено суштинско опредељење, филозофско промишљање постављених питања. Ту се налазе *кључне поставке* за разумевање суштинских веза између јуснатурализма и марксизма. Додуше, дубина и мисаона сложеност и богатство ове формулације — чини ми се — може се упоређивати са чувеном формулацијом о историјском материјализму, па би било неопходно детаљније претресање ове формулације. Маркс ту каже: „*Конституирање политичке државе* и распадање грађанског друштва на независне *индивидууме* — чији је однос *право*, као што је однос сталешког и цеховског човјека био *привилегиј* — извршава се у *једном те истом акту*. Али човјек, члан грађанског друштва, *неполитички* човјек, *нужно* се *јавља* као *природан*

(10) К. Маркс — Ф. Енгелс, *Дела*, том 1, стр. 159—160.

(11) К. Маркс — Ф. Енгелс, *Рани радови*, стр. 81.

човјек. *Droits de l'homme* појављује се као *droits naturels*, јер се само-свјесна дјелатност концентрира на политички акт. Егоистичан човјек је пасиван, он је само затечен резултат распаднутог друштва, предмет непосредне извјесности, дакле природан предмет. Политичка револуција раствара грађански живот на његове саставне дијелове, а да не револуционира саме те саставне дијелове и да их не подвргава критици. Она се односи према грађанском друштву, према свијету потреба, рада, приватних интереса, приватног права, као према *основи свога постојања*, као према *претпоставци* која не подлијеже даљњем образложењу, и стога као према својој *природној бази*. Напокон, човјек као члан грађанског друштва важи као прави човјек, као *homme* за разлику од *citoyen*, јер је он човјек у својој *непосредној* осјетилној индивидуалној егзистенцији, док је *политички* човјек само апстрахиран, умјетан човјек, човјек као алегоријска, морална особа. Збиљски човјек је признат тек у облику *егоистичног* индивидуума, *истински* човјек тек у облику *апстрактног citoyen*" (12). И најзад, Маркс такође на трагу Русоове мисли, преузимајући чак његов израз „властите снаге“ (*forces propres*), формулише визионарски закључак: „Тек кад збиљски, индивидуалан човјек врати у себе апстрактног грађанина и као индивидуалан човјек постане *родно биће* у свом емпиријском животу, у свом индивидуалном раду, у својим индивидуалним односима, тек када човјек спозна и организира своје '*forces propres*' као *друштвене* снаге и стога више не буде од себе дијелио друштвену снагу у облику *политичке* снаге, тек тада ће човјекова еманципација бити довршена“ (13).

3. Иако се касније на изглед „удаљио“ од овог подручја, Маркс је, у ствари, својим анализама и открићима о капиталистичком друштву само на други начин извршио дубље и свестраније захвате. Откривши друштвене закономерности, као главни предмет своје историјскоматеријалистичке теорије, које дејствују попут природних закономерности, он је открио и везе између економике и политике, односно државно-правног поретка, и то тако да се објективне закономерности одигравају и у политичкој сфери. А то значи да правно регулисање, државна интервенција, зависи, да је детерминисана економским стањем, одређујућим дејством постојећих економских закономерности. Економика је основа и „писаног права“. Капитализам је израстао као начин производње и друштвена структура дејством иманентних чинилаца, показао своје историјске предуслове и природне токове, а постојећи државно-правни поредак је својеврсни изданак, додуше, са релативном самосталношћу. Маркс је у *Капиталу* разоткрио унутрашњу структуру тога начина производње. На низу места он је доста страница посветио излагању утицаја општег и тзв. фабричког законодавства на обликовање капиталистичког поретка (14). У тим реалним структурама, у датим односима, стању и мењању констелација, ушлиће се и све оно што суштински карактерише и „природно право“ и законски формулисано „позитивно право“. Утолико су и релевантни Марксови кључни искази. Он каже: „Није довољно да на једном полу иступе услови рада као капитал, а на другојме људи који немају за продају ништа осим своје радне снаге.

(12) К. Маркс — Ф. Енгелс, *ibid.* стр. 80—81.

(13) К. Маркс — Ф. Енгелс, *ibid.* стр. 81.

(14) К. Маркс, *Капитал*, „Култура“, Београд, 1958, том 1, стр. 525—530, 198—209, 347—361.

Није довољно ни присилити их да се драговољно продају. У даљем развиту капиталистичке производње развија се и радничка класа која по свом васпитању, традицији и навици признаје захтеве тог начина производње као по себи разумљиве природне законе. Организација изграђеног капиталистичког процеса производње ломе сваки отпор; постојано стварање релативног сувишног становништва одржава закон понуде и тражње рада, па дакле и најамнину, у колосеку који одговара потребама оплођавања капитала: неми притисак економских односа запечаћује капиталистову власт над радником. Истина, још увек се примењује ванекономско, непосредно насиље, али само изузетно. За обичан ток ствари радник се може препустити природним законима производње, тј. његовој зависности од капитала коју сами услови производње стварају, обезбеђују и овековечују. Друкчије је у време историјског наступања капиталистичке производње. Буржоазији која се тек почиње подизати потребна је државна власт, па је и употребљава ради „регулесања“ најамнине, тј. да би га сатерала у границе повољне за прављење профита, ради продужавања радног дана и ради одржавања самог радника у нормалном степену зависности. Ово је битан момент тзв. првобитне акумулације“ (15). На другом месту Маркс указује на облике у којим се ти основни односи изражавају. „Правичност трансакција које се врше међу агентима производње почива на томе што те трансакције произлазе из односа производње као природна последица. Правни облици, у којима се ове економске трансакције испољавају као вољне радње учесника, као изражавање њихове заједничке воље и као уговори чије поштовање држава може силом изнудити од појединаца, не могу, будући пуки облици, одредити саму ту садржину. Они ну само изражавају. Ова је садржина правична чим одговара, чим је адекватна начину производње. Она је неправична чим јој противречи. Ропство на бази капиталистичког начина производње неправично је; исто тако варање на квалитету робе“ (16). Објашњавајући дејство конкуренције, тражње и понуде на тржишну цену робе и најамнине, Маркс указује да је та област „регулисана унутрашњим законима самог начина производње“, па каже: „Поклопе ли се тражња и понуда, њихово ће дејство бити укинато, а најамнина ће бити једнака вредности радне снаге. Али је са каматом од новчаног капитала друкчије. Овде конкуренција не одређује одступања од закона, него ту не постоји неки други закон поделе осим оног који је диктован конкуренцијом, јер, како ћемо видети, не постоји нека „природна“ каматна стопа. Под природном каматном стопом разуме се, напротив, стопа која је утврђена слободном конкуренцијом. Нема „природних“ граница каматне стопе. Тамо где конкуренција не одређује само одступања и колебања, где дакле с равнотежом њених снага, које делују једна против друге, уопште престаје свако одређење, тамо је оно што треба да се одреди нешто само по себи незаконито и произвољно“ (17). Утврђујући да је у средишту друштвеног живота људски рад, начин производње итд. Маркс је следећом формулацијом назначио визију људске еманципације: „Царство слободе почиње у ствари тек тамо где престаје рад који је одређен невољом и спољашњом сврсисходношћу; по природи ствари, оно

(15) К. Маркс, *ibid.* стр. 527.

(16) К. Маркс, *Капитал*, том 3, „Култура“, Београд, 1958, стр. 1203.

(17) К. Маркс, *ibid.* стр. 1215.

дакле лежи са оне стране области саме материјалне производње. Као год што дивљак мора да се бори са природом да би задовољио своје потребе, да би одржао и репродуковао свој живот, тако то мора чинити и цивилизован човек, и он то мора у свим друштвеним облицима и под свима могућим начинима производње. С његовим развртком проширује се ово царство природне нужности, јер се увећавају потребе; али се у исто време увећавају производне снаге које те снаге задовољавају. Слобода се у овој области може састојати само у томе да удружени човек, удружени произвођачи, рационално уреде овај свој промет материје са природом, да га доведу под своју заједничку контролу, уместо да он њима господари као нека слепа сила; да га врше с најмањим утрошком снаге и под условима који су најдостојнији и најадекватнији њиховој људској природи. Али то увек остаје царством нужности. С оне стране њега почиње развртак људске снаге који је сврха самом себи, право царство слободе, али које може да процвета само на оном царству нужности као својој основици. Скраћење радног дана је основни услов“ (18).

Што се тиче непосредне везе „природног“ и „позитивног“ права Маркс примећује: „Одмах на почетку револуционарног вихора имала је француска буржоазија смелости да поново одузме радницима тек извојевано право удруживања. Декретом од 14. јуна 1791. она је прогласила свако радничко удруживање, атентатом на слободу и на декларацију човекових права“, кажњиво с 500 ливра и одузимањем активних грађанских права на годину дана“ (19). А поводом борби за заштиту радника, у вези са фабричким законодавством примећује: „За одбрану од „змије њихових мук“ радници морају да збију своје редове и да као класа извојују државни закон, надмоћну друштвену препреку, који ће и њих саме спречавати да добровољним уговорима са капиталом продају себе и свој пород у смрт и ропство. Наместо гиздавог каталога „неотуђивих човекових права“ ступа скромна Magna Charta законски ограниченог радног дана, који најзад јасно показује кад се свршава време које радник продаје, а кад почиње време које припада самом њему“ *Quantum mutatus ab illo!* [Каква огромна промена!]" (20).

IV

Чак и под претпоставком да су касније сви интерпретатори Марксових погледа на право једнако упознати и са њиховом целокупношћу и појединим списима, па и фрагментима, неизбежне су и крупне разлике, чак потпуна опречност у интерпретацијама. Јер, то условљавају и субјективни моменти и још више друштвене околности у којима се просуђује о односу марксизма и јуснатурализма. Иако све то није систематски истраживано, већ узгредно и разним поводима, оцртавају се главне тенденције, макар и у нагвештајима.

1. Најутуцајнији и по практичним последицама најизразитији тзв. *марксизам-лењинизам*, у ствари большевичка варијанта повезана с теориј-

(18) К. Маркс, *ibid.* 1560—1561.

(19) К. Маркс, *Капитал*, том 1, стр. 530.

(20) К. Маркс, *ibid.* 224—225.

ски промишљеном и практично проведенем октобарском револуцијом, представља својеврсно једнострано и доведено до крајности истицање класне борбе и освајања политичке власти. Отуда је ова варијанта постала снажно политичко-доктринарно оруђе или идеологија у којој утолико није било ни потребе, а ни дубљих мотива за превасходно бављење осталим аспектима изворног марксизма, међу које свакако спада и оно што се непосредније тиче јуснатурализма. Међутим, са успостављањем нове власти, државно-правног поретка СССР-а ова политичка доктрина је претворена у официјелну државну идеологију, у којој је готово све подређивано практичним успесима у учвршћењу власти, државе, изградње новог поретка у коме се није довољно водило рачуна о вредностима демократских тековина, слободи људи итд. Израставши на таквој подлози *стаљинизам* је постао судбоносно изопачавање марксизма, његово теоријско и практично претварање у тоталитаризам као негацију свега прогресивног, па самим тим и социјалистичког. Својом доминацијом неколико деценија и проширењем у многим земљама које су касније прешле на тзв. социјалистички пут развитка укорењивала се једна политичка идеологија у којој је непрекидно и одсечно истицао својеврсни презир према „традиционалној демократији“. Стога није чудно одбацивање свих појава буржоаске идеологије, међу које је сврставано и све оно што је повезано с „природним правом“.

У оваквим друштвеним условима и идеолошкој атмосфери испољавали су се симптоми својеврсног *анти-јуснатурализма* или *јуснатуралистичког нихилизма*, тачније изразитог *скептицизма* у репрезентативним теоријскоправним радовима.

Најистакнутији теоретичар послеоктобарског периода *Ј. Б. Пашуканис* (21) је конструисао занимљиву и оригиналну концепцију, по којој право представља само израз робно-новчаних односа, које свој врхунски развој достиже у капитализму, али је истовремено облик идеологије. Следствено томе, и тзв. природно право је само једна идеолошка форма у којој се рефлектују специфичности приватноправних односа, у којој се тежи таквом упрошћавању и уопштавању, који би послужили постизању што веће адекватности са постојећим економским претпоставкама. Иако недовољно јасно и неразређено, овде се назире становиште да је „природно право“ идеологија адекватног и економским односима примереног права.

У ери стаљинизма све је носило печат једног крајње упрошћеног правног позитивизма, чији је најауторитативнији носилац био *А. Ј. Вишински*, у којем је наглашавана једна волунтаристичка варијанта схватања права, повезана с класним интересима. У ствари, тако је само стварана једна идеолошка, прагматичка, официјелно обезбеђена и догматска одбрана постојећег режима, па и његовог „позитивног права“. У таквим приликама, наравно, није било никаквих услова за разматрања о некаквом „природном праву“. У ствари, ако је уопште било неизбежно да се нешто каже и о томе све се сводило на оскудне и дисквалификаторске констатације у којима је „природно право“ представљано само као производ буржоаске идеологије, непријатељски настројене према интересима радничке класе и трудбеника. Сведено на

(21) *Ј. Б. Пашуканис, Општа теорија права и марксизам*, превео Љубомир Тадић, „Веселин Маслеша“, Сарајево, 1958, стр. 107.

елементарно и уџбеничко третирање, „природно право“ (22) је приказивано као знак једне реакционарне и антимарксистичке идеологије, која као таква не само да нема ничег заједничког са науком, него је и непријатељска и штетна у сваком погледу. Тако је на најгрубљи начин прогнана целокупна проблематика „природног права“ из правне науке која се идеолошки легитимисала као марксистичко-лењинистичка, а била је претворена у грубу сталенинстичку идеологију.

Наравно, због њених домаћаја и утицаја, просторних, временских и садржинских, увредило се у свим тзв. социјалистичким земљама, њиховим правним наукама, један очигледно нетрпељив, идеолошки одбојан и крајње схематски начин „обрачуна“ са јуснатурализмом сваке врсте. Чак и они представници правне науке који су показивали сразмерно висок степен културе, па и еластичности, нису се лако ослободили тешког терета антијуснатуралистичких предрасуда. Тако, рецимо, истакнути мађарски теоретичар И. Сабо (23) улаже више напора да остане у колотечини једне тобожње марксистичке ортодоксије, него да покаже питања „природног права“ у светлости марксизма. Као неоспорно добар познавалац изворних Марксових разматрања, он је склон више да умањи значај и место проблематике „природног права“, како код Маркса тако и уопште, него што настоји да открије она стварна или општепозната значења јуснатурализма. Заузимајући тако једну прилично круту позицију, он се упушта у полемичка обезвређења новијих настојања да се марксистички промишљају питања „природног права“. Зато и критикује познату концепцију Е. Блоха, подсећајући да веза Маркса са традицијом природног права није ништа већа или друкчија него што је Маркова веза с утопијским социјализмом, да се не може истицати марксизам као једна варијанта природног права, да то није присутно у Марковим замислима о будућности, да марксизам пружа један историјски и теоријски оквир у коме нема места за природно право, итд. Дакле, све стари аргументи за један застарео став.

2. Друга тенденција која би се могла означити као настојање да се са марксистичких позиција сагледају историјске везе јуснатуралистичке традиције са Марксом, односно *марксистичка рецепција јуснатурализма*, имала је сасвим друкчији положај и дејство. Она је, углавном, настајала у покушајима да се самосталније, критички и стваралачки претресају питања којим се Маркс бавио, а која су заокупљала и касније марксисте.

Један од водећих представника тзв. *аустромарксизма*, првих година после октобарске револуције, Макс Адлер је објавио полемичку књигу против Келзенових интерпретација марксизма (24). Ту је он, додуше, више узгредно него систематски, назначио свој став. Као протагонист „кантифицираног марксизма“ он је наглашавао везе Маркса са наслеђем кантовске филозофије, а нарочито је подвлачио да Маркс није

(22) Вид. А. Голунски — М. Строгович, *Теорија државе и права* превод, Београд, 1947; А. И. Денисов, *Основи марксистичко-лењинистичке теорије државе и права*, превод, Београд, 1949.

(23) Imre Szabo, *Karl Marx und das Recht*, Vorträge, Akademie-Verlag, Berlin, 1981, S. 128; I. Szabo, *Marx et la théorie marxiste »moderne« du droit*, *Archives de philosophie du droit*, tome XII, Paris, 1967, p. 163—188.

(24) Max Adler, *Die Staatsauffassung des Marxismus*, Wien, 1922; наш превод, *Марксистичко схватање државе*, Прилог раздвајању социјалног и правног метода, превела Душица Гутеша, Београд, „Филип Вишњић“, 1985, стр. 135, 143, 146, 172, 189.

схватао друштво и државу као оштро супротстављене ентитете, да их је чак у крајњој консеквенци поистовећивао. Сходно томе, он тврди да је природноправна доктрина један од најзначајнијих покушаја превазилажења јаза између друштва и државе, али истицањем идеала и захтева, који су далеко од стварности, али и значајни за напредовање ка све већој слободи и човечности. Маркс је, по њему, преузео и дубље развио ту интенцију, иако је чак и оштро оцењивао илузије „природног права“. Марксово залагање за ослобођење радничке класе и појединаца своди се на тежњу за што више демократије, слободе у условима рационално организоване социјалистичке заједнице, али то не води у неку утопију, какву су, рецимо, дочаравали анархисти и слични представници социјалне филозофије.

После другог светског рата, у време огромних друштвено-политичких промена и искустава, ширења културних хоризоната итд. италијански марксисти посвећују особиту пажњу коренима Марксове мисли. Галвано Дела Волпе (25) је посебно заслужан за истраживања значаја Ж. Ж. Русоа уопште за целокупну европску мисао, демократски и либерално настројену. По њему, у том идејном и друштвеном оквиру израсло је и Марксово политичко учење, под снажним утицајем Русових природноправних схватања. Ову методолошки далекосежну тезу је посебно разрадио У. Черони у књизи *Маркс и модерно право* (26). Обухватајући само Марксове ране радове, он утврђује да је овај мислилац унео сасвим нов поглед на еманципаторска стремљења и могућности, наиме нужност револуције која је припремљена напредком и променама у односима производње, па и односа човека према природи. Зато Маркс није остао на нивоу морализаторске природноправне критике датог стања, али ни неког позитивизма, већ је проблем слободе и једнакости утемељио на сазнањима о нужности промена у економској основи. Модерно право, у Марковом виђењу и каснијим искуствима, може остварити своју неопходну улогу ако истовремено омогућује остваривање слободе појединаца, али и функционисање привредног организма и друштва, сходно постојећим и нужним продукционим односима. Према томе, Марксова критика права је само консеквенца његових историјско-материјалистичких погледа. Иако само узгредно, у овој књизи је, дакле, присутно настојање да се сагледа и веза јуснатурализма и марксизма.

Међутим, тек систематско и свестраније истраживање у дубоким и широким захватима могло је пружити не само потребне оквири, већ и одговарајуће претпоставке за једно изричито тематизовање, проблематизовање па и решавање веома сложених веза између традиције јуснатурализма и марксизма. То је учинио један од најзначајнијих марксистичких мислилаца нашег доба Е. Блох пре свега у књизи *Природно право и људско достојанство* (27). Стављајући своја разматрања у оквири капиталног и огромног истраживања *Принцип нада* (28), у коме је

(25) Galvano Della Volpe, *Rousseau e Marx*, IV ed.; Editori Riuniti Roma, 1974. стр. 15—136 и 145—187.

(26) Umberto Cerroni, *Marx e il diritto moderno*, Roma, Editori Riuniti, 1962, р. 185—205.

(27) Ernst Bloch, *Naturrecht und menschliche Würde*, 1961, наш превод, *Природно право и људско достојанство*, превео др Анте Пажанин, Београд, Издавачки центар „Комунист“, 1977. стр. 299.

(28) Ернст Блох, *Принцип рада*, превео Хрвоје Шаринић, свезак 1, 2, 3, Загреб, „Напријед“, 1981, стр. 518, 1809—1636.

развио једну филозофију у којој се уместо апстрактних утопија истиче значај конкретних утопија, наиме таквих које су остварљиве или бар непосредно делотворне у реконструкцијама постојећег друштвеног стања, овај мислилац утврђује да је управо такав и марксизам. Пошто је изложио све претходне социјалне утопије, Е. Блох је показао и везе ових са марксизмом, али и смисао марксистичких визија о будућем друштвеном поретку. Сходно томе, он је на сличан начин концептирао и проблематику природног права. Сматрајући да су социјалне утопије трагале за формулом људске среће а природноправне доктрине за формулом људског достојанства (29), он доказује постојање и историјског континуитета и паралеле ових учења. При томе, као непосредну и најзначајнију епоху и својеврсно припремање тла истиче модерна природноправна учења, а пре свега Русоово учење, али и такве историјске догађаје као што је француска револуција. Њихови утицаји на немачку филозофску и правну мисао су створили духовни оквир и укоренивању снажне јуснатуралистичке струје у Немачкој, која је постала контекст конкретног обликовања Марксових погледа. По Блоховој анализи, Маркс и каснији аутентични марксизам имају једну изразиту критичку дистанцу према позитивном праву, али и према утопијски и спекулативно концептираним природним учењима. Међутим, Маркс је само на нов начин истакао оно што је најбитније у природноправним преокупацијама, то јест преокупације како да се заштите и даље обезбеде услови остваривања „усправног хода“ као суштинског својства људског достојанства. Иако су за то неопходне демократске институције у држави и правном поретку, а основна људска права као њихов израз и потврда, тек са елиминисањем приватносвојинских односа, изградњом истинског социјализма, стварају се услови за даље употпуњавање преузете баштине од модерног природног права. Афирмација човека као основне вредности, претпоставки не само формалне већ пре свега садржинске хуманизације, води оживотворивању марксистичких конкретно-утопијских визија. У томе сложенем процесу постепено ће нестајати позитивно право или, бар, његове најгоре стране, а истовремено ће се све више изражавати истинско природно право (30).

3. Трећа тенденција у приступу, разматрању и решавању питања повезаности јуснатурализма и марксизма усмерена је на доказивање тврдње о *њиховој дубокој сродности, па и истоветности*, првенствено због тога што представљају типичне политичке или социјалне идеологије. Истицана у редовима марксолога, она је праћена и другим настојањима да се нагласе непосредне и суштинске везе јуснатурализма и марксизма.

Неколико година после октобарске револуције Ханс Келзен, утељивач „чисте теорије права“ и један од водећих представника модерног нормативизма, почео је стицати и глас једног од најауторитативнијих марксолога. У књизи *Социјализам и држава* изложио је и претресао све најважније ставове оснивача марксизма и њихових следбеника, који се тичу овог предмета (31). По његовом тумачењу, марксизам је дубо-

(29) Ernst Bloh, *Природно право и људско достојанство*, стр. 176, 178.

(30) Ernst Bloh, *ibid.* стр. 175, 229.

(31) Hans Kelsen, *Sozialismus und Staat*, Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig 1921; наш превод, *Социјализам и држава*, превео Данило Басти, Београд, „Филип Вишњић“, 1985, стр. 118.

ко противречан: док му је економско учење утемељено на науци, односно са научним претензијама, и усмерено на образлагање нужности стварања чврстог и централизованог економског поретка, његова политичка доктрина је израз типичне идеологије којом се дочарава стварање политичког поретка без државе, права, власти и принуде, па је по томе потпуно идентичан са анархизмом. Ту се чак налази стара идеја о једном „природном поретку („ordre naturel“), која је код Лењина изражена у наивном веровању да ће људи моћи поштовати сва основна друштвена правила по навици, да неће бити општрих сукоба, итд. Враћајући се пар деценија касније на исти предмет књизи *Комунистичка теорија права* (32), Х. Келзен поново наглашава истоветност инспирације и поставки јуснатурализма и марксизма: Марксова социјална филозофија је у битним тачкама само природноправна доктрина; као аутентично природноправна, она је оптерећена наивном претпоставком о „природном стању“ које претходи политичком поретку, дакле држави и праву, али и веровањем да ће у будућности настати поредак правде, усклађен са природом човека, без инструментаријума државе и позитивног права. Због свега тога марксизам је оптерећен идеалима, који су далеко од реалности и остварљивости, па се марксистичка идеологија, чак, испољава као религијска пројекција стварања савршеног поретка који ће донети спас и избављење човечанству и човеку од свих зала и невоља, што су их притискали у класном друштву.

Захваљујући дубоким променама после другог светског рата, ширењу и јачању практичног идејног утицаја марксизма, поред осталог, уследио је и талас посебног интересовања за ово учење и у свим научним дисциплинама. Као пример може се поменути, рецимо, дело *Жоржа Ведела* посвећено проблематици уставног права (33). У њему аутор настоји да покаже идејне изворе демократије, па налази да су Монтескије, Русо и физиократи пружили идејну основу класичној демократији. Међутим, пошто је нагласио да је Ж. Ж. Русо својим идејама, нарочито о слободи и једнакости људи, у дубинским слојевима, веома близак Марксу, он показује и обликовање тзв. марксистичке демократије и настојање да се она изрази у уставном систему Совјетског Савеза. На тај начин једна природноправна доктрина, која је иначе имала најдалекосежнија дејства, посредно је упливисала и на идејне основе, па чак и на формалне и институционалне облике државе и права у једној социјалистичкој земљи. Такве поставке, наравно, могле би се проширити и на друге земље у којима је марксизам постао идејна основа изградње социјализма. Остављајући по страни аргументацију, ово само потврђује на које се све начине могу сагледавати везе између јуснатурализма и марксизма.

V

Узимајући у обзир пре свга напред наведене Марксове ставове (вид. део III), али и многе друге, могућно је у продубљенијем сагледа-

(32) Hans Kelsen, *The Communist Theory of Law*, Stevens and Sons Ltd, London, 1955; део књиге код нас преведен: *Марксова и Енгелсова теорија државе и права*, пре-превео Здравко Гребо, „Гледништа“ 3—4/1979, стр. 122—162.

(33) Georges Vedel, *Manuel élémentaire de Droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1949, p. 191—240.

вању и интерпретацији открити оно што је најважније: Маркс схвата право као веома *сложен феномен*, како структурално тако и функционално. Он право не своди на „норме“ или „прописе“, него указује и на друге његове елементе. Он указује на везу права са државом, али још више са друштвом. У тим склоповима, веома је занимљиво да Маркс повлачи, додуше, не тако видљиво, извесну границу између два „слоја“ у праву: први је представљен формама као што су „прописи“, углавном састављен од *идеалитета*; други „слој“, пак, сачињавају, углавном, одређене околности и односи, дакле начини постојања *реалитета*. При томе, прво се показује као „*позитивно право*“, јер се његов *позитивитет* сразмерно лакше препознаје; друго се конституише као „*природно право*“, али се његов *натуралитет* тешко разоткрива.

1. Сходно Марковим анализама, први „слој“ права је површински, видљив, у великој мери формализован. Али у њему се огледа првенствено *свест* као индивидуалан и друштвен феномен. То је простор рационалног делања. Зато се ствара привид да је ту све условљено и испуњено *вољом* појединаца, група или заједнице. Међутим, и када је по среди воља класе или одређених државних властодржаца, па и самог владара, све се то појављује у облику државне воље, која је само својеврсна „просечна воља“ оних чији се интереси тако изражавају. Таква воља се претвара у законе и остале правне акте. Иако изгледа потпуно самостална, она је, међутим, условљена реалним односима. Све се то дешава у политичкој сфери, јер је она постала својеврсна арена дејствовања снага, група и појединаца, који се боре за власт, постављају циљеве и користе разна средства да би их остварили. Будући да све поприма политичку форму, све се показује и као састојак, као чинилац и потврда сложеног процеса алијенације (отуђења). У вези са тим рађају се и разне илузије. „Отуд и настаје илузија, као да закон почива на вољи, и баш на вољи отргнутој од њене реалне базе, на *слободној* вољи. Исто тако се онда и право са своје стране своди на закон“ (34). Наравно, овде се не ради само о вољи, него и о рационалној делатности, то јест разуму, који служе за стварање садржине донетих аката. Утолико и зато се у правним прописима могу постављати циљеви, постулати, императиви, идеали, које имају њихови доносиоци и снаге које их подупиру. Тиме се уздиже једна огромна сфера нормативитета или идеалитета. Иза ње стоје одређене снаге, а заштићује се и државним насиљем, односно организованом принудом. Али баш због свега тога на овоме терену нема чврсте детерминације, па се показује и свакојака произвољност, шанса за разне хирове, самовољу, страствене и интересне девијације властодржаца. Шта хоће и колико могу, они настоје то и да изразе у нормативитету. Услед тога, наравно, такво регулисање друштвеног живота увек садржи вероватноћу да је изван стварних друштвених потреба, а пошто почива на сили, оно је усмерено на стварање окова наметнутих класама, сталожима, групама, који су стављени у подложнички положај. А што је најважније, тако створена и уобличена правна сфера постаје једна веома сложена целина мноштва уставна и форми, које својом издвојеношћу и особеношћу, па и снагом дејствовања, ствара утисак о својој могућности да све захваћено и

(34) К. Маркс — Ф. Енгелс, *Немачка идеологија*, I књига, „Култура“, Београд, 1964, стр. 67.

„јуридизује“, то јест самом интервенцијом претвори у правност. Тако испада као да се само законима и „прописима“ не само ствара право, него и уноси „правност“ у друштвени живот. Али, то је само резултат погрешног виђења, обмане која настаје због присутности вољне, свесне, рационалне, разумске активности властодржаца (35).

2. Исто тако, међутим, Маркс не пропушта да непрекидно упозорава да се у вези са правом уопште, па и поменутим његовим изражавањем, јавља и други „слој“, који је још важнији. То је све оно што фигурира као нешто објективно дато и присутно, што услеђује сходно дејству објективних околности, а што самим тим представља само резултат стихијских токова, структурисања и развоја целог друштва и његових појединих структура. Маркс попут Хегела непрекидно води рачуна о разлици између *политичке државе* и *грађанског друштва*. Ово друго је израсло у модерно доба, распадом феудализма и успостављањем капиталистичког начина производње. У њему суделују појединци и групе, дакле и класе, са својим интересима, потребама и улогама. Основни чиниоци у тој сфери нису створени од стране државе и права, већ су само затечени. То су својеврсни *реалитети* са којима се мора рачунати и тако се према њима постављати. Сви актери, а то су класе, њихови припадници, оформљене групе и појединци, појављују се као правни субјекти, а њихове везе као правни односи. При томе, за разлику од претходног устројства слика се променила. Наиме, раније је пуки фактицитет имао ранг правности. „Али историја права показује да су и у најранијим и примитивним епохама ове индивидуалне, чињеничне везе у њиховом најдубљем виду сачињавале без даљег право“ (36). Стварни односи међу групама и људима сачињавају реалну основу која се уграђује у ону сферу која је обухваћена државом и правом. „Ови стварни односи нису никако створени од стране државне власти, пре су они стваралачка сила која њу ствара“ (37). Ова сфера је пре свега условљена датим начином производње, па се зато дејство закономерности са тог подручја проширује и на стање и кретање у сфери „грађанског друштва“, то јест и његових правних односа, на учешће његових актера, облике уговора које склапају, објекте који се ту појављују, итд. Ту нема непосредне принуде, али има притиска објективних чинилаца. Ни класе као целине, ни њихови припадници не могу деловати произвољно, чак ни онако и онолико колико то чине политички властодршци. Ту превагу имају *природни токови* над оним што проистиче из пуне властодржачке или моћничке интервенције. Ту се резултати, структуре и чиниоци појављују првенствено са својом „природом“, то јест без битних преобличења изазваних деловањем властодржаца или моћника, економских или политичких. То значи да сама „природа“ односа, околности, склопова мноштва чинилаца одређује дејствује чак и на законе. Маркс изричито наглашава: „Држава се не може супротстављати природи ствари, она не може коначном да пружи непробојну заштиту од услова којима је коначно потчињено, од случаја“ (38). Слично томе: „Закон није лишен опште обавезе да говори истину. Он

(35) вид. К. Маркс — Ф. Енгелс *ibid.* стр. 26, 27, 46.

(36) К. Маркс — Ф. Енгелс, *Немачка идеологија*, I књига, наставак — II књига, „Култура“, Београд, 1964. стр. 44.

(37) К. Маркс — Ф. Енгелс, *ibid.* стр. 26.

(38) К. Маркс — Ф. Енгелс, *Дебате поводом закона о крађи дрва*, Дела, том 1, „Култура“, Београд, 1968. стр. 298.

ту обавезу има двоструко, јер он је општи и аутентични тумач правне природе ствари. Правна природа ствари се стога не може подешавати према закону, него се закон мора подешавати према правној природи ствари“ (39).

3. Као што се види, Маркс инсистира на тези да се право као друштвена творевина не може сводити на законе, а то значи „норме“ или „дрописе“ који сачињавају „позитивно право“. Али, са друге стране, он истиче везу овога „слоја“ права са оним што сачињава један реалитет, па и фактицитет под одређеним претпоставкама. Схватајући тако целокупност права, третирајући га као један тоталитет, он анализира у његовом склопу и све оно што сачињава *вредности* права, било да су те вредности, тако рећи, уграђене у правну структуру и као такве специфичне, било да се ради о неким друштвеним, изванправним вредностима које су само добиле свој израз и заштиту помоћу права. Све те вредности се испољавају и фиксирају у оба „слоја“ права, дакле морају се некако показивати како у „позитивном праву“ тако и у оном што припада „природном праву“. Све главне вредности су међузависне, а њихова хијерархија је условљена структуром друштва, права, политичког устројства, па и домаћајем датих установа и чинилаца. Оне се изражавају у свим елементима и правним установама.

У средишту друштвеног живота налази се *човек* као биће које је и главни актер и резултат друштвене праксе. Баш као делатно биће човек има различите стране, по којима се потврђује његово присуство у различитим структурама и процесима. Зато човек није и не може бити изолована јединка, а ни апстракција. То је јединка чији статус условљавају место и улога у постојећој класној и социјалној структури. Човек је истовремено и економско и политичко и правно и морално и културно биће, итд. На свим тим подручјима изложен је објективним процесима алијенације. Али, по својој природи и друштвеној конституцији човек има одређене квалитете који се сажимају у његовом *достојанству*. И баш то људско достојанство је темељна вредност која се развија и употпуњава друштвеним, цивилизацијским, економским, политичким, културним, моралним и сваким другим напретком. Све то, међутим, условљено је постојећом друштвеном структуром, разликама и односима, пре свега класним и статусним. Човек дели судбину структура у којима је, па све промене, превазилажења постојећег стања, уклањања разлика, подела итд. стварају могућност за еманципацију човека. Доспевши до класне структуре модерног друштва, у коме подела на буржоазију и пролетаријат одређује положај човека, отвара се перспектива превазилажења класних разлика, извођења револуције, најсвестраније и најдалекосежније усмерених еманципаторских процеса. Сходно постигнутом степену еманципације људи, човека као друштвеног бића, бића достојанства, потврђује се и општи напредак. Социјализам у том погледу, пре свега, превазилази капитализам и све оно што га битно карактерише.

Баш због тога што је човек укључен у процесе производње, пре свега материјалне, којима се обезбеђује његова егзистенција, положај класа и група потврђује се обликовањем и функционисањем *својине* као

социјалне, економске и правне установе. У виду система *приватне својине* показује се целокупна друштвена структура, положај класа и човека. Ова установа је права потврда постојећег расцепа у друштву, па се класна борба и њен највиши израз у револуцији води око питања својине, али и политичког поретка који на њој почива. Маркс је само делио мишљење свих револуционара, па и разних реформатора, који су сагледавали нужност отклањања таквог система приватне својине или његових крупних преображаја. Али, по свему судећи, он је мање могао сагледати како ће изгледати и како ће функционисати један систем где неће бити приватна својина доминирајућа. У сваком случају, својина и својински односи показују се као оваплоћење најкарактеристичнијих економских вредности, које баш зато морају добити и свој правни израз. Негацијом приватне својине може се доспети до система *јавне својине*, односно друштвене својине, која може да служи остварењу, пре свега, друштвених интереса.

Основна карактеристика човека проистиче и из његовог стремљења ка *слободи* као егзистенцијалном услову и једном од битних вредности. Сви људи и као појединци и као групе потврђују своје људске могућности пре свега у условима обезбеђеног степена слободе. Али сви је не могу једнако имати. Заједно са слободом једних, а пре свега оних који припадају повлашћеним групама и класама, усећује и неслобода, потлачивање, угњетавање других. Зато се у средишту друштвених борби налази питање слободе као људског квалитета и елементарног услова људског опстајања и делања. Слобода се и квантитативно и квалитативно различито испољава, па је релативна. Слобода омогућује друштвено деловање и стваралаштво. Неопходна је на економском, политичком и културном пољу, дакле свуда где се огледа људско делање и стваралаштво. Ако је класно друштво почивало на разним претпоставкама ограничавања, стега, угњетавања, ускраћивања слободе баш подвлашћеним класама, већини онда еманципаторски процеси и перспектива стварања социјализма морају створити услове за сразмерно већи степен слободе, за њену праву садржину и гаранције. Без слободе не може се замислити напредак друштва и људско опстајање појединаца и заједнице. Социјализам треба да донесе више и стварније слободе него што је икад раније било. Тај поредак је неспојив са облицима поробљавања, потлачивања, фактичке или правне угњетености људи. Социјализам може бити само поредак слободе — веће него што је пружао ранији капитализам. Са већом и садржајнијом слободом социјализам може обезбедити своју историјску надмоћност и напредак.

С обзиром на своју структуру, капиталистичко друштво, је карактеристично по класним неједнакостима. А баш *једнакост људи* у неопходној и могућој мери може бити услов за стварање праве људске заједнице. Људи као природна бића имају само битне претпоставке једнакости, али то не значи да су они истоветни или да се могу таквим изградити. Морају се стварати услови и шансе за једнакост, пре свега да би се отклониле најтеже последице неједнакости, које проистичу из самог друштвеног поретка. Стварање једнаких могућности на економском, политичком и културном пољу представља главни циљ социјализма. Утолико се и превазилази она формална и правна једнакост која је постигнута у капитализму.

У друштвеном опстајању и делању људи морају имати потребан степен *сигурности*, то јест морају бити обезбеђени: против најтежих облика социјалне неизвесности, ризика, изложености разним опасностима, утрожености које долазе са стране, од снага и појединаца који располажу силом. Економски живот, радни услови, политичка ангажовања, културна делања итд. морају почивати на једном поретку и стабилности, при којима се може обезбеђивати могућ степен сигурности за све припаднике заједнице. Уређена заједница, држава и правни поредак процењују се, поред осталог, и достигнутим степеном сигурности људи.

Иако узгред третира проблеме *правде*, Маркс то чини увек у оквиру својих битних претпоставки. То је феномен или супстанцијално својство у склопу права или у вези са правом. Он материјалистички објашњава правду: то није облик вечних идеја него саставни елемент реалних и правних односа. Као што економске категорије вредности робе, разменске и употребне, изражавају одређене релације, фиксирани људски рад и радно време, тако и у сфери права одређене сразмере, еквиваленти у циркулацији или коришћењу правних вредности, чак приликом примене санкција против извршених деликата, откривају настојање да се остварује један принцип правде, али као нешто иманентно праву. При томе, у „слоју“ позитивитета правда се приближава законитости а у „слоју“ натуралитета правда се поистовећује са сүштинским својствима целокупног права.

Све ове вредности, па и многе друге, морају се изражавати, фиксирати и штитити и целокупним правом и појединим његовим установама. Сходно постигнутом степену и облицима људске еманципације услеђују и одговарајућа тзв. *основна људска права*. Маркс је увек придавао велики значај не само формалном, уставном и законском изражавању ових „права“ (то јест правомоћја), него још више и њиховом остваривању. Код њега се мање запажају моралистичке ламентације а много више објашњавања и инсистирања на садржинском и стварном употребљивању комплекса људских права. Такав став у склопу демократски уређеног буржоаског друштва, наравно, претпоставља само велики скок напред у социјализму у том погледу, а никако смањивање или обезвређивање свега што је ранијим развојем достигнуто. У кључним претпоставкама општељудске еманципације налазе се и оквири поставки о тзв. основним људским правима. Према томе, ако се и у тој тачки проверава смисао изворног марксизма, онда је Маркс само протагонист учења и праксе остваривања ових права.

VI

Оваквим и сличним уопштеним захтевима јуснатурализма и марксизма, као и њихових сучељавања, предочавају се и могуће главне консеквенце у погледу њиховог карактера, основних полазишта, више или мање изграђених становишта, па и решења до којих долазе у својим настојањима. Али, баш због тога што се у свему томе огледају све главне тешкоће и контроверзе могу се назначити само неке од најважнијих тачака или момената у којима се они међусобно додирују, укрштају, умногоме поклапају, али и другим у којима се разилазе, супрот-

стављају или међусобно превазилазе, било непосредним критичким анализама и исказима, било имплицитним поставкама и најопштијим идејама.

1. Остављајући по страни неизбежност немалих тешкоћа око терминологије, а особито то да се под истим речима често скрива чак и веома различита садржина, као и обратно да се различитим терминима износи често иста или слична садржина — неопходно је утврђивање једне полазне тачке. То је, свакако, потреба да се избегава поистовећење појма „јуснатурализам“ и синтагме „природно право“. Прво је, наиме, ознака за теорију или доктрину која претендује на објашњавање суштинских аспеката права, па то повлачи за собом и одговарајуће практично делање. Друго, пак, представља ознаку за претпостављено или стварно постојање, дакле у друштвеној реалности, нечега што се „природним правом“ обележава а што се не поклапа са оним што се сматра „позитивним правом“.

Следствено томе, онтолошки статус ових двеју ствари није истоветан. Прво је у сфери мисли, знања и сазнавања, а друго је смештено у саму друштвену стварност. Једно може егзистирати и развијати се самостално, независно од другог. Према томе, колико је неосновано помишљање да је „природно право“ само некакав „продукт“ јуснатуралистичког мишљења, доктрина која га истиче, заступа и брани — толико је наивно помишљање да само „природно право“ рађа мање или више развијени „јуснатурализам“, то јест да из једне реалности неизбежно проистиче и само јуснатуралистичко мишљење, као некакав епифеномен који показује или тачно објашњава оно што се у друштвеној реалности налази. Међутим, ако таква наивна или механичка предочавања немају праве разлоге, никако не би требало занемаривати околност да се све то и тако појављује, да се паралелизам или узрочна или појмовна веза тих ствари тако сугеришу.

Кључни значај има (прет)поставка о онтолошком карактеру самог „природног права“. Ако оно није само некаква доктринарна пројекција и, чак, пука измишљотина, онда је оно присутно у друштвеној стварности онда је оно не само саставни део правне структуре која се успоставља и функционише у датом друштву, него је по свему баш оно најважнији израз правног регулсања друштвеног живота. Оно представља својеврсни прави и најважнији темељ који има постојећа правна структура, који припада самој тој структури и који као такав омогућује да се у виду некакве надоградње појављује „позитивно право“. Баш због тога што је то „природно право“ на извесан начин нужно и спонтано израсло у складу са постојећом „природом“ целокупног друштва, па и осталих најважнијих његових елемената, оно је и много укорењеније, реалније, важније, далекосежније итд. него што је само „позитивно право“. Утолико се и зато на основу „природног права“ може само изграђивати свесним активностима одређено „позитивно право“. По свом карактеру „природно право“ је увек примерено и адекватно у склоповима дате заједнице, па је у томе и његова неизбежност и неотклоњивост. Као што је „природан“ дати друштвени поредак, као што имају своју „природу“ постојеће цивилизацијско-културне формације, као што и човек у њима има своју „природу“, тако исто успостављено и функционално „природно право“ показује своја утемељења, своје

нужности, снагу и присутност без обзира на то да ли и колико постојеће „позитивно право“ то изражава. У ствари, само када и уколико „позитивно право“ показује своју усклађеност — или бар довољно снажну тенденцију ка томе — са „природним правом“, утолико оно може бити делотворно. Тиме се може објаснити чињеница да се „позитивно право“ и поред најмоћнијих друштвених снага које иза њега стоје, ипак показује потпуно немоћним, илузорним, фиктивним покушајем да се нешто „нормама“ и „вољом“ постигне ако је то потпуно супротно „природном праву“. Дакле, по свему је „природно право“ реалније него што је само „позитивно право“ иако је ово последње предочено емпиријским показатељима у највећој мери.

Зато је основана и констатација: ако се синтагмом „природно право“ жели истаћи онај супстанцијални, суштински, неизбежан, нужан, адекватан део правног регулисања, односно постојеће реалне правне структуре, онда је логично само тражење прикладних објашњења, а не празно и вербално оповргавање реалности и присутности те ствари. По мом мишљењу, *то је суштински део права као примарне регулације*, а спореднији део права поклапа се са оним што се најчешће сматра изразима „позитивног права“. Од тога треба полазити када се жели разјашњавати веза ових двеју ствари, тачније двеју ознака за различите моменте у јединственој и сложеној правној структури.

2. Налазећи се пред таквом правном структуром, правом као творевином састављеном од та два дела или „слоја“, јуснатурализам, са једне стране, и марксизам, са друге стране, настоје да такав предмет сагледају и објасне. При томе, међутим, у њима самима настаје двојство: они су истовремено и начин *научног сазнавања* или бар тежње да то буду, права као предмета, што у релативној мери и успевају уколико дају истинита знања, али су и начини изражавања *идеологије*, свесних или чак несвесних изражавања идеолошких ставова, то јест интересно детерминисаних и лажних, нетачних ставова. Управо због тога се целокупно право, а нарочито оно што је присутно као „природно право“, појављује као повод двају опречних настојања. Научна усмереност тежи да сазна „природно право“ као једну реалност, а идеолошка мотивација доводи до конструисања разних идеала, замисли, постулата, којима се придаје назив „природно право“. Уз све то, наравно, долазе и настојања да се заузме извесни став према постојећем друштвеном поретку уопште и праву посебно, са циљем да се то оправда, покаже легитимним, или, пак, да се покаже неоснованим, неприхватљивим са становишта неких претходно постављених вредносних мерила.

Што се тиче научног сазнавања, може се уопштено рећи да јуснатурализам, онај ранији и модерни, није превасходно заокупљен задацима откривања и објашњавања карактера „природног права“ као реалности. Зато су његови научни резултати у том правцу испод резултата тзв. правног позитивизма, који бар настоји и успева да на свој начин, у границама својих могућности сазна „позитивно право“ које је, иначе, део свеукупне правне реалности. А марксизам, нарочито у свом изворном облику, има значајних резултата у сагледавању и објашњавању целокупне правне реалности, па самим тим и онога што се може сматрати „природним правом“. У том правцу, зато, марксизам превазилази све видове јуснатурализма и то не само зато што је први утеме-

љен на материјализму, а други на идеализму, него и по домаћају и научној вредности својих резултата.

У погледу, пак, њихове идеолошке усмерености и садржине могло би се рећи да постоје извесне сродности између јуснатурализма и марксизма. Наиме, сразмерно томе колико оба правца, мислене оријентације, истичу постулате о неком идеалном или савршеном праву, којег дакле нема у реалности, утолико се на изглед различитим путевима долази више-мање до истог. Тада се конструишу извесни системи или дочаравају слике о некаквом правном поретку који су плод чистих спекулација или се претварају у некакве утопије. Што је већи степен спекулативности, апстракција којим се све то испуњава, то је неизбежније идеолошко зближавање између јуснатурализма и марксизма. Управо чињеница да марксизам чак и у свом изворном облику представља једну од великих идеологија — што само по себи наравно не поништава и његову научну садржину — неизбежно му придаје спекулативни и утопијски карактер када се, тако рећи, апстрактно и ван времена и простора, оних реалних околности, упшта у предвиђања о временски несагледивим стањима, у којима ће уследити савршен поредак лишен свега онога што је уочено као битан недостатак постојећег „позитивног права“, а са њиме и државе. Предвиђања о нестанку државе и права, стварање некаквог друштвеног стања у којем неће бити никаквог права и никакве државе, чак покушаји да се конструише поставка о „одумирању државе и права“, нарочито када се доводи до својих крајњих консеквенци, логички доводе до чистих утопија, до својеврсних митова сличних свему ономе што се налази и у класичном анархизму. Али, марксизам се може интерпретирати и на тај начин да се иза такве идеолошке и чак митолошке представе крије, у ствари, наслућивање или тежња за стварањем једне правне структуре у којој ће се достићи максимални склад између „позитивног права“ и „природног права“, односно где ће уследити у пуној мери „природно право“. То, међутим, представља својеврсно обеснажење саме идеологије.

3. Одсечна тврђења о непостојању било какве везе између јуснатурализма и марксизма тешко се могу ослонити на иоле уверљиву аргументацију. Напротив, сваки покушај сагледавања њихових веза упућује на неке незаобилазне и неотклониве аргументе, којим се могу образлагати поставке о њиховом међусобном повезивању, па и прожимању. И то у два основна правца: они се повезују, најпре, *историјски* не само у виду временског следства или сапостојања, него својеврсног континуитета, урастања једног у други, али и превазилажења првог од стране другог; а затим они се повезују и *смисаоно* не само у аспектима своје идеолошке садржине него и у аспектима својих научних домаћаја. То је све неизбежно већ због тога што се ради о тако значајним оријентацијама промишљања друштвене стварности, односно једног њеног дела који се јавља у виду државно-правног поретка. Околност што је јуснатурализам вековима укорењиван пре марксизма само упућује на његову везу са једним филозофским, научним и идеолошким правцем каквим се марксизам показао у модерно доба. Штавише, онај најзначајнији јуснатурализам, модерни који се углавном повезује са Русоом, има своја *епохална значења и значај*, а исто то се мора истицати и

када је реч о марксизму. То су два правца промишљања питања права, каквим се оно суштински постављало у две историјске епохе.

Познато је и сасвим тачно запажање (не само зато што га је дао сам В. И. Лењин!) да је Марксово учење историјски проистекло из немачке класичне филозофије, из енглеске класичне економије и из француског утопијског социјализма, односно да је све то утицало на садржину марксизма. Што се тиче учења марксизма о праву, свакако да је највећи утицај на њега имао баш модерни јуснатурализам уопште, а Русо посебно. При томе, наравно, марксизам је преузео и даље развио хуманистичку, револуционарну и еманципаторску интенцију јуснатурализма, дајући јој једну нову подлогу. Истовремено, међутим, марксизам је критички превазишао оне спекулативне насlage у дотадашњем јуснатурализму, и то ништа мање него у области опште филозофије, па и на свим главним подручјима која је унапредио и обогатио. Следствено томе, и специфични смисао модерног јуснатурализма мора се посматрати у вези са смислом марксизма, али и обротно. Као што је напред указивано, можда је најзначајнија тежња оба ова правца да се упуте трагом истраживања саме суштине права, а затим и да утврде полазне тачке за једну плодоносну критику „позитивног права“ постављајући се на позиције „природног права“. У свему томе налази се прави значај и најдубље значење повезаности јуснатурализма и марксизма. То ствара нове просторе правнофилозофским промишљањима.

Према томе, ако се јуснатурализам посматра у свом модерном изразу, какав је обликован заједно с револуционарним и прогресивним изграђивањем буржоаског друштва, а нарочито у његовим епохалним димензијама и домаћацима, онда се његово сучељавање са марксизмом као новим епохалним системом, повезаним са револуционарним процесима успостављања првих облика социјалистичког поретка — разоткрива као историјско и смисаоно међусобно повезивање. А сви епохални системи, поред својих временских и просторних изразитости, имају и својства захваљујући којим превазилазе све круте границе, па биле ове просторне, временске или системске. „Својствени садржај свих епохалних система јесу потребе времена у којем су настали. У основи сваког од њих лежи цели развитак једне нације, историјско образовање класних односа са њиховим политичким, моралним, и филозофским последицама“ (40). Одатле проистичу и оне сложене и неслагљиве везе између јуснатурализма и марксизма.

Следствено томе, иако је неупоредиво лакше постављати одсечне и круте границе између ова два система, стварни научни задаци, иако веома сложени и тешки, проистичу током истраживања њихове повезаности. А та повезаност се може сугерисати терминолошком назнаком, која открива права питања, праве просторе за сваку савремену правно-филозофску мисао: у чему се састоји „јуснатуралистички марксизам“ или, обротно, шта представља „марксистички јуснатурализам“?

(40) К. Маркс — Ф. Енгелс, *Немачка идеологија*, књига I, наставак, II књ. „Култура“ Београд, 1964, стр. 200.

Dr. Stevan Vračar,
Professor of the Faculty of Law in Belgrade

CONFRONTING JUSNATURALISM AND MARXISM

Summary

The problem of jusnaturalism and marxism viewed through their relationship has been insufficiently treated. In order to attempt such treatment, it is necessary first of all to describe these two courses of socio-political thinkings, and then to put forward a corresponding definition of law. This enables legal-philosophical consideration of a series of important issues, and first of all the distinguishing between „the natural law“ and „the positive law“. This also requires knowledge, and a thorough one too, of the entire theory of Marx, then the explanation of the notion of „nature“ and of the property of „naturalness“, and more particularly one should emphasize the critical consideration of the „positive law“, both in the sphere of jusnaturalism and of marxism.

According to the author, in all stages of his creation, Marx has always distinguished the „natural law“ from the „positive law“. This has been done by Marx also implicitly. The author makes relevant quotations, which help also in making corresponding conclusions. Naturally, due to different approaches and ways of interpreting Marx, two tendencies did shape accordingly until now, namely: the first one, which is expressed in Bolshevism and Stalinism, denies any connection between marxism and jusnaturalism; the second one, the tendency which found its expression at Austrian marxists, emphasizes that there exists marxian reception of some basic ideas of jusnaturalism; however, the most significant in elaborating this conception is E. Bloch who did research in the sphere of natural law and human dignity within the framework of utopian thinking; the third tendency, which is mostly represented by H. Kelsen, affirms that jusnaturalism and marxism are identical since they emphasize under the title „natural law“ only ideological principles — and this has no connection with the reality.

Due to the above, the author points at the need for a deeper and more modern research of Marx and marxism since only in such a way one could be able to inquire into the relationship between marxism and jusnaturalism. According to the author, Marx has treated the „positive law“ as a complex of the existing regulations, but he has constantly warned about the existence of another deeper „layer“ of law, and this layer is, mainly, that what is called „natural law“.

After pointing at the main values in the sphere of law (man, his dignity, freedom, equality, justice, basic human rights), the author concludes that jusnaturalism and marxism are connected, both in terms of history and reason; they could be therefore viewed also as a problem of „marxist jusnaturalism“.

Dr Stevan Vračar,
professeur à la Faculté de droit à Belgrade

CONFRONTATION DU IUSNATURALISME ET DU MARXISME

Résumé

En dépit de la coexistence du iusnaturalisme et du marxisme leur relation mutuelle n'a pas fait l'objet de beaucoup d'études. Pour traiter ce sujet il s'avère nécessaire de cerner au préalable les deux courants de la pensée socio-politique en question, pour ensuite indiquer leurs définitions respectives du droit. Il en ressort la possibilité de faire des considérations juridico-philosophiques sur de nombreux points importants, et notamment

de faire la distinction entre „droit naturel“ et „droit positif“. Cela exige également une complète connaissance de fond de la pensée de Marx, l'explication de la notion „nature“ et de l'attribut „naturel“, et surtout la mise en lumière de l'examen critique du „droit positif“ fait aussi bien chez les iusnaturalistes que chez les marxistes. Selon l'avis de l'auteur, Marx avait explicitement fait la distinction entre „droit naturel“ et „droit positif“, dans toutes les phases de son oeuvre, de même qu'implicitement à travers ses diverses réflexions. L'auteur fait quelques citations qui le démontrent et qui permettent des conclusions de grande portée. Compte tenu des approches et des manières différentes dans l'interprétation de la pensée de Marx, on peut en noter plusieurs tendances. La première, représentée dans le bolchevisme et le stalinisme, dénie tout lien entre le marxisme et le iusnaturalisme. La seconde tendance, qui ressort chez les marxistes autrichiens, souligne qu'il existe une réception reprise marxiste de certaines idées fondamentales du iusnaturalisme. L'élaboration la plus importante de cette deuxième thèse nous est fournie par Ernest Bloch, dans ses réflexions sur le droit naturel et la dignité humaine, et cela dans le contexte de l'histoire de la pensée utopique. La troisième tendance est représentée dans le sens le plus complet chez Hans Kelsen, lequel prétend que le iusnaturalisme et le marxisme sont identiques puisqu'ils attribuent au terme „droit naturel“ uniquement des postulats idéologiques qui n'ont pas de liens avec la réalité.

A la fin, l'auteur souligne la nécessité d'un réexamen de fond de Marx et du marxisme, pour pouvoir étudier avec efficacité le lien entre le marxisme et l'iusnaturalisme. Selon l'opinion de l'auteur Marx avait traité le „droit positif“ comme un ensemble de règles existantes, tout en rappelant l'existence d'une „couche“ de droit qui n'est pas visible et qui représente ce qu'on appelle le „droit naturel“. Après avoir évoqué les valeurs principales du droit (l'homme, sa dignité, la liberté, l'équité, la justice, les droits de l'homme fondamentaux), l'auteur conclut que le iusnaturalisme et le marxisme sont liés et par leur histoire et par leur signification, à telle point qu'on peut même parler du „iusnaturalisme marxiste“.

др Владимир Водинелић,
редовни професор Правног факултета у Крагујевцу, у пензији

О СУМЊИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

„Гријешити је људски, али је
joш људскије сумњати.“

Ернст Блох

У овом раду заокружимо наше учење о сумњи у кривичном поступку (1). По овом питању у нашој кривичнопроцесној науци влада велико несугласје. Томе је допринијела и редакција Закона о кривичном поступку, која није развила дослиједну терминологију и за вјероватноћу у ужем смислу није ни предвидјела израз. Тиме су широм отворена врата могућности различитих објашњења појмова. Увијек је добро погледати у ријечнике. (*)

(1) В. Водинелић, *Вјероватноћа и извјесност у кривичном поступку*, „Архив за природне и друштвене науке“, бр. 3, 1975, *Основе сумње и основана сумња у науци кривичног процесног права*, „Наша законитост“, бр. 4, 1977; *Истина — један од основних проблема науке о кривичном поступку*, НЗ, бр. 6, 1978. итд.

* Сумња

„1. непотпуна вера у некога, у нешто, неувереност у истинитост нечега, мисао о неслагању нечега са стварношћу, неверица, двојба

2. претпоставка, нагабање, домишљање које се оснива на вероватности, могућности нечега“

Речник српскохрватског књижевног језика (С-III), Нови Сад, 1976, страна 81.

Вјероватноћа

„објективна могућност остварења чега, ступањ остварљивости“.

Речник, А-Е, стр. 356.

Извјестан

1. а) у којему нема недоумице, јасан, одређен

б) познат, знан

в) сигуран, неминован

Извјесност:

„особина онога што је извесно, чврсто уверење у истинитост чега, сигурност, поузданост“

Речник, Ж-К, стр. 367.

Сигурност

„1. стање, особина онога који је сигуран, онога што је сигурно ...

2. увереност, поуздање

3. одлучност, чврстина

4. готовост, спремност, сналажљивост

5. јасност, одређеност, доследност“

Речник, А-С, стр. 754.

Неизвјесност

„стање онога што је неизвесно, непознато, неодлучност, несигурност“

Речник, К-О, стр. 693.

Несигурност

„1. особина и стање онога који је несигуран, онога што је несигурно“.

Речник, К-О, стр. 760.

За нас су основи сумње (основи подозрења, индиције) чињенице које указују (*indico* = указивати) на постојање кривичног дјела, као и на ближу или даљу везу између тог дјела и неке особе, па, судећи по тој вези, та се особа јавља као могући учинилац, суизвршилац или саучесник.

Функција основа сумње у предкривичном поступку јесте да омогући откривање кривичног дјела и учиниоца, изазивајући сумњу, оријентирајући оперативне раднике ОУП. Постоје индиције које се појављују као околности кривичног дјела и *упућују* на одређену особу — могућег извршиоца, а познајемо и такве које се испољавају на некој особи и *упућују* на кривично дјело, у чије постојање криминалиста није сумњао. Индиције могу бити материјалне, психолошке и моралне природе. Оне *показују* два лица кривичног догађаја: вањско и унутарње.

Вјерни динамичком схваћању, сматрамо да се из тих основа сумње, које у предкривичном поступку имају оријентационо-елиминационо значење, развија индицијални доказ (те исте информације — уз свакако и нове — процесно оформљене, сређене у индицијални ланац, чине сада у кривичном поступку саставни доказ). Борђе Лазин (2) је у праву када тврди да основи сумње „постоје ако је могућност да је окривљени извршио кривично дјело, која се заснива на одређеним чињеницама и околностима, мања од могућности да он то није учинио“, али је потребно истаћи да су, по редовном моделу кривичног поступка, основи сумње само привремени ниво, тек један тренутак конкретне предисторије дотичног кривичног поступка. У даљем развоју, основе сумње бивају распршене или прерастају у основану сумњу. Ту је могућност да је нека одређена особа починила кривично дјело још увијек мања од супротне (Лазин), али се основана сумња јавља као даља прелазна ситуација и има смисла само ако се нагласи њена прелазност, дакле, акцентира динамички приступ. Задатак је истраге, инициране управо том основаном сумњом да ову демантира или, обрнуто, да њу, провјеравањем познатих и прибављањем нових чињеница и околности, ојача и преобрази у виши ступањ сумње — вјероватноћу у ужем смислу (појам проф. Д. Димитријевића). Прихватамо Лазиново расуђивање да опћи појам „сумње“ мора имати своје заједничке црте: 1) могућност да је одређена особа починила кривично дјело; 2) да та сумња налази свој конкретан израз у неком одређеном ступњу и 3) да се она мора заснивати на одређеним чињеницама и околностима (3). Ипак, било би потребно појмовно раздвојити сумњу о постојању дјела од сумње о одређеној особи као учиниоцу. „Сумња“ је појам не само кривичног него нарочито предкривичног поступка: обе сумње не морају и често у практичном животу не иду руку под руку. Највише задовољава дефиниција Hansa Waldera (4): „Сумњати значи више или другачије претпостављати него што се показује.“ Запазили смо да изванредно велики број процесуалиста бјежи од појма „неизвјесност“, иако је он контраран појму „извјесност“, те као код сваког поларног појма један без другог не могу да се употребљавају. А то значи да и доказна теорија кривичног процесног права мора и „неизвјесност“ да укључи у орбиту

(2) *„In dubio pro reo“ у кривичном поступку*, Београд, 1985, стр. 19.

(3) *Ibid*, стр. 14.

(4) Hans Walder, *Kriminalistisches Denken*, Hamburg, 1975, p. 44

појмова с којима оперира. По нашем мишљењу, вјероватноћа (која је неминовно неизвјесност) мора да постоји све до правноснажне пресуде (осуђујуће и ослобађајуће јер је доказано да окривљени није починио кривично дјело). Тада је вјероватноћа (несигурност, неизвјесност) порасла у извјесност (сигурност), посматрано гносеолошки. Уколико, пак, није утврђено (доказано) да је окривљени починио дјело, које му тужилац ставља на терет, вјероватноћа (неизвјесност, несигурност) остаје и даље, због чега се по начелу *in dubio pro teo* доноси ослобађајућа пресуда, чији је спознајни коријен другачији, без обзира на правно исту ситуацију (чл. 350. т. 3. ЗКП).

Имануел Кант (5) пише о комплексу сумња — вјероватноћа — извјесност: „Сумња је нека противоснова (противразлог) или нека пукa препрека за држање за истинито, која се може посматрати или *субјективно* или *објективно*“ (стр. 102). „Под вероватношћу ваља разумевати неко држање — за — истинито из недовољних основа (разлога)...“ (стр. 100). „У учење о извесношћу нашега сазнања спада и учење о сазнању онога што је вероватно, (онога) што ваља сматрати као неко приближавање извесности“ (стр. 100).

I. НЕКА СПОРНА ПИТАЊА

1. Да ли се сумња разликује од вјероватноће?

За разлику од других аутора, који су се бавили проблемима вјероватноће и извјесности (сигурности), као и сумње у кривичном поступку, пошли смо (6) од могућности као основне категорије која одражава унутарњу тенденцију кретања и развоја стварности, повезаност прошлог и будућег у реалним појавама. Који значај има овакво постављање ствари? Дијалектички детерминизам полази од сазнања да *могућност постоји објективно реално*. Када је један кривични догађај могућ? Тада, ако је у оквиру одређених конкретних увјета, тај догађај могао наступити односно и не наступити, одређена особа је могла починити кривично дјело, али је могуће и да га није учинила. Догађај је услиједио у оквиру читавог једног спектра, који се може назвати *пољем могућности* (усп. проблем финтираних кривичних дјела).

Поставља се питање *на који је начин могућност повезана с вјероватноћом*. Могућност је стварност само у потенцији, нешто што још није остварено, односно у области наше тематике *не знамо да ли је остварено*.

Могућност је садржана у самој појави (кривични догађај-непрецизан појам; нпр. могуће да тај појавни облик крије у себи кривично дјело). По својој природи стварност је многообразна или вишеобразна и противрјечна, због чега и садржи у себи протурјечне могућности (нпр. могућност да је извршено дјело, али и немогућност; могућност да је Петар Петровић извршио конкретно кривично дјело, али и немогућност итд.). Када у стварности не би дјеловале протурјечне силе,

(5) Имануел Кант, *Логика*, Београд, 1976, стр. 100, 102.

(6) Владимир Водинелић, *Вјероватноћа и извјесност у кривичном поступку*, „Архив за правне и друштвене науке“, бр. 3, 1975.

постојала би само једна могућност. У једној истој стварности има отуда више или чак много могућности, али се остварила само једна (дјело је извршено или није, Петар Петровић је учинилац или то није).

Категорија могућности указује на евентуалну развојну тенденцију појаве, а стварности на њено постојање. Свака је стварност остварена могућност.

Спектар у објективној стварности датих могућности прави лепезу од немогућности преко формалне и апстрактне могућности до реалне (конкретне) могућности и на крају стварности (реализиране могућности).

Вјероватноћа је мјера могућности.

Вјероватноћа једног кривичног дјела даје ступањ могућности с којим је оно могло постати стварност (кривичног дјела).

Могућност и стварност имају двије објективне стране — квантитативну и квалитативну.

Појам „вјероватноћа“ изражава *објективну количинску одређеност могућности*.

Свака могућност има количинску страну, али се у кривичном поступку не може изнаћи при доношењу кривично-процесног акта њен бројчани израз него се морамо задовољити описима као што су вјероватност ниског ступња, вишег ступња, високог ступња и вјероватност која граничи с извјесношћу.

Однос квантитативне оцјене могућности према извјесности да је конкретно кривично дјело извршено и да је одређена особа учинилац назива се *мјером могућности*.

Сваки доказ представља јединство вјероватног и „честица“ извјесности садржаних у њему.

При покушају да се употребљава вјероватност као категорија у теорији и пракси кривичног поступка неопходно је крајње јасно одредити њен смисао. У немарксистичкој филозофији се најчешће вјероватноћа третира искључиво као субјективна категорија, која је резултат недовољног и непотпуног знања о појави.

Полазећи са позиција материјалистичке дијалектике, сматрамо да вјероватноћа наступања неког кривичног догађаја зависи од објективно-субјективних увјета. Она постоји објективно, независно од тога да ли се (као сумња, субјективна вјероватност) одразила у било чијој свјести. Категорија вјероватноће одражава објективно постојеће односе између елемената догађаја (стварности). Вјероватност је мјера могућности, карактеристика њене развијености. Тиме не мислимо рећи да одбацујемо појам субјективне вјероватности (сумње) као психолошке категорије.

На гносеолошком плану поимање вјероватноће полази од тога што се о вјероватном кривичном дјелу и учиниоцу говори када се располаже тек са непотпуним знањем о кривичном догађају.

Вјероватноћа разматрана у односу на субјект уистину зависи од знања односно незнања субјекта, али се не смије заборавити да у објективном свијету постојање кривичног дјела и учиниоца не зависе од незнања односно знања органа кривичног поступка. Вјероватноћа у објективном смислу постоји када чињенице и околности (још) не допуштају извјесност о дјелу и учиниоцу. У субјективном смислу вјероватност је оцјена очекивања о постојању дјела и учиниоца, количинска

мјера незнања, ступња напредовања на путу од незнања ка поузданом знању. Исто важи, дакако, и за ненапредовање па и дефинитивно заустављање на научном путу сазнања истине.

У гносеологији праве разлику између „вјероватноистинитог“ и „поузданоистинитог“ (са)знања.

Као супротност вјероватности појављује се сигурност, поузданост, извјесност, dostatна основаност, доказаност, аргументираност.

У (преткривичном) кривичном поступку имамо посла с *реалном могућношћу*, а то значи да смо открили комплекс остварених увјета, али, упркос томе, још не располажемо сазнањем о довољној укљупности реализираних увјета за преображавање конкретне могућности у стварност кривичног дјела.

Унутар једног истог поља реалних могућности постоје разни ступњеви у погледу њиховог могућег претварања у стварност. Мјера која лежи у основи овог ступњевања и јесте вјероватноћа.

Та вјероватноћа у преткривичном и кривичном поступку не остаје стално иста. Са током и развојем кривичног поступка она, као и свака историјска категорија, доживљава свој развој и разрешење. Овакво гледање је у природи динамичког концепта који заступамо.

М. Аћимовић је потпуно у праву када, на веома плодотворан начин, истиче да су сумња и вјероватноћа „две стране исте појаве“ (7), прва као субјективна, а друга као објективна категорија. Сумња је одраз вјероватноће у свијести органа преткривичног и кривичног поступка. Hans Walder (8) је то искаао на прегнантан начин: „Сумњати значи више или другачије претпостављати него што се показује.“

Гледано с одређеног угла, сумња се испољава и као на чињеницама заснована *верзија* да је радњом кривично одговорне особе повређен КЗ.

За даље излагање у овом раду је од велике важности спознаја да оцјена вјероватноће према којој је у прошлости извршено кривично дјело слиједи исту логичку схему као и прогноза: полазећи од познатих чињеница ми изводимо неку (још непознату) (или која ће се десити у будућности нпр. осуда). Стога Hans Heiner Kühne (9) говори о *ретроспективној прогнози*. „Одредба вјероватноће може се стога означити као ретроспективна прогноза. Она подлијеже истим несигурностима као и свака прогноза.“

Сумња може настати увијек само на темељу ретроспективно-прогностичког закључивања из чињеница. Без ових нема ни иницијалне (почетне) сумње.

Kühne (10) сматра да је код једноставне сумње вјероватноћа мања него $p=5$ и отпада када се вјероватноћа за невиност приближава $p>1$. Сумња у ужем смислу речи (11) тражи вјероватноћу $p>5$.

Не би ваљало помјешати категорије вјероватноће и извјесности са категоријама истине и заблуде, као што је то учинио В. А. Штоф (12).

Отворено је питање претварања верзије (сумње, вјероватног знања) у истинито знање. Истина је подударност наших знања са ствар-

(7) М. Аћимовић, *Увод у психологију кривичног поступка*, Београд, 1980, стр. 123.

(8) Hans Walder, *Op. cit.*, p. 44.

(9) Hans Heiner Kühne, *Strafprozesslehre*, Kehl am Rhein — Strassbourg, 1978, p. 118.

(10) *Ibid.*, p. 133.

(11) *Ibid.*, p. 123.

(12) В. А. Штоф, *Введение в методологију научног познанија*, Л., 1972, p. 152.

ношћу кривичног дјела, заблуда је, пак, неподударност тог знања. Вјероватноћа и извјесност карактеризирају наше знање о тој подударности одн. неподударности. Ако смо утврдили да постоји пуна подударност, остварили смо извјесност, а у случају да смо утврдили непотпуну дјеломичну подударност, наше знање има квалитет вјероватног (сумње). *Вјероватноћа и извјесност су спознате мјере установљености подударности знања о стварности кривичног дјела с њом самом.*

Вјероватноћа знања о дјелу и учиниоцу увијек је двојака: сваком значењу његове истинитости увијек истодобно одговара одређено значење њене погријешности. Колико се повећава вјероватноћа истинитости те сумње утолико се истовремено смањује вјероватноћа њене неистинитости. Ако је на примјер вјероватноћа истинитости сумње равна 1, онда је вјероватноћа погрешности сумње једнака нула, али тада смо остварили извјесност.

Разни ступњеви вјероватноће потврђености сумње налазе се баш на скали вјероватноћа — извјесност, при чему извјесно може да буде извјесно истинито и извјесно погријешно. Једно исто знање се у кривичном поступку развојем преображава из вјероватног у истинито.

2) Сумњање схваћено као ступањ извјесности

Један број наших писаца дефинира сумњу као ступањ извјесности. Тако, Панта Марина (13) пише да основана сумња „представља већи ступањ извјесности у односу на чињенице и податке на основу којих се заснива, у поређењу са основима сумње“.

Шпиро Вуковић (14) разумјева под основаном сумњом „одређени степен извесности...“

Бранко Петрић (15) расуђује: „... израз основана сумња треба схватити тако да се ради о већој, знатној извесности о постојању одређених података и чињеница (односно сазнања) која упућују на закључак о томе да је одређено лице извршилац кривичног дела које му се ставља на терет. Наравно, да се та „основана сумња“ некада граничи са потпуном сигурношћу и истином (на пример код флагрантних кривичних дела и сл.), а некада је мањег интензитета, али никада не сме да буде на нивоу „основа сумње“, на нивоу несигурних индиција, јер је то тек основ за поступање по чл. 151 и 153.“

Борбе Лазин (16) говори о постојању сумње „као одређеном ступњу извјесности“.

Наведени аутори су — колико је нама познато — у европској литератури једини који тако дефинирају сумњу. Тако, на пример, савремени писци Karl Peters, Heinz Zipf, O. Schwarz — T. Kleinknecht, Kern-Roxin, H. Henkel, Hans Dahsa и многи други писци старијег времена (Max Alsberg, A. Hellwig, Zu Do-hna, F. Rulf. итд.) унисоно сматрају да се

(13) Панта Марина, Коментар на Законот за кривичната постапка, Скопје, 1978. стр. 153.

(14) Шпиро Вуковић, Закон о кривичном поступку (са објашњењима и коментаром), Београд, 1981, стр. 126.

(15) Бранко Петрић, Коментар Закона о кривичном поступку, Шид, 1972. стр. 359.

(16) Б. Лазин, Појам и степеновање сумње у кривичном поступку, „Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 1—2, 1984, стр. 117.

у кривичном поступку може утврдити само одређен (највећи) ступањ „извјесности“ тј. истина, вјероватноћа највишег могућег ступња.

Како наши аутори не образлажу своје стајалиште остаје нам само да нагађамо што то они точно замишљају под спорним појмом извјесности. Једно је очигледно: они већ основе сумње проглашавају (најнижим) ступњем извјесности. Да ли они изједначају вјероватноћу и извјесност? Не знамо ни то, јер нам нису рекли. Мислимо да рјешење не може бити у томе да појмови остану нејасни и расплинути, а да се извјесношћу назива нешто што то није.

У нашим ранијим радовима (17) дошли смо, на основу аргумената, до закључка да између вјероватноће и извјесности постоји квалитативна разлика.

Извјесност је апсолутна категорија или је у конкретном случају нема. Она не може бити мјера сигурности из простог разлога што не може бити сама себи мјером, пошто су изрази „извјесност“ и „сигурност“ синоними. Свака вјероватноћа — коликогод била висока — има своју противвјероватноћу, али *ниједна извјесност не може имати своју неизвјесност*. Појмови „извјесност“ и „неизвјесност“ се искључују. Када постоји извјесност онда не може бити неизвјесности, нити мјере извјесности (јер би то значило да је још преостало неке неизвјесности). Говорити о ступњу извјесности није логички оправдано. Како би то изгледало када би нетко казао својој супрузи: „Са 64,5% сам сигуран да ме ти вараш“ Она би му свакако одговорила: „Ти сумњаш, али ниси сигуран. Прибави преосталих процената до 100% па онда доби с оптужбом.“ Вјероватноћа — а не извјесност — јесте она гносеолошка категорија која има ступњеве.

Објективна истина спозната је онда кад систем утврђених кривичноправно релевантних чињеница потпуно искључује било какво колебање и (макар само теоретско) сумњање.

Вјероватноћа је само верзија која увијек има своју контраверзију (протувјероватноћу).

Конкретне чињенице морају бити неспорно и неоповргнуто утврђене у правоснажној пресуди, а не у тренутку појављивања основане сумње и покретања кривичног поступка. Оне тада пружају знање о немогућности постојања супротног или различитог као једину могућу основу за осуду у самоуправном социјалистичком друштву, дакле, дају извјесност. Вјероватноћа може већ *per definitionem* да значи само недовољну доказаност. Извјесност је такво знање о кривичној ствари које одговара његовој стварности, а заснива се на најбрижљивијем изучавању свих доказа (чињеница и околности) кривичног догађаја.

Извјесност садржи објашњење кривичне ствари које искључује сва друга објашњења (верзије).

Мислимо да су писци који сумњу схваћају као ступањ извјесности повриједили законе логичког мишљења. Тако, опћи закон истинитог замишљања предмета гласи: „Истинито мишљење замишља предмете онаквим какви они објективно јесу или, краће, истинито мишљење је објективно (18).“

(17) Вивиан Фушноту (1).

(18) Богдан Шешпић, *Основи логики*, Београд, 1977, стр. 106.

У природи је ствари да наведени писци под изразом „извјесност“ могу замишљати само „вјероватноћу“. Исто тако, они су прекршили закон идентитета ($A=A$), пошто су идентифицирали А (извјесност и Б (вјероватноћу) с тим што су прогласили да је $B=A$.

Као објективна основа закона идентитета може се појавити само квалитативна одређеност предмета, која је, по нашем мишљењу, у овом учењу изневјерена. У процесу расуђивања о било ком предмету замишљања треба замишљати баш њега а не замјенити га неким другим. У процесу расуђивања (нпр. у дискусији) појмови се морају стално употребљавати у једном истом значењу (нпр. „извјесности“ или „вјероватноће“). Логика нас учи: мисао је идентична самој себи једино ако је истозначи немати ниједно значење; ако пак ријечи немају (одређено) значење, тада је изгубљена свака могућност да један са другим расуђује, а у стварности и сам са собом (19).“

До мијешања појмова долази увијек када у науци нису разрађене или прихваћене прецизне одредбе кључних појмова, као што је овдје случај.

3) Ступњевање сүмње

По нашем мишљењу, постоји слиједећа скала сүмњи: опћа сүмња; основи сүмње (основи подозрења, индиције) у оријентационо-елиминационом правцу; основана сүмња; сүмња (вјероватноћа) у ужем смислу (која може бити врло висока и чак граничити с извјесношћу).

У нашој кривичнопроцесној литератури влада разноликост и несигурност како у термиолошком тако и у садржајном погледу када је ријеч о ступњевима сүмње. Предкривични поступак се, са садржајне стране, састоји од криминалистичке контроле и криминалистичке обраде (20). За контролу је карактеристична опћа сүмња у погледу одређене средине, места или лица да би се у тој средини и на том месту могла дешавати кривична дјела или да би одређена особа (на пример, професионални џепар који је издржао казну у казнено-поправној установи) могла да изврши кривично дјело. Ту се ради о опћој индицији, а не постоје одређене, конкретне индиције о конкретном кривичном дјелу, које је извршено или се припрема. Насупрот томе, обрада се врши када се појаве одређени основи сүмње у погледу одређеног кривичног дјела и (или) одређеног учиниоца. Органе унутрашњих послова морају занмати већ наоко безначајне чињенице (познат је слоган: у криминалистици нема ситница). Никада се не може унапред искључити да се иза удаљених и слабих индиција не крију најтежа кривична дјела. Неријетко се путем основа сүмње који изгледају безначајни открива тешко па и најтеже кривично дјело. Та почетна (иницијална) сүмња се не смије нипошто подцијенити. Отуда је орган УП изванредно значајан откривач индиција у оријентационо-елиминационом смислу. У некада чувеној афери Круљац (1947. год.) у Новој Градишци, писац ових редова открио је сложену организацију најтежих привредних криминалаца и корупционаша на темељу индиције која се састојала од једног полића ракије,

(19) Aristotel, *Metaphysik*, Leipzig, 1928, p. 64.

(20) усп. В. Водинелић, *Криминалистика*, Београд, 1984, стр. 53—54.

коју је сваког преподнева испио иследник Ш. у бифеу „Керемпук“. А иза тога чокањчета ракије су се криле најтеже пљачке и корупције.

Ова, почетна сумња има — као што сам назив каже — ту функцију да иницира процес откривања и прикупљања носиоца доказних информација. У случају опасности од одлагања, она ће довести и до неодољивих истражних радњи. Крв на улици (случај из Осијека) може да буде посљедица пасјег парења, прегажења пјешака кога је возач затим склонио у јарак, безазленог крварења из уста или носа болесног пролазника, али и наношење тјелесне повриједе или чак и убојства. Основ сумње је локва крви рано ујутро у улици у којој су становници ноћу чули јауке и дозивање у помоћ, те шкрипу ручних колица из чега је настала верзија о бацању леша у Драву.

Док су основи сумње наведене чињенице, сумња није ништа друго него претпоставка (верзија), која има мањи или већи ступањ вјероватноће. У овој првој фази сазнања истине као процеса (развоја) ти основи сумње су веома вишезначни: они могу да значе ово... или оно... и пето... и шесто... Код оцјене постојања (основа) сумње у оријентационо-елиминационом погледу као ниског ступња вјероватноће довољна је ниска гранична вредност, која се ипак већ уздиже изнад чисте, голе могућности као некаква мјера вјероватности, која је, дакако, у овом стадијуму доста лабава и неодређена. Системом одговарајућих оперативно-тактичких мјера и неодољивих истражних радњи (нпр. увиђајем, вјештачењем) прибављају се додатне доказне информације, које иницијалну сумњу доводе на виши ступањ вјероватноће, јер у још увијек мањкавој слици кривичног догађаја има већ мање бјелина. *Почетна сумња* већ се мора заснивати на чињеницама. Она мора да се јавља као могућа, према криминалистичком искуству и науци (могуће да постоји кривично дјело). За виши ступањ вјероватноће (основана сумња) морају бити познате чињенице и околности које заједно указују да је кривично дјело стварно и извршено (нпр. да је ствар уистину украдена а не затурена или изгубљена), али и да радња — за случај њеног извршења — представља кривично дјело. За отварање истраге није довољна основана сумња (виши ступањ вјероватноће) да је извршено кривично дјело за које се гони *ох офо*. Тек када се њој придружи основана сумња у погледу одређене особе као вјероватног учиниоца, смије се отворити истрага. Многе основе сумње (које чине садржај основане сумње) могу истовремено да оправдају једну и другу, али то често није случај. Због тога је увијек неопходно утврдити да ли у датом случају постоји основана сумња *ad rem* и *ad hominem*. Иницијална сумња је доња граница сумње и она стога захтијева кудикамо мање вјероватноће него што је то случај са основаном сумњом. Дакле, сумња која диктира предузимање предкривичне дјелатности не може се узети као претпоставка за покретање кривичног поступка. Ту стварну и битну разлику изразио је законодавац, као што је и правилно, различитим терминима: у првом случају говори о основима сумње, а у другом о основаној сумњи.

У погледу конкретног броја, снаге и својстава момената сумње који су потребни за отварање истраге не може се дати некакав шаблон, рецепт, догма, јер је сваки случај, поред опћих, заједничких, типских црта другачији, индивидуалан. ЈТ и ЈС морају при оцијени о постојању основане сумње да поведу рачуна о дијалектичкој сложености и много-

струкости живота који се не да ставити у калупе: сумња се мора заснивати на опипљивим, конкретним чињеницама, које се темеље на изворима који бар нису невјеродостојни.

За отварање истраге се тражи могућност, али не и велика вјероватноћа осуде. При оцјени да ли је нетко основано сумњив истражни судија не доноси вјеројатносни суд о шанси да он буде и осуђен. Истрага се покреће да би се прикупили докази и подаци који су потребни да би се могло одлучити да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак (чл. 157. ст. 2. ЗКП). Ми бисмо се сложили са Борћем Лазиним (21) да се о основаној сумњи може говорити када су могућност да је осумњиченик починио кривично дјело и могућност да га није извршио једнаке (еквивалентне). Како се не ради о математичким појмовима, ми бисмо рекли да основана сумња представља онај моменат у кретању кривичног поступка када постоје и јасна мјеста, али и бројне бјелине у слици кривичне ствари, те нема знатне превласти једне или друге верзије (као вјероватних знања *per definitionem*). Сада је дошао тренутак да акцентирамо наше динамичко схватање кривичног поступка. Поступност је својствена сваком развоју, па и развојном кретању сазнања у кривичном поступку. Она је неопходна тенденција која је иманентна сваком кретању уопће. У процесу кретања свега, па и кривичног поступка, влада поступност као атрибут његовог развоја. Већ сам назив „процес“ потиче од латинског *procedo 3 cessi, cessum* (ићи, напредовати, наступати, продирати, даље отићи, имати успјеха, добро ићи (22), што правилно одражава најдубљу суштину кривичног поступка. Овај се поступак мора разматрати у његовом постанку и развоју, што претпоставља уочавање извора развоја, динамичких сила, које увјетују пријелаз из једног његовог стадијума у слиједећи, виши. Увијек се мора имати у виду да је сваки стадиј само једна етапа у развоју читавог кривичног поступка, који се може третирати само као цјелина, јер он као цјелина — служи утврђивању истине. Та цјеловитост се, између осталог, огледа у томе што сваки претходни, нижи стадиј припрема увјете за пријелаз у слиједећи, виши.

А то, по нашем схватању, значи да према закону поступности, ради евентуалног отварања истраге мора се, по правилу, (нормалном моделу поступка), претходно успјешно спровести предкривични поступак (криминалистичку оперативну дјелатност, оперативно-тактичке мјере и оне истражне радње које не трпе одлагање), открити довољан број основа сумње како би они заједно чинили основану сумњу у погледу кривичног дјела и учиниоца (физички одређене особе). Послије тога се, по правилу, наставља започета истрага како би се могло одустати од оптужнице одн. подићи оптужница, припремити главна расправа и концентрисати цјелокупно дјеловање на њој, ради фиксирања и оцјене што већег броја доказних извора и самих доказа, који се користе за утврђивање чињеница пресудом.

Већ ово једноставно низање показује да је поступност начин постојања развоја кривичног поступка, један од битних елемената његове дијалектике и динамике. Негација (антагонизам) јавља се као свој-

(21) Борће Лазин, *„In dubio pro reo“*, у *кривичном поступку*, стр. 22, Појам и степеновање сумње у кривичном поступку, стр. 115.

(22) Д. Карапанџић, *Речник латинско-српски*, Београд, 1929, стр. 413.

ство које је иманентно самој бити кривичног поступка. Развој кривичног поступка тече у виду борбе супротности. Начела оптужности и правности јесу *par excellence* дијалектичка. Конструкција кривичног поступка као спора међу странкама налази се у основи његове дијалектичности. Протурјечје се исказује као извор развоја кривичног поступка. Заступајући супротне тезе, баратајући чињеницама и околностима које интерпретирају у прилог своје тезе, оптужба и одбрана се не поништавају него у једном истом кривичном поступку постоје узајамно судбински повезане и овисне, претпостављајући једна другу. Оне могу да постоје само заједно, али увијек у протурјечју. То значи да развој кривичног поступка тече путем негације која се назива дијалектичком, То је објективан процес превладавања једног стадијума поступка и формирања новог, вишег борбом супротности, супротстављених субјеката поступака. Ово дијалектичко негирање јесте везна карика између нижег и вишег стадија поступка, која ствара нова, вјероватнија сазнања. То је таква негација која поништава само оно што је превазиђено у ходу поступка. Ова негација уједно чува у себи и даље развија све чињенице и околности које, у том тренутку развоја потврђене, значе виши ступањ вјероватноће. Тако се одвија кретање према сазнању извјесности пресудом (одн. у немогућности сазнања истине извјесношћу преостаје неизвјесност која доводи до ослобађајуће пресуде према начелу *in dubio pro reo*).

За ову негацију (борбу супротности) важе у потпуности Лењинове ријечи: „... није гола негација, није излишна негација, није скептична негација, колебање, сумња оно карактеристично и битно у дијалектици — која несумњиво садржи у себи елемент негације и при том као свој најважнији елемент — не, већ негација као момент везе, као момент развоја, са задржавањем позитивног...” (23). Пресуда се јавља као рјешење противурјечја.

Међутим, у пракси немамо увијек овакав развој. Може се догодити да ЈТ оцјени да истрагом нису прикупљени докази и подаци који су потребни да би се могло одлучити да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак (чл. 157. ст. 2. ЗКП), значи остало се на почетку (основаној сумњи).

Он ће тада вратити предмет истражном суцу на допуну истраге. Може се догодити да је ЈТ, оцјењујући ход и резултате истраге, дошао до закључка да је истражни судија прикупио чињенице и доказе који побијају и поништавају основану сумњу. У таквом случају он ће изјавити да одустаје од кривичног гоњења а истрага се рјешењем обуставља (чл. 171. ст. 1. т. 4: ако нема доказа да је окривљени учинио кривично дјело, чл. 170. ЗКП). Може се догодити да основана сумња не буде ни распршена, али ни потврђена, дакле, истрага се није помакла са почетне тачке. Тада, по нашем мишљењу, ЈТ треба да изјави одустајање од кривичног гоњења, јер не може бити исти материјални основ за покретање истраге и подизање оптужнице, тј. не може један исти ступањ сумње да буде титулус за два сасвим различита стадија кривичног поступка. Материјални основ који је неопходан за подизање оптужнице мора бити јачи од основане сумње. Када би основана сумња

(23) Лењин, *Филозофске свеске*, Београд, 1985, стр. 198.

била довољан титулус за подизање оптужнице, није јасно чему би се онда водила истрага као најчешћа појава а не изузетак. Овакво би се рјешење противило и основним правилима логике. Постулати основних закона логике имају толико капиталну важност за судску гносеологију и праксу да су преточени у ЗКП и на тај начин преображени у правне норме. Када ЗКП у чл. 160. ст. 1. ЗКП прописује: „Истражни судија се може сагласити с предлогом јавног тужиоца да се не спроводи истрага ако прикупљени подаци који се односе на кривично дело и учиниоца пружају довољно основа за подизање оптужнице“, онда је то исто као да је формулирао: „Истрага се мора спровести ако прикупљени подаци који се односе на кривично дело и учиниоца не пружају довољно основа за подизање оптужнице!“ За наше расуђивање је важан и чл. 174. ЗКП: „Истражни судија завршава истрагу кад нађе да је стање ствари у истрази довољно разјашњено да се може подићи оптужница“. „Овдје су важне ријечи „завршава истрагу“ и „разјашњено“. Како је основана сумња почетни моменат у истрази, потребно је, по начелу поступности, прикупљање чињеница и околности које омогућују разјашњење стања ствари у потребној мјери (да ли подићи оптужницу или одустати од кривичног гоњења), а тиме и завршетак истраге. Ако нетко тврди да је за подизање оптужнице довољна основана сумња, он чини логичку погрешку „не слиједи“ (non sequitur). Теза која се жели доказати: да је за подизање оптужнице довољна основана сумња (која је потребна и довољна за нешто сасвим друго: доношење рјешења о спровођењу истраге) није ничим заснована и не може се логички извести. Поред тога, повријеђен је и закон основаности истинитог мишљења.

Што је, дакле, потребно да би се могла подићи оптужница? Док је за доношење наредбе о притвору и отварање истраге потребна основана сумња, за подизање оптужнице се тражи већи ступањ вјероватноће (сумња у ужем смислу), вјероватноћа у ужем смислу како је назива Д. Димитријевић. За подизање оптужнице и главну расправу се тражи већа вјероватноћа (од основане сумње на темељу које је истрага и покренута). Сумња у ужем смислу постоји када резултати истраге (прибављени докази), по схватању ЈТ, оправдавају главни поступак. Појмови: основана сумња и сумња у ужем смислу ријечи (вјероватноћа у ужем смислу) могу се упоређивати с обзиром на одређени тренутак кривичног поступка. Сумња у ужем смислу у тренутку подизања оптужнице значи јачи, виши ступањ сумње вјероватноће од оне коју пружа основана сумња, која постоји у тренутку покретања истраге. Основана сумња, за разлику од вјероватноће у ужем смислу, не може никада бити велика вјероватноћа, док вјероватноћа у ужем смислу може бити чак и она која граничи с извјесношћу. Вјероватноћа у ужем смислу ријечи може значити само једно: у том тренутку је осуда окривљеног врло вјероватна. Док се за отварање истраге тражи једноставна могућност са нижим ступњем (мјером) вјероватноће, овдје се тражи велика вјероватноћа да ће окривљени бити осуђен. Дакле, доноси се вјероватносни суд о шанси на осуду, прогноза која је позитивна. ЈТ мора прије очекивати осуду него non liquet. Да би се кривични поступак могао даље развијати, он мора добити подстицај за даље кретање од новог, јачег „чвора“ него што би то била основана сумња. Тај „чвор“

је вјероватноћа у ужем смислу. Она постоји само тада када су прикупљени докази (индицијални и непосредни), према тренутачној ситуацији, пружили високи ступањ вјероватноће да ће окривљени бити осуђен, јер су докази, према мишљењу ЈТ, такви да су подобни да код судског вијећа створе дотично увјерење. Формула „вјероватноћа у ужем смислу“ се односи само на ступањ сумње, а нипошто и на обим разјашњености одлучних чињеница, што је препуштено главној расправи. На главној расправи се могу изводити и нови докази, а судско ће вијеће свакако, темељито изводећи све доказе, мјерити и вагати да ли је та вјероватноћа у стању да прерасте (скочи) у нови квалитет, извјесност. Лазин (24) прихватајући мишљење Т. Васиљевића (25), сматра да вјероватноћу (ми бисмо додали у ужем смислу) имамо када је могућност да је окривљеник починио кривично дјело већа од могућности да га није починио. Како год то формулисали, за подизање оптужнице се тражи „квалифицирана“ вјероватноћа. Ову вјероватноћу имамо само онда ако постоји прогноза да ће се на главној расправи на крају доказни ланац тако затворити да се очекује осуда. Ова сумња у ужем смислу ријечи може да опстоји само до доношења осуде. Осуда мора бити чиста од било које врсте сумње. Када сумња није ни отклоњена нити доказана, мора се донијети ослобађајућа пресуда по начелу *in dubio pro reo*.

Ипак, сумња у ужем смислу ријечи не претпоставља увијек да прије не мора постојати основана сумња, као што се то збива у редовном обрасцу вођења кривичног поступка. Наиме, може се догодити у форензичкој стварности да је већ у тренутку откривања или дознања за кривично дјело презентно толико и таквих носилаца доказних информација да њихов скуп одмах премашује основану сумњу и представља управо вјероватноћу у ужем смислу ријечи или чак вјероватноћу која граничи с извјесношћу. Ако нпр. љубоморни студент убија своју дјевојку са дванаест убода ножем у аули правног факултета пред двије стотине колега (свиједока очевидаца) и ту је одмах и задржан, са окривљеним ножем у руци, од свих девет златних питања криминалистике остаје да се разјасни углавном питање: зашто? Чл. 160. ст. 1. ЗКП допушта да се у оваквим случајевима подигне непосредна оптужница. Ако би ту потребан ступањ сумње био на нивоу основане сумње, морала би се прво спровести истрага па тек, на темељу њених резултата, подићи оптужница. Али, непосредна оптужница се и допушта зато што је доказна ситуација таква да нема потребе за истрагом (постоји у најмању руку вјероватноћа у ужем смислу ријечи). Због тога је нелогично и нереално ту сумњу деградирати на ступањ основане сумње. Ауторима, који сматрају да је за подизање оптужнице потребна основана сумња, стран је динамички приступ кривичном поступку. Они се огријешују о сазнање да је кривични поступак органско кретање напријед у фазама или стадијима, од нижег ка вишем. Аутори праве и логичку грешку јер за двије битно различите ситуације траже исти титулус. Нема логичког оправдања да се за виши стадиј поступка гдје би, по природи ствари, требало тражити строжи задовољавамо са нижим (основаном сумњом која је прописана за почетак кривичног поступка).

(24) Б. Лазин, „*In dubio pro reo*“ у кривичном поступку, стр. 25—27.

(25) Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд, 1981, стр. 315.

А најмање је то оправдано када реално постоји тај виши материјални увјет (основ). Основана сумња постоји када има довољно чињеничних података за захват према окривљеноме (покретање истраге), а сумња (вјероватноћа) у ужем, јачем смислу када постоје чињенице и околности које значе вјероватноћу (прогнозу) да ће окривљени бити осуђен управо на темељу тих чињеница и околности. Из поприличне збрке и несутласја међу писцима може да нас изведе систематско, логичко и телеолошко тумачење. Основана сумња и вјероватноћа у ужем смислу нису произвољне, волунтаристичке, спекулативне категорије него објективно постојећи ступњеви вјероватноће (сумње) који се, по правилу, јављају у различитим стадијима кривичног поступка. Основана сумња има функцију да омогући истрагу (истраживање), а вјероватноћа у ужем смислу има сасвим другу функцију: да омогући подизање оптужнице (оптуживање са прогнозом осуде јер без ње ЈТ не би ни оптужио) и одржавање главне расправе (претресање кривичне ствари). Вјероватноћа у ужем смислу није само сумња *ad rem* него и процесуална сумња *ad hominem* (о осуди). Ретроспективном суду о вјероватноћи кривичног дјела и учиниоца мора придоби и висока вјероватноћа *pro futuro* (прогноза) да ће ЈТ увјерити судско вијеће о томе да је окривљени вини учинилац. Тако ваља тумачити чл. 174, 171, ст. 1. т. 4 и 160. ст. 1. ЗКП. По правилу се та висока вјероватноћа прибавља истрагом, а изузетно она постоји одмах по дознању за постојање дјела, али се у оба случаја мора и термилошки (а не само садржајно) тај ступањ вјероватноће разликовати од много нижег ступња: основане сумње. Попу реци поп, а бобу боб. Тко сваком ступњу сумње не даје посебан назив, него за фактички различите ступњеве сумње употребљава само један *terminus technicus* — основана сумња, прави, по нашем мишљењу, озбиљну логичку погријешку. Тиме се крши закон садржајности истинског мишљења. Богдан Шешин (26) учи: „Да би мишљење било истинито, оно мора не само уопште бити предметно, него оно мора схватити предмет онаквим какав он јесте, што ће бити случај само уколико логички садржај појма, суда и закључка одговара свом предмету.“ Погрешан израз значи и погрешан садржај мишљења. Сумња у ужем смислу те ријечи је, по правилу, онај ступањ сумње који се разликује као резултат истраге и већ стога она не може бити једнака с основаном сумњом, па ни носити њено име.

Иако вјероватноћа (сумња) високог ступња, она је ипак *само вјероватноћа у датом тренутку, при датом стању кривичне ствари*, па увијек има и *своју противјероватноћу*. Сасвим је могуће да главна расправа, а поготово доказни поступак, значајно промјене стање ствари и оповргну прогнозу истражног суца (чл. 174, ЗКП) и јавног тужиоца. Неизвјесност постоји све док вјероватноћа не прерасте у извјесност (сигурност).

Ако основана сумња у току истраге не прерасте у сумњу у ужем смислу ријечи (вишу вјероватноћу), ако та вјероватноћа не јача и не развија се, онда конкретни кривични поступак нема своју материјалну садржину, него представља пуну и пуку форму, баш као и било што друго што се не развија. То значи да истрага није кренула са мртве или полазне тачке, тапка у мјесту, да се не ствара систем доказа. Пош-

то вјероватноћа (сумња) у ужем смислу ријечи значи остварење сазнања довољно чињеница и околности које доказују високи ступањ вјероватноће да је окривљени вини учинилац, а основана сумња опет нешто друго, није оправдано замагљивати проблематику погрешним именовањем. Богдан Шешић (27) пише: „Именовање је први и основни процес упознавања индивидуалних објеката...“ „Процедура означавања има веома битну улогу у науци.“ Означавање је „процедура придавања симбола предмету кроз поимање тога предмета“. Мало има области у којима би кршење закона логике и навођење погријешних разлога могло нанијети толику штету као на подручју права. Оно доводи до ломљења законитости. Са стајалишта слобода и права грађана и у складу са принципом строгости доказа битна је разлика да ли се оптужница подиже на темељу чињеница и околности које значе вјероватноћу у ужем смислу или је она ослоњена на основану сумњу.

4. Основана сумња и оптужница

У нашој теорији се јавља и схватање да је за *подизање оптужнице потребна основана сумња* и оно се гради *само* на пропису чл. 27. ст. 4. ЗКП („Рјешавајући о приговору против оптужнице веће ће одлучити да нема места оптужби и да се кривични поступак обуставља, ако установи: 4) да нема довољно доказа да је окривљени основано сумњив за дело које је предмет оптужбе.“) Не бисмо понављали аргументацију Борба Лазина (28) коју прихватимо и на коју упућујемо у корист тезе „да се не може искључиво на основу ове одредбе ЗКП закључити који је степен сумње потребан за подизање оптужнице“.

Из чл. 158. ст. 3. ЗКП недвоумно произлази да „околности из којих произлази основаност сумње и постојећи докази“ морају постојати прије покретања истраге, а чл. 157, ст. 1. ЗКП одређује: „Истрага се покреће против одређеног лица кад постоји основана сумња да је учинило кривично дело.“ Чл. 174. ЗКП прописује да „Истражни судија завршава истрагу кад нађе да је *стање ствари у истрази довољно разјашњено* да се може подићи оптужница“ (потцртао В. В.). Савршено је јасно да законодавац за завршетак истраге тражи више него за њен почетак, а то може бити само вјероватноћа у ужем смислу а никако неоснована сумња. Било би немогуће замислити да је законодавац то почетно стање сматрао уједно завршним. Ако се на завршетку налази она иста вјероватноћа као на почетку, читав тај процес је потпуно бесмислен као када жрвњеве мељу на празно. Да законодавац слиједи логику сличну оној коју смо развили у овом раду доказује и чл. 160. ст. 1. ЗКП („Истражни судија се може сагласити са предлогом јавног тужиоца да се не спроводи истрага ако прикупљени подаци који се односе на кривично дело и учиниоца пружају довољно основа за подизање оптужнице“). Цитиране одредбе чине једну логичку цјелину а, насупрот њима, чл. 270. т. 4. ЗКП одступа од ове логике. Да ли је законодавац наједном изгубио смисао за логику, која је један од угаоних камена

(27) Б. Шешић, *Основи методологије друштвених наука*, Београд, 1978, стр. 18, 19.

(28) Борба Лазин, *Зборник ПЕЗ*, стр. 125;

»*In dubio pro reo*«, у кривичном поступку, стр. 26.

темељаца права? Не вјерујемо. Дослиједно спровођење начела оптужности натјерало га је да се за овај случај задовољи основаном сумњом као минималним захтјевом за стављање под оптужбу поводом рјешавања о прирогору против оптужнице. Напустио је једну логичку дослиједност да би сачувао другу, коју у овом случају сматра важнијом.

II. СИСТЕМНО-СТРУКТУРНИ ПРИСТУП ВЈЕРОВАТНОЋИ И ИСТИНИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Dubio ergo sunt

Могућност, тј. вјероватноћу повезујемо у нашем разматрању с категоријама „систем“, „структура“ и „елементи“.

Основна карактеристика кривичног дјела у гносеолошком погледу јесте да оно постоји независно од сазнања државних органа или било ког другог ко је склон да поднесе кривичну пријаву. Учиница се често веома труди да за то дјело нитко („непозван“) не дозна. Кривично дјело је материјално-(психолошки)-субјективни систем. Са стајалишта марксистичке теорије о систему сваки кривични акт је материјално-психички структуриран. Он представља повезаност узајамних дјеловања једног низа материјалних и психолошких дјеломичних система. Према Петранеку, Шихту (29), Белкину и Винбергу (30), примјена системно-структурне анализе у кривичном и предкривичном поступку јесте начин марксистичке методологије, са чиме се слажемо. Систем (материјалних објеката, као и њихових одраза) одређен је множином и квалитетом његових елемената, као и множином и природом односа који постоје између тих елемената. Структура тог система јесте начин међусобне повезаности елемената, јединство узајамних односа (веза) између елемената који творе систем. Пошто и систем и структура не значе само цјелину него и њене дијелове, важно је овдје истаћи да се *цјелина не добија простим збрајањем њених дијелова*. Р. С. Белкин сматра да се у акту одражавања испољава одређени систем узајамне повезаности између субјеката, радњи извршења, средстава и начина извршења, елемената средине у којој је кривични догађај настао из изазваних промјена, о чему ствара и занимљиву схему.

Сматрамо да се управо вјероватност јавља као онај мост који повезује структуру као цјелину са њеним елементима. Појам вјероватности не би имао смисла без структурне анализе. Објективна интерпретација вјероватног (кривичног) догађаја захтијева изналажење специфичности у складу са природом истраживаног објекта. Ноторно је да спознајући субјект (суд као репрезентант друштва — државе на одређеном конкретно-историјском ступњу развоја) не може „исцрпсти“ објект сазнања у једном једином акту. Које стране и својства објекта се спознају зависи од потреба друштва, историјске праксе и субјективних спознајних могућности. Систем кривичног догађаја даде се и мора

(29) Günther Petraneck, Herbert Schicht, *Zu Bedeutung des kriminalistischen Spurenbegriffes für die Untersuchung und Aufklärung von Straftaten*, Forum der Kriminalistik, Sonderheft, 2, 1970. p. 8—10.

(30) Р. С. Белкин, А. Ј. Винберг, *Криминалистика*, Обштеоретическе проблеми, М., 1973, p. 154—211.

рашчлањивати. Елемент у оквиру тог система је она појединачност која је (релативно) даље нецјелива. *За нас је важно сазнање да сумирање елемената не може чинити (или одразити) систем.* Као битно обиљежје система појављује се постојање сасвим одребене (конкретне) везе међу елементима (подсистеми) или пак постојање унутрашњих специфичних односа међу њима. Гдје је граница између несистемног и системног стварања доказне зграде? Нама се чини да је та граница набена у појму *цјеловитости*. Када је укупност елемената обиљежена квалитативном специфичношћу постигли смо цјеловитост. Суштина унутрашње природе цјелине и јесте у томе да се она не јавља као збир својстава који би творили цјелину него у односу на њих чини нови квалитет. Истински систем садржи интегративна својства. Говорећи о цјеловитости система, поред заступљености интегративних својстава, можемо захтијевати *потпуност система*. Да би један систем (одражености) био цјеловит, он мора садржати карактеристике интегританости и потпуности. Даље, карактеристично обиљежје цјеловитости система јесте и јединство, *сугласност* (складност, хармоничност) свих функционирајућих елемената. Сваку вјероватност у предкривичном и кривичном поступку одређују индивидуална обиљежја елемената система. Вјероватност је одређена могућношћу сваког елемента кривичног догађаја (система) у односу на његове друге елементе, што значи да је она *увијек индивидуална (различита)*.

Покушали бисмо да ово учење примјенимо на нашем специфичном подручју.

Које су процесно-криминалистичке методе и процесуални прописи на располагању овлашћеним особама органа унутрашњих послова у предкривичном поступку када откривају постојање кривичног дјела и прикупљају податке за откривање и идентификацију учioniца? У чл. 151. ЗКП говори се о „основима сумње“, а у чл. 157. и 191. о „основаној сумњи“.

Поставља се питање: шта су основи сумње, а шта основана сумња? Не можемо се задовољити тврдњом да се ту ради о два ступња вјероватноће. Потребно је отићи даље од те констатације.

Прво, сматрамо да је за обе криминалистичко-тактичке ситуације неопходно да овлашћена службена лица органа унутрашњих послова, вршећи своју функцију по чл. 151 ЗКП, свим потребним оперативном-тактичким мјерама и истражним радњама (чл. 152, 154, 155. ЗКП) прикупљају чињенице (основе сумње), држећи се девет златних питања криминалистике:

- што (се догодило);
- ко (је извршио кривично дјело);
- када (је извршено);
- гдје (је извршено);
- како (је извршено);
- чиме (је извршено);
- с ким (је извршено);
- кога или што (је дјелом напао учинилац);
- зашто (је извршено)

Ова питања, која *Louwage* у погледу њиховог значаја са пуним правом упоређује са Еуклидовим теоремама у геометрији, дају основне смјерове за дјелатност не само у предкривичном поступку и истрази него и у каснијем поступку.

Рад са индицијама (основима сумње, основима подозрења) у предкривичном поступку и истрази није ништа друго него примјена метода елиминирања.

Индиције се односе, прво, на проблем установљивања постојања кривичног дјела (да ли је кривични догађај кривично дјело, кривично-правни случај итд.) и, друго, на откривање учиниоца и утврђивање његове кривице. Нама се чини евидентним да се орган унутрашњих послова у вези с овим другим питањем мора руководити *принципом максимума броја осумњичених* (лица против којих говоре ови или они основни сумње), јер ће само тако моћи пронаћи оно лице које ће касније постати основано сумњиво, тј. против кога ће се спроводити истрага и евентуално примјенити притвор.

Послије прикупљања свих индиција о учиниоцу — паралелно са тим процесом — службено овлашћено лице органа унутрашњих послова трагат ће за свим лицима код којих се те ознаке налазе. Иако се унапријед зна да сва та лица нису и не могу да буду учиниоци конкретног кривичног дјела, овакво поступање је неопходно, јер се међу тим лицима — само ако су сва уведена у круг сумњивих — мора налазити и истински учинилац кривичног дјела. Без примјене принципа максимума броја осумњичених, орган унутрашњих послова се излаже врло озбиљној и реалној опасности да не пронађе учиниоца, и, што је још горе, да пријави невино лице.

Пошто се прикупљање основа сумње у погледу лица врши изван кривичног поступка и на најдискретнији начин, одговарајуће оперативнотактичке мјере нису у правилу подобне да нашкоде угледу невиних лица.

Управо ради каснијег елиминирања, овдје се помоћу индицијалних чињеница (основа сумње) врши одређивање круга сумњивих лица (поједини основи сумње — нижи степен вјероватноће да је то лице учинило кривично дјело), при чему, нарочито на почетку оперативнотактичке дјелатности, овлаштена службена лица органа унутрашњих послова морају из наведених разлога ићи широко у свом трагању.

Оперативном дјелатношћу у смислу чл. 151. ЗКП овлаштена службена лица органа унутрашњих послова често ће пронаћи читав низ лица на које се односи по нека од индиција.

Тактика и методика откривања учиниоца су тако изграђене да се траже и проналазе сва лица:

- која су била присутна на мјесту извршења непосредно пред, за вријеме и непосредно послвије извршења дјела;
- која су могла да имају мотив за извршење дјела;
- која имају тјелесна својства као и учинилац;
- посједују иста знања и вјештине;
- имају исте или сличне карактерне особине;
- посједују познавање околности које су познате учиниоцу;
- посједују средства и оруђе извршења дјела;
- уживају користи од кривичног дјела;

- на њима се испољава физичко дејство кривичног дјела;
- на њима се испољава психичко дејство кривичног дјела;
- раније су вршила истоврсна дјела на исти или сличан начин,

итд.

Свака од наведених и других индиција може да се односи — најчешће је то и случај — на више лица. Управо стога су то само основни сумње — први и најнижи степен вјероватноће. Општа сумња је проста могућност. На примјер, извршена је паљевина из политичких мотива. У селу су сумњива шесторица по свом морално-политичком лику (мотив и карактер као индиције). За свако од тих лица треба оперативном дјелатношћу по чл. 151. ЗКП утврдити да ли се код њега подударају и остале околности које обиљежавају учиниоца. Иако су сва шесторица могла имати мотив, тројица показују извјесну узнемиреност, која се може протумачити као страх од окривљавања, али је само један био присутан на мјесту извршења дјела, одијело му је прожето мирисом петролеја (индиција физичког дјеловања дјела на учиниоца), а отисак ципеле учиниоца на мјесту паљевине остављен је управо његовом ципелом.

Из круга сумњивих треба одбацити (елиминирати) сва лица на која додуже указује по неки основ сумње, али не и остали прикупљени основни сумње.

При остварењу елиминационог поступка треба бити веома опрезан и разуман, и то из два разлога. Прво, више лица могу да подијеле улоге као саучесници једног кривичног дјела, па се тада на сваког од њих односи само понеки од основа сумње. Друго, једна индицијална чињеница — у зависности од најразличитијих околности — може имати у разним ситуацијама различите узроке, и у складу са тим и различита објашњења (верзије). Војник без исправа у возу може бити дезертер, безазлено лице које је без дозволе пошло кући гоњено чежњом, или лице које је „пресједело“ допуст, па су му још и исправе украдене у возу итд.

Ради проналажења правог узрока и истинитог објашњења (истините верзије) индицијалне чињенице, потребно је планирати све реално могуће верзије. У ствари, планирање верзија није ништа друго него функција метода елимирања.

Да би се могао пронаћи онај истински узрок и дати истинито објашњење, треба испитати све могуће узроке — провјеравајући све потребне верзије — па елиминирати (искључити) оне који нису могли изазвати ону последицу, тј. основ сумње.

Послије разматрања основа прикупљених у првом захвату и накнадним оперативним радњама, стварни кривац се проналази на тај начин што се искључују невина лица на која су указали поједини основни сумње.

Лица против којих не говоре све основне индицијалне чињенице бит ће елиминирана из поступка откривања, а тко послје елимирања преостане, сматрат ће се основано сумњивим (виши степен вјероватноће).

Елери пластично изражава слиједећу мисао: нека околност утолико боље и јаче указује на одређену чињеницу (да је Петровић кривац) уколико мање указује на друге разне чињенице (да су Павловић, Пејовић, Јанковић и Сертић кривци).

Примјењујући метод елиминирања у настојању да од основа сумње створи основану сумњу, овлаштено службено лице органа унутрашњих послова испитује да ли се код осумњиченог обистињују околности које нужно обиљежавају учиниоца.

Прикључујемо се схваћању, које заступа и Gorghe, да је околност која указује на све осумњичене само вјеројатан основ сумње који утврђује само могућност. Дијалектички процес се изражава у томе што подударање сваког даљег основа сумње, гледано изолирано, не доказује још ништа друго осим те могућности.

Сасвим је јасно да слагање све већег броја основа сумње повећава вјеројатноћу да је одређено лице учинилац тог дјела или, у другој формијацији, са порастом броја околности које се сједињују код тог лица расте и вјеројатноћа да осим њега не постоји нитко други, код кога би био остварен исти стицај основа сумњи. Међутим, треба у највећој мјери узимати у обзир и квалитет тих основа сумње. Својеврсност и индивидуално комбинирање основа сумње од великог су значаја. Нисмо присталице аритметичког збира основа сумње. За нас је то питање процеса прелаза квантитета у квалитет. Тешко је рећи колико је дрвећа потребно да настане шума или колико бораца сачињава војску и у ком је тренутку наступио тај прелаз. Број игра одређену премда никако не и пресудну улогу. Многог некавалитетних основа сумње не може да прерасте у основану сумњу; обрнуто, мали број својеврсних основа сумње може да оствари основану сумњу (потребне индиције).

Када све индиције, узете као саставни доказ, указују само на одређено лице као учиниоца кривичног дјела, оно је основано сумњиво.

Видимо да се, на почетку, чињенице устанављују са мањом (основи сумње) или већом вјеројатноћом (основана сумња). Ова вјеројатноћа треба да се претвори у поузданост на основу процесне дјелатности (истраге и главне расправе). Истрага почиње са основаном вјеројатноћом (основаном сумњом, чл. 157. ЗКП-а), али се пресуда доноси на основу извјесности односно у немогућности утврђивања извјесности по принципу *in dubio pro reo* (31). Осуду је могуће донијети само ако је вјеројатност прерасла у извјесност. Ту и јесте чворно питање што разликује вјеројатност од поузданости. Увјерили смо се да највећи број процесуалиста и криминалиста на Западу сматра да суд не може стећи апсолутно сигурно знање о чињеничном стању, па су увијек дате и апстрактне могућности њиховог неегзистирања, односно другачије егзистенције, него што је то по слици коју је створио суд. Пошто се заблуда у форензичкој пракси практично не може искључити, високи степен вјеројатноће који је створен уз најсавјеснију и најисцрпнију примјену постојећих сазнајних средстава мора, према тим ауторима, да важи као истина односно извјесност. (Највећи број аутора идентифицира та два појма). По оваквом схваћању високи степен вјеројатноће је довољан чак и за смртну осуду, а поготово за временску казну, без обзира на то што она атакира на основна права и слободе окривљеног.

За нас овакав став значи кршење социјалистичке законитости. Санкцију може да оправда само осигурани извјестан резултат кривич-

(31) Види наше радове: *Правна природа пресумпције невиности*, у „Зборнику Правног факултета“ у Сплиту, 1969: *О правној природи пресумпције невиности*, „Гласник Правног факултета у Крагујевцу“, 1980, стр. 49—72.

ног поступка. Када је ријеч о слободи, части и евентуално животу човјека осуду може да оправда само оно што је извјесно, а то значи да искључује сваку могућност другачијег и супротног постојања одлучних чињеница. Вјероватност, пак, остаје увијек и свуда само овакав (нижи) или онакав (виши) ступањ мјере могућности збивања чињеничног стања.

За нас су истина и вјеројатноћа категорије гносеолошке вриједности и у теорији истине — када је ријеч о кривичном поступку — знамо само за двовалентну вриједност ставова: истина и погрешка. Према овој двовалентној логици, на основна питања у кривичном поступку морамо одговорити само са да или не (односно са *in dubio pro geo*). Вјеројатноћа није у кривичном поступку основна ни дефинитивна валенција сазнања. Тачно је да постоје сазнања граничне врло високе вјеројатноће, али није правилно да се она појмовно идентифицирају с извјесношћу. Постизање извјесности јесте онај виши принцип који омогућује суду да пронађе истину у конкретном кривичном поступку. Извјесност настаје само онда када су употребљене све криминалистичке и друге научне методе, утврђене и истражене све неопходне околности, аргументирано испитиване све могуће верзије (па и одбране), те је искључена могућност супротног или другачијег.

Зашто инсистирамо на двовалентности и одбацујемо вишевалентност сазнајних ставова? Разлог је врло прост: чињенично стање је дато једном заувјек онако какво је оно у стварности. Кривично дјело је извршено (на овај начин, овим средствима, на том мјесту, у то вријеме итд.) или није извршено. Оптужени је или учинилац или то није, *Aut — aut, tertium non datur*. Наша слика о чињеничном стању може да се мијења, употпуњује, може да буде тачна или погрешна, али кривично дјело као реално збивање јесте управо онакво какво јесте, без обзира на његов одраз у нашој свијести.

Вјеројатноћа и извјесност не разликују се само квантитативно, као што то, по нама погрешно, мисли највећи број аутора, него између њих постоји квалитативна разлика.

Извјесност није виши и највиши степен вјеројатноће него феномен који је у суштини, начелно нешто друго.

Што значи вјеројатноћа и то увијек све док она постоји? *Она може у кривичном поступку да значи само то да је сазнање органа кривичног поступка још (или дефинитивно) недовољно и непотпуно, да он не располаже онолико и онако снажним и увјерљивим доказима који су неопходни да би судачко увјерење добило квалитет извјесности. Све што је суд утврдио на основу вјеројатноће не може бити другачије него вјеројатно, а не извјесно.* За нас је вјеројатноћа остала увијек и без изнимке на нивоу верзије и осуда, макар заснована и на највишем степену вјеројатноће, остаје дефинитивно само осуда заснована на верзији. Свијест о извјесности заснована је на оствареном захтјеву да се користе строги докази, на увјерењу о утврђеној неопходној каузалној узрочности, које не допушта вјеројатноћу (могућност) супротног или другачијег.

Криминалистика и доказна теорија прикупили су и обрадиле низ примјера, који непобитно доказују да вјеројатноћа, иако врло ниска, може да буде тачна и обрнуто, *врло велика вјеројатноћа се у понов-*

љеном поступку објелоданила као судска заблуда. Обично се мисли да је вјеројатноћа високог степена много ближа истини него вјеројатноћа ниског степена, што уопће не мора да буде точно. Сматрамо да суд мора тежити за успостављавањем извјесности (искључења сваке могућности другачијег).

Већ смо изrekli мисао да откривање, додуше, почиње са вјеројатноћом али на главној расправи није у питању квантитативно нагомилавање вјеројатноће, него дијалектички скок у извјесност. Смисао вјеројатности налазимо у њеној функцији методе елиминирања у предкривичном и кривичном поступку. На другом мјесту истичемо да криминалиста планира и мање вјеројатне, па неки пут и невјеројатне верзије. Зашто је тако? Форензичка пракса показује да се у понеком кривичном предмету најневјеројатнија верзија показала као истинита, на супрот објашњењима која су изгледала највјеројатнијима. Ово форензичко искуство опомиње на опрез и доказује правилност нашег става да *окривљени не може бити осуђен зато што је вјеројатно крив*. Суд мора провјерити све могуће верзије и одбацити их као неутемељене, јер *све неспорно утврђене чињенице искључују могућност сваке друге верзије*, осим оне коју је суд усвојио као поуздано утврђену и ставио у основ своје пресуде.

Овакав прилаз проблему вјеројатности и поузданости у кривичном правосудју затвара врата шаблонизирању, произвољности и субјективизму. Суд мора створити основ за осуду у поузданости свог закључивања о чињеничном стању, полазећи од начелног става да се *поузданост не смије деградирати и свести на вјеројатност колико год она била висока*. Вјеројатноћа мора да заврши с обуставом кривичног поступка, односно ослобађајућом пресудом (чл. 171. т. 42. ЗКП, чл. 350. т. 3. ЗКП-а) уколико не прерасте у извјесност.

Сазнавање у кривичном поступку тече од незнања и почетног, непотпуног знања до поузданих знања, пролазећи тако кроз низ ступњева. Дијалектика прелаза квантитета у квалитет бави се чворним тачкама у којима су постепене количинске промјене прошле у нови квалитет, читав низ вјеројатноћа израстао у извјесност.

Појмови и изрази: „основи сумње“, „основана сумња“, „вјероватноћа у ужем смислу“ и „сигурност“ („извјесност“) нису ништа друго него такве чворне тачке у развоју кривичног поступка. Управо је у том смислу симболичан и сам назив „процес“. Поузданост је појам и термин који одговара пресуди — коначном акту док вјеројатноћа одговара самом току процеса сазнавања и стварању увјерења. Не би требало мислити да ми негирамо ступњевање код вјеројатноће. Ово ступњевање је нормална ствар и потпуно одговара пређеном току процеса (од мало вјеројатног преко више вјеројатног и високо вјеројатног па све до извјесности). Предкривични поступак и поједине фазе кривичног поступка одговарају тим градацијама: нпр. „основи сумње“ оперативној дјелатности, „основана сумње“ отварању истраге, а „извјесност“ осуди, односно пресуди (32).

Насупрот градираној вјеројатноћи, ни сам ЗКП не познаје ступњевању извјесност. Ово није случајност.

(32) Види наш рад „Разматрања неких проблема преткривичног поступка“, „13. мај“, бр. 2, 1968, стр. 39—42.

Појам извјесности може бити само једнозначан, апсолутан, јединствен, али само као резултат свих процесних радњи и мисаоних процеса који су — стварајући вјеројатност од најнижег до највишег ступња — припремали дијалектички прелаз квантитета (све веће вјеројатноће) у нови квалитет: извјесност. Уистину, како би се могао појам „извјесности“ замислити у ступњевању када он настаје, посматрано историјском методом, управо као резултат примјене двије методе: с једне стране, методе елиминирања, а с друге стране — методе акумулирања доказа. Суштина је у томе да суд не ствара прости списак индицијалних доказа и непосредних доказа, него је *сва вјештина доказивања у томе да се изгради систем доказа*, да се структурира чврста доказна зграда. Управо успјело изграђени систем доказа ствара судачко увјерење о његовој извјесности (поузданости). Систем доказа у конкретној кривичној ствари треба да буде такве квалитете да искључује могућност сваког другачијег тумачења утврђеног чињеничног стања. Овај систем доказа није хрпа појединих доказа, него њихова цјелина.

Материјалистичка дијалектика (и не само она) доказала је да цјелина представља више него суму њених дијелова. Када је једном створен систем доказа с развијеном и дефинитивном структуром њега карактеризира извјесност, а то значи све те разнородне чињенице повезане су у једну комбинацију, јер их све сједињује појава да свака од њих понаособ и све узете заједно, нису случајно тако поређане него је могуће схватити и протумачити ту комбинацију само у свјетлу једне верзије, дакле, *родила се извјесност: све су друге могућности искључене*. Образложеност, дубина и повезаност сазнања о чињеничном стању расту, по нормалном моделу, у свакој даљој фази кривичног поступка, да би у правоснажној пресуди достигли своју кулминацију: извјесност. Вјероватноћа није и не може бити извјесност, она је увијек само неизвјесност. Поузданост (увјерење да је искључена свака друга верзија, синоним за сигурност и извјесност) не може бити већа или мања, пуна или само приближна (као што то уче многи процесуалисти и криминалисти). Она је једна и безувјетна или је нема. „Доказна зграда“ постаје, на завршетку кривичног поступка, јединствен лив, нераскидива цјелина.

Мислим да овакав прилаз проблематици мири апсолутност извјесности и постепеност растења вјеројатности са захтјевом да предкривични и кривични, поступак сачувају нераскидиво органско грађење свих својих фаза, идући од почетног незнања ка све већем и, на крају, извесном знању. Поступак је све дубљи продор у непознато који се може градити само као нераскидиво јединство. „Чиста“ вјеројатноћа, лишена извјесних „честица“ извјесности, јесте заблуда: дијалектички скок вјеројатноће у извјесност јесте могућ само зато што је извјесност у одређеном смислу већ садржана у доказима који до једног момента значе само вјеројатност. Вода кључањем постаје пара и те се супротности прожимају а не метафизички супротстављају. То је случај и са таквим категоријама као што су вјеројатноћа и извјесност.

Када је ријеч о систему доказа (доказној згради), обично се, и то са правом, указује да поузданост закључка зависи од тога да ли паралелно са датим доказом теку други докази, па се извјесност налази у повезаности свих доказа. То је, сигурно, тачно, али није довољно, јер

не треба сметнути с ума да сваки поједини доказ, узет изолирано, нема нутлу доказну вриједност. Сваки индицијални доказ, узет изолирано, садржи у себи „честицу извесности“, јер потврђује чињенично стање али само с вјеројатноћом, док је нама *потребна извјесност, коју може дати само цјелина потребних доказа*. Изнијет ћемо један примјер.

Првог коловоза (33) обавијештен је око 7 сати дежурни службеник органа унутрашњих послова да је у ноћи између 31. VII и 1. VIII у селу Сарваш, опћина Осијек, убијена нека жена. Њено је тијело пронађено у винограду П. Д. „Драва“, који је од Сарвапа удаљен 15 km. Екипа за увиђај изашла је на лице мјеста у 8 сати. Убијена Маљковић Јелка из Сарвапа виђена је посљедњи пут око 22 сата у гостионици, док је 1. VIII око 4,30 сати нађена мртва. На лицу мјеста су били чити трагови борбе. Даље, нађени су трагови босих ногу и ногу у лакој вуненој обући. На лешу су констатирани три ране које су задане јако замахнутим тврдим предметом. На лицу жртве запажено је неколико огреботина. Под ноктима убијене пронађена је коса учиниоца. Пошто се између жртве и нападача водила жестока борба, створена је верзија да на учиниоцу постоје трагови физичког дјеловања убиства. Основна питања су била:

- из ког је мотива извршено ово дјело;
- с ким је жртва била у лошим односима;
- које је средство употребљено за извршење убиства;
- у чијем се посједу то средство налази;
- што је убијена радила у задружном винограду;
- у које је вријеме извршено дјело?

Примјењене су јединствено обје методе: елиминирања и акумулирања доказа.

Требало је пронаћи лице које протеклог дана није имало на себи повреде, а сада их има (индиција учествовања у дјелу).

Милиционери и оперативни радници прикупљали су сеоско оговарање како би се утврдио круг лица који долазе у обзир као могући учиниоци (сумњива лица). Сазнало се да је Јелка била удовица која је живјела сама и да је с неким мушкарцима одржавала љубавне односе, због чега се је сукобљавала с другим женама. У плану предкривичног поступка нашло се осам особа које су из љубоморе могле извршити убиство. Сазнало се да се сеоски пиљар Саратлија Славко чудно понаша, не долази у сеоску кафану, док је раније био свакодневни гост (индиција психичког дјеловања дјела на учиниоца), креће се искључиво по њивама (појавни облик индиције психичког дјеловања дјела на учиниоца), од јутра на дан увиђаја не носи више собом пољарски штап (средство извршења и индиција психичког дјеловања дјела на учиниоца), на лицу има огреботине које јучер није имао (индиција учествовања у дјелу), а по селу се препричава да би он могао бити убица.

Саратлија није могао да објасни:

- поријекло озлиједа на лицу (лоше правдање као индиција);
- гдје је пољарски штап (средство извршења);
- због чега на себи нема одијело које је носио још јуче,
- није имао алиби за критично вријеме;

- траг стопала био је његов;
- коса нађена испод ноктију жртве утврђено је да је његова.

Доказна снага ових индиција довела је кривца и до образложеног признања.

Свака поједина индицијална чињеница, узета изолирано, потврђује *themi probandae*, али не поуздано, извјесно, него с неким степеном вјеројатноће.

Саратлија је имао мотив за убиство Јелке (али су га имала и остала седморица).

Саратлија је био присутан на лицу мјеста у вријеме извршења (можда само као саучесник), што доказује отисак стопала по коме је идентифициран. Немогућност давања алибија је вишезначне вриједности, као и свака индиција: и невини људи често не могу да пруже алиби, јер крију неку чињеницу која нема везе са тим кривичним дјелом. Можда је Саратлија, као саучесник, у немогућности да пружи алиби. Али, зашто онда нема на мјесту борбе трагова стопала других лица него само његових и жртвиних? У селу није нитко изгребан осим Саратлије, а судски медицинар је испод жртвиних ноктију нашао честице ткива с крвном групом Саратлије. Поред тога, вјештачењем је утврђено да су огреботине на његовом лицу сасвим свјеже и потичу вјеројатно од људских ноктију. Свједоци исказују да пољар дан раније није био изгребан. Саратлија није умιο објаснити што је с његовим одијелом које је још јучер носио. Претресом стана оно није пронађено. Коса нађена испод жртвиних ноктију одговарала је његовој коси. Друга, трећа и четврта итд. индиција потврђују тему доказивања, свака за себе непоуздано, не с извјесношћу него само с вјеројатноћом. Подударност двије или више индиција може добити још увијек два различита и супротна тумачења: прво, да су се индиције случајно стекле, па нису у узрочно-последичној вези и, друго, да су се оне стекле управо у оквиру једне исте узрочно-последичне везе. Огреботине на лицу могао је Саратлија задобити у борби с неком другом женом коју је силовао, а она ћути. Пољарски штап могао је да разбије том приликом итд.

Али, ако овим индицијама додамо пету, шесту, седму итд. индицију, поготову јаким квалитета, чија је узрочно-последична веза с дјелом ближа, јаснија, нпр. коса испод ноктију, траг стопала који је тако ситуиран да је изван сваке сумње његов, постанак у вези с извршењем убиства итд., вјеројатноћа случајног подударања сваке поједине индиције бит ће анулирана, а судско ће вијеће стећи увјерење о извјесности овог целокупног индицијског доказа, који ће се још повјерити и поткријепити његовим околностим признањем.

Да ли се сједињене ове индиције појављују као прости аритметички збир? Зар нисмо добили нови квалитет који није постојао ни код једне изолиране индиције? Зар овај примјер не доказује нашу тезу о дијалектичком скоку квантитета у квалитет, о томе да је цјелина доказа квалитативно нешто друго него збир њених дијелова (свих појединих индиција или непосредних доказа). Вјеројатноћа је прерасла — и то снагом објективности — у извјесност. А то значи да је суд стекао увјерење да је Саратлија извршио убиство; да су сви други искључени као могући учиниоци. Свако друго тумачење, свака друга могућност је толико фантастична као „Едингтоново чудо“ (вјеројатност да ће мајмун

ударајући по типкама писаће машине сасвим случајно „написати“ пјесму или причу).

Ми признајемо велико значење судачког унутрашњег увјерења, али му не можемо приписати улогу критерија путем кога суд постиже извјесност сазнања. Увјерење суда, па и онда када је извјесно, увијек је субјективно. Оно може, дакако, бити правилно, али и погрешно. Увјерење у истинитост судског расуђивања (извјесност) истинито је једино у случају ако оно правилно одражава објект спознаје. Ова извјесност настаје као резултат оцјене доказа, а то значи, да оно, то увјерење, не може служити као критериј за оцјену тих доказа, јер би то онда значило да се увјерење (извјесност) појављује као критериј самог себе. Многи писци нису у стању изнаћи критериј истине, јер не узимају у обзир марксистичко учење о пракси као критерију истине. Они раскидају везу између субјекта и објекта, док нама пракса, која једина разрешава протурјечје између субјекта и објекта, служи као основа спознаје и јединствено мјерило истине. Маркс је створио материјалистичко-дијалектичко схваћање односа субјект-објект унутар кога реални, конкретни, хисторијски човјек од реалног свијета чини свој објект, мијења га и претвара у објект управо својом практично-предметном дјелатношћу. Материјална пракса је реални процес узајамног дјеловања између субјекта и објекта. Маркс и Енгелс не сматрају да је субјект мишљења, свијест, него је то чулно-предметни човјек. Субјект је друштво-човјечанство на конкретном ступњу хисторијског развоја, са својим производним и интелектуалним снагама.

Материјални свијет постаје објектом у оној мјери у којој субјект себи присваја свијет својом практичном и теоријском дјелатношћу. Практика је дијалектичко јединство субјекта и објекта, њихово узајамно дјеловање. Субјект и објект се увијетују међусобно, без субјекта нема објекта и обрнуто. Однос субјект-објект представља у ствари двије, нераздвојно повезане стране сваке, па и кривичнопроцесне дјелатности. Питање о подударности, односно неподударности судске спознаје са стварношћу кривичног дјела мора остати неријешено ако се критериј истине не тражи у пракси него у области сазнања. Маркс је казао у својој другој тези о Фојербаху: „Питање да ли је људском мишљењу својствена предметна истинитост — није питање теорије, него практично питање. У пракси човјек мора доказати истину, тј. стварност и моћ свог мишљења, да је оно од овог свијета. Спор о стварности или нестварности мишљења које се изолирало од праксе, чисто је сколастичко питање.“ Неки писци, тражећи мјерило истине на релацији: ум суца који спознаје — кривично дјело нису у стању, због таквог приступа, да изнађу објективни критериј истине, те су принуђени да се у свом трагању за критеријем обрете унутрашњем увјерењу. Због тога западају у неријешиву дилему: како одијелити истину од заблуде? Ако се унутрашњем увјерењу призна да је критериј истине, произлази да је истина субјективна, правичка, релативна, да је она због тога и док је суд увјерен у то и да се, на крају, и не може знати да ли је правомоћном пресудом утврђена истина. Тко не уважава праксу као критериј истине у кривичном поступку мора потражити неки „други, сигурни извор сазнања“ који, дакако, изван стварности праксе не постоји и, са жаљењем, онда констатирати да суд не може знати да ли је установио истину.

Аргументација таквог скептицизма заснива се на тези да је сазнање збир теоретских поставки, чија се истинитост мора утврдити путем одређеног критерија. Тврдња да је неки критериј прави критериј судске истине је такођер теоретске природе, који онда такођер треба провјерити путем новог критерија. Како се тај критериј не може пронаћи, јер су теоретски ставови код таквог прилаза вјештачки одвојени од праксе, јасно је да се ова аргументација заснива на погрешном тумачењу — како постанка тако и природе сазнања у кривичном поступку. Истичући праксу као критериј истине у кривичном поступку, ми откривамо објективни карактер сазнања, што ће рећи да је оно одраз објективне стварности, али и уједно да је тај одраз резултат судске праксе. Коријени сазнања налазе се у објективној стварности. Сазнање је неодвојиво од праксе, теорија и пракса су јединствени. Супротстављањем теорије и праксе, многи су аутори вјештачки створили скептицистичку проблематику критерија судске истине.

Учење о пракси као критерију истине — једно од најзначајнијих учења марксизма — најбоље показује да се материјалистичка дијалектика не односи само на питање да ли је суд уопће у могућности да установи праву истину о чињеницама што их утврђује у кривичном поступку, него он исто толико изграђује и учење о томе да ли суд, у моменту изрицања пресуде, може бити увјерен у то да је у својој пресуди утврдио објективну истину о чињеницама. Материјалиста дијалектичар одговара позитивно на оба питања. Када тврдимо да извјесност настаје само онда када су употребљени сви криминалистички и други научни методи, правилно и стручно утврђене све неопходне околности, аргументирано испитане све могуће верзије, па је искључена могућност супротног или другачијег, то не значи ништа друго него да је у проналажењу и оцјени доказа примијењен критериј праксе. Суд мора бити сигуран не само да је употребио најправилније и најадекватније методе, него и да је точно утврдио све кривичноправно релевантне чињенице. У супротном, он ће примијенити принцип *in dubio pro reo*.

Законодавац није увео институт понављања кривичног поступка због тобожњег стајалишта да се никада не може са сигурношћу тврдити да истина о чињеницама утврђена у осуди неће касније бити демантирана, него на основу искуства да се догађају и судске заблуде. Мали број поновљених поступака и захтјева у том смислу, свједочи, између осталог, да је осјећање увјерености највећег броја судских вијећа накнадно прећутно потврђено као точно и да је при доношењу судске пресуде могуће не само имати то осјећање него га и накнадно верифицирати.

Унутрашње увјерење, као и сумњање, имају свој основ у објективној стварности, јер се чињенице појављују као извори интелектуалних емоција и расуђивања. Извјесност настаје у процесу борбе са сумњањем, у преовладавању сумњања, јер је створен и изучен систем доказне зграде, ушло се у фазу која више не значи недовољност доказа. Процес (судског) спознавања тече од незнања и почетног непотпуног знања до поузданог знања, које чини садржину извјесности. Овдје је важно истаћи да се оцјена доказа врши кроз читав поступак, а не само на главној расправи и да се „истраживање креће од могућег и вероватног до веродостојног и истинитог“ (34).

(34) Д. В. Димитријевић, *Кривично процесно право*, Београд, 1982. стр. 187.

На почетку, у предкривичном поступку, када баратамо тек „основима сүмње“ немамо у свијести оперативаца одражен систем индиција, јер још недостају не само многе чињенице него и сасвим прецизне везе међу онима откривенима, као евентуалним елементима једног будућег система (провизорне „основане сүмње“, чињеничног стања утврђеног пресудом). Границу између несистемног и системног знања нашла је материјалистичка дијалектика у цјеловитости, интегританости, потпуности и сугласности свих потребних елемената (доказа).

Кривични поступак је, посматран гносеолошки, „доказивање, подчињено законима правилног мишљења, представља кретање од познатог ка непознатом до потпуног и правилног сазнања кривичне ствари... доказивање у процесном смислу означава систематски састав оперативних активности... Систематски оперативни састав доказивања чине откривање, извођење, проверавање и оцена доказа“ (35).

Кривични поступак, као нераздјиљива цјелина, гради своје фазе органски, идући од почетног незнања ка све већем и на крају, извјесном знању. До истине долазимо у јединственом процесу прерастања вјеројатноће у извјесност.

Категорије „вјеројатност“ и „извјесност“ супротне су, јер је то и сама објективна стварност. Протурјечности објективне стварности морају наћи свог одраза у мишљењу, задржавајући вид протурјечности. Ове протурјечности су превазишле ограничености формалне логике. Два протурјечна суда могу бити истовремено истинита уколико је у њима изражена протурјечност стварности.

Закон протурјечности формалне логике није довољан ако мисао мора да одрази процес мијењања и развијања, што је управо случај у кривичном поступку. У таквом случају наше мисли имају другачију логичку структуру — тврђење и одрицање не само да се не искључују него чине истовремено нераскидиво јединство. Протурјечна природа ствари наћи ће тада израза у формама мишљења које би формална логика сматрала грешкама.

Наиме, дихотомично супротстављање је једнострано јер протурјечности доживљава као вањске и не признаје дијалектички закон јединства супротности.

„Идентитет супротности... јесте признање (откривање) противречних, *узајамно се искључујућих*, супротних тенденција у свим појавама и процесима“ (36).

Под дијалектичком протурјечношћу схваћамо чињеницу да супротности, које творе дијалектичну протурјечност, једна другу увјетују, једна без друге не могу да опстоје, *могу да пређу једна у другу* (вјеројатноћа у извјесност).

У погледу везе, која постоји између вјеројатноће и извјесности, неки аутори гријеше, утолико што потпуно раздвајају обе појаве и оба појма. Ово апсолутно супротстављање оба појма није спојиво с дијалектичким начином мишљења. Једна од основних црта марксистичке дијалектике састоји се у покретливости појмова, еластичности протурјечности, које у кретању могу да прерасту у подударност. „Свестрана, универзална гипкост појмова, гипкост која иде до идентитета супротности — ето шта је битно. Гипкост примијењена објективно, тј. гипкост

(35) В. Димитријевић, *оп. cit.*, стр. 168.

(36) Лењин, *Филозофске свеске*, стр. 351.

која одражава свестраност материјалног процеса и његово јединство, јесте дијалектика, јесте правилно одражавање вечног развоја света“ (37). Дијалектичко мишљење твори флукутирајуће дијалектичке појмове и не признаје круте, међусобно се искључујући супротности, него зна само за такве дијалектичке протурјечности које стално прелазе једна у другу, прожимају се и међусобно су повезане са тисућу нити.

Спорна је била наша тврдња да вјероватноћа може имати разне квалитете уколико се њени ступњеви и квалитативно разликују (38). С правом је приговорено да сам упао у логичку грешку „*petitio principii*“ тврдећи да постоји квалитативна разлика између „основа сүмње“, „основане сүмње“ и „извјесности“, а затим сам први појам одредио с мањом, други са већом вјеројатноћом, што очито упућује на квантитативну разлику. У ствари, вјеројатноћа је квантитативна категорија, а извјесност онај квалитет који се тражи за осуду.

Хтио бих нагласити да се у кривичном поступку ради о јединственом процесу доказивања (сазнања). На почетку постоје тек изолиране, неповезане основе сүмње које не допуштају структурирани систем доказа (основи сүмње могу ићи од опће, тек наговијештене, наслућене сүмње до сасвим одређених основа сүмње, који су, међутим, тако незнатног квантитета и слабог квалитета да је вјеројатноћа као мјера могућности сасвим још незнатна, слаба). Овакви основи сүмње налажу органима предкривичног поступка да на описани начин прикупљају даље основе сүмње не би ли се сүмња распршила или, обрнуто, постигла основана сүмња (већи ступањ вјеројатноће), која, јер је још увијек само вјеројатноћа, не постиже сасвим други, нови квалитет. Сада већ имамо сасвим привремено и провизорно *донекле* структурирани „систем доказа“, који увијек показује веома лабав ниво привремене цјеловитости, интегрираности и сугласности свих њених елемената. Тај ниво још није прешао границе вјеројатноће, јер управо у кривичном поступку, треба подузети све потребне радње, чији ће резултати побити ту вјероватност или је уздићи до извјесности. Како се и даље крећемо унутар вјеројатноће, она још увијек има исти квалитет. Суд не ствара прости списак индицијалних и непосредних доказа, него је управо задатак (и вјештина) доказивања у томе да се *изгради систем доказа*. На почетку истраге овај се систем појављује као провизоран, још непотпун, непровјерен то је систем чија структура није чврста, сугласност није дефинитивна, интегрираност тек привремена. Због ових својстава имамо још увијек посла само с вјеројатноћом, иако већег ступња. Баш због тога што повећани квантитет (коме одговара и одређена правна последица: отварање истраге) не прелази границу мјере, немамо посла с извјесношћу него још увијек с вјеројатношћу, коју треба да рашчисти истрага. Нагомилане квантитативне промјене нису још довеле до потребне квалитативне промјене: извјесности. И законодавац тако гледа на ствар. То се види из одсуствовања правних последица у тренутку појављивања основа сүмње (у односу на осүмњиченог), док на постојање основане сүмње надовезује обавезно вођење истраге. Уколико су толико битно различите и далекосежне последице кад је ријеч о основаној сүмњи, нама не преостаје ништа друго него да ту стварност одразимо у зак-

(37) *Ibid*, стр. 98.

(38) Усп. ауторову дисертацију: *Вриједност идентификационих трагова за утврђење чињеница у кривичном поступку*, Сплит, 1969, стр. 336—337.

ључку да постоје вјеројатноће веома различитих квантитета. Није квантитет различит зато што је законодавац нормирао такво рјешење, него ствар стоји обрнуто: законодавац је предвидио таква рјешења, јер пракса има посла с вјеројатноћама веома различитог квантитета. Квантитативна промјена је таква да се тиме објашњава што ЗКП везује поста-
нак конкретног кривичног поступка баш за основану сумњу.

Рјешење замршене проблематике нашли смо у марксистичкој теорији система. Цјелина није хаотичан, сумативан систем. Њој је својствена организираност. Док код неорганизованих збирова (основа сумње) везе међу њиховим дијеловима могу имати само случајни, вањски, небитни карактер, цјелина (пресуда) представља узајамну, унутрашњу повезаност саставних дијелова. Цјелину карактеризира квалитет, суму више квантитет. Унутарња детерминираност цјелине њеним дијеловима објашњена је управо припадањем сваког тог дијела цјелини. Сваки дио је постао функција цјелине (усп. примјер Саратлије), изражавајући индивидуалност (доказну вриједност) цјелине. Као што цјелина није замислива без дијелова који су функционално урасли у цјелину, тако ни дијелови нису то и не могу опстати уколико не врше ту улогу. Погрешност сумативног прилаза цјелини доказује то што цјелина не настаје уколико елементи (основи сумње) које уводимо у комплекс доказа, не хармонирају унутарњом уклопљеношћу.

Основи сумње нису систем и стога не могу изазвати правне посљедице (отварање истраге). Систем (цјеловитост) доказа мора се одликовати интегрираношћу и потпуношћу. Тек је такав систем подобан да створи извјесност. *Квалитет и није ништа друго него цјелокупност, систем. Управо стога основана сумња не може бити тај нови квалитет. Она је тек наговјештај евентуалног чврсто интегрираног система доказа, вјероватноћа таквог система.* Она је управо толики квантитет, вјеројатноћа вишег ступња (од основа сумње), таквог и толиког да је потребна истрага. Истрага, руководећи се пресумпцијом невиности (што одговара управо вјеројатноћи) има за циљ да стање кривичне ствари рашири у тој мјери да би јавни тужилац могао одлучити хоће ли подићи оптужницу или одустати од кривичног гоњења (чл. 157. ЗКП). Може се догодити да истрага прикупи још снажније доказе па вјеројатноћа прерасте у свој још већи ступањ.

Међутим, то су још увијек квантитативне промјене у оквиру дате границе мјере, а ова није ништа друго него јединство квантитативних и квалитативних страна доказа. Како то схваћамо?

Ако је кривични поступак процес, а спозната судска истина истина-процес, онда се кретање судског сазнања од почетног незнања до потпуног знања о кривичној ствари може вршити само према закону преласка квантитативних промјена у квалитативне и обратно. Промјена структуре мора довести до промјене квалитета. Квантитет је одређеност појаве бројем, величином, опсегом или слично. Дијалектичар зна да између количинске карактеристике појаве и њеног квалитета постоји веза. Промјена квалитета значи и непосредно промјену самог објекта. Сваки кривични догађај има своју унутрашњу одређеност. Квалитет је цјелокупност црта, захваљујући којима се конкретни кривични догађај разликује од истородних. Између количине и квалитета постоји унутрашња веза, која се изражава у категорији мјере. Одређеном квалите-

ту не одговара било какав него сасвим одређени квантитет. Сваки квалитет има „свој“ квантитет. Квалитет и квантитет су међусобно дијалектички повезани и наступају као јединство супротности. Квалитативна одређеност без квантитативне не постоји, као ни обрнуто. Јединство и склад квалитативних и квантитативних страна кривичног догађаја изражава се у мјери. Увијек постоји точка од које количинско мијењање доводи до квалитетне промјене. Ова се точка назива границом мјере. Ако се у појави збивају квантитативне промјене, оне не утичу на квалитет док се крећу у оквиру појаве. Када се мјера наруши, квантитативне промјене се одражавају на квалитативно стање. Квантитет је прешао у нови квалитет. Квалитативне промјене са своје стране доводе до квантитативних. Појава новог квалитета значи темељиту промјену објекта спознаје. Квалитативно нови објект има и нове квантитативне карактеристике. Има нову мјеру. Квалитет је јединство структуре и њених саставних елемената. Он је објективан. Резимирајмо.

Не постоји таква појава, па ни конкретни кривични поступак, који не би био подложен категорији мјере као јединству његове квантитативне и квалитативне одређености. Нема кривичног догађаја код кога количина не би била повезана са квалитетом, гдје одређеном квалитету не би одговарала одређена количина доказа. Свакако да квалитативна анализа има првенство над квантитативном, али је увијек неопходно открити квантитативно-квалитативну одређеност, а то значи мјеру доказаности (разни ступњеви вјеројатноће, извјесност).

Насупрот градуираној вјеројатноћи, ни ЗКП не позна степенувану извјесност. Извјесност је увијек само једнозначна, апсолутна и то као резултат свих процесних радњи и одговарајућих мисаоних процеса, који су слиједили вјеројатност од најнижег квантитета (неквалитета односно квалитета несистема), без икакве структурираности, па преко већег ступња — основане сумње — провизорног система, још у зачетку и непотпуног, привременог, затим још већег ступња (резултата истраге), припремали дијалектички прелаз квантитета (све веће вјеројатноће) и квалитета у нови квалитет: извјесност. Извјесност је настала као резултат примјене двају метода: с једне стране, метода елиминирања, а с друге стране метода акумулирања доказа. Извјесност је увјерење судског вијећа да је постигнут систем доказа такве квантитете и квалитете (мјере) да је искључена могућност сваког другачијег тумачења чињеничног стања.

Дијалектички скок вјеројатноће у извјесност могућ је и нужен само зато што је извјесност у одређеном смислу и граници садржана у сваком поједином доказу (елементу), који до једног момента значе само вјеројатност. *Извјесност превазилази вјеројатноћу, она је укида, али истовремено у себи апсорбира. Извјесност се налази у повезаности свих доказа који би, сваки за себе, значили само онај или овај ступањ вјеројатноће.* Сваки поједини доказ, узет сам за себе, нема нулту — доказну вриједност него садржи у себи „честицу извјесности“, јер, додуше, потврђује чињенично стање, али само с вјеројатноћом, док је суду потребна извјесност коју може дати само цјелина потребних доказа. Тврдња да субјективна увјереност није критериј истине него да је то пракса, објашњава како ће судско вијеће провјерити своју увјереност да је постигло извјесност. Претварање вјероватноће у извјесност збива се

у његовој свијести (вијећа) као одраз кривичног поступка и то управо у виду прелаза квантитета у квалитет (и обрнуто). Није у питању злоупотреба него примјена дијалектичког учења о појави, која се у дјелатности суда стално и свакодневно догађа.

Тражити од теорије да одреди момент анализираног скока могуће је само у области природних наука. Тако, жељезо загријано до 30°C још је увијек тврдо, а то је и на 1530°C. Али, ако се топлоти која стално расте дода још само за 9°C, на 1539°C жељезо ће постати жито.

Утврђивање границе мјере у свакој конкретној кривичној ствари припада надлежном органу кривичног поступка. Задатак је теорије само да објасни природу и тенденцију појаве.

*Dr. Vladimir Vodinelić,
Retired Professor of the Faculty of Law in Kragujevac*

THE ISSUE OF DOUBT IN CRIMINAL PROCEDURE

Summary

This study is a final result of author's theory on doubt in criminal procedure.

In his introduction the author applies dynamic principle to the following notions: general doubt, foundations of doubt, reasonable doubt and doubt (probability in its narrow meaning).

After the introduction the following controversial issues are treated in the study: whether the doubt can be distinguished from probability; the author criticizes the viewpoint of some Yugoslav experts in criminal procedure according to which the doubt is but a degree of certainty; the attention is also paid to theoretical consequences of the provisions contained in article 271, sub-paragraph 4 of the Law on Criminal Procedure, and a logical, system and teleological analysis has been done of article 158, paragraph 3, 157, paragraph 1 and 174 of the same Law.

In the remaining part of his study the author considers the system-structural approach to the categories of probability, certainty and truth — in the sphere of criminal procedure.

*Dr Vladimir Vodinelić,
ancien professeur à la Faculté de droit à Kragujevac*

DU DOUTE DANS LA PROCEDURE PENALE

Résumé

L'article représente l'achèvement de la théorie sur le doute dans la procédure pénale, développée par son auteur.

Dans l'introduction, l'auteur adopte une approche dynamique dans l'examen des notions de doute général, des fondements du doute, de doute fondée, et de doute, en tant que probabilité au sens restreint du terme.

Par la suite, il cherche à savoir s'il existe une différence entre la notion de doute et celle de probabilité. Il procède par ce biais, à la critique de la thèse dont certains processualistes yougoslaves se sont inspirés et qui conçoit le doute comme un des degrés de certitude. L'auteur accorde une attention particulière aux répercussions théoriques des règles contenues dans l'article 271. point 4 du Code de procédure pénale pour passer ensuite à l'analyse systématique, logique et téléologique des articles 158. al. 3, 157. al. 1 et 174. du même Code.

À la fin, l'auteur examine avec précisions et d'une approche systématique et structurale, les catégories de probabilité, de certitude et de vérité dans la procédure pénale.

*мр Весна Клајн-Татић,
истраживач-сарадник Института друштвених наука у Београду*

НАКНАДНИ РОК ЗА ИСПУЊЕЊЕ КАО УСЛОВ ЗА РАСКИД УГОВОРА О ПРОДАЈИ

1. ПОЈАМ НАКНАДНОГ РОКА

а) Континентални правни системи и Једнообразни хашки закон

1. Уколико рок није битан састојак уговора, купац је, по правилу, дужан да продавцу у доцњи пружи још једну (последњу) шансу да своју обавезу испуни, путем остављања накнадног (допунског) рока у коме продавац треба да му преда дуговану ствар. То је правило већине националних права, осим скандинавског, совјетског и англосаксонског (1). Накнадни рок може се одредити пуноважно тек после наступања доцње или бар истовремено са њом. После наступања доцње рок се, начелно, може одредити у било које време док постоји право купца да тражи испуњење. Накнадни рок се оставља за испуњење дуговане чинидбе, и то мора бити недвосмислено казано. Њега може одредити само купац. Саопштавање о остављању накнадног рока може се учинити и усмено, јер писмена форма није обавезна (2). Сматрамо да је овлашћење купца да одреди накнадни рок у било које време по наступању доцње највећи „камен спотицања“ у проблематици последица доцње, односно остварења купчевих права на основу продавчеве доцње. Овлашћење дато купцу да одреди накнадни рок у било које време док постоји његово право да тражи испуњење, раба неизвесност о судбини посла и у односима страна уговорница кад једна од њих крши обавезу доцњом. Како је поменуто овлашћење купца правило континенталних права, то га не би требало тумачити буквално, већ би ваљало узети у обзир начело савесности и поштења и то у односу на обе стране уговорнице. Продавцу, на пример, не би требало допустити приговор да је купац чекао сувише дуго у намери шпекулације, јер је он увек могао да спречи ту шпекулацију испуњењем своје обавезе или стављањем купца у доцњу (3). Дешава се, међутим, да наши судови повлађују несавес-

(1) Чл. 1610. француског ГЗ; чл. 107. швајцарској ЗО; чл. 1453. италијанског ГЗ; пар. 918 аустријског ГЗ; пар. 326. ст. 1. немачког ГЗ; чл. 491. пар. 1. пољског ГЗ; пар. 86. и 93. Цивилног законика НДР; пар. 237. ЗМТ ЧССР; чл. 126. 126. 300.

(2) Пресуда Врховног привредног суда Сл-202/56 од 12. марта 1956. — Р. Копанић — Т. Велимировић, *Опште узане за промет робом са објашњењима и судском праксом*, Београд, 1974. стр. 317.

(3) Јаков Радншић, *Време и рокови у уговорним облигационим односима и правне последице њиховог непридржавања*, Реферат поднет на саветовању о садржини Закона о облигацијама, одржан у организацији Института за упоредно право у Загребу од 15—17. I 1970, стр. 4—5.

ном продавцу који злоупотребљава своје право на накнадни рок, јер терају купца да му га остави чак и у случају ако нема уговорену робу на складишту (4). Одуповлачење са давањем накнадног рока, по правилу, не иде на штету продавца. Но, не би било исправно ни купцу допустити да са његовим одређивањем пређе границе уобичајене у правном промету. У пресуди Врховног привредног суда Сл-2611/71 од 3. августа 1972. године заступа се став да накнадни рок треба дати у разумном року од тренутка наступања доцње (5).

2. За време трајања накнадног рока продавац још може пуноважно испунити своју обавезу, под условом да то учини у року, тј. последњег дана рока у оквиру уобичајеног радног времена. Задоцњење од макар само неколико часова може продавца лишити права да обавезу испуни. Но, купац то не сме злоупотребљавати. Ако је испуњење понуђено, додуше, после истека рока, али у тој мери благовремено да се циљ уговора још може постићи и, ако купац још није предузео одговарајуће радње да се намири на другој страни, он не сме одбити чинидбу (6).

3. Путем одређивања накнадног рока купац обезбеђује себи право на раскид, односно ограничава продавчево право на накнадно испуњење. Кривица продавца у доцњи није претпоставка за одређивање накнадног рока (7). „Сврха је остављања накнадног рока да уговору верна страна (купац) упозори задоцнелог продавца да ће, по неуспешном истеку накнадног рока, повући консеквенце предвиђене законом. Изјава продавца да ће своју обавезу испунити у 'извесном времену' нема значај купчеве нотификације о остављању накнадног рока (8)". Накнадним роком даје се продавцу могућност да ублажи последице своје доцње (9). Једнострано раскид по протеклу накнадног рока наступа без обзира на кривицу продавца (10). За штету због задоцњења са испуњењем одговара и продавац коме је купац дао примерени накнадни рок за испуњење (чл. 262, ст. 3. Закона о облигационим односима). Због доцње продавца, дакле, купац не може без даљњег раскинути уговор, па ни код уговора код којих је дан доспелости тачно одређен (осим код фиксних уговора и у случајевима који су са њим изједначени); он је дужан да остави продавцу и накнадни рок. То је пракса и југословенских оудова (11).

(4) Пресуда Врховног привредног суда Сл-2126/69 од 15. I 1970, „Збирка судских одалука“, књ. XV, св. 2, 1970, одал. бр. 221.

(5) Р. Кашанин — Т. Велимировић, *op. cit.*, стр. 321.

(6) Н. Becker, *Kommentar zum schweizerischen zivilgesetzbuch* Band VI, *Obligationenrecht*, I Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Bern, 1941, стр. 554—555.

(7) *Ibid.*, стр. 550.

(8) Пресуда Врховног привредног суда Сл-464/56 од 16. маја 1956. — Р. Кашанин — Т. Велимировић, *op. cit.*, стр. 318.

(9) Пресуда Врховног привредног суда Сл-471/71 од 19. октобра 1971. — Р. Кашанин — Т. Велимировић, *op. cit.*, стр. 321.

(10) Чл. 1184. и 1610. француског ГЗ; пар. 86. Цивилног законика НДР; пар. 237. ЗМТ ЧССР; чл. 477. и 480. пољског ГЗ; чл. 126. ст. 2. ЗОО.

(11) „Купац због закашњења продавца с испоруком доспелог оброка може одустати од уговора тек по остављању примереног накнадног рока за испоруку“. — Решење Врховног привредног суда Сл-2381/67 од 12. II 1968, „Збирка судских одалука“, књ. XIII, св. 2, 1968, одал. бр. 225; „Закашњење није разлог за раскид, осим ако дужник злонамерно избегава испуњење уговорне обавезе“. — Решење Врховног привредног суда НР БиХ Гж-283/56 од 9. XI 1956, „Збирка судских одалука“, књ. I, св. 3, 1956, одал. бр. 680; види и Пресуду ВПС Југославије Рев. 10/70 од 23. I 1970, „Збирка судских одалука“, књ. XV, св. 2, 1970, одал. бр. 148.

4. Из саме чињенице да је одређен накнадни рок не мора произлазити и купчево опредељење за неко од права која му закон даје за случај доцње, односно неиспуњења. Тек у случају да продавац не испуни своју обавезу ни у овом року, купац стиче право да уговор раскине. То значи, другим речима, да купац не може вршити избор својих права пре него што стекне право на раскид (12). Но, условљавање права на раскид давањем накнадног рока, и безуспешан протек тог рока, не производи исто дејство у свим европским законодавствима. Док нека законодавства омогућавају купцу да свој избор права, односно право на раскид, оствари пре или после безуспешног протекла накнадног рока, дотле друга ограничавају купца наређујући му да то учини већ приликом остављања накнадног рока.

5. Према Општим узањсама за промет робом, на пример, купац је могао запретити раскидом уговора или унапред или по протеклу накнадног рока. Дејства одустања од уговора наступају кад дужник прими саопштење (уз. бр. 216). До саопштења да одустаје од уговора или да ће сам извршити дуговану радњу, односно да ће закључити уговор са трећим лицем да је оно изврши, купац може захтевати испуњење обавезе од продавца, као што је и продавац може испунити накнадно, без купчевог позива на испуњење и давање накнадног рока (уз. бр. 214). То становиште је подупирала и судска пракса: „Продавац који је у доцњи са испоруком робе овлашћен је да робу испоручи све док му купац не саопшти да раскида уговор због доцње продавца“ (13). Судови су препуштали купцу могућност да свој раскид изјави унапред или тек по безуспешном протеклу накнадно остављеног рока, у зависности од околности случаја. Тако је, на пример, Врховни привредни суд у пресуди Сл-1815/70 од 10. децембра 1971. заузео становиште да поверилац који се због закашњења дужника определио за раскид уговора и када је остављајући накнадни рок за испоруку изричито нагласио да после протекла рока раскида уговор, није дужан да и после истека тог рока обавести дужника о томе (14). Ни по швајцарском праву претња раскидом не мора бити учињена унапред. После истека рока повериоцу се остављају три овлашћења: а) право на испуњење поред права на накнаду штете због доцње; б) право на „позитивни уговорни интерес“ уз одрицање од накнадног реалног испуњења; в) право на одустанак од уговора и на „негативни уговорни интерес“ (15). Право да саопшти раскид после примереног рока предвиђа и чехословачки Законик међународне трговине (пар. 288. ст. 1). Пољски Грађански законик прописује право повериоца на испуњење или на раскид и по безуспешном протеклу накнадног рока (чл. 491. пар. 1). Једнообразни хашки закон усваја решење аналогно решењу швајцарског права. Правно дејство безуспешног

(12) Слободан Перовић, *Облигационо право*, I, 1980, стр. 515; С. Перовић, *Поверничко право избора у случају доцње дужника по Општим узањсама за промет робом*, „Правни живот“, 1960, бр. 3—4, стр. 31, 39.

(13) Пресуда Врховног привредног суда Сл-2005/69 од 17. VI 1970; — Р. Капанин — Т. Велимировић *ор. cit.*, стр. 334; Капор Владимир: *Уговор о куповини и продаји робе — Тулач опшних узањси за промет робом*, IV издање, Београд, 1961, стр. 209.

(14) „Збирка судских одлука“, књ. XVI, св. 1, 1971, бр. 127. Исто становиште заступљено је и у пресуди Врховног привредног суда Сл- 2126/69 из 1970, — „Збирка судских одлука, књ. XV, св. 2, 1970, одл. бр. 220.

(15) Наклада „позитивног уговорног интереса“ ставља купца у ситуацију као да је уговор извршен, а наклада „негативног интереса“ у ситуацију у којој би се налазио да уговор није уопште закључен. Разликовање „позитивних“ и негативних интереса, међутим, ни у законодавству, ни у теорији није спроведено, и спорно је кад се говори о накнади штете због неиспуњења (напомена — В. К.); О томе више: Becker, *ор. cit.*, 555.

протека накнадног рока састоји се у томе да небитно кршење обавезе претвори у битно и омогући купцу да бира између захтева за испуњење и права да уговор раскине (чл. 27. ст. 2. у вези са чл. 26. ст. 1). Овакво решење усвојено је ради заштите интереса купца који може бити неоправдано оштећен губитком права на предају ствари. На пример, трговац папиром је одбио у августу 1914. године да испоручи продату количину папира и зато је платио после раскида уговора минималну накнаду штете, јер је цена папира у почетку рата незнатно скочила. Касније он овај папир продаје са великом добити, док купац, услед несташнице папира, није био у могућности да га на другом месту набави (16). Дакле, повољност решења да купац и после накнадног рока задржи право на испуњење је у томе да омогућава купцу да му прибегне кад је то једини начин задовољавања његових потреба, а није у могућности да изврши куповину ради покрића.

У правној литератури заступљено је становиште да не би требало терати повериоца (купца) да већ унапред каже да ће уговор раскинути, јер се може десити да се предомисли, пошто се покаже да му испуњење још увек одговара. Његове присталице сматрају да је најприхватљивије оно решење које препушта купцу могућност да свој раскид изјави унапред или по неуспешном протеклу накнадног рока (17). Моменат стицања права на раскид, па самим тим и могућност избора права, може бити и одмах по истеку уговореног рока, у случајевима у којима је давање накнадног рока бескорисно (18).

6. Нека континентална законодавства, међутим, не дају купцу слободу да било пре, било после протекла накнадног рока изјави раскид уговора, односно којим правом жели да се користи због доцње продаваца. Према аустријском Општем грађанском законнику (пар. 918) купац који хоће да раскине уговор дужан је да унапред, онда кад одреди примерени рок за накнадно испуњење, изричито саопшти дужнику да ће одустати од уговора ако извршење продавчеве обавезе изостане и у овом року. Такво правило садржи и немачки Грађански законик у пар. 326. По немачком праву опомена, накнадни рок и изјава о раскиду могу се дати истовремено (19). Исто становиште усваја и италијански Грађански законик (чл. 1454, ст. 1).

Захтев ових правних система да се приликом давања накнадног рока истовремено да и изјава да ће се уговор раскинути, уколико и тај рок неуспешно протекне, не изгледа довољно оправдан. У уговорним односима треба поштовати не само интересе дужника, него и повериоца. Ако продавац не испуни своју доспелу обавезу, а купац му давањем накнадног рока пружи још једном прилику да је испуни а он је пропусти, онда је то довољан разлог да купац веран уговору раскине исти. Зашто би купац био још дужан и да изјави да ће, у случају неиспуњења у накнадном року, уговор раскинути (20)?

(16) Пример узет из: Драшковић, Младен, *Обавезе продавца према унификационим прописима о међународној купопродаји*, Београд, 1966, стр. 60.

(17) Стојан Џигој, *Obligacije — sistem splošnega obligacijskega prava v teoriji, sodstvu in primerjalnem pravu*, Љубљана, 1976, стр. 778.

(18) Уз. бр. 209, ст. 3; чл. 108. швајцарског ЗО; чл. 127. ЗОО; par. 326. ст. 2. немачког ГЗ.

(19) Н. Becker, *op. cit.*, стр. 524; Larenz, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1970, стр. 181, 261 (наведено према Џигој, *op. cit.*, стр. 778).

(20) С. Перовић, *op. cit.*, стр. 511.

б) Закон о облигационим односима

1. Питање накнадног рока Закон о облигационим односима регулише у складу са досадашњом југословенском судском праксом, која се развијала под утицајем Општих узанси за промет робом: ако поверилац жели да раскине уговор, мора оставити дужнику примерени накнадни рок за испуњење (чл. 126. ст. 2). Начелно, према нашем Закону није потребна изјава купца да раскида уговор у тренутку давања накнадног рока. Међутим, за разлику од узанси, по Закону о облигационим односима безуспешан протек накнадног рока изазива исте последице као и у случају кад је рок битан састојак уговора, тј. долази до раскида уговора по самом закону (чл. 126. ст. 3. у вези са чл. 125, ст. 1). То значи да по безуспешном протеку накнадног рока није потребна никаква изјава о раскиду, јер сâмо одређивање примереног накнадног рока и његов протек имају дејство такве изјаве, односно доводе до аутоматског раскида. Како одредбе о року као битном састојку уговора овлашћују купца да одржи уговор на снази, ако испуњење захтева без одлагања, то би купац одређивањем за испуњење по протеку накнадног рока „без одлагања“ могао спречити раскид по самом закону (чл. 125. ст. 2. у вези са чл. 126. ст. 3.). У случају да по захтеву не добије испуњење у разумном року, купац може изјавити да уговор раскида (чл. 125 ст 3).

С обзиром да Закон о облигационим односима предвиђа, у принципу, раскид уговора изјавом воље повериоца у члану 130, поставља се питање какав смисао има одредба члана 126. ст. 3. Према члану 126. ст. 3. безуспешан протек накнадног рока изазива примарно аутоматски раскид. Изгледа, међутим, да би далеко доследније и боље решење било да је Закон предвидео ставом 3. члана 126. оне могућности које су дате повериоцу (купцу) у ставу 2. и 3. члана 125. Према ставу 2. члана 125. по протеку накнадног рока купац има право да изјави раскид. По нашем мишљењу таквим би се регулисањем избегле негативне последице које изазива аутоматски раскид по протеку накнадног рока. Раскид по самом закону чини ситуацију између уговорних страна неизвесном. Може се десити да продавац има, ако купац није одредио фиксно дужину накнадног рока, друкчије мишљење од купца о томе колико накнадни рок треба да траје. Другим речима, неће бити увек јасно кад је наступило аутоматски раскид. У случају да и зна да је раскид наступио, продавац је дужан држати ствари спремне за купца, јер купац има право да га позове на испуњење „без одлагања“ (чл. 125. ст. 2 у вези са чл. 126. ст. 3). Правилном из члана 126. ст. 3. Закон изриче раскид у име купца за који овај и сâм има довољно основа. Осим тога, уколико би то било у складу са његовим интересима, купац може изрећи раскид по протеку накнадног рока и на основу члана 130. Према томе, негативан став заузет у нашој теорији према решењу немачког права да поверилац оптира за раскид већ при одређивању накнадног рока, као и супротан став који је установљен у досадашњој југословенској судској пракси под утицајем узанси, чини предвиђено решење Закона о облигационим односима неразумљивим. Додуше, положај купца је по нашем Закону бољи него по немачком праву, утолико што он може захтевати испуњење по протеку накнадног рока ако то учини без одлагања. Но, изгледа нам да је купцу требало препустити да одмах по протеку нак-

надног рока, или, ако не добије испуњење у разумноу року које је тражио по протеку накнадног рока без одлагања, изјави раскид у складу са чланом 130.

2. ПРИМЕРЕНОСТ НАКНАДНОГ РОКА

1. Када рок није битан састојак уговора, у континенталним правима захтева се од купца да одреди продавцу примерени накнадни рок за испуњење. У англосаксонском праву, у случају када је рок небитан услов уговора („*warranty*“), да би стекао право на раскид купац мора да сачека протек разумног времена (*reasonable time*). Једно од најспорнијих питања јесте оцењивање примерености накнадног рока. Колико тај рок треба да траје? То питање је од битног значаја за равноправност уговорних страна у обе групе правних система.

2. У југословенској теорији и пракси заступа се становиште да при оцени да ли је рок „примерен“, „разуман“, треба узети у обзир интересе и продавца и купца, као и врсту престације, трајање доцне, претходно понашање и сл. (21). Како накнадни рок није никакав нови рок, он нема за сврху да омогући продавцу да изврши пропуштене припреме за предају ствари, већ само да започето испуњење убрза и потпуно оконча. Сматра се да је продавцу довољно оставити онолико времена колико му је потребно за извршење испоруке кад је роба углавном већ припремљена за испоруку, а не и рок који би био потребан да се испорука тек припреми. То становиште је заступљено и у већем делу судске праксе. Према пресуди Врховног привредног суда Сл-152/56 од 4. маја 1956. године, поверилац мора оставити такав рок у коме би дужник под нормалним условима пословања и на начин који су странке имале у виду приликом закључења уговора могао испунити своје обавезе (22). Неки су судови, при оцени трајања накнадног рока, полазили од претпоставке да продавац већ располаже продавом робом, а не да продају робу тек треба да набави или произведе (23). Супротно томе, Врховни привредни суд у пресуди Сл-2126/69 од 15. I 1970. године, наређује купцу да остави накнадни рок продавцу који је у закашњењу чак и у случају ако продавац нема уговорену робу на складишту (24). Становиште заузето у овој последњој пресуди у супротности је са становиштем југословенске теорије, и делом, југословенске судске праксе, која је следи, о томе када накнадни рок треба дати и којим се критеријумима треба руководити при оцени његовог трајања. Иначе, купац који да и дужи рок него што је потребно, остаје тиме везан. Ако је рок кратак, продавац може тражити продужење рока. На пример, према пресуди Врховног привредног суда Сл-1513/69 од 15. јануара 1970. године, накнадни рок од једног дана дат продавцу који је у закашњењу, није примерен, али купац, у том случају, може одустати од уговора ако продавац не испоручи робу ни у примереном року (25). Сүвише кра-

(21) В. Капор, *op. cit.*, стр. 218.

(22) Р. Кашанин — Т. Велимировић, *op. cit.*, стр. 317; исто и у пресуди Врховног привредног суда Сл-1943/69 од 11. IX 1970. — Р. Кашанин — Т. Велимировић, *op. cit.*, стр. 320.

(23) Пресуда Врховног привредног суда Сл-1116/70 од 10. III 1971, „Збирка судских одлука“, књ. XVI, св. 2, 1971, оад. бр. 280.

(24) „Збирка судских одлука“, књ. XV, св. 2, 1970, оад. бр. 221.

(25) „Збирка судских одлука“, књ. XV, св. 2, 1970, оад. бр. 220.

так рок биће без дејства ако служи само као изговор за раскид уговора. Ако се продавац сагласи са кратким роком, макар и прећутно, његово одређивање биће пуноважно (26).

3. За разлику од југословенског и немачког права, у правним системима неких земаља дужина накнадног рока се не одређује према околностима конкретног случаја. Италијански Грађански законик, на пример, предвиђа да накнадни рок не може бити краћи од 15 дана, осим ако су уговорне стране друкчије одредиле или ако, с обзиром на природу уговора и сходно обичајима, проистиче да је разуман рок краћи (чл. 1454). У скандинавском праву не постоји установа накнадног рока. Уместо тога, шведски Закон о куповини и размени накнадствари (чл. 27) прописује да купац који прими робу а покаже се да је она испоручена са закашњењем, може изводити права из закашњења само ако одмах или без неоснованог задржавања, после пријема робе, рекламира закашњење. Ако то пропусти, губи сва права која има по основу доцње. Ово решење почива на претпоставци да купац који не истакне никакав приговор вероватно не захтева промену чињеничног стања (*statutus quo princip*) (27).

Општи услови СЕВ-а прописују законски накнадни рок од четири месеца за робу уопште, а шест месеци за крупну опрему (чл. 85). Тек после протека ових рокова, који уговором могу бити и измењени, купац стиче право да одустане од испуњења. Дакле, купцу се не даје право да накнадни рок одређује тек по истеку уговореног рока испоруке, већ га или мора уговорити или се мора повиновати року који одређују Општи услови. На тај начин одузима се купцу могућност да задочњење продавца користи да би га држао у неизвесности у погледу свог избора права, како је то у другим континенталним правима, осим скандинавског.

3. КАДА НАКНАДНИ РОК НИЈЕ ПОТРЕБАН

1. Одређивање накнадног рока служи интересима продавца. Но, ако купчев интерес за размену чинидби изгуби смисао због продавчевог одуговлачења са испуњењем, он накнадни рок не мора дати. Губитак интереса купца за предају ствари мора бити последица доцње, што није случај ако је тај интерес већ раније отпао. Отпадање интереса може наступити и после одређивања накнадног рока. Кад није потребно давати накнадни рок, раскид наступа по истеку уговореног рока, односно одмах по наступању доцње. Међутим, ако купац још покуша да увери продавца да његово понашање није у складу са оним на које се обавезао, пре него што се одрекне испуњења обавезе, то не може шкодити његовој правној позицији (28).

Немачки Грађански законик изричито прописује да није потребно давати накнадни рок ако услед доцње друга страна нема интереса за испуњење уговора (пар. 326. ст. 2). Исто прописује и швајцарски Зако-

(26) Ј. Радишић, *op. cit.*, стр. 6; V Капор, *op. cit.*, стр. 218.

(27) Almén, Torg, *Das skandinavische Kaufrecht*, I, Heidelberg, Neubecker, 1922, стр. 415 (наведено према: М. Драпкин, *op. cit.*, стр. 54).

(28) Н. Becker, *op. cit.*, стр. 561.

ник о облигацијама (чл. 108(б) тач. 2) и Цивилни законик НДР (пар. 86. ст. 2) Она одредба односи се само на чинидбе које су упркос протеча времена још могуће. Већи број чинидби су, по природи, такве да услед закашњења не постају потпуно некорисне. На пример, ни роба која је требало да се испоручи на почетку сезоне а испоручена је крајем сезоне, није потпуно некорисна, нити готово јело које је испоручено тек пошто су гости отишли (29). Практичне потребе промета не захтевају апсолутну немогућност, односно некорисност: мисли се на то да ли би за човека који би се нашао у ситуацији купца имало још неку вредност испуњење чинидбе уз противчинидбу. Губитак интереса мора бити очигледан или бар сазнатљив за продавца; он мора знати да не може више рачунати на одређивање накнадног рока. Губитак интереса мора бити у адекватној узрочној вези са доцњом. Будући да продавац треба да зна да доцња може имати такве последице, купац мора, ако то не лежи у самој природи ствари (сезонска роба) продавцу скренути пажњу на то већ приликом закључења уговора. Сходно томе, накнадна измена сврхе не треба да га ослободи од одређивања накнадног рока (30).

Швајцарски Законик предвиђа бескорисност одређивања накнадног рока кад понашање продавца принуђује на тај утисак (чл. 108(б) тач. 1). То ће бити онда кад он озбиљно и дефинитивно ускрати испуњење, на пример, кад изјави да уговор поништава, сторнира или испуњење везује за недопуштене услове. И заснивање одређеног чињеничног стања може искључити испуњење: ако, на пример, предузетник напусти градилиште (31). Некорисно је одређивање накнадног рока и кад продавац још није ни почео са испоруком која се већ дуже време захтева, а купац не може више да чека (кад је продавцу потребно више времена него што му се може дати). Уколико се продавац још залаже да испуни обавезу и то стави до знања купцу, мора се одредити накнадни рок (32).

2. Према Закону о облигационим односима, накнадни рок није потребно дати: код уговора у којима је рок битан састојак (чл. 125. ст. 1) (33); кад је пре истека рока за испуњење обавезе очигледно да једна страна неће испунити (чл. 128); ако из дужниковог држања произлази да он своју обавезу неће испунити ни у накнадном року (чл. 127). Опште узансе за промет робом предвиђале су да накнадни рок није потребан ако се то противи природи посла (уз. бр. 209. ст. 3). Правило из узансе бр. 209. ст. 3. примењивало се и у судској пракси. Према пресуди Врховног привредног суда Сл-810/69 од 13. новембра 1969. године, кад странке уговоре да ће продавац прожђе испоручити до краја бербе, купац је овлашћен да одустане од уговора због закашњења продавца, јер би остављање накнадног рока било противно природи посла (34). Према судској пракси и споразум странака по коме купац има право на накнаду штете ако продавац не испуни уговор, има се узети као искључење примене уз. бр. 209, која даје право купцу да уговор раскине

(29) Н. Becker, *op. cit.*, стр. 563.

(30) Н. Becker, *op. cit.*

(31) Н. Becker, *op. cit.*, стр. 562.

(32) Н. Becker, *op. cit.*; С. Перовић, *op. cit.*, стр. 513.

(33) Исто предвиђају: раг. 361. немачког ГЗ; чл. 108(б) тач. 4. швајцарског ЗО; чл. 1457. италијанског ГЗ; уз. бр. 225. Општих узанси за промет робом.

(34) „Збирка судских одлука“, књ. XV, св. 1, 1970, ода. бр. 92; У истом смислу и решење Врховног привредног суда Сл-121/56 од 18. II 1956, Р. Кашанин — Т. Велимировић, *op. cit.*, стр. 316, 317.

без остављања накнадног рока (35). Наши судови признају купцу право да одбије испоруку продавца, а да му и не остави накнадни рок, ако је продавац претходно саопштио да је неће извршити (36). И неистинито тврђење дужника да је уговор испунио, а то стварно није учинио, има значај обавештења да уговор неће испунити, па то ослобађа повериоца обавезе да остави накнадни рок да би стекао право да уговор раскине (37).

Mr. Vesna Klajn-Tatić,

Research Associate of the Institute for Social Sciences in Belgrade

SUBSEQUENT TIME LIMIT FOR FULFILLING AS A CONDITION FOR RESCISSION OF THE CONTRACT OF SALE

Summary

The author treats in the article the notion and the adequacy of the subsequent time limit as well as the cases in which the subsequent time limit is not necessary as a condition for rescission of contract to take place.

According to the rules of the majority of national legal systems, the buyer is under a duty to extend to a seller who is late in fulfilment a subsequent time limit. In course of such time limit the seller should hand over the object (of contract) to the buyer; otherwise the latter party shall acquire the right to rescission. This is not applicable if the time limit is an essential element of the contract, when the buyer is not any more interested for the exchange of contractual performances, or when the determination of a subsequent time limit would be useless due to the conduct of the seller.

The power entrusted to the buyer to determine a subsequent time limit at any time after the seller becoming late in execution of the contract, and until his right does exist regarding the request for execution (fulfilment), is treated by the author as the biggest problem in the issue of consequences of the state of being late, namely of the case of non-fulfilment of contract. In order to achieve at least a partial solution, the author joins the conception according to which the subsequent time limit should be extended within a reasonable time limit (delay) since the moment of being overdue.

While trying to answer the question whether the fact of determining a subsequent time limit means necessarily also the buyer's opting for some of the rights reserved for him by statute in case of a seller being late in fulfilment, namely in case of non-fulfilment (by the seller) — which is regulated in different ways by national legislations — the author is favouring the solution of those juridical systems which leave to the buyer the freedom not to make his choice at the time of setting the subsequent time limit.

In case of adequacy, namely of duration of the subsequent time limit, the conception is forwarded according to which the subsequent time needed for the delivery which has been already prepared, and not the time for such delivery which is only going to be prepared.

(35) Решење Врховног привредног суда СЛ-661/70 од 8. јуна 1971. — Р. Кашанин — Т. Велимировић, *оп. cit.*, стр. 321.

(36) Пресуда Врховног привредног суда СЛ-1172/71 од 22. октобра 1971. У истом смислу и пресуда Врховног привредног суда СЛ-518/55 од 8. јануара 1956. — Р. Кашанин — Т. Велимировић, *оп. cit.*, стр. 321 и 317.

(37) Пресуда Врховног привредног суда СЛ-1629/62 од 7. IX 1962. — „Збирка судских одлука“, књ. VII, 1962, одл. бр. 424.

*Mr Vesna Klajn-Tatić,
chercheur à l'Institut des sciences sociales à Belgrade*

LE DELAI DILATOIRE D'EXECUTION COMME CONDITION DE RUPTURE DE CONTRAT DE VENTE

Résumé

L'article traite la notion et la pertinence du délai dilatoire et les cas où ce délai n'est pas exigé comme condition de rupture de contrat.

Selon les règles de la plus part des systèmes juridiques nationaux l'acheteur est dans l'obligation d'accorder au vendeur qui a du retard dans l'exécution du contrat, un délai dilatoire pour la remise de l'objet du contrat afin d'acquérir un droit de rupture. Ceci n'est pas exigé si le délai représente l'élément essentiel du contrat, où si l'intérêt de l'acheteur pour l'échange de prestations perd sa justification ou bien si la désignation d'un délai dilatoire s'avère inutile en raison du comportement du vendeur. Le pouvoir attribué à l'acheteur de fixer un délai dilatoire pendant qu'il détient le droit d'exiger l'exécution du contrat, provoque, selon l'auteur, un certain nombre de problèmes relatifs aux conséquences du retard, à savoir de la non-exécution du contrat. En quête de la solution la plus pertinente de ces problèmes, l'auteur refoint la thèse selon laquelle le délai dilatoire doit être fixé à l'intérieur d'un délai raisonnable à partir du moment où commence le retard. Quant à savoir si l'acheteur doit opter pour l'une des deux possibilités offertes par la loi (droit à l'exécution ou droit à la rupture du contrat) au moment même de la fixation du délai dilatoire, l'auteur préfère les systèmes juridiques qui laissent l'acheteur libre de faire ce choix soit avant soit après l'expiration de ce délai.

En ce qui concerne la pertinence du délai dilatoire et sa durée, l'auteur considère que ce délai n'est pas un délai nouveau, et qu'il faut ainsi accorder au vendeur le temps nécessaire à l'expédition déjà préparée et non pas à celle qu'il faut au préalable préparer.

*др Видоје Миладиновић,
доцент Правног факултета у Нишу*

ДА ЛИ ЈЕ ОКОНЧАНА ИЗГРАДЊА НОВОГ КОНЦЕПТА УСЛОВНЕ ОСУДЕ*

Како уопште у свету, тако и у нашем законодавству и судској пракси условна осуда спада у ред веома значајних кривичноправних и криминалополитичких мера у борби против криминалитета. Њена практична примена је данас све шира и све обухватнија. Обим и релативна учесталост њене примене не одражавају само кохезиону снагу једног друштва и његов хумани однос према делинквенту, већ су превасходно одраз корисности и ефикасности овог средства за спречавање вршења одређених врста кривичних дела од стране оних извршилаца код којих не постоји криминална склоност. Стога је условна осуда, као мера за индивидуализацију казне, настала као резултат практичне потребе, али на основу сазнања и уверења да се сврха казне може остварити код одређене врсте делинквената, тзв. случајних, ситуационих делинквената и без њеног извршења. То значи, да се према већини делинквената ове врсте, па и код извесног дела делинквената друге врсте, сврха кажњавања (да убудуће не врше кривична дела) може остварити и без одузимања слободе и других вредности и добара, без репресије и затворског жигосања. То уверење, да је утврђивање кривице за извршено кривично дело и одмеравање казне са или без њеног изрицања довољно ефикасна мера за сузбијање криминалитета, показало је снагу свог дејства у поштовању датог поверења код највећег броја делинквената према којима је изречена условна осуда. И управо та корисност и ефикасност условне осуде довели су до њене обимне и широке примене за сва дела где је утврђена краткотрајна казна затвора или новчана казна, или њихова кумулација, а посебно када се ради о нехатним извршиоцима кривичних дела. Стога је она не само оправдала своје присуство међу кривичним санкцијама, него је кроз нова усавршавања показала да је врло подобна да се адаптира и да прати нова научна достигнућа у кривичним наукама. Ова њена ефикасност и виталност нашла је свој израз и у нашем новом кривичном законодавству.

Посматрајући одредбе о условној осуди у новом кривичном законодавству, запажају се значајне новине у односу на регулисање ове

(*) Реферат поднет на Интеркатедарском састанку катедри за кривично право Југославије, посвећеном предстојећим изменама и допунама Кривичног закона СФРЈ, одржаном у Љубљани од 23—25. V 1985. год.

установе у ранијем Кривичном законикy. Условна осуда је, према новом Кривичном закону СФРЈ, самостална, аутономна, кривична санкција која се суштински и квалитативно разликује од других санкција. Она више није ни посебна форма изрицања и извршења казне, ни посебна тзв. опомињујућа казна, којом се замењује ефективна казна лишења слободе или новчана казна. Сада је она аутономна кривична санкција која се може изрицати самостално као и већина других санкција. Тиме су отклоњене све оне дилеме око њене правне природе. Њеним издвајањем из система казни и укључивањем у ред самосталних кривичних санкција не само што је јасно решено ово, од почетка спорно, питање, већ је тим осамостаљивањем створен и нов модел условне осуде, који се битно разликује од модела каквог је познавало наше раније кривично законодавство.

Наиме, према члану 52. ст. 1. КЗ СФРЈ, условном осудом суд утврђује казну учиниоцу за извршено кривично дело и истовремено одређује да се она неће извршити ако осуђени, за време које суд одреди, а које не може бити краће од једне ни дуже од пет година, не учини ново кривично дело. Из ове одредбе се јасно види да се условном осудом као самосталном кривичном санкцијом замењује, а затим опрашта, изрицање и извршење казне коју је суд утврдио. Условна осуда не губи везу са казном, али она није више казна, него самостална кривична санкција, која се изриче уместо ње, елиминишући је у одређеним случајевима као некорисну и непотпуну. Она је, дакле, самостална кривична санкција, па се изриче као таква, сама за себе, без изрицања казне и уместо ње. И управо у томе је та нова суштина по којој се садашњи модел разликује од ранијег модела условне осуде. Нови модел условне осуде не садржи изрицање казне, већ изрицање условне осуде као друштвеног прекора за извршено кривично дело, за које је утврђена кривица учиниоца и на бази ње и казна. Дакле, казна се утврђује, али не изриче. Међутим, то опет никако не значи, да се утврђена казна и не саопштава условно осуђеном лицу. Она се саопштава осуђеном кроз само изрицање условне осуде. Уместо изрицања казне, изриче се условна осуда као васпитно прекорна и опомињућа санкција. Васпитно прекорна због тога што се утврђује кривична одговорност и казна за извршено кривично дело, а опомињућа зато што се прети извршењем казне ако опомена не буде довољна, тј. ако постављени услови не буду испуњени. Условна осуда се по овом моделу појављује као осуда на проверавање, а не као осуда на казну. Казна је сада постала саставни део условне осуде и њена битна садржина, док је по ранијем Законикy било супротно, условна осуда је била саставни део казне, тј. само један од начина изрицања казне која се могла изрећи условно, или безусловно (1).

Као самостална кривична санкција, условна осуда се може применити само према одређеном учиниоцу и то за одређено кривично дело. Њена примена има у принципу два ограничења. Прво ограничење везано је за кривично дело као објективан фактор, тј. за његову тежину. По правилу, условна осуда се изриче за лакша кривична дела, а само изузетно за тешка кривична дела и то када су учињена под олакша-

(1) Мр Зоран Стојановић, *Условна осуда у новом Кривичном закону СФРЈ*, „Гласник Адвокатске коморе САП Војводине“, бр. 1/1977. године, ст. 31.

вајућим околностима, те је могуће ублажавање до законом прописане казне. Друго ограничење везано је за учиниоца кривичног дела као субјективног фактора. Она се изриче таквим личностима које не носе у себи социјалну опасност као криминогени фактор, већ су то прилагодљиве личности, тако да се кривично дело појављује као резултат грешке или изузетне ситуације. Дакле, да би могла, према нашем Кривичном закону, да се изрекне условна осуда, потребно је да су испуњена два битна услова: да је учињено кривично дело са умишљајем или из нехата, за које је суд утврдио казну затвора до две године или новчану казну и да је суд стекао уверење да ће примена ове санкције бити довољна да утиче на учиниоца да убудуће не врши кривична дела.

Иако и један и други услов захтевају ближе, подробније разматрање, пажњу ћемо задржати само на првом услову. Као што смо већ рекли, за изрицање условне осуде меродавна је утврђена, а не прописана казна затвора до две године или новчана казна. Од овог правила законодавац прописује два изузетка, која се односе на тешка кривична дела, када није дозвољено изрицање условне осуде без обзира што је могуће утврдити казну затвора у трајању до две године. Ти изузеци предвиђени су у члану 53. ст. 2. и 3. КЗ. Међутим, овако дати изузеци довели су до нелогичних и неадекватних решења који изазивају низ дилема, како у теорији тако и пракси.

Први изузетак, односно ограничење предвиђено је чланом 53. став 2, за тешка кривична дела за која се може изрећи казна затвора у трајању од десет или тежа казна. Међутим, и за ова кривична дела условна осуда се може изрећи ако је утврђена казна затвора највише до две године и то само применом правила о ублажавању казне. Дакле, изрицање условне осуде и у овом случају је могуће ако су кумулативно испуњена два услова: прво, да је утврђена казна затвора до две године, и друго, да је оваква казна утврђена применом правила о ублажавању казне. То даље значи, да се условна осуда не може изрећи ако нису примењене одредбе о ублажавању казне. Зато се овом одредбом и ограничава обим примене условне осуде предвиђен у ставу 1. члана 53. КЗ. Оправданост идеје законодавца да се само у изузетним случајевима за тежа кривична дела може изрећи условна осуда, и то под условима прописаним законом, проузроковала је нелогичност да се код неких, такође, тешких кривичних дела не може изрећи условна осуда, само зато што у конкретном случају нису испуњени услови за примену одредаба о ублажавању казне. Овде је реч о кривичним делима чији је посебан минимум мањи од две године, па није ни потребна примена члана 43. став 1. тачка 2. КЗ да би се утврдила казна неопходна за изрицање условне осуде. Оно што чини ову одредбу нелогичном је да она допушта да се код тешких кривичних дела и уз евентуално тежу утврђену казну може изрећи условна осуда, а да је то забрањено, односно онемогућено код лакших кривичних дела и уз евентуално мању казну. Ову законску нелогичност ваља отклонити. То се може учинити на више начина. Један од начина би био да се могућност изрицања условне осуде веже искључиво за утврђену казну, без обзира на колико је прописана казна. Друго решење би било да се изрицање условне осуде веже за утврђену казну, с тим да се изричито пропише за која се кривична дела искључује њена примена. На крају, овај проблем би

се могао решити и тако што би се могућност изрицања условне осуде условљавала прописаном (нпр. предвидети да се условна осуда може изрећи за кривична дела за која је прописана казна затвора до 10 година, а да при томе посебни минимум не буде већи од 2 године) а не утврђеном казном.

Други изузетак још више сужава обим примене условне осуде и односи се на кривична дела за која се ни ублажавањем казне не може изрећи казна мања од једне године затвора (чл. 53. ст. 3. КЗ). То су, у смислу члана 43. ст. 1. тач. 1, кривична дела за која је прописан посебан минимум од три или више година. Међутим, и у овом случају може се изрећи условна осуда ако је суд овлашћен да учиниоца кривичног дела ослободи од казне (чл. 44. ст. 2. КЗ). Нелогично би било „да суд учиниоца може ослободити од казне, а да му не може изрећи условну осуду“ 2).

Анализирајући даље одредбе о условној осуди, намеће се општи утисак да је правно технички гледано, обрада наше нове условне осуде недовољно јасно изражена. Наиме, једна сасвим нова концепција условне осуде искупило много се ослања на изразе и категорије које су својствене класичној условној осуди. Кроз сам текст још увек провејава стари концепт условне осуде. То се нарочито односи на чл. 53. ст. 5. КЗ. формулација става 5. није уопште прилагођена новом концепту условне осуде, јер се у овој одредби каже да ће се условна осуда изрећи за обе казне или само за затвор, као да суд изриче условну осуду на затвор, а то, као што знамо, тако не стоји. Учиниоца кривичног дела је осуђен на условну осуду, а казна затвора се утврђује за случај ако дође до опозивања условне осуде. Стога садашња формулација не одражава нову концепцију условне осуде, што у пракси може изазивати одређене дилеме, а погодује и формулисању диспозитива пресуде као да је задржан стари концепт (3). Дакле, и ову одредбу треба уподобити новом моделу условне осуде, јер изазива дилему у случају кад се уз условну осуду изрекне новчана казна која касније не може да се изврши.

Поред постојања условне осуде као самосталне кривичне санкције, предвиђена је и могућност одређивања заштитног надзора уз условну осуду. Овде се осуда на проверавање, поред претње казном, прати и службеном контролом у погледу понашања на слободи и испуњавању постављених услова. Наиме, испуњавање услова се не препушта самом учиниоцу, његовом слободном понашању, већ се над њим успоставља заштитни надзор који обухвата мере помоћи, старања, надзора и заштите. Ближе и подробније о условима за изрицање и сврси условне осуде са заштитним надзором, затим његовом садржају, трајању у погледу појединих обавеза и органа надлежним за спровођење заштитног надзора препуштено је да то уреде републике и покрајине у својим кривичним законима или, пак, посебним законима. Кривични закони република и аутономних покрајина (изузев КЗ СР Словенија који није предвидео одлагање) предвидели су у прелазним и завршним одредбама

(2) Н. Срзентић, А. Стајић и Љ. Лазаревић, *Кривично право СФРЈ*, Општи део, Београд, 1978. стр. 419.

(3) Упореди, др Франо Бачић, *Кривично право*, Опћи део, Загреб, 1978. стр. 462; *Коментар Кривичног закона СФРЈ*, Београд, 1978. стр. 247; др Зоран Стојановић, *op. cit.* стр. 32 и пресуде Окружног суда у Нишу К. бр. 7/81, 64/81, 75/81, 55/82, 71/82, 46/83, 102/83 и 108/83.

да ће се одредбе о заштитном надзору уз условну осуду примењивати од дана када посебним законом буде то одређено, а најкасније (код већине кривичних закона) од 1979, односно 1980. године. Очекивало се да ће у том закону, свака република односно покрајина ближе и прецизније одредити начин спровођења мера заштитног надзора. Међутим, сви рокови су одавно истекли, па се са разлогом поставља питање да ли ће ове одредбе и када стварно заживети. Отуда је потребно предузимање хитних мера да ова идеја законодавца не остане само „мртво слово“ на папиру.

Поред низа дилема материјалноправне природе, постојале су и неке дилеме процесног карактера, од којих су неке последњим изменама и допунама Закона о кривичном поступку отклоњене, а неке су још увек присутне.

Ранија неусклађеност Закона о кривичном поступку са новом концепцијом условне осуде као самосталне кривичне санкције, у погледу основа побијања пресуде из члана 363. став 1. тач. 4, отклоњена је прописивањем да се пресуда може побијати због одлуке о кривичним санкцијама, а не само због одлуке о казни и мерама безбедности. Иста неусклађеност отклоњена је и у члану 367. ЗКП. Такође је и недореченост Закона о кривичном поступку ко може иницирати поступак за опозивање условне осуде превазиђена допуном одредбе става 1. члана 509. ЗКП, по којој овај поступак покреће овлашћени тужилац или суд по службеној дужности.

Иако је одредба члана 367. став 1. прилагођена условној осуди као самосталној кривичној санкцији и даље је остало отворено питање може ли се жалбом побијати само утврђена казна садржана у условној осуди. Следеће отворено питање односи се на формулисање диспозитива пресуде којом се изриче условна осуда. У том погледу велика је шароликост у пракси. Једни прво утврђују казну, а потом изричу условну осуду, док други применом одговарајућих прописа прво изричу условну осуду и истовремено утврђују казну. При томе је прво схватање процесно гледано прихватљивије, а друго више одражава нову концепцију условне осуде.

ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА ЈУГОСЛАВИЈЕ

РОК ЗА ОБНОВУ ПОСТУПКА У СТВАРИМА ИЗ ПЕНЗИЈСКОГ И
ИНВАЛИДСКОГ ОСИГУРАЊА

Чланом 61. Закона САП Војводине о пензијском и инвалидском осигурању („Сл. лист САПВ“, бр. 16/83) прописано је да се обнова поступка, у стварима из пензијског и инвалидског осигурања, може покренути без обзира на време протекло од дана кад је решење постало коначно.

Давалац иницијативе за оцењивање уставности оспореног прописа сматра да је тај пропис у супротности са начелом правне сигурности и да је, због тога, неуставан.

Налазећи да нема основа за оцењивање уставности оспореног законског прописа, Уставни суд Југославије је пошао, пре свега, од следећег: према члану 163. Устава СФРЈ, права радника по основу обавезног социјалног осигурања остварује се у складу са законом. Устав, дакле, зајамчује обавезност социјалног осигурања радника у удруженом раду, а услови под којима се стичу права из обавезног социјалног осигурања, па и права из пензијског и инвалидског осигурања, утврђују се законом. Законом се, у складу са Уставом, утврђују не само поједина права из пензијског и инвалидског осигурања, услови под којима се та права остварују, већ и посебан поступак у коме се она остварују. Поступак за решавање о правима из пензијског и инвалидског осигурања је посебан поступак, у коме, ако се то законом пропише, не долази до примене правила општег управног поступка, нарочито у погледу појединих института управног поступка. Због тога се и за обнову поступка, законом којим се уређује пензијско и инвалидско осигурање, може утврђивати друкчији рок, него што је онај прописан Законом о општем управном поступку, па и прописати да се поступак може обновити у свако доба, како по службеној дужности, тако и по захтеву странке, тј. осигураника, односно корисника права из пензијског и инвалидског осигурања. Уставни суд Југославије оценио је да се, тиме што за обнову поступка није прописан рок у коме се она може извести, односно поступак поновно водити, не вређа начело правне сигурности. Пензијско и инвалидско осигурање заснива се на начелима солидарности, узајамности и минулог рада. Ако једном призната пензија није резултат стварног минулог рада онеме коме је призната коначним решењем, онда то чини повреду начела на којима се заснива обавезно социјално осигурање радника у удруженом раду. Правна сигурност не значи могућност стицања права независно од материјалне истине, већ сигурност грађанина од арбитрерног уређивања друштвених односа и арбитрерног мењања коначног решења, мимо утврђених правила поступка. Стога, могућност измене решења у обнови поступка у свако доба не чини повреду начела правног система о правној сигурности, па нема основа за вођење поступка за оцењивање уставности оспореног законског прописа.

(Решење УСЈ, У бр. 350/86,
од 9. децембра 1986)

УСЛОВИ ЗА ОРГАНИЗОВАЊЕ ОСНОВНИХ ОРГАНИЗАЦИЈА УДРУЖЕНОГ РАДА У ДЕЛАТНОСТИМА ОД ПОСЕБНОГ ДРУШТВЕНОГ ИНТЕРЕСА

Законом о ближим условима за организовање основних организација удруженог рада у железничком саобраћају („Служб. гласник СРС“, бр. 27/85) утврђено је да се за обављање једне врсте делатности у железничко-транспортном саобраћају, односно у радној организацији те делатности може организовати само једна основна организација удруженог рада.

Давалац иницијативе за оцењивање уставности тога закона сматрао је да се тиме сужавају самоуправна права радника у удруженом раду на самоуправно организовање, те да Закон, због тога, није у складу са Уставом СФРЈ.

Оцењујући уставност оспореног закона, Уставни суд Југославије је имао у виду, најпре, да је члан 7. оспореног закона утврдио да је делатност железничко-транспортног саобраћаја од посебног друштвеног интереса. Та чињеница, у складу са Уставом СФРЈ, омогућује да се законом пропише начин остваривања посебног друштвеног интереса, па, у оквиру тога, и услови за организовање основних организација удруженог рада у области те делатности. Чланом 49. Устава СФРЈ утврђено је да се, законом, или на закону заснованом одлуком општинске скупштине, може утврдити да су одређене делатности од посебног друштвеног интереса и утврдити начин остваривања тог интереса. И Закон о удруженом раду је, чланом 324, утврдио да се ближи услови за организовање основних организација удруженог рада у делатностима које су од посебног друштвеног интереса утврђују посебним законом. Уставни суд Југославије сматра да су и услови за организовање основних организација удруженог рада у овој делатности нешто што изражава посебан друштвени интерес и да се, следствено томе, законом може утврдити услов за организовање основних организација удруженог рада у саставу радне организације железничко-транспортног саобраћаја. То не искључује право радника на самоуправно организовање у удруженом раду, већ значи, само, утврђивање услова под којима радници, у одређеном случају, остварују право на самоуправно организовање у удруженом раду.

(Решење УСЈ, У бр. 329/86,
од 9. децембра 1986)

ПОЛОЖАЈ ПРОФЕСИОНАЛНОГ ФУДБАЛЕРА КАО РАДНОГ ЧОВЕКА У КЛУБУ

Самоуправним општим актима Фудбалског савеза Југославије (о основама самоуправног организовања и начелима финансирања фудбалског спорта у Првој савезној фудбалској лиги, о регистрацији играча, о статусу њиховом, и др.) професионалним фудбалерима нису утврђена права на самоуправно одлучивање у заједници професионалних фудбалера у клубу, утврђени су услови под којима прелазе из клуба у клуб, односно под којима могу играти фудбал у иностраним клубовима.

Будући да Фудбалски савез Југославије, ни после протека применог рока, одређеног на његов захтев, за усклађивање појединих самоуправних аката који се односе на права професионалних играча фудбала није то учинио, Уставни суд Југославије приступио је доношењу одлуке о уставности оспорених самоуправних општих аката Фудбалског савеза Југославије.

С обзиром на то што се тим самоуправним општим актима уређују друштвено-економски односи у области фудбалског спорта — а не правила спортске игре и сл. — за Уставни суд Југославије није се постављало питање да ли такви акти подлежу уставносудској контроли.

Пошто је утврдио да професионални играчи фудбала у клубовима Прве савезне фудбалске лиге немају, ни издалека, права радних људи који се играњем фудбала баве као занимањем за одређено време, Уставни суд је оценио да су одредбе самоуправних општинских аката којима се уређује положај играча у клубовима — неуставне.

Уставни суд Југославије сматра да професионални играчи фудбала у клубовима Прве савезне фудбалске лиге спадају у радне људе који, у смислу члана 31. Устава СФРЈ, у виду занимања обављају професионални рад, односно делатност и да, у складу са тим чланом Устава СФРЈ, имају, у основи, исти друштвено-економски положај и иста права и дужности као и радници у организацијама удруженог рада. Положај радних људи из члана 31. Устава СФРЈ, онда кад се уређује законом који се односи на одређену делатност, не може бити уређен тако да им не осигура права о којима је реч у члану 31. Устава СФРЈ. То што положај професионалних фудбалера није и уређен законом, не умањује њихова уставна права. Непостојање закона је само околност која указује на друштвену потребу и законодавног уређивања њиховог положаја.

Полазећи од наведене одредбе Устава СФРЈ, Уставни суд Југославије оценио је неуставним, пре свега: одредбе Друштвеног договора о самоуправном организовању фудбалског спорта према којима, иако постоји, заједница професионалних фудбалера у фудбалском клубу нема, у ствари, никаква права, одредбе којима им се не омогућује да остварују Уставом утврђена права. Осим тога, Уставни суд је оценио неуставним и одредбе које се односе на накнаде за прелазак играча из клуба у клуб, нарочито кад су у питању накнаде које не значе стварну накнаду за трошкове уложене у развој једног играча фудбала, већ просту накнаду због преласка из једног у други клуб. Таква накнада, по оцени Уставног суда Југославије, није у складу са положајем радног човека у организацији удруженог рада на средствима у друштвеној својини. На тој линији је и оцена Уставног суда Југославије о неуставности одредаба према којима пунолетан играч фудбала не може слободно одлучивати са којим клубом ће закључити први професионални уговор о игрању фудбала. Нису у складу са Уставом СФРЈ ни оне одредбе самоуправних општинских аката Фудбалског савеза Југославије које забрањују одлазак у иностранство пре него што играч наврши 28 година живота, као ни одредбе према којима фудбалер може бити новчано кажњен знатно већим постотком личног дохотка (умањивањем) него други радници у удруженом раду.

Предмет оцењивања уставности биле су и неке друге одредбе самоуправних општинских аката фудбалске организације, које се не односе на друштвено-економски положај професионалног фудбалера као радног човека, па је Уставни суд Југославије нашао да, с обзиром на предмет њиховог уређивања, те одредбе нису неуставне.

(Одлука УСЈ, У бр 11/82,
од 21. октобра 1986)

РАЗРЕШЕНИ ПОСЛОВОДНИ ОРГАН НЕ МОЖЕ ТРАЖИТИ ОД СУДА УДРУЖЕНОГ РАДА ДА ОЦЕЊУЈЕ ЗАКОНИТОСТ ОДЛУКЕ О РАЗРЕШЕЊУ

Чланом 522. Закона о удруженом раду прописано је да инокосни пословодни орган, односно председник колегијалног пословодног органа основне организације удруженог рада који је одлуком радничког савета основне организације разрешен дужности може, пред судом удруженог рада, захтевати накнаду штете, ако је разрешен од дужности а нису постојали услови за разрешење или ако није проведен поступак, прописан законом, односно самоуправним општим актом.

Из члана 522. Закна о удруженом раду произлази да инокосни пословодни орган, односно председник колективног пословодног органа не може остваривати судску заштиту (1) против одлуке радничког савета о разрешењу од дужности.

Чланом 104. став 5. Устава СФРЈ утврђено је да се законом одређује под којим се условима пословодни орган може разрешити од дужности и пре истека времена на које је именован. Из те уставне одредбе произлази, по мишљењу Уставног суда Југославије, не само да пословодни орган, под условима утврђеним законом, може бити разрешен дужности и пре истека времена на које је именован, већ и то да се законом уређују и последице разрешавања дужности. Стога је прописивање да инокосни пословодни орган који је разрешен дужности, пред судом удруженог рада може остваривати само захтев за накнаду штете у складу са Уставом СФРЈ. Таквим решењем се не доводи у питање остваривање уставног права на судску заштиту. Функција пословодног органа остварује се на основу мандата који њеном носиоцу поверава раднички савет. Последице таквог односа могу се уређивати на начин утврђен чланом 522. Закона о удруженом раду. То што разрешени пословодни орган може захтевати само накнаду штете, а не и оцењивање законитости одлуке о разрешењу дужности, није повреда уставног права на судску заштиту против појединачних одлука. То тим пре што, ни у том случају, није искључена судска заштита, с обзиром на право на накнаду штете због неправилног разрешења. Осим тога, ваља имати у виду да носилац пословодне функције који је разрешен дужности остаје у радном односу и да се, према томе, разрешењем дужности не доводи у питање радни однос лица коме је престала та функција.

У складу са изложеним, Уставни суд Југославије није прихватио став иницијативе да је овде реч о повреди уставног права на судску заштиту, па је одбио захтев за покретање поступка за оцењивање уставности оспореног прописа.

(Решење УСЈ, У бр. 237/86,
од 9. децембра 1986)

Припремио *Борђе Бурковић*

ОДЛУКЕ САВЕЗНОГ СУДА

КАРАКТЕР АКТА ФЕДЕРАЦИЈЕ О РАТИФИКАЦИЈИ МЕЂУНАРОДНОГ УГОВОРА КОЈИМ СЕ СТВАРАЈУ ОБАВЕЗЕ ЗА РЕПУБЛИКЕ И АУТОНОМНЕ ПОКРАЈИНЕ

Решењем Републичког комитета за образовање и физичку културу СР Србије укинута је по праву надзора одлука Шумарског факултета у Београду — ООУР Института за шумарство којом је нострификована диплома И. К., стечена на Главној школи сеоског господарства Пољопривредне академије у Варшави — Одсек за хортикултуру, као одговарајућа дипломи степена доктора наука.

Решавајући у управном спору по тужби И. К. против поменутог решења Републичког комитета за образовање и физичку културу СР Србије, у којој се предлаже да се поменуто решење поништи, Врховни суд Србије је својом пресудом У 688/85 од 6. новембра 1985. године тужбу одбио, наставши да је тужени орган у оспореном решењу правилно оценио да је предметном одлуком Шумарског факултета повре-

(1) Судови удруженог рада, иначе, не допуштају такве захтеве, већ само захтев за накнаду штете, а захтев за оцењивање законитости одлуке о разрешењу — одбацују као недозвољен.

бен материјални закон и то члан 6. Закона о нострификацији и еквиваленцији школских сведочанстава стечених у иностранству („Службени гласник СР Србије“, број 50/73 и 23/80). Прихватајући у потпуности разлоге побијаног решења, Врховни суд Србије је у образложењу своје пресуде још додао да је у Споразуму између владе СФР Југославије и владе НР Пољске о узајамном признавању равноправности школских сведочанстава и високошколских диплома стечених у двема државама („Службени лист СФРЈ“, број 11/79), у напомени прилога наведено да дипломи о завршеним студијама за високошколско образовање стечено у СФР Југославији одговора у НР Пољској диплома магистра или магистра инжењера одговарајуће струке и смера, чиме је, такође, доведена у питање основаност нострификације стеченог доктората у НР Пољској са одговарајућим докторатом у нашој земљи.

Позивајући се на чл. 20, 45. и 46. Закона о управном поступку И. К. је поднела Савезном суду захтев за ванредно преиспитивање судске одлуке, односно поменуће пресуде Врховног суда Србије, сматрајући да је њом учињена повреда савезног закона.

Својим решењем Уисс број 65/86 од 5. марта 1986. године, Савезни суд је захтев одбацио. У образложењу свог решења Савезни суд наводи да се према члану 20. Закона о управним споровима („Службени лист СФРЈ“, број 4/77) против правноснажних одлука судова у републикама, аутономних покрајина и Врховног војног суда, донесених у управном спору, може поднети захтев Савезном суду за ванредно преиспитивање судске одлуке због повреде савезног закона, односно другог савезног прописа или општег акта, или због повреде савезног прописа о поступку која је могла бити од утицаја на решење ствари а у питању је примена савезних прописа. То значи да се овакав захтев не може поднети Савезном суду због повреде републичког, односно покрајинског закона, другог прописа или општег акта, а не може се поднети ни због повреде савезног прописа о поступку када се ради о примени републичког, односно покрајинског прописа.

С обзиром да се у конкретном случају ради о захтеву поднетом против судске одлуке којом је оцењена законитост оспореног решења донетог у примени републичког Закона о нострификацији и еквиваленцији сведочанстава стечених у иностранству („Службени гласник СРС“, број 50/73 и 23/80), Савезни суд је захтев одбацио. Уређивање материје васпитања и образовања, наводи се поред осталог, у образложењу решења Савезног суда, спада у искључиву надлежност република и аутономних покрајина, па је, самим тим, у њиховој надлежности и спровођење међународних уговора које у тој области закључи, или им приступи, Социјалистичка Федеративна Република Југославија. На основу чињенице да је у конкретном случају Конвенција за признавање високошколских студија и диплома држава и земаља које припадају европском региону ратификовала Скупштина СФР Југославије законом, не може се изводити закључак да се одредбе ове конвенције имају сматрати да како се истиче у поднетом захтеву за ванредно преиспитивање судске одлуке, „представљају саставни део“ савезног законодавства. По Уставу СФРЈ (члан 281) и уставима република и аутономних покрајина, уређивање материје образовања и васпитања спада у надлежност република и аутономних покрајина, а према члану 33. став 2. Закона о закључивању и извршавању међународних уговора („Службени лист СФРЈ“, бр. 55/78 и др.), међународне уговоре којима се стварају обавезе за републике и аутономне покрајине, извршавају надлежни органи република, односно аутономних покрајина на које се те обавезе односе, у конкретном случају, доношењем својих закона о нострификацији и еквиваленцији сведочанстава стечених у иностранству. У тај начин одредбе ратификоване конвенције постају саставни део републичког, односно покрајинског законодавства, а не законодавства федерације. Према томе, у овом случају, закон федерације има карактер акта о ратификацији односно међународног уговора, а не савезног прописа којим федерација на основу члана 281. Устава СФРЈ уређује односе из своје надлежности. Стога је Савезни суд, полазећи од одредаба члана 48. став 1. Закона о управним споровима захтев одбацио као недопуштен.

ОДГОВОРНОСТ ПРОИЗВОБАЧА ЗА ИСПРАВНО ФУНКЦИОНИСАЊЕ СТВАРИ И ЗАМЕНА АУТОМОБИЛА У ГАРАНТНОМ РОКУ

Тужилац је 25. децембра 1980. године купио путничко моторно возило које је произвео тужени. Убрзо после тога, 16. јануара 1981. године, управљајући својим аутомобилом, тужилац је на ауто-путу, код Врчина, доживео саобраћајну незгоду. Према утврђеном чињеничном стању саобраћајна незгода је проузрокована пуцањем унутрашње леве задње гуме која није била технички исправна.

С обзиром да је до саобраћајне незгоде дошло у гарантном року, тужилац се обратио произвођачу са захтевом да му купљено моторно возило, које је у претрпљеном удесу знатно оштећено, замени за друго возило. Пошто је произвођач одбио његов захтев, тужилац је поднео тужбу надлежном првостепеном суду.

Полazeћи од утврђења да се саобраћајна незгода у којој је тужиоцево возило оштећено догодила у оквиру гарантног рока, у току којег произвођач гарантује купцу исправно функционисање ствари, и да је до саобраћајне незгоде дошло услед фабричке грешке на унутрашњој гуми, првостепени суд је стао на становиште да нису испуњени услови из члана 501. став 1. Закона о облигационим односима за замену оштећеног аутомобила, већ да тужилац од туженог, као произвођача који је одговоран по основу гаранције, може само тражити да му уместо неисправне гуме преда другу гуму која исправно функционише. Што се тиче осталих оштећења на аутомобилу која се могу отклонити заменом и поправком оштећених делова, чија је оштећења и висину штете утврдио вештак у поступку обезбеђења доказа, по схватању првостепеног суда, тужилац може по општим правилима о накнади штете, одговарајућу накнаду да захтева од произвођача или продавца оштећеног аутомобила.

Прихватајући утврђено чињенично стање, другостепени суд је, такође, нашао да се не ради о функционалном недостатку који може да води замени ствари у смислу члана 501. став 1. Закона о облигационим односима, већ да се ради о скривеној мани на гуми. Та скривена мана, у овом случају, не може водити замени купљене ствари већ само њеног дела због којег се купљена ствар не може користити, с обзиром да гаранција за исправно функционисање аутомобила не искључује, по схватању другостепеног суда, примену одредбе члана 478. Закона о облигационим односима, о одговорности продавца за материјалне недостатке ствари.

Против пресуда првостепеног и другостепеног суда подигао је захтев за заштиту законитости савезни јавни тужилац, наводећи да су ове пресуде засноване на погрешној примени одредбе члана 501. став 1. Закона о облигационим односима, са предлогом да Савезни суд понижи пресуде преиначи, тако што ће усвојити тужбени захтев.

По разматрању списка предмета, захтева за заштиту законитости и одговора на захтев, Савезни суд је нашао да је захтев за заштиту законитости основан, па је својом пресудом Гзс 44/85 од 5. децембра 1985. године укинуо пресуде другостепеног и првостепеног суда и предмет вратио првостепеном суду на поновно суђење.

У образложењу своје пресуде, Савезни суд је, између осталог, истакао да се за сада не може прихватити становиште другостепеног и првостепеног суда да нема законског основа да тужилац тражи замену оштећеног аутомобила које се становиште заснива искључиво на примени одредбе члана 501. став 1. Закона о облигационим односима. Правилан је став нижестепених судова да је према наведеној одредби основно право купца да по основу гарантног листа од продавца, односно произвођача, захтева оправку ствари, па тек, уколико ствар у разумном року није оправљена, може захтевати да му се уместо ње преда ствар која исправно функционише. Међутим, купац не губи право на замену ствари само због тога што претходно није захтевао оправку. Битно је да ли се неисправност може отклонити оправком тако да ствар у потпуности исправно функционише.

У овом случају, међутим, ваља имати у виду и одредбу члана 179. став 1. Закона о облигационим односима према којој произвођач по основу објективне одговорности одговара за штету насталу због недостатка ствари, који недостатак представља опасност штете за лица и ствари. Такву опасност због неисправности унутрашње гуме, несумњиво је представљало спорно моторно возило, а тужени се у смислу наведеног прописа у односу на кулца, сматра произвођачем тога аутомобила, независно од тога ко је неисправну гуму произвео, јер је он ту гуму уградио у аутомобил и аутомобил ставио у промет. Према одредбама члана 185. Закона о облигационим односима, тужилац као оштећено лице има право да захтева успостављање стања какво је било пре него што је штета настала, а то у овом случају подразумева и замену аутомобила, ако се оправком не би могла отклонити сва оштећења настала у саобраћајној незгоди, тако да се одржи његова несмањена употребна и тржишна вредност.

Према одредби члана 186. став 3. Закона о парничном поступку суд није везан за правни основ тужбеног захтева. Стога, нема значаја да ли тужилац свој захтев заснива на члану 501. или на члану 179. Закона о облигационим односима, битно је да се он заснива на истим чињеницама, а суд је дужан да примени одговарајућу норму материјалног права. Како су првостепени и другостепени суд своје одлуке донели примењујући само основ одговорности произвођача из члана 501. Закона о облигационим односима, при чему нису узете у обзир и одредбе члана 179. истог закона, основано се у захтеву за заштиту законитости указује да су побијане пресуде донесене погрешном применом наведених одредаба овог савезног закона.

Из тих разлога је, наводи се у пресуди Савезног суда, захтев савезног јавног тужиоца као основан ваљало уважити, с тим што није могао бити прихваћен предлог захтева да се побијане пресуде преиначе тако да се усвоји тужбени захтев, јер због изнетог правног схватања нижестепених судова у поступку нису испитане и утврђене све чињенице и околности релевантне за доношење одлуке о основаности тужбеног захтева да се штета накнади заменом оштећеног возила применом члана 179. Закона о облигационим односима. Стога су побијане пресуде укинуте, да би се у поновном поступку у смислу напред изложеног, испитале и утврдиле све релевантне чињенице и околности, те донела одлука о тужбеном захтеву.

Припремио Александар Лазовић

ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ

НАКНАДА ЗА КОРИШЋЕЊЕ ГРАБЕВИНСКОГ ЗЕМЉИШТА

(Посебан вид облигационих односа)

Од стране једног броја грађана иницирано је покретање поступка пред Уставним судом Србије за оцену уставности одредаба члана 4. Закона о изменама и допунама Закона о грађевинском земљишту „Службени гласник СРС“, број 16/83.

Према мишљењу иницијатора наведени члан Закона је неуставан јер уређује и питање облигационих односа, а то није предмет његове регулативе.

Чланом 4. наведеног Закона је измењен члан 47. основног Закона. Ранијом одредбом члана 47. став 2. било је прописано: „Прописом скупштине којим се уводи обавеза плаћања накнаде, одређују се мерила на основу којих се у сваком поједином случају утврђује висина и уговара

износ накнаде..." Наведеном изменом су подвучене речи замењене речима: „непосредним корисницима градског грађевинског земљишта утврђује износ". Тиме је престала обавеза закључивања уговора у писменој форми. Ставом 5. истог члана је то и изричито прописано: „Сматра се да је уговор о износу накнаде за коришћење градског грађевинског земљишта закључен кад непосредни корисник користи земљиште и после пријема обавештења о износу накнаде".

Извршеном изменом и допуном Закона престала је обавеза закључивања у писменој форми уговора о висини накнаде за коришћење градског грађевинског земљишта са непосредним корисником тог земљишта. Према ставу 2. члана 4. односно према новелираној одредби члана 47. Закона о грађевинском земљишту („Службени гласник СРС", бр. 20/79) сада члана 50. истог Закона — пречишћен текст — „Службени гласник СРС", бр. 27/86, сматра се да је уговор о износу накнаде за коришћење градског грађевинског земљишта закључен кад непосредни корисник користи земљиште и после пријема обавештења о износу накнаде.

Одредбама члана 299. став 1. тачка 3. Устава СР Србије Република је овлашћена да у складу са својим правима и дужностима утврђеним уставом, преко републичких органа и организација уређује облигационе и уговорне односе и утврђује начела о уређењу и коришћењу грађевинског земљишта.

Према члану 24. ст. 2. и 3. Закона о грађевинском земљишту: „Износ накнаде за коришћење градског грађевинског земљишта утврђује се у зависности од оствареног степена комуналне опремљености земљишта и погодности које корисници стичу или имају његовим коришћењем". Накнада се утврђује у складу са потребама уређивања и опремања односно одржавања градског грађевинског земљишта. Те потребе су утврђене програмима односно одговарајућим документима. У вези са тим, ова накнада има карактер специфичне надокнаде којом корисник треба да надокнади стварне трошкове уређења односно одржавања тог земљишта било да су непосредни (на основу одговарајућих програма и докумената) било да представљају материјални израз ранијих друштвених улагања у уређивање тог земљишта, као и погодности које због тога има или може имати корисник. Према члану 6. Закона, увећана вредност грађевинског земљишта која је резултат његовог положаја и створених предности у погледу награђености и уређености простора, користи се у општини као извор средстава за даље уређивање и комунално опремање грађевинског земљишта. Ставом 3. истог члана је уређено да се у општини у складу са законом, утврђује увећана вредност грађевинског земљишта и захватају и усмеравају средства из тог извора, узимајући у обзир и потребе и могућности корисника грађевинског земљишта.

Имајући у виду изложену посебну природу одређених облигационих односа у области уређивања грађевинског земљишта, Уставни суд Србије сматра да је члан 4. наведеног Закона у складу са цитираним уставним овлашћењем Републике.

На основу изложеног Уставни суд је оценио да је овакво уређивање у складу са Уставом и није прихватио иницијативу, јер је нашао да се ради о посебној врсти облигационих односа.

Решење Уставног суда Србије ИУ бр. 466/86
од 4. децембра 1986. године

ДОНОШЕЊЕ ДЕТАЉНОГ УРБАНИСТИЧКОГ ПЛАНА

Представком групе грађана из Смедерева иницирано је покретање поступка пред Уставним судом Србије за оцену уставности и законитости Одлуке Скупштине општине Смедерево о измени Одлуке о детаљном

урбанистичком плану Месне заједнице „Лештар“ и дела Месне заједнице „Царина“, Међуопштински службени лист општине Велика Плана..., број 8/84.

У представци грађани истичу да је наведена одлука донесена мимо прописаног поступка, односно без њиховог учешћа, које је по закону обавезно, и што је одлуком обухваћено и пољопривредно земљиште као грађевинско.

Одговор Скупштине општине Смедерево, на наводе грађана је доста уопштен и према њима Одлуком нису учињене повреде закона, па се тражи неприхватање дате иницијативе.

Након наведеног поступка Уставни суд је донео одлуку којом је касирао спорну Одлуку Скупштине Смедерево, јер је нашао да је њоме повређен закон.

Одредбом члана 1. алинеја 2. Одлуке се одступило од основне намене површина утврђене Одлуком о Генералном урбанистичком плану Смедерева („Међуопштински службени лист општине: Велика Плана...“, бр. 7/81) утолико што је грађевински реон проширен на подручје зеленог заштитног појаса одређеног наведеним генералним планом. Одредбама члана 9. наведене Одлуке о Генералном урбанистичком плану нарочито је прописана забрана изградње у заштитном појасу, изузев објеката који су у функцији пољопривреде. Тиме су повређене одредбе члана 17. Закона, према којем се детаљним урбанистичким плановима генерални урбанистички план разрађује у деловима и етапама. То практично значи да се детаљним планом не може мењати генерални урбанистички план, како је овде учињено. У вези са тим повређен је и законом пописани другачији поступак за доношење односно измену генералног урбанистичког плана према којем је, између осталог, обавезна достава предлога плана на мишљење Комисији Извршног већа Скупштине СР Србије ради оцене сагласности са просторним плановима ширих територијалних целина и усклађености са одредбама Закона. По схватању суда тиме је повређен Закон не само у формално-правном, већ и у материјално-правном погледу, што има теже последице у области планирања и уређења, простора, а са тим у вези и друштвено-економског развоја одређеног подручја (чл. 4. ст. 1. и чл. 24. тада важећег Закона о планирању и уређењу простора — „Службени гласник СРС“, бр. 19/74) па је Суд наведену одредбу поништио. Значи учињено је више повреда закона.

Даље изостало је доношење одлуке о приступању изради измене Детаљног плана, односно доношења акта којим се опредељује ближи садржај измена, услови финансирања и рокови израде, као и орган који ће се старати о припреми измене плана, што је обавеза скупштине општине прописана чланом 20. наведеног Закона. Према члану 27. истог Закона, измене и допуне урбанистичких планова се врше по поступку за њихово доношење. А у наведеном случају није поступљено тако, што такође представља повреду закона у погледу поступка.

Према закону обавезно је претходно доношење одлуке о припремању урбанистичког плана, којом се, између осталог, одређују и услови и начин учествовања месних заједница као и других законом одређених субјеката планирања и уређења простора (чл. 4. Закона).

У поступку доношења Одлуке није обезбеђено учешће грађана односно месних заједница у складу са статутом општине, нити је скупштина општине узопозната са њиховим мишљењем уз предлог одлуке, како је то прописано одредбама члана 23. ст. 3. и 4. Закона од 1984. године. Према члану 45. став 4. Закона, јавна расправа се обавезно организује између осталог и у месној заједници чије подручје обухвата детаљни урбанистички план. Према члану 180. Статута општине Смедерево („Међуопштински службени лист општине: Велика Плана...“, број 4/82) скупштина општине је дужна да у поступку израде детаљних урбанистичких планова затражи мишљење месних заједница и да разматра њихове примедбе и предлоге. Тиме су повређене одредбе члана 27. За-

кона према којима се измене и допуне урбанистичких планова врше на начин и по поступку за њихово доношење.

Одлука Уставног суда Србије ИУ бр. 592/85
од 4. децембра 1986. године

ОДЛУКА КОЈА ЗАМЕЊУЈЕ САМОУПРАВНИ СПОРАЗУМ

Уставном суду Србије је поднето више представки (захтева) којима се иницира покретање поступка за оцену уставности и законитости Одлуке о обезбеђивању средстава за здравствену заштиту, коју је донела Скупштина самоуправне интересне заједнице здравствене заштите Општине Трстеник „Службени гласник СРС“, број 24/85 и Одлуке о обезбеђивању и удруживању средстава за здравствену заштиту, коју је донела Скупштина општине Трстеник „Службени гласник СРС“, број 53/84.

Наведеним одлукама уређује се питање висине и плаћања доприноса за здравствену заштиту на територији општине Трстеник у складу са Законом о здравственој заштити.

У представкама грађана је наведено да Скупштина општине Трстеник није донела Одлуку у складу са законом, јер није предходно упозорила надлежне органе заједнице здравствене заштите да до одређеног рока закључе самоуправни споразум, да је одређен само почетак примене Одлуке, а није одређено да ће се она примењивати до закључивања самоуправног споразума. Поред тога подносиоци представке сматрају да неземљорадници — власници пољопривредног земљишта не могу бити обавезници доприноса за здравствену заштиту, како је то предвиђено поменутом Одлуком Скупштине општине. У представкама је истакнуто и то да је стопа доприноса за власнике пољопривредног земљишта превисока.

А у погледу Одлуке СИЗ, иницијатори сматрају да Одлука коју је донела Скупштина СИЗ здравствене заштите Трстеник није у складу са уставом и законом због тога што занатлије, по њиховом мишљењу, плаћају већи допринос за здравствену заштиту од радника у организацијама удруженог рада, као и због тога што Одлука има повратно дејство.

У проведеном поступку пред Уставним судом утврђено је:

У одговору Скупштине општине Трстеник истакнуто је да се Одлука коју је донела ова Скупштина односи само на организације удруженог рада које нису закључиле самоуправни споразум и на радне људе и грађане који не обезбеђују средства путем самоуправног споразума.

Одлуком о обезбеђивању средстава за здравствену заштиту, коју је донела Скупштина Самоуправне интересне заједнице здравствене заштите општине Трстеник, утврђена је висина и начин обезбеђивања средстава за здравствену заштиту за кориснике који према закону не обезбеђују та средства путем самоуправног споразума. Одлука је донета 22. маја 1985. године. Према „Службеном гласнику СРС“, број 24 од 6. јуна 1985. године. Према одредби члана 24. Одлука ступа на снагу осмог дана од дана објављивања у „Службеном гласнику СР Србије“, а примењиваће се од 1. јануара 1985. године. То значи да је Одлуци дато повратно дејство. Према одредбама члана 59. Закона о здравственој заштити „Службени гласник СРС“, број 30/80, 59/82, 18/83, 22/84, 50/84 и 51/85), који је био на снази у време доношења оспорене Одлуке, одлука о висини доприноса мора бити донета и објављена пре почетка календарске године у којој почиње њена примена, па је поменута одредба оспорене Одлуке у неслаганости са законом у делу којим се одређује примена са повратним дејством, а тиме и са одредбом члана 235. Устава СРС.

По питању висине доприноса утврђене у члану 21. Одлуке, Суд је оценио да скупштина заједнице има овлашћење у одредби члана 59.

став 1. Закона да утврђује основице и стопе односно висину доприноса за случајеве какви су овде утврђени.

Одлуком о обезбеђивању средстава за здравствену заштиту, коју је донела Скупштина општина Трстеник утврђене су основице и стопе доприноса за здравствену заштиту за све организације и заједнице као и грађане који нису учесници у закључивању односно који нису закључили Самоуправни споразум о обезбеђивању и удруживању средстава за здравствену заштиту у 1985. години.

Одредбама члана 58. Закона о здравственој заштити, које су биле на снази у време доношења оспорене Одлуке, прописано је да се средства за здравствену заштиту обезбеђују путем самоуправног споразума који закључују организације удруженог рада и заједнице. Међутим, у истим одредбама закона предвиђено је да ће Скупштина општине за општинску заједницу утврдити начин обезбеђивања средстава до закључивања самоуправног споразума, а то практично значи да скупштина општине утврђује основице и стопе доприноса које се примењују на све организације и заједнице, радне људе и грађане који нису закључили споразум, а нису му ни приступили, па стога, по оцени Суда оспорена Одлука није у несагласности са поменутим одредбама закона. Ова мера треба да има привремен карактер, али она постаје, на жалост, правило. О овоме би могло да се говори са више разлога, али не овде.

Одредбом члана став 1. оспорене Одлуке, Скупштина општине је утврдила висину доприноса за радне људе који се баве земљорадњом као једини и главним занимањем и земљорадници који дају своју земљу у закуп. Стопа износи 27% на катастарски доходак и 1.200 динара по члану домаћинства.

Суд је оценио да је утврђивање висине доприноса питање о коме одлучује доносилац одлуке полазћи од основа и мерила утврђених споразумом о основама плана (члан 58. став 1. Закона), у шта се Суд није упуштао.

Одредбом члана 6. напред поменуте Одлуке предвиђено је да радни људи неземљорадници — сопственици пољопривредног земљишта плаћају допринос за здравствену заштиту по стопи од 27% на катастарски приход без обзира што су осигурани по неком другом односу.

Суд је оценио да прописивање доприноса за здравствену заштиту на катастарски доходак за лица која су здравствено осигурана по другом основу, а не по основу здравственог осигурања земљорадника, није у несагласности са уставним и законским начелом о солидарности и узајамности.

Ово због тога што у здравственој заштити и према Уставу и према закону, поред других начела, важи и начело солидарности, а то практично значи да сви власници земље издавају плаћају део доприноса за здравствену заштиту, а користе је према потребама и онда кад немају обезбеђену ову заштиту на неки други начин, па због тога ту нема незаконитости, односно несагласности и са законом.

Одлука Уставног суда Србије ИУ-500/85
од 18. децембра 1986. године

НАМЕНСКА СРЕДСТВА ЗА СТАНОВЕ

Представком је дата иницијатива за оцену уставности и законитости Правилника о решавању стамбених потреба радника Службе друштвеног књиговодства филијале Титово Ужице. Из садржаја представке произлази да се оспорава законитост поступка доношења оспореног општег акта, због тога што није усвојен на референдуму, већ га је донела стручна служба филијале. Садржај представке такође упућује на

то да се оспорава уставност и законитост члана 3. Правилника, којим су утврђени послови и задаци неопходни за вршење функције Службе у Републици. Према наводима иницијатора као дефицитаран кадар проглашени су сви они радници који имају факултетску диплому и са минималним радним стажом, па се поставља питање да ли је факултетска диплома довољно опредељење да се неко прогласи дефицитарним кадром и тако реши своје стамбено питање.

Оспореним општим актом уређује се питање решавања стамбених потреба радника из средстава за посебне намене. Према члану 2. Правилника из средстава за посебне намене обезбеђених финансијским планом могу се решавати стамбена питања радницима филијале који су распоређени да врше послове и задатке неопходне за извршавање функције Службе у Републици, а чланом 3. Правилника ближе је одређено који су то послови и задаци.

Правилник и његове измене донео је Савет филијале 9. 4. 1980. године и 17. 6. 1983. године, а не Стручна служба филијале како се наводи у представи, која је само утврдила пречишћени текст Правилника 26. 6. 1983. године, након чега су уследиле још две измене овог општег акта, које је такође донео Савет филијале.

Према одредби члана 78. и 78а. Закона о Служби друштвеног књиговодства у СР Србији („Службени гласник СРС“, бр. 54/77 и 13/83) средства која стичу филијале или друге организационе јединице Службе у Републици сматрају се јединственим средствима Службе у Републици. Средства за рад Службе у Републици распоређују се, поред осталог, и као средства из којих радници у радним заједницама организационих јединица стичу доходак радне заједнице и као средства за посебне намене.

Будући да оспорени Правилник не уређује питања коришћења средстава из дохотка радне заједнице, већ из средстава за посебне намене, која су Законом посебно опредељена као део средстава за рад Службе у Републици, следи да уређивање начина коришћења ових средстава није у компетенцији самоуправне регулативе у радној заједници филијале Службе друштвеног књиговодства, већ службе као целине, где учествују и представници друштвене заједнице.

Чланом 56. Закона о служби друштвеног књиговодства у СР Србији у оквиру надлежности савета филијале предвиђено је, поред осталог, да он врши и све оне послове који су му Законом, другим прописима, статутом и другим општим актима Службе стављени у надлежност. Према одговору доносиоца општег акта Одлуком Савета Службе у Републици од 6. јуна 1979. године утврђени су послови и задаци за чије се извршиоце могу обезбеђивати станови из средстава за посебне намене, с тим што у организационим јединицама Службе у Републици овај општи акт доноси савет филијале.

Из наведених разлога следи да су неосновани наводи иницијатора да је оспорени општи акт донео ненадлежан орган и по поступку који није у складу са законом.

Чланом 3. оспореног Правилника утврђени су послови и задаци неопходни за извршавање функције Службе у Републици чијим се извршиоцима решавају стамбена питања из средстава за посебне намене, што је ствар самосталног опредељења доносиоца општег акта у смислу овлашћења из члана 35. Закона о стамбеним односима (уређивање услова, мерила и реда првенства у додели стана на коришћење), која оспореним општим актом нису прекорачена.

Из наведених разлога Уставни суд није прихватио дату иницијативу.

Решење Уставног суда Србије ИУ-бр. 570/84
од 11. 12. 1986. године

РАСПОРЕБИВАЊЕ РАДНИКА

Представком једног радника из Крагујевца дата је Уставном суду иницијатива за покретање поступка ради оцене уставности и законитости Правилника о радним односима РЗ „Комерцијала-аутомобила“, РО ФАЗ, Крагујевац из 1985. године. По мишљењу иницијатора Правилник о радним односима није у сагласности са одредбама чл. 227. и 235. Устава СР Србије (разлози нису наведени), а одредбе чл. 82. и 83. Правилника нису у сагласности са одредбама члана 35. ст. 5. Закона о радним односима (пречишћени текст).

Одредбама члана 227. Устава СРС прописано је да сви закони, други прописи и општи акти органа друштвено-политичких заједница, као и самоуправни општи акти организација удруженог рада и других самоуправних организација и заједница, морају бити сагласни са Уставом.

Правилник о радним односима наведене организације удруженог рада донесен је од надлежног органа и у прописаном поступку, а питања која се њиме уређују нормирана су у складу са Уставом, па стога нема елемената који би говорили о томе да овај правилник није у складу са Уставом.

У члану 345. Правилника одређено је да Правилник ступа на снагу осмог дана након објављивања. Објављивање Правилника извршено је у „Службеној информацији РО“ број 12/85 и по протеку осам дана од дана објављивања он је ступио на снагу, што је сагласно са одредбама члана 235. Устава СР Србије.

Одредбама члана 82. Правилника, у циљу побољшања квалификационе структуре у Заводима „Црвене заставе“, уређени су односи у погледу распоређивања радника који се налазе у радном односу као и радника који се примају у радни однос. Начин на који су уређена ова питања у сагласности је са одредбама члана 35. Закона о радним односима.

Правилником (члан 83.) уређена су питања у погледу распоређивања радника који се налазе на радним местима за које немају одговарајућу стручну спрему и то тако што је ближе одређено који од ових радника и под којим условима могу остати на пословима и задацима на којима су до тада радили, а који се радници и под којим условима распоређују на друге послове и радне задатке.

Уређивање овог питања је неопходност сваке промене у организацији рада сваке организације удруженог рада или заједнице и зависи од структуре и броја постојећих радника и структуре и броја радника који се траже за одређене послове и радне задатке. Сва ова питања нису могла бити уређена Законом, већ су она законом уређена начелно а њихово ближе уређивање припада ОУР-а. Чланом 83. Правилника, чија се законитост оспорава, наведена питања уређена су у складу са законом.

На основу изложеног, Уставни суд је нашао да нема основа за прихватање дате иницијативе за покретање поступка ради оцене уставности и законитости, па је одлучио да не прихвати дату иницијативу.

Решење Уставног суда Србије ИУ-427/86
од 11. 12. 1986. године

Припремио Томислав Вељковић

ОДЛУКЕ ВРХОВНОГ СУДА СРБИЈЕ

ПРОТИВ ЗАКЉУЧКА О ОБУСТАВИ УПРАВНОГ ПОСТУПКА ПОКРЕНУТОГ ПО ЗАХТЕВУ СТРАНКЕ МОЖЕ СЕ ВОДИТИ УПРАВНИ СПОР

Надлежни првостепени орган поступајући по захтеву странке Б. Р. који се у управном спору појавио као тужилац, за признавање права инвалидског осигурања за телесно оштећење, донео је закључак бр. 15694 од 23. 9. 1985. године, којим је обуставио поступак.

Другостепени орган по жалби тужиоца донео је решење тек у току управног спора пред Окружним судом у Београду.

Окружни суд у Светозареву решавајући по тужби тужиоца Б. Р., решењем број У. 149/85 од 24. II 1986. године, исту је одбацио налазећи да се у конкретном случају тј. када се ради о закључку којим се обуставља управни поступак од стране органа (а тиме и због недоношења решења од стране другостепеног органа по жалби на закључак), не ради о управном акту, те се против истог не може водити управни спор у смислу члана 6. у вези члана 10. Закона о управним споровима.

По захтеву за ванредно преиспитивање судске одлуке који је поднео тужилац, Врховни суд Србије пресудом бр. Увп. II 158/86 од 13. 8. 1986. године, нашао је да је захтев основан са следећих разлога.

Наиме, Врховни суд није прихватио правно становиште изражено у побијаној пресуди Окружног суда да се у конкретном случају не ради о управном акту (закључак о обустави поступка), те да се стога не би могао водити управни спор. Ово правно становиште није прихваћено због тога што закључак о обустави управног поступка покренутог по захтеву странке у каквој управној ствари има карактер управног акта у смислу члана 6. Закона о управним споровима, о ком се закључку ради у конкретном случају, а не ради се о закључку којим се управља поступком у смислу члана 68. став 2. и члана 137. став 3. Закона о општем управном поступку.

Како се спорни закључак (и недоношење другостепеног решења по жалби), непосредно снемогућава странку да остварује тражено право, то се у конкретном случају и против таквог закључка може водити управни спор.

Стога је Врховни суд наложио Окружном суду да позове тужиоца ради изјашњења у смислу члана 32. Закона о управним споровима, тј. да се изјасни да ли је задовољан са накнадно донетим другостепеним решењем — у току управног спора, и да ли остаје при тужби односно да ли тужбу проширује на нови акт.

ЗА ПРИМЕНУ ЧЛАНА 14. ЗАКОНА О СТАМБЕНИМ ОДНОСИМА РЕЛЕВАНТНО ЈЕ ДА ЛИ ЈЕ СТАМБЕНА ЗГРАДА ПОДОБНА ЗА СТАНОВАЊЕ У МОМЕНТУ ЊЕНОГ СТИЦАЊА У СВОЈИНУ

Другостепеним решењем надлежног комитета одбијена је жалба поднета против решења првостепеног органа Комитета за комунално-стамбене и грађевинске послове СО Звездара, који је решењем од 9. 12. 1985. године, наложио тужиљи Касији Ј. да се у року од 3 дана од дана извршености тог решења исели са свим лицима и стварима из стана — власништво Д. П. из Београда, у Улици С. Љ. бр. 11. у Београду, под претњом извршења.

У поступку који је претходно доношењу првостепеног решења утврђено је да је тужилац носилац станарског права, чије се домаћинство састоји од четири члана на стану из кога јој је наложено исељење. Тужилин брачни друг стекао је у својину породичну стамбену зграду у Београду на основу уговора о купопродаји закљученог 25. 10. 1983. го-

дине, масивну и усељиву, у површини од 117,70 m², а састоји се од собе, кухиње, купатила, ВЦ, оставе, предсобља, тавана и подрума.

По тужби тужиље Окружни суд је уважио тужбу, поништио оспорено решење пошто је нашао да стамбена зграда коју је тужилин брачни друг стекао у својину, није подобна за становање, јер се на истој изводе унутрашњи радови, тако што се руше преградни зидови, други се материцу, а нису потпуно завршене инсталације водовода и канализације, нити је на бетонској подлози постављен под.

По захтеву за заштиту законитости републичког јавног тужиоца и захтеву за ванредно преиспитивање судске одлуке који је поднео заинтересовани Д. П. Врховни суд Србије пресудом Узз. 19/86 од 16. 12. 1986. године, уважио је захтеве, као основане, са следећих разлога.

Одредбом члана 14. став 1. Закона о стамбеним односима („Службени гласник СР Србије бр. 9/85“), прописано је да ако носилац станарског права, његов брачни друг или малолетни чланови његовог породичног домаћинства имају или стекну у својину породичну стамбену зграду или стан у одређеним насељеним местима у истој или у суседној општини, односно граду, а тај стан одговара његовим потребама и потребама његовог породичног домаћинства који заједно са њим станују, дужан је да се са свим корисницима стана исели из стана који користи по уговору о коришћењу стана. Одредбом става 2. тог члана прописано је да у случају из става 1. овог члана носилац станарског права је дужан, да у року од 60 дана од дана стицања испражњења породичне стамбене зграде и стана који има у својини, преда друштвени стан даваоцу тог стана на коришћење празан од свих лица и ствари. Те одредбе примењују се у конкретном случају у смислу одредбе члана 93. став 2. тог Закона.

С обзиром на наведене законске одредбе Врховни суд је нашао да за примену члана 14. Закона није битно да ли је у моменту решавања о исељењу породична стамбена зграда која је стечена у својину неподобна за становање услед адаптације, ако је она у моменту стицања у својину била подобна за становање и одговарала потребама носиоца станарског права и чланова његовог породичног домаћинства. Стога, носилац станарског права сам сноси штетне последице ако стечену у својину породичну стамбену зграду, која је подобна за становање, он или његов брачни друг, извођењем радова — адаптацијом, доведу у стање неподобности за становање.

За правилну примену члана 14. наведеног Закона неопходно је утврдити да ли је наведена породична стамбена зграда подобна за становање у моменту стицања исте у својину, а не у моменту доношења решења којим се налаже исељење из стана који је коришћен по уговору о коришћењу стана.

Ради тога захтеви су уважени и побијана пресуда укинута, јер је правно схватање изражено у истој погрешно и засновано на непотпуно утврђеном чињеничном стању.

Припремила *Милица Јовановић*

ОДЛУКЕ ВИШЕГ ПРИВРЕДНОГ СУДА СРБИЈЕ

ПРАВО САВЕЗНЕ ДИРЕКЦИЈЕ ЗА РЕЗЕРВЕ ПРЕХРАМБЕНИХ
ПРОИЗВОДА ДА ЗАХТЕВА ЗАТЕЗНУ КАМАТУ ПО СТОПАМА
КОЈЕ СУ ПРОПИСАНЕ ОДЛУКОМ СИВ-а О СТОПАМА
ЗАТЕЗНИХ КАМАТА

Првостепени суд је одбио захтев Дирекције да јој се дооуди затезна камата по стопама прописаним Одлуком СИВ-а о стопама затез-

них камата, јер је нашао да уговор који је закључила Дирекција и организација удруженог рада није уговор у привреди.

Ову одлуку потврдио је Виши привредни суд, прихватајући становиште првостепеног суда.

Врховни суд Србије, решавајући по захтеву за заштиту законитости, преиначио је и првостепену и другостепену одлуку и нашао да и Дирекција када закључује уговоре са организацијама удруженог рада које обављају привредну делатност и сама обавља привредну делатност и да тако закључени уговори представљају уговоре у привреди.

Из образложења:

„Виши привредни суд је у побијаној пресуди изразио становиште да тужилац није субјекат који се помиње у Одлуци о висини стопе затезне камате („Сл. лист СФРЈ“, бр. 19/82, 40/83 и 53/84), у вези са чланом 25. ст. 2. Закона о облигационим односима, па с тим у вези тужилац нема право да тражи стопу прописане затезне камате наведеном Одлуком већ има право само на камату од 7,5% у смислу члана 277. ст. 1. Закона о облигационим односима.

Врховни суд налази да изражено правно становиште није правилно, а ово због тога јер из наведене Одлуке коју је СИВ донео на основу овлашћења из члана 277. ст. 2. Закона о облигационим односима, произлази да је дужник организација удруженог рада и друга организација и заједница која обавља привредну делатност и да ће дужник, ако у року не исплати доспелу новчану обавезу проишлу из уговора о привреди, платити повериоцу стопу затезне камате од 27. априла 1982. године од 25% годишње од 30. јула 1983. године, по стопи од 35% годишње, а од 6. октобра 1984. године по стопи од 62% годишње.

Појам уговора у привреди одређен је чланом 25. ст. 2. наведеног закона према коме уговор у привреди обухвата два момента: један субјективни и један објективни. Основни момент од кога зависи да ли ће се један уговор сматрати уговором у привреди је субјективни момент. Уговором у привреди се сматра само такав уговор који међусобно закључују организације удруженог рада и друге организације и заједнице које обављају привредну делатност као и имаоци радњи и други појединци који у виду регистрованог занимања обављају неку привредну делатност. Допунски моментат за одређивање појма уговора у привреди је објективног карактера. Уговором у привреди може се сматрати само такав уговор који међусобно закључују наведени субјекти у обављању делатности који сачињава предмет њиховог пословања или су у вези са том делатношћу.

Према члану 21. ст. 1. тач. 2. Закона о савезним робним резервама („Сл. лист СФРЈ“, бр. 14/75) који је био на снази у време закључивања купопродајног уговора странака од 24. II 1981. године, Савезна дирекција за робне резерве прехранбених производа закључује уговоре о пословима робног промета и друге уговоре, на начин и под условима који су предвиђени за организацију удруженог рада, ако овим законом није другачије одређено а за обавезе по тим уговорима Дирекција одговара средствима којим располаже; идентична одредба садржана је у члану 52. ст. 1. тач. 2. новог Закона о основима система робних резерви и о савезним робним резервама („Сл. лист СФРЈ“, бр. 58/84).

Из наведених законских одредаба произлази да Дирекција у одређеним пословима послује као буџетска установа а у другој врсти послова као организација удруженог рада. У конкретном случају, тужилац је предметни уговор о купопродаји пшенице из увоза склопио у обављању делатности која сачињава предмет њеног пословања, а овај се посао обавља на начин и под условима који су предвиђени и за остале организације удруженог рада, јер се законодавац овом одредбом обавезао тужиоцу да послује на принципу дохотка, и ставио је до знања свим осталим учесницима уговора у закључивању овакве врсте правних послова, да тужилац — Дирекција овим пословима одговара средствима која располаже из дохотка као организација удруженог рада, а не из других средстава — средстава буџета друштвено-политичке заједнице. Правилност израженог становишта овог суда произлази и из одреда-

ба чл. 2. тачка 2. Закона о утврђивању извора средстава за финансирање савезних робних резерве („Сл. лист СФРЈ”, бр. 22/84, којом је између осталог прописано да се савезне робне резерве финансирају и из средстава која су издвојена из позитивних разлика остварених у пословању савезним робним резервама.

Стога Врховни суд налази да уговор о зајму пшенице који су странке закључиле несумњиво има све карактеристике уговора у привреди, јер је на основу њега извршен робни промет између странака на принципу робе — цена дохотка, те се не може у овом случају говорити о другим пословима из члана 21. тач. 2. наведеног Закона о савезним робним резервама, односно да се њиме не врши привредна делатност, већ ванпривредна делатност, како то погрешно закључује Виши привредни суд, ради правилног исхода овог спора, пре свега треба поћи од самог карактера уговора који су странке закључиле, који је типичан уговор робног промета којим је успостављен привредни однос између странака — уговор у привреди пошто је на основу њега извршен робни промет то тужилац у конкретном случају послује као организација удруженог рада по принципу дохотка.

На основу овог уговора настао је дужничко-поверилачки однос између странака у свему у смислу Закона о обезбеђивању плаћања између корисника друштвених средстава па је тужени као купац пшенице из увоза плаћање обезбедио меницама авалираним од стране своје пословне банке.

Стога Дирекција као субјекат робног промета је наведеним уговором обавила привредну делатност која сачињава предмет њеног пословања у оваквој врсти послова, на начин и под условима који су предвиђени и за све остале организације удруженог рада, па са тим у вези Дирекцији несумњиво припада и право на затезну камату коју је прописао СИБ наведеном Одлуком а при томе је без утицаја што Дирекција није уписана у регистар надлежности привредног суда као привредна организација, јер у конкретном случају ова околност не може да буде од пресудног значаја“.

Према томе, Дирекција када закључи уговор са организацијом удруженог рада која обавља привредну делатност, има право на затезне камате по стопама прописаним Одлуком СИБ-а о стопама затезних камата, јер се такав уговор сматра уговором у привреди. Ово исто важи и када Дирекција закасни са плаћањем организацији удруженог рада, у ком случају ће и Дирекција плаћати затезне камате по стопама из Одлуке СИБ-а.

(Пресуда Вишег привредног суда Србије, Пж-3554/85 од 13. XII 1985. и Одлука Врховног суда Србије, Пзз-27/86 од 3. VII 1986)

ЈАВНИ ПРЕВОЗ РОБЕ КАО СПОРЕДНА ДЕЛАТНОСТ

Основна организација удруженог рада „Градња“ поднела је захтев да упише вршење јавног превоза робе као споредну делатност.

Првостепени суд као регистарски одбио је захтев.

Виши привредни суд је одбио жалбу и потврдио првостепено решење.

Из образложења:

„Према чл. 1. Закона о изменама и допунама Закона о превозу у друмском саобраћају („Службени гласник СРС” број 1/1980) јавни превоз могу да врше организације удруженог рада којима је та делатност, као основна, уписана у судски регистар, ако испуњавају друге услове утврђене законом и прописима донетим на основу закона.

Према чл. 410. Закона о удруженом раду, основна организација удруженог рада може обављати само једну основну делатност, а поред

ње може обављати и споредне делатности под условима из чл. 411. Закона о удруженом раду.

Из предњег произлази да се јавни превоз робе не може обављати као споредна већ само као основна делатност, па је првостепени суд правилно поступио када је одбио захтев да се упише вршење јавног превоза као споредна делатност и зато се и жалба појављује као неоснована.“

Према томе, по прописима који важе у Србији, јавни превоз робе се не може вршити као споредна већ само као основна делатност.

(Решење Вишег привредног суда Србије, Пж-313/87
од 27. I 1987)

НАДЛЕЖНОСТ ЗА РЕШАВАЊЕ СПОРОВА У ВЕЗИ СА ПЛАЊАЊЕМ ДОПРИНОСА ЗА КОРИШЋЕЊЕ ГРАЂЕВИНСКОГ ЗЕМЉИШТА

Организација удруженог рада поднела је тужбу Окружном привредном суду у Београду са захтевом да се утврди да није дужна да плаћа допринос за коришћење грађевинског земљишта.

Првостепени суд је одбацио тужбу као недозвољену.

Другостепени суд је уважио жалбу, укинуо решење о одбачају тужбе, а предмет вратио на поновни поступак.

Из образложења:

„Првостепени суд је одбацио тужбу као недозвољену а да није ни утврдио основ тужбеног захтева чиме је учинио битну повреду поступка.

Према становишту другостепеног суда када се ради о спору између друштвено-политичке заједнице (општине) и организације удруженог рада у вези са плаћањем доприноса за коришћење грађевинског земљишта тада је за решавање насталог спора надлежан привредни суд.

Ово са разлога што накнада за коришћење грађевинског земљишта у суштини има карактер накнаде за закуп тога земљишта који доспева у одређеним временским размацама, па како се овде ради о странкама које своја права остварују пред привредним судом, то је првостепени суд погрешно када је одбацио тужбу као недозвољену.

У поновљеном поступку првостепени суд ће ако се ради о спору у вези са плаћањем накнаде за коришћење грађевинског земљишта, прихватити надлежност и донети одговарајућу одлуку.“

Према томе, када се ради о споровима о плаћању или неплаћању накнаде за коришћење грађевинског земљишта, за решавање истих надлежан је привредни суд а не управни орган.

(Решење Вишег привредног суда Србије,
Пж-4103/86 од 2. X 1986)

РЕГРЕСНА ТУЖБА И ПРОТЕСТ ЗБОГ НЕИСПЛАТЕ МЕНИЦЕ

Последњи ималац менице поднео је регресну тужбу са захтевом да му трасант и авалиста солидарно исплате износ који је тужилац платио повериоцу.

Првостепени суд је одбио тужбени захтев пошто тужилац није подигао протест због неплаћања.

И другостепени суд је прихватио овакво становиште првостепеног суда и потврдио је првостепену пресуду.

Из образложења:

„Благовременом жалбом тужилац побија пресуду и истиче да је он последњи ималац менице којом се обезбеђује кредит, и да има право да се регресира за исплаћени износ и да се наплати од солидарних дужника (трасанта, авалисте и др.) па сматра да је суд погрешно када је одбио тужбени захтев. Жалилац сматра да се меница мора извршити онако како гласи тј. онако како је то у меници назначено без обзира на протест, па је предложио да се пресуда укине.

Туженик је у одговору на жалбу истакао да је суд правилно поступио када је одбио захтев тужиоца јер тужилац није своје право утврдио протестом менице у смислу чл. 43. Закона о меници, па тужилац не може остварити своја регресна права на основу менице код које није подигнут протест и зато је предложио да се жалба одбије.

Жалба тужиоца није основана.

Првостепени суд је правилно утврдио чињенично стање и правилно применио материјално право када је одбио тужбени захтев.

Ово са разлога што према чл. 42—45. Закона о меници тужилац је био дужан као последњи ималац менице да подизањем протеста због неплаћања утврди своје регресно право ако жели да оствари такво право од туженика. Ово и са разлога што у меници није била унета клаузула „без протеста“ (чл. 45. Закона о меници), у ком случају би се могло остварити регресно право и без протеста.

Како није спорно да тужилац није подигао протест и није утврдио своје регресно право, то је првостепени суд правилно поступио када је одбио тужбени захтев.“

Према томе, када последњи ималац менице жели да оствари своје регресно право, а у меницу није унета клаузула „без протеста“ он мора подићи протест и утврдити своје право, па тек након тога поднети тужбу ради остваривања регресног права.

(Пресуда Вишег привредног суда Србије,
Пж-3/87. од 15. I 1987)

Припремио: *мр Јездимир Митровић*

ОДЛУКЕ СУДА УДРУЖЕНОГ РАДА СРБИЈЕ

ДОДЕЛА ОДГОВАРАЈУЋЕГ СТАНА И РЕДОСЛЕД УТВРЂЕН ЛИСТОМ РЕДА ПРВЕНСТВА ЗА РЕШАВАЊЕ СТАМБЕНЕ ПОТРЕБЕ

Радница је у предлогу за покретање поступка навела да је раднику који је увршћен на прво место листе реда првенства за решавање стамбене потребе дат на привремено коришћење једноипособан стан. Према одредбама самоуправног општег акта њему припада једноособан стан. Подносилац предлога је као носилац станарског права на једноособном комфорном стану, увршћен на друго место ранг листе. Она је прибавила сагласност даваоца стана да њена организација једанпут располаже станом који користи. Стога сматра да је раднику на првом месту ранг-листе требало доделити њен стан, а њој расположиви једноипособан стан, који бар донекле задовољава њене стамбене потребе. Предложила је да суд удруженог рада поништи оспорену одлуку о додели једноипособног стана.

Основни суд удруженог рада у Београду је одлуком Ст 873/86. од 14. октобра 1986. године одбио захтев раднице као неоснован. У поступку је утврђено да је радник Ј. увршћен на прво место листе реда првенства за решавање стамбене потребе са 815 бодова. Подносилац

предлога, радница В., увршћена је на друго место са 595 бодова, при чему правилност извршеног бодовања није спорна међу учесницима у поступку. Радник Ј. у смислу члана 41. став 1. алинеа 2. Правилника о стамбеним односима има право на једнособан стан до 42 м², па му је расположиви једноипособан стан дат на коришћење до доделе одговарајућег стана. Првостепени суд одбија захтев за поништај ове одлуке уз образложење да је донета у складу са листом реда првенства за решавање стамбене потребе.

Суд удруженог рада Србије је одлуком број 11920/86. од 6. јануара 1987. године уважио жалбу раднице, преиначио првостепену одлуку и поништио акт о додели стана. Другостепени суд полази од чињенице да радница В. као носилац станарског права са брачним другом и двоје деце користи једнособан комфоран стан површине 33 м². Како исти не задовољава њене стамбене потребе, општина је као давалац стана на коришћење дала сагласност другом учеснику да у смислу члана 38. Закона о стамбеним односима СР Србије њим једанпут располаже. Према томе, организација је имала на располагању празан стан, па је у смислу члана 36. став 2. Закона о стамбеним односима СР Србије могла донети одлуку о његовом давању на коришћење. Како овај стан у потпуности задовољава стамбене потребе радника, Ј. погрешно су поступили надлежни самоуправни органи када су му дали на привремено коришћење једноипособан стан. При том се, наравно, не сме изгубити из вида ни то да је радница В. изјавом од 9. априла 1986. године прихватила спорни једноипособан стан од 40,43 м².

(Одлука Основног суда удруженог рада у Београду
Ст. 873/86. од 14. октобра 1986. године и одлука
Суда удруженог рада Србије број 11920/86. 6. јануара 1987. године)

ТРОШКОВИ УПУЋИВАЊА ДРУГОГ РАДНИКА НА ПРИВРЕМЕНИ РАД У ИНОСТРАНСТВО

Радник је у предлогу за покретање поступка навео да га је радна организација упутила на привремени рад у иностранство. За то време, лични доходак му није благовремено исплаћиван, како у строју валути, тако ни у динарима. Његова породица због тога није имала средстава за живот, па се он вратио пре истека времена на које је упућен. Сматра да се ради о оправданим разлозима и предлаже да суд удруженог рада поништи одлуку радничког савета којом се обавезује на накнаду трошкова упућивања другог радника.

Радна организација је поднела противпредлог у коме је навела да се радник самовољно вратио у земљу пре истека уговореног рока. Тиме је проузроковао штету у висини цене авио-карте и трошкова упућивања другог радника на привремени рад у иностранство. Предложио је да суд обавезе радника на накнаду штете утврђене одлуком надлежног самоуприног органа.

Основни суд удруженог рада у Београду је одлуком Нш 540/86. од 15. септембра 1986. године одбио захтев радне организације, а утврдио да нема услова за вођење поступка по предлогу радника. У образложењу је навео да је први лични доходак за рад у иностранству, раднику исплаћен тек после 6 месеци од упућивања. Радна организација му није исплатила ни зајамчени лични доходак, сходно одредбама члана 72. Закона о радним односима СР Србије. Радник се вратио јер је егзистенција његове породице била угрожена, што упућује на закључак да штета у смислу члана 205. став 1. Закона о удруженом раду није причињена намерно, нити из крајње непажње.

Међутим, радник нема правног интереса да у поступку пред судом удруженог рада побија коначну одлуку организације о његовој ма-

теријалној одговорности. У спору о материјалној одговорности радника суд не оцењује законитости одлуке која се донесе у организацији, него одлучује о захтеву за накнаду штете који организација истакне према раднику, на основу чињеница које сам утврди. Спор о одговорности за штету није спор о законитости, већ спор пуне јурisdикције у коме суд директно одлучује о захтеву за накнаду штете.

Суд удруженог рада Србије је одлуком број 10582/86. од 18. новембра 1986. године одбио жалбу радне организације и потврдио првостепену одлуку. Другостепени суд налази да је радна организација била у обавези да раднику исплати бар зајамчени лични доходак ради обезбеђења његове материјалне и социјалне сигурности, сходно одредбама члана 15. став 4. Закона о заштити грађана Социјалистичке Федеративне Републике Југославије на привременом раду у иностранству („Службени лист СФРЈ“, бр. 15/80). „Она то није учинила, па се радник вратио са привременог рада у иностранству управо из разлога што његова породица није имала средстава за живот. Према томе, не може се говорити о самовољном враћању подносиоца предлога пре испуњења уговорне обавезе, већ оправданим разлозима који искључују материјалну одговорност за евентуално насталу штету.“

По становишту другостепеног суда, „радна организација није извршила не само законску, већ ни уставну обавезу исплате зајамченог личног дохотка радника ради обезбеђења његове материјалне и социјалне сигурности. Зато се она не може позивати на то да радник није поступио у складу са одредбама Уговора и самоуправног општег акта које одређују трајање привременог рада у иностранству“.

(Одлука Основног суда удруженог рада у Београду
Нш 540/86. од 15. септембра 1986. године и одлука
Суда удруженог рада Србије број 10582/86. од 18.
новембра 1986. године)

ЛИЧНА ИМОВИНА РАДНИКА И ПРАВО НА НАКНАДУ ШТЕТЕ

Радник је поднео предлог за покретање поступка у коме је навео да му је нестала кожна јакна на радном месту. Како основна организација није предузела све потребне мере заштите имовине запослених, предложио је да суд удруженог рада обавезе другог учесника да му на име накнаде штете исплати износ од 70.000 динара са каматом по стопи од 73%.

Основни суд удруженог рада у Чачку је по спроведеном доказном поступку одлуком РО. бр. XII 50/86. од 24. јуна 1986. године одбио захтев радника. У образложењу је навео да је основна организација обезбедила радницима гардеробне ормане. Она је, дакле, предузела све мере обезбеђења, па није одговорна за насталу штету.

Суд удруженог рада Србије је одлуком број 8462/86. од 4. новембра 1986. године уважио жалбу радника, преиначио првостепену одлуку и обавезао основну организацију да му накнади штету у износу од 70.000 динара са каматом по стопи која се у месту испуњења плаћа на штедне улоге орочене без утврбене намене преко годину дана од дана подношења предлога до исплате.

Другостепени суд је на спорни однос применио одредбе члана 1. став 1. и 2. и члана 5. став 2. тада важећег Закона о основама друштвене самозаштите („Службени гласник СР Србије“, бр. 39/79). Поменути одредбама је утврбена обавеза радних људи у организацијама удруженог рада да штите личну безбедност и имовину запослених. У том смислу, они су дужни да предузимају све потребне мере и активности ради заштите ових добара. Те мере и активности се односе на превентивну и другу заштиту од повреда права радних људи из радног односа. Одредбе сличне садржине се налазе и у члану 1. став 2. тачка 4. и члану 5.

став 1. тачка 7. важећег Закона о систему друштвене самозаштите („Службени гласник СР Србије“, бр. 14/86).

„У конкретном случају, основна организација је обезбеђењем гардеробних ормана предузела одребене мере заштите имовине својих радника. Међутим, и поред тога, подносиоцу предлога је из закључаног ормана нестала кожна јакна. Орман је обијен за време трајања рада, па овај суд налази да предузете мере очигледно нису биле довољне ради заштите имовинске безбедности радних људи. Неспорно је, дакле, да је радник претрпео штету у вези са радом. Он не може сносити штетне последице, нити се основна организација може ослободити материјалне одговорности за насталу штету уз позив да је радницима обезбедила гардеробне ормани. При том су неосновани наводи пуномоћника основне организације да „њена делатност није гардероберска“. Наиме, овде се не ради о делатности у смислу члана 410. Закона о удруженом раду, већ предузимању мера и активности у складу са Законом о систему друштвене самозаштите.“

Према томе, предузете мере очигледно нису биле довољне ради заштите имовине радника, у конкретном случају његове кожане јакне. Вредност ове јакне, на основу сагласних изјава учесника, износи 70.000 динара, па је штету ваљало накнадити у овом износу.

(Одлука Основног суда удруженог рада у Чачку
Ро. бр. XII 50/86. од 24. јуна 1986. године и одлука
Суда удруженог рада Србије број 8462/86. од 4.
новембра 1986. године)

ЛИЧНИ ДОХОДАК ЗДРАВСТВЕНИХ РАДНИКА

Радници су поднели кредлог за покретање поступка у коме су навели да су распоређени на послове здравствених радника за које се захтева средња стручна спрема. Иако поседују ову спрему, подносиоци предлога су у спорном периоду обављали послове здравствених радника за које се тражи виша стручна спрема. Предложили су да суд удруженог рада обавезе основну организацију на исплату припадајуће разлике личног дохотка према фактички извршеном раду.

Основни суд удруженог рада у Београду је одлуком Нп 2782/85. од 17. априла 1986. године усвојио захтев радника. У образложењу је навео да су радници у спорном периоду заиста вршили послове здравствених радника за које се захтева виша стручна спрема, па имају право на разлику личног дохотка, сходно одредбама члана 126. став 1. Закона о удруженом раду.

Против ове одлуке жалбу је благовремено изјавила основна организација због погрешне примене материјалног права. Навела је да ако радње које спадају у делокруг рада здравственог радника обавља лице без законом одребене стручне спреме, не може се узети да таквом лицу припада лични доходак за послове и радне задатке здравственог радника.

Суд удруженог рада Србије налази да је првостепени суд правилно утврдио чињенично стање, али је погрешно применио материјално право. „Према одредбама члана 126. Закона о здравственој заштити, здравствени радници и здравствени сарадници врше послове здравствене делатности према стручној спреми коју имају, у складу са савременим сазнањима медицинских и других наука, кодексом етике здравствених радника и моралом социјалистичког самоуправног друштва. Радник који нема одговарајућу стручну спрему прописану Законом, није у стању, нити може обављати послове и радне задатке за које се та стручна спрема тражи. Он то не може чинити ни кад обавља радње које спадају у дело-

крут рада здравственог радника, јер без те спреме предузете радње немају карактер послова и радних задатака са потребном стручном спремом. Стога оне не могу бити основ да се за такве радње исплати лични доходак здравственог радника.“

Другостепени суд не доводи овим у питање основно опредељење Закона о удруженом раду да лични доходак радника не зависи од његове стручне спреме, већ од резултата рада који оствари на одговарајућим пословима. Овде се ради о пословима за које је закон утврдио потребну стручну спрему и забранио обављање тих послова свим лицима која немају тако верификовану стручну спрему. Када је у питању здравство, онда се ово законско опредељење заснива на чињеници да је „објект рада“ човек као специфичан субјект. Зато се ту не могу дозволити никакве импровизације, односно рад без стручне спреме стечене у одговарајућој васпитно-образовној организацији.

„У конкретном случају, није спорно међу учесницима да су радници, који имају средњу стручну спрему, у једном периоду вршили послове за које се тражи виша стручна спрема. Они су обављали послове за које нису били стручно оспособљени, односно без претходне друштвене верификације оспособљености за обављање тих послова. Како се ради о пословима за које је закон утврдио потребну стручну спрему и забранио њихово обављање свим лицима која немају тако верификовану стручну спрему, онда ни радници не могу захтевати лични доходак за овако извршене послове, односно радне задатке.“ Зато је Суд удруженог рада Србије одлуком број 8050/86. од 16. октобра 1986. године преиначио првостепену одлуку и захтеве радника одбио као неосноване.

(Одлука Основног суда удруженог рада у Београду
Нп 2782/85. од 17. априла 1986. године и одлука
Суда удруженог рада Србије број 8050/86. од 16.
октобра 1986. године)

СТАЖ ОСИГУРАЊА И ПРЕСТАНАК РАДНОГ ОДНОСА ПО СИЛИ ЗАКОНА

Радник је у предлогу за покретање поступка навео да му је одлуком надлежног органа Радне заједнице престао радни однос по сили закона испуњењем услова за личну пензију. Сматра да се време проведено у ЈНА у периоду од 16. маја 1946. године до 29. октобра 1947. године има рачунати као посебан стаж, а не као стаж осигурања. Следствено томе, он нема навршених 40 година стажа осигурања и не испуњава услове за одлазак у личну пензију по сили закона. Предложио је да суд удруженог рада усвоји његов захтев, поништи одлуку о престанку радног односа и обавезе радну заједницу да га врати на рад и распореди на послове које је обављао.

Основни суд удруженог рада у Београду је одлуком Ро 581/86. од 6. августа 1986. године одбио захтев радника као неоснован. У образложењу је наведено да је увидом у радну књижицу утврђено да радник има више од 40 година стажа осигурања. Он испуњава услове предвиђене одредбом члана 124. Закона о радним односима СР Србије, па је правилно поступила радна заједница када је донела одлуку о престанку радног односа по сили закона. При том је изразио становиште да суд цени само законитост оспорене одлуке, а не и истинитост података унетих у радну књижицу. Уколико радник сматра да му је стаж осигурања погрешно утврђен, може се у том смислу обратити надлежној заједници пензијског и инвалидског осигурања.

Суд удруженог рада Србије је нашао да чињенично стање није у потпуности утврђено, па је решењем број 9327/86. од 18. новембра 1986. године уважио жалбу радника, првостепену одлуку укинуо и предмет вратио на поновно расправљање и одлучивање.

Другостепени суд сматра да је, за сада, преурањен закључак првостепеног суда да је радник 20. јуна 1986. године навршио 40 година стажа осигурања, те да му радни однос престаје по сили закона, сходно одредбама члана 124. став 1. Закона о радним односима СР Србије. Из радне књижице се утврђује да је жалилац од 3. децембра 1947. године као дана првог запослења до 1. септембра 1978. године као дана заснивања радног односа у радној заједници, остварио 30 година, 8 месеци, и 27 дана стажа осигурања. Од тада па до 20. јуна 1986. године као дана престанка радног односа, он је навршио још 7 година, 9 месеци и 20 дана стажа осигурања, што укупно износи 38 година, 6 месеци и 27 дана стажа осигурања. Стога наведени стаж очигледно није био довољан за престанак радног односа по сили закона.

„Међутим, међу учесницима је спорно то да ли се време проведено у ЈНА у периоду од 16. маја 1946. године до 29. октобра 1947. године у трајању од 1 године, 5 месеци и 14 дана има сматрати као посебан стаж или стаж осигурања. Према томе, у конкретном случају се не ради о утврђивању истинитости података унетих у радну књижицу као јавну исправу, како то погрешно закључује првостепени суд, већ оцени да ли је реч о посебном стажу или стажу осигурања. Од тога непосредно зависи чињеница да ли је радник навршио 40 година стажа осигурања, те да ли је оспорена одлука о престанку радног односа по сили закона правилна. Оцену законитости појединачних правних аката из радног односа врши, пак, суд удруженог рада“.

Другостепени суд налази да се на спорни однос имају применити одредбе члана 100. став 1. Закона о основним правима из пензијског и инвалидског осигурања („Службени лист СФРЈ“, бр. 23/82.) и члана 142. став 1. Основног закона о пензијском осигурању („Службени лист СФРЈ“, бр. 51/64). Поменути одредбама је прописано да се пензијски стаж навршен до 31. децембра 1972. године рачуна на начин како је било предвиђено прописима који су важили до тог дана, с тим што се законом може увести повољнији начин рачунања пензијског стажа од онога који је био предвиђен прописима који су важили до 31. децембра 1972. године. Даље, као посебан стаж се рачуна време проведено у ЈНА после 15. маја 1945. године па до демобилизације, и то по одбитку периодаведеног на дослужењу кадровског рока ако осигураник у часу отпуштања из војске није био официр, активни подофицир или војни службеник. Са изложеног, ако жалилац у часу отпуштања из војске није био официр, активни подофицир или војни службеник, онда се време проведено у ЈНА рачуна као посебан стаж, а не као стаж осигурања. То је одлучна чињеница спорног односа. Она у поступку пред првостепеним судом није са сигурношћу утврђена, па је Суд удруженог рада Србије побияну одлуку укинуо и предмет вратио на поновни поступак и одлучивање.

(Одлука Основног суда удруженог рада у Београду
Ро 581/86. од 6. августа 1986. године и решење
Суда удруженог рада Србије број 9327/86. од 18.
новембра 1986. године)

УТВРЂИВАЊЕ ПОТРЕБА РАДА И РАСПОРЕБИВАЊЕ НА ДРУГЕ ПОСЛОВЕ, ОДНОСНО РАДНЕ ЗАДАТКЕ

Радница је поднела предлог за покретање поступка у коме је навела да је распоређена на послове продавца. До тада она је успешно обављала послове пословође одељења — етажера. Сматра да одлука о распоређивању на послове продавца није донета на основу утврђених потреба рада. Зато је предложила да суд удруженог рада закаже расправу, изведе предложене доказе и донесе одлуку којом ће поништити акт о повреди њеног права.

Основни суд удруженог рада у Београду је одлуком Пр. 233/86. од 30. јуна 1986. године одбио захтев раднице као неоснован. У образложењу је навео да радница има III степен стручне спреме/КВ радник. Она испуњава посебне услове за вршење послова продавца утврђене одредбама новог Правилника о унутрашњој организацији и систематизацији послова и задатака Основне организације. Како измена самоуправног општег акта подразумева и одговарајуће потребе процеса рада, првостепени суд налази да је распоређивање раднице извршено сходно одредбама члана 177. став 2. Закона о удруженом раду.

Суд удруженог рада Србије је одлуком број 9311/86. од 4. новембра 1986. године одбио жалбу раднице као неосновану и потврдио првостепену одлуку. Другостепени суд, такође, налази да је радница распоређена на послове који одговарају њеној стручној спреми. У основној организацији је измењен самоуправни општи акт, уведена нова организација рада и оспорена одлука донета у складу са одредбама члана 63. став 1. алинеа 1. Правилника о радним односима основне организације.

Другостепени суд не прихвата жалбени навод да распоређивање није извршено на основу утврђених потреба рада. „Радница је, као један од три извршиоца, обављала у претходном периоду послове пословође-етаже. Изменама самоуправног општег акта, ови послови су укинати и уместо њих утврђени послови помоћника руководиоца послова галерије. Нови послови су били упражњени, па их је ваљало попуњити постојећим извршиоцима. Према томе, потребе рада су захтевале распоређивање не само подносиоца предлога, већ и осталих радника основне организације. Надлежни самоуправни органи су при том оценили да ће један од радника који је обављао послове продавца, најбоље вршити и послове помоћника руководиоца послова галерије, а да радницу Ц. ваља распоредити на послове продавца. Распоређивање раднице је извршено у складу са одредбама члана 29. став 1. Закона о радним односима СР Србије, па суд удруженог рада не може улазити у целисходност оспорене одлуке. То је неотуђиво право радничког савета или од њега образованих комисија, сагласно одредбама члана 181. став 2. Закона о удруженом раду. Са тим у вези, неосновано се у жалби истиче да је радница дуже времена вршила сложеније послове у основној организацији, те да има „дрече право“ распореда на помоћника руководиоца послова галерије.

И најзад, радница је раније послове обављала само у делу галерије, односно на етажи. Нови послови помоћника руководиоца се врше у целој галерији. Само ова чињеница, независно од других, упућује на закључак да постоји битна разлика у обиму наведених послова. Према томе, неосновано се у жалби истиче да је радница требало да буде „древедена“ на послове помоћника руководиоца послова галерије.“

(Одлука Основног суда удруженог рада у Београду
Пр. 233/86. од 30. јуна 1986. године и одлука Суда
удруженог рада Србије број 9311/86. од 4. новембра 1986. године)

Припремио: Миодраг Васић

ОДЛУКЕ ОКРУЖНОГ СУДА У БЕОГРАДУ

ОДГОВОРНОСТ ПРОИЗВОБАЧА АУТОМОБИЛСКЕ ГУМЕ ЗА САОБРАЋАЈНИ УДЕС

Првостепени суд је утврдио да је тужилац власник и возач возила доживео саобраћајни удес на путу Београд—Ниш када је слетео са друма, да је до удеса дошло због одвајања газећег слоја аутомобилске

гуме коју је произвео тужени и да се незгода није могла спречити. Такође је утврђено да је критичном приликом на том делу пута пут био прав, прегледан и сув, видљивост је била добра. Тужилац је рекламирао код туженика предметну гуму од њега купљену у његовој продавници и рекламација је била призната.

Код наведеног чињеничног стања Општински суд је утврдио да је основан захтев тужиоца за накнаду претрпљене штете према туженику и донео је међупресуду.

„Како из изведених доказа несумњиво произлази да је произвођач тужени у промет ставио аутомобилску гуму са недостатком, што је уважавањем рекламације и признао и што из изведених доказа несумњиво произлази, те како је због исте гуме дошло до саобраћајног удеса и настанка штете, то је тужени и одговоран да штету тужиоцу накнади све сагласно члану 179. Закона о облигационим односима.

Користећи овлашћења из члана 303. Закона о парничном поступку, а из разлога целисходности тужбеног захтева, а о висини и трошковима поступка ће одлучивати по правноснажности међупресуде.“

Окружни суд је решавајући по жалби на првостепену пресуду прихватио у свему утврђено чињенично стање како га је утврдио општински суд па је прихватајући и разлоге тога суда потврдио првостепену пре суду а жалбу као неосновану одбио. Окружни суд је нашао да је материјално право о постојању одговорности туженика за штету правилно примењено од стране првостепеног суда.

(Међупресуда Општинског суда у Сопоту. П. бр. 50/82 од 24. 10. 1985. године и пресуда Окружног суда у Београду, Гж. 814/86. од 14. 3. 1986. године)

ПРАВО ПРЕЧЕ КУПОВИНЕ НЕПОКРЕТНОСТИ И ДОСТАВА ПОНУДЕ

Тужилац је носилац станарског права, првотужени је власник, а друготужени је купио спорни стан од првотуженог.

Пре продаје стана друготуженом првотужени није поступно у смислу одредби члана 23—25. Закона о промету непокретности.

Првотужени је препорученим писмом предао писмену понуду за продају спорног стана коју није примио тужилац него тужиоцев брат коју није уручио тужиоцу. У поступку пред првостепеним судом утврђено је да тужилац није примио понуду па се не може прихватити навод првотуженог, власника стана, да је предајом препоручене пошилке на пошти учинио понуду у складу са наведеним законским прописом.

Првостепени суд је донео пресуду и утврдио да тужилац има право прече куповине спорног стана и обавезао је првотуженог да са тужиоцем закључи купопродајни уговор под истим условима под којима је закључен уговор са друготуженим.

Окружни суд је прихватио став првостепеног суда, јер је утврдио све одлучне чињенице битне за решење ове ствари и на основу оцене изведених доказа у смислу чл. 8. ЗПП правилно применио материјално право кад је усвојио тужбени захтев тужиоца дајући разлоге које као правилне прихвата и Окружни суд.

Првотужени би испунио законску обавезу само ако би препоручену писмену пошилку примио тужилац лично или да ју је примио преко брата. У конкретном случају правилно је утврдио првостепени суд да тужилац понуду није лично примио, а брат му је није уручио, а за то је тужилац сазнао тек у току овог поступка, па се не може узети да је тужилац понуду примио у смислу закона.

(Пресуда Окружног суда у Београду Гж. бр. 6793/85. од 30. децембра 1985. године)

УГОВОР О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ И СТАНАРСКО ПРАВО

„Утврђено је да се тужени уселио у предметни стан са дозволом тадашњег носиоца станарског права, а сада пок. М. М. са којом је у јануару 1977. године склопио уговор о доживотном издржавању. Како је носилац станарског права умрла дана 1. 2. 1982. године правилно је поступио првостепени суд када је усвојио тужбени захтев којим давалац стана на коришћење тражи његово исељење из стана.

Правилност овакве одлуке првостепеног суда жалбом туженог није доведена у сумњу, јер он у њој понавља наводе који су већ цењени од првостепеног суда на јасан и законит начин. Уговор о доживотном издржавању не представља основ за стицање станарског права нити у конкретном случају представља околност која би довела до тога да се однос који је постојао између туженог и пок. М. М. уподоби породичном домаћинству, из кога би произишлаго право туженог да настави да користи стан а што произлази из законских прописа које цитира првостепени суд у образложењу пресуде. Обзиром да тужени не спада у круг лица којима се може признати својство члана породичног домаћинства носилац станарског права, без утицаја је његов навод да стан користи од 1972. године, докле, пре ступања на снагу Закона о стамбеним односима СР Србије, од 1973. године“.

(Пресуда Окружног суда у Београду Гж.303/86 од
21. јануара 1986. године)

Припремио: *Димитрије Милић*

КОНФЕРЕНЦИЈА УДРУЖЕЊА ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО

У Сеулу је, од 24. до 30. августа 1986. одржана 62. конференција Светског удружења за међународно право (*International Law Association*). Чињеница да је организовање Конференције поверено огранку Удружења, односно земљи која је била ближе позната широј јавности углавном по повременим новинским извештајима, најчешће политички обоженим, била је довољна да изазове неубичајено интересовање. Интересовање за организовање једног великог светског скупа и то на Далеком истоку, посебно у једној од ретких подељених земаља, било је неупоредиво веће него за саму Конференцију, чији се дневни ред унапред зна а на основу извештаја и предлога неколико и садржина одлука. Зато се неододљиво намеће утисак да је великом или највећем делу страних учесника (а њих је овога пута, свакако због високих трошкова превоза, било знатно мање у односу на домаће учеснике него на оваквим скуповима у Европи) Конференција била прилика да сазнају нешто више него иначе. Отуда је већу пажњу заокупљало оно што се догађало поводом и ван Конференције, него на њој, иако је и ту имало шта да се чује поводом свих питања на дневном реду.

1. Људска права

По традицији, људска права се на неколико последњих конференција разматрају као прва тачка дневног реда на првим радним седницама првог радног дана (1). По традицији, такође, увек у пуним салама, што не значи да се увек расправљало о новим или изузетно важним питањима. Тако је било и овога пута.

Комитет за примену људских права је поднео привремени извештај о питањима надзора над применом правила о људским правима која важе за време ванредног стања. Основ за рад Комитета представљају резолуције 61. конференције Удружења (Париз 1984) и одлука Извршног савета од 24. новембра 1984. У ствари, то је наставак рада започетог после 60. конференције (Монтреал 1982). Париска конференција је прихватила извештај Комитета укључујући „Париске минималне стандарде норми о људским правима у ванредном стању“. Конференција је, такође, одлучила да Комитет изради студију о примени минималних стандарда норми о људским правима у ванредном стању и да изради једну или више додатних студија у оквиру свог општег задатка (2). На основу поменутих одлука Извршног савета, следећи корак (после усвајања општих материјалних правних правила или стандарда) треба да буде испитивање примене тих стандарда или норми.

Комитет је израдио нацрт извештаја који је, после примедба и расправе на дводневном заседању у Женеви (14. и 15. марта 1986) усвојен (3). У извештају је приказан рад органа за надзор Уједињених нација (Комитет за људска права, Комисије за људска права и Поткомисије за спречавање дискриминација и заштиту мањина), UNESCO (Извршног савета и Комитета за конвенције и препоруке), Међународне ор-

(1) Формално од 58. конференције (Манила 1978) а тим редом се усвајају и објављују резолуције. Стварно о људским правима је расправљано првог радног дана и на 57. конференцији (Мадрид 1976).

(2) Подробије у „Аналима Правног факултета у Београду“, бр. 1/1985, стр. 120—122.

(3) Подробије у „Аналима Правног факултета у Београду“, бр. 4/1986, стр. 381—385

ганизације рада (Управног савета, Комитета за слободу удруживања, Истражне комисије, Комисије за утврђивање чињеничног стања и мирење и Комитета стручњака за примену конвенција и препорука), Организације америчких држава (Међуамеричке комисије за људска права и Међуамеричког суда за људска права) и Европског савета (Европске комисије за људска права, Европског суда за људска права, Комитета министара и Скупштине). Осим тога, у извештају се помиње и улога невладиних организација, посебно Међународног комитета Црвеног крста.

Овако школски направљен извештај готово да није наишао на критику, иако и у њему има неких недостатака. На пример, остало је, с једне стране, непотребно описивање разматраних случајева оптужби за повреде људских права (нарочито у систему Уједињених нација) и, с друге стране, крајње оскудан осврт на UNESCO коме није дато посебно поглавље, већ се о њему разматра у склопу Уједињених нација као да је UNESCO њихов орган. Такође су остала штура разматрања о улози невладиних организација. О томе се доста расправљало у Женеви на заседању Комитета али ти недостаци нису у потпуности отклоњени у извештају који је поднет Конференцији. Међутим, на самој Конференцији то није наишло на оштрију критику. Чини се да је у том погледу ово била најмирнија конференција којој је писац ових редова присуствовао. Чак и када је било неслагања, она су изношена као лична размишљања шта би једна студија требало да садржи, чиме је само посредно указивано шта извештају недостаје.

Тако је Субрата Рој Чаудури (*Subrata Roy Chowdhury*) имао примедбе у погледу значаја резолуције Економског и социјалног савета УН број 1503, Комитета за људска права и људских права у Јужној Африци кад је изнео примере ванредног стања, злоупотребе овлашћења и друга питања која су била предмет извештаја усвојеног на претходној Конференцији. Знатно су биле оштрије опаске Момира Милојевића који је поновио неке од главних примедба на нацрт извештаја. По његовом мишљењу (које је на заседању Комитета у Женеви заступала и Хана Бокер Сеге) треба јасно истаћи правни основ надлежности сваког међународног тела (статут, каснији уговори и одлуке) и размотрити сваки механизам за надзор над поштовањем усвојених правила. Њихову „статик“ чине правила која се односе на правни основ, надлежност, метод рада и поступак док би „динамик“ представљали функционисање и закључци, изведени на основу праксе, о улози или погодности појединих организација или тела и њиховом доприносу не само стварном и свеопштем поштовању људских права и слобода већ и њиховом проширивању. То подразумева проучавање деловања не само у оквирима међународних организација (уз давање више места UNESCO и међународним невладиним организацијама) и не само на основу међународних уговора већ и ван њихових оквира имајући при томе нарочито у виду могућност утврђивања чињеничног стања на основу правила усвојених на Београдској конференцији Удружења (1980) и разматрања у оквиру Конференције о безбедности и сарадњи у Европи. Судија Денис Махони (*Dennis Leslie Mahoney*) је ишао још даље сматрајући да извештај не треба да се бави само постојећим механизмима, већ да разматра могућности и препоручује стварање нових. То је подржао и Камал Хосеин (*Kamal Hossain*) предлажући да национални огранци Удружења буду активнији на овом пољу и да чак о томе поднесе извештаје. На тај би начин у пракси нову улогу добила не само међународна неваљдина организација (Удружење за међународно право) већ и национални огранци иако званично за то нису овлашћени. У том склопу је и залагање Сорабидија (*S. J. Sorabjee*) за признавање веће улоге националних група за људска права којима је требало допустити да се појављују и пред надлежним међународним телима. То је прихватио и лорд Вилберфорс (*Lord Wilberforce*) залажући се да се то право још више него до сада призна међународним невладиним организацијама. Он је приметио да многе од њих, додуше, имају саветодавни положај у међународним организацијама, иако се све не баве људским правима. Свакако да је најближи истини био закључак председавајућег радне седнице Багватија

(*P. N. Bhagwati*) да свако тело за праћење и надзор мора, с једне стране, да ужива поверење држава и да, с друге стране, буде састављено од стручњака и ослобођено сваког политизирања.

После расправе усвојене су две резолуције којима се усваја привремени извештај и препорукује Комитету да настави рад и, сходно датим примедбама, изрази потпунију студију, са тим да рад на овом питању оконча 1988. или 1990. Осим тога, даје се подршка раду Уједињених нација на овом пољу, посебно Поткомисији за спречавање дискриминације и заштиту мањина и Комитету за људска права и предлаже да се он и убудуће састаје три пута годишње.

2. Правни положај избеглица

На Конференцији се први пут појавио са извештајем Међународни комитет за права избеглица. Његов настанак је тесно везан за рад Комитета за људска права. За време 60. конференције Удружења (Монтреал 1982) *Luke T. Lee* (САД) је предложио да се у оквиру Комитета за људска права образује поткомитет за положај избеглица по угледу на до тада постојеће поткомитете за једнаку примену људских права (4), регионалне проблеме људских права и Хелсиншку декларацију (5). Међутим, како су поменути поткомитети укинута (6) а нови (реконструисани) Комитет за примену људских права није сматрао да постоје оформљена правила о којима би могао да расправља, али да то заслужује, основан је посебан комитет.

Прва два (неформална) састанка Комитета одржана су јуна 1983. у Фиренци за време Округлог стола о кретањима народа, одржаног под окриљем Међународног института за хуманитарно право, а први радни састанак у Паризу 31. августа 1984. за време 61. конференције Удружења за међународно право. За почетак рада Комитет је узео проблем масовног протеривања, добровољног повратка и накнаде (као избеглицама тако и земљама уточишта). У том циљу је 62. конференцији Удружења поднео нацрт Декларације о начелима међународног права која се тичу масовног протеривања.

Као што се очекивало, извештај Комитета је изазвао живу расправу. Није у питању само актуелност проблема већ и то да извештај не објашњава зашто се ограничава само на масовно протеривање иако нацрт декларације садржи нека општа правила која се односе на све случајеве избеглиштва па чак и на протеривање странаца и радника миграната. Ово последње је изазвало реаговање присутних који су не само предлагали да се изостави начело 17 (које се односи на странце, док је код протеривања које доводи до избеглиштва реч о сопственим држављанима) него и да убудуће извештаји буду пропраћени коментарима (*R. Lillich*). Не знајући зашто се Комитет определио да проучава најређи случај избеглиштва *М. Милојевић* је сматрао да најчешће појединци или масе беже из земље у којој живе из страха од стварне или уображене опасности која им прети. До напуштања земље може да дође и због других друштвених или природних узрока (глад, велике несреће). Све се то дешава не вољом власти, већ упркос њиховим напорима да спрече одлазак. Није ретко, нарочито код појединачних случајева да се земља напусти у највећој тајности. Признајући и значај масовног протеривања сопствених држављана, Милојевић се питао зашто се не предложи општа начела или правила која се тичу заштите свих избеглица ако се сматра да правила Конвенције о избеглицама (1951), са каснијим допунама, нису довољна, укључујући дефиницију избеглица о чему је говорило више учесника, предлажући да се обухвате и лица без држављанства што изгледа разумљиво јер су за државу

(4) Деловао 1976—1980.

(5) Деловао 1976—1982.

(6) Поткомитет за једнаку примену људских права је окончао рад на 59. конференцији усвајањем „Београдских минималних правила поступка за утврђивање чиненичког стања. *ILA, Report of the Fifty-ninth Conference, Belgrade 1980, p. 1*. Остала два поткомитета су укинута одлуком Извршног савета Удружења од 23. октобра 1982.

уточишта све избеглице странци без обзира на држављанство. По Милојевићевом мишљењу, требало би признати право сваког избеглице на заштиту. То је његово субјективно право које произлази из већ међународно признатих права на живот, здравље и слободу кретања. То подразумева дужност држава да пружи такву заштиту што не искључује право на помоћ и накнаду како од других држава тако и од међународне заједнице. Ово утолико пре што резолуције Уједињених нација позивају државе да не протерују усељенике чак ни ако су илегално ушли. Зато је био против уношења начела 17, поготово што је оно тако формулисано да забрањује дискриминаторско протеривање странаца, што, другим речима, значи да је недискриминаторско протеривање допуштено. То је негација сваке заштите и озакоњење пуне слободе држава. У том духу су биле готово све примедбе учесника. Указано је да има много облика пребегивања. Као избеглице се појављују и сезонски радници и туристи који не желе да се врате. Свима треба пружити неопходну хуманитарну помоћ (*F. Y. Vargas*) (7). Можда је најцеловитији приказ проблема које пре свега треба решити будућим правилима међународног права дао *Henn-Juri Uiboruu*, члан Комитета за положај избеглица. По његовом мишљењу, треба проширити правила о пријему избеглица и о поступању с избеглицама јер су за сада државе у том погледу потпуно слободне. Посебно је питање привременог боравка. У неким земљама постоји правни лек против одлука о ускраћивању боравка, док друге земље сувише слободно тумаче своја права или овлашћења. Неке сматрају да испуњавају своју дужност ако протераном оставе рок од два сата да стигне до најближег аеродрома.

Тек се из излагања председника Комитета могло сазнати да је питање масовног протеривања сопствених држављана узето у разматрање на предлог Кореанаца који оптужују Северну Кореју за масовно протеривање, иако се у извештају Комитета говори и о протеривању Палестинаца са њихових огњишта. Тиме је питање до крајности политизовано, поготово што се ова појава везује за подељеност или окупацију држава. То су понављали многи учесници из Кореје. Из обзира према домаћину, није дошло до отвореног сукобљавања и одбацивања очигледних нетачности али су бројне примедбе безмало свих учесника јасно указивале на оно што у извештају недостаје. Тек тада је могуће прихватити став извештаја да обавеза заштите избеглица произлази како из правила међународног права о људским правима тако и из општих правила међународног права па и оних којима се данас бави Комисија УН за међународно право. Зато је Конференција прихватила извештај и Декларацију начела међународног права о масовном протеривању. Декларација је усвојена са многим изменама и у први план истиче питање накнаде од стране државе из које потичу избеглице и добровољност репатријације, чиме се потпуно искључује могућност протеривања избеглица.

3. Међународно медицинско и хуманитарно право

На 61. конференцији Удружења (Париз 1984) је Комитет за међународно медицинско и хуманитарно право почео разматрање једног питања које можда више припада будућности него садашњости а то су међународни механизми за заштиту људске личности пред технологијом рабања (8). Извршни савет Удружења је 24. новембра 1984. прихватио предлог Директора студија да се говори о заштити „у вези са технологијом репродукције“ (9). Уместо Б. Јаковљевића за известиоца је именована Барта Марија Кноперс (*Bartha Maria Knoppers*), професор Правног факултета Универзитета Мекгил из Монреаља, нови члан Комитета за међународно медицинско и хуманитарно право.

(7) Приликом боравка у Женеви (априла 1983) групи чланова Клуба за УН Правног факултета у Београду је речено да многи мигранти измишљају политичке разлоге за тражење азила зато што из економских разлога државе спречавају усељавање. Тако број избеглица изгледа већи него што је у ствари.

(8) Подробније у „Аналима Правног факултета у Београду“, бр. 1/1985, стр. 123.

(9) ILA, *Report of the Sixth-first Conference, Paris 1984*, p. 106.

Комитет је 62. конференцији поднео извештај под нешто побољшаним насловом: „Међународни механизми заштите људске личности и технологија репродукције“. Бирократи и технократи више воле реч „репродукција“ која има више значења него свима јасно „рабање“. У извештају су концизно изнети прописи приватног и јавног права о људском генетичком материјалу, реформама приватног права, уставним прописима и прописима међународног права, тј. Свеопште декларације о људским правима. Америчке декларације, међународних пактова и регионалних конвенција о људским правима. Исто тако се наводи пракса у погледу права на живот, брак и заснивање породице, права на уживање користи од напретка науке, права на здравље, на једнакост, на поштовање личног и породичног живота и на заштиту мајки. У том склопу се посебна пажња поклања једнообразној заштити људског генетичког материјала и ембриона више као бића него као достојанство личности. Потребна су подробнија правила чему као образац могу да послуже правила о давању крви или органа да би се избегла трговина. Посебна изучавања заслужују у вези са тим питања извоза и увоза, патената, преноса из једне земље у другу, царина и сл.

Предмет рада је питање које при самом помену изазива снебивање, чак и да није везано за будући развој науке. Стога се о њему за сада расправља само као о посебном виду људских права, којима се иначе, бавио овај Комитет било да је реч о њиховој заштити у доба рата било у доба мира (10). Сада је дошао до питања које се не тиче само личног и породичног живота (иако је то у највећој мери) него и друштва. Када је реч о друштвеном интересу, у овом случају најбоље се испољила разлика између развијеног и неразвијеног дела света. Није случајно што се за питања о којима расправља Комитет за међународно медицинско и хуманитарно право интересују готово искључиво развијене земље у којима се бележи негативан демографски раст, док већина света не зна како да га смањи. Отуда није случајно да се у Комитету (има 23 члана и једног заменика) налази само један члан из неразвијених земаља. Тиме се у великој мери може да објасни за неке неочекивано слабо интересовање учесника Конференције за рад овог Комитета. Неки су склонили да узрок томе виде у лошој организацији рада на Конференцији (истовремено се расправља о новом међународном економском поретку и монетарном праву) али, истине ради, треба рећи да рад овог Комитета никада није привлачио већу пажњу. Остаје да се размишља да ли је узрок томе и често мењање предмета разматрања. Ако је то у питању, онда ни избор садашње теме није био срећан. Судићи по броју присутних и учесника у расправи (свега 5!) ни најсавременија тема није довољно привлачна. Требало би, свакако, пажљивије испитати да ли је посреди нелагодност која се још увек осећа при јавном расправљању о питањима која су везана за најинтимнији живот човека или недовољно познавање и збуњеност пред терминологијом која више приличи техничким него медицинским и друштвеним наукама. Помињемо овај вид проблема зато што се, на жалост, и код нас некритички прихвата, на пример, израз „генетско инжењерство“ у коме је за сваког писменог човека нагласак на техници (именица) која се примењује у генетици. Механика може пре да интересује занатлије него стручњаке за хуманитарне науке.

Без обзира шта је у питању кратка расправа, које заправо није ни било, завршена је усвајањем нацрта резолуције под насловом: „Технологија репродукције и међународни механизми заштите људске личности“. Изражава се свест да напредак модерне биотехнологије представља значајан изазов за медицинску и правну науку и тиче се људске личности у њеним најосновнијим видовима и да различитости у развоју у појединим земљама захтевају међународни одговор. Зато се, примлажући к знању извештај, од Комитета тражи да настави рад и да 63. конференцији поднесе коначан извештај о мерама које треба предузети на међународном пољу.

(10) Подробније у „Аналима Правног факултета у Београду“, бр. 1/1985, стр. 122—123.

4. Међународно кривично право

Комитет за међународно кривично право не може да се пожали на слабо интересовање за његов рад, али сигурно не може да буде задовољан реаговањем присутних на предлоге које је поднео. Ретко се догађа да ниједан нацрт (овога пута су их била три) не буде усвојен. Комитет је, свакако, жртва новог начина рада о чему ће бити речи касније. Овога пута је његов задатак био најтежи јер је реч о питањима која захтевају дужи рад. Резолуцијама 61. конференције (Париз 1984) стављено му је у задатак да „настави с проучавањем питања која су уобичајено укључена у општи део кривичних законика“, тј. општи део међународног кривичног права, у складу с резолуцијама 60. конференције (Монтреал 1982) и одлуком Извршног савета Удружења од 23. октобра 1982. Осим тога, на 61. конференцији је одлучено да се проучи и питање кривичне одговорности лица с међународним имунитетом (11). На основу тога Комитет је израдио два нацрта који се односе на општа питања (нацрт Протокола II уз Статут Међународног кривичног суда и Статут Међународне истражне комисије који се односи на одбрану и нацрт Протокола III уз статуте поменутих тела о супсидијарној одговорности) и један нацрт који се односи на специјални задатак (нацрт конвенције о кривичној одговорности лица с међународним имунитетом).

Значај питања је изазвао одговарајућу расправу у којој је учествовало 20 говорника. Сви су се изјашњавали за једнообразна решења и прецизне дефиниције, па су у томе смислу изречене примедбе и предлози. Очигледна је тешкоћа да се ускладе разлике које постоје у схватањима. То важи како за општа питања кривичног права тако и за одговорност лица с имунитетом. У извесним случајевима недоумице су произлазиле како из неслагласности текстова на енглеском и француском језику (није први пут да превод на француски није добар а *A. M. Connally* је с правом приметила да се у енглеском тексту члана 1. нацрта о одговорности лица с имунитетом помиње „интегритет личности“ а у француском преводу „телесни интегритет“, што није исто) тако и из неодређености у извештајима. Зато је постављено питање да ли се изузеће од одговорности (*excuses*) односи на противправне радње или у наведеним случајевима не постоји кривично дело. Шта значи да је нешто „допуштено по закону“? Такође је примећено да би требало говорити о лицима осумњиченим да су учинила кривично дело а не о учиниоцима (како се каже у члану 1. нацрта о одговорности лица с имунитетом), затим о обавези а не могућности изручења међународном кривичном суду. Предложено је да се јасније предвиде ограничења имунитета, кривична дела и поједини појмови не улазећи у теоријска питања (*G. R. Ress*). Очигледно је да су говорници имали у виду како разне злоупотребе имунитета тако и различиту праксу држава. Због тога изненађује када нека држава реагује а друге остављају утисак равнодушности као да се ништа није догодило. Неједнако поступање у истоветним случајевима само доприноси правној несигурности и недоумици у погледу важећих правила.

Жеља да се помире различита схватања огледа се и у нацрту Протокола III о супсидијарној одговорности. Извештају је замерено што употребљава овај израз (енгл. *secondary*) који може да буде протумачен као да говори о узредној одговорности или у сваком случају не много значајној. Иначе је намера Комитета јасна. Реч је о одговорности саучесника па је зато предложено да се говори о изведеној или просто одговорности за покушај, извршење, подстрекавање, помагање и заверу (што је иначе наведено у загради). Истакнуто је да се ради о индивидуалној одговорности коју треба везивати за кривично дело а не за одговорност других (јер извршилац најтежег дела може из различитих разлога да буде кривично неодговоран) и утврђивати је (као и казну) у складу са степеном учешћа у извршењу кривичног дела. Очигледно је мешање појмова и установа при чему нису обухваћени

(11) За појединости вид. „Анали Правног факултета у Београду“, бр. 1/1985, стр. 125; *ILA, Report of the Sixty-first Conference*, pp. 4—6, 312.

сви облици саучесништва. На пример, у упитнику упућеном члановима Комитета поменућа су и злочиначка удружења али из разлога који нису наведени избачена су на састанку Комитета у Паризу 26. маја 1986. Неодређености произлазе делом из жеље да се помире различита схватања, а да буде још горе уз овај нацрт нису дата никаква објашњења.

Међутим, ни објашњења дата уз нацрт конвенције о одговорности лица с имунитетом нису довољна за овако озбиљне захвате. Као што је познато, међународно право је столећима изграђивало супротна правила да би обезбедило несметано обављање важних друштвених послова. Сада треба правити изузетке у случајевима када се показују очигледне злоупотребе имунитета. То захтева проучавање неких основних теоријских питања. Известилац као да је бежао од тога. Очитледан је и страх од реаговања држава. Зато није случајно да нацрт само по наслову говори о одговорности а по садржини се односи на надлежност међународног кривичног суда, поступак, изручење, примену права (предвиђа *lex loci delicti comissi*). Зашто се не примењује међународно право? Зашто нацрт само стидљиво помиње одговорност? Предложено је да се Комитет обавезе да све нацрте снабде одговарајућим теоријским коментарима (М. Милојевић). Ово је неопходно јер су готово сви говорници указивали на различита схватања, чак и када је реч о истим појмовима (А. Rubin). Постањено је питање да ли ће се прихватити неки заједнички став или ће и у овој области владати шовинизам националне праксе (L. Green). Други су питали како ће државе прихватити оно што не одговара њиховим схватањима (E. Forstadius). О томе се мора водити рачуна а не само интелектуално надмудривати (председавајући седнице E. Colas).

Комитет се налази у тешком положају. Да би били прихваћени нацрти, потребно је водити рачуна о националним схватањима. Једни замерају уздржаност у предлагању нових решења а други што се предлаже нешто против воље влада. Због тих разлика тешко је могућа јединствена терминологија (12). По мишљењу председавајућег немогућа је сагласност у погледу терминологије али је могућа у погледу суштине ствари а председник Комитета признаје да нацрт треба боље разрадити. Неслагања су избила око тога када и како то учинити. Председник Комитета је сматрао да би то могао да учини Комитет (као после Париске конференције) али то нису прихватили учесници Конференције, сматрајући да Комитет мора у будућем раду да води више рачуна о мишљењима изнетим на конференцији. У томе је најгласнији био Лесли Грин (Leslie Green) који је и формално предложио (у суштини исто што и М. Милојевић као први говорник после председника Комитета и известиоца) да Комитет поднесе нов извештај са теоријским образложењем. Великом већином је овај предлог усвојен упркос напорима Комитета да се прихвати бар неки нацрт. Зато је председавајући, Emil Colas, на завршној седници Конференције предложио да се у рад укључе и чланови Комитета и национални странци, како би извештаји били потпунији а рад убрзан.

5. Тероризам

Боље није прошао ни Комитет за међународни тероризам. Могло би се поставити питање да ли се он сам заплео у тешкоће из којих се тешко излази, поготово ако се још ремети његов рад. Широко постављен нацрт конвенције о правној контроли над међународним тероризмом запео је код дефиниције а покушај да се до ње дође је сахрањен с председником и известиоцем. Нови председник (уједно извештац) је свакако утицао на сужавање предмета па је 60. конференцији (Монтреал 1982) поднет извештај са далеко мањим амбицијама, ограничен на нека начелна питања а пропраћен опсежним списком међународних уговора који се односе на тероризам са бројем и пописом држава које

(12) Одговор председника Комитета на примедбе М. Милојевића.

су их прихватиле и законима неких држава. Још је сажетији извештај поднет 61. конференцији (Париз 1984), нека врста списка начела за која многи нису били начисто чему треба да служе што је изазвало велику расправу (13). Конференција је ставове из извештаја прихватила као „правила међународног права“ (14). Другом резолуцијом је затражено да Комитет изради нацрт подробнијих правила за евентуално прихватање од стране држава у обезбеђујућем облику и употребљивих пред међународним судовима у случајевима међународног тероризма. Осим тога, од Комитета је затражено да настави проучавање могућности за примену правила ратног права у доба мира. Међутим, на седници Извршног савета, од 24. новембра 1984, директор студија је дотадашњи рад Комитета оценио као незадовољавајући зато што је „усвојена дефиниција тероризма игнорисала правила ратног права“ и што, по његовом сазнању, међу члановима Комитета постоји сукоб мишљења. Зато је предложио да се рад Комитета оконча а он реконструише (укључивањем стручњака за ратно право) (15) и добије ограничен задатак — екстрадицију. Савет је усвојио овај предлог заснован на личним оценама и чак нетачним чињеницама (на пример, није усвојена никаква дефиниција већ се о њој годинама безуспешно расправљало). Створен је нов „Комитет за правне проблеме екстрадиције у вези са терористичким делима“ уз одавање признања умрлом председнику Елони Ивенс (*Alona Evans*) и њеном наследнику Алфреду Рубину (*Alfred Rubin*) који је постао председник и новог комитета (16).

Комитет је 62. конференцији поднео „нацрт чланова о екстрадицији у вези са терористичким делима“ који садржи дефиницију кривичних дела, обавезе држава, имплементацију, разматрања о спојивости са другим међународним обавезама и кратке коментаре. Њему је придодат посебан извештај истоименог комитета за екстрадицију Јапанског удружења за међународно право. Већ на први поглед се може уочити да је овај други, иако кратак, далеко потпунији и систематичнији иако је само прилог извештају Комитета. То је у ствари предлог да се остане на првобитно замишљеном плану (17). Оба извештаја показују да у овој области не може бити напретка док се не реши кључно питање појма тероризма и с њим у вези појма политичког кривичног дела јер се у још оштријем виду појављују када се расправља само о екстрадицији. Уместо да потисне расправу о дефиницији тероризма, Савет се разбуктао одређивањем питања у коме је она средишна тачка. Тако се понавља расправа која траје од првог извештаја Комитета у коме питање дефиниције заузима највише места (18). Није тешко открити да се и у извештају новог комитета, иако посвећеном новој теми, налазе иста места или схватања као у извештају ранијег комитета. То важи како за саму дефиницију тако и за обавезу изручења или суђења. Види се да су писани истом руком иако под различитим фирмама. Јасно је да се из ове „пачије школе“ не може изићи док се од тероризма јасно не одвоје политички деликти (учињени у политичкој борби), с једне, и оружани сукоби, односно народноослободилачки ратови, с друге стране. Проблем је политички а не правни докле се год тероризам буде користио или сматрао корисним као средство борбе. Теоријски

(13) Белешка о томе у „Аналима Правног факултета у Београду“, бр. 1/1985, стр. 126—128. За текст вид. *ILA, Report of the Sixty-first Conference*, pp. 313—322.

(14) Resolution № 7, 1984, *ILA, Report of the Sixty-first Conference*, pp. 6—8.

(15) У извештају поднетом 62. конференцији се каже да су стручњаци за екстрадицију.

(16) *ILA, Report of the Sixty-first Conference*, pp. 323—324. Поред председника из ранијег комитета у нови Комитет су ушли В. Димитријевић, Ј. Dugard, L. Green, K. Hailbronner, R. Natano, K. Kalshoven, E. McWhinney, J. K. Srivastava, J. Sundberg и G. White-Isnaili су Y. Dinstein, L. Ferrari-Bravo, L. Gelberg, A. Grahl-Madsen, R. C. Hünigoriani, J.-J. Lador-Lederer, J. Lisbonne, П. Радојнов и G. Sacerdoti. Нови чланови су: Sh. O. Entazari, G. Levasseur, P. O'Higgins, B. de Schutter, I. A. Shearer и Ch. van den Wijngaert. Уведена су и два заменика: T. Stein и R. Pinto.

(17) За то се ватрено залагао, на конференцијама у Београду и Монтреалу, Комитета за екстрадицију Јапанског удружења за међународно право П. Хатано. *ILA, Report of the Fifty-ninth Conference*, pp. 507—508; — *Report of the Sixtieth Conference*, Montreal 1982, pp. 370—371.

(18) *Report of the Fifty-sixth Conference*, New Delhi 1974, pp. 155—177.

је све јасно а то потврђују и допунски протоколи уз Женевске конвенције од 1949 (1977).

Говорници на 62. конференцији као да су се утркивали да покажу како своје неслагање с предложеном дефиницијом тероризма, односно терористичког дела, тако и познавање овог питања. Заједничко им је залагање за одвајање тероризма не само од политичких кривичних дела већ и од осталих дела уперених против људи. Значајно је залагање да се о квалификацији дела расправља са становишта међународног права и да би за то најпогоднији био међународни кривични суд.

Знатно мања пажња у расправи је поклоњена питању које је Извршни савет ставио у средиште проучавања — екстрадицији. Да ли је то одговор чланова Удружења? Писцу ових редова је било нелагодно што је њему преостало да пита зашто је правило *aut judicare, aut dedere* (садржано у извештају поднетом 61. конференцији и на њој усвојеном) сада преокренуто у *aut dedere, aut judicare*, чиме је у први план (као правило) истакнуто изручење а у други (као изузетак) стављено суђење. Да ли у складу с новим задатком Комитета? Подсетио је да је на ранијим конференцијама (нарочито у Манили 1978. и Паризу 1984) јасно истакнуто да се тероризам не тиче двостраних односа између држава већ је то питање од интереса за најширу међународну заједницу. Из тога проистиче потреба за применом начела универзалности у погледу судске надлежности. То значи да је свака држава заинтересована, надлежна и обавезна да суди терористима. То не искључује изручивање ако се из било којих разлога (а нарочито прикупљања доказа) сматра да би суђење требало одржати у држави у чијој власти није лице осумњичено за тероризам. Бављење само питањем изручивања не сме да утиче на редослед ствари и да изузетак претвара у правило.

Усвојеном резолуцијом од Комитета се тражи да настави рад и, имајући у виду хитност питања, изражава нада да ће Комитет бити у стању да употпуни свој рад да би Удружење што је могуће пре нацрт конвенције усвојило и доставило владама и међународним организацијама. Председник Комитета је позвао све чланове Удружења да му лично доставе све предлоге и тако помогну у раду.

6. Нови међународни економски поредак

Људска права су нашла место и у разматрањима о новом међународном економском поретку у облику права на развој као људског права. То се протеже кроз читав рад Комитета за правне видове новог међународног економског поретка почев од 59. конференције Удружења (19). Рад Комитета се делимично поклада са радом Уједињених нација за чије потребе посебне студије израђује UNITAR. Стога извештај Комитета на првом месту износи рад Уједињених нација на проблемима везаним за Повељу о економским правима и дужностима држава а затим развој начела и норми међународног права о новом међународном економском поретку, право на развој као људско право, заједничко наслеђе човечанства, Антарктик и развој ван Уједињених нација. Извештај, такође, садржи преглед рада Комитета као целине и четири поткомитета. Најзапаженији је рад Поткомитета I који је израдио нацрт Декларације о развоју начела међународног јавног права о новом међународном економском поретку. Амбициозан подухват има за циљ да изради декла-

(19) После које је рад организован у четири поткомитета од којих се први бави општим начелима и Повељом о економским правима и дужностима, укључујући право на развој као људско право. *ILA, Report of the Sixtieth Conference*, р. 183. О праву на развој као неотуђивом људском праву је било речи и на самој Конференцији. *Исто*, стр. 235—236. Остали поткомитети се баве сталном сувереношћу над природним богатствима и изворима, транснационалним корпорацијама и преносом технологије и храном. *Исто*, стр. 183—184. Касније су реорганизовани тако да се четврти поткомитет не помиње. *ILA, Report of the Sixty-first Conference*, р. 108. У извештају поднетом 62. конференцији у скраћеном називу Поткомитета I се не помиње право на развој а поново се појављује Поткомитет IV али се сада бави монетарним и финансијским питањима. Основан је на састанку Комитета у Београду (1985).

рацију налик на Декларацију начела коегзистенције (1970) и да се тако надокнаде недостаци Повеље о економским правима и дужностима држава (1974) која садржи релативно мало начела о новом међународном економском поретку о којима се могла постићи сагласност. Тежња да се постигне каква таква сагласност огледа се и у преузимању (из Повеље о економским правима и дужностима држава и Декларације начела коегзистенције) начела савесног испуњавања међународних обавеза (*pacta sunt servanda*). У праву ово начело има најшири домашај али не спада ни у једну посебну област и не може да замени сагласност о низу конкретних питања. Из Декларације о коегзистенцији је преузето и начело сарадње између држава, са тим што је сужено на питања развоја. Слично је с начелом једнакости или недискриминације које се у овом нацрту појављује у више варијаната: као једнакост (или тачније равноправност) у учешћу (*participatory equality*), као стварна или суштинска једнакост (*substantive equality*) и на посебан начин као право свих држава на користи од науке и технологије. Осим њих у нацрт су унета начела сталне суверености над природним изворима, заједничког наслеђа човечанства и права на развој. Да би утврдила на Декларацију о коегзистенцији било потпуно, унето је начело мирног решавања спорова као и правило о тумачењу и примени сваког начела у зависности од свих других начела. Такође се истиче да ништа у декларацији не утиче на примену, између осталих, Повеље УН која је „узета у обзир приликом обраде... права у овој Декларацији“.

И на Конференцији се потврдило да несавласност о суштинским питањима онемогућава израду заједничких правних правила. То важи како за међувладине тако и за невладине организације. Није случајно да је Комитет (који ради од 1979) тек сада успео да изради нацрт декларације који је усвојен после много измена и знатног проширивања сваког начела. Комитету је препоручено да настави рад на правним питањима која произлазе из усвојене декларације и преговора о нацрту Међународног кодекса понашања мултинационалних корпорација да би се успоставио мост између различитих ставова. Поткомитет IV треба, поред питања спољних другова, да проучи проблем надзора над међународним монетарним системом.

7. Међународно монетарно право

Овим последњим као да се залази у делокруг рада знатно старијег Комитета за међународно монетарно право. Монетарна питања су на дневном реду Удружења тако рећи од самог почетка његовог деловања, тачније од 4. конференције у Берлину (1876) када је почело разматрање начела међународног права о меници које ће се продужити све до првог светског рата (20). После првог светског рата на дневном реду је питање дугова (21), валутних курсева, банкротства (22), златне клаузуле и уопште плаћања (23). Почев од 45. конференције (Лјудерн 1952) на дневном реду су разна питања под општим називом међународног монетарног права. Тако је све до данас, дакле пуне 34 године (24).

Извештај поднет 62. конференцији се, као и извештај поднет претходној, односи на два међусобно повезана питања: одлагање (*restructuring*) међународних дугова и време плаћања новчаних обавеза. На основу извештаја и расправе на 61. конференцији (Париз 1984) је израђен модел правила о времену исплате новчаних обавеза пропраћен објашњењима. Разумљиво је да су у вези са тим морала бити додирнута и

(20) На 25. конференцији (Будимпешта 1908) и 26. конференцији (Лондон 1910) када се прилагођаје питање чека.

(21) На 31. конференцији (Буенос Аирес 1922) се расправља о чеку и о спољним дуговима са страним владама.

(22) На 34. конференцији (Беч 1926).

(23) На 38. конференцији (Будимпешта 1934), 39. конференцији (Париз 1936) и 40. конференцији (Амстердам 1938).

(24) С изузетком 51. конференције (Токно 1964) када се расправљало о признавању и извршавању страних новчаних пресуда.

питања места и начина плаћања (банке, чекови, електроника) али је, у целини гледано, у средишту пажње одлагање дугова што је тесно везано са захтевима за успостављање новог међународног економског поретка.

Конференција је са великим уважавањем оценила рад Комитета, како у погледу питања одлагања дугова, тако и у погледу усклађивања националних законодавстава и припремања међународне конвенције о времену плаћања новчаних обавеза. Имајући у виду да национални прописи о томе нису у складу с израбеним правилима и да неоправдано уносе несигурност, а да стално институционализовање банкарства и аутоматизација захтевају једнообразан поступак и стандарде плаћања, Конференција је предложила националним органцима да посвете дужну пажњу израбеним правилима у циљу њиховог евентуалног усвајања као општих правила о времену плаћања у националним правним системима или у међународним уговорима. Од Комитета се захтева да настави проучавање ових питања и подноси нове предлоге у светлости расправе вођене на Конференцији и водећи рачуна о коментарима које би могао добити од националних огранака.

8. Искључива економска зона

И проблеми везани за искоришћавање мора и његових богатстава су на дневном реду Удружења још од првих деценија његовог рада. Прво су била на дневном реду питања територијалног мора (25), чија ширина до данас није утврђена, а затим правила о поморском саобраћају (26). Проучавање добија пун замах после другог светског рата када на дневни ред долазе питања коришћења морског дна и подземља (27). На 56. конференцији у Њу Делхију (1974/75) се разматрају и питања о којима се расправља на Трећој конференцији УН о праву мора, што се понавља на 57. конференцији у Мадриду (1976) на којој се додају проблеми земаља без морске обале о којима ће се последњи пут посебно расправљати на 59. конференцији у Београду (1980), свакако због слабог интересовања (свега 4 говорника) и неусвојене било какве резолуције (28). На 58. конференцији у Манили (1978), уз стару теорију архипелага, из хрпе нових питања помаља се ново о успостављању искључиве економске зоне од 200 миља које представља, свакако, највећу новину од како је пре три века формулисано начело слободе мора. Од критике држава које су једностраним актима присвајале себи право на коришћење делова слободног мора, преко толеранција те праксе, долази се до права на успостављање извесних зона са искључивим правом искоришћавања. Као и у дипломатском праву, тако се и у поморском праву ограничавају вековима утврђиване слободе. О томе се посебно расправља од 60. конференције у Монреалу (1982) на основу извештаја новог комитета. Посебна се пажња поклања одвајању искључиве економске зоне од континенталног шелфа (о коме је расправљано као о делу морског дна) а на 61. конференцији у Паризу (1984) Комитет подноси извештај о слободи отвореног мора и искључивој економској зони а Холандски огранак о уклањању уређаја у искључивој економској зони. Расправа је практично враћена назад обухватајући сва важна питања, укључујући проблем држава без морске обале (о којој је расправа неславно окончана у Београду), како у светлу правила међународног права тако и праксе држава.

Извештај поднет 62. конференцији се ограничава на однос између искључиве економске зоне и континенталног шелфа о чему се расправ-

(25) На 15. конференцији (Бенова 1892), 17. конференцији (Брисел 1895), 25. конференцији (Будимпешта 1908) и 37. конференцији (Стокхолм 1924).

(26) На 27. конференцији (Париз 1912).

(27) На 43. конференцији (Брисел 1948), 44. конференцији (Копенхаген 1950), 45. конференцији (Луперн 1952), 46. конференцији (Единбург 1954), 52. конференцији (Хелсинки 1966), 53. конференцији (Буенос Аирес 1968), 54. конференцији (Хаг 1970) и 55. конференцији (Њујорк 1972).

(28) *ILA, Report of the Fifty-ninth Conference*, p. 326.

љало и пре четири године али сада у светлости како међународног обичајног права, тако и одговарајућих одредаба Конвенције о праву мора (иако још није ступила на снагу) и најновије праксе Међународног суда правде (29). Такође је Конференција расправљала о посебним правним режимима у појединим областима за које се све више интересују учесници из малих поморских земаља (укључујући земљу домаћина). Зато не треба да изненади што резолуција, мимо обичаја, тражи тумачење члана 76. Конвенције о праву мора и утицаја разних нацрта Конвенције о праву мора на национална законодавства. Збирка у погледу важећег режима је толика да се тражи од Комитета да настави са проучавањем националних законодавстава, односа међународног и унутрашњег права у тој области, стварања међународног обичајног права и могућности за успостављање посебних режима на основу којих би две или више држава могле да учествују у истраживању или искоришћавању искључиве економске зоне и јавноправних видова тих режима.

9. Даљинско загађивање ваздуха

Док се у праву мора тражи проширивање надлежности држава, дотле се у другим областима још увек иде у супротном смеру, тј. у њиховом ограничавању. То је случај са загађивањем ваздуха. О овом питању је 60. конференција у Монтреалу (1982) усвојила „Правила међународног права о загађивању преко државних граница“, проистекла из вишегодишњег рада на проблемима очувања људске околине (30). Као и многим другим комитетима тако је, после конференције у Монтреалу, и Комитету за очување околине променен назив према новом задатку у „Комитет за правне видове даљинског загађивања ваздуха“ (31). Тако се на 61. конференцији у Паризу (1984) на дневном реду појавила нова тачка: „Даљинско загађивање ваздуха“. У ствари први извештај Комитета о том питању је представљао наставак или тачније продубљивање започетих разматрања и њихово усредсређивање на даљинско загађивање. У том погледу је сачињен нацрт правила од девет чланова.

У одсуству известиоца, спреченог пословима у холандском Министарству иностраних послова, извештај Комитета је на 62. конференцији поднео председник Комитета. Извештај се односи на стално (*continuous*) и изненадно (*instantaneous*) загађивање. Опасности које из тога произлазе производе не само штету за државе (како ону у којој је проузроковано загађивање тако и оне које су погођене загађивањем) него и обавезе јер од понашања држава (превентивне и заштитне мере) зависе обим и размере последица. Отуда свака држава има одговарајући део одговорности. Као што се могло очекивати, проблем изненадног загађивања је добио у значају нарочито после експлозије нуклеарног реактора бр. 4 RBMK у Чернобилу, 26. априла 1986 па је разумљиво да му је посвећена половина извештаја. За правнике се поставило питање да ли су досадашња правила међународног права довољна, имајући у виду размере последица с обзиром да радиоактивне честице нису погодиле само суседне земље. Само у СССР се штета процењује на 2 билиона рубаља. Тешкоћу представља чињеница да СССР није прихватио Конвенцију о одговорности за нуклеарне штете (Париз 1960, Беч 1963) тако да се питање одговорности преноси на терен општег међународног права (што потврђује значај Монтреалских правила), при чему је нагласак на превенцији несрећа и брзом обавештавању. СССР се оптужује и за једно и за друго, много више за ово друго. Сматра се да је СССР одговоран по међународном праву а једна од последица одговорности је обавеза накнадне штете. Нема сумње да ће тај догађај имати значаја и за Комисију за међународно право која одавно ради на проблему одговорнос-

(29) Спор Либије и Маале. Такође и спор Либије и Туниса на који се позива у извештају поднетом 60. конференцији (Монтреал 1982).

(30) Почев од 55. конференције (Њујорк 1972).

(31) *Committee on Legal Aspects of Long-Distance Air Pollution*. За новог председника је изабран дотадашњи извештач, професор *Dr Dietrich Rauschning*, а нови извештач је *Dr Johann G. Lammers*, правни саветник холандског Министарства иностраних послова.

ти. Нови случајеви сличних несрећа само ће убрзати рад на усвајању потребних правила.

У тим оквирима се кретала и веома жива расправа која је сама по себи била један од видова међународног одјека Чернобила који је одједном постао познат у целом свету јер се догађај везан за њега не може типично само једне државе Размењено је више мишљења и дато више предлога него формулисаних закључака. Можда и стога што је убрзо требало да уследи ванредно заседање Опште конференције Међународне агенције за атомску енергију у Бечу (32).

10. Извори вода

Проблемом загађивања обала бавио се и Комитет за међународно право о изворима вода. Иначе, питањем извора се Удружење за међународно право бави више од 30 година. На 46. конференцији у Единбургу (1954) је расправљано о правима на унутрашњим водама и образован Комитет за употребу вода међународних река. На његов ће предлог бити усвојена „Дубровачка“ (33) и „Хелсиншка правила“ (34) која ће бити прихваћена као обичајно право у овој области. На 52. конференцији у Хелсинкију (1966) је, после успешно окончаног посла, предложено да се створи нови Комитет за међународно право о изворима вода (*Committee on International Water Resources Law*), што је формално учињено на седници Извршног савета (новембра 1966). Од тада се, било као целина, било у облику радних група, бавио разним питањима као што су, на пример, пловидба, подземне воде, загађивање обала, воде и други природни извори, коришћење међународних извора вода, управљање међународним изворима вода, одржавање и побољшавање природних пловних путева вода које деле или које пролазе кроз више држава, заштита извора вода и уређаја у време оружаног сукоба, регулисање пловних токова, однос међународних извора вода и других природних извора. Овим последњим, разматраним на 59. конференцији у Београду (1980) се завршава један циклус и почиње приближавање проблемима загађивања којима се иначе бави Комитет о коме је било речи у претходној тачки. Тада су усвојена прва правила (35) која су касније употпуњена (36). Комитет се потом прихватио да употпуни правила о међународним изворима вода и правним видовима међународних подземних вода. Није успео да о томе поднесе извештај 61. већ је то учинио тек на 62. конференцији.

Извештај је веома обиман и садржи две целине. Једна је посвећена праву међународних подземних извора вода. То је, са једне стране, теоријски приказ најважнијих питања (известилац је професор *Robert Hayton*) а са друге су изложена правна правила пропраћена коментарима (такође велике теоријске вредности) и упућивања на праксу и уџбенике. Другу целину представљају допунска правила о међународним изворима вода (известиоци судија *E. J. Manner* и *V. M. Metsälampi*) израђена по истом образцу.

Ово је један од ретких извештаја који тако рећи иде упоредо са радом Уједињених нација. Наиме, Генерална скупштина УН је (37), на предлог Финске, позвала Комисију за међународно право да проучи питање употребе међународних водних токова у неплловидбене сврхе. При том је позван Генерални секретар УН да припреми допунски извештај водећи рачуна о пракси као и о студијама међувладиних и невладиних тела. На основу тога је Удружење за међународно право доставило генералном секретару УН све што је до сада урађено у оквиру Удружења. Тако од 1970. рад тече упоредо на два колосека, уз узајамно допу-

(32) На њој су усвојене две конвенције којима се делимично регулишу питања о којима се више година расправља у Удружењу за међународно право.

(33) На 47. конференцији (Дубровник 1956).

(34) На 52. конференцији (Хелсинки 1966).

(35) *ILA, Report of the Fifty-ninth Conference*, p. 4.

(36) *ILA, Report of the Sixtieth Conference*, pp. 13—14.

(37) Резолуцијом бр. 2669. (XXV), од 8. децембра 1970.

навање (38). Комисија за међународно право користи радове Удружења за међународно право а његов Комитет за изворе вода се у извештајима позива на резултате постигнуте у Комисији за међународно право. То у пуној мери важи за извештај поднет 62. конференцији. При том треба указати да рад Удружења значи усавршавање и употпуњавање Хелсиншких правила а никако одступање од њих. Зато се у највећој могућој мери употребљава иста терминологија.

Није чудо што је Конференција усвојила оба нацрта правила (о подземним водама и допунска правила о изворима). Она је такође одала дужно признање Комитету за његов дугогодишњи успешан рад препуштајући Извршном савету да одлучи да ли Комитет треба да настави рад и која питања треба да проучава. Сам Комитет је у извештају навео нека од питања која би ваљало размотрити: скретање вода из басена у басен, решавање спорова, одговорност држава за чињење и пропусте, обавештавање о променама, потврђивање Хелсиншких правила и њихово усклађивање са касније усвојеним правилима у циљу техничког и правног развоја.

11. Међународна трговинска арбитража

Вероватно да у Удружењу нико више не разматра проблеме одговорности и нарочито решавања спорова од Комитета за међународну трговинску арбитражу. Трговинска арбитража је једна од „вечних тема“ која се под разним називима налази на дневном реду Удружења за међународно право више од 60 година, тачније од 31. конференције у Буенос Аиресу (1922) када се појавила под називом: „Међународни суд за трговинску арбитражу“ да би потом била дуго разматрана под општим називом: „Трговинска арбитража“ (39), а од 48. конференције у Њујорку (1958) је на дневном реду као „Међународна трговинска арбитража“. Пошто је пуних 20 година подношен извештај о разним питањима из ове шире области (последњих година највише о решавању спорова између тела контролисаних од влада и страних пословних фирми) на 58. конференцији у Манили (1978) је дошло до промена у саставу Комитета (укључујући оставку председника Мартина Домкеа) и препоруке да се одреде нова актуелна питања за будуће проучавање (40). О томе је расправљано на 59. конференцији у Београду (1980) али није постигнута никаква сагласност па ни резолуција (41). Питање се поново појављује на дневном реду 60. конференције у Монтреалу (1982) са извештајем о арбитражи између странака из развијених и неразвијених земаља (42). Конференција је затражила од Комитета да проучи искуства постојећих арбитражних установа и праксу и поднесе извештај наредној конференцији (43). Међутим, на 61. конференцији у Паризу (1984) није поднет никакав извештај већ је организован „округли сто“ посвећен децентрализовању арбитраже (*la délocalisation*) у разним правним системима. Том приликом је уочена разлика између арбитраже у ужем смислу и неких „упоредних“ спорова (*contentieux adjacents* или *périphériques*) који се јављају поред њих (нпр. рачунски, технички и сл.) које треба решавати на основу правила одговарајућих струка а не права. Број таквих спорова се увећава са повећањем броја уговора о грађењу или финансирању. Због тога долази до преплитања правних и других спорова па се све чешће уговорима предвиђа, поред арбитраже, стручно вештачење (*L'expertise technique*). Отуда је неопходно разлучити их и дати им одговарајуће место.

(38) То је раније био случај с кодификацијом правних начела коегзистенције. Данас је то делимично у погледу међународне одговорности и правних начела новог међународног економског поретка.

(39) На 33. конференцији (Стокхолм 1924), 39. конференцији (Париз 1936), 40. конференцији (Амстердам 1938), 43. конференцији (Брисел 1948) и 44. конференцији (Копенхаген 1950).

(40) *ILA, Report of the Fifty-eighth Conference*, Manila 1978, pp. 6—7.

(41) *ILA, Report of the Fifty-ninth Conference*, p. 601.

(42) *ILA, Report of the Sixtieth Conference*, pp. 269—280.

(43) Резолуција бр. 5. Исто, стр. 5.

На тој идеји се заснива извештај Комитета за међународну трговинску арбитражу поднет 62. конференцији. Он пре све разматра преплитање арбитражних спорова и спорова о финансијским гаранцијама. Питање финансијских гаранција се поставља кад год је реч о уговорима о великим пословима, било да је реч о извозу, било о извозу великих радова, нарочито индустријских постројења, било о уговорима који иначе треба да се извршавају на дужи рок. Због тога се у извештају посебна пажња поклања анализи финансијских гаранција и ризицима везаним за начине испуњења гаранција. Други део извештаја је посвећен преплитању арбитражних и других спорова (*contentieux annexes*) који ни у уговорима ни у пракси нису јасно раздвојени иако су у питању очигледно различити поступци са понекад јасно утврђеним редоследом (при чему се вештачење појављује као мирење које претходи арбитражи и у томе може да има превентивну улогу). С друге стране, вештачење може одлучујуће да утиче на арбитражно решење јер је пред судовима тешко бранити став против закључака стручњака. Ствар постаје тежа ако се ова два поступка предвиђају у различитим уговорима који истовремено постоје (нпр. када главни уговор предвиђа арбитражу а додатни уговори о гаранцијама за његово извршење предвиђају вештачење).

Разумљиво је што ни расправа на Конференцији није могла да оде много даље од констатовања тешкоћа. Свесна значаја арбитраже у међународним трговинским односима, Конференција је одлучила да се на томе настави рад допунским извештајима, укључујући употпуњену упоредну анализу арбитражне праксе. Ови извештаји треба да омогуће утврђивање односа пре свега између арбитражног и осталих поступака и да тако прошире рад Комитета у свим другим областима које он буде сматрао корисним.

12. Космичко право

Решавањем спорова се дуго бавио и Комитет за космичко право разматрајући више година питања везана за искоришћавање космоса, нарочито у вези са уговорима о космосу (1967) и Месецу (1979). У том склопу нарочита је пажња поклоњена питањима тумачења уговора (у вези са делатностима у космосу) и решавања спорова. Конференција у Монреалу (1982) је (44) препоручила Комитету да изради нацрт конвенције о решавању *правних* спорова. Тај нацрт је Комитет поднео Конференцији у Паризу (1984) с коментарима чланова Комитета. Истовремено је председник Комитета (професор *D. Goedhuis*) поднео кратак извештај о правним видовима сарадње и будућег војног коришћења космоса. Разлог за то су били све затегнутији односи изазвани трком у наоружавању која је довела не само до непримењивања постојећих договора суперсила него и до америчке „стратешке одбрамбене иницијативе“ (познатије као „рат звезда“). Веома жива расправа у којој је, поводом другог извештаја, поднет предлог да се оснује посебан комитет за космичко разоружање, завршена је закључком да Комитет настави рад и да, по могућству, 62. конференцији поднесе коначан нацрт конвенције о решавању спорова у вези са делатностима у космосу. У вези са другим питањима није усвојен никакав закључак.

Међутим, на 62. конференцији је све изгледало обрнуто. Комитет није очигледно „био у могућности“ да поднесе нацрт конвенције о решавању спорова а његов председник је, слично претходној конференцији, поднео свој извештај. Овога пута се односно на „напоре да се учврсте постојећа правила чији је циљ контрола наоружавања у космосу“. Објашњење за то налази у мишљењу директора студија да би Удружење за међународно право могло да допринесе разјашњавању

(44) Резолуцијом бр. 11. *ILA Report of the Sixtieth Conference*, р. 12. Иначе проблем космичког права су први пут разматрани на 49. конференцији (Хамбург 1960) у оквиру тачке дневног реда: „Сувереност у ваздуху и правни положај космоса“. Касније су на дневном реду почев од 51. конференције (Токно 1964) до данас са изузетком 55. конференције (Њујорк 1972).

одредаба о решавању спорова у Уговору о антибалистичким пројекти-лима (1972). Иако је јасан нагласак на потреби проучавања одредаба о решавању спорова председник Комитета је тежиште пренео на сам уговор износећи крајње површно нека спорна питања и враћајући се на извештаје поднете конференцијама у Манили (1978) и Београду (1980). Највећи део извештаја заузима преношење званичних америчких и совјетских као и ставова америчких савезника о разним видовима употребе нуклеарног оружја.

На срећу, Конференција је више расправљала о нацрту конвенције о решавању спорова. Као што се могло очекивати, ни ова Конференција није била у стању да дође до коначног текста, свесна политичких тешкоћа да се прихвате понуђени предлози за решавање спорова. Зато није усвојена никаква резолуција.

13. Неформални састанци

У пракси Удружења за међународно право је и одржавање неформалних састанака. Некада су то били пригодни скупови посвећени појединим догађајима везаним најчешће за најпознатије чланове Удружења. Касније су се уобичајили за разматрање појединих питања за које не постоје посебни комитети. Тако је, на пример, на 58. конференцији у Манили (1978) расправљано о теорији и методологији међународног права а на 59. конференцији у Београду (1980) о дипломатским имунитетима (посебно имајући у виду случај америчких дипломата у Техерану и пресуду Међународног суда правде о том питању). Овај последњи скуп је назван: „Отворени форум“. После 59. конференције пракса неформалних састанака се шири и на случајеве када комитети не подносе формалне извештаје. Међутим, на 60. конференцији у Монреалу овај облик рада је примењен чак и када су комитети подносили извештаје. Тако су организовани неформални састанци на којима се расправљало о будућем раду из области људских права и међународног монетарног права иако су одговарајући комитети поднели извештаје и о њима се расправљало и на званичним радним седницама. „Отворени форум“ је био посвећен Конференцији УН о праву мора. На 61. конференцији у Паризу (1984) је слично поступљено са другим питањима која су била на њој на дневном реду (нпр. међународно монетарно право, однос између искључиве економске зоне и континенталног шелфа) или на дневном реду ранијих конференција (на пример, стварање правила међународног права) (45). На 62. конференцији је то поновљено с међународним монетарним правом и мирним решавањем међународних спорова (46) а затим с државним имунитетом.

На основу расправе вођене на 62. конференцији није немогуће да се обнови рад Комитета за државни имунитет. Разлог могу да буду нова национална законодавства у тој области. И расправа о мирном решавању спорова је показала да је грешка што за ово питање не постоји комитет. Иако је оно разматрано у склопу многих питања (нпр. космичког права а посебно трговинске арбитраже) расправа о споровима држава привукла је већу пажњу учесника него многа питања на дневном реду Конференције. По мишљењу директора студија овакав облик необавезне расправе има многе предности. Ако је то истина, не мање вредни пажње су недостаци који произлазе из непостојања било какве основе за расправу. Можда су учесници Конференције сувише навикнути на припремање на основу писаних извештаја које добијају унапред

(45) Прва тачка дневног реда 42. конференције (Праг 1947) и неформални састанак на 61. конференцији (Париз 1984).

(46) На 43. конференцији (Брисел 1948) као „Међународна арбитража и забрана рата“, на 51. конференцији (Токио 1964) као „Обавезна надлежност Међународног суда правде“, на 52. конференцији (Хелсинки 1966) као „Улога арбитраже у решавању међународних спорова“, на 53. конференцији (Буенос Аирес 1968) као „Мирење“ док се под називом: „Мирно решавање спорова“ расправљало на 55. конференцији (Њујорк 1972) и 56. конференцији (Њу Делхи 1974/75).

а мање спремни да реагују на изненадно изнети став али има учесника који говоре само у вези с оним што непосредно чују. Отуда и полемике иако су оне уско каналисане. Од спремности учесника зависи ниво њихових интервенција. Расправа о мирном решавању спорова је показала не само заинтересованост за ову важну област међународног живота него и њено везивање за неке конкретне случајеве о којима се највише пише у штампи. На пример, мало је било говорника који није поменуо спор САД и Никарагве који је постао предмет како врло оштроумних тако и сасвим плитких излагања.

Нема сумње да руководство Удружења треба добро да проучи питање организовања оваквих састанака. Импровизација у излагању је једно, импровизација у организацији нешто сасвим друго. Треба јасно утврдити шта може да буде предмет неформалне расправе и ни на који начин је не практиковати када већ постоје комитети састављени од најпознатијих стручњака из појединих области. Можда би најпре требало организовати расправу о начину организовања рада Удружења.

14. Организација стручног рада

У својој историји дужи од једног века Удружење је покренуло расправу о многим значајним међународним питањима дајући тако несумњив допринос развоју међународног права. Његов би допринос био свакако већи, нарочито у теоријском погледу, да је било више стрпљења да се поједина важна питања доведу до краја у својој обради. Понекад, у жељи да спречи одуговлачење, са једне стране, и да на дневни ред стави нова питања која живот намеће, са друге стране, остављало је незавршене многе студије. Тешко је наћи ваљане научне разлоге за то.

Касније је мењање тема постало разлог за честе промене не само састава него и назива комитета. Чудно је да професори међународног права не мењају чешће име тог предмета кад год се нешто промени у његовој садржини. Честе промене не само да доводе до несигурности погубне за сваки озбиљнији рад него и до дисконтинуитета у раду остављајући утисак да се не зна шта се хоће. Штедња треба да се огледа у свему али не сме да буде науштрб квалитета. Прекидање недовршених студија пре би могло да буде знак расипништва него штедње.

Штедња се не може постићи ни скраћивањем извештаја ни захтевом да се фабрикују нацрти без образложења. Може се схватити жеља да Удружење не буде строго академска установа као његов вршњак Институт за међународно право али оно не може да буде ни фабрика текстова. У том погледу је лако запазити тихи рат између руководства Удружења и његових чланова. Комитети морају да праве извештаје како наређује Извршни савет а чланови Удружења (којима се често придружују и чланови Комитета) на конференцијама (посебно на последње две) готово по правилу не прихватају нацрте и захтевају израду нових извештаја са образложењем.

Штедња би се најпре могла остварити рационалнијом организацијом рада на конференцијама. И на 62. конференцији се показало да није могуће истовремено расправљање о великом броју питања. Тематска разноврсност обogaђује биланс Удружења али представља нерешиву тешкоћу за праћење рада. Благовремено достављање извештаја није довољно за потпун увид иако много значи. Треба омогућити непосредно праћење расправе (47). Истовремено расправљање о три питања у три сале доводи до окупљања већине учесника на једном месту што ствара привид да нема интересовања за друга, такође, животну значајна питања. Извесно скраћивање дневног реда и сажимање, тј. обједињавање расправе из делокруга два или више комитета који се тренутно баве тесно повезаним питањима (нпр. људска права, хуманитарно право и

(47) О томе смо писали и у белешци поводом претходне конференције. „Анали Правног факултета у Београду“, бр. 1/1985, стр. 128.

избеглице, међународно кривично право и тероризам, међународни економски поредак и међународно монетарно право (евентуално и искључива економска зона), загађивање и извори вода и сл. не би умањило квалитет а добило би се у ефикасности и у могућности за свестраније расправљање јер би безмало сваком питању могле да буду посвећене по две радне седнице, што је за сада само понекад могуће. Ово изгледа све значајније што Удружење проширује добру праксу да све већи број усвојених нацрта доставља Уједињеним нацијама и другим надлежним међународним организацијама.

Тешко је рећи колико ће на промену у начину стручног рада утицати неке промене у руководству Удружења. Председник Извршног савета лорд Вилберфорс се повукао с положаја који је заузимао последњих 20 година. На његово место је изабран амерички професор Сесил Олмстед (*Cecil J. Olmstead*), досадањи потпредседник Нови потпредседник је Гордон Слин (*Gordon Slyn*). Промена је значајна јер прекида дугу традицију да председник Извршног савета буде из земље у којој је седиште Удружења. Осим тога у Извршни савет је изабрано више нових чланова.

15. Организација Конференције

Организација конференције зависи у великој мери од њеног дневног реда. У том погледу организатор (национални огранак) је везан одлуком Извршног савета и мора да је у датим оквирима што боље организује. То у великој мери зависи од умешности домаћина који се труди да свему да националну боју. Припреме све време надгледају председник Удружења (по традицији из земље домаћина претходне конференције на чијем се почетку бира) и Извршни савет који су дужни да у сваком тренутку пруже потребну помоћ.

Померавање организације Јужнокорејском огранку (иначе једном од најмлабих, основаном пре неколико година) је било праћено уверењем да ће се многи технички и други послови успешно обавити у средини која се интензивно отвара свету и у том склопу не само припрема азијске (од 25. септембра до 5. октобра 1986) и олимпијске игре (1988) већ и међународне састанке (48).

У целини гледано, тај нимало лак посао је углавном успешно обављен. Он је за домаћина био тежак у мери у којој му је недостајало искуство. Неискуство је надокнађивано љубазношћу и делимичним отклањањем недостатака који су за америчке и европске појмове несхватљиви. То се нарочито осећало у раду секретаријата Конференције у коме је, по обичају, било ангажовано доста студената-добровољаца. За све њих је посебну тешкоћу представљало непознавање страних језика, чак и енглеског у мери потребној за давање најобичнијих обавештења а да се и не говори о два службена језика Удружења за које је неопходно обезбедити преводбење бар за две пленарне седнице Конференције (отварање и затварање) и умножавање материјала. Очигледно је да се домаћин конференције не може одређивати само две године унапред јер је то за многе веома кратко време за обављање низа послова, укључујући оспособљавање за рад у секретаријату, а не постоји могућност упознавање с искуствима у организовању бар једне конференције. Нема сумње да ће трудољубиви људи ове земље, која по природним карактеристикама много подсећа на нама суседну Грчку, убрзо напустити љуштину заосталости која им је делимично наметнута споља. Немамо разлога да сумњамо да ће они који са поносом говоре да су све створили својом главом и својим рукама успети да створе и добре преводиоце и дактилографе, свесни да ни љубазни осмеси нису овеомћни.

др Момир Милојевић

(48) На пример заседање највиших органа међународних финансијских организација (октобра 1985).

ГОДИШЊА СКУПШТИНА УДРУЖЕЊА ЗА УСТАВНО ПРАВО СР СРБИЈЕ

Удружење за уставно право Социјалистичке Републике Србије одржало је Годишњу скупштину 6. јануара 1987. године, у Београду. У присуству великог броја научно-наставних радника који се баве облашћу уставног права на правним и другим факултетима и бројним институтима и другим научним институцијама у Републици, као и истакнутих стручњака из одговарајуће праксе, Скупштину је отворио председник Удружења, др Војислав Симовић, професор Правног факултета у Београду. Поздрављајући присутне, професор Симовић се у име Управе Удружења захвалио на њиховом великом одзиву, истичући да је то први доказ значаја овог Удружења, али истовремено и знак да се од будућег рада Удружења много очекује.

Пре преласка на усвајање предложеног дневног реда, проф. Симовић је у име Извршног одбора поменуто жалосни губитак његовог истакнутог члана, др Миодрага Бате Вишњића. Истичући да је друг Вишњић одмах по оснивању Удружења показао велику спремност за рад и допринео реализацији неких значајних предузетих акција, проф. Симовић је замолио присутне да минутом ћутања одају пошту свом преминулом члану.

Пошто је предложени дневни ред без примедби једногласно усвојен, секретар Удружења, мр Оливера Вучић, асистент Правног факултета у Београду, прочитала је обједињени извештај о раду Удружења у протеклом периоду и извештај Надзорног одбора.

Основано у Београду, 6. септембра 1982. године, Удружење за уставно право СР Србије, као удружење конституционалиста у овој Републици, уписано је у регистар друштвених организација решењем Градског секретаријата за унутрашње послове града Београда од 16. новембра 1982. године. Заједно са осталим републичким и покрајинским удружењима, Удружење за уставно право СР Србије учествовало је у оснивању Савеза удружења за уставно право СФРЈ, 24. децембра 1982. године, у Љубљани. У извештају је истакнуто да је Управа Удружења пошто је била спутана минималним финансијским средствима за која је успела да избори, остваривала основне планиране активности и испуњавала обавезе према Савезу удружења за уставно право СФРЈ. Прошавши кроз низ тешкоћа својствених сваком оснивачком раду, досадашња Управа успела је да у протеклој години обезбеди знатна финансијска средства, која ће у наредном периоду бити основа за плодан рад Удружења. Извршене су припреме и потпуна тематска обрада за организовање два саветовања, као и део припрема за учешће чланова Удружења у раду II светског конгреса Међународног удружења за уставно право. Закључујући да примена и функционисање устава тек сада постају основа за стабилније дискусije у вези са евентуалним уставним променама, што истовремено чини и елементе програма даљег рада Удружења, Управа је назначила основне правце будућег деловања свих активних чланова.

Након прихватања извештаја, извршена је верификација листе чланова Удружења.

У даљем току рада Скупштине, присутнима су предочене нужне измене Статута Удружења, извршене у складу са изменама Закона о друштвеним организацијама и удружењима грађана СР Србије. Пошто

у основи Статут није мењан, после краће дискусије, предложене измене су прихваћене.

У оквиру следеће тачке дневног реда изабрана је, на основу предлога које је сачинила Кандидациона комисија, нова Управа Удружења, председник, секретар, чланови председништва и председници и чланови комисија.

За председника Удружења за уставно право СР Србије једногласно је изабран др Милан Ђуковић, а за секретара Слободан Поповац. Чланови новог Председништва Удружења су: Љубомир Булатовић, др Златија Букић-Вељовић, др Миодраг Јовичић, др Димитрије Кулић, др Небојша Маљковић, др Ратко Марковић, др Милан Матић, др Павле Николић, др Димитрије Продановић, Радошин Рајовић, др Ковиљка Романић, др Јосиф Трајковић, др Миодраг Трифуновић, мр Оливера Вучић и др Миодраг Зечевић. За председника Надзорне комисије изабран је др Павле Ристић, а за чланове Миодраг Краговић и Зорица Радовић. Председник Комисије за самоуправну радничку контролу је др Славољуб Поповић, а чланови су мр Никола Стефановић и Мирослав Милекић. У Комисију за народну одбрану и друштвену самозаштиту изабрани су: председник — др Димитрије Продановић, и чланови мр Мирослав Живковић и Илија Вујачић.

Новоизабрани председник Удружења за уставно право СР Србије, др Милан Ђуковић, захваливши се на поверењу које му је овим избором укаzano, истакао је нужност свестране активности свих чланова Удружења у предстојећем периоду. Посебно је нагласио да време дискусија о потреби промене неких уставних одредби, пружа огромне могућности за рад оваквог удружења, али истовремено намеће и велике обавезе, тражећи, уз пуну одговорност, предано залагање целокупних расположивих знања и моћи чланова Удружења.

Користећи могућност дату Статутом Удружења, Скупштина је за почасног председника Удружења за уставно право СР Србије изабрала др Војислава Симовића. Будући да се на челу Удружења налазио у најтежем периоду, времену оснивања, борећи се са свим тешкоћама које собом носи пионирски рад, проф. Симовић је несебично пружајући своје знање и искуство лично много допринео да Удружење „почне да живи“, ради и даје прве резултате. Захваливши професору Симовићу за уложени труд, чланови Удружења присутни на Скупштини, једногласно су прихватили учињени предлог.

мр Оливера Вучић

J. Chazal, *LES DROITS DE L'ENFANT*, IV édition, Presses universitaires de France, Paris, 1985, 125 p.

Питању положаја деце се поклања све већа пажња, нарочито после другог светског рата. У последњим деценијама се све више говори о правима детета. Резултат тих настојања је и Декларација УН о правима детета (1959) која је, иако не много садржајна, са своје стране допринела да се о томе бар говори. Повремени бучни захтеви омладине (нарочито 1968) су само подстицај више у том смеру. Тај след развоја најбоље показују књиге Жана Шазала, саветника француског Касационог суда, који се од 1946. године бави проблемима везаним за положај малолетника: *Les enfants devant les juges* (Editions familiales de France), *Le juge des enfants* (Sirey), *Etude de criminologie juvenile* (PUF), *L'enfance délinquante* (PUF) да би на крају дошао до права детета (*Les droits de l'enfant*). Више поновљених издања књиге о правима детета (прво 1959) није случајно. То је доказ не само њене вредности него и потребе коју је писац осећао за изменама и допунама после сваке значајније промене законодавства, нарочито после 1968.

Пишчева полазна мисао је да заштитне и васпитне мере могу да буду успешне само ако одговарају личности посматраној у светлости најновијих достигнућа науке (стр. 5—6). У складу с тим је и данас опште прихваћено схватање да је са становишта права дете субјект права а не прости објект (стр. 7). Оно има породична права па треба изменити установе које више не одговарају новој породици (на пример, у области старатељства). Данас цивилисти више не прихватају римско схватање о родитељској власти (*patria potestas*). По једнима овлашћења родитеља су средство за испуњавање њихових дужности према деци. По другима родитељи врше друштвену функцију чији је циљ издржавање и васпитавање деце. У складу с том функцијом родитељима су дата одређена права. То подсећа на схватања из доба Француске револуције по којима су родитељи имали само дужности према деци и обавезу да их штите (стр. 8). У складу с тим је проглашено начело једнакости свих а родитељи нису били ни власници ни повериоци већ само дужници. То је бесумње претерано али је израз жеље за заштитом детета. Без обзира које се схватање прихвати овлашћења родитеља могу бити ограничена, чак и укинута ако он занемари или злоупотређува своја овлашћења. С друге стране многи више воле да говоре о дужностима него о правима деце бојећи се њиховог деловања. Ово само отежава уочавање правног положаја детета. Признање права детета не значи оспоравање родитељске власти ни порицање дужности младих како према породици тако и према друштву (стр. 9).

Ово треба посматрати узајамно повезано и условљено јер невршење родитељске власти може имати страшне последице и изложити децу великој опасности. Зато се судови последњих година при одлучивању о чувању деце руководе „интересима детета“, понекад мимо воље оба родитеља. На тај начин се показује да права родитеља имају своју границу у интересима детета, она су релативна а не апсолутна а појављује се право детета (стр. 10).

Права детета су по својој суштини индивидуална. Она су највећим делом општа људска права, као што је право на живот. Међутим, признање права детета произлази из његових посебних потреба, како материјалних тако и биолошких као што су: исхрана, нега, подизање, сигурност, нежност, разумевање, образовање, интелектуални, морални и

друштвени развој (стр. 11). У том погледу писац наводи Декларацију о правима детета коју је 20. новембра 1959. усвојила Генерална скупштина Уједињених нација.

Међутим, дете има права али их не остварује, нема пословну способност. Оно може да врши само нека грађанска права на основу еманципације закључењем брака или по дозволи родитеља. Поред тога оно може да врши строго одређена лична права (признање ванбрачног детета, састављање тестаментa ако је старије од 16 година, закључење уговора о раду итд.) или да утичу на неке акте (усвојење ако има више од 16 година, добровољно ступање у војску, закључење брака, избор занимања). По правилу дете врши своја права преко родитеља и, у неким случајевима, њихових супститута, физичких или правних лица. Не поричући права родитеља према деци (нарочито у погледу осигурања надзора над њиховим понашањем, интелектуалног и моралног образовања, прихватања грађанскоправних обавеза) писац поставља питање да ли је исправно истицти права родитеља или је тачније говорити о њиховом вршењу права детета (стр. 14). Рећи да је дете субјект права значи да његова права проистичу из његовог својства личности, што значи да се та личност мора поштовати и штитити. С обзиром да је реч о малолетницима то не значи да се одлуке доносе на основу њихове воље већ да се не могу доносити без њиховог саслушања (стр. 15).

Правима детета одговарају неке дужности родитеља. Изненађујуће је грчко и римско схватање да напуштање детета значи први чин у признању његових права. Хришћанство је осудило право родитеља да одлучује о животу и смрти детета и да га напусти (стр. 17). Данас друштво брине о напуштеној деци (стр. 18) из чега проистиче низ правних проблема. Неки од њих се решавају усвојењем. Спречавање напуштања детета се постиже већом помоћи породици, посебно ванбрачним мајкама, а и променом схватања о ванбрачном рабању (стр. 33). Издржавање се обезбеђује и утврђивањем очинства (стр. 34). Занимљиво је да писац не наводи казнене одредбе за напуштање деце или недавање издржавања. Он то питање разматра заједно са санкцијама за злостављање детета до 15 година (стр. 37. и след.). При том се поставља питање шта представља право родитеља да кажњава дете да би га поправио (стр. 41). Превентивне мере писац види у спречавању алкохолизма (стр. 43), становању и развоју менталне хигијене (стр. 44).

Посебно је питање слободе понашања детета. Ако осећа недостатак љубави и разумевања, ако сматра да му је ускраћено задовољење основних потреба, оно може да делује агресивно (стр. 51). Лака забава коју нуди улица је привлачнија од школе. Тако дете долази у сукоб са стварношћу, што повећава његову нестабилност (стр. 52). Уместо у породици своје место налази у групи сличних која се супротставља другој групи (стр. 53). То води у криминал. Решење писац види како у репресивним тако и превентивним мерама имајући под тим у виду делатности у школским и предшколским установама и клубовима, посебно спортским (стр. 69—73). Када је реч о судском решавању питања која се тичу деце писац се, имајући у виду особине детињства, залаже за посебне судове (стр. 106).

Књига је имала по обиму али је врло садржајна јер обухвата најважнија питања која се тичу детета, од његовог правног субјективности до стварног положаја у друштву, пролазећи кроз све недаће као што су рђаво поступање, напуштање, развој и образовање, одбацивање родитељске власти (која није увек деликт), све до предмета спорова. На жалост, нема општих теоријских или филозофских поставки од којих се полази. Само се на појединим местима могу осетити утицаји хришћанског учења али су и они прекривени личним размишљањима или схватањима. Од њих нарочито долази до изражаја схватање о „интересу детета“ којим се на више места (нарочито на стр. 10, 91, 92, 96, 98, 105) писац руководи у тражењу решења. „Интересом детета“ суд треба да се руководи приликом одређивања коме ће дете бити дато на чување у случају развода или раздвајања родитеља, у том „интересу“ ће

поштовати и споразум родитеља (стр. 92. док на стр. 10. заузима много оштрији став, као што је напред поменуто). Руководен тим интересом суд ће поштовати и „наклоност“ детета према једном од родитеља а у интересу детета је и право родитеља да га посећује (стр. 98). По пишчевом мишљењу неоспорно је да су под појмом „интереса детета“ закони и судови имали у виду „основна права личности детета“ (стр. 92). Он прихвата Јерингово схватање да је право „правно заштићени интерес“ (стр. 105) али не указује на опасност од поистовећивања права и интереса.

У интересу детета се иде на ограничавање родитељских права којим се тежи да добију „функционалну“ природу. Насупрот томе се развијају права детета. И овде би се могло приметити да писац, макар прећутно, сматра да постоји сукоб између права родитеља и права детета. Његова наклоност правима детета је очигледна а врхунац тога је залагање за признавање посебне гране права — права деце (*droit de l'enfance*). Зачуђујуће је да се у овом склопу не помиње проблем злоупотребе родитељских права. У време све веће и брже еманципације деце оправдано се поставља питање где престаје право родитеља а почиње њихова злоупотреба.

Један од недостатака ове иначе добре књиге је што је, супротно наслову, ограничена углавном на права детета у Француској иако писац избегава да се чешће позива на прописе, свакако свестан да би тиме знатно сузио домаћај својих општих теоријских разматрања. Штета је што нису коришћена искуства других земаља или бар поменути напори међународне заједнице на решавању појединих питања или права деце. Не само да је занемарен рад многих међународних невладиних организација (на пример, Удружења за међународно право — *International Law Association*) већ и међувладиних као што су Уједињене нације чија се Декларација о правима ментално заосталих лица (усвојена резолуцијом Генералне скупштине бр. 2856 (XXVI), од 20. децембра 1971) односи у истој мери на децу као и на одрасле као и други акти о људским правима које је писац само на општи начин поменуо или боље рећи подразумевао. Можда је и ово избегавање позивања на међународне акте последица жеље да излагања сачувају уопштен карактер али нам се чини да се разматрања о правима детета морају заснивати како на личним ставовима тако и неким правним правилима у чијој је основи одређено правно-филозофско схватање. Ово утолико пре у време покушаја да универзална правна правила постану израз општецивилизацијских тековина.

др М. Б. Милојевић

САДРЖАЈ

ИЗВОРНИ ЧЛАНЦИ

др Дитер Симон, Закон и обичај у Византији — — — — —	145
др Yoichi Higuchi, Биланс четрдесет година „конституционализације“ једне земље: неке тешкоће и будућност јапанског Устава од 1946 — — — — —	152
др Стеван Врачар, Сучељавање јуснатурализма и марксизма — —	159
др Владимир Водинелић, О сумњи у кривичном поступку — — —	186
др Весна Клајн-Татић, Накнадни рок за испуњење као услов за раскид уговора о продаји — — — — —	218

ПРИЛОЗИ

др Видоје Миладиновић, Да ли је окончана изградња новог концепта условне осуде — — — — —	228
--	-----

СУДСКА ХРОНИКА

Одлуке Уставног суда Југославије — Борбе Бурковић — — — —	233
Одлуке Савезног суда — Александар Лазовић — — — — —	236
Одлуке Уставног суда Србије — Томислав Вељковић — — — —	239
Одлуке Врховног суда Србије — Милица Јовановић — — — —	246
Одлуке Вишег привредног суда Србије — мр Јездимир Митровић —	247
Одлуке Суда удруженог рада Србије — Миодраг Васић — — —	251
Одлуке Окружног суда у Београду — Димитрије Милић — — —	257

БЕЛЕШКЕ

др Момир Милојевић, Конференција Удружења за међународно право — — — — —	260
мр Оливера Вучић, Годишња скупштина Удружења за уставно право СР Србије — — — — —	278

ПРИКАЗИ

J. Chazal, Les droits de l'enfant, IV édition, Presses universitaires de France, 1985, 125 p., др М. Б. Милојевић — — — — —	280
---	-----

CONTENTS

ORIGINAL ARTICLES

<i>dr Dieter Simon</i> , The Law and Custom in Byzantium — — — —	145
<i>dr Yoichi Higuchi</i> , The Account of Forty Years of »Constitutionalisation« of a Country: Some Difficulties and the Future of the 1946 Japanese Constitution — — — — — — — —	152
<i>dr Stevan Vračar</i> , Confronting Jusnaturalism and Marxism — — —	159
<i>dr Vladimir Vodinelić</i> , The Issue of Doubt in Criminal Procedure —	186
<i>dr Vesna Klajn-Tatić</i> , Subsequent Time Limit for Fulfilling as a Condition for Rescission of the Contract of Sale — — — — —	218

CONTRIBUTIONS

<i>dr Vidoje Miladinović</i> , An End to the Construction of a New Concept of the Suspended Sentence — — — — — — — — — —	228
--	-----

JUDICIAL CHRONICLE

Decisions of the Constitutional Court of Yugoslavia — Đorđe Đurković — — — — — — — — — —	233
Decisions of the Federal Court — Aleksandar Lazović — — — — —	236
Decisions of the Constitutional Court of Serbia — Tomislav Veljković — — — — — — — — — —	239
Decisions of the Supreme Court of Serbia — Milica Jovanović — —	246
Decisions of the Superior Economic Court of Serbia — mr Jezdimir Mitrović — — — — — — — — — —	247
Decisions of the Court of Associated Labour of Serbia — Miodrag Vasić — — — — — — — — — —	251
Decisions of the District Court in Belgrade — Dimitrije Milić — —	257

NOTICES

<i>dr Momir Milojević</i> , The Conference of the International Law Association — — — — — — — — — —	260
<i>mr Olivera Vučić</i> , Annual Assembly of the Association of Constitutional Law of the SR of Serbia — — — — — — — — — —	278

REVIEWS

<i>J. Chazal</i> , Les droits de l'enfant, IV édition, Presses universitaires de France, 1985, 125 p. — <i>dr M. B. Milojević</i> — — — — — — — —	280
---	-----

CONTENU

ARTICLES ORIGINAUX

<i>dr Dieter Simon</i> — Le loi et les coutumes à Byzance — — — —	145
<i>dr Yoichi Higuchi</i> — Bilan des quarante ans de »constitutionnalisation d'un pays: difficultés et perspectives de la Constitution japonaise de 1946 — — — — — — — — — — — — — — — —	152
<i>dr Stevan Vračar</i> — Confrontation du iusnaturalisme et du marx- isme — — — — — — — — — — — — — — — —	159
<i>dr Vladimir Vodinelić</i> — Du doute dans la procédure pénale — — —	186
<i>dr Vesna Klajn-Tatić</i> — Délai dilatoire d'exécution comme condition du contrat de vente — — — — — — — — — — — — — — — —	218

CONTRIBUTIONS

dr Vidoje Miladinović — Sur la question de l'achèvement de la construction d'un nouveau concept de condamnation avec sursis — 228

CHRONIQUE JURISPRUDENTIELLE

Décisions de la Cour constitutionnelle fédérale — Đorđe Đurković —	233
Décisions de la Cour fédérale — Aleksandar Lazović — — — —	236
Décisions de la Cour constitutionnelle de la RS de Serbie — Tomislav Veljković — — — — — — — — — —	239
Décisions de la Cour suprême de la RS de Serbie — Milica Jovanović	246
Décisions du Tribunal supérieur de commerce de la RS de Serbie — mr Jezdimir Mitrović — — — — — — — — — —	247
Décisions du Tribunal de travail associé de la RS de Serbie — Miodrag Vasić — — — — — — — — — —	251
Décisions du Tribunal d'arrondissement de Belgrade — Dimitrije Milić — — — — — — — — — —	257

NOTES

<i>dr Momir Milojević</i> — Conference de l'Association pour le droit international — — — — — — — — — —	260
<i>mr Olivera Vučić</i> — L'Assemblée annuelle de l'Association de la RS de Serbie pour le droit constitutionnel — — — — — — — — — —	278

COMPTES RENDUS

J. Chazal, Les droits de l'enfant, IV édition, Presses universitaires de France, 1985, 125 p. dr M. B. Milojević — — — — — 260

Уредништво „Анала“ моли своје сараднике да рукописе достављају, придржавајући се следећих правила:

1. Све радове (чланке, прилоге, дискусије, приказе, судску праксу итд.) куцати на пуном папиру (не на пелиру) и то на једној страни, са проредом и са довољно белине са стране (27 редова на страни и 60 словних места у реду).

2. Уз рад намењен рубрици „чланци“ истовремено доставити резиме највише до 25 редова, куцан на исти начин као што је предвиђено под тачком 1.

3. Уз сваки рад доставити следеће податке: тачну адресу, потпуне податке о звању, број жиро-рачуна, телефон на радном месту и у стану.

4. Сваки рад доставити потписан.

5. Прикази књига које су мање од 200 страна не треба да буду дужи од 8 куцаних страна. Прикази књига које су по обиму веће од 200 страна могу се сразмерно повећати и то за по једну куцану страну на сваких додатних 100 штампаних страна. Уколико је приказ књиге по природи аналитичан, редакција ће толерисати повећање обима приказа за 20%.

6. Фусноте треба куцати на крају рада (не испод текста на страни), такође са проредом и са довољно белине са стране, и то тако да нумерација фуснота иде од броја 1 па надаље за цео рад (не правити посебну нумерацију за поједина поглавља).

7. Цитирање треба да обухвати следеће податке и то следећим редом: аутор (прво име, па онда презиме), назив дела, место издања, година издања, број цитиране стране или тачке пасуса. ПРИМЕР: Живојин Перић, *Стварно право*, Београд, 1922, стр. 141; Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1929, str. 93.

8. За радове објављене у часописима, као и за прописе објављене у службеним гласилима, навести, после података о аутору и о раду, податке о: називу часописа (службеног гласила), броју и години издажења часописа (службеног гласила), броју цитиране стране. ПРИМЕР: Радомир Лукић, *Субјективни фактор и непосредна демократија*, „Анали Правног факултета у Београду“, бр. 2—3/1964, стр. 153; чл. 7. Закона о шумама СР Србије, „Службени гласник СРС“, бр. 19/1974.

9. За радове објављене у зборницима, енциклопедијама и сл. навести: име и презиме аутора, назив дела, назив зборника односно енциклопедије, име и презиме редактора (уколико је означено на зборнику), место издања, годину издања, број цитиране стране. ПРИМЕР: Божидар Јелчић, *Пораст и разлози пораста порезног оптерећења*, „Финанције и финансијско право“, ред. Божидар Јелчић и Владимир Срб, Осијек, 1982, стр. 37; Владимир Капор, *Купопродаја*, п. 37, „Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада“, том први, Београд, 1978, стр. 805.

10. Навођење судских одлука треба да садржи податке о врсти одлуке, суду, броју одлуке, датуму када је донесена и публикацији у којој је објављена, односно назначење да је коришћена из судске архиве. ПРИМЕР: Решење Уставног суда СР Србије III У бр. 82/72, од 31. маја 1972, „Зборник судске праксе“, бр. 7—8/1982, одл. бр. 29; пресуда Врховног суда СР Хрватске I зб бр. 58/75, од 18. јуна 1975, „Збирка судских одлука“, књ. I, св. 4, одл. бр. 462.

11. Уколико се једно дело истог аутора цитира у више фуснота (које нису непосредно једна иза друге), после имена и презимена аутора други и сваки следећи пут употребити скраћеницу *op. cit.* уколико се једно дело истог аутора цитира у фуснотама које непосредно следе једна за другом, после првог навођења потпуних података о аутору и о делу употребити скраћеницу *ibid.*

12. Сви библиографски подаци требало би у начелу да буду да-ти у фуснотама. Изузетно, пре свега при помињању неких законских одредби, то би се могло учинити и у самом тексту. ПРИМЕР: Из пореске основице је, као што предвиђа одредба чл. 3. Закона о порезу из дохотка организација удруженог рада СР Србије, искључен износ дела дохотка у висини 55% просечног месечног нето личног дохотка радника у привреди СР Србији исплаћеног у претходној години.

13. Пошто се часопис „Анали“ штампа ћирилицом, црвеном оловком треба подвући речи или реченице које треба да буду штампане латиницом. Овај захтев односи се и на фусноте.

14. Речи и реченице које треба да буду штампане курзивом под-вући црном или плавом оловком. Сви наслови цитираних радова тре-ба да буду штампани курзивом.

15. Речи и реченице које треба да буду штампане латиницом и курзивом истовремено подвући и црвеном и црном (плавом) оловком. ПРИМЕР: Jan Tinbergen, *Does Self-management Approach the Optimum Order?*, „Yugoslav Workers Self-management“, ed. by M. J. Brockmeyer, Dordrecht, 1970.

16. Места која се желе истакнути штампају се искључиво курзи-вом, а не шпационирано (размакнутим словима). Због тога у ру-копису ништа не треба куцати размакнутим словима.

17. Поднасловe највишег реда обележавати римским бројевима и куцати великим словима. Уже поднасловe обележавати арапским редним бројевима и куцати малим словима, а још уже словима азбуке и такође куцати малим словима. ПРИМЕР: III УТИЦАЈ ПОРЕСКЕ ПОЛИТИКЕ НА ПОНУДУ ЧИНИЛАЦА ПРОИЗВОДЊЕ; 1. Ефекти пореске политике на штедњу; (а) Ефекти пореске политике на штедњу становништва.

18. Умољавају се сарадници да после прекуцавања рукописа паж-љиво прочитају текст и отклоне евентуалне дактилографске грешке.

Претплата за часопис „Анали Правног факултета у Београду“ у 1987. години за целу годину износи:

1. За правна лица	Н. дин. 4000.—
2. За појединце	„ „ 2500.—
3. За студенте (редовне и ванредне)	„ „ 1000.—
4. За студенте (последипломце)	„ „ 1500.—
5. За један примерак	„ „ 1000.—

Претплата за иностранство износи 15 USA \$ (плативо у динарима по курсу на дан уплате).

Претплату слати на рачун Правног факултета у Београду број
60803-740-030-4356

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