АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

UDK 34/35

YU ISSN 0003-2565

АПФ

3

БЕОГРАД, 1990.

АПФ, година XXXVIII, Београд, бр. 3, мај—јуни 1990, стр. 245—406

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), Борђе Тасић (1940—1941) и Јован Борђевић (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).

УРЕЂИВАЧКИ ОДБОР

Главни и одговорни уредник: др Обрен Станковић. Заменик главног и одговорног уредника: др Ратко Марковић. Чланови: др Љубиша Лазаревић, др Предраг Шулејић, др Обрад Станојевић, др Војин Димитријевић, др Стеван Врачар, др Радослав Стојановић, др Дејан Поповић, др Мирјана Тодоровић, др Борђе Игњатовић, др Гашо Кнежевић (секретар Уређивачког одбора) и Војислав Станимировић.

ИЗДАВАЧКИ САВЕТ

Председник: Радосав Босић. Заменик председника: др Обрад Станојевић. Чланови: Драгослав Бекић, Радивоје Јевтић, др Љубиша Лазаревић, Драгутин Милићевић, Михаило Младеновић, Гордана Симеуновић и др Обрен Станковић.

ИЗДАВАЧ: Правни факултет у Београду

Штампа: ГП „Просвета" Буре Баковића 21

Лектор:
Бранислава Марковић

АНАЛИ
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

АПФ, година XXXVIII, Београд, бр. 3, мај—јуни 1990, стр. 245—406

UDK 34/35 YU-ISSN 0003-2565

ЧЛАНЦИ

UDK—343.(497.1)

Изворни научни рад

др Љубиша Лазаревић,
редовни професор Правног факултета у Београду

ПОТРЕБЕ И МОГУЋНОСТИ ДАЉЕ ИЗГРАДЊЕ ЈУГОСЛОВЕНСКОГ КРИВИЧНОГ ЗАКОНОДАВСТВА

У чланку се разматрају потребе и могућности да се приступи темељној реформи југословенског кривичног законодавства. Констатујући да за то постоје друштвене потребе и сагласност у теорији и пракси, аутор указује да би критичку анализу постојећег нормативног система у овој области требало вршити кроз верификовање остваривања основних начела кривичног права — легалитета, легитимности кривичноправне принуде, једнакости грађана пред законом и субјективне кривичне одговорности. У вези са начелом легалитета требало би преиспитати законодавна решења у погледу прецизности одређивања обележја појединих кривичних дела, усклађености одредаба општег и посебног дела и прописаних законских оквира казни. Начело легитимности кривичноправне принуде посебно треба верификовати кроз могућност сужавања криминалне зоне брисањем појединих инкриминација или њиховим пребацивањем у привредне преступе и прекршаје и кроз оправданост задржавања неких казни (смртна казна, конфискација имовине, казна затвора од 20 година). Питање једнакости грађана пред законом разматрано је у вези са прихваћеном концепцијом о подељеној законодавној надлежности у овој правној области, са критичким осврtом на одговарајуће уставно решење, а о начелу субјективне одговорности расправља се у вези са неким решењима из општег дела.

У другом делу рада дата је критичка анализа Предлога закона о изменама и допунама Кривичног закона СФРЈ, чије усвајање од стране Скупштине СФРЈ непосредно предстоји.

Кључне речи: *Кривично право. — Кривична одговорност. — Кривичне санкције. — Начело легалитета. — Начело једнакости грађана пред законом.*

I. *Стање југословенског кривичног законодавства и потреба његове реформе*

1. У савременој југословенској кривичноправној теорији актуелно је питање реформе кривичног законодавства — њене неопходности, садржине и обима. Мада је ова грана права у процесу своје изградње од ослобођења земље до данас била изложена критичкој анализи

и верификацији и теорије и праксе, значајне друштвено-економске и политичке промене које су се десиле у Југославији у последњим годинама посебно су наметнуле потребу продубљеног критичког преиспитивања прихваћеног кривичноправног нормативног система с аспекта његове кримиално-политичке функционалности, усклађености са савременим потребама борбе против криминалитета у нашем друштву, а посебно у вези са друштвеним и правним положајем човека и грађанина и заштитом његових уставних слобода и права, како од напада појединаца, тако и од могућих злоупотреба државних органа. Могло би се рећи да оправданост и неопходност једне интегралне научно-стручне анализе југословенског кривичног законодавства, како у његовом нормативном смислу, тако и у практичној примени, није спорно ни у теорији ни у пракси. Постоје, међутим, значајне разлике у оцени стања и проблема овог законодавства, а тиме и дубине, односно ширине неопходних законодавних реформи. Најрадикалнија су она схватања по којима је реч о једном класичном ретрибутивном систему формираном под утицајем совјетског кривичног права и у условима непосредно после револуције, који се у основи ни до данас није много променио. Његови су темељи постављени Кривичним закоником из 1951. године у који су била уграђена и многа решења условљена постреволуционарним стањем, са дубоком кривичноправном интервенцијом у многе сфере друштвено-економског живота и непотребном строгошћу у прописивању кривичних санкција. Све касније измене и допуне нису дубље задирале у оваква основна опредељења; елиминисана су нека екстремна решења (кривична одговорност правних лица, примена аналогије, нека економска кривична дела везана за послератне услове живота и др.), постигнута већа прецизност у законодавно-техничком смислу код одређивања бића појединих кривичних дела, више формално-правно него садржајно трансформисан систем кривичних санкција, али се зона кажњивости и даље проширивала (уз кривична дела развио се и веома разгранат систем привредних преступа и прекршаја), са задржавањем веома високих казнених оквира за које нису постојале оправдане и рационалне друштвене потребе. По овом схватању, ни позната реформа југословенског кривичног права из 1959. године није значила неки радикалнији заокрет у односу на основна опредељења југословенског кривичног законодавства. То важи и за кривичноправни систем који се формирао после доношења Устава 1974. године, када се са концепције јединственог кривичног законодавства прешло на подељену законодавну надлежност у овој правној области; доношење Савезног кривичног закона и републичких, односно покрајинских кривичних закона више се одвијало у духу реализовања уставне концепције о подељеној законодавној надлежности него с амбицијама да се изграђују нова решења. Неке промене вршене касније у појединим републичким кривичним законима (Босна и Херцеговина, Србија) више су биле усмерене јачању и проширивању кривичноправне репресије. Из оваквог схватања произилазио је закључак да се савремено југословенско кривично законодавство у основи заснива на идејним и правним концепцијама Кривичног законика из 1951. године, да је његова кримиално-политичка опредељеност прихватила превазиђену и историјски демантовану тезу да се проблеми сузбијања криминалитета превасходно решавају применом кри-

вичне репресије, те да оно не одговара једном демократском и цивилизованом друштву са краја XX века. Даљи логичан закључак био је да треба приступити целовитој и коренитој реформи југословенског кривичног права.

Више је, међутим, заступљена умеренија и повољнија оцена савременог југословенског кривичног законодавства. Она полази, пре свега, од основних начела на којима се оно заснива и прави дистинкцију између нормативног система који се формирао непосредно после ослобођења и под утицајем совјетске кривичноправне доктрине и каснијих значајних измена, које се не процењују само као отклањање екстремности и законодавно-техничко усавршавање, већ и као демократска и хумана оријентација нашег кривичног законодавства. Уз прихватање низа слабости, нарочито у односу на ширину зоне кажњавања и непрецизност у одређивању бића кривичних дела, југословенско кривично законодавство се на савременом ступњу свог развоја оцењује као „релативно модерно, демократско и хумано" (1), а слична оцена се даје и политици сузбијања криминалитета.

Иако је реч о веома различитим, готово супротним оценама, обе су на одређени начин основане. Иако је прошло више од 40 година од ослобођења земље, и данас се у југословенском кривичном праву осећа бољшевички „револуционарни и постреволуционарни дух". На нормативном плану он је највише изражен у посебном делу, преко широко постављене зоне кажњавања, са непотребно дубоким задирањем кривичне репресије у неке области друштвеног живота у којима би се конфликтне ситуације морале решавати другачијим средствима и методама, као што су брак и породица, самоуправљање, слобода полног општења, привреда и сл. Хипертрофија кажњивих делатности (кривична дела, привредни преступи, прекршаји), праћена је великом непрецизношћу у разграничењу ових категорија и у одређивању обележја кажњивих делатности, а по прописаним казнама сврстани смо у најстрожа кривична законодавства. На идејно-политичком плану присутни су идеја и пракса да одређени друштвено-економски и политички конфликти у нашем друштву треба и могу најефикасније да се разрешавају применом кривичне репресије. На жалост, овакво уверење се најчешће јавља у структурама које управљају земљом, усмеравају њену политику и инструирају одређене државне органе. То је све тачно, али је и оцена да се југословенско кривично законодавство у свом досадашњем развоју више технички него садржајно усавршавало и прилагођавало потребама борбе против криминалитета — сувише уопштена и неаргументована. Пре би се могло рећи да оно није благовремено и адекватно реаговало на промене у друштвено-економским односима, али му се не може порећи отвореност према демократским и хуманистичким тенденцијама које су се манифестовале у кривичном праву и криминалној политици демократских и цивилизованих земаља. Одређена решења изграђивана су у складу са концепцијама које су прихваћене у садашњој криминолошкој, пенолошкој и кривичноправној научној мисли. Реч је, дакле, о законодавству

(1) Опширније о овоме видети: Н. Срзентић, *Развој југословенског кривичног законодавства*, „Архив за правне и друштвене науке", бр. 1—2/86; Љ. Бавцон, *Десет година новог кривичног законодавства у СФРЈ*, „Југословенска ревија за криминологију и кривично право", бр. 1/88.

које се налази у процесу своје даље доградње, са тенденцијом напуштања одређених ретрибутивних концепција типичних за социјалистичке земље и прихватања демократских, хуманих и кримнално-политички рационалних решења. Оваква тенденција се више манифестовала у материји општег дела, посебно код система кривичних санкција и изградње кривичноправног третмана малолетних учинилаца кривичних дела, али је изостала или је била недовољна код одређивања система инкриминација и прописивања казнених оквира за поједина кривична дела. Стога проблему будуће реформе југословенског кривичног права треба, по мом мишљењу, прићи са уверењем да она пружа довољно простора за иновације и усавршавања, за јачање заштите слобода и права људи и за постављање зоне кажњавања у легитимне оквире. За таквом реформом осећа се и потреба у друштву, а на њу упућују и многи криминално-политички разлози. При томе се не би смело поступити на наш тако уобичајени начин, да се она сведе на парцијалне, рутински замишљене измене и допуне, усмерене пре свега на задовољавање неких конкретних друштвених потреба или разрешење неких, иако озбиљних, али ипак пролазних друштвених конфликата. Треба јој прићи као озбиљној, свеобухватној и на сазнањима науке и праксе заснованој критичкој анализи читавог југословенског казненог система.

2. Свако размишљање о потреби реформисања југословенског кривичног права и могућим правцима, односно садржини те реформе нужно се сукобљава са његовим савременим стањем. Југословенско кривично законодавство је данас само један појмовни израз, али оно фактички не постоји; постоје кривична законодавства социјалистичких република, са њиховим већим или мањим међусобним разликама, и савезно кривично законодавство са заједничким општим делом и одређеним групама кривичних дела за које се сматрало да их, с обзиром на вредности које се њима штите, треба јединствено регулисати. Концепција подељене законодавне надлежности, прихваћена прво у Уставним амандманима XXX и XXXI из 1971. године, а затим разрађена у члану 281, ст. 1, тач. 12. Устава СФРЈ, представља објективну и за сада непремостиву баријеру да се доградња нашег кривичноправног система и његова демократизација спроведу на читавом југословенском нивоу. Данас је очигледно да се није остварила једна од претпоставки на којој се заснивало овакво решење, да ће се преко заједничког општег дела обезбедити јединство криминалне политике и остваривање основних принципа кривичног права који се утврђују одредбама Општег дела. Пре свега, ни општи део није у потпуности регулисан Кривичним законом СФРЈ; у односу на кажњавање малолетника, примену васпитних мера и регулисање условне осуде са заштитним надзором постављена су само основна правила, док је потпуније регулатива остављена републикама и покрајинама. Друго, многа решења у републичким кривичним законима нису у складу са неким правилима и начелима постављеним у Општем делу Кривичног закона; одредба члана 7. тога Закона да прописи општег дела важе за сва кривична дела одређена у законима Федерације, република и покрајина није схваћена као обавезујуће начело при изради републичких и покрајинских кривичних закона, па чак није доследно спроведена ни у посебном делу Кривичног закона СФРЈ. Најзад, и ретке присталице

концепције подељене законодавне надлежности признају да је и оцена о неопходном обиму јединственог регулисања појединих група кривичних дела била нереална, да је зона „заједничких интереса" веома уско постављена, те би је требало проширити и на јединствену заштиту основних слобода и права човека, здравља људи и човекове средине, безбедности јавног саобраћаја и још неке области. Стога за мене нема никакве дилеме да би јединствено југословенско кривично законодавство представљало неупоредиво бољу и реалнију друштвену и правну основу за његову потпунију изградњу на демократским и цивилизацијским основама. У постојећој ситуацији биће потребно много напора и добре воље да се у предстојећој реформи оствари координација између република, да се паралелно ради и на савезном и на републичком законодавству и да се постигне бар онај минимум неопходних заједничких решења.

II. *Могући правци критичке анализе југословенског кривичног законодавства*

Без намере да дајем компетентну оцену о стању и вредности наше кривичноправне теоретске мисли и изворности наше судске праксе, неспорно је да је у овој области објављен велики број научних и стручних радова — чланака, монографија, коментара и уџбеника у којима су обрађивани многобројни и разноврсни кривичноправни, криминолошки, пенолошки и криминално-политички проблеми. Покренута су многобројна питања, отворене многе дилеме и сугерирана одговарајућа решења у смислу постојећег стања. Судска пракса је, такође, иницирала одређене проблеме у вези са практичном применом кривичног законодавства, а заузети ставови, без обзира да ли су увек и прихватљиви, од несумњивог су значаја за оцену неопходности реформе нашег кривичног права. У том смислу прихватљива је оцена проф. Бавцона да су се „нагомилала бројна критичка мишљења о постојећим одредбама Општег дела Кривичног закона СФРЈ" (2), уз напомену да су многобројне критичке примедбе изнете и у односу на систем инкриминација, како у савезном, тако и у републичком кривичном законодавству и да су се одређени проблеми у вези са легалитетом и легитимитетом кривичне репресије јављали управо у вези са ширином зоне кажњивости и начином одређивања појединих инкриминација. Стога ми се чини ближим реалности мишљење Н. Срзентића „да су се у нашој земљи стекли услови да се приђе целовитом и продубљеном проверавању целокупног југословенског кривичног законодавства" (3). За такву анализу располаже се богатом теоретском грађом и инспиративном судском праксом, а из ње треба да резултира оцена о обиму и дубини законодавне реформе.

Теоретски и практични проблеми истакнути у досадашњој критичкој анализи функционисања југословенског кривичноправног система су, као што је истакнуто, многобројни и разноврсни (4). Они се

(2) Љ. Бавцон, *Десет година . . ., op. cit.*, стр. 46.

(3) Н. Срзентић, *Принципи кривичног законодавства — основа за одређивање кривичне репресије*, „Годишњак Правног факултета у Сарајеву", бр. XXXVI, стр. 278.

(4) О томе видети: М. Кокољ, *Измене Кривичног закона СФРЈ*, „Југословенска ревија за кривично право и криминологију", бр. 2—3/85.

крећу од неких начелних питања до конкретних решења у Општем и Посебном делу. Но, без обзира на њихово мноштво и разноврсност, чини ми се да су сва покренута питања садржајно и функционално повезана са једним основним проблемом савременог кривичног законодавства — обезбеђивање и што адекватније законодавно и практично остваривање основних начела кривичног права. Стога би и критичку анализу југословенског кривичног законодавства требало вршити кроз призму научно-стручне верификације усклађености појединачних решења са оним основним начелима на којима се заснива наш кривичноправни систем. Полазећи од тога, указаћу на могуће правце реформе нашег кривичног права посматрано с аспекта законодавне реализације начела законитости, легитимности кривичноправне репресије, једнакости грађана пред законом и субјективне кривичне одговорности. Сасвим је разумљиво да се због ограничености обима овог рада не могу обухватити сва покренута питања и сугерирана решења, па ћу се ограничити само да укратко укажем на она која су од начелног значаја.

1. Сувишно је истицати друштвени, правни и кримиинално-политички значај *начела законитости* у кривичном праву. Повезана са начелом уставности, законитост је једна од основних гаранција демократског уређења друштва и функционисања правне државе. „Принцип легалитета одређује друштвени положај човека и границе његовог слободног деловања. Тај принцип је истовремено гаранција за остваривање слобода и права човека и брана против произвољне, самовољне и арбитрерне принуде према човеку"(5). Начело законитости је и гарант друштвене стабилности и, како каже проф. Бачић, „увјет за демократичност свакодневног живота, за културно и слободно дјеловање и комуницирање. Законитост значи потврду постојања и нужност владавине права насупрот арбитрерности и самовољи кад су у питању основне вредности човека и друштва" (6). Да би се остварили ови циљеви, начело законитости у кривичном праву мора имати потпуну афирмацију и реализацију. Оно се не може свести само на класично знање принципа nullum crimen nulla poena sine lege, већ се мора изразити и као nullum crimen sine lege scripta, nullum crimen sine lege stricta, nullum crimen sine lege praevia, nullum crimen sine lege certa i nulla poena sine lege (7). Према томе, начело легалитета у кривичном праву не садржи само захтев да кривична дела и кривичне санкције буду унапред прописани законом, већ да они буду и у максимално могућој мери прецизно одређени, да кривичноправни систем представља хомогену и усклађену целину Општег и Посебног дела.

Остваривање начела законитости требало би у предстојећој реформи југословенског кривичног законодавства критички преиспитати, укратко изложено, са следећих аспеката:

а) *Прецизност у одређивању обележја кривичних дела.* Кривично право се, као уосталом и друге гране права, мора у регулисању својих института служити у одређеној мери апстракцијама и гене-

(5) Н. Срзентић, *Принципи кривичног законодавства . . ., op cit.*, стр. 278.

(6) Ф. Бачић, *Кривично правосуђе и уставност и законитост*, „Југословенска ревија за криминологију и кривично право", бр. 4/87, стр. 11.

(7) О начелу законитости у кривичном праву видети и: Љ. Лазаревић, *Југословенска кримиинална политика у области репресије*, „Југословенска ревија за криминологију и кривично право", бр. 1—2/86; И Салкић, *Начело легалитета у материјалном кривичном праву*, „Југословенска ревија за криминологију и кривично право", бр. 3/88.

рализацијама, али када је реч о одређивању обележја кривичних дела мора се постићи толики степен прецизности и потпуности да из законског решења недвосмислено произлази шта је основ кажњивости за то дело, и да то буде јасно како ономе ко примењује закон, тако и ономе на кога се закон примењује. Овај императив није, међутим, постигнут на задовољавајући начин у нашем кривичном праву, тако да би код многих кривичних дела требало с овог аспекта анализирати како су регулисани: радња извршења; последица дела; објективни услов инкриминације; субјективне околности дела; квалификаторне околности и др. (8). Потреба за оваквом анализом посебно је изражена код тзв. споредног кривичног законодавства које се у нас доста интензивно развија, али са крајње непрецизно одређеним обележјима кривичног дела и високим запрећеним казнама.

б) *Побољшање неких решења у Општем делу.* То се односи пре свега на прецизније одређивање начела забране ретроактивности кривичног закона, услова за постојање саизвршилаштва, нечињења као радње кривичног дела, дејства правне заблуде, незнатне друштвене опасности, затим одређивања појма продуженог кривичног дела, јасније прецизирање кривичноправног значаја неуспелог подстрекавања и отклањање неких законских нејасноћа у регулисању мера безбедности и изрицању васпитних мера кад се суди пунолетним лицима која су извршила кривична дела као малолетници или као млађа пунолетна лица (9).

в) *Усклађивање одредаба Општег и Посебног дела.* Одредбе Општег дела Кривичног закона СФРЈ су општег значаја и имају обавезујући карактер за све одредбе Посебног дела, што значи да се у конструкцијама појединих кривичних дела не може мењати њихов смисао и кривичноправни значај. Код одређеног броја кривичног дела није тако поступљено. Тако се, нпр, институт саучесништва употребљава као квалификаторна околност или се, пак, неки његови облици употребљавају као самостална радња извршења. Слично је и са стицајем који, нпр, код кривичног дела убиства представља квалификаторну околност, чинећи извршено дело тешким убиством, за које се може изрећи и смртна казна. У одређеном броју случајева путем стицаја долази се до конструкције сложеног кривичног дела које тако добија тежи вид. Повратје, по одредбама Општег дела, факултативна отежавајућа околност код одмеравања казне, али се код тешког убиства појављује као квалификаторна околност. Услови за прописивање казне затвора од 20 година постављени у члану 38, став 3. КЗ СФРЈ нису доследно спроведени у Посебном делу. Конструкција кривичног дела пљачке је противуставна и супротна општим одредбама о важењу кривичног законодавства, а институт добровољног одустанка не примењује се на све учиниоце кривичних дела, и др. (10).

---

(8) Опширније о овоме видети: Ф. Бачић, *Кримнално-политички и правнодржавни приступ уређењу кривичних дела против државе*, „Наша законитост", бр. 7—8/88; Љ. Лазаревић, *Правци даље изградње кривичног законодавства СР Србије*, „Југословенска ревија за криминологију и кривично право", бр. 3/89.

(9) Детаљнију анализу ове проблематике даје Ф. Бачић у наведеном раду *Кривично правосуђе . . .*

(10) О овом нескладу између Општег и Посебног дела видети: Љ. Лазаревић, *Основи и правци будућег развоја југословенског материјалног казненог законодавства*, „Југословенска ревија за криминологију и кривично право", бр. 4/89.

г) *Одређивање казнених оквира.* Начело законитости казне не изражава се само у њеном прописивању у систему санкција и правилу да се учиниоцу може изрећи само она казна која је законом прописана, већ и у одређивању казнених оквира за поједина кривична дела. Прописана казна треба својим минимумом и максимумом да одговара друштвеној опасности различитих облика тог дела. За југословенско кривично законодавство карактеристично је одсуство јасних критерија у прописивању казни, тако да прихваћени оквири више указују на арбитрерност него на неку осмишљену концепцију. Са правом указује проф. Срзентић да „само један корак раздваја прописивање претерано широких распона између најмање и највеће мере казне за једно исто кривично дело од концепта потпуно неодређених казни, односно од негирања принципа легалитета" (11). Уз то, прихваћени су неоправдано високи минимуми и максимуми прописаних казни, што непотребно ствара утисак да је реч о изузетно строгом законодавству и доводи до значајног несклада између изрицаних и прописаних казни. Стога би у предстојећој реформи требало темељно преиспитати казнене оквире и на основу одговарајуће класификације кривичних дела по степену њихове друштвене опасности изградити одговарајуће стандарде минималних и максималних казни.

2. *Начело легитимности* кривичноправне репресије је функционално повезано са начелом легалитета. Његова је суштина у томе да се у оквирима законом прописане репресије реагује оном врстом и мером санкције која је у датом случају нужна да би се одређена индивидуална или општа добра заштитила од друштвено опасних делатности. Применом овог принципа треба да се разграничи зона нужног и оправданог реаговања принудним мерама од могуће примене мера економског, социјалног, идејног и образовног карактера, а у случају кад је изрицање кривичне санкције неопходно да се одреди она врста и количина мере која је најмање рентабилна. Легислативни аспект принципа легитимности у кривичном праву рефлектује се углавном на зону кажњивости у прихваћени систем кривичних санкција, и у предстојећој законодавној реформи његову реализацију би требало верификовати у следећим правцима:

а) *Потреба и могућности декриминације.* Није спорно да је у југословенском кривичном праву врло широко постављена зона кажњивости, односно да оно располаже изразито обимним системом инкриминација. Огроман је број привредних преступа и прекршаја, тако да се веома тешко наилази на законске прописе који не садрже казнене одредбе. Да ли нам је данас потребно толико мноштво санкционисаних понашања и тако дубоко задирање казненог права у одређене сфере људског живота, односно других друштвених делатности? Свака озбиљнија реформа нашег кривичног законодавства мора се суочити с овим проблемом и потребом декриминације, јер „идеја о сужавању кривичноправне заштите би морала наћи место у нашој криминалној политици као нужна и природна последица основних опредељења нашег друштва" (12). Овај процес декриминације могао би се, по мом мишљењу, одвијати у три правца: 1) елиминисање неких кри-

(11) Н. Срзентић, *Принципи кривичног законодавства . . ., op. cit.*, стр. 279.
(12) З. Стојановић, *Границе, могућности и легитимност кривичноправне заштите*, Београд, 1987, стр. 28.

вичних дела из система кажњивих делатности уопште, с обзиром на њихов веома мали степен друштвене опасности или околност да се већ деценијама у пракси не појављују; 2) пребацивање одређеног броја кривичних дела у привредне преступе или прекршаје; за то постоје и велике могућности и велика оправданост; и 3) укидање одређених инкриминација, не зато што су малог степена друштвене опасности, већ због тога што је њиховом конструкцијом грубо нарушено начело законитости у одређивању бића кривичних дела (13).

б) *Потреба прописивања нових кривичних дела.* Систем инкриминација, иако у основи преобиман, у неким својим деловима је и непотпун, што намеће потребу преиспитивања потребе његове доградње прописивањем нових кривичних дела или комплетирањем постојећих. Овај проблем није тако актуелан као што је то случај са сужавањем зоне кажњавања, али нису неосновани ни приговори да се политика кривичног гоњења за нека друштвено опасна понашања не може реализовати због тзв. „празнина у закону" или необухватности неких законских решења. Такав је, нпр, случај са кривичним делима против човечности и међународног права којима нису покривене све наше обавезе из међународних конвенција, затим са кривичним делима против самоуправљања која само делимично захватају незаконитости и злоупотребе које се у овој области јављају, па кривична дела против привреде која би морала, с обзиром на промене у облицима својине и носиоце привредног пословања, бити подвргнута темељној ревизији и др. Пракса је указивала да се због непостојања одговарајућих законских решења није могло гонити и кажњавати за многе тешке злоупотребе у области девизног пословања, спољне трговине, инвестиционе изградње у иностранству и др. У свему овоме треба поступати веома обазриво и процену о оправданости стварања нових инкриминација заснивати на степену друштвене опасности оваквих понашања, учесталости појава и оправданости да се у тим областима интервенише мерама кривичноправне принуде.

в) *Систем кривичних санкција.* Кривичне санкције су најдинамичнија област кривичног права. Скоро да није било законодавне реформе у ма којој држави да није обухватила и систем санкција. То је и разумљиво ако се има у виду да мере кривичноправне принуде треба да задовоље бар два основна захтева: да одговарају потребама ефикасног сузбијања криминалитета у одређеном друштву и да буду у складу са степеном друштвено-економског, културног, демократског и уопште цивилизацијског развоја друштва. Без обзира што се кривичним санкцијама, а посебно неким казнама, може ставити низ приговора с аспекта хуманости и оправданости, начелно посматрано — нужност примене кривичноправне принуде, а тиме и њена легитимност, не могу се у савременим условима довести у сумњу. У недостатку организоване превенције криминалитета друштво је принуђено да се од напада на неке елементарне вредности штити и тако непопуларним мерама као што су кривичне санкције. Уосталом, није ми познато да се до сада иједна држава, па и она која служи као узор демократије и цивилизације, одрекла овог облика борбе против криминалитета.

(13) О могућностима декриминације видети опширније: Љ. Лазаревић, *Основни правци . . ., op cit.*, стр. 18. и 19.

У југословенском кривичном законодавству прихваћен је развијени плуралистички систем кривичних санкција, са укупно двадесет три мере, сврстане у казне, мере безбедности, васпитне мере и мере упозорења. Преовлађује схватање да он представља задовољавајућу законску основу за остваривање принципа индивидуализације и да је у складу са савременим криминално-политичким концепцијама. То, међутим, не искључује ни потребу ни могућност његовог даљег усавршавања и хуманизовања и у том погледу учињени су многобројни конструктивни предлози (14). Са аспекта легитимности у сумњу се доводи оправданост даљег задржавања три санкције: смртне казне, конфискације имовине и казне затвора у трајању од 20 година, мада би се могло расправљати и о оправданости такве мере безбедности као што је забрана јавног иступања.

Разлози за и против *смртне казне* добро су познати, као и стање у савременом кривичном законодавству. Аболиционистички покрет имао је доста успеха после другог светског рата, али је данас велики број земаља чија законодавства предвиђају могућност изрицања смртне казне. У југословенском кривичном праву ова казна је прописана за око 50 дела, али су готово сва сконцентрисана у три групе: против социјалистичког самоуправног друштвеног уређења и безбедности СФРЈ, против човечности и међународног права (углавном за ратне злочине) и против оружаних снага. Међутим, ова казна се изриче врло изузетно, а још мање се извршава. Сигурно је да ова апсолутна санкција не одговара демократском и хуманом друштву, а посебно ономе у коме се друштвени односи граде на принципу социјалистичког хуманизма и вере у човека. Тешко је данас прогнозирати какве су шансе за потпуно укидање смртне казне, али је сасвим сигурно да би требало сужавати законске могућности за њену примену. У том погледу постоји неколико опција: ограничавање изрицања смртне казне за случајеве кад су дела извршена за време рата или непосредне ратне опасности; искључење примене смртне казне према тзв. млађим пунолетним учиниоцима кривичних дела; искључење примене смртне казне према женама уопште, или онима које имају малу децу и према старијим лицима; даље сужавање броја кривичних дела за која се ова казна може изрећи; и прелазак на тзв. фактички аболиционизам, односно неизрицање смртне казне иако постоји у закону.

Конфискација имовине је казна код које је највише изражена ретрибутивна садржина и циљ. Њена примена није условљена стицањем имовине која се одузима на противправан начин. И док је имала неког оправдања у послератном периоду, она је данас уз новчану казну и меру одузимања имовинске користи стечене кривичним делом, непотребна и анахронична санкција. Неспојиво је да се у социјалистичком друштву принудно одузима од грађанина имовина коју је стекао радом, наслеђем или на други дозвољени начин, само зато што

(14) О разним аспектима система кривичних санкција у нашој теорији се много расправљало и писало. Навешћу само неколико чланака у којима је дата критичка анализа овог система: З. Шепаровић, *Кривичне санкције и измјене КЗ СФРЈ;* реферат на XXIII Саветовању Савеза удружења за кривично право и криминологију Југославије, Дубровник, 1988; Љ. Лазаревић, *Систем кривичних санкција*, Саветовање у Будви, 1989; П. Новоселац, *Систем санкција, алтернативе казни затвора и људска права*, публикација „Права човека и савремена кретања у криминологији", Београд, 1989; Б. Марјановић, *О суштини мера безбедности у југословенском кривичном праву*, „Анали Правног факултета", бр. 6/87.

је учињено кривично дело које не мора бити ни у каквом каузалном односу са стеченом имовином.

Најзад, с исфорсираном казном затвора од *20 година* за одређена кривична дела нарушено је опште правило да је минимум казне затвора 15 година, а готово цинично звучи образложење да је за поправљање неких делинквената неопходан боравак у казненој установи ни мање ни више него 20 година. Једино криминално-политичко оправдање ове казне је у томе да служи као алтернатива смртној казни, и у том смислу би је једино требало и задржати.

3. Начело *једнакости грађана пред законом*, постављено у члану 154, ст. 2. Устава СФРЈ је универзални уставни принцип који има пуно значење и у кривичном законодавству, иако у њему није изричито прокламовано. Оно значи да за све грађане Југославије важе исти услови кривичне одговорности и кажњивости, односно да се на све њих примењују кривичноправне одредбе исте садржине. Међутим, прихватајући концепцију подељене законодавне надлежности у кривичном праву, која логично претпоставља и постојање разлика између републичких кривичних закона у прописивању инкриминација и казни, Устав СФРЈ је на тај начин поставио основу за непирање свога начела о једнакости грађана пред законом и то у једној области посебно значајној за људске слободе и права. За сваког правника који ову проблематику посматра не са политичког аспекта, већ с аспекта законитости и заштите људских права, несумњиво је да би „потпуна једнакост грађана пред законом захтевала јединствено кривично законодавство и јединствено кривично правосуђе" (15). На жалост, изгледа да су мали изгледи за остваривање ове јединствености, иако се огроман број југословенске стручне јавности изјаснио у прилог враћања на концепцију јединственог законодавства, а досадашња пракса је открила низ слабости постојећег решења (16). Међутим, требало би искористити предстојећу уставну реформу и покренути ово питање; ако се не би прихватило враћање на јединствено југословенско кривично законодавство, против чега су углавном словеначки правници, мотивисани више политичким него кривичноправним разлозима, требало би проширити савезну регулативу и на заштиту слобода и права грађана, њиховог здравља и човекове средине, јавног саобраћаја, привреде и др.

4. Најзад, југословенско кривично законодавство требало би критички анализирати и у погледу доследног спровођења *начела субјективне одговорности*. Основани су приговори да нека решења нису у складу с овим начелом, као што је случај са кривичноправним значењем правне заблуде, правилима о одговорности за дела учињена путем штампе и других средстава јавног информисања, одредбама о стварној заблуди, о одговорности организатора злочиначких удружења и др. (17) У контексту питања везаних за субјективну кривичну одговорност са којима ће се сусрести постојећа реформа југословенског кривичног законодав-

(15) Н. Срзентић, *Принципи кривичног законодавства . . ., op. cit.*, стр. 282.

(16) О разлозима за и против концепције подељене законодавне надлежности видети: Љ. Лазаревић, *Уставна реформа и кривично законодавство*, „Архив за правне и друштвене науке", бр. 1—3/88; Љ. Бутуровић, *За јединствено југословенско кривично законодавство*, „Архив за правне и друштвене науке", бр. 1—3/88.

(17) Опширније о овим питањима видети: Ф. Бачић, *Неопходност промена у области кривње у југословенском кривичном законодавству*, „Југословенска ревија за криминологију и кривично право", бр. 1—2/86.

ства је и проблем конституисања кривичне одговорности чланова колегијалних органа управљања. Реч је о изузетно сложеној проблематици на коју се надовезују многа начелна и прагматична питања, али је и крајње време да се и овај проблем разреши у нашем законодавству. (18).

III. *Предлози за измене и допуне Кривичног закона СФРЈ*

Потреба за свеобухватном критичком анализом југословенског законодавства није, као што је констатовано, спорна. Међутим, са концепцијом подељене законодавне надлежности и у одсуству координације рада, па чак и елементарне информисаности између република, тешко је имати увид да ли је овај процес у односу на републичко законодавство већ започет, односно да ли се ове реформе планирају, какав је њихов правац и обим, и сл. Колико ми је познато, СР Словенија је прошле године извршила парцијалне измене чији је основни смисао да се искључи могућност примене смртне казне, а у СР Хрватској се озбиљно ради на врло темељним изменама и допунама Кривичног закона. Таква потреба иницирана је и у СР Србији, али у том погледу још нису предузети никакви практични кораци. Једино се озбиљно ради на изменама кривичног закона СФРЈ, које су у завршној фази, тако да треба ускоро очекивати њихово усвајање у Скупштини СФРЈ. Предвиђају се многобројне и садржајно значајне измене и допуне. Њих је немогуће у оквиру овог рада ни сумарно изложити, па ћу се ограничити да укажем само на неколико основних карактеристика, полазећи од верзије Предлога закона о изменама и допунама Кривичног закона СФРЈ од априла 1990. године.

1. Реформа је ограничена искључиво на посебни део Кривичног закона СФРЈ. То је неуобичајено, ако се има у виду функционална повезаност општег и посебног дела кривичног права и сигурно се не може бранити аргументацијом да не постоји потреба за изменама и допунама Општег дела, односно да то овде није актуелно. Реч је, свакако, о неким другим разлозима. Званично се наводи да је рад на Општем делу изискивао пуно више времена, а да реформисање Посебног дела треба учинити што пре, чиме се отвара питање који су разлози за овакву хитност. Нема никакве сумње да систем инкриминација садржан у Кривичном закону СФРЈ треба подвргнути критичкој анализи, али се не могу отети утиску да се радило по убрзаном поступку, уз недовољну верификацију предложених решења од стране теорије и судске праксе, што се одразило и на основаност неких предлога. То ствара утисак да је ова реформа условљена више политичким него кривично-политичким разлозима. Говори се и о неким захтевима Европске економске заједнице, али југословенска јавност никада није била потпуно обавештена да ли такви захтеви заиста постоје и у ком правцу су формулисани, па је могуће да је реч о обичној манипулацији.

(18) На сложеност питања везаних за кривичну одговорност чланова колегијалних органа управљања указују: В. Камбовски, *Кривична одговорност у свету концепције о колективном раду, одлучивању и одговорности*, „Југословенска ревија за криминологију и кривично право", бр. 3—4/81; М. Борђевић, *Одговорност за кривична дела покривена одлука колективних органа;* „Југословенска ревија за криминологију и кривично право", бр. 2—3/85.

Предлози се односе, као што је речено, само на посебни део КЗ СФРЈ, али се посредно дотичу и три института општег дела: конфискације имовине, казне затвора од 20 година и особито тешког случаја. Наиме, предлаже се брисање одредаба о изрицању конфискације имовине, што би практично значило да се ова казна, иако и даље остаје у систему кривичних санкција, не може више изрицати за кривична дела предвиђена у КЗ СФРЈ; на тај начин паралисана је одговарајућа одредба из Општег дела. Слично је учињено и са казном затвора од 20 година; могућност њеног изрицања задржана је само као алтернатива код кривичних дела запрећених смртном казном. Најзад, предлаже се укидање особито тешког случаја као квалификованог облика појединих кривичних дела. Основни разлог за ову измену је досадашње искуство да је одредбама члана 47. КЗ СФРЈ створена једна вештачка конструкција, практично тешко остварљива, и да је треба заменити прецизним и конкретним одређивањем, тамо где је то реално, квалификованог облика кроз наступање тежих последица.

2. Мада су предложеним изменама и допунама обухваћене све групе кривичних дела из Кривичног закона СФРЈ, очигледно је да је тежиште на тзв. политичким деликтима, односно кривичним делима против социјалистичког самоуправног друштвеног уређења и безбедности СФРЈ. Обухваћена су готово сва кривична дела из ове групе, са предлозима већих или мањих измена. Не улазећи у појединачне анализе, покушаћу да извучем неколико основних, заједничких карактеристика предложених решења.

а) Очигледно је настојање да се у одређивању инкриминација из ове групе пође од неког елементарног, заједничког појма политичког деликта. За разлику од досадашњих решења која карактерише одсуство јединствене концепције политичког деликта, сада се у ову врсту кривичних дела уграђују две заједничке компоненте: објективна, изражена кроз заштитни, односно нападни објект; и субјективна, изражена кроз намеру учиниоца кривичних дела. Код безмало свих кривичних дела из главе XV КЗ СФРЈ, сада је заштитни објект искључиво државно и друштвено уређење СФРЈ или нека његова посебна компонента (безбедност земље, територијална суверености, највиши органи власти и др.). На тај начин су политички деликти лишени неких идеолошких и политичких обележја, као што су, нпр, власт радничке класе, братство и јединство или равноправност народа и народности, систем самоуправљања и сл. Субјективна страна је намера угрожавања уставом утврђеног државног и друштвеног уређења и безбедности СФРЈ. Према томе, код већег броја кривичних дела потребно је за њихово постојање да је делатност учиниоца објективно управљена против уставом утврђеног државног и друштвеног уређења и да учинилац предузима такву делатност са намером њихове промене или угрожавања.

б) Уношење наведене намере имало је још један циљ — да се обезбеди директан умишљај као једини могући облик виности код ових дела. Наиме, у нашој теорији и пракси владало је становиште да се нека кривична дела против основа СФРЈ могу вршити и с евентуалним умишљајем (19). Сада се ова дилема отклања али се увођењу овог субјективног елемента стављају две примедбе. Прво, ову намеру је тешко у пракси доказивати, а тиме се знатно сужава појам политичког де-

(19) Видети: *Коментар Кривичног закона СФРЈ*, Београд, 1986, стр. 426.

ликта и слаби ефикасност заштите тако значајних вредности као што су уставно уређење и безбедност земље. Друго, са овом намером не елиминише се само евентуални умишљај, већ се тражи више и од директног умишљаја. Приговори нису неосновани, али они не доводе у сумњу оправданост да се појача субјективна страна политичког деликта и да се на тај начин спрече могуће злоупотребе у том смислу да се из одређених објективних околности аутоматски извлачи закључак да је учинилац поступао са намером обарања, промене, рушења и сл. Није, међутим, јасно зашто оваква намера није унета и код кривичног дела контрареволуционарног угрожавања друштвеног уређења из чл. 114. јер је ово дело било управо проблематично у погледу његовог субјективног обележја. Прописивањем да се радња дела састоји у „покушају" промене Уставом утврђеног уређења или свргавања највиших државних органа, обезбеђено је само да облик виности може бити само умишљај, а то значи и евентуални. Међутим, управо код овог дела је требало обезбедити постојање директног умишљаја, што се најбоље постиже уношењем намере као његовог субјективног елемента.

Даља последица увођења овог субјективног елемента је изостављање код кривичних дела из чл. 122, 123, 125 и 126. КЗ СФРЈ, посебне тзв. „непријатељске побуде" извршења. Ово обележје постаје сада сувишно, а иначе је реч о појму који је садржајно доста неодређен, са могућношћу да се у пракси различито интерпретира па и злоупотребљава.

в) За кривична дела из ове области карактеристично је да је зона кажњавања доста широко постављена, што се тумачило потребом шире и свеобухватније заштите државног и друштвеног уређења, односно безбедности земље. То се постизало тако што је у одређивању радње код неких кривичних дела (контрареволуционарно угрожавање друштвеног уређења, угрожавање територијалне целине угрожавање независности) употребљен израз „ко учини дело", што је тумачено као предузимање и таквих делатности које су изван припремних радњи. Сада се у том погледу предлажу две значајне измене. Прво, радња извршења ограничава се само на покушај промене Уставом утврђеног државног и друштвеног уређења, односно повреде територијалног интегритета или независности државе. Тако, нпр, код контрареволуционарног угрожавања то је „покушај да се промени Уставом утврђено државно и друштвено уређење СФРЈ или свргну највиши државни органи", код угрожавања територијалне целине „покушај отцепљења неког дела територије СФРЈ", а код угрожавања независности „покушај довођења СФРЈ у положај потчињености или зависности". На тај начин се из радње ових кривичних дела извлаче припремне радње и оне се посебно инкриминишу као лакши облик одређених кривичних дела против СФРЈ (чл. 138). Друга значајна допуна је у томе што овај покушај треба да се врши употребом силе или претњом употребе силе, а код неких дела се уноси и противуставан начин.

г) Већина предложених измена и допуна односи се на прецизније одређивање обележја појединих кривичних дела. Декриминација се предлаже само код два кривична дела: учествовање у непријатељској делатности (члан 131) и закључење уговора на штету СФРЈ (члан 130). Првим делом се инкриминише повезивање са страном државом, страном или избегличком организацијом или групом лица у намери вршења непри-

јатељске делатности против СФРЈ, што је у основи припремна радња за вршење других кривичних дела, кажњива по члану 138. КЗ СФРЈ, па ово дело и не треба да самостално егзистира. Међутим, спорно је да ли треба брисати и дело закључења уговора на штету СФРЈ, нарочито у перспективи једног конфедеративног уређења Југославије, када је сасвим могуће да се такви уговори закључују. Уосталом и досадашња искуства указују да су се неки уговори које су закључивали представници СФРЈ или појединих социјалистичких република, показали штетним или за целу земљу или за одређену републику.

д) Као што је речено, код бројних кривичних дела из ове групе уноси се низ значајних садржајних измена и допуна, чији је основни смисао јачање принципа легалитета у њиховом одређивању. Указаћу само на неке од њих. Тако, дело контрареволуционарног друштвеног уређења (члан 114) називано и „каучук параграф" због широко одређене радње извршења и мноштва заштитних објеката, сада је неупоредиво уже и прецизније одређено, тако да обухвата само покушај да се употребом силе или претњом употребе силе промени Уставом утврђено државно и друштвено уређење СФРЈ или да се свргну највиши органи власти, њихови извршни органи или представници тих органа. На сличан начин је конципирано и дело непријатељске пропаганде из чл. 133, које сада у свом основном облику обухвата позивање или подстицање на насилну промену државног и друштвеног уређења СФРЈ или свргавање највиших органа власти, њихових извршних органа или представника тих органа, а то се чини у намери угрожавања Уставом утврђеног државног и друштвеног уређења или безбедности СФРЈ. Уз ово прецизирање, најзначајнија измена код овог дела је изостављање оног облика који се састојао у „злонамерном и неистинитом приказивању друштвено-политичких прилика у земљи". Та инкриминација је најчешће критикована и за њу су се везивале тврдње да у југословенском кривичном законодавству постоји „деликт мишљења". Објективности ради треба указати да је наша кривичноправна теорија била углавном критички опредељена према овом деликту, али је требало да прође доста времена и да се значајно промени политичка клима у нашем друштву па да се предложи брисање овог облика непријатељске пропаганде.

Значајне допуне учињене су и код кривичних дела која обухватају одавање тајне. Тако, код шпијунаже (члан 128) одређује се формално-материјални појам војне, економске или службене тајне и он обухвата у алтернацији две групе података: оне који су законом, другим прописом или одлуком надлежног органа донесени на основу закона проглашени тајном, и податке који нису изричито проглашени тајним а доступни су само одређеном кругу лица, а имају се сматрати тајним јер би њихово одавање довело до тешких штетних последица за безбедност и одбрану земље, или економски интерес земље. Код одавања државне тајне (члан 129) прихваћен је формални појам тајне (одређености законом, другим прописом или одлуком надлежног органа донесеним на основу закона) али уз услов да је одавање таквих података имало или је могло да има штетне последице за политичке, економске или војне интересе земље. На сличан начин појам тајне одређен је и код одавања службене тајне (члан 183) и одавања војне тајне (члан 224).

Како се код одређеног броја кривичних дела употребљавају изрази „највиши државни органи, њихови извршни органи и представници тих органа", требало је на неки начин одредити њихово кривичноправно значење. На посебан начин то је учињено кроз измене и допуне кривичног дела убиства из непријатељских побуда према СФРЈ (члана 122). Под називом „убиство представника највиших државних органа" ово дело сада обухвата лишавање живота: председника или члана Председништва СФРЈ; председника или члана Председништва републике или аутономне покрајине; председника Скупштине СФРЈ или председника Скупштине републике или аутономне покрајине; председника извршних већа тих скупштина. На овај начин одређен је и појам највиших органа власти и њихових извршних органа. За постојање овог дела тражи се и намера угрожавања Уставом утврђеног државног и друштвеног уређења или безбедности СФРЈ. У вези с овим предлогом изражени су приговори да је на овај начин доста сужен појам тзв. политичког атентата и да би овим делом требало обухватити високе војне функционере, носиоце високих правосудних функција, дипломатске представнике СФРЈ, истакнуте друштвене и научне личности, под условом да се убиство врши у наведеној намери. Приговор није неоснован, али је тешко поставити границу раздвајања између представника највиших државних органа и осталих лица, а широким постављањем заштитног објекта код овог дела остали би практично на садашњем решењу по коме објект заштите може бити свако лице које се лишава живота из политичких побуда.

Отклоњена је и једна апсурдна и крајње нехумана ситуација код кривичног дела пружања помоћи учиниоцу после извршеног кривичног дела (члан 137). Наиме, за све друге случајеве, осим кривичних дела против основа СФРЈ, закон предвиђа искључење кажњивости ако помоћ учиниоцу дела пружају лица која се са њим налазе у одређеном сродству или односу. Сада се та могућност проширује и на ова дела, тако да се неће казнити за пружање помоћи лице коме је учинилац дела против основа државног и друштвеног уређења СФРЈ и њене безбедности, брачни друг, сродник по крви у првој линији, брат или сестра, усвојилац или усвојеник, њихови брачни другови или лица са којима живе у трајној ванбрачној заједници.

Ђ) Мада формално није обухваћено у групи кривичних дела против основа СФРЈ, кривично дело повреде угледа СФРЈ (члан 157) увек се сматрало политичким деликтом, јер за заштитни објект има државу СФРЈ, њене симболе и њене највише органе. И код овог дела предлаже се неколико значајних допуна. Ранији израз „највиши органи" замењен је таксативним навођењем тих органа (Председништво СФРЈ, Скупштина СФРЈ, Савезно извршно веће) и њихових највиших представника (Председник и чланови Председништва СФРЈ, Председник Скупштине СФРЈ и Председник Савезног извршног већа). Тиме је отклоњена дилема да ли је овим делом обухваћена и заштита личности Јосипа Броза, јер према наведеним лицима дело се може извршити само кад се излажу поруди у вези са вршењем њихове функције. Даље, излагање поруди треба да се врши „јавно", чиме се искључује постојање овог дела у случају погрдног изражавања у неком разговору између два лица или у затвореном кругу, што до сада није био случај.

Најзад, како је реч о посебном облику увреде или клевете, сада се и код овог дела предлаже увођење посебног основа искључења кажњивости, предвиђеног републичким законодавством за увреду и клевету. За излагање поруди највиших органа СФРЈ, или њихових представника не кажњава се учинилац који се о њима увредљиво изрази; у научном, књижевном или уметничком делу; у озбиљној критици; у извршавању службене дужности, новинарског позива, политичке, самоуправне и друге друштвене делатности; у одбрани неког права или у заштити оправданих интереса, ако се из начина изражавања или из других околности види да то није учињено у намери омаловажавања, или ако докаже истинитост свог тврђења или да је имао основаног разлога да поверује у истинитост онога што је износио или проносио.

е) Најзад, изменама које се предлажу код члана 139. КЗ СФРЈ (кажњавање за најтеже облике кривичних дела против основа СФРЈ) смањио би се број случајева за које се може изрећи смртна казна, а код неких других кривичних дела знатно би се смањили оквири прописаних казни.

3. Предстојеће измене Кривичног закона СФРЈ искоришћене су и за његово комплетирање неким међународним кривичним делима. Наиме, наша земља није у потпуности реализовала своје обавезе из ратификованих међународних конвенција у области кривичног права, а неке од постојећих инкриминација нису биле усаглашене с изменама појединих конвенција. Стога се у том погледу предвиђају допуне код ратних злочина против цивилног становништва, против рањеника и болесника и против ратних заробљеника (члан 142—144), затим код противправног убијања и рањавања непријатеља (члан 146), уништавања културних и историјских споменика (члан 151) и заснивања ропског односа и превоза лица у ропском односу (члан 155). Предлажу се следеће нове инкриминације: неоправдано одлагање репатријације ратних заробљеника (члан 150а), међународни тероризам (члан 155а), угрожавање лица под међународном заштитом (члан 155б), одузимање талаца (члан 155в), неовлашћено прибављање и располагање нуклеарним материјама (члан 247а), угрожавање безбедности нуклеарним материјама (члан 247б), уношење опасних материја у СФРЈ (члан 248а) и приказивање порнографског материјала (члан 252).

4. Кривична дела против привреде и јединства југословенског тржишта (чл. 161—172), нису значајније обухваћена предложеним изменама и допунама, из чега се никако не би смео извући закључак да за то не постоје потребе. Више је у питању оцена да темељној ревизији ове групе деликата треба прићи касније, када се искристалишу и правно прецизније уобличе неки нови облици привредног организовања и пословања, нови облици својине са новим субјектима и др. Уз неке парцијалне измене код дела фалсификовања знакова за вредност (члан 169) и прављења, набављања или отуђивања средстава за фалсификовање (члан 170), значајне садржајне измене предлажу се код два кривична дела: трговине златним новцем, страном валутом и девизама (члан 167) и издавање чека без покрића (члан 172). Прво дело сада обухвата противправну куповину, продају или размену златног новца, стране валуте, девиза или злата, док би се убудуће састојало само у противправном „бављењу трговином златним новцем или зла-

том" у вредности преко 5.000 динара. Дакле, декриминисана је трговина страном валутом и девизама, што би се убудуће могло кажњавати само као прекршај. За постојање дела сада се тражи „бављење" овим обликом недозвољене трговине, што претпоставља њено вишеструко вршење. Предлаже се измена садашње концепције кривичног дела издавања чека без покрића, за чије је постојање сада довољно да се изда или стави у промет чек за који се зна да нема покрића, с тим што настају тежи облици ако је на тај начин прибављена себи или другом противправна имовинска корист. У новој верзији то би био посебан облик преваре и дело би постојало кад се у намери да се себи или другом прибави противправна имовинска корист, изда или стави у промет чек за који се зна да нема покрића, па се тиме и прибави корист у износу преко 15.000 динара; тежи облик дела постојао би ако је прибављена противправна имовинска корист преко 50.000 динара.

5. Аналогна је ситуација и код кривичних дела против службене дужности (чл. 174—200), код којих реално и не постоје веће потребе за дубљим изменама и допунама. Вреди, међутим, указати на неколико нових решења која се предлажу. Тако, за постојање основног облика кривичног дела злоупотребе службеног положаја (члан 174) више није довољна само намера да се искоришћавањем службеног положаја или овлашћења, прекорачењем граница службеног овлашћења или неизвршењем службене дужности, прибави себи или другом каква корист или да се другоме нанесе штета, већ је потребно да је таква намера и остварена, а од висине остварене користи зависи о коме се тежем облику овог дела ради. Од посебног је значаја предлог за укидање кривичног дела пљачке у служби (члан 177). Реч је о конструкцији која је супротна начелу легалитета у одређивању бића кривичног дела, а основни циљ јој је био да се изигравањем правила о изрицању казне за стицај кривичних дела омогући изрицање тешке казне, па и оне од 20 година. Уместо пљачке увели би се квалификовани облици код оних дела из којих је она могла настати. У ову групу се уноси и једно ново кривично дело — неовлашћено фотографисање (члан 195а), чиме се само попуњава досадашња празнина у закону.

6. После кривичних дела против основа СФРЈ, највећи број измена и допуна предлаже се код кривичних дела против оружаних снага. Оне се односе на више од двадесет дела и у садржајном смислу најчешће значе прецизирање појединих обележја, прописивање блажих казнених оквира и смањивање могуће примене смртне казне. У веома ограниченом броју случајева предвиђа се декриминација. Заједничка карактеристика свих предложених измена и допуна је да се и код ове групе кривичних дела јаче афирмише начело легалитета и да се отклони непотребна строгост прописаних казни, нарочито код оних дела која се врше у мирнодопским условима.

7. Најзад, вреди поменути још једну предложену измену због њене специфичности. Наиме, сви предлози за измене казнених оквира су у смислу њиховог ублажавања. Изузетак је учињен само код кривичног дела неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога. Уместо садашње казне затвора од 6 месеци до 5 година, пропи-

сане за основни облик овог дела, предлаже се казна затвора од једне до десет година, а код тежег облика уместо затвора од једне до десет година, затвор од три до петнаест година. У складу с одговарајућом међународном конвенцијом, ово дело се допуњује још једним обликом — неовлашћено прављење, набављање, поседовање или давање на употребу материјала или супстанција за које се зна да су намењени за производњу опојних дрога.

8. Из овог веома сумарног осврта сигурно се не може добити права слика о обиму и дубини предложених измена и допуна Кривичног закона СФРЈ. У 93 члана Предлога закона обухваћено је готово 200 облика инкриминација, са решењима која се крећу од стилских дотеривања и редакцијских прецизирања, па до промена основних концепција појединих делова. У таквој ситуацији настојао сам да у границама расположивог обима овога рада укажем само на оне измене и допуне које су ми изгледале начелног карактера или су од већег криминално-политичког значаја. Остаје још једно питање о коме се свакако мора водити рачуна. Већ је било речи да у концепцији подељене законодавне надлежности озбиљна и систематична реформа југословенског кривичног законодавства претпоставља одређени степен координације између федерације и социјалистичких република. Федерација има право да одлучује о изменама и допунама закона из своје уставне надлежности. Али, несумњиво је да се промене у Кривичном закону СФРЈ, па и оне које се односе само на Посебни део нужно рефлектују на републичко кривично законодавство. Скоро је незамисливо да се у Савезном закону не примењује институт особито тешког случаја, а да он и даље егзистира у републичким законима, или да се за дела из Кривичног закона СФРЈ не може изрицати конфискација имовине, односно казна затвора од 20 година, а да такве могућности постоје у кривичним законима република. Још би већи апсурд био да се промене код кривичних дела против службене дужности у КЗ СФРЈ не спроведу код ове групе кривичних дела у републичким законима, јер је реч о идентичним деликтима, а разлика је само у томе да ли је извршилац службено лице које ради у савезним или другим органима и установама. Стога се, после усвајања Закона о изменама и допунама КЗ СФРЈ мора приступити одговарајућим променама у кривичним законима република, што претпоставља један разуман vacatio legis и истовремено ступање на снагу свих ових закона.

(Примљено 4. 05. 1990)

Ljubiša Lazarević,
Professor of the Law School of Belgrade

NECESSITY AND POSSIBILITY OF REFORM OF YUGOSLAV CRIMINAL LEGISLATION

Summary

The author deals with necessity and possibility of a fundamental reform of Yugoslav criminal legislation. Being of opinion that there is a social need for such a reform, as well as a unanimous tendency towards it in theory and practice, the author focuses the critical analysis of the actual criminal legislation on the basic principles of Criminal law: the legality principle, legitimity of criminal repression, equality of citizens before criminal justice and criminal responsibility.

So far as the legality principle is concerned, definitions of certain offences should be revised and make more precise than they are, as well as relations of the general provisons of the Penal Code to its special parts and some statutes providing punishments for certain offences.

The Legitimity of criminal repression should be carried on by reducing the zone of criminal behaviour, abolishing certain offences and redressing statutes on crimes into those of economic misdeaminours or violations, but also by maintaining certain punishments, such as capital punishment or confiscation of property or twenty years of prison.

The equality of citizens in criminal justice is treated in connection with the concept of separation of legislating competences in Criminal law, but critisizing the constitutional provisions on that subject, while the criminal responsibility is treated by making comments on some of the general provisions of the Penal Code.

In the second part of the article the author analyzes the Penal Code Reform Bill of the SFR Yugoslavia, which is soon to be discussed in the Federal Assembly.

Key words: *Penal Law. — Criminal responsibilty. — Criminal sanctions. — Legality principle. — Equality of citizens in criminal justice.*

Ljubiša Lazarević,
professeur à la Faculté de Droit de Belgrade

LES BESOINS ET LES POSSIBILITÉS DE L'ÉDIFICATION FUTURE DE LA LÉGISLATION PÉNALE YOUGOSLAVE

Résumé

L'auteur examine dans son article les nécessités et les possibilités de procéder à une réforme radicale de la législation pénale yougoslave. Constatant que la nécessité sociale d'une telle réforme et un accord dans la théorie et dans la pratique existent, l'auteur souligne que l'analyse critique du système normatif existant en cette matière devrait être opérée à travers la vérification de la réalisation des principes fondamentaux du droit pénal — la légalité, la légitimité de la contrainte pénale, l'égalité des citoyens face à la loi et la responsabilité pénale subjective. En ce qui concerne le principe de légalité, il faudrait réexaminer les solutions légales concernant la précision de la définition des caractéristiques de certains délits et le degré de concordance entre les dispositions de la

partie générale et de la partie spéciale d'une part et des cadres légaux pénaux prescrits de l'autre. Le principe de la légitimité de la contrainte pénale et juridique devrait être vérifié tout particulièrement à travers l'examen de la possibilité de restreindre la zone criminelle en supprimant certaines incriminations ou en les transférant dans la zone des infractions et contraventions économiques et aussi à travers l'exament de la justification de maintenir certaines peines (la peine de mort, la confiscation des biens, le peine d'emprisonnement de vingt ans). La question de l'égalité en droits des citoyens devant la loi a été examinée dans le contexte du concept admis de la compétence législative divisée dans ce domaine juridique; l'auteur a analysé de manière critique la solution contenue dans la Constitution; le principe de la responsabilité subjective est débattu à partir de certaines solutions contenues dans la partie générale.

Dans la deuxième partie de son travail, l'auteur procède à une analyse critique du Projet de Loi sur les changements et les amendements à la Loi pénale de Yougoslavie, que l'Assemblée de Yougoslavie doit adopter prochainement.

Mots clé: *Droit pénal. — Responsabilité pénale. — Principe de la légalité. — Principe de l'égalité des citoyens devant la loi.*

UDK—347.761

Изворни научни рад

др Алајдин Алишани,
редовни професор Правног факултета у Приштини

КРИВИЦА — УСЛОВ ЗА РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ НЕИЗВРШЕЊА

Кривица је релевантна чињеница у материји раскида уговора због неизвршења. Наиме, када дође до повреде уговора, постојање, односно непостојање кривице, има утицаја на примену појединих правила и остварење појединих права. Значај и степен утицаја кривице није једнак за остваривање сваког од тих права. Штавише, у неким случајевима може се десити да кривице нема, али да ипак постоји повреда уговора, која даје могућност уговору верној страни да оствари одређена права.

До скривљеног понашања у овом домену долази из разних разлога, у разним ситуацијама. Оно се зато испољава на различите начине. Некада се ради о обичној, простој кривици, некада о неуредном понашању. Уговорна страна је некада крива због сазнања о одређеној околности, некада због непредузимања одређене радње. Кривица се може састојати у непоштовању стандарда понашања, у искоришћавању привилегованог или монополског положаја, у несавесности, нестручности или незнању уговорне стране, у злоупотреби права итд.

Свако изучавање феномена кривице је од користи. У овој материји је, чини се, најкорисније пажљиво и детаљно поставити ствари око овог услова. Тада је могуће тачно одредити меру, место, значај кривице у овом домену. Студије у овом правцу биле би од користи уговорном праву у целини, а посебно оном делу који се бави раскидом уговора због неизвршења.

Кључне речи: *Уговор. — Неизвршење. — Кривица. — Раскид.*

I

Кривица је у уговорном праву релевантна чињеница у оним случајевима када долази до повреде уговорне обавезе. Ово кажемо зато што тај субјективни услов својим постојањем изазива, односно може да изазове одређене правне последице неверној страни уговора. Разуме се да до последица долази ако се испуне и одређени други услови за повреду уговорне обавезе. С друге стране, уговору верна стра-

на због неуредног извршења или неизвршења уговора може да остварује одређена права. При томе степен ангажованости кривице као услова за остваривање појединих права није исти, нити је исти ако је у питању повреда уговора у случајевима неуредног извршења, односно потпуног неизвршења. То је и нормално, јер су у питању два различита степена повреде уговорне обавезе. Некада се догађа да кривице нема, али до повреде уговора ипак долази, при чему се не мисли на случајеве када се уговорна страна може ослободити уговорне одговорности. Иако кривица не постоји, то не значи да дужник неће одговарати за такву повреду своје обавезе.

О кривици, као и о схватању кривице, као значајној околности у овом домену постоје различити ставови. Полази се од става о постојању кривице, али и од њеног неспоминьања, па до претпостављања, или прећутног признавања постојања и назирања скривљеног понашања у бићу повреде уговора. Када се узме у обзир ово као и друге околности и чињенице које се могу навести у вези с овим условом, може се приметити да се о овој хиљадугодишњој правној институцији у овом домену дискутује мало, периферно и неиздиференцирано. То важи, додуше, са мањом дозом тачности и за савремену доктрину како код нас тако и у упоредном праву. С друге стране, чини нам се да су продубљена разматрања о овој субјективној чињеници у овом домену од необичног интереса. Навешћемо неколико разлога: да се мало ближе одреди место кривице у овом домену; да се разграничи место овог услова код појединих повреда уговорне обавезе; да се одреди тачније када се сматра да постоји кривица, односно скривљено понашање; да се одреди када и код којих права се захтева постојање кривице у остваривању појединих права; да се брижљивије одреди тенденција савременог и нашег и упоредног права о објективизацији овог услова; да се тачније истражи какво значење има став да се у одређеним случајевима не захтева постојање кривице у остваривању одређених права због повреде уговора. Ове и друге релевантне околности ућистину ваља брижљиво анализирати узимајући у обзир законске одредбе, ставове доктрине и судске праксе и код нас и у упоредном праву.

Овакав прилаз даје могућност да се поузданије утврди да ли можемо у овом домену да се лишимо свих услуга ове правне и моралне категорије, па чак и у оним случајевима када се каже да ако једна уговорна страна не изврши уговор друга страна може остварити одређена права. Када се овако каже, као, на пример, у чл. 124. ЗОО, онда се може рећи да се кривица не тражи, али да кривица ипак постоји јер је уговорна обавеза повређена. Овим се не тврди да до повреде неће доћи и у неким случајевима када не постоји кривица једне уговорне стране. Догађа се, ван случајева када дужник може да се ослободи своје уговорне обавезе, да уговорна страна не изврши уговор и поред најбоље воље да то учини. То иде у прилог оним тврђењима да кривица није услов у овом домену, али стоји и чињеница да дужник блаже одговара у овом случају. Наиме, уговору верна страна самим фактом неизвршења уз друге услове може да оствари нека од својих права због повреде уговора.

II

Око овог услова раскида уговора због неизвршења не постоји јединствено становиште. Тачније, постоји неколико становишта. По једном мишљењу, кривица није услов за раскид уговора због неизвршења и због неуредног извршења (1). По другом становишту, кривица је услов за остваривање раскида уговора због неизвршења, као и неких других права због повреде уговора, а од значаја је и у погледу последица након раскида уговора (2). Треће становиште заступа мешовит став. Мешовитост се састоји у томе што се кривица не узима у обзир, већ се ствари решавају фактом неизвршења и преосталим условима. Али, ако кривица постоји, онда се узима у обзир за остваривање накнаде штете због повреде уговора (3). Трећем становишту припадају и ставови да се кривица узима у обзир у неким случајевима за остваривање раскида, за остваривање накнаде штете, код доцње у извршењу обавезе. Овакви ставови о овом услову су евидентни како у доктрини, тако и у законодавству и судској пракси.

Зато нам се чини да је и од теоријског и практичног интереса анализа ових ставова јер ће се прегледније и аргументованије поставити ствари које се иницирају у овом домену. С друге стране, то ће нам омогућити да дођемо до уверљивих закључака о овој правној и културној тековини.

Оне који сматрају да кривица није услов за раскид уговора због неизвршења чини се да је могуће поделити у две групе. Једна група је она која уопште не наводи кривицу као услов, нити, пак, каже ма и једну реч о њој у овом домену (4). Другој групи припадају они који наводе одређене аргументе зашто кривицу не сматрају условом, како уопште, тако и код појединих питања — остваривања извршења уговора, раскида уговора, накнаде штете, повраћаја ствари и накнаде користи од ствари — која настају као последица раскида уговора због неизвршења (5). Негативан став о овом услову поткрепљује се аргументима који нису безначајни. На општем плану се истиче да штетне последице настају уговору верној страни ако друга страна не испуни уговор независно од тога да ли је друга уговорна страна крива или не. Уговору верну страну интересује испуњење уговора и сасвим јој је свеједно због којих разлога неверна страна није извршила уговор или га је неуредно извршила и да ли је за то крива или није (6). Поверилац има исти интерес за раскид уговора и кад су у питању неизвршења и неуредно извршење, како у случа-

(1) Слободан Сворцан, *Значај кривице дужника при неиспуњењу или неуредном испуњењу обавезе у регулисању раскида уговора због неизвршења*, НЗ бр. 5, Загреб, 1988, стр. 576—577; Јаков Радишић, *Облигационо право*, Ниш, 1972, стр. 133—135.

(2) Алајдин Алишани, *Раскид уговора због неизвршења*, 1982. стр. 55—59; Алајдин Алишани, *Zgjidhja e kontrates per mosekzekutim*, E drejta nr. 3—4, Prishtine, 1985, fq. 263—264; *Коментар ЗОО I* Београд, 1980, стр. 338; Борис Визнер, *Коментар ЗОО I* Загреб, 1978, стр. 511—512. Живомир Борђевић — Владан Станковић, *Облигационо право*, Београд, 1986, стр. 297—298.

(3) Живомир Борђевић — Владан Станковић, *Исто*, стр. 298; Алајдин Алишани, *Раскид уговора због неизвршења*, реф. сав. „Десет година ЗОО" СУПС Београд, 1988, стр. 336—337; *Коментар ЗОО I* Београд, 1980, стр. 338; ПВПС гж. 2074/72 ЗСО, књ., 1, св. 3, Београд, 1973, бр. 457, стр. 307.

(4) *Коментар ЗОО I* Крагујевац, 1980, стр. 403—426; Јаков Радишић, *Исто*, стр. 133—135; Вилим Винтер, *Тумач трговачком законику*, Осијек, 1912, стр. 448.

(5) Слободан Сворцан, *Исто*, стр. 578—579.

(6) Слободан Сворцан, *Исто*, стр. 578—579.

ју скривљене повреде уговорне обавезе тако и у случају нескривљене, иако права уговору верне стране нису иста у оба ова случаја (7). Уколико се ствар поставља са становишта извршења уговора, истиче се да страна верна уговору може да захтева извршење уговора када друга страна не испуњава своје обавезе. За ово прво нису потребни никакви посебни услови јер оно извире из саме природе уговора. Такође, нема никаквог утицаја постојање или непостојање кривице друге стране. Ово право се признаје уговору верној страни без обзира што друга страна није испунила уговор. Уговорне стране су дужне да испуне уговор онако како он гласи (8).

О постојању кривице као услова за остваривање раскида уговора због неизвршења има много неслагања. Наводе се чињенице и за и против. Тако, нпр. конкретно се каже: „По нашем мишљењу, постојање кривице дужника за неиспуњење својих обавеза из уговора не може бити услов за стицање права на раскид уговора због неиспуњења на страни повериоца". Додаје се да извесна ограничења треба поставити при стицању тог права, али то никако не може бити и постојање кривице дужника, јер право на раскид не може ни у чему зависити од разлога због којих друга страна није испунила уговор (9). У прилог овом ставу наводе се бројни разлози. Један од њих је околност да се уговор закључује да би уговорници подмирили своје потребе. Зато, ако једна страна не испуни или неуредно испуни уговор, онда друга страна не може да подмири своје потребе, осујећено је остварење њених уговорних интереса, па тиме и остварење циља уговора (10). Разлози због којих једна страна није испунила уговор пре свега су ствар те уговорне стране, а тичу се уговору верне стране када се ради о стицању права на накнаду штете због неиспуњења или неуредног испуњења. Условљавање уговору верној страни права на раскид уговора кривицом друге стране сматра се неправичним, јер неиспуњењем обавезе једне стране махом је повређен принцип правичности, принцип савесности, принцип корисности уговора на штету друге стране независно од тога који су разлози за неиспуњење (11). Али, такође се наводи да ако право на раскид уговора не треба условљавати кривицом једне стране, то не значи да треба дозволити остварење раскида без икаквих ограничења. Постоје други услови за остварење овог права.

Међутим, кривица може имати значаја за остваривање права на раскид уговора због неизвршења у случају умишљаја једне стране. Полазећи од правила »nemo auditur propriam turpitudinem allegans« наводи се да не може тражити раскид уговора због неиспуњења уговорна страна која повреди уговорну обавезу намерно или грубом непажњом. Иначе би се вређало начело поштења и савесности (12).

Када је у питању остваривање права на накнаду штете због неиспуњења или неуредног испуњења, такође је потребно да се испуне одређени услови. Један од услова је и постојање кривице друге стране. Дакле, због неиспуњења или неуредног испуњења, уговору

(7) Слободан Сворцан, *Исто*, стр. 578—579, 579—580.
(8) Слободан Сворцан *Исто*, стр. 580—584.
(9) Слободан Сворцан, *Исто*, стр. 580—584.
(10) Слободан Сворцан, *Исто*, стр. 580—584.
(11) Слободан Сворцан, *Исто*, стр. 580—584.
(12) Слободан Сворцан, *Исто*, стр. 584—585.

верна страна може да захтева накнаду штете, али друга уговорна страна треба да је крива за повреду уговора. Каже се да ово произлази из карактера права на накнаду штете, јер је оно санкција за повреду уговорне обавезе. Разуме се да се кривица дужника претпоставља. Додуше, страну верну уговору погађају исте правне последице и због скривљеног и због нескривљеног неиспуњења (13).

Код повраћаја датог и накнаде користи стечених од датог, као последица раскида уговора истиче се да свака страна треба да врати оно што је примила, без обзира да ли је друга страна крива или не за раскид. У том смислу се и каже да постојање кривице нема никаквог утицаја на стицање тог права (14). До повраћаја долази јер је раскидом уговора отпао основ задржавања датог. Ваља истаћи да је реализација овог права код уговора са трајним престацијама врло сложена због временског трајања уговорног односа, као и због међусобних односа примењених на име престације.

Могло би се рећи да су наведене врло значајне чињенице о кривици као услову за стицање различитих права у домену раскида уговора због неизвршења. Аргументи изнесени у прилог изложеном ставу озбиљни су. Али, нама се чини да има мало претеривања, јер се готово предлаже да се лишимо свих прерогатива кривице у овом домену. Чини нам се да у оним случајевима када постоји кривица, дакле, ван случајева када дужник може да се ослободи одговорности, онда је треба и респектовати. Ако у неком случају нема кривице, али постоје други услови за раскид, онда се нећемо позивати на кривицу, него ћемо се ослонити на остале услове и омогућити да уговору верна страна оствари одређена права по том основу, као и у случају када је дужник у доцњи. Тако ћемо бити ближе истинитим, реалним односима у уговорном праву.

Друга група научних радника који не сматрају кривицу условом за раскид уговора због неизвршења, мање дискутују или уопште не дискутују о кривици као услову у овом домену. Једноставно се ово значајно питање или прескаче, или се само констатује да кривица није услов. Овакву ситуацију имамо и у нашој и у упоредној правној доктрини (15). Наш ЗОО у чл. 124—132. не захтева постојање кривице као услова за остваривање појединих права због повреде уговора. Али, треба истаћи да се одредба члана 124. ЗОО ни не противи томе да некада долази до повреде уговора кривицом једне стране. У нашој судској пракси има случајева када овај услов није узет у обзир. Тако се у једној ПВСК пре доношења ЗОО овај суд и изјаснио. Наиме, ради се о уговору који је закључен између тужиоца и туженог о превозу рудаче. Уговором, који је закључен 30. априла 1968. године, тужени се обавезао тужиоцу да превози рудачу уз одређену накнаду. При закључењу уговора тужилац је туженом дао аванс у износу од 10.000 динара. Тужени је превезао мању количину рудаче него што је уговорено. Он је обавио посао у вредности од 3.907 дин.

(13) Слободан Сворцан, *Исто*, стр. 584—585.

(14) Слободан Сворцан, *Исто*, стр. 585.

(15) *Коментар ЗОО I* Крагујевац, 1980, стр. 404—424; др Јаков Радишић, *Исто*, стр. 133—135; др Богдан Лоза, *Облигационо право II*, Сарајево, 1970, стр. 33—34, Léontin Jean Constantinesco, *La résolution des contracts synallagmatiques en droit allemend*, Thèse Paris, 1940, str. 142 . . . «*Des auters conditions necessaire pour l'exersice de la résolution*».

Пошто уговор није у целости извршен, тужилац је поднео тужбу за исплату 6.092 динара. Овај захтев је у целини усвојен, па је суд обавезао туженог да плати износ од 6.092 динара са 12% камате, као и парничне трошкове у износу од 232,76 динара. У образложењу пресуде ВС Косова поред осталог се наводи да је дошло до неизвршења уговора о превозу рудаче. Зато страна која је примила аванс нема право да примљени износ задржи и то без обзира чијом кривицом није дошло до извршења уговора. Ова околност је сасвим без значаја за решење спора у коме се не ради о тужбеном захтеву тужиоца за извршење уговора, већ о његовом захтеву да тужени врати износ изнад вредности обављених превозничких услуга. Стога, када није било спора да је тужени унапред примио износ од 10.000 динара од тужиоца, а да је обавио превоз у вредности од 3.907 динара, онда је предузеће — тужилац основано поставило захтев за враћање износа који не одговара вредности обављених превозничких услуга. Зато је првостепени суд правилно применио право када је туженог обавезао да тужиоцу врати утужени износ (16).

Према неким ставовима у доктрини и судској пракси и код нас и у упоредном праву, кривица је услов за раскид уговора због неизвршења, па и шире где се ово питање поставља. Наш ЗОО у чл. 124—132. не спомиње кривицу као услов, али у посебном делу код појединих случајева он се позива на кривицу. Чини нам се да је правилно поступио наш законодавац када се у одредбама ЗОО код појединих уговора о промету робе и услуга није лишио у свему услуга кривице у овом домену. И то како у остваривању права на раскид уговора тако и у остваривању права на накнаду штете. Могло би се рећи да се кривица узима у обзир када је једна уговорна страна у доцњи с извршењем уговора (17). Зато нам се чини да је од значаја да се презентирају ови ставови по којима кривица, као субјективни услов, има значаја у овој материји. Презентирање ће се ослањати и на доктрину и на судску праксу, и на законодавство, како код нас тако и у упоредном праву.

У нашој правној доктрини наводи се кривица као услов у разним ситуацијама, у различитим случајевима, презентира се на разне начине покушавајући да се одреде њене контуре. Тенденција је да се са једним јасним приступом и конкретним прилазом ближе одреди скривљено понашање у овом домену. Брижљивим анализама ових доктринарних ставова и мишљења, долази се до закључка да сви спомињу кривицу. Неки је истичу и наводе као услов, а негде се каже да у једном, односно другом случају не постоји кривица, итд. Тако се наводи да се неизвршење уговором преузете обавезе може приписати кривици уговором обавезане стране (18). Да би се, дакле, могло говорити о раскиду, односно захтевати раскид уговора због неизвршења, потребно је установити скривљено неизвршење уговора. То ће бити у случајевима када страна не испуни своју доспелу обавезу, а при томе није била спречена неком околношћу која је ослобађа одговорности. Скривљено неизвршење може се установити и из чињени-

(16) ПВСК гж. 96/73 од 31. V 1973. Приштина а/а.

(17) Алајдин Алишани, *Исто*, стр. 263—264, 336—337, реф. сав. „Десет година ЗОО", СУПС Београд, 1988.

(18) Борис Визнер, *Грађанско право у теорији и пракси*, III Ријека, 1969, стр. 643—645.

це одбијања извршења, које може бити учињено изричито или прећутно (19), или из чињенице да један од уговарача злонамерно избегава извршење уговора, или не изврши уговор на време (20). Каже се да се тражи кривица дужника за неиспуњење обавезе. Она постоји не само кад он злонамерно не испуни своју обавезу, већ и у сваком другом случају кад не предузима оно што у датој ситуацији налажу околности да би испунио своју обавезу. Даље се наводи да полазећи од горе наведеног критеријума, судска пракса код нас узима да је овај услов испуњен кад дужник одбија да испуни своју обавезу изричито или прећутно, или кад неоправдано тврди да је своју обавезу испунио, или кад без разлога пропушта да благовремено обави одређене операције у циљу испуњења обавезе, или кад истовремено закључује друге послове који га онемогућавају у испуњењу обавезе (21). Јасно је да дужник злонамерно избегава да испуни уговор у конкретном случају ако се крије, или кад његовом кривицом накнадно наступи могућност испуњења уговора (22). Дискутујући конкретно о овом услову код уговора о доживотном издржавању, у ранијој доктрини се истиче да се раскид уговора о доживотном издржавању у смислу члана 125, ст. 3. ЗН може захтевати како због тога што је до неизвршења преузетих обавеза дошло услед кривице сауговорника, тако и због објективно постојећих разлога који су довели до немогућности извршења. Иначе, кривица постоји када један контрахенд (примадац издржавања) безразложно спречава другог (даваоца издржавања) у намераваном извршењу уговором преузете обавезе (23).

О овом случају се дискутује и у упоредноправној доктрини. У челу се истиче да неизвршење мора да повлачи одговорност дужника, што је и нормално. С тим што је поверилац дужан да докаже необазривост или немарност дужника код неизвршења. Ваља истаћи да судска пракса у Француској одбија да прихвати (призна) кривицу као услов. Зато се каже да несавесност, односно долозно понашање, није нужно да би дошло до раскида уговора. Али, ипак, судови узимају у обзир при раскиду уговора савесност, односно несавесност дужника и воде рачуна о моралу странака (24). Овакво резоновање о овом услову постоји и код других француских теоретичара. То кажемо зато што се наводи да неизвршење треба да буде скривљено. Међутим, понавља се да у пракси судова у Француској кривица није услов у овом домену: «Mais la mauvaise, foi du debituer, c'est-a — dire une inéxecution dolosive n'est pas nécessaire pour entraines la résolution du contrat» (25). Француска доктрина такође истиче да се у чл. 1184. СС не ради о случају скривљеног неизвршења уговора, па се не захтева

(19) Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, стр. 502, *Коментар ЗОО I* Београд, 1980, стр. 338.

(20) Богдан Лоза, *Облигационо право II*, Сарајево, 1970, стр. 33—34.

(21) Живомир Борђевић — др Владан Станковић, *Исто*, стр. 297—298; др Љубомир Вукотић, *Раскид уговора због неиспуњења*, реф. сав. „Уговорно одштетно право по ЗОО", ЗР Београд, стр. 147—151.

(22) Борђе Чобељић, *Раскидање уговора према ЗОО*, ПП бр. 9 Београд, 1980, стр. 23—24.

(23) ЗН чл. 125, 3; др Борис Визнер, *Грађанско право у теорији и пракси* II Ријека, 1967, стр. 127; др Борис Визнер — др Владимир Капор — др Славко Царић, *Уговори грађанског и привредног права*, Ријека, 1971, стр. 557.

(24) Henri et Léon — Jean Mazeaud, *Leçon de droit civil, II Les obligations*, Paris, 1962, str. 919—920.

(25) Dr Boris Starck, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 1972, str. 463; dr Alex Weill, *Droit Civil, Les obligations*, Paris, 1971, str. 504.

кривица за остваривање раскида уговора због неизвршења (26). Али то не значи да ако у овом домену постоји кривица једне уговорне стране уз друге услове уговору верна страна неће остварити своје право. У француској доктрини се такође дискутује о добровољном, тј. вољном неизвршењу (inéxecution volontaire). Истиче се да ако дужник одбија извршење обавезе, онда смо, каже се, у класичном домену чл. 1184. CC (si le debituer réfuse d'executer son obligation, nous sommes dans le domaine classique de l'art 1184) (27).

У нашем и у упоредном праву грађански законици и закони о облигационим односима у појединим случајевима изричито наводе кривицу као услов за остваривање одређених права. Другим речима, има случајева када се захтева да овај услов постоји у остваривању неког права. Тако код нас пре рата СГЗ у параграфу 657. предвиђа да ако купац неће уговорену цену да плати из упорности, онда продавац може захтевати цену или уговор покварити. Затим, у ОИЗ у чл. 543. у домену раскида уговора због неизвршења каже се поред осталог „...кад дужник својом кривицом одвлачи извршење уговора..." (28). У нашем послератном праву, у ЗОО има случајева када се код појединих уговора и уговорних односа Закон изричито ослања на кривицу. Додуше, треба истаћи да ЗОО у чл. 124. не спомиње кривицу као услов за остваривање појединих права, али се и не противи изричито овом услову (29). Зато ваља истаћи да некада у овом домену може доћи до повреде уговора кривицом уговорника, а може доћи и када ње нема и то ван случајева када се дужник може ослободити одговорности.

Према чл. 490, ст. 1. ЗОО купац може раскинути уговор и без остављања накнадног рока ако му је продавац после обавештења о недостацима саопштио да неће испунити уговор или из околности конкретног случаја очигледно произлази да продавац неће моћи испунити уговор ни у накнадном року (30). Иако се овде не спомиње кривица изгледа да је она ту, мада се не може искључити могућност да обавештење продавца да неће испунити уговор ни у накнадном року може бити из других разлога, а не из разлога скривљеног понашања са његове стране. Затим у чл. 519, ст. 2. ако купац без „оправданог разлога одбије да преузме ствар чија му је предаја понуђена на уговорен или уобичајен начин и на време, продавац може, ако има основаног разлога да посумња да купац неће исплатити цену — изјавити да раскида уговор". И у овом случају се не наводи кривица, али се из одредбе назире, види, јер се нуди предаја ствари на уговорен или уобичајен начин и на време, а друга страна без основаног разлога одбија да ствар прими. Разуме се да до одбијања пријема ствари не мора увек да дође због кривице купца, већ могу бити у питању и дру-

(26) Gabriell Marty — Pierre Raynaud, *Droit civil IV, les obligations,* Paris, 1962, str. 265—266.

(27) Georges Ripert — Jean Boulanger, *Traité de droit civil,* tome II, Paris, 1957, str. 202.

(28) *Зборник грађанских законика старе Југославије,* Титоград, 1960, СГЗ, параграф 657, ОИЗ чл. 543.

(29) *ЗОО чл. 124:* У двостраним уговорима, кад једна страна не испуни своју обавезу, друга страна може ако није што друго одређено, захтевати испуњење обавеза или под условима предвиђеним у идућим члановима раскинути уговор простом изјавом, ако раскид не наступа по самом закону, а у сваком случају има право на накнаду штете.

(30) ЗОО, чл. 490, 2.

ги разлози. Код остваривања права на накнаду штете када се уговор о продаји раскида, у чл. 523. стоји да „кад је продаја раскинута због повреде уговора од стране једног уговарача, друга страна има право на накнаду штете коју због тога трпи према општим правилима о накнади штете настале повредом уговора". Међутим у чл. 526. се додаје „...поред права на накнаду штете према правилима из претходног члана уговору верна страна има право и на накнаду веће штете уколико ју је претрпела" (31). Сам факт да се уговору верној страни дозвољава остваривање веће штете је доказ о узимању у обзир овог услова.

Код уговора о закупу у чл. 588. ЗОО закуподавац може отказати уговор о закупу ако је закупљена ствар дата у подзакуп без његове дозволе када је ова према закону или према уговору потребна. Ради се о једном нечедном понашању које се може изједначити са кривицом, јер се заснива уговорни однос без дозволе закуподавца.

Код уговора о делу у чл. 608, ст. 1. ЗОО каже се да ако се у току извршења послова покаже да се посленик не држи услова уговора и уопште да не ради како треба, те да ће извршено дело имати недостатке, наручилац може упозорити посленика на то и одредити му примерени рок да свој рад саобрази својим обавезама. Међутим, ако до истека тог рока посленик не поступи по захтеву наручиоца, овај може раскинути уговор и захтевати накнаду штете (став 2) (32). Скривљено понашање посленика се састоји у томе да се не држи услова уговора. Њему се нуди и примерен рок да исправи понашање, саобрази уговору, па ако и у том року не поступи како треба, онда настају одређене последице због скривљеног понашања, што је и нормално.

Код уговора о грађењу у чл. 647, ст. 1. ЗОО за случај кад су за штету одговорни и извођач и пројектант, одговорност сваког од њих се одређује према величини сопствене кривице. Такође, пројектант који је израдио пројект грађевине и коме је поверен надзор над извршењем планираних радова одговара и за недостатке у извршеним радовима настале кривицом извођача ако их је могао опазити нормалним и разумним надгледањем радова, с тим да има право захтевати од извођача одговарајућу накнаду (став 2) (33).

Скривљено понашање може да постоји и код уговора о лиценци где давалац лиценце може отказати уговор о лиценци без отказног рока, ако је подлиценца дата без његове дозволе, када је ова према Закону или према уговору потребна (чл. 706. ЗОО). Затим, код уговора о остави у чл. 724, ст. 3. угоститељ дугује потпуну накнаду ако му је гост предао ствар на чување као и ако је штета настала његовом кривицом или кривицом лица за које одговара.

Има случајева када се висина накнаде повећава зато што је штета проузрокавана намерно. Тако у члану 733. ЗОО стоји да „накнада штете, коју је складиштар дужан платити због пропасти, умањења или оштећења робе за време од њеног пријема до предаје, не може прећи стварну вредност робе, осим ако је штету проузроковао намерно или крајњом непажњом". Дакле, ако је штета проузрокована

(31) ЗОО, чл. 519, 2, 523, 526.
(32) ЗОО, чл. 588, 608, 1, 2.
(33) ЗОО, чл. 647, 1, 2.

намерно или крајњом непажњом, онда се висина накнаде штете може увећати, што је, по нама, и разумљиво. Такође, у остваривању накнаде штете код налога у чл. 760. ЗОО „налогодавац је дужан накнадити налогопримцу штету, коју је овај претрпео без своје кривице у вршењу налога". Исто тако, према чл. 811, став 1. ЗОО, заступник који је услед неоснованог отказа прекинуо своју делатност има право на накнаду штете због изгубљене провизије, али ако је он неосновано отказао уговор, право на накнаду штете припада налогодавцу. И на крају, код уговора о кредиту у чл. 1064, ст. 1. предвиђено је да „ако корисник не плати банци макар један оброк накнаде по доспелости, банка може раскинути уговор по истеку месец дана од дана када је корисника препорученим писмом опоменула на наплату" (34).

У упоредном законодавству има неколико грађанских законика који узимају у обзир кривицу у овом домену. У овом смислу АГЗ има посебну одредбу. Наиме, у параграфу 920. овог законика предвиђа се да „ако се испуњење осујети кривицом обвезаног или услед случаја за који он одговара, онда може друга страна захтевати или накнаду штете због неиспуњења или одустати од уговора". У случају делимичног неиспуњења она може одустати, ако због природе посла или циља дуговане радње који је обвезаном познат, делимично испуњење нема за њу никакав интерес. У следећем § 921. стоји да одустанак од уговора не дира у право на накнаду штете проузроковане скривљеним неиспуњењем. Ако је нешто примљено, вратиће се, или ако то није могуће — даће се одговарајућа накнада, с тим да ниједна страна не извуче какву добит на штету друге стране (35). Овде се заиста захтева да је до осујећења испуњења уговора дошло кривицом једне стране да би друга, уговору верна страна, могла да оствари одређена права. При томе раскид уговора не дира у право на накнаду штете због скривљеног неизвршења уговора.

Кривица се спомиње и у ГЗ РСФСР у чл. 222. Ту се, наиме, предвиђа да лице које није испунило облигацију или је облигацију испунило неуредно, сноси имовинску одговорност само ако постоји његова кривица, зла намера или нехат, осим случајева предвиђених законом или уговором. Као што се може приметити, овде се ствар поставља под условом да постоји кривица. Према чл. 224, ст. 1. истог Законика може се смањити одговорност једног уговорника због постојања кривице, односно неког степена кривице на страни другог уговорника. Тако, ако је неиспуњење или неуредно испуњење облигације настало кривицом обе стране, суд, арбитража или изабрани суд може смањити сразмерно обиму одговорности дужника. Такође суд, арбитража или изабрани суд имају право да смање обим одговорности дужника ако је поверилац злонамерно или нехатно допринео повећању штете причињене неиспуњењем или неуредним испуњењем, или ако није преузео мере за њено смањење. У другом ставу овог члана констатује се да се горње правило аналогно примењује и у другим случајевима када дужник на основу закона или уговора сноси имовинску одговорност за повреду уговора, независно од своје кривице (36). Одредба чл. 224, ст. 1. и 2. налази се и у чл. 37, ст. 1. Закона

(34) ЗОО, чл. 706, 724, 3, 733, 760, 811, 3, 1064, 1.
(35) АГЗ, параграф 920, 921.
(36) ГЗ РСФСР, чл. 222, 224, 1, 2.

о основама грађанског законодавства и грађанског судског поступка Совјетског Савеза и савезних република (37)

Када се анализира судска пракса код нас у овом домену, може се лако видети да не постоји уједначен став о овом услову. Наиме, у пракси има случајева када се изричито наводи кривица у уговорном односу, затим има случајева када се она само назире из одређеног понашања, али и случајева када се не захтева постојање кривице за остваривање одређених права због повреде уговора. Примећује се и тенденција објективизације овог услова. Пошто нам се чини да су изнете констатације интересантне за уговорно право, појединачно ћемо анализирати, конкретизовати сваку од њих кроз случајеве из судске праксе, при чему ће бити речи о још неким стварима о квалификацији чињеница релевантних за кривицу с аспекта права и с аспекта чињеница.

У судској пракси има случајева када се не дозвољава остварење одређеног права страни која је крива за повреду уговора. У том смислу се истиче: „Уговорна страна која је крива што није извршила нити је била спремна извршити своју уговорну обавезу не може тражити раскид уговора (38). Разумљиво, јер се раскид дозвољава уговору верној страни. У ствари ради се о купопродаји једног дела куће по цени од 70.000 динара. Купац је на име капаре дао 20.000 динара, а преостали део цене није платио јер му продавац није омогућио усељење. Уговор је склопљен 27. децембра 1971. године, а усељење је требало да се обави до 1. маја 1972. године. Продавац није испунио уговор, па је зато одговоран. С друге стране, купац није користио део стана. Због тога суд истиче да купац има право да тражи раскид уговора. Међутим, купац се не користи овим правом, него тражи испуњење уговора. Испуњење захтева уknњижбом купљене ствари, с тим да му припада право да преостали део цене исплати неревалоризован, јер није крив за насталу ситуацију. Разуме се да ће преостали део цене платити са каматом која тече од дана доспелости дуга. Ради се, дакле, о једној доброј примени материјалног права од стране суда и то уз поштовање начела „да нико не сме на долозан начин стећи било какве користи", које такође цитира судско веће у једном случају (39). Има и случајева када се једној страни дозвољава да оствари одређено право због кривице друге стране у уговору. У том смислу се каже: „Наручилац радова има право ако је извођач крив за неиспуњење уговора о грађењу, да захтева накнаду штете у висини разлике између цене коју би он морао исплатити извођачу да је уредно испунио уговор и цене исплаћене новом извођачу" (40).

Код продаје купац може да раскине уговор због недостатка ствари. Разуме се због одређених недостатака, а не због сваког недостатка. Али, он неће моћи ово право да оствари ако је крив за оштећење купљене ствари. Ову констатацију потврђује следећи случај из судске праксе где се каже: „Ако је после куповине ствари и преузимања у

(37) ГЗ РСФСР, чл. 224, 1, 2, Закон о основама грађанског законодавства Совјетског Савеза и совјетских република, Београд, ИУП, 1961, чл. 37, 1.

(38) ВСХ рев. 106/86 од 26. X 1986, ПСП бр. 33, Загреб, 1987, бр. 55, стр. 80; ВСХ рев. 106/86 од 28. IX 1986, ПСП бр. 33, Загреб, 1987, бр. 59, стр. 81—82.

(39) ВСХ рев. 106/86 од 28. IX 1986, ПСП бр. 33, Загреб, 1987, бр. 57, стр. 81.

(40) ВС БиХ пж. 397 од 24. III 1988, ППП бр. 10, Београд, 1988, стр. 62—63 (Накнада штете због неиспуњења уговора о грађењу).

посед кривицом купца дошло до оштећења ствари, тада је у смислу чл. 495, ст. 1. ЗОО за купца уследио губитак права да раскине уговор због недостатка, јер више није у могућности да купљену ствар врати у стању у коме ју је примио" (41). Наиме, овде је купац од продавца купио један трактор. Док је трактор био код њега, дошло је до пуцања блока и главе мотора. До пуцања је дошло због замрзавања воде у мотору услед ниских температура. На основу овако утврђеног чињеничног стања ВСХ констатује да су нижестепени судови правилно закључили да је у конкретном случају уследило губљење права на раскид уговора због недостатка ослањајући се на чл. 495, ст. 1. ЗОО, јер купац није био у могућности да купљени трактор врати у оном стању у коме је био у време кад га је преузео у посед. Некада ће се сасвим просто рећи: „Ако кривицом купца не буде испуњен уговор, продавац има право на разлику између уговорене и тржишне цене на дан раскида уговора" (42). Овде продавац, уговору верна страна, због неизвршења и остварује разлику између уговорене цене ствари у моменту закључења и цене те ствари на тржишту у моменту раскида уговора о продаји. Затим: „Комисионар нема право на накнаду штете узроковане даљим курсним разликама, ако својом кривицом није без непотребног одлагања приложио рачун комитенту" (43). Овде се одбија захтев за накнаду штете проузроковане курсним разликама, јер комисионар својом кривицом није приложио рачун комитенту. Код одговорности за штету део одговорности сноси ће и оштећени ако је својом кривицом допринео штети. Тако се и каже код уговора о делу „...наручитељ је и сам делимично скривио своју штету ако је грађење своје куће поверио лицу за чију је нестручност знао или за њу мора знати да је употребио уобичајену пажњу" (44). За случај када се одреди примерен рок, а уговор се не изврши ни у том року, суд се позива на кривицу. Наиме, каже се да ако је поверилац оставио дужнику примерен накнадни рок за испуњење уговора, а испуњење није учињено ни у том року, уговор се раскида по самом закону, кривицом дужника (45). Затим: „Страна која није крива има право на накнаду штете (апстрактне, конкретне и остале) у висини разлике између цене одређене и плаћене по уговору о купопродаји и цене исте ствари (стана изграђеног за тржиште) у време доношења првостепене одлуке" (46).

У уговорном праву догађа се да уговорна страна пада у доцњу. До доцње уговорне стране долази из разних разлога код различитих уговора у промету робе и услуга. У пракси постоји приличан број случајева доцње у извршењу уговора. Тако, код уговора о доживотном издржавању суд каже: „Уколико давалац издржавања дуже време не издржава примаоца издржавања, прималац издржавања има право да тражи раскид уговора о доживотном издржавању, ако му је издр-

(41) ПВП БиХ рев. 466/83 од 20. III 1983, ЗСО књ. 8, св. 4, Београд, 1983, бр. 313, стр. 120—121.

(42) ВПС — сл. 1498/69; Хрвоје Момчиновић, *Уговорна одговорност за штету*, реф. сав. „Одговорност за штету" СУПХ, Загреб, 1988, ЗР, стр. 1021.

(43) ВСП пж. 518/85 од 18. XII 1985, „Информатор", бр. 3364, од 4. VI 1986.

(44) ВСХ гж. 2184/77 од 28. III 1977, ЗСО књ. 4, св. 1, Београд, 1977, бр. 47.

(45) ВСМ рев. 85/84 од 23. I 1984, „Судска пракса", бр. 6, Београд, 1984, стр. 42.

(46) ВСХ рев. 1421/79 од 12. XII 1980; ВС — БиХ пж. 496/81 од 8. XII 1981; ВПСХ пж. 366/82 од 24. III 1982, ПСП бр. 21, Загреб, 1984, стр. 236—237; Младен Жувела, *Раскид уговора због неиспуњења и раскид или измена уговора због промењене околности*, реф. сав. „Примена ЗОО у пракси" СУПХ, Загреб, 1988.

жавање било потребно, без обзира што се неизвршење уговорних обавеза не може приписати у кривицу даваоцу издржавања" (47). Као што се може приметити, кривица се не узима у обзир уколико уговорна обавеза није извршавана дуже времена. Сам факт неизвршења довољан је да се оствари раскид, мада некада уговорник може да буде објективно спречен да изврши уговор и ту би околност требало узимати у обзир. У конкретном случају уговор није извршен јер је давалац издржавања морао на операцију због болести. Али, изгледа да је суд требало да цени да ли је ова страна ипак могла на неки начин да испуни уговорну обавезу, нпр, преко одређених лица. Тако не би дошла у ситуацију да дуже време не испуњава своју обавезу. Начелан је став и код нас и у упоредном праву да када дужник закасни да испуни обавезе поверилац има право да захтева и накнаду штете коју је због тога претрпео. Ово важи када продавац закасни са предајом ствари (48), али, с друге стране, ако је купац у закашњењу са плаћањем цене онда продавац има право да захтева накнаду штете (49). Такође, „закупац који врати закупљену ствар са закашњењем одговара закуподавцу за проузроковану штету" (50). Код банкарских послова банка одговара ако је у испуњењу обавезе из уговора о кредиту са закашњењем кориснику кредита ставила на располагање одређени новчани износ. (51). Понекад у пракси судови добро оцењују да због доцње друга страна треба да оствари одређена права, али греше у погледу ограничења која постоје за остваривање тих права. У том смислу се наводи да околност што је поверилац дао дужнику примерен накнадни рок за испуњење његове обавезе, не значи да се он самим тим определио за то да ће по безуспешном протеку рока раскинути погодбу, већ њему и даље (све до подношења тужбе) стоје на располагању све могућности избора које има поверилац у случају доцње дужника (52). У овом домену постоји ограничење за остваривање било ког права јер се захтева испуњење одређених услова. Правило је да уговорна страна сноси последице доцње јер је у питању повреда уговора због неуредног понашања уговорника. Зато се истиче да „СИЗ која је у доцњи при испуњењу уговора о уступању неизграђеног грађевинског земљишта ради грађења, одговара за штету коју је претрпео стицалац тиме што му је пропао део грађевинског материјала (цемент) због дужег стајања и што је део грађевинског материјала прибавио касније по вишим ценама" (55). Ради се о одлуци СО донетој 11. марта 1975. године којом је уступила СИЗ-у право управљања, прибављања, уређења и уступања на коришћење грађевинског земљишта. Уступање је учињено на основу ЗПП БиХ. На основу овлашћења из овог Закона тужена и тужилац су закључили писмени уговор 11. марта 1980. године којим је тужена уступила тужиоцу

(47) ВСВ рев. 723/84 од 24. XII 1984, ПСП бр. 53, Београд, 1986, бр. 485; ЗН чл. 21, 3, стр. 32—33.

(48) ВСХ ГЗС 28/80 од 23. IV 1980, ПСП бр. 17, Загреб, 1980, бр. 4.

(49) ВПС 140/73; мр Хрвоје Момчиновић, *Уговорна одговорност за штету*, реф. сав. „Одговорност за штету", Загреб, 1988, СУПХ, стр. 1011.

(50) ВСХ рев. 452/84 од 12. VI 1984, ПСП бр. 27, Загреб, 1984, бр. 58; мр Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1014.

(51) ВСХ рев. 444/85 од 22. X 1985, „Информатор", бр. 3343 од 22. III 1986; мр Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1014.

(52) ВСВ пж. 518/86 од 21. I 1987, „Информатор", бр. 3444, Загреб, од 11. III 1987.

(53) ВС БиХ рев. 103/87 од 12. XI 1987, ППП бр. 12, Београд, 1988, стр. 67—68.

на коришћење грађевинско земљиште за изградњу породичне стамбене зграде. Накнада је исплаћена, а прибављено је и одобрење за градњу. Међутим, када је требало да се приступи градњи, након већ прибављеног дела грађевинског материјала, тужиоцу је био онемогућен приступ због нерешених својинских односа са бившим власником земљишта. На основу овако утврђеног чињеничног стања нижестепени судови су утврдили да је тужена извршила своју обавезу након поравнања закљученог 8. јануара 1982. али знатно по протеку разумног рока. Зато је, сматра се, правилан закључак нижестепених судова да је тужена у обавези да тужиоцу накнади штету проистеклу због доцње у испуњењу обавеза, а на основу чл. 262. ст. 2. ЗОО. Сама штета, која је предмет спора, састоји се из два дела. Обухвата део који се састоји у разлици цене грађевинског материјала у време када је тужена пала у доцњу с испуњењем обавезе, а који је тужилац могао набавити да је ангажовао средства која је имао обезбеђена са ценом по којој је тај материјал прибавио касније. Други део штете састоји се из новчане противвредности грађевинског материјала који је пропао због немогућности да се благовремено употреби.

Ове случајеве из области доцње истакли смо због питања да ли је за постојање кривице неопходно да се дужник налази у доцњи. Ово питање се поставља и у нашој старијој и у новијој доктрини. а поставља се и у француској доктрини. У француској доктрини поставља се у вези са чл. 1146. СС, где се говори о накнади штете због повреде обавезе, кад је дужник у доцњи са њеним испуњењем (54). Али се такође истиче да је за апликацију чл. 1184. СС доцња некорисна кад је извршење облигације немогуће због кривице која се може импутирати дужнику. Нужно је да кривица постоји, док је доцња у овом случају формална (55). Али, треба нагласити да је некад кривица последица доцње. Треба рећи да се и код нас дискутује о овом питању. У том смислу се истиче да се, када је реч о неиспуњењу обавезе о року, доцња практично неминовно јавља као чињеница кривице, за коју се везује могућност раскидања уговора због неизвршења. С тим да ће стављање дужника у доцњу бити излишно уколико је обавезу немогуће испунити услед кривице дужника (56). Зато се каже да доцња није општи услов у овом домену (57). Готово сви наведени случајеви могу се подвести под појам кривице, јер је кривица, као субјективан услов, еластичан и гибак појам, довољно широк да може обухватити разне случајеве, разне околности у судској пракси. Она се у доктрини обично дефинише тако да се каже да постоји кривица када се дужник није понашао онако како се очекује у таквим случајевима (58). Иначе, у нашој судској пракси има одлука где се такође каже да закашњење није разлог за раскид уговора због неизвршења, осим ако дужник злонамерно избегава испуњење уговорне обавезе. У образложењу ове одлуке стоји да доцња сама по себи није разлог за раскидање уговора,

(54) Georges Ripert—Jean Boulanger, *Isto*, str. 203.

(55) Georges Ripert—Jean Boulanger, *Isto*, str. 203.

(56) Слободан Перовић, *Облигационо право, општа теорија уговора*, Београд, 1958, стр. 272.

(57) Слободан Перовић, *Исто*, стр. 272, књ. 15, св. 2, Београд, 1970, рев. 10/70, бр. 148.

(58) Михаило Константиновић, Дискусија на сав. „Грађанска одговорност" одржаном 11—12. II 1966, ИДН, Београд, 1966, стр. 332.

осим ако би из конкретних околности било јасно да дужник злонамерно избегава да испуни уговор (59).

Када је у питању доцња, ваља истаћи да ЗОО у чл. 324. њу схвата у објективном смислу. То кажем зато што се једноставно констатује да дужник долази у доцњу кад не испуни обавезу у року одређеном за испуњење. Не узимају се у обзир субјективне околности због којих је дужник пао у доцњу. Из оваквог појма доцње произлази могућност да дужник падне у доцњу из разних разлога: кад није знао за постојање обавезе, за доспелост дуга, кад је са разлогом сумњао у тражбину друге стране или у случају када су га различити разлози ометали да обавезу изврши (60). Међутим, ЗОО код доцње повериоца прихвата субјективан појам исте. То кажемо јер у чл. 325, ст. 1. ЗОО изричито стоји: „Поверилац долази у доцњу ако без основаног разлога одбије да прими испуњење или га својим понашањем спречи".

На крају око доцње и њене улоге у овом домену, може се изгледа закључити да није неопходно да се дужник налази у доцњи да би се сматрало да постоји кривица, као субјективни услов у овом домену. Али, приметимо да до доцње може доћи и без кривице и кривицом једне уговорне стране. У оба случаја доцња изазива одређене правне последице. Зато се чини да иако ЗОО прихвата објективан појам доцње, не може се у целини елиминисати субјективан појам исте из ЗОО. Из свега овога изгледа да ваља истаћи да доцња у овом домену може да буде разлог за остваривање права на раскид уговора, права на принудно извршење уговора, као и права на накнаду штете. Разуме се, ако су испуњени услови за доцњу дужника. У судској пракси постоје случајеви када се говори о доцњи, да се истиче да је уговорна страна која је у доцњи и крива.

У судској пракси има случајева да се одређена понашања из којих се назире кривица уговорника квалификују као релевантне околности за повреду уговора. Ради се о томе да ли је странка знала за неку околност од значаја за уговор, па пропустила то да истакне, или не, да ли је пропустила да узме у обзир неку околност приликом ступања у уговорни однос па тиме довела до повреде уговорне обавезе. Тако „купац који није знао, нити је могао знати да му је продана туђа ствар, овлашћен је, ако због тога није могао остварити сврху уговора, раскинути уговор и тражити накнаду штете" (61). Разуме се да овде ваља ценити да ли купац заиста није знао и није могао знати да купује туђу ствар. Нарочито када се ради о куповини покретних ствари. Када је у питању куповина непокретне ствари, онда ствари стоје другачије, јер се права на непокретностима уписују у земљишне књиге, па је то могућност да се сазнају неке чињенице. Околност да купац није крив јер није знао нити могао знати да купује туђу ствар, фактичко је питање које остаје да се оцени у сваком конкретном случају. Затим, „комисионар одговара коминтенту за штету ако је робу продао особи за чију је презадуженост знао или могао знати, будући да обавеза комисионара да поступа са пажњом доброг привредника ук-

(59) ЗСО књ. 15, св. 2, Београд, 1970, бр. 148.
(60) *Коментар ЗОО I*, Крагујевац, 1980, стр. 850—851.
(61) ВСХ рев. 326/83 од 15. VI 1983, ПСП бр. 23, Загреб, 1983; мр Хрвоје Момчиновић, *Исто, стр. 1011.*

ључује и обавезу да испита солвентност купца коминтентове робе" (62). Комисионар није поступио онако како захтевају правила уговора о комисиону. У питању је скривљено понашање ове уговорне стране, па се сматра да то треба да изазове одређене правне последице. Када једна уговорна страна зна за неку околност, па упркос томе поступа другачије, него што би требало, онда не може да оствари нека права, која би иначе у редовном току ствари могла да оствари. У том смислу у једном случају се каже: „Купац семена који претрпи штету због његове употребе нема право на накнаду штете ако је знао да је продавац семена особа која није овлашћена производити и стављати семе у промет" (63). Дакле, ако купац зна да продавац није овлашћен да производи неку ствар, нити да је ставља у промет, онда му је ускраћено право на накнаду штете коју је претрпео купујући такву ствар.

У неким случајевима у пракси судова због одређеног понашања једне уговорне стране суд истиче њену одговорност. Чини се да је у питању скривљено понашање уговорне стране, па суд с правом узима да је за то и одговорна. Према ЗОО (чл. 262, ст. 2) дужник који не испуни своју обавезу одговара повериоцу за штету коју је проузроковао неиспуњењем. Доследном применом овог правила шпедитер који као наредбопримац преузима робу од превозиоца и не преда је своме наредбодавцу, дужан је да плати противвредност изгубљене робе, као и трошкове у вези са губитком робе (64). Овде се, као што се види, једна уговорна страна није понашала како ваља, па је разумљиво одговорна за штету — губитак робе. Затим, продавцу одговара за штету купац који без оправданог разлога одбије преузети продану ствар (65). Скривљено понашање купца у овом случају је у томе што је без оправданог разлога одбио да прими ствар. Или оставопримац одговара оставодавцу за штету ако неовлаштено прода ствар примљену на чување (66), он такође одговара ако је неовлаштено преда трећем лицу (67), као и кад ствар примљену на чување не врати оставодавцу кад је овај затражи (68). Неуредно понашање у ова три случаја састоји се у томе што је оставопримац ствар коју је примио на чување неовлаштено предао другом лицу, што је неовлаштено предао трећем лицу, односно није предао ствар оставодавцу кад је овај затражио. Пошто се власник механичарске радионице сматра оставопримцем у погледу аутомобила који му је предан на поправак, одговара за штету која је, због његовог пропуста у чувању, узрокована одузимањем возила (69). Скривљено понашање уговорне стране у овом случају је у томе што није чувала возило како треба док је било на поправци, па је узето од трећег лица. И хотелска односно угоститељска организација удруженог рада одговара свом госту за штету насталу због крађе његовог аутомобила што га је предао на чување на паркиралиште те организаци-

(62) ВСХ рев. 102/80 од 18. VI 1981, ПСП бр. 19, Загреб, 1981, бр. 107; ВС БиХ пж. 517/81 од 19. I 1981, ПП бр. 12, Загреб, 1982, бр. 182, стр. 106; мр Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1013.

(63) ВСМ рев. 495/83 од 8. XII 1983, „Судска пракса", бр. 1, Београд, 1984, стр. 39.

(64) ВСХ пж. 852/82 од 28. IX 1982; ПСП бр. 22, Загреб, 1982, бр. 320, стр. 168.

(65) ВСВ рев. 719/82 од 19. XI 1982, ПП бр. 11—12, Загреб, 1984, стр. 562; мр Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1011.

(66) ВСХ гж. 1819/62 од 7. II 1963; мр Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1011.

(67) Окружни суд у Новом Саду, гж. 4416/52 ЗСО књ. 1, св. 1, Београд, 1952, бр. 132; мр Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1011.

(68) ВСХ рев. 1133/81 од 20. X 1981, мр Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1011.

(69) ВСХ 959/84 од 4. IX 1984, ПСП бр. 26, Загреб, 1984, ВСВ рев. 531/83 од 22. IX 1983, „Судска пракса", бр. 12, Београд, 1983, стр. 81—85.

је (70). Одговара за штету и складиштар који није ставио оставодавцу на располагање одређену количину ускладиштене робе (71). У првом случају из праксе судова уговорна страна одговара због краће возила свог госта, а у другом што није ставила на располагање одређену количину ускладиштене робе. Ради се о неуредним понашањима која се подводе под скривљено понашање. Некада ће се одговорност заснивати на смањењу функционалности стана јер је предат стан других димензија и другог распореда просторија. У том смислу се каже: „Продавац стана одговара купцу за штету због умањене функционалности стана ако је уместо уговореног двособног стана са собицом предао двособни стан са холом" (72). Продавац стана такође одговара за штету ако постоје недостаци у функционисању парног грејања (73). Одговара и продавац који је купцу проузроковао штету тиме што му је предао мању количину од уговорене (74). Затим: „Купац који није чувао пажњом доброг привредника уручену ствар коју хоће вратити продавцу зато што је раскинуо уговор или што је захтевао другу ствар уместо ње, одговара продавцу за штету, проузроковану пропустом пажње у чувању ствари (75).

Код уговора о грађењу и уговора о делу одређено понашање уговорних страна такође обично доводи до одговорности. Махом су ова понашања радње које се могу подвести под скривљено понашање истих. Тако извођач одговара због недостатка материјала који му је наручилац предао, а које је извођач приметио или мора приметити (76), или он одговара за пожар који је избио приликом обављања радова на аутомобилу који му је предат на поправку (77). Затим одговара за пропуст упозорења да уграђени нови део не даје сигурност отклањању квара на аутомобилу (78), као и за пропуст лица које није његов радник, а коме је допустио обављање неких радњи у вези са поправком возила (79), или због израде пројекта неподобног за извођење радова (80). Извођач се, такође, не може ослободити одговорности за штету која настане на објекту извођењем радова супротно уговору. Иако је поступио lege artis (81), он одговара за штету проузроковану уградњом делова који не одговарају стандардима у грађевинарству (82), или употребом цемента лошег квалитета (83). Такође постоји одговорност извођача када одбије уклањање недостатака на грађевинском објекту који су настали несолидним извођењем радова (84), као и када пропусти да упозори инвеститора на недостатке у техничкој документацији

(70) Окружни суд у Сплиту, гж. 244/78 од 23. II 1979; мр Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1012.

(71) ВС БиХ гвл. 40/78 од 19. I 1979, ЗСО књ. 4, св. 1, Београд, 1980; мр Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1012.

(72) ВСХ гж. 2306/75, од 12. V 1976; мр Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1012.

(73) ВСМ рев. 221/81 од 24. XI 1981, „Судска пракса", бр. 2, Београд, 1982, стр. 39; мр Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1012.

(74) ВПСХ сл. 911/77 од 16. VIII 1977, ПП бр. 2, Загреб, 1978, стр. 62.

(75) ВПСХ пж. 1637/83 од 24. III 1984, „Судска пракса", бр. 9, Београд, 1986; мр Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1012.

(76) ВПС сл. 976/64 од 30. X 1964, СА 2542/71; мр Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1012.

(77) ВСХ рев. 955/86 од 17. IX 1986; Х. Момчиновић, *Исто*, стр. 1012.

(78) ВСХ рев. 1193/86 од 23. IX 1986; Х. Момчиновић, *Исто*, стр. 1012.

(79) ВСХ рев. 1633/84 од 14. XII 1984, ПСП бр. 26, Загреб, 1985; Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1012.

(80) ВПСХ пж. 903/82 од 15. VI 1982, ПП бр. 3—4, Загреб, 1984,стр. 81; Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1012.

(81) ВПС сл. 1047/70 од 27. X 1970; Х. Момчиновић, *Исто*, стр. 1012.

(82) ВСМ рев. 106/85 од 16. IV 1985, „Информатор", бр. 3307, од 18. XI 1985.

(83) ВСХ гж. 228/78 од 9. I 1979, ПСП бр. 15, Загреб, 1979, бр. 139.

(84) ВС БиХ рев. 238/81 од 8. X 1981, ЗСО, књига 6, св. 4, Београд, 1981, бр. 351.

које је запазио приликом извођења радова (85), или када се не придржава пројектне документације приликом извођења радова (86).

Код неких других уговора, такође, постоји одговорност због повреде уговорне обавезе. До ње махом долази због скривљеног или нередног понашања уговору неверне стране. Тако складиштар одговара за штету проузроковану ускладиштењем робе које није у складу с правилима струке, нпр, на отвореном простору где је подложна пропадању и оштећењу (87). Исто се догађа када складиштар погрешно изврши оставодавчев налог (88). Затим, складиштар одговара за штету проузроковану пропустом да преда оставодавцу протест којим може овлаштени прималац терета по теретници успешно остваривати своја права на накнаду штете према бродару (89). Код уговора о шпедицији шпедитер одговара за штету проузроковану налогодавцу пропустом упозорења на недостатке пакирања робе (90). Он одговара за нередно испуњење обавезе јер није прибавио исправан контејнер за превоз ствари (91). Затим, шпедитер одговара за пропуст да налогодавцу преда робу коју је преузео од превозника (92). Он одговара за штету проузроковану одбијањем налогодавчеве помоћи код манипулисања приликом утовара ствари посебно осетљивих на превоз (93). Такође, угоститељ одговара кориснику услуга за штету проузроковану повредом његовог физичког интегритета, ако није осигурао ефикасне превентивне мере заштите (94). У банкарским пословима, банка одговара за штету депоненту улога на штедњу ако је исплату извршила трећем лицу које депонент, на чије је име издата штедна књижица, није овластио на подизање штедног улога (95). Исто тако банка одговара када, испуњавајући обавезу из уговора о кредиту, са закашњењем кориснику кредита стави на располагање одређени износ новчаних средстава (96).

Некада ће се скривљено понашање у уговорном праву испољавати у предузимању одређене радње, некада у непредузимању одређене радње, некад у непоштовању стандарда понашања, у непоступању по упутствима, у поверавању посла лицу које није квалификовано за то, итд. Тако код преноса власништва продавац ће одговарати купцу за штету што је пренео власништво на ствари на треће лице, а не на купца. У овом случају се и одређује што све обухвата штета. Каже се: „Штета коју трпи купац због тога што је продавац повредом уговорне обавезе пренео право власништва проданог земљишта на треће лице, састоји се у разлици између новчане вредности тог земљишта у време склапања уговора о продаји и његове новчане вредности на

(85) ВСХ рев. 43/84 од 6. VI 1984, ПСП бр. 26, Загреб, 1984, бр. 75.
(86) ВС БиХ пж. 403/84 од 19. II 1985, „Информатор", бр. 3290 од 18. IX 1985; мр Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1013.
(87) ВПСХ пж. 361/83 од 6. III 1984, ПСП бр. 24, Загреб, 1984, бр. 463.
(88) ВПСХ пж. 545/80 од 25. XI 1980 ,ПП бр. 6, Загреб, 1981, стр. 83; Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1013.
(89) ВПСХ пж. 94/80 од 5. II 1980, ПП бр. 6, Загреб, 1980, стр. 60; Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1013.
(90) ВПСХ пж. 401/81 од 2. VI 1981, ПП бр. 9—10, Загреб, 1982, стр. 75; Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1013.
(91) ВПСХ пж. 401/81 од 2. VI 1981, ПП бр. 9—10, Загреб, 1982, стр. 75.
(92) ВПСХ пж. 852/82 од 28. IX 1982, ПСП бр. 22, Загреб, 1982, бр. 320; Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1013.
(93) ВПСХ пж. 725/83 од 30. VIII 1983, ПП бр. 9—10, Загреб, 1984, стр. 77.
(94) ВСХ рев. 382/85 од 3. IV 1985; Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1013.
(95) ВСХ рев. 526/80 од 15. IV 1980, ЗСО, књ. 5, св. 2, Београд, 1980, бр. 139.
(96) ВСХ рев. 444/85 од 22. X 1985, „Информатор", бр. 3343 од 22. III 1986; Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1014.

дан пресуђења (97). Такође, стипендиста је дужан да врати цео износ примљене стипендије ако је само кратко време остао на раду у предузећу (даваоцу стипендије) (98). У сличном случају када стипендиста није провео одређено време код даваоца стипендије, суд, због повреде уговорне обавезе, прецизно одређује шта све треба да врати: „Стипендиста који није провео уговорено време на раду код даваоца стипендије у обавези је на основу уговора о стипендирању да овоме врати не само износ примљен на име стипендије већ и оне износе које је примио у вези са уговором о стипендирању и у извршењу уговора, али од тога само оно што је било намењено и непосредно користило редовном извршавању обавеза стипендисте у погледу учења и полагања испита (99). Код овог уговора у следећем примеру се истиче: „Код накнаде штете због неиспуњења обавезе стипендираног лица неостајањем на послу код даваоца стипендије за све уговорено време од утицаја су чињенице колико је времена то лице провело на послу по завршеном школовању, колико се залагао, чиме је и колико допринео усавршавању и побољшању рада, повећању продуктивности рада код даваоца стипендије и у каквом су односу све користи које је давалац стипендије имао од рада стипендираног лица према личном дохотку лица који је оно за то време примило“ (100).

Може се догодити да због одређеног понашања једне уговорне стране, које јој се може приписати у кривицу, друга страна не одговара за причињену штету или се њена одговорност смањује. Тако се каже: „Околност што је извођач радова упозорио наручиоца на недостатке у пројекту и тражио да се пројекат допуни и измени, а наручилац то није прихватио већ је инсистирао да се радови изводе према пројекту, разлог је који искључује одговорност извођача за штету која је у узрочној вези са тим недостацима (101). Затим: „Купац нема право на накнаду штете узроковане неиспуњењем уговора од стране продавца, ако продавац није предао продану ствар купцу, зато што је купац одбио да плати куповну цену пре предаје ствари како је било уговорено“ (102). Догађа се да уговорна страна због неуредног понашања не може да оствари неко право, које би иначе могла у редовним случајевима. Тако, пољопривредник (кооперант), који при сејању не поступи по упутствима произвођача семена, не може захтевати накнаду штете зато што није добијен очекивани принос (103). Некада скривљено, неуредно понашање постоји на страни оба уговорника, па зато они пропорционално одговарају за повреду уговора. Тако: „Ако купац робу употреби у сврху за коју таква роба не одговара или је преради на начин који таквој роби не одговара, па због тога настане штета, продавац одговара купцу само за део штете сразмеран његовој одговорности (104). Иста је ситуација када се истиче да је придонео настанку штете депонент који је поверио робу на ускладиштење неквалификованој особи, пропуштајући при томе пре-

(97) ВСХ гж. 739/69 од 15. VII 1969; Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1021.
(98) ПВСС рев. 1744/65 од 25. IX 1965, ПП бр. 4, Београд, 1966.
(99) БСП ВСС бр. 6, Београд, 1966, бр. 11; ВСЈ рев. 3857/64 од 23. IV 1965, ПВСС одељење у Новом Саду, гж. 789/64 од 19. VI 1964.
(100) БСП — ВСС бр. 6, Београд, 1966, бр. 11, ВСЈ рев. 2678/65, ВСС гж. 506/64.
(101) ВСВ пж. 518/86 од 21. I 1987, „Информатор“, бр. 344, Загреб, од 11. III 1987.
(102) ВСМ рев. 33/82 од 3. II 1982, ПП бр. 5—6, Загреб, 1985, стр. 324.
(103) ВСМ рев. 663/85 од 17. XII 1985, „Информатор“, бр. 3386—3387, од 20—23. VIII 1986.
(104) ВПС сл. 154/64 од 9. III 1965; мр Х. Момчиновић, *Исто*, стр. 1025.

дузети мере заштите и осигурања те робе (105), као и депонент који се мешао у послове складиштара и суделовао у погрешном извршењу налога (106). И носилац штедне књижице, који није правовремено пријавио њезин нестанак, придонео је настанку штете која му је проузрокована тиме што је банка исплатила улог на штедњу трећем лицу (107).

III

Када се ствари око овог услова поставе конкретније, када се поведе конкретна дискусија и наведу конкретне околности, онда се долази до конкретног мишљења о кривици, односно скривљеном понашању. Тако се каже да неизвршење, односно скривљено неизвршење постоји када дужник не испуни своју доспелу обавезу; пређутно или изричито одбија испуњење обавезе (108), када се вољно не извршава обавеза (109), када се злонамерно избегава извршење или се уговорена обавеза не изврши на време (110). Према неким ауторима у француској доктрини, добровољно, односно вољно неизвршење постоји када дужник своју обавезу одбија да изврши с тим да се наглашава да се не налазимо у домену класичне одредбе чл. 1184 СС. Ову вољу дужник може испољити и простом апстиненцијом (111). Скривљено понашање постоји и када дужник безразложно спречава другу страну да изврши своје обавезе (112), када се не предузима оно што у датом случају налажу околности да би се испунила обавеза, или у случају када дужник неоправдано тврди да је своју обавезу извршио, или када истовремено закључује послове који га онемогућавају у испуњењу постојеће обавезе (113), или када обавезу не изврши у одговарајуће време и на одговарајућем месту.

Такође се каже да је доцња у извршењу нужан услов да би се захтевао раскид уговора (114), или да је извршење постало немогуће због кривице дужника, ако је до неизвршења дошло због његове зле намере (115). Кривица постоји и када код уговора о закупу закупац или чланови његове породице униште или систематски оштећују зграду (116), или када дужник легитимно игнорише постојање обавезе и њено извршење (117), или кад намерно не извршава или необазриво извршава своју обавезу (118). Из наведених примера из доктрине и случајева из судске праксе може се приметити да се кри-

(105) ВПСХ пж. 916/80, од 24. VI 1980, ПП бр. 2, Загреб, 1981, стр. 83.
(106) ВПСХ пж. 574/77 од 18. IV 1978, ПП бр. 9, Загреб, 1978, стр. 83; мр Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1025.
(107) ВСХ гж. 520/80 од 15. IV 1980, ПСП бр. 17, Загреб, 1980, бр. 61; мр Хрвоје Момчиновић, *Исто*, стр. 1025.
(108) Слободан Перовић, *Исто*, стр. 272.
(109) Љубиша Милошевић, *Облигационо право*, Београд, 1977, стр. 120.
(110) Богдан Лоза, *Облигационо право II*, Сарајево, 1971, стр. 34.
(111) Стеван Јакшић, *Облигационо право*, Сарајево, 1961, стр. 189.
(112) Georges Ripert — dr Jean Boulanger, *Исто*, стр. 202.
(113) Борис Визнер др Владимир Капор — Славко Царић, *Уговори грађанског и привредног права*, Ријека, 1971, стр. 557.
(114) Georges Ripert — Jean Boulanger, *Isto*, str. 203.
(115) Svetozar Nechich, *L'action en resolution dans le contrats*, Paris, 1909, str. 68.
(116) Andon Sallabanda, *E drejta e detyrimeve*, Tiranë, 1963, str. 192.
(117) Jean Corbonnier, *Theorie des obligations*, Paris, 1963, str. 290.
(118) ВС НРХ гж. 834/56 ЗСО, књ. 16, св. 4, Београд, 1971, бр. 587, стр. 260.

вица, односно скривљено понашање не одређује ближе. Једноставно се каже да је дужник крив за неизвршење обавезе (119), или да скривљено неизвршење представља услов који асимилира све оне факторе који ангажују одговорност дужника (120), или да је основни разлог за раскид уговора кривица или неуредно извршење (121), или да је извршење уговора немогуће због кривице (122) или чинидба се не може извршити због кривице продавца (123), или да факт неизвршења намеће одговорност дужника (124), или да у случају када до раскида не долази због кривице купца продавац и произвођач су у обавези да врате цену за путнички аутомобил (125).

IV

Досадашња анализа доктрине и судске праксе без сумње доводи до закључка да се кривица објективизује у овом домену. То кажемо зато што се одговорност неверне стране као и остваривање одређених права због повреде уговора везују за факт неизвршења уговора. Тако се у доктрини каже да право невине стране почива на чињеници неизвршења уговора на време од сауговарача (126). За илустрацију тенденције објективизације кривице може послужити и пример из судске праксе у коме се тим поводом каже да за уговорну одговорност испоручиоца електричне енергије у односу на потрошача није од утицаја да ли је до прекида у испоруци струје дошло кривицом испоручиоца или трећег лица. Евентуално постојање кривице једног или више трећих лица је основ за регресну тужбу коју против тих лица може подићи тужени, али у овом случају тужени одговара тужиоцу са којим је у уговорном односу за штету због неизвршења уговорне обавезе (127). Код овог питања ваља истаћи да се у неким другим случајевима из судске праксе кривица не узима у обзир за остваривање права на раскид уговора, али се узима у обзир за остваривање права на накнаду штете. Тако се категорички истиче да одговорност дужника за штету постоји ако је он крив, иначе неће одговарати ако је поступао онако како се захтева у пословном промету (128). Било како било, тенденција објективизације кривице постоји и у нашем и у упоредном праву па би било добро да доктрина, судска пракса и закони нађу право место кривици у овом домену. Чини се да је наш ЗОО ствари добро поставио и да решење које је он дао одговара тенденцијама развоја правне мисли у савременом праву.

---

(119) Boris Starck, *Isto*, str. 644.

(120) Boris Starck, *Isto*, str. 643.

(121) Ненад Новаковић, *Исто*, стр. 106.

(122) Александар Голдштајн, *Привредно уговорно право*, Загреб, 1971, стр. 365.

(123) ПВПС, сл. 22/56 од 9. II 1956, Милош Исаковић — Петар Шурлан, *Опште узансе за промет робом*, Београд, 1967, стр. 211.

(124) Henri et Léon — Jean Mazeaud, *Isto*, str. 920.

(125) ПВС — БиХ гж. 1086/71 од 9. III 1973, ПМ бр. 1—2, Сарајево, 1973, стр. 57.

(126) Богдан Лоза, *Исто*, стр. 35.

(127) ПВПС гж. 2074/72 ЗСО књ. 1, св. 3, Београд, 1973, бр. 457, стр. 307.

(128) ПВПС сл. 186/59 од 26. III 1959; Милош Исаковић — Петар Шурлан, *Исто*, стр. 192.

V

Иначе, код повреде уговорне обавезе кривица уговору неверне стране се претпоставља (129). То значи да ако једна страна повреди уговорну обавезу, претпоставља се да је она крива, тако да уговору верна страна нема обавезу да доказује њену кривицу. Али, страна неверна уговору има право да доказује да није крива за повреду уговора или да доказује околности које је ослобађају од одговорности. Горе наведено правило произлази из одредаба ЗОО. Изгледа да је умесно на овом месту истаћи једну сугестију великог учитеља правних наука проф. др М. Константиновића: „...неизвршење уговора није нужно последица рђаве воље једног уговорника. Оно може бити резултат неприлика за које дужник није сасвим крив. И најсавеснијем дужнику може се догодити да задоцни с извршењем и поред најбоље воље да не буде тако. Зато се и о овоме мора водити рачуна" (130). Заиста, приликом утврђивања и оцене кривице, судови не би требало да запоставе ове околности, већ да их што брижљивије, што објективније, што савесније, што стручније испитају и оцене. Само тако ће искористити оне могућности које пружа кривица, једна тако осетљива правна категорија, чија је појава представљала несумњив прогрес у праву. Ово последње кажемо због тога што је кривица допринела и доприноси афирмацији једног правног и моралног правила, да свако, конкретно, одговара за неуредно извршење или потпуно неизвршење уговора, односно, на општем плану, да свако одговара према заслугама.

VI

Из свега што је до сада речено о кривици, односно скривљеном понашању у овом домену, може се извући неколико закључака. *Прво* — У савременом праву, како нашем, тако и упоредном, постоји тенденција објективизације овог услова у овом домену, како би се избегле евентуалне грешке, које евидентирано субјективно процењивање околности носи. *Друго* — један број закона, међу којима је и наш ЗОО, у општим одредбама о раскиду уговора због неизвршења не захтева кривицу као услов у овом домену. Али, ЗОО, наша доктрина и судска пракса начелно се не супротстављају, а у неким случајевима и захтевају постојање овог услова. *Треће* — скривљеног понашања у промету робе и услуга има и биће га. Може се чак рећи да га има доста и у судској пракси. Оно постоји или се узима да постоји када се зна за постојање неких околности, али се не предузимају одговарајуће радње, или када се одбија да се уради нека ствар, или када се не поштују правила понашања, када се не предузимају одређене радње, када се нека околност лоше процени, када се поверава извршење лицу које за то није подобно, када се не поштују стандарди понашања у промету робе и услуга. *Четврто* — постојање кривице је један од услова за остваривање извесних права уговору

(129) Алајдин Алишани, *Раскид уговора због неизвршења*, Приштина, 1982, стр. 57; Алајдин Алишани, *Раскид уговора због неизвршења* реф. сав. „Десет година ЗОО" СУПС Београд, 1988, стр. 336—337; Alajdin Alishani, *Zgjidhja e kontratës për mosekzekutim*, E drejta, 3—4 Prishtinë, 1985, fg. 263—264; Живомир Борђевић — Владан Станковић, *Исто*, стр. 297—298; Борђе Бобељић, *Исто*, стр. 23—24, *Коментар ЗОО I*, Београд, 1980, стр. 339; др Борис Визнер, *Коментар ЗОО I*, Загреб, 1978, стр. 511—512.

(130) Михаило Константиновић, *Облигационо право*, Београд, 1959, стр. 73.

верне стране. Разуме се да степен утицаја није исти код остваривања појединих права, али је сигурно да када постоји кривица она се узима у обзир, јер доводи до пооштравања одговорности стране која је повредила уговорну обавезу. *Пето* — има се утисак да се у овом домену кривица негде изричито евидентира, некада из околности случаја произлази, назире се постојање кривице, а негде се не узима у обзир за остваривање овог или оног права па се чак и изричито каже „без обзира на околности". Чини нам се да се уговорно право не може лишити свих прерогатива кривице ни сада, а ни убудуће. *Шесто* — овог услова у овом домену не треба се догматски држати. То кажемо зато што у уговорном праву има случајева где је кривица евидентна, али и где кривице нема, али у оба случаја постоји повреда уговора и једна уговорна страна одговара. С тим да би степен одговорности ваљало у начелу издиференцирати. *Седмо* — дискусија која се води о овом услову у овом домену је добра али је тек у повоју. Добро је што се ипак дискутује, јер се тако ствари могу боље искристализовати, па ће се реалније ценити овај услов. Тиме ће повећати могућности да се још више заштити страна верна уговору, а утицаће се и на другу страну да се што коректније понаша у уговорном односу. *Осмо* — кривицу треба употребљавати у овом домену онолико колико за то постоји могућност. Тиме ће се помоћи реду у уговорном праву, помоћи ће се да се уговорне стране понашају што коректније, што угледније, правно заснованије и цивилизованије. При томе у захтевима не треба ићи изван реалних оквира, стварних услова живота учесника у уговорним односима.

VII

Као закључак могло би се рећи да око значаја кривице у овом домену нема уједначеног става. То кажемо зато што је по некима кривица услов за раскид уговора због неизвршења, по некима није, а има и прелазних ставова. Чини се да се начелно може рећи да кривица јесте услов у овом домену. Али треба нагласити да до повреде уговора некада може доћи иако нема скривљеног понашања. Зато суд ову чињеницу треба да узима у обзир не код питања одговорности, односно неодговороности, већ код правилног одмеравања степена одговорности уговорне стране. Разуме се да се уговорна страна може ослободити одговорности ако се утврде околности које доводе до ослобођења од одговорности, јер су настале независно од воље те стране.

Из напред изложеног не треба закључити да смо против тенденције савременог, како нашег, тако и упоредног права да се објективизују многе ствари у праву, па и питање кривице у овом домену. Ми смо за то да се овај услов реално оцени, да има адекватан третман, да му се тачно одреди место у овој материји, односно да се прецизно каже какав значај има кривица код раскида уговора због неизвршења. Тиме ће се дати допринос постављању реалних односа у овој материји. Од тога ће имати користи и уговорне стране, јер ће им бити извесна ситуација у којој се налазе, и судска пракса, па и законодавство. Самим тим у неку руку, противимо се ставу да се лишимо свих прерогатива кривице у овом домену.

Анализе о овом услову доказују да кривица, односно скривљено понашање постоји у материји повреде уговора. Постојање није безначајно, готово код свих уговора у промету робе и услуга кривица се види, примећује, или бар назире из околности. Ради се, дакле, о чињеници која је од утицаја у уговорном праву, па је треба узимати у обзир, треба се борити да она остане онолико колико је то потребно уговорном праву. Да потреба постоји, показује судска пракса, која, чини се, са успехом користи кривицу и прилично добро одмерава њену улогу у овој материји. Свему овоме није противан став доктрине, закона и судске праксе, и код нас и у упоредном праву, да се у неким случајевима кривица, односно скривљено понашање не узимају у обзир. Неће бити никакво чудо да се убудуће појачају такве тенденције, које воде све већем лишавању услуга кривице у овој материји. Али ми, ипак, верујемо да се савремено право неће у целини лишити услуга кривице. Штавише, верујемо да се ни наше ни упоредно право неће моћи лишити услуга ове тековине правне цивилизације докле год буде било уговора и уговорних односа. Кривица уговорне стране испољава се у недозвољеном, неуредном понашању у одређеном уговорном односу. Она се некада манифестује на класичан начин, у правом смислу те речи, некада је блажа, некада је тако мала да је безначајна, а може се десити да кривице нема, али ипак повреда уговорне обавезе постоји. У читавом низу случајева у промету робе и услуга долази до оваквих ситуација у којима постоји неки вид скривљеног понашања. Овај низ је толико разноврстан да је тешко ово понашање сублимовати у неку константу. Најопштије се одређује на тај начин што се каже да се уговорна страна није понашала онако како је било потребно. Другим речима, није се понашала онако како се понашају уредне уговорне стране. Конкретно, није се понашала као добар домаћин, добар привредник или добар стручњак. До оваквог понашања може доћи због зле намере уговорне стране, њене неморалности, несавесности, пропуста; нестручности, неуредности и због читавог низа других ствари у правном промету. Злоупотреба права, искоришћавање монополског положаја, привилегија, неравноправности странака, односа зависности, нужде, тешких прилика и те како су начини на које се манифестује скривљено понашање у овом домену.

(Примљено 28. 03. 1989)

Dr. Alajdin Ališani,
Professor of the Faculty of Law in Priština

FAULT AS A PREREQUISITE OF RESCISSION OF CONTRACT

Summary

The fault is a relevant fact in the matter of rescission of contract due to non-execution. In case of violation of the contract, the existence or non-existence of fault is relevant in applying corresponding rules and for the realisation of some rights. The significance and degree of fault, however, is not equal in terms of the realisation of each of these rights.

Moreover, in some cases, in spite of non-existence of fault, there still is a violation of contract giving rise to the possibility of the faithful party to realize some rights out of contract.

Faulty conduct in the area discussed may emerge out of various situations. This conduct therefore takes various forms of expression. This is sometimes a simple fault and sometimes incorrect conduct. A contracting party may sometimes be at fault due to being aware of specific circumstance, and also due to failing to take specific actions, then to adhere to the standards of conduct, due to using ist privileged position or monopoly; it may be unfair, unskilled in discharging the contract, or it may misuse the right, etc.

The corresponding study of the phenomenon of fault is therefore useful, since it is necessary to determine in a precize way the position. the place and the signficance of fault. The result of such a study would develop the law in its entirety, but more particularly that branch dealing with the rescission of contract due to non-execution.

Key words: *Contract.* — *Non-execution.* — *Fault.* — *Rescission.*

Alajdin Ališani,
professeur à la Faculté de droit de Priština

LA CULPABILITÉ COMME CONDITION DE LA RUPTURE DU CONTRAT EN RAISON DE LA L'INEXÉCUTION

Résumé

La culpabilité est un fait pertinent en matière de rupture de contrat en raison de l'inexécution. Lorsqu'il y a violation du contrat, l'existence ou l'absence de la culpabilité influent sur l'application de certaines règles et sur la réalisation de certains droits. L'importance et le degré d'influence de la culpabilité ne sont pas égaux dans la réalisation de tous ces droits. Dans certains cas il peut même arriver que la culpabilité n'existe pas, mais que la violation du contrat existe, ce qui donne la possibilité à la partie fidèle au contrat de réaliser certains droits.

Le comportement coupable dans ce domaine se produit pour diverses raisons, dans diverses situations. C'est pourquoi il se manifeste de différentes manières. Il s'agit parfois de culpabilité simple, et parfois de comportement désordonné. La partie contractante est parfois coupable d'avoir connu une situation determinée, et parfois de ne pas avoir entrepris certaines actions. La culpabilité peut consister dans l'irrespect des normes de comportement, dans l'utilisation de la position privilégiée ou de monopole, dans la manque de conscience, dans l'incompétence, et dans l'ignorance de la partie contractante, dans l'abus du droit etc.

Toutes les études des phénomènes de culpabilité sont utiles. Il s'semble qu'il est le plus utile en cette matière de définir de manière attentive et détaillée tout ce qui est lié à cette condition. Il est possible alors de définir avec exactitude le degré, le lieu et l'importance de la culpabilité dans ce domaine. Les études de ce probème saraient utiles au droit contractuel dans son ensemble, et notamment à la partie qui s'occupe de la rupture des contrats en raison de l'inexécution.

Mots clé: *Contrat.* — *Inexécution.* — *Culpabilité.* — *Rupture.*

UDK—342.7

Изворни научни рад

др Момир Милојевић,
редовни професор Правног факултета у Београду

НАДЛЕЖНОСТ ДРЖАВА И ЉУДСКА ПРАВА*

Начело независности као основ на коме су изграђена начела суверене једнакости и немешање у унутрашње ствари држава. Људска права као питање искључиве унутрашње надлежности држава. Међународно уређивање основних људских права проистекло из потребе за правном сигурношћу и јачања међународне солидарности. Пракса показује да постоји упоредна надлежност држава и међународних организација.

Кључне речи: *Људска права. — Међународна заједница. — Међународне организације. — Међународно право. — Надлежност држава.*

I. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Мало је области у којима се толико преплићу политичка и хуманитарна начела као што је област људских права. Ако се томе дода преплитање међународних и националних интереса, постаје јасније зашто се у повезивању правних и политичких елемената најчешће наводи као пример однос између надлежности држава, с једне, и људских права и слобода, с друге стране. При томе треба имати у виду да ниједна од те две стране једног проблема није сама по себи ни добра ни рђава. Историјско искуство показује да је свака од њих имала улогу која јој је намењена с тачно одређеним циљем. Зато је за тачније разумевање неопходно пратити како развој државности, тако и развој идеје о људским правима и слободама као вредностима достојним сваке па и правне заштите. Свака заједница, како национална тако и међународна, почива на извесним вредностима од којих неке припадају филозофији или идеологији. У средњем веку су друш-

* Предавање одржано на последипломским студијама на Факултету за социологију, политичке науке и новинарство у Љубљани, 20. марта 1987. Скраћено објављено под насловом: *Pristojnost držav in človekove pravice,* »Teorija in praksa«, 1988, шт. 9—10, стр. 1320—1328.

твене вредности имале верско обележје и наметале су се свима, чак и оружаном силом. Како су те вредности настајале у ужим оквирима долазило је до сукоба између ужих друштвених заједница (држава) при чему су били измешани вера и политика, а неретко вера је служила за прикривање политичких циљева. Крсташки ратови и тридесетогодишњи рат су најпознатији примери тих сукоба. Зато није случајно што се за њих везују крупне промене, боље рећи преокрет који ће дати нови ток међународним односима, значајан не само за међународну заједницу и државе већ у извесној мери и за народе и њихове припаднике. Отуда би се могло говорити о истовременом упоредном развоју две главне идеје које ће се у наше време толико међусобно испреплетати да њихово одвојено разматрање постане готово немогуће. Корени су врло дубоки и захтевају делимично историјско посматрање и објашњење.

II. РАЗВОЈ ИДЕЈА О ДРЖАВИ И О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

а) *Изградња теорије о држави*

Историја новог века се обично рачуна од тридесетогодишњег рата (1618—1648) који је представљао завршетак процеса који је значио реакцију на крсташке ратове. Вестфалским уговорима (1648) је озакоњено територијално организовање а самим тим и затварање давањем права управљачима не само да одређују друштвено-политичке системе већ и да уређују верска питања *(cuius regio, illius religio)*, што је нарочито погодило по домашају универзалне а по организовању централизоване верске организације (на пример, католичку). Вестфалски уговори и касније усвојена правила понашања довели су до стварања неких начела међусобних односа држава која ће постати основ класичног међународног права, позната под именом основна права и дужности држава.

Једно од најстаријих и уједно најважнијих је начело суверености које је класична теорија сматрала једним од основних обележја држава. Иако је претпело велике промене у погледу садржине и домашаја, оно је и данас једно од начела међународног права које је задржано и у заједницама као што су међународне организације (1). Из суверености су изведена неке основна права и дужности држава, пре свега права на самоодржање и једнакост. Из права на самоодржање се изводи или је у тесној вези с њим начело независности (право на независност). Комбиновано с начелом једнакости оно, још пре формулисања начела суверене једнакости у *Повељи* Уједињених нација, повлачи правну обавезу свих држава да једнако поштују поменута права свих других држава. Тако постављена ова начела по свом значају превазилазе оквире међународног права и представљају основ односа између држава јер не одређују само положај једне државе пре-

(1) Опширније J. Andrassy, *La souveraineté et la Société des Nations*, «Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye», 1937, т. 61, pp. 641—761; *Опће међународно право о суверености*, „Југословенска ревија за међународно право", 1969, бр. 3, стр. 333—341; Б. Ничић, *Проблем суверености у Повељи и пракси Уједињених нација*, Београд, 1967; *Сувереност и међународне организације*, „Југословенска ревија за међународно право", 1969, бр. 3, стр. 356—370.

ма другој држави већ и положај држава у међународној заједници (2). Тако посматрана она су постала заједнички именитељ компромиса различитих, често противречних интереса суверених јединки, компромиса који намеће свеопшта међузависност, пре свега економска. У томе је најважнија функција међународног правног поретка. У међународном праву је изграђен систем начела која представљају минимални стандард понашања у међународној заједници. Некада названа основна права и дужности данас се у модернизованом облику називају начелима коегзистенције.

Остављајући по страни различита значења појма коегзистенција (3) јасно је да се ради о односима између јединки које се међу собом по много чему разликују. Када је реч о државама имају се у виду пре свега разлике у друштвеном и политичком уређењу, идеологији, а до средине XVII века и у вероисповести грађана. Основне поставке о њиховим односима налазе се у Вестфалским уговорима или још раније (4). Њихова садржина се мењала развојем међународне заједнице одражавајући у сваком тренутку степен достигнут у том развоју. Њихов значај је постајао све већи с појавом нових држава, у много чему различитих, насталих на основу једног новог начела које се почело развијати из тада постојећих, најпре названог Начело народности (5), а касније Начело самоопредељења (6).

И само Начело самоопредељења је претрпело вишеструке промене. Прихваћено најпре као политичко а тек касније и као правно начело (7), оно је претпело промене како у погледу субјеката, тако и у погледу садржине. Самостално или заједно с Начелом независности оно значи право на сопствено организовање или самоорганизовање. Везано у почетку за државе као једине субјекте, значило је међународно право на потпуно самостално коришћење свих права, укључујући право на организовање без икаквог страног утицаја. Његов унутрашњи вид значи право народа на сопствено организовање у држави, што значи право како на слободан избор, тако и на смењивање владе. У даљем развоју међународне заједнице право на самоопредељење постаће и право сваког појединца.

Многа права држава (истовремено и права народа) подразумевају, на неки начин, бар извесну аутономију што има далекосежне политичке и правне последице. Свакако да је најважније право носилаца власти у држави да одређују које вредности њихови поданици могу, треба или морају да следе. На тај начин је затварање, које

(2) R. Padirac, *L'égalité des Etats et l'organisation internationale*, Paris, 1953, p. 9.

(3) Новолатински израз *coexistentia* у друштвеним наукама значи истовремено упоредно постојање више друштвених заједница, ствари, лица, појмова, својстава. *Енциклопедија лексикографског завода*, св. 4, Загреб, 1959, стр. 263—264.

(4) М. Бартош, *Правни аспект мирне активне коегзистенције држава*, „Југословенска ревија за међународно право", 1955, бр. 3, стр. 322; Б. Нинчић, *Начела коегзистенције и њихова кодификација*, Београд, 1964, стр. 9.

(5) Код нас: И. Пржић, *Начело народности*, „Архив за правне и друштвене науке", 1931, књ. XXIII, бр. 6, стр. 418—439.

(6) Из бројне литературе вид. нарочито: Ј. Борђевић, *Прилог теорији о државном суверенитету*, „Југословенска ревија за међународно право", 1954, бр. 2, нарочито стр. 9—10, 13—15, 17, 18—19; М. Булајић, *Право на самоопредељење у Друштву народа и у Уједињеним нацијама (1917—1962)*, Београд, 1963; О. Шуковић, *Принцип равноправности и самоопредељења народа*, „Кодификација принципа мирољубиве активне коегзистенције", Београд, 1969, стр. 307—357; S. Calogeropoulos—Stratis, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Bruxelles 1975; J. F. Guildhaudis, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Grenoble 1976; E. Petrič, *Pravica do samoodločbe*, Maribor 1984.

(7) М. Бартош, *Прерастање права на самоопредељење из политичког у правни принцип*, „Међународни проблеми", 1953, бр. 2, стр. 129—141.

је великим државама било потребно за одржавање равнотеже а малим и средњим да ојачају своју самосталност и обезбеде се од притиска великих, довело до стварања врло широке унутрашње надлежности држава, рекло би се искључиве јер су се они који су били ван државе прогласили равнодушним према свему што се збива у оквиру државе већ ни правно више нису смели да се за то интересују. Тиме је озакоњено право држава да саме уређују своје унутрашње односе, укључујући положај човека. На тај начин је класично међународно право постало потпуно равнодушно како према демократским, тако и према ауторитарним режимима (8). Једино ублажење је унео *Вател (Vattel)* могућношћу да стране државе понуде своје добре услуге (9) што је код нас прихватио Гершић (10). Основу за такво узајамно признавање права држава представљала је сличност или истоветност унутрашњих друштвено-политичких система. Међутим, у томе је била и ограниченост овако постављених правила пошто су она важила само у односима између тзв. „цивилизованих" држава. Тиме су били омогућени другачији односи према државама које нису припадале овом кругу. Њима није признавана никаква унутрашња надлежност и у њихове ствари се могло неограничено мешати нарочито позивањем на начело хуманости (11). Осим тога, правило о немешању је познавало изузетке и у односима између „цивилизованих" држава. Свака држава је сматрала да има право да се умеша у сваки унутрашњи сукоб ако је сматрала да једна страна у сукобу жели да наруши „легитимитет" (12). На тај начин је интервенција постала средство за спречавање друштвених промена које су могле настати управо захваљујући правилима о немешању изведеним из начела установљених Вестфалским уговорима. Управо је та чињеница утицала да се још ватреније брани искључива унутрашња надлежност држава. Колико је она постала моћно правно оруђе за одбрану држава од страних утицаја показује чињеница да је надживела промене друштвено-економских формација и била оберучке прихваћена и од држава сазданих на новим друштвеним темељима. Могло би се рећи да је коегзистенција добила још већу важност јер је проширена на све државе а разлике које између њих постоје, укључујући идеолошке, не могу ни у ком случају да буду разлог за интервенције. На тај начин је признат политички и идеолошки плурализам а самим тим се другачије посматрају и спорови који настају како из различитог схватања вредности, тако и из прихватања вредности. То објашњава зашто се унутрашња надлежност задржала и до наших дана, најпре у уговорима о мирном решавању спорова (13) а потом и у статутима или општим актима међународ-

(8) У том смислу и: В. Димитријевић, *„Природне" и моралне основе међународног права*, „Анали Правног факултета у Београду", 1983, бр. 1—4, стр. 281.

(9) E. de Vattel, *Le Droit des gens ou principes de la Loi naturelle*, t. I, Washington 1916, livre II, 54, p. 297. Једно раније издање наводи Г. Гершић, *Установи и интервенције по данашњем међународном праву*, „Отаџбина", 1875, књ. III, стр. 331.

(10) Г. Гершић, *нав. дело*, стр. 331—335.

(11) Отуда назив „хуманитарне интервенције". За праксу вид.: M. Milojević, *Les droits de l'homme et l'International Law Association*, »Jugoslovenska revija za međunarodno pravo«, 1976, Nos 2—3, pp. 299—300.

(12) Најпознатији такав случај представљала је француска револуција (1789).

(13) У низу уговора се искључује надлежност арбитраже или суда за спорове који по својој природи вређају углед државе или се тичу њених животних интереса. Амерички уговор о мирном решавању спорова (закључен у Боготи 30. априла 1948) искључује решавање спорова по предвиђеном поступку ако се односе на питања која спадају у искључиву надлежност држава. Сличне су многе изјаве о прихватању над-

них организација. Међутим, на њу се не може позивати у случају међународне одговорности држава. Стални суд међународне правде је сматрао да је овлашћен да испитује како целокупно унутрашње право (14), тако и поједине поступке држава према појединцима да би утврдио да ли постоји повреда неке међународне обавезе (15).

б) *Развој људских права и слобода*

У исто време се може запазити други процес, донекле супротан развоју теорије о држави, али условљен њиме. Уколико су државе више биле заштићене од напада или утицаја споља, утолико су представљале сигурнији оквир за унутрашње промене у којима је питање положаја човека добијало главно место о чему сведоче многи акти почев од енглеске *Magna Carta Libertatum* (1215) до француске *Декларације о правима човека и грађанина* (1789). У том процесу је право на самоопредељење показало своје, у најмању руку, двојако значење. Оно, с једне стране, значи право на сопствену организацију и испољавање сопствене воље а, с друге стране, само то испољавање воље значи слободу. Тако посматрано право на самоопредељење представља материјалну гаранцију за остваривање других права и слобода (16). Овако схваћено самоопредељење треба да помири универзалне тежње и страх од злоупотребе општег интересовања у циљу мешања у унутрашње ствари под оптужбама за наводна кршења људских права. Историја хуманитарних интервенција показује не само да су оне понекад биле оправдане већ и да су изостајале иако су биле потребне, што потврђује њихову политичку позадину и релативну самосталност развоја идеје о људским правима и слободама у појединим земљама без шире међународне подршке. Међутим, то неће задуго остати тако. Под утицајем хуманистичке филозофије долази до духовног препорода у коме ће се верско учење о братству међу људима мешати са учењем о постојању природних, урођених и неотуђивих права свих људских бића. Разумљиво је да у први ред избија једнакост која подразумева једнаку слободу што је политички значило захтев за ослобођење од кметског положаја јер је била потребна слобода кретања радне снаге за многе нове фабрике и радионице. На тај начин истовремени захтеви филозофа и економиста добијају прворазредан политички значај који оставља видан траг у развоју права, прво унутрашњег, а затим и међународног. На унутрашњем плану долази до уношења основних људских права и слобода у уставе и до доношења посебних аката о њима. Проглашена слобода кретања људи неизбежно повлачи за собом

лежности Сталног суда међународне правде (Међународног суда правде) на основу члана 36, ст. 2. Статута. Примера ради наводимо изјаву Канаде (1929), Новог Зеланда (1940), Јужноафричке уније (1940, 1955), САД (1946), Мексика (1947), Француске (1947, 1959), Пакистана (1948, 1960), Либерије (1952), Аустралије (1954), Израела (1956), Индије (1956, 1959), Камбоџе (1957), Судана (1958), Велике Британије (1958, 1963), и Кеније (1965). Нав. према: *C.I.J., Annuaire 1964—1965*, pp. 44—67.

(14) *Certains intérêts allemands en Haute—Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I., série A n° 7*, p. 19.

(15) *Emprunts serbes, arrêt n° 14, 1929, C.P.J.I., série A n° 20.* За шире тумачење надлежности Суда на основу члана 36, ст. 2, т. ц) Статута вид.: A. Godyévatz, *Compétence de la Cour Permanente de Justice Internationale ratione personae et ratione materiae par rapport au différend concernant les emprunts serbes*, «Annuaire de l'Association Yougoslave de Droit International», 1934, pp. 208—214.

(16) У том смислу и: В. Иблер, *Рјечник међународног јавног права*, Загреб 1972, стр. 268—269.

кретање идеја. Како се државне границе постепено отварају за та кретања, тако су и промене у међународном праву спорије него у унутрашњем. Оне су видљиве у мери у којој сигурност правног промета захтева да бар нека питања буду изузета из власти локалних суверена (17). Идеја о верској трпељивости, изражена у Аугсбуршком уговору о миру (1555), преко Вестфалских уговора (1648) постаје општеприхваћена. То исто важи и за друга основна права и слободе. Свест о њима као о заједничком минималном стандарду постаје својина читавог човечанства. Људска права и слободе постају универзалне вредности које не припадају више само појединим државама или народима већ читавом свету. Обим и садржина тих права и слобода се стално повећавају како у унутрашњим, тако и у међународним размерама. Док се у унутрашњим правним поретцима не запажају никакве промене у погледу правне технике (јер се углавном све чини кроз уставе и законе), дотле се у међународном правном поретку користе различити облици уговорног (општи и посебни уговори, универзални и регионални) и вануговорног регулисања (декларације). У тој делатности посебну улогу имају међународне организације, како опште (као што су Друштво народа, Уједињене нације, регионалне организације) тако и специјализоване (као Међународна организација рада и у великој мери УНЕСКО). О људским правима се много расправља и у бројним невладиним организацијама, можда и више него у међувладиним. То такође показује да је јавно мњење осетљивије када су у питању људска права и слободе него државни управљачи за које су та права и слободе само део ширег политичког програма а неретко и средство пропаганде. То проистиче из схватања да су људска права и слободе постали универзалне вредности у толикој мери да од њиховог поштовања зависи опстанак човечанства (18). Отуда стремљења ка испуњењу тог циља нису својствена само уским круговима државника већ постају део свести сваког човека како у најужој тако и у најширој друштвеној заједници (19). Зато није изненађујуће да све идеологије и режими истичу своју привржености људским правима и слободама, чак и они који их најотвореније и најгрубље крше. Сви теже да се назову „демократским" а и најсуровије диктатуре уписују узвишена начела о људским правима и слободама у своје уставе и законе. То значи да нико не може да рачуна на правну и моралну основаност свог делања ако не прихвата, макар на речима, хуманистичке идеале потврђујући у пракси, како примећује В. Димитријевић, тачност максиме: „Једна идеја је победила онда када и лицемери почињу да се позивају на њу" (20). Данас више нико не спори тесну повезаност и узајамну условљеност људских права и политичких система у појединим земљама. То је постало саставни део културе друштва (21).

Стога неизбежно и међународна заједница постепено напушта традиционално схватање по коме се положај човека уређује само унутрашњим прописима држава. Почело је с ограничавањем слободе по-

(17) Ch. Rousseau, *L'aménagement des compétences en droit international*, «Revue générale de droit international public», 1930, p. 446.
(18) У том смислу и: В. Димитријевић, *нав. дело*, стр. 277.
(19) *Исто*, стр. 277—278.
(20) *Исто*, стр. 283.
(21) В. Димитријевић изједначује основна људска права, политички систем и културу. *Нав. дело*, стр. 283.

нашања државе према људима у њиховој власти, почев од забране ропства и трговине робљем, преко заштите мањина до заштите индивидуалних људских права и слобода.

Тако је створена идејна и правна основа не само интересовања за збивања у другим земљама већ и права да се она оцењују. Самим тим се долази до изјашњавања о томе какав треба да буде положај човека у друштву, што у извесном смислу подразумева право на оцењивање и препоручивање каква влада треба да буде. Тиме право на самоопредељење, које је, како смо напред изнели, основ како унутрашње надлежности, тако и људских права и слобода, постаје ограничено јер ако међународно право (посебно међународни пактови о људским правима) признаје право на самоопредељење као средство за обезбеђење поштовања других људских права (у ком погледу се држава обавезује да предвиди ефикасна правна средства) онда постаје јасно да слободно изабрана влада не сме да буде тлачитељска или ауторитарна пошто само демократска влада може да извршава поменуте међународне обавезе. Ово се чини значајним јер међународна заштита основних људских права и слобода није изричито укинула права држава у тој области па је лако разумети неку врсту коегзистенције која је успостављена између државне суверености (тј. унутрашње надлежности) и универзалних вредности (тј. људских права). Напротив, могло би се приметити упоредно настојање да се са сталним проширивањем предмета међународног права (које све мање уређује односе између држава у ужем смислу), које нужно обухвата све ширу област људских права и слобода, све више наглашавају разни видови или последице суверености, укључујући онај који се тиче унутрашње надлежности држава. У таквим околностима се поставља питање да ли су људска права у надлежности држава и, у случају позитивног одговора, у којој мери. Одговор на то питање се може наћи само анализом одговарајућих правила међународног права која су наишла на велики одјек како у пракси, тако и у доктрини.

III. ОСНОВНИ ТЕКСТОВИ

Идеје о надлежности држава и о људским правима су се развијале истовремено али формалноправно одвојеним токовима. Тако је дошло до истовременог постојања одвојених текстова а тек у најновије време долази до њиховог спајања.

а) *О надлежности држава*

Полазећи од схватања да надлежност држава треба да штити од примене санкција за непоштовање међународних обавеза, творци Пакта Друштва народа су, по угледу на дотадашње уговоре, ову надлежност везивали за решавање спорова. Тако је у члан 15. Пакта унет § 8. који гласи:

„Ако једна страна сматра а Савет нађе да се спор односи на питање које међународно право оставља у искључивој надлежности

те стране он ће то констатовати у извештају али не препоручујући никакво решење" (22).

Слична је била одредба нацрта Повеље УН којега су израдиле четири велике силе (1944) у коме се одредба о унутрашњој надлежности налазила у склопу одредаба о решавању спорова:

„Одредбе ставова 1—6. одељка А (сада Главе VI — М. М.) неће се примењивати на ситуације или спорове проистекле из питања која међународно право оставља у искључивој надлежности заинтересоване државе".

Међутим, овај предлог је измењен пре него што је подељен учесницима Конференције у Сан Франциску. У жељи да што више задрже слободу одлучивања и после стварања међународне организације са знатно већом надлежношћу него што је имало Друштво народа, нарочито у економској и социјалној области, оне су одредбу о унутрашњој надлежности уврстиле међу начела на којима треба да почивају Уједињене нације. Тако је, после неких измена, дошло до одредбе члана 2, т. 7. Повеље УН која гласи:

„Ниједна одредба ове Повеље не овлашћује Уједињене нације да интервенишу у питања која су у суштини у оквиру унутрашње надлежности сваке државе нити налаже члановима да таква питања износе на решавање према прописима ове Повеље; али ово начело не иде на штету примене принудних мера предвиђених у Глави VII".

То је подстакло творце Организације уједињених нација за просвету, науку и културу (УНЕСКО) да у члан први Устава такође унесу забрану Организацији да интервенише у било које питање које се у суштини налази у унутрашњој надлежности држава (ст. 3). То је учињено из жеље да се државама обезбеди независност, интегритет и „плодна разноврсност њихових култура и њихових образовних система".

Занимљиво је да Устав међународне организације рада не садржи овакву одредбу иако ова организација има у својој надлежности искључиво питања која се тичу основних људских права и слобода.

Осим тога, Генерална скупштина УН је, резолуцијом број 2131 (XX) од 21. децембра 1965, усвојила Декларацију у недопустивости интервенције у унутрашње ствари држава и о заштити њихове независности и суверености. Неколико година касније, на јубиларном 25. заседању Генералне скупштине УН, 24. октобра 1970, усвојена је резолуцијом број 2625 (XXV), Декларација о начелима међународног права о пријатељским односима и сарадњи између држава у складу с Повељом Уједињених нација, познатија као Декларација начела коегзистенције. Једно начело се односи на дужност неинтервенције у послове државе. У ставу 1. се каже да ниједна држава или група држава нема право да интервенише у унутрашња или спољна питања друге државе. Став 4. говори о неотуђивом праву државе да бира свој политички,

(22) Код нас о томе: И. Пржић, *Искључива надлежност држава у области међународног права*, „Архив за правне и друштвене науке", 1934, књ. XXIX, бр. 1—2, стр. 14—28.

економски, социјални и културни систем. Став 5. истиче да ништа у претходним ставовима не мења одредбе Повеље УН о одржавању међународног мира и безбедности. Декларација не садржи начело поштовања људских права и слобода (прихваћено је само начело самоопредељења) иако се оно налазило у радовима Удружења за међународно право *(International Law Association)* и његовог известиоца професора др Милоша Радојковића (23) који су послужили као теоријска основа за кодификацију у оквиру Уједињених нација.

Оно што је пропуштено на светском плану прихваћено је на ужем. У Завршни акт Конференције о безбедности и сарадњи, тачније у Декларацију начела о узајамним односима држава учесница, унета су не случајним редоследом начела: мирног решавања спорова (V), неинтервенције у унутрашње ствари (VI), поштовања људских права и основних слобода, укључујући слободу мисли, савести, вероисповести или убеђења (VII) и равноправности народа и самоопредељења (VIII). Ствари као да су постављене на своје место. За тумачење и примену је најважнија напомена (која се налази и у Декларацији Уједињених нација од 1970) да су сва начела од истог значаја и да се свако начело мора тумачити заједно са свим осталим начелима. То значи да ниједно начело нема предност над осталима, што значи да се међусобно не искључују. Није ли тиме прећутно речено да људска права више нису у искључивој надлежности држава? А то је деценијама предмет многих спорова када су у питању акти о људским правима.

б) *О људским правима*

Они су бројнији али се изричито не изјашњавају о овом питању па је одговор могућ само на основу анализе њихове садржине.

Већ на први поглед се може запазити да се међународним актима не само уређују питања која су некада била у искључивој надлежности држава него државе морају да своје обавезе уносе у унутрашња законодавства. Све чешће се уговорима предвиђа међународни надзор над испуњавањем обавеза. Типичан је пример обавеза о заштити мањина после првог светског рата а има и међународних организација чије је деловање тако постављено (24). Познато је да се први облик надзора над поштовањем обавеза састојао у претресу бродова осумњичених да превозе робове. Генералним актом (Брисел 1890) узајамна контрола држава је замењена међународном и поверена посебном органу (Међународном уреду) а Конвенцијом о забрани ропства (1926) поверена је Друштву народа. Државе су се обавезале да обавештавају Друштво народа о евентуалним појавама ропства и о мерама предузетим за њихово спречавање. Израда свеобухватнијих аката о људским

(23) M. Radojković, *La codification des principes de la coexistence pacifique*, »Jugoslovenska revija za međunarodno pravo«, 1962, No 2, pp. 181—182; *Les principes ou règles juridiques de la coexistence devant l'International Law Association*, »Jugoslovenska revija za međunarodno pravo«, 1964, No 1, pp. 8—9.

(24) Најпознатији је пример Међународне организације рада. У том смислу и: О. Рачић, *Нека питања науке о међународним организацијама*, „Анали Правног факултета у Београду", 1986, бр. 5, стр. 442.

правима је знатно успорена због неслагања око мера надзора. До њиховог усвајања долази после сагласности о релативно благим мерама (углавном се састоје у подношењу и разматрању извештаја у телима чија је надлежност најчешће факултативна) које више не представљају новост.

Изгледа да државама највише смета овлашћење међународних тела да доносе одлуке којима се констатује повреда људских права, макар биле и препоруке. Очигледно је да је морална вредност тих одлука већа од правне. Зато су неке државе (Велика Британија и Пољска) захтевале да препоруке у вези с поштовањем пактова о људским правима буду опште а не упућене појединим државама.

Тешко је рећи да ли се државе више опиру надлежности органа међународних организација или посебних тела установљених појединим уговорима. У пракси Уједињених нација и регионалних организација (Европски савет, Организација америчких држава) су заступљена оба облика надзора. Поред тога, уговори који предвиђају стварање посебних тела истичу да ниуколико не умањују надлежност појединих органа или организација. На тај начин постоји више могућих поступака по избору. Томе треба додати да се ради заштите неких основних људских права стварају посебне међународне организације. Најпознатије су УНЕСКО и Међународна организација рада, нарочито ова друга, како због тога што у њој постоје сви поступци о којима је било речи, тако и због посебних поступака са другим организацијама (на пример са УН и УНЕСКО).

Стварање међународних организација или организама за заштиту људских права представља једну од највећих промена јер се на нов начин постављају односи у међународној заједници, посебно односи између држава и међународних организација. У склопу нових проблема који се јављају је свакако и питање надлежности. Без улажења у појединости може се рећи да су међународне организације и тела правно овлашћени да расправљају о поштовању међународних обавеза које се тичу људских права. Они то чине, зависно од органа који је у питању, по поступку који важи за расправљање свих питања из њихове надлежности или по посебним поступцима. Исто важи за примену санкција на основу статута или других аката. Ефикасност надзора зависи од природе одлука и снаге организација да их спроведу у дело што прелази оквире ових разматрања. Без обзира на то, стварање бројних међународних организација са нормативним и надзорним функцијама показује да више не може бити речи о искључивој унутрашњој надлежности држава у том погледу. Стварност показује да је она некада била као изворно унутрашња истовремено и искључива али да је данас она упоредна, заједничка или подељена.

То се нарочито огледа у вишестепености поступка за заштиту основних људских права и слобода. Обраћање међународним телима је условљено претходним безуспешним коришћењем унутрашњих правних средстава. То није новост јер је тиме класично међународно право условљавало дипломатску заштиту сопствених држављана у иностранству. Новост представља напред поменута обавеза држава да грађанима обезбеде ефикасну правну заштиту признатих права и слобода.

Исто тако, и сам поступак пред међународним органима може да буде вишестепен (на пример, у системима Међународне организације рада, Европског савета и Организације америчких држава). Отуда не би требало да буде сукоба надлежности већ допуњавања, на шта указује и члан 56. Повеље УН (25).

IV. МЕЂУНАРОДНА ПРАКСА И ТЕОРИЈА

а) *Пракса*

Управо су одредбе о људским правима у Повељи УН, а посебно у члановима 55. и 56. изазвале расправу још на Конференцији у Сан Франциску о њиховом односу према унутрашњој надлежности држава којој је посвећен члан 2, тачка 7. Повеље, поготово што тада није било одредаба које би као касније говориле о једнакој важности и непостојању сукоба. Представници малих држава су сматрали да се члан 2, т. 7. не односи на људска права пошто она нису у унутрашњој надлежности држава. Супротно је било схватање великих сила које заступао J. F. Dulles. Међутим, то није било ничим поткрепљено и свело се на понављање да Уједињене нације не могу да се мешају у унутрашње ствари држава. Тако је остало неразјашњено питање да ли су људска права у надлежности држава. Расправа о томе је продужена и водила се како приликом израде појединих аката, тако и у конкретним случајевима који су разматрани пред политичким и судским органима.

1⁰ На изглед највише је расправе било приликом израде пактова о људским правима. Пошто је одбијен захтев да се у пактове унесу одредбе по којима би људска права била у искључивој надлежности држава поднето је више предлога којима се хтело то исто постићи у конкретним питањима (право на самоопредељење, надлежност Комитета за људска права, право петиције) али су они одбијени у свим органима (Комисији за људска права, Економском и социјалном савету и Генералној скупштини). Чини се да су превагу однеле присталице међународне надлежности али је та надлежност факултативна.

2⁰ Нешто слично је требало очекивати приликом израде конвенције о уклањању свих облика расне дискриминације чији је нацрт предвиђао сличне мере као и нацрт пакта о грађанским и политичким правима. Међутим, присталице унутрашње надлежности држава су у овом случају биле знатно тише да се не би замериле азијским и афричким државама које су тражиле строге мере надзора. Зато су иступања била врло блага и начелна и само су две државе (Ирак и Танзанија) остале до краја против мера међународног надзора. Ово питање није покренуто приликом израде других аката из области људских права. Тако изгледа да су Уједињене нације чврсто на становишту да испуњавање међународних обавеза није унутрашња ствар држава.

(25) M. Marković, *Implementation of human rights and the domestic jurisdiction of States*, "Nobel Symposium 7. International Protection of Human Rights", Stockholm 1968, pp. 62, 56; М. Милојевић, *Међународна заштита људских права и развој међународног права*, „Развој и перспективе Уједињених народа", Загреб 1973, стр. 239—240, 241—242, 244—246.

3⁰ Тај став су у више махова поновиле у много жучнијим расправама поводом појединих оптужби за кршење људских права. Неки од њих су на дневном реду кроз читаво досадашње деловање (случај Јужне Африке) док су у неким била помешана људска права и дипломатски имунитети (супруге страних дипломата у СССР). Људска права су најчешће била повезана са политичким питањима (случајеви Мађарске, Кипра, Јужне Родезије, Адена, Омана и Тибета) а приговор унутрашње надлежности државе је истакнут и у случају заштите мањина (у Болцану 1960—1961). У свим случајевима Генерална спуштина је одбацивала приговор унутрашње надлежности и предлагала решење у складу с међународним правом. Једини је изузетак направљен у случају совјетске оптужбе у погледу поступања с политичким затвореницима у Грчкој (1948) када су и Генерална скупштина и Савет безбедности сматрали да је реч о унутрашњој ствари државе. Међутим, то је било на самом почетку рада Уједињених нација а убрзо је заузет супротан став у свим случајевима који су разматрани.

4⁰ У неким случајевима су се изјашњавали Генерална скупштина и Међународни суд правде. Било је то у случају оптужби за кршење људских права и слобода у Бугарској, Мађарској и Румунији (1948). Иако се радило о поштовању одредаба уговора о миру (1947), спор је формално био око обавезе решавања спора по уговорима. Не изјашњавајући се о томе да ли су људска права у унутрашњој надлежности или не, Међународни суд правде је у саветодавном мишљењу (1950) то посредно рекао истакавши да је извршење уговора (мисли се на одредбу о решавању спорова) међународно питање. Самим тим то важи и за права из уговора. Тиме је поновљен став Сталног суда међународне правде изражен у саветодавним мишљењима о декретима о држављанству у Тунису и Мароку и о стицању пољског држављанства (1923) да не може бити речи о унутрашњој надлежности када постоје међународне обавезе.

б) *Теорија*

У теорији су ставови различити али се могу свести на два. По једнима су људска права у унутрашњој надлежности држава а по другима то више нису.

Прво гледиште заступају припадници тзв. класичне доктрине. По њима је сувереност апсолутна и свако њено ограничавање је супротно међународном праву. Осим тога, држава је једини субјект међународног права и само она има нека права и обавезе на међународном плану. Овај став заступају писци из држава које у суверености виде најбољу заштиту свих својих интереса. Међу њима су и писци из источноевропских држава, највише из СССР.

Модернији писци сматрају да при постојању јасних правила међународног права у овој области не може бити више речи о искључивој надлежности држава. Међународна заштита у ствари не би постојала ако би од сваке државе зависило како ће испуњавати међународне акте на основу којих су међународне организације надлежне за питање људских права. Самим тим она више не могу да буду у искључивој надлежности држава. Тај став заступа све већи број писаца. Разумљиво је што међу њима има разлике у нијансама.

У том погледу важно је поменути да више писаца сматра да су међународне организације овлашћене да расправљају о повредама људских права када су доведени у опасност мир и безбедност. Може се приметити да се мноштво основа користи за пребацивање на посебан случај који је предвиђен као изузетак од правила о неинтервенцији. Не крије ли се у томе покушај да се људска права посредно сврставају у унутрашњу надлежност држава? Неспорно је да су Уједињене нације надлежне у свим случајевима угрожавања мира и безбедности из било ког разлога, укључујући повреде људских права, нарочито ако су оне масовне. Међутим, то не значи њихову надлежност у случајевима појединачних повреда. То потврђује како надлежност више органа Уједињених нација (Савет безбедности је најмање погодан за заштиту људских права), тако још више надлежност других међународних организација (специјализованих установа, регионалних организација и др.) које се не баве питањима мира и безбедности. На томе се заснива и право појединаца да подносе петиције за заштиту сопствених права а не неких међународних интереса, иначе би њихове петиције најчешће биле недопуштене јер немају ништа заједничко с миром и безбедношћу. Очигледно је да многа питања још нису разјашњена, почев од саме терминологије.

Међународни акти употребљавају различите изразе али се могу разликовати „искључива унутрашња надлежност" и „унутрашња надлежност". Они се тако употребљавају и у нашој литератури. Многе расправе о људским правима откривају да су нека неслагања привидна јер употребом различитих израза имају у виду различите ствари. Зато је вредан пажње напор Института за међународно право које је у два маха (1931—1932, 1950—1954) разматрао ово питање. Нарочито је важна његова резолуција од 1954. у којој се јасно разликују ови појмови.

Искључива унутрашња надлежност обухвата делатности државе у којима надлежност није ограничена међународним правом (чл. 1).

Унутрашња надлежност обухвата питања која по својој суштини спадају у унутрашњу надлежност државе без обзира да ли је ограничена надлежношћу међународних организација (чл. 2).

Очигледне су разлике међу њима У првом случају је реч о питањима за која је искључиво надлежна држава, тј. само она је овлашћена да о њима расправља и одлучује. Пошто је реч о државама то значи без икаквог утицаја или приписака споља. У другом случају је реч о питањима која су изворно у надлежности државе. Она то остају и даље али држава не мора да буде искључиво надлежна већ то могу постати и други субјекти међународног права, пре свега међународне организације. То је случај људских права.

V. НАДЛЕЖНОСТ У ОБЛАСТИ ЉУДСКИХ ПРАВА

Уједињене нације и друге међународне организације су увек стајале на становишту да људска права више нису у искључивој надлежности држава. Осим тога, оне су се у свим случајевима сматрале надлежним да расправљају и одлучују о питању надлежности. Оне су

ово непосредно чиниле изјашњавајући се о приговорима ненадлежности у појединим случајевима оптужби за кршење људских права. Међутим, оне су много чешће то чиниле посредно, како доношењем општих аката о заштити људских права (који нису само уговори у строгом смислу речи као акти држава чланица) тако и појединачних којима се позива на поштовање обавеза које се тичу људских права. На тај начин је потврђено њихово право да доносе и појединачне одлуке, укључујући оне о образовању посебних тела за проучавање појединих питања везаних за поштовање људских права. То значи да се сматра да људска права више нису у искључивој унутрашњој надлежност држава. Осим тога, оне су се у свим случајевима сматрале су истицани међународни уговори а јасно је да саме државе не могу да одлучују о тумачењу и испуњавању међународних обавеза. То никако не значи да су у прилог искључиве унутрашње надлежности држава у области људских права истицани само правни разлози. Напротив, они су били више политички а ни међународне организације се нису придржавале само правних мерила. Њихова надлежност у области људских права је врло широка и у тој мери ограничава надлежност држава. Тако изгледа да је Повељом УН и другим актима надлежност држава појмовно проширена али је низом аката (па и самом Повељом) садржински све више сужавана.

То не значи да су државе лишене надлежности у овој области. Њихову надлежност потврђују многи уговори. Осим изричитог и прећутног признавања те надлежности (нпр. условљавањем људских права и слобода поштовањем унутрашњег права или прописа о заштити морала, обичаја, здравља, сигурности) Универзална декларација о људским правима (1948) и пактови о људским правима (1966) говоре о дужности грађана према државама. Тиме се примена међународних обавеза везује за правни поредак сваке државе. Осим тога, многи уговори изричито захтевају од држава да предузимају одговарајуће мере (нпр. забране дискриминацију), чиме државе добијају надлежност коју раније нису имале. Организовање заштите људских права и слобода на унутрашњем и међународном плану подразумева обезбеђење ефикасних унутрашњих правних средстава.

Из тога произлази да постоји упоредна, заједничка или подељена надлежност држава и међународне заједнице, односно међународних организација. Тиме је одређен њихов међусобни однос, истина ограничен на подручје људских права али сигурно значајан и са ширег становишта, посебно што је реч о појединцу чији правни положај уређују прописи како државног, тако и међународног права. То је разлог што се одредбе о немешању у унутрашње ствари налазе у деловима статута међународних организација који уређују односе између организација и њихових чланова. Другачије не може да буде у савременој међународној заједници. Поборници апсолутне суверености треба да се сете речи некадашњег совјетског министра иностраних послова Литвинова, изговорених 1936. у Друштву народа, да је суверена и да може да ради шта хоће само држава која нема никакве међународне обавезе. То је данас немогуће, па се намеће закључак до кога је дошао наш писац:

„Стремљење за бољим уређењем људског друштва је исто тако део опште људске авантуре као што је стремљење за развојем медицине, технике, хемије итд. Из истих разлога из којих је човек с оне стране границе у модерној привреди исто тако вредан као и онај с ове стране јер већа производња, јачи развој науке и културе с оне стране користи и овој страни — и друштвено уређење које омогућује успешнију производњу, бржи развој науке и културе на једној страни корисно је и другој страни. Зато је борба за што боље друштвено уређење свагде на свету исто тако општељудски задатак као што је, на пример, борба за бољу здравствену заштиту. Техника друштвеног уређења је наука као и свака друга а наука није унутрашња ствар ниједне државе. То што у међународном праву управо питање друштвеног уређења још увек морамо сматрати у највећем степену унутрашњом ствари последица је ненаучног прилажења том питању које га у најбољем случају сматра као ствар такмичења (за разлику од ствари које треба наметнути) уместо да га сматра предметом заједничког испитивања да би се постигли најбољи резултати“ (26).

Отуда питања поштовања и заштите људских права и слобода као универзалних вредности не могу бити у искључивој надлежности држава. Следствено се интересовање за људска права у појединим земљама не може сматрати мешањем у њихове унутрашње ствари, било да су у питању права појединаца или мањина. То важи како за оцењивање стања, тако и за предлагање решења. Савремени човек се не задовољава да буде само обавештен о збивањима у свету већ сматра да има право да се о свему изјашњава. Оно што важи за појединце важи и за невладине организације као представнике делова јавног мнења. Утолико пре то мора да важи за деловање међувладиних организација и држава. Званичне интервенције дипломатских или конзуларних представника се не могу сматрати недопуштеним јер је њихова дужност да штите интересе својих држављана у државама у којима су акредитовани. Разуме се да то морају чинити правно допуштеним средствима а њихови захтеви се морају односити на поштовање прихваћених прописа а не на подстицање унутрашњих немира. Ту разлику многи државници не виде или не желе да виде па и само покретање питања људских права сматрају мешањем у унутрашње ствари њихових земаља (27). Разумљива је осетљивост када се расправља о сопственој земљи а у пракси је став држава зависио од тренутних политичких интереса или политичких симпатија или од тога да ли се налазе у улози тужиоца или туженог. Међутим, када се ствар објективно посматра, не смеју се затварати очи пред заинтересованошћу данашње међународне заједнице за положај човека ма у којој се држави налазио.

(Примљено 20. 03. 1988)

(26) Л. Серб, *О правно-организационој замени за нуклеарно застрашивање*, „Југословенска ревија за међународно право“, 1963, бр. 2, стр. 209.

(27) Најновији пример представља поступак кенијског председника Данијела Арапа Моија који је одбио да са Реганом разговара о повредама људских права у Кенији а посету Лондону скратио у знак протеста што се људска права стављају у средиште пажње. *Спор око људских права у Кенији*, „Политика“, 15. март 1987, стр. 3.

Dr. Momir Milojević,
Professor of the Faculty of Law in Belgrade

JURISDICTION OF STATES AND HUMAN RIGHTS

Summary

In terms of international law the sovereign equality of states is a necessary ground of relations between the states and the nations. This principle served as a legal ground for preventing outside meddling in internal affairs, especially by the great powers. This was particularly important to smaller and medium-size states in preserving their independence, while the great powers needed it to maintain the balance of forces. This gave rise to a joint basis of theory according to which every state, people or nation are entitled to regulate their life without any foreign influence. This conception found its way also in treaties on peaceful settlement of disputes, and in statutes and general acts of the international organisations.

At the same time there is another, to a degree contrary, trend in the theory of state. The issue of position of man acquires significance within the limits of state, being protected by the principle of non-intervention. This is witnessed also since the *Magna carta libertatum* (1215) and up to the Declaration on the Rights of Man and the Citizen (1789). Namely, the safety of legal transactions required that some issues be exempted from the power of local sovereigns. This is particularly true in case of human rights.

The international community therefor gradually abandons the traditional conception according to which the position of man is regulated by internal state law. This position is tocay regulated also by numerous international acts. Consequently, international organisations have a duty to study and regulate various aspects of human rights and basic freedoms. Their practice confirms this statement in course of drafting international instruments relating to human rights, and in cases of accusation for violation of basic human rights.

There is no doubt, theoretically, that human rights do not fall in the exclusive jurisdiction of states, since there exist parallel, joint or divided jurisdiction, pertaining both to the states and the international community, namely corresponding international organisation, because this field is regulated by municipal and by international law. The relationship between these two systems of norms determines the development of international relations.

Key words: *Human rights. — International community. — International organisations. — International law. — Jurisdiction of state.*

Momir Milojević,
professuer à la Faculté de droit de Belgrade

LA COMPETENCE DES ETATS ET LES DROITS DE L'HOMME

Résumé

Le droit international pose l'égalité souveraine des Etates comme base nécessaire des rapports entre les Etates et les nations. Ce principe servait comme la base juridique afin d'empêcher l'ingérence d'autres Etats, des grandes puissances en particulier. Cela était indispensable aux petits et moyens Etats pour la sauvegarde de leur indépendance. Aux grandes prissances c'était nécessaire pour le maintien de l'équilibre des force.

D'où la base commune de la théorie d'après laquelle chaque Etat, peuple ou nation e le droit de régler sa vie sans aucune influence étrangère. Cette conception, fondée sur une sorte de consensus général, recevatit son application particulière aussi bien dans les traités portant sur le règlement pacifique des différends que dans les statuts et actes généraux des organisations internationales.

En même temps il est possible de constater un autre procesus, dans certaine mesure contraire à l'évolution de le théorie de l'Etat. Dans les cadres étatiques, protégés par le principe de non-intervention, la question de la position de l'homme occupe de plus en plus une place importante ce que témoignent de nombreux actes de la fameuse *Magna carta libertatum* (1215) jusqu'à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789). La sécurité du commerce juridique exigeait que certaines questions soient soustraites à l'arbitraire du souverain local. Cela est vrai surtout dags le domaine des droits de l'homme.

Pour cette raison la communauté internationale abandonne progressivement la conception traditionnelle selon laquelle le statut de l'homme est réglé par le droit interne étatique. Son statut est actuellement déterminé aussi par les nombreux acts internationaux. Par conséquent, les organisations internationales sont chargées d'étudier et de régler divers aspects des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Leur pratique confirme pleinement cette constation lors de l'élaboration des instruments internationaux relatifs aux droit de l'homme et aussi dans les cas particuliers d'accusation pour la violation des droits fondamentaux de l'homme.

Du point de vue doctrinal il est hors de doute que les droits de l'homme ce relèvant plus de la compétence exclusive des Etats. Plus exactement, dans ce domaine il s'agit de la compétence parallèle, commune ou partagée des Etats et de la communauté internationale (des organisations internationales respectives) car le statut juridique de l'individu est réglé tant par le droit étatique que par le droit international. Les repports entre ces deux systèmes normes sont déterminés par le développement des relations internationales.

Mots cle: *Droits de l'homme. Communauté internationale. — Organisations internationales. — Droit international. — Compétence des Etats.*

UDK — 34(=919.83)(091):343.24/.29

Изворни научни рад

др Милутин Р. Буричић,
адвокат у пензији из Пећи

ЈОШ ЈЕДАН ПРИЛОГ ПРОУЧАВАЊУ КАЗНИ У АЛБАНСКОМ ОБИЧАЈНОМ ПРАВУ

На основу сопствених истраживања на Косову и Метохији, аутор је нашао да албанско обичајно право не почива на моралним и религијским нормама, већ је његово кршење санкционисано казнама.

Казне су приватне. Поред крвне осветe, редовне су казне убиства за кршење бесе (вероломства и издаје), пенално обештећење (in duplum), двоструко умањивање штетникове имовине, забрана поновне удаје женским лицима, принудна удаја кћери штетникове за оштећеног и друге казне о којима је раније писано на другом месту.

Даљим проучавањем дошао је до сазнања о казнама: прогонства породице делинквената из својег у туђе племе, паљења кућа, клања стоке, предаје непослушног мушког лица туђим господарима, кажњавања жена сексуалном апстиненцијом.

У тексту је наведено ко изриче и извршава те казне, чија је сврха поштовање арбанашке бесе и превазилажење крвне освете.

Кључне речи: *Албанско обичајно право. — Приватна казна. — Крвна освета. — Сексуална апстиненција.*

О казнама у обичајном праву Алабанаца на Косову и Метохији већ сам једном писао. Као приватне казне помињао сам: крвну освету, убиства за вероломства и издаје, кажњавање *in duplum* за накнаду штете, двоструко умањивање штетникове имовине, прогонство у туђину, забрану преудаје, принудну удају штетникове одиве за оштећеног, принудно премештање оштећене капије на штетникову авлију (1). То излагање није потпуно јер нису обухваћене све казне. Тим написом није довољно обрађена казна прогонства у туђину нити сам се дотицао казне паљења куће, клања стоке, предаје непослушног муш-

(1) Милутин Р. Буричић, *Казне у обичајном праву Албанаца на Косову*, „Адвокатура" часопис Адвокатске коморе Србије, год. VII, број 2, април—јуни, Београд 1981, стр. 50—55.

карца туђем господару куће и кажњавања жена сексуалном апстиненцијом. То чиним овим прилогом, сматрајући корисним за правну историју да се и ове казне забележе, утолико пре што обичајно право Албанаца може бити од методолошке користи за реконструкцију раног римског права насталог из обичаја.

Казна прогонства у туђину

То је прогонство (из села) делинквента са читавом фамилијом, што подсећа на римско *expugnatio*. Ту казну изричу албански обичајни судови, већа старац и братственичке скупштине и то, најчешће, као меру предострожности да се уговор о миру не раскине крвном осветом.

Сврха казне је да се прекине сваки визуелни контакт породице делинквента са породицом оштећеног. Како сам изнео у свом раду *Женска беса и крвна освета* (2), блуд је најчешћи узрок крвних завада и освета. Блуд је чести између кума и кумова, рођака и снаха у истим или суседним селима. Услед блуди крвне освете се могу понављати у недоглед. Кумове мире већа старац а рођаке братственичке скупштине. Мушком преступнику се изриче казна прогонства из села са целом фамилијом:

Ево примера:

— Кумови Демаји и Рапаји, суседи из села Ступ и Трстеник у Метохији, слободно су се посећивали, тј. нису чували жене један од другог. Услед тога дође до узајамних симпатија између мушких и женских особа из њихових кућа. Да би се то онемогућило намести се лажан повод и мотив 1941. године (свађа због гомиле камења) и паде мушка глава. Деценијама су вршене поновљене освете, све док шездесетих година, уз припомоћ органа унутрашњих послова, мировно веће не помири завађене. Тада би одлучено да породица Демај напусти своје село и исели се у место где неће имати контакте са Рапајима. Демаји продадоше имање у селу и одселише се код Баковице.

— Шездесетих година у братству Хадерђонај у Вокши, близу албанске границе, дође до свађе и крвопролића међу рођацима. Тачан узрок није саопштаван. Братственичка скупштина помири завађене по обичајима (да оштећеном буде плаћена крвнина), с тим да се фамилија делинквената прогна из Вокше у место из којег се неће ни сретати с оштећенима. Осуђени су продали пољопривредно имање најближим рођацима, уз право прече куповине, по цени коју је купац понудио, и одселили се близу Баковице.

Прогонство у туђину је врло тешка казна. Прогнани бивају лишени братственичко-племенске заштите и излажу себе и своју фамилију дивљој ксенофобији. Уместо да прељубом подмећу наследнике кумовима и рођацима, западају у опасност да им у месту прогонства буду подметнути наследници. Своја имања морају продати по цени коју нуди купац, а куповати другу по ценама које хоће продавци-туђини. Албански сељаци су, пре рата 1941. године, тражили од полиције да се та казна унесе у државни кривични закон и изриче непоштеним људима.

(2) ЦАНУ „Гласник одељења друштвених наука", Титоград, 4/1983, стр. 100—175.

У последње време намештају се сваће око жена и да би се неко прогнао из села. Ако странац купи непокретност, без поштовања пречег права рођака и помеђаша, протури се глас да је непоштен у односу према туђим женама. Тако га застраше да прода имовину и да се исели. На тај начин су сељаци из Накла код Пећи принудили Шабана Гроша из Рутова да им прода воденицу коју је, противу њихове воље, био купио од Шахзаде удове Халми-бега. Сваће због непоштења у односу према женама служе и као средство притиска за исељавање Срба са Косова и Метохије.

Казна паљења куће

Изгледа да је то врло стара казна. Известиоци је везују за кривоклетство. Кад осумњичени наведе лажном заклетвом саклетвеника на кривоклетство, овај последњи позива остале саклетвенике да кривоклетнику (осумњиченом) запале кућу. Таквих примера је било у Рутову.

У новије време казна паљења куће утврђује се на међуплеменским скупштинама. У току окупације (1941—1944) албански сељаци у околини Дечана су везали бесу да неће вршити крвне освете док траје рат. Али неки сељак из Дечана преступи ту бесу и уби дужника крви. Чувари бесе са народом запалише му кућу. (Саопштење Мурата Кадри Шаље, барјактара из Истинића од јуна 1963. г).

У току непријатељске окупације (1941—1943) била је везана беса да се прогањају сви насељеници са Косова и Метохије и да им се запале куће са вађењем крајеугаоног камења у темељу, што значи без права на повратак и обнову кућа. (Уколико се крајеугаоно камење не извади из темеља, власник може, после одређеног времена обновити кућу). Тако су спаљена готово сва насељеничка села на Косову и Метохији.

Казна клања стоке

Та казна се уговара на међуплеменским скуповима. Обично се установљава да би се поштовао неки привредни ред. Сељаци из околине Дечана су се договорили шездесетих година нашег века да неће красти шуме. Шумокрадицама је запрећено клањем стоке. Чувари бесе су извршавали ове одлуке и клали телад и јунад шумокрадицама, па место делили мештанима из њихових села. Из Покрајинског секретаријата за унутрашње послове у Приштини упозоравали су да овакве казне нису прикладне државним законима. Но, и без тога, шумокрадица је било тако много да је беса брзо погажена.

Предаја непослушног мушкарца туђем господару

То је казна коју изриче господар куће над мушкарцем који је под његовом *моћи* (алб. *fuqia*, сл. римском *patria potestas)* тако што непослушног убицу из своје *моћи* предаје у *моћ* господара куће која претендује на крвну освету. Нови господар куће треба да му пресуди.

Преносећи *usus, fructus* и *abusus* над непослушним мушкарцем, господар куће екскулпира себе и своје укућане кривице коју је учинио (непослушни) издати мушкарац. Нови господар може поступити по свом нахођењу — убити, употребити за рад итд. примљеног мушкарца. Предаја има трајан карактер. Тако је по предању. И то само, како изгледа, теоретски. У пракси је другачије.

Када сам од Мурата Кадри Шаље из Истинића, барјактара и дугогодишњег члана арбанашких мировних већа, тражио пример предаје непослушног мушкарца туђем господару, добио сам, крајем шездесетих година следећи одговор:

— За такав пример не знам. На Косову и Метохији *fis* (племе) не дозвољава предају свога припадника непријатељу. Радије ће жртвовати једног свог мушкарца да погине него предати свезаног припадника непријатељу. Ако би га господар куће предао непријатељу, овај би га могао убити, као што сам чуо да се дешавало у северној Албанији. На Косову и Метохији тражи се *besa* (дозвола за слободу кретања) и излазак на обичајно-правни пут ради измирења крвних завада плаћањем крвнине. Но, чуо сам да тај обичај постоји у северној Албанији, где су католички свештеници водили везане крвнике у кућу од које се очекивала крвна освета, стављали им главе на пријеклад од огњишта и тражили да их господар и кућа у коју су их довели развежу и ослободе освете или да своја огњишта залију крвљу и убију их на лицу места. Но, на Косову и Метохији се *своја крв* добровољно не предаје осветнику.

Ни са других страна нисам добио обавештења која би била супротна исказу Мурата Кадри Шаље.

Но, пошто та казна постоји у обичајима Албанаца — католика у северној Албанији намеће се питање: шта она управо представља у контексту који је изложио М. К. Шаља. Изгледа да је то више церемонијални обичај којим се хоће умилостивити оштећена страна да дуг у крви претвори у новчану тражбину. Јер, код Албанаца није обичај извршити освету у својој кући, ни своје огњиште заливати крвљу. Није обичај вршити освету ни над убицом који се креће у друштву других лица, поготову свештеника, јер се запада у крвни дуг према тим другим лицима и парохији.

Католичко свештенство у северној Албанији се више мешало у мирење крвних завада него муслиманско на Косову и Метохији, где је развијена мрежа већа стараца и судећих кућа, који су судили и северноарбанашким племенима (на пример: судница „ода" у Јунику). Казну предаје непослушног мушкарца туђем господару куће свештенство је претворило у церемонијал, формализам орачунат на понизност делинквентовог племена оштећеној страни, чиме се умилостивљавало на помирење.

Тако је када *fis* треба да преда истоплеменика. Другачије је када треба да преда иноплеменика који није *„своје крви"*, тј. када треба да преда подметнутог наследника. Један сељак, католик из околине Клине у северној Метохији, саопштио ми је почетком седамдесетих година:

— *Fis* (племе) не брани господару куће да подметнутог наследника преда везаног оштећеној кући. Напротив. Прво га научи да неког убије из куће природног оца, а затим га излаже погибији слањем да

се креће без дозволе за слободу кретања. А ако кућа оштећеног хоће, предаће га као делинквента кући природног оца, па нека га убије. Најслаже је кад своја крв убија своју крв. Главно је да се не наследи туђа земља.

Но, нисам нашао ни код муслимана ни код католика на Косову и Метохији пример да је макар и подметнути наследник као убица предаван непријатељу. Нико неће да призна да му је мајка или жена извршила прељубу. Тиме би се вређали достојанство мужа и родбина жене. Подметнутим наследницима се најчешће саветује да се иселе из места у неки други крај.

Предаја непослушног мушкарца кући туђег господара подсећа на установу *deditio* код Римљана, а та казна, као што се види, није без везе са крвном осветом. У Црној Гори у XIX веку, примани су тако предати мушкарци да раде за оштећене. Данас се убице не предају осветницима већ се обично, пред страхом од освете, пријављују милицији да их затвори и преда државном суду. Али претња казном постоји да се зна да је господар куће једини „бог" у кући и да никога другог не треба слушати. Стога религијска заповест гласи: „Немој имати других богова уз мене" (3).

Кажњавање жена сексуалном апстиненцијом

Казну сексуалне апстиненције не познаје ниједно савремено право. Та казна постоји у обичајном праву Албанаца.

Ту казну изриче господар куће или муж — женама. Казна постоји у виду забране удаје кћери, забране преудаје разведеној жени и у виду забране сексуалног општења напуштеној жени без развода брака.

Забрана удаје кћери наступа у случају када исту женску особу вери више момака. Отац је вери за једног, господар куће за другог, брат за трећег итд. Ако сви веренци не одустану у корист једног, прети опасност да дође до крвне заваде. Изневерени веренци могу таквој женској особи убити мужа који ју је узео за жену или онога који их је преварио. Да не би дошло до крвопролића господар куће забрани удају кћери. То се не зове забрана, већ се каже да је веренца дала *завет* да се неће никада ни за кога удавати. После тога ниједан веренк нити има право на њу, нити има право кога да убије. Обично се мисли да такве женске особе нису способне за полни живот, те се одевају као мушкарци, носе оружје и слободно крећу међу својим рођацима. То су заветоване девојке — *тобелије (вирџине)*, каквих је много било у старом свету око Азовског мора. Можда су то прапочеци калуђерског живота жене. Тобелија је донедавно било у Ругови. До почетка бављења својом адвокатском праксом 1958. г. сретао сам их у Ругови.

Забрана преудаје је казна коју муж изриче разведеној жени. Пошто разведе брак, муж враћа жену њезиној родбини уз забрану да се поново уда. То је сексуална апстиненција. Муж са њом неће општити јер се развео. *Fis* са њом неће ступити у интимне односе јер постоји забрана родоскврнења. Иноплеменик се са њом не сме оженити јер ће га убити разведени муж. Ту често посредују већа старац (алб.

(3) Библија, Пета књига Мојсијева V, 7.

pleqnia) да се разведеној жени дозволи преудаја у месту веома удаљеном од куће њезиног бившег мужа. Забрана преудаје има још у Метохији. То се правда бесом коју је жена дала разведеном мужу, љубомором, страхом да не одају породичне тајне, бојазни да би следећи муж могао убити оног претходног итд.

Напуштање жене без развода брака је казна коју изриче муж непокорној жени. Муж одводи жену у родитељски дом, где је оставља, па више не долази да је врати у своју кућу. Родбини напуштене жене саопштава да „неће да држи жену", али да неће ни да је „пусти". То се у народу зове „ни држање ни пуштање жене". Као што је већ речено, жена је кажњена сексуалном апстиненцијом. Нико са њом не сме ступити у интимне односе. Муж неће. Рођаци не смеју. Родбина је дужна да је чува. Муж је може узети од родбине када хоће. Он се може и другом оженити, јер му брак са њом не представља никакву сметњу. Тако је учинио један професор из fisa Гаши у Дубову према својој жени из fisa Бериша у Новом Селу код Пећи.

Све овако кажњене жене су под „сметњом" (алб. *pëng*, што значи залога). У првом случају кћер је била заложена већем броју вереника и настоји да се тога ослободи заветом да се неће удавати. У другом, залоге је није ослободио разведени муж, коме је дала бесу на доживотну верност и потчињеност. У трећем случају брак није ни разведен, већ га је муж оставио на снази а самим тим и бесу да ће му жена бити верна и послушна. Има жена које се и после мужевљеве смрти осећају заложеним његовој сени.

Мушки пол не може бити кажњаван сексуалном апстиненцијом (сем завета који у последње време дају арбанашки фратри). Мушкарци се могу женити и док су у браку са првом женом. То им дозвољава ислам и обичаји, али не и католичка црква. Мушкарци могу убијати своје ривале. Жене не могу убијати своје подруге јер би за такве њихове поступке главом одговарали њихови родови.

Закључак

У закључку би се могло истаћи да су казне у арбанашком обичајном праву претежно приватног карактера (крвна освета, убиство за вероломство и издају, наплата штете *in duplum*, осветничко двоструко умањивање штетникове имовине, казна сексуалне апстиненције, предаја везаног мушкарца туђем господару куће). Отуда се може размишљати је ли природноправна теорија о настанку првобитног права из обичаја основана.

Друге су казне уговорене на међуплеменским скуповима (паљење куће, клање стоке). Треће изричу мировна тела (принудна удаја штетникове одиве за оштећеног, прогонство у туђину, принудно премештање оштећене капије на штетникову авлију). Но све то ипак упућује на природноправни, готово нагонски однос обичаја према настанку уговора и „судског" права. Отуда би уговорна теорија о настанку права важила тек уз приоритет природноправне теорије.

И са тог правноисторијског и теоријског становишта могло би се посматрати обичајно право Албанаца.

(Примљено 5. 02. 1990)

Dr. Milutin Đuričić,
Retired Practicing Lawyer, Peć

ON PENALTY IN ALBANIAN CUSTOMARY LAW

Summary

On the ground of own research in Kosovo and Metohija, the author concludes that Albanian customary law is not founded on moral and religious norms, but its violation is sanctioned by penalties.

The penalties are of a private character. In addition to vendetta, regular penalties for the offence of murder due to breaking the word *(besa)*, namely treachery and betrayal, are penal compensation *(in duplum)*, double diminishing of damage-feasor's property, prohibition of remarriage of females, compulsory marriage of damage-feasor's daughter — the groom being the person suffering damage, as well as other penalties, which have been treated by the author earlier.

Further research widens the list of penalties, such as: driving into exile of the family of the delinquent to another tribe's territory; burning the house, slaughtering cattle, handing over of disobedient male to alien masters, punishing women with sexual abstinence.

Also elaborated in the article are the persons entitled to pronounce and execute the above penalties, the main aim of which are the respect for the Albanian *besa* and overcoming of blood feud.

Key words: *Abandoning protection. — Vendetta. — Sexual abstinence.*

Milutin Đuričić
avocat à la retraite de Peć

UNE CONTRIBUTION À L'ÉTUDE DE LA PEINE DANS LE DROIT COUTUMIER ALBANAIS

Résumé

A partir de ses propres recherches au Kossovo et en Métohie, l'auteur a trouvé que le droit coutumier albanais ne reposait pas sur les normes moraux et religieux, mais que sa violation est sanctionnée par des peines.

Les peines sont privées. Outre la vendetta, on rencontre régulièrement la peine de mort pour la violation de la bessa (trahison et inexécution), le dédommagement pénal (in duplum), la diminution double de la propriété de la personne qui a provoqué le dommage, l'interdiction aux femmes de se remarier, le mariage forcé de la fille de la personne qui a provoqué le dommage, à la personne lésée et les autres peines que j'ai analysée dans mes articles précédents.

L'étude approfondie a permis de constater que les peines suivantes existaient: la persécution de la famille du délinquant qui doit passer de sa tribue à une autre, l'incendie de la maison, l'égorgement du bétail, la tradition de la personne masculine à un autre maître, la peine de l'abstinence sexuelle prononcée à l'encontre des femmes.

Dans le texte on précise qui prononce et exécute les peines, dont le but est d'assurer le respect de la bessa albanaise et le dépassement de la vendetta.

Mots clé: *L'abandon de la protection. — La vendetta. — L'abstinence sexuelle.*

UDK — 342.4(620)

Прегледни чланак

др Мохсен Калил (Mohsen Khalil),
професор Правног факултета у Александрији
потпредседник Међународног удружења за уставно право

РАЗВИТАК И ПРИРОДА УСТАВНИХ ПОРЕДАКА У ЕГИПТУ*

Египатска уставна повест познаје два раздобља и чак шест устава. У доба монархије, које је трајало од 1805. до 1952. г. донети су устави 1923. и 1930. године. У републици су донета четири устава: 1956, 1958, 1964. и 1971. године. Последњи устав је још увек на снази. Египат је током своје уставне повести више пута мењао политички поредак, а данас живи у полупредседничком систему, који подсећа на француску пету републику.

Кључне речи: *Египат. — Устав. — Развитак. — Поредак. — Раздобље.*

Увод

Почетак египатског уставног поретка носио је, пре свега, печат турског освајања 1516. године кад је Египат постао држава афилирана Отоманскоме Царству. Затим је 2. јула 1798. дошла француска експедиција којом је командовао Наполеон Бонапарта. Владавина Мохамеда Алија, родоначелника краљевске породице, почела је 1805. а продужили су је његови наследници све до Устава 1923. године који се сматра првим истинским уставним демократским режимом у Египту.

При свему томе, пре 1923. постојала је апсолутистичка владавина јер је сва власт била у рукама земаљског поглавара — то је био турски паша којег је именовао султан. Уз њега су постојала саветодавна већа лишена сваке стварне власти. Француска експедиција није представљала само војничко надирање, јер су Египту учињене многе интелектуалне и научне услуге, међу којима се нарочито истичу штампарија, књига о повести, географска карта Египта, као и откриће камене розете која је омогућила разумевање хијероглифског језика. С друге стране, политичка власт Наполенова и његових наследника била је готово апсолут-

* Предавање одржано на Правном факултету у Београду 16. новембра 1988. године.

на, с изузетком неколико саветодавних већа. Та експедиција није дуго трајала. Почела је 1798. а завршила се 1801, што ће рећи укупно три године.

Кључни уставни догађај после француске експедиције био је долазак на власт Мохамеда Алија 1805. г. и доцније, његове династије, која је добила наследно право на управљање Египтом. Мохамед Али је савременој уставној повести утиснуо снажан печат.

Због свега тога поделићемо ову студију о развитку и природи уставних поредака у Египту на две главе: прва ће се односити на краљевско раздобље, док ће друга разматрати републиканско доба које је почело 1952. и траје до данашњега дана.

ПРВА ГЛАВА

Развитак и природа уставнога поретка у Египту у краљевскоме раздобљу

Краљевско раздобље почело је 1805. појавом Мохамеда Алија, а завршило се преузимањем власти од стране египатске војске 23. јула 1952. године. Два важна устава представљају велике прекретнице у уставноме животу краљевског доба: Устав од 1923. и онај од 1930. Први устав је био дуже у примени и, као што ће се видети, имао је више демократских обележја.

Но, пре него што се подробно прикажу обележја ових двају устава, требало би учинити један повесни осврт на политички живот пре доношења Устава од 1923. Стога ћемо ову главу поделити на два одељка.

Први одељак

Повесни преглед политичкога живота пре доношења Устава од 1923. године

Већ смо казали да су Мохамед Али, који је на власт дошао 1805. и његови наследници добили искључиво право да управљају Египтом по реду наслеђа. Владавина Мохамеда Алија и његових наследника Ибрахима и Абаса била је по својој природи апсолутистичка, јер су уз владаоца постојала само саветодавна већа, чије мишљење није обавезивало отоманског пашу.

Нову етапу означио је долазак на власт Кедива Исмаила, образованог у Паризу и импресионираног француском културом. Он је желео да Египат учини делом Европе. Године 1866. он је створио саветодавни Посланички дом, организован посебним статутом, односно врховном уредбом од 18 чланова и пословником од 61 члана. Дом су састављали посланици које су изабрали обласни поглавари. Овакви, сасвим ограничени, избори били су први пут уведени у савременој египатској повести. Надлежност овога тела била је, међутим, саветодавна. То је била јединствена ситуација: дом је био обичан саветодавни орган, али истовремено изборан.

Дванаест година доцније, тј. 1878, Кедив је створио солидарно одговорну владу или министарство, састављено од председника и министара-чланова, окупљених у министарскоме савету. Особено обележје овога режима било је у томе што је управну власт углавном вршила влада, а не Кедив, што ће рећи да је власт постала ограничена и више није била апсолутна. Но, министарска одговорност је постојала пред Кедивом, а не пред саветодавним Посланичким домом.

Једна важна чињеница је укочила демократски процес на самоме почетку: тешка финансијска ситуација изазвана нарастањем спољног дуга. Последица кризе била је присуство двојице страних министара у влади: једног енглеског, за ресор финансија и другог француског, за ресор јавних радова. Сврха њиховога присуства била је у надзору над буџетом у корист страних поверилаца.

Даљи развитак био је убрзан и довео је до појаве двеју супротстављених струја. С једне стране, јавно мнење и посланици су се позивали на стварну демократију и европске идеје француске револуције, па су, следствено томе, захтевали измену статута Посланичкога дома, како би то тело постало истински законодавни дом, изабран од народа и надлежан како за доношење закона, тако и за остваривање министарске одговорности. С друге стране, постојао је утицај двојице страних министара, односно њихових земаља, које су се опирале оваквој демократској тежњи. Две струје су се сукобиле: посланици су инсистирали на својим захтевима, дом је био распуштен, али су посланици одбили да се повинују распуштању и поднели су народну жалбу Кедиву, који је под народним притиском био принуђен да је прихвати.

Тад је Кедив поверио једној знаменитој личности, какав је био Шериф-паша, назван оцем Устава, задатак да образује владу и припреми Устав. Шериф-паша је образовао владу без страних министара и 1879. израдио један демократски нацрт устава, по западном обрасцу. Овај нацрт, на жалост, никад није био примењен, услед одлуке турског султана, који је 26. јуна 1879. сврго Кедива Исмаила с египатског престола и протерао га из земље.

Његов наследник, Кедив Теуфик, сачинио је Устав 1882, назван врховном уредбом. То је била истинска почетна етапа египатскога уставног живота. Њени утицаји на египатски уставни систем се, ипак, не могу тачно проценити због њенога кратког живота, који није трајао више од пет месеци. По слову тога демократског устава западњачког надахнућа постојала је једнодомна скупштина, састављена од 125 изабраних посланика. Скупштински период трајао је пет година. Први пут у египатској уставној свести изабрана скупштина је била стварно законодавни орган и уживала самосталност у односу на извршну власт. Штавише, пред скупштином се могло покренути и питање појединачне и колективне министарске одговорности.

Суочене с оваквим демократским, уставним животом у Египту, Енглеска и Француска су Кедиву Теуфику уложиле протест, захтевајући оставку владе. Почела је британска инвазија и Кедив се није могао одупрети. Упркос војевању египатскога војсковође Ахмеда Орабија, енглеске трупе су 14. септембра 1882. окупирале земљу и укинуле Устав од 1882. што је за последицу имало враћање апсолутистичког поретка с обичним саветодавним већима.

Крај првог светског рата обележио је устанак египатског народа, који је захтевао независност од Енглеске. Била је то Револуција од 1919. уперена против стране окупације. Енглеска се приклонила египатским захтевима. То је учињено изјавом од 28. фебруара 1922. кад је Енглеска објавила окончање протектората, а Египат, с извесним резервама, признала за независну и суверену државу. Резерве су се односиле на обезбеђење британских комуникација у Египту, војничку заштиту Египта од стране Енглеске и на заштиту страних интереса у Египту, док је питање Судана остало нерешено.

По стицању независности, народ је желео нови устав, па је 1923. године донет нови Устав.

Други одељак

Уставни поредак од 1923. и 1930. године

Устави од 1923. и 1930. полазили су од истих, у основи демократских начела. Устав од 1923. много је важнији од оног потоњег. Тај Устав је поставио темеље истинској уставном животу будући да је дуготрајно примењиван због својих дубоко демократских начела на којима је почивао. Представља плод рада тридесеторо лица, углавном стручних и независних од политичких странака, уз минимално представништво једне од онда постојећих странака. Комисија која је израдила уставни нацрт била је независна у односу на владу.

Краљ Фуад је покушао да спречи усвајање Устава, али је под народним притиском био принуђен да га прогласи. Други живот овога Устава, који је потрајао од 1923. до 1952, с изузетком четири године у току којих је примењиван Устав од 1930, омогућиће нам да рашчланимо његову правну природу. На почетку је довољно рећи да Устав од 1923. означава прелазак од апсолутистичкога система у такав политички поредак у којем владају начела народне суверености и поделе власти на извршну, законодавну и судску.

Правна и политичка природа

На основу правне и политичке природе устава од 1923. и 1930. може се уопштено казати да су то устави засновани на концепцији западне демократије, у првоме реду на представничкој демократији у парламентарноме облику.

Представничком демократијом назива се политички систем у којем су они који владају изабрали грађани и сматрају их својим представницима. Парламент, свеједно да ли једнодоман или дводоман, произлази из избора, његови чланови су представници грађана и имају просторна овлашћења. Та овлашћења се односе на законодавну власт која се састоји у изгласавању закона. Ниједан закон не може бити проглашен без претходног одобрења парламента. Представничка власт не даје грађанима, који су основа поретка, никакву ефективну улогу у вршењу власти. Улога грађана се састоји само у томе да изаберу

своје представнике, који свој представнички задатак врше без икаквог учешћа грађана.

Западна демократија почива на једном славном начелу, оном о подели власти. Оно води порекло од енглеског писца Џона Лока као и од Монтескјеове славне књиге *О духу закона* од 1748. године. По томе начелу, политички поредак се састоји од више органа власти, од којих је сваки мање или више специјализован за једну функцију. Подела власти, у тачном значењу израза, не састоји се само у овој подели рада, него подразумева и то да су органи власти независни једни од других. Учење о подели власти залаже се за ову независност органа власти због тога што у држави постоје основне, по природи различите, функције, које се искључиво одвојено могу вршити. Тако се разликују законодавна функција, која се састоји у доношењу закона, и која је поверена парламенту; извршна функција, која се састоји у примени закона, а поверена је влади, и правосудна функција, поверена судијама, која се састоји у пресуђивању спорова, насталих поводом примене закона. Ове три власти су одвојене једна од друге по својој природи и својој суштини.

Овакво апстрактно учење у ствари представља идеолошко оправдање једног политичког циља: слабљење носилаца власти у њиховој укупности, тако што ће они ограничавати једни друге. У том погледу подела власти подразумева два сасвим различита аспекта:

— одвајање парламента од владе, што значи поделу управљача;

— одвајање правосуђа од управљача, што омогућава вршење надзора над овима од стране независних судија. То је начело које преовлађује: власт зауставља власт.

Подела власти познаје два главна облика у западној демократији, с обзиром на начин уређења односа између парламента и извршне власти: парламентарни и представнички систем. Француски класични писци означавали су парламентарни систем као гипку, а председнички систем као крућу поделу власти. Оваква схватања заснивају се искључиво на правним односима парламента и извршне власти, али занемарују политичку стварност и праксу, а нарочито улогу политичких странака.

Две суштинске црте обележавају парламентарни систем: најпре, то је главно обележје, које се тиче саме природе овога система, заснованог на гипком одвајању извршне од законодавне власти. Ради се о владиној политичкој одговорности, с једне стране, и распуштању парламента, с друге. Постоји, дакле, с једне стране, политичка одговорност кабинета, било појединачна, било скупна. Ова политичка одговорност није ништа друго до опозив чланова владе од стране парламента, у облику изгласавања неповерења. С друге стране, постоји распуштање парламента јер влада има право да учини крај животу тога тела пре истека скупштинског периода предвиђеног уставом. У случају кад је парламент дводоман, право распуштања се примењује само према ономе дому пред којим постоји владина одговорност, а не и према другоме дому.

Право распуштања парламента је неопходан пандан праву парламента да обори кабинет. Распуштање се сматра кључном полугом

парламентарног система, јер једино оно омогућава противтежу утицају парламента на министре, посредством политичке одговорности. Без распуштања кабинет се практично налази разоружан пред парламентом, који га по својој вољи може оборити. Распуштање успоставља равнотежу власти: изгласавање неповерења на једној страни, распуштање на другој страни.

Друго главно обележје парламентарног система састоји се у томе што овај тражи да извршна власт буде двоглава, што значи састављена од државног поглавара и министарског кабинета, под председништвом првог министра, који је владин шеф, а који је личност различита од шефа државе. Овај потоњи има, у суштини, почасну улогу у класичноме парламентарном систему, чији типичан пример представља Енглеска. Но, парламентарном систему није неопходна монархија. Политичке одлуке не доноси државни поглавар, него кабинет. У ствари, важне одлуке носе премапотпис, то ће рећи потпис државног поглавара, поред потписа надлежног министра и, евентуално, првог министра. То значи да кабинет има суштинску улогу у функционисању власти.

Као последица овога, државни поглавар није политички одговоран пред парламентом. То је примена оне славне догме која каже да власт подразумева одговорност: нема власти, па нема ни одговорности.

Применимо сад горе објашњена начела на Устав од 1923. Најпре, тај Устав прихвата начело поделе власти, које државне функције разликује на извршну, законодавну и судску; Устав поверава сваку од ових функција засебном органу.

Затим, Устав од 1923. прихвата представничку демократију. Постојала су два законодавна дома: Посланички дом, који је у потпуности произлазио из избора, јер су сви његови чланови били изабрани на општим изборима; и други дом је био Сенат, чије су три петине чланова биле изборне, а две петине именоване од стране извршне власти. Оваквом дводомношћу парламент стиче праву законодавну функцију: сваки закон треба да одобре оба дома пре него што буде проглашен. Никаква појава полунепосредног режима не постоји у Уставу од 1923. у било каквом облику, а посебно нема референдума.

С друге стране, Устав од 1923. усваја парламентарни систем. Постоји двоглава извршна власт: с једне стране је краљ, као државни поглавар, а с друге влада, као скупни и повезан орган. Код овога потоњег ради се о министарскоме савету, под председањем првога министра, који није краљ. Влада је суштински чинилац извршне власти. Краљ може вршити своја овлашћења само посредством владе, што ће рећи преко надлежног министра, а то је систем премапотписа.

Владина одговорност, скупна и појединачна, постоји пред Посланичким домом, а не и пред Сенатом. Ово је логично, пошто тај дом више оличава народ од онога другог, будући да су сви његови чланови изабрани на општим изборима, док Сенат почива и на систему именовања, поред система избора. Посланички дом може, путем изгласавања неповерења, оборити владу. С друге стране, прихваћено је право распуштања: краљ може распустити Посланички дом, али не и Сенат.

Иако је Устав од 1923. у тексту усвојио правила парламентарне и представничке демократије његова примена је у појединим случа-

јевима од тога одступила. Краљ, који теоријски нема овлашћења у извршној власти, изузев посредством владе, погазио је ово начело, вршећи лично власт. Краљ је распустио Сенат, супротно слову Устава који је распуштање ограничио на Посланички дом. За овакву владавину краљ је уживао подршку Енглеске, којој је жртвовао исправан ход уставног живота.

Устав од 1930. усвојио је иста начела као и Устав од 1923. године. Једину разлику представљало је оснажење краљевске власти у 1930. јер су монарху дата и лична овлашћења, у којима није био везан министарским премапотписом. Између краља и кабинета дошло је до неслагања поводом именовања појединих високих функционера. На пример, краљ је настојао на томе да верски поглавар Ал-Азхара и шеф краљевског кабинета буду именовани краљевским указом, који је само он потписао, а не декретом, који подразумева министарски премапотпис. Устав од 1930. је у тексту потврдио краљево лично овлашћење при именовањима горепоменутих личности. Због тога је Устав од 1930. оцењен као мање демократски него онај од 1923. а народни притисак је довео до његовог укидања после само четворогодишње примене. Био је то повратак Уставу од 1923. који је поново примењиван почев од 12. децембра 1935. па све док египатска војска није преузела власт 23. јула 1952. Тад је учињен крај Уставу од 1923. и поретку уставне монархије, а установљен нов, републикански поредак.

ДРУГА ГЛАВА

Развитак и природа републиканских устава

После успешног револуционарног удара египатске војске 23. јула 1952. догађаји су се низали један за другим: краљ је абдицирао 26. јула 1952; званично је укинут Устав од 1923; 17. јануара 1953. распуштене су политичке странке; укинута монархија и проглашена република 18. јуна 1953; на основу уговора од 19. октобра 1954. евакуисана је енглеска војска с египатског земљишта. Земља је окренула нову страницу у својој уставној повести.

Неколико месеци после револуције коју је извела египатска војска, издат је 1953. један уставни проглас. Њиме је створен министарски савет који је имао извршну и законодавну власт, као и један здружен, шири савет, који су заједно чинили револуционарни и министарски савет. У самој ствари овај здружени савет је представљао врховну политичку установу, те је у томе својству одређивао општу политику земље и надгледао министарске акте. Министарска одговорност је постојала пред здруженим саветом.

Председник револуције предузимао је, посредством здруженог савета, све врховне акте управе, неопходне за одржавање револуције. Зато би се, на основу овога што је речено, могло закључити да је стварна власт била у рукама здруженог савета, али исто тако и у рукама представника револуције. То, како кажу поједини правници, одговара природи револуционарне владавине.

На основу свега реченог могу се одредити три уставна раздобља, која су дошла после поменутога уставног прогласа од 1953. Устав од 1956, Устав од 1958, најзад Устав од 1964. као и садашњи Устав од 1971. године који заједно с оним што му непосредно претходи почива на заједничким начелима. Сад ћемо проучити ова три раздобља.

§ 1. Устав од 1956. године

Овај Устав познаје две новине, први пут уведене у египатски уставни живот.

1. Прву новину представља полунепосредна демократија, која предвиђа сарадњу грађана с њиховим представницима у вршењу власти. Устав од 1956. предвиђа уставни референдум за сопствену измену, а политички референдум у случају да председник републике затражи мишљење грађана у погледу послова који се односе на врховне интересе земље.

2. Друга новина је у томе што је Устав од 1956. комбиновао два различита састојка: један састојак председничког система са састојком парламентарнога система.

Већ смо видели састојке парламентарнога система. Представнички систем се од овог разликује у три тачке: прво, извршна власт није подељена на двоје, извршна власт није двоглава. Председник је истовремено шеф државе и шеф владе. Министри, сами за себе, немају сопствени политички ауторитет. Они су, просто, административни управљачи својих министарских одељака, саветници и сарадници председникови. Не постоји скупни министарски орган, па следствено томе, ни савет министара. Одлуке доноси председник сâм. Министри су секретари.

Друго, у председничком систему шефа државе, који је и шеф владе, увек бира народ на општим изборима. То председнику даје веома велик ауторитет, јер је он на равној нози с парламентом, пошто обоје непосредно оличавају народну суверености.

Треће, председник и парламент не зависе један од другог, што представља крутy поделу власти, супротну парламентарноме систему. Парламент не може оборити председничку владу изгласавањем неповерења. Насупрот томе, председник не може распустити парламент. Они су осуђени да живе заједно, без могућности да се раставе. По француској науци, то је један нераскидив брак.

Устав од 1956. није усвојио ниједан од ова два система (парламентарни или председнички), узет сâм за себе. У крутy извршне власти систем је председнички. Председник је шеф извршне власти и врши је сâм. Не постоје ни министарски савет, ни председник владе. Министри спроводе општу политику коју председник републике одређује сâм. Министри немају сопствених овлашћења, они су административни управљачи својих министарских одељака. То значи да у извршној власти нема двојства. Председник је истовремено шеф државе и шеф владе. Нема министарског премапотписа; председник сâм потписује сопствене одлуке.

Но, између парламента и председника нема круте подвојености. Обоје је изабрао народ, али је подела између извршне и законодавне власти гипка. То је један састојак парламентарнога система. Наравно, скупна одговорност кабинета пред парламентом не постоји пошто не постоје ни министарски савет ни председник владе. Постоји само појединачна одговорност свакога министра пред парламентом. Постоји право распуштања. Председник републике може распустити Народни савет и учинити крај животу тога тела, упркос чињеници да парламент не може оборити владу. Могуће је потиснути једног или неколицину министара, али остали министри остају у функцији.

У суштини, укрштање једног парламентарног састојка с председничким имало је за циљ снажење председничке власти.

§ 2. Устав од 1958. године

Устав од 1958. који се појавио у време постојања уније Египта и Сирије имао је следеће одлике: непостојање председничког система, непостојање полунепосредноga система, непостојање поделе власти. Следствено томе, није било ни парламентарнога ни председничкога поретка, нити њихове комбинације. Постојало је јединство власти, што ће рећи конфузија законодавне и извршне власти. Председник републике је, према члану 13. Устава, овлашћен да именује чланове Народнога савета. То, дакле, није савет изабран од стране народа, него тело образовано председничком одлуком, под једним условом да половина чланова овога савета буде из редова чланова сиријскога Посланичког дома и египатског Народног савета, који су постојали пре успостављања египатско-сиријског јединства.

Законодавна и извршна власт поверене су председнику републике. Он је шеф извршне власти, у којој нема двојства, ни савета министара који једноставно спроводе општу политику коју председник сâм одређује. Штавише, председник је врховни поглавар администрације и у томе својству организује јавне службе, путем обичне одлуке, која, наравно, не носи министарски премапотпис. Он надгледа сву министарску радњу. Природно је што председник лично именује чланове Народнога савета и сâм може да распусти то тело. Он може да доноси законе у случају неопходне потребе кад парламент није у заседању, па чак и кад јесте, на основу делегације законодавне надлежности.

Тиме је, како је примећено, Устав од 1958. успоставио готово апсолутну власт председникову у уставноме поретку.

§ 3. Устави од 1964. и 1971. године

Устав од 1964. и садашњи од 1971. одликују следеће три тачке:

Прво, представништво радника и сељака у законодавној власти, с најмање 50% седишта. То је једна новина у нашем уставном животу, какву нисмо познавали пре 1964. године.

Друго, прихваћен је полунепосредни систем, при чему се два устава о којима је овде реч, разликују. Устав од 1964. ограничавао је

сарадњу грађана на само један случај политичког референдума, кад је председник могао затражити политичко мишљење грађана у пословима који се тичу највиших интереса земље, док је Устав од 1971. проширио такву сарадњу и на друге случајеве.

У суштини, Устав од 1971. отишао је даље од политичког референдума, прихватајући уставни референдум, за случај уставних промена. Штавише, председник не може распустити Народни савет, без одлуке на референдуму, којом се такво распуштање одобрава. С друге стране, у случају опасности које прете народноме јединству или безбедности, председник може доносити неопходне одлуке, под условом да се ове изнесу на народни референдум.

Усвајање горепоменутог полунепосредног система праћено је повратком једнодомном законодавном телу, изабраном од народа, званом Народни савет.

Треће, дошло је до повратка двојства у извршној власти, што ће рећи да постоје председник републике и савет министара, којем председава шеф владе, који није и председник републике. Ипак се поставља питање да ли се овде ради о парламентарном поретку. У суштини, не у потпуности. Председник је изабран од стране народа и има овлашћења у извршној власти, поред оних која припадају савету министара. То је, могло би се рећи, један полупредседнички поредак, који се у извесном смислу приближава француском уставном систему.

Полупредседнички систем је, према схватању француске науке, ближи парламентарноме, него председничком систему. Извршна власт је подељена између шефа државе и кабинета и то је начело двојства извршне власти. Кабинет је политички одговоран пред парламентом, пошто му овај може изгласати неповерење. С друге стране, постоји и право распуштања парламента. Суштинску разлику између парламентарног и полупредседничког поретка представљају избор председника и његова извршна овлашћења. У полупредседничкоме систему председник се бира на општим изборима. То је случај у Француској почев од 1962. као и у Аустрији, а тако је било и у Вајмарској републици.

Чињеница да је изабран на општим изборима даје председнику већу власт од оне коју има у класичноме парламентарном систему, те му министарски премапотпис није потребан чак ни за најважније одлуке. У ствари, основна разлика је у избору шефа државе: избором се добија један шеф који је представник народа, те је стављен на равну ногу с парламентом, а надмашује првога и остале министре.

Двојство извршне власти при овоме мења смисао, јер влада више није њен суштински састојак, као што је у парламентарноме поретку случај. Ситуација је обрнута у корист председника којег је изабрао народ. Такав избор има за последицу да председник, а не влада, има овлашћење за доношење најважнијих одлука, те он постаје суштински орган извршне власти.

Египатски устави од 1964. и 1971. усвајају полупредседнички систем. Прихваћено је начело двојства извршне власти: постоје изабрани председник републике, влада и шеф кабинета, различит од председника републике, али министарство није суштински орган извршне власти, него је то председник републике, који сâм ефективно врши власт

путем председничких одлука, при којима није везан министарским премапотписом.

Устав од 1964. је предвидео скупну и појединачну министарску одговорност пред парламентом, као и распуштање парламента декретом шефа државе. Одговорност и распуштање се појављују у своме традиционалном изразу. Изгласавање неповерења од стране парламента довољно је да обори владу. На одговарајући начин, председничка одлука о распуштању довољна је сама за себе да учини крај животу парламента.

Устав од 1971, међутим, предвиђа да до скупне одговорности кабинета, у случају изгласавања неповерења, може доћи тек по одржаноме народном референдуму. Референдум се, по Уставу од 1971, тражи како за обарање владе, тако и за распуштање парламента. То јамчи равнотежу између извршне и законодавне власти.

Најзад, ова два устава, која предвиђају представништво радника и сељака у законодавној власти, у износу од најмање 50% седишта, истичу социјалистичко становиште, које поштује јавни, задружни и приватни сектор, као и социјална права народа. У суштини, то је један немарксистички социјалистички поредак, који укршта јавну и приватну делатност и истовремено предвиђа класичну и социјалну слободу појединца.

Превео др Драгољуб Поповић

(Примљено 16. 11. 1988)

Dr. Mohsen Khalil,
Professor of the Faculty of Law in Alexandria
vice president IACL

EVOLUTION AND NATURE OF CONSTITUTIONAL REGIMES IN ECYPT

Summary

The main event in the constitutional history of Egypt was Mohamad Ali's coming to power in 1805. The dinasty he founded obtained the right of hereditary rule in Egypt, so that the year of 1805. marks the beginning of the so called royal period in the egyptian constitutional history, period that lasted until 1952, when it was replaced by the republican regime.

After the abolition of the absolutisme, two constitutions were passed during the existance of the egyptian monarchy. The Constitution of 1923. adopted a representative government with the bicameral system, thus introducing a parliamentary government in Egypt. The Constitution of 1930. was based on the same principles as those adopted by the Constitution of 1923. with one single exception consisting in the strengthtening of the royal power.

Four constitutions were passed during the republican period. The Constitution of 1956. combined an element of the presidential government with another one, issued from the parliamentary system. The president of the republic, elected by the people, was authorized to dissolve the parliament, the fact that author considers to represent a combination of the two systems, though his opinion is that the purpose of such a combi-

nation was only to strengthen the presidential power. The Constitution of 1958. was in force during the period of the Union between Egypt and Syria. According to the terms of this Constitution the president of the republic was not only the head of the executive power, but he was also authorized to legislate.

Finally, the constitutions of 1964. and 1971, the latter being still in force, introduced a semi-presidential government, possessing certain similarities with the system actually existing in the Fifth republic in France.

Key words: *Egypt. — Constitution. — Development. — Regime. — Period.*

Mohsen Khalil,
professeur à la Faculté de droit de Alexandria
vice président de l' AIDC

EVOLUTION ET NATURE DES RÉGIMES CONSTITUTIONNELS EN EGYPTE

Résumé

L'évègement capital dans l'histoire constitutionnelle de l'Egypte était l'arrivée en 1805. de Mohamad Ali au pouvoir, dogt la dygastie obtint le droit de gouverner l'Egypte de façon héréditaire. C'était en 1805 que commença la période dite royale et qui durera jusqu'en 1952. pour céder sa place au régime républicain.

Pendant la période royale et après la chute du régime absolutiste furent proclamées deux constitutions. La Constitution de 1923. adopta le régime de la démocratie représentative, avec un système bicameral, en introduisant le régime parlementaire en Egypte. La seconde Constitution de 1930. adoptait les mêmes principes déjà consacrés par celle de 1923. avec une seule différence consistant en renforcement du pouvoir royal.

Durant la période républicaine quatre constitutions furent proclamées. La Constitution de 1956. a combiné le régime présidentiel avec un élément nouveau emprunté au régime parlamentaire. Le président de la république, élu au suffrage universel, disposait d'un droit de dissoudre le parlement, ce que l'auteur qualifié comme combinaison de deux systèmes, tandis qu'il éstime que le but de cette combinaison n'était que le renforcement du pouvoir présidentiel.

La Constitution de 1958. est restée en vigeur pendant la période de l'Union entre l'Egypte et la Syrie. Selon les dispositions de cette Constitution le président de la république exerçait le pouvoir exécutif en même temps que le pouvoir législatif.

Enfin, la Constitution de 1964. ainsi que la Constitution actuelle de 1971. introduisent un régime sémi-présidentiel, ayant des traits communs avec le régime de la V-ème république en France.

Mots clé: *Egypte. — Constitution. — Développement. — Régime. Période.*

UDK — 347.61/.64

Прегледни чланак

др Мирко Живковић,
доцент Правног факултета у Нишу

ПОВЕРАВАЊЕ ДЕЦЕ НА ЧУВАЊЕ И ВАСПИТАЊЕ ПОСЛЕ РАЗВОДА БРАКА И ПРИНЦИП ЈЕДНАКОСТИ РОДИТЕЉА

У свом раду аутор се критички односи према широко прихваћеној пракси судова да децу млађе доби, осим у изузетним случајевима, поверавају на чување и васпитање мајци. На овај начин, по мишљењу аутора, доводи се у питање темељни принцип једнакости родитеља, будући да су шансе очева да се домогну непосредног вршења родитељског права након развода јако мале у односу на примат који, захваљујући „чаролији материнства" уживају мајке. При том, истиче да су њихови изгледи још слабији ако се има у виду да они нису ускраћени само када се ради о „малој" деци, већ и касније, када су деца одрасла, с обзиром на чињеницу да промена средине увек садржи ризик по интересе деце и да судови стога децу остављају мајци. Тако, спрега судске презумпције о детету млађе доби и протек времена одн. интегрисаност детета у одређену социјалну средину представља истинску брану тежњи очева да се старају о својој деци након развода.

Указујући на овакву праксу судова на упоредном плану, аутор напомиње да слична тенденција постоји и у праву СФРЈ.

Залажући се за повољнији третман очева, сматра да је на судовима одговоран задатак стварања свести о томе да принцип једнакости родитеља нема добрих алтернатива приликом решавања спорова око повере деце. Истовремено, наглашава, да је овакав став и једини прихватљив начин за конкретизацију принципа „највећег интереса детета" и на упоредном плану.

Кључне речи: *Развод брака. — Поверавање деце. — Једнакост родитеља.*

Једно од најчешћих тумачења принципа „највећег интереса детета", прихваћено у пракси великог броја држава, изражено је у схватању да децу млађе доби треба, осим у изузетним случајевима, поверити на чување и васпитање мајци. Ово се правило, рефлекс нешто шире постављеног начела још у Јустинијановом кодексу (1), образлаже потребама детета, коме је у том периоду, како се истиче, неопходно присуство мајке.

(1) У петој књизи Јустинијановог кодекса садржано је правило према коме „васпитање деце треба поверити мајци, пре него било коме другом" (educatio pupillorum nulli magis quam matrieorum committenda est).

Подаци који говоре о прихваћености овог правила у појединим земљама су импресивни, готово на граници невероватног: тако, у СР Немачкој, приликом истраживања спроведеног на савезном нивоу, утврђено је да су деца поверена на чување и васпитање мајци у 86% случајева (2); у Француској је тај број био незнатно нижи — 83% случајева (3), у пракси судова САД, у једном периоду била је достигнута цифра од 90% случајева (4), у праву Јапана, ова цифра се већ усталила (5); у Великој Британији проценат случајева када је дете поверено мајци прелази 75%, узимајући у обзир све начине повере детета; но, када се упореде случајеви повере само једном од родитеља, онда се показује да је дете поверено мајци у близу 90% случајева (6). Слична тенденција постоји и у нашем праву (7).

---

(2) Деца су поверена оцу само у 5% случајева; следећих 5% односило се на случајеве где је између родитеља подељено право на старање о личности детета (Personensorge) и његовој имовини (Vermögensorge). За преосталих 4% није било података. Истраживање је обављено (1974) на узорку од 479 разведених бракова. В.: H. P. Dopffel, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht der Bundesrepublik Deutschland*, ZfRV, 1978, Heft 1, S. 15.

(3) B. J. Carbonnier, *Droit civil*, 2 — La famille, Les Incapacités, Paris 1977, p. 222. Како аутор наводи, повод за утврђивање ове бројке био је заиста трагичан: отац, не желећи да прихвати одлуку суда којом су деца након развода поверена мајци, убио је децу и себе. У полемикама које су уследиле, тенденција да се деца по правилу поверавају мајци била је изложена оштрој критици јавности. Но, треба споменути да такви или слични трагични исходи спорова око повере деце нису више реткост: како наводи аустралијски аутор Bates, породично право ове земље у 1985. години обележили су, између осталог, жалосни догађаји. Уместо (ранијих) терористичких напада на судије Породичног суда Аустралије и правне стручњаке, незадовољне стране у спору око повере — до сада, без изузетка очеви — прибегле су безумљу очајника, убивши властиту децу, а потом и себе. F. Bates, *Australia: The Beginnings of a New Phase*, "Journal of Family Law", 1987, N° 1, p. 17.

(4) Реч је о периоду с краја шездесетих и почетком седамдесетих година. В.: L. M. Hudak, Seize, Run and Sue, *The Ignominy of Interstate Child Custody Litigation in American Courts*, "Missouri Law Review", 1974, N° 4, p. 522.

(5) Према емпиријским истраживањима, у Јапану се деца након развода брака поверавају мајци у готово 90% случајева, док се, с друге стране, оцу дозвољава право на посету у нешто мање од 30% случајева и то највише једанпут месечно. В.: I. Shimazu, *Japan: The Rise of Children*, "Journal of Family Law", 1987, N° 1, p. 180.

(6) J. Eekelaar, *Family Law and Social Policy*, London 1978, p. 217; 227 f-n 79.

(7) Преглед сачињен на основу података садржаних у Статистичком годишњаку Југославије (1987) пружа следећу слику: у периоду 1972—1984. запажа се пораст броја случајева када је дете поверено на чување и васпитање мајци и то како узимајући у обзир и остале начине повере детета (нпр., трећем лицу или установи), тако и у случају када је дете поверено једном од родитеља, тј. само у односу на оца (друга бројка).

	Сви начини повере	У односу на оца
1972.	72%	77%
1973.	72%	77%
1974.	73%	78%
1975.	75%	79%
1976.	75%	80%
1977.	76%	81%
1978.	76%	80%
1979.	76%	80%
1980.	77%	81%
1981.	78%	82%
1982.	78%	83%
1983.	79%	84%
1984.	79%	84%

Илустрације ради, може се навести и следећи податак: у Загребу, од укупно 1669 бракова код којих мирење није успело у 1986. години, орган старатељства дао је предлог да се у 1528 случајева деца повере мајци, што износи 90,3%, оцу у 126 случаја, што износи 7,8%, мајци и оцу у 21 случају тј. 1,2%, а трећим лицима нити у једном случају. В. ближе: Д. Храбар, *Породично правна заштита дјеце држављана СФРЈ одведене у иностранство противно одлуци суда о њихову чувању и одгоју*, „Зборник Правног факултета у Загребу", 1989, бр. 1, стр. 47.

У пракси судова, споменимо само неке примере из домаће праксе, ово правило се сматра чврсто утемељеним, на које, чини се, немају никаквог утицаја промене у друштвеним односима и измењена схватања о положају жене у друштву. Тако, на пример, у пресуди Савезног врховног суда од 1958. године истакнуто је:

„...мада нема правила по коме би дете требало поверавати првенствено мајци, суд је дужан да у свакој конкретној ствари нарочито оцењује хоће ли детету недостајати ослонац у животу онакав какав, редовно узето, представља активна љубав, истрајна нежна пажња и разумно старање од стране мајке, и да ли у другој средини одвојено од своје мајке, дете налази надокнаду онога што таквим одвајањем губи. То је потребно за сазнање интереса детета, да би се правилно одлучило о смештају, чувању и васпитању" (8).

Двадесет година касније, Врховни суд Хрватске не оставља места сумњи о првенству мајке када се ради о деци млађег узраста:

„Мајка је у раној доби дјетета једини његов природни ослонац и као таква најприје позвана да одгаја и подиже дијете. Због тога би морали постојати нарочито важни и оправдавајући разлози да се мајка искључи од овог њезиног природног позива и права. Чак и онда када су могућности и прилике код обоје родитеља подједнаке, предност има мајка" (9).

Осим тога, у судској пракси се екстензивним тумачењем стандарда „малог детета" (10) настоји да овом правилу дâ што шири домашај: тако, на пример, у појединим пресудама истиче се „...да је с обзиром на дјететов узраст (навршило је осам година живота) још увијек потребнија мајчина присутност и њега" (11), или „...што су у питању деца испод десет година старости којима је неопходна близина, нега и љубав мајке..." (12).

Овакво становиште судова, свакако, даје мало наде очевима да се домогну непосредног вршења родитељског права над својом децом. Но, како с правом истиче Carbonnier, њихови изгледи још су слабији ако се има у виду да они нису ускраћени само када се ради о „малој деци", већ „...и касније, када су деца одрасла, с обзиром на чињеницу да промена средине увек садржи ризик по интересе деце и

(8) Савезни врховни суд, Рев. 248/58 од 24. маја 1958. Објављена у: *Збирка судских одлука*, 1959, св. I, стр. 76.

(9) Врховни суд Хрватске. Гж. 3688/78 од 5. децембра 1978. Објављена у: *Преглед судске праксе*, 1978, 14, стр. 74.

(10) На пример, у праву Данске „малим дететом" (које, дакле, треба поверити мајци) сматра се дете до друге године; у праву Енглеске, до четврте године; у Мексику, до пете године; у Шпанији и Норвешкој, до седме године; у канадској провинцији Британска Колумбија и неким федералним јединицама САД, чак до навршене дванаесте године, Actes et documents de la Quatorzième séssion Tome III, Enlèvement d'enfants, Conférence de la Haye de droit international privé, La Haye 1982, одговор на питање бр. 12 Упитника Dayer.

(11) Врховни суд Хрватске, Рев. 937/85 од 13. јуна 1985. Објављена у: *Преглед судске праксе*, бр. 29, стр. 98.

(12) Врховни суд Војводине, Гж. 595/82 од 20. јануара 1983. Објављена у *Зборник судске праксе*, 1983, бр. 45, стр. 44—45. Као куриозитет можемо споменути пресуду Окружног суда у Београду, П. бр. 1498/85 (необјављивана) у којој читамо: „...наиме, малолетна М. је стара осам година, а малолетни Д. се сада налази у тринаестој години живота. Сигурно је да је деци оваквог узраста брига и пажња мајке неопходна...".

да судови стога децу остављају мајци" (13). На тај начин, спрега судске презумпције о детету млађе доби и протек времена, односно интегрисаност детета у одређену социјалну средину, представља истинску брану тежњи очева да се старају о својој деци након развода.

Наведени подаци и уопште пракса судова у овом домену без сумње су поражавајући по принцип једнакости мушкарца и жене (14); раскорак између законских одредаба о једнакости родитеља и одлучујућа предност коју мајка ужива захваљујући „чаролији материнства" ("mystique of motherhood") (15) врло је очигледан (16).

Међутим, на упоредном плану се у последњој деценији запажа напор законодаваца да отклоне опседнутост судова овом чаролијом и оповргну схватање о биолошкој инфериорности очева.

Поред САД, где је ово правило ("tender years presumption") на снази у само неколико савезних држава (17), у Енглеској је изричито, законском одредбом, прописано да приликом решавања спорова око повере деце „...суд ...ни на који начин неће сматрати захтев оца важнијим ('superior') од захтева мајке, нити ће захтев мајке сматрати важнијим од захтева оца" (18).

Како се чини, ово упозорење, којим се законодавац обраћа судовима, готово је неопходно с обзиром да уобичајене, тзв. неутралне формулације, нису у стању да доведу у питање раширено уверење (усудили бисмо се да кажемо: предрасуду) о првенству мајке приликом решавања спорова о повери деце. Уверљиву илустрацију пружа, на пример, стање у породичном праву СР Немачке. Нови пар. 1671 НГЗ којим се уређује питање повере деце формулисан је тако да не фаворизује ниједног од родитеља — критеријуми на којима судија заснива своју одлуку (добробит деце, емоционална везаност за оца или мајку одн., браћу или сестре независни су од својства мушкарца, односно жене. Међутим, како се истиче у доктрини, „...чак и сада ка-

(13) J. Carbonnier, *op. cit.*, п. 217.

(14) У доктрини се јасно наглашава да се ради о „одступању од принципа једнакости родитеља". В. нпр.: A. H. Shaki, *Les principaux aspects du droit israélien relatifs à la garde des enfants et notamment l'application de la théorie de l'intérêt bien compris de l'enfant*, RIDC, 1984, N° 2, p. 359. Питање је, међутим, није ли ближа истини квалификација да се ради о повреди овог принципа.

(15) L. M. Hudak, *op. cit.*, п. 522.

(16) При том се не може поклонити превише поверења социолошким студијама (нпр., у САД, Француској) чији резултати уверавају да је већина очева задовољна постојећим системом и да они, осим случајева добро познатих из штампе, не желе да прихвате примарну одговорност за децу после развода. В.: M. A. Glendon, *State, Law and Family*, North—Holland 1977, p. 273. Овој тврдњи очигледно противречи постојање (управо у САД и Француској) удружења разведених мушкараца („Покрет за еманципа- (нпр., у САД, Француској) чији резултати уверавају да је већина очева задовољна посцију мушкараца") која се боре за права очева и против „сувише честог и готово систематског поверавања деце на чување и васпитање мајкама уз занемаривање захтева очева". Ова удружења постигла су већ и одређене успехе на подручју права — нпр., поједине федералне државе САД донеле су законске прописе којима се изричито забрањује фаворизовање мајке у односу на оца приликом решавања спорова о поверн деце. В. Ближе о томе: H. P. Dopffel, *op. cit*, C. 15—16; R. Scholz, *Benachteiligung des Mannes im Ehe- und Familienrecht?*, ZRP, 1984, C. 201.

(17) „Само неколико држава даје предност мајци када је дете 'нежних година', али тенденција је ка укидању овог дискриминаторног правила", Actes et documents . . . . Упитник Dyer, p. 54. В. исто тако: R. E. Crouch, *International Declaration/Convention Effects and the Current Status of Childre'Right in the United States, The Family in International Law: Some Emerging Problems (Third Sokol Coloquim)*, R. Lillich ed., 1981, p. 33; Foster & Freed, *Life with Father*, FLQ, 1978, Vol. XI, p. 332. Од новијих одлука у којима се не прихвата ово правило В. нпр.: одлуку суда у спору Delaney в.: Delaney, 222 Neb. 33, 382 N. W. (1986), "Journal of Family Law", 1987, N° 2, p. 460. У овом случају, становиште првостепеног суда да дете нежних година треба поверити мајци, Апелациони суд је кориговао уверењем да, с обзиром на материјално стање родитеља, дете треба поверити оцу.

(18) Чл. 1. Закона о старатељству над малолетним лицима (1971).

да су норме немачког права о повери деце формулисане на неутралан начин, то не спречава судије да, настављајући, мање или више свесно, чврсто утемељену традицију, радије поверавају децу на чување и васпитање мајци" (19). На тај начин се показује да сама неутрална формулација није довољна и да управо посебном одредбом треба васпоставити принцип једнакости родитеља у овој материји. Пример енглеског права и већине држава САД добар су показатељ у том правцу.

У нашем праву, међутим, тешко је очекивати доношење посебне норме о једнакости родитеља у споровима око повере деце. Разлог томе није само неутрална формулација републичких, одн. покрајинских законодаваца (20) и доминантно тумачење у пракси судова да се интерес деце, када су она млађег узраста или женског пола (21), најбоље остварује давањем првенства мајци. Утисак је да овом матријархалном концепту у доброј мери доприноси и чл. 188, ст. 1. Устава СФРЈ (1974), према коме „мајка и дете уживају посебну друштвену заштиту". Ово уставно начело је даље ближе уређено у републичком, одн. покрајинском законодавству (22). Тако, на пример, у чл. 9, ст. 1. ЗБПО СР Србије (23) садржана је одредба према којој се „у остваривању права из породичних односа мајци и детету пружа посебна заштита" (24). У Коментару Закона истиче се да је ова друштвена помоћ мајци и детету у остваривању права из породичних односа пред надлежним органима конкретизована, између осталих, и у члановима 312, 313, 317. и 318. Закона (25), који уређују одређена питања у вези с обавезама издржавања након развода. Међутим, не види се због чега се, нпр., одредбом према којој:

„Ако родитељ, који је на основу судске одлуке дужан да плаћа одређени износ за издржавање детета не извршава своју обавезу редовно, орган старатељства, на предлог другог родитеља или по службеној дужности, предузима мере да се детету обезбеди привремено издржавање по прописима о социјалној и дечјој заштити све док ро-

(19) Према мишљењу ауторке, овде се не може говорити о дискриминацији према полу јер судија одлучује у складу са принципом добробити детета, но констатује да се „...читањем одређених пресуда стиче утисак да се судови служе неком врстом презумпције да је у интересу деце млађе доби да буду поверена мајци". F. Ferrand, *Le droit civil de la famille et l'égalité des époux en République Fédérale D'Allemagne*, RIDC, 1986, p. 894.

(20) Тако, нпр., у чл. 130. ЗБПО СР Србије читамо: „Суд, односно орган старатељства који доноси одлуку о поверавању деце на чување и васпитање, дужан је да на погодан начин испита све околности које су од значаја за правилан духовни и физички развој и васпитање детета и да се приликом доношења одлуке руководи првенствено интересима детета. При томе посебно узима у обзир емоционалне потребе и жеље детета о чему прибавља мишљење одговарајућих стручњака увек када околности случаја то захтевају". В. исто тако: чл. 95. ПЗ СР БиХ; чл. 26. ЗОРД СРМ; чл. 105, ст. 2. ЗБПО СР Сл; чл. 9. ЗОРД САПВ; чл. 82. ЗБПО СРХ; чл. 8. ЗОРД СРЦГ и др.

(21) Нпр., у већ споменутој пресуди Врховног суда Војводине читамо: „Посебно, тужени неосновано побија првостепену пресуду у делу у којем је малб. С. поверена тужитељици на чување, васпитавање и издржавање. Наиме, овде се ради о женском детету па је прикладније да га мати васпитава и упућује у живот".

(22) Међутим, не на исти начин у свим републичким, одн. покрајинским прописима. Тако, према чл. 4. ЗБПО СР Хрватске: „Друштвена заједница осигурава посебну заштиту дјеци када је угрожен њихов развитак или када то захтијевају други оправдани интереси дјеце". Мајка се, дакле, овде не спомиње као субјект који ужива (са дететом) посебну друштвену заштиту. Но, како се из појединих пресуда судова са подручја СР Хрватске може закључити (и праксе Врховног суда СРХ), ова околност је без утицаја на решавање спорова о повери деце. Исту одредбу садржи и чл. 6, ЗБПО СР Словеније.

(23) Сличну одредбу садржи и чл. 4. ПЗ СР БиХ.

(24) У чл. 211, ст. 1. Устава СР Србије преузето је решење из чл. 188, ст. 1. Устава СФРЈ.

(25) М. Јанковић, *Коментар Закона о браку и породичним односима*, Београд 1981, стр. 11. и др.

дитељ не почне да извршава своју обавезу" (чл. 318) остварује посебна заштита мајке и детета, осим ако се већ унапред не полази од претпоставке да је дете поверено мајци, а да на страни оца лежи само терет финансијског доприноса за издржавање детета. Каква би била ситуација са начелом посебне заштите мајке и детета уколико би дете било поверено на чување и васпитање оцу, а у улози „родитеља, који је на основу судске одлуке дужан да плаћа одређени износ за издржавање детета", фигурира мајка?

Очигледно, у оквиру овог начела може бити речи само о посебној друштвеној заштити детета, а увршгавање и мајке, слично као и њено фаворизовање приликом повере, представља рефлекс схватања о економски несамосталној жени којој ipso facto припада чување и васпитање деце, јер је то, да се послужимо терминологијом наших судова, „њезин природни позив и право" (26). Тако је законодавац, чини се руковођен жељом да се у домену породичних односа превазиђе традиционално неповољнији положај жене, учинио непотребан „корак напред", који је у својој бити супротан потреби за истинском еманципацијом жене.

Задатак судова утолико ће бити сложенији и одговорнији, с обзиром да са своје стране треба да допринесу стварању свести о томе да нема добрих алтернатива за принцип једнакости родитеља приликом решавања спорова око повере деце (27). Истовремено, овакав став је и једини прихватљив начин за конкретизацију принципа „највећег интереса детета" и правац у коме треба да се остварује тенденција ка његовом уједначавању и на упоредном плану.

(Примљено 6. XII 1989)

Dr. Mirko Živković,
Assistant Professor of the Faculty of Law in Niš

COMMITTING CHILDREN TO CARE AND UPBRINGING AFTER DIVORCE AND THE PRINCIPLE OF EQUALITY OF PARENTS

Summary

The author is critical towards a wide practice accepted by the courts to commit minor children, except in rare cases, to care and upbringing of mother. In such a way the fundamental principle of equality between the parents is violated, since the chances of fathers to avail themselves of direct effecting of parental right after the divorce are rather small, as compared to the dominance of mother due to the "magic of

(26) Врховни суд Хрватске, Гж. 3688/78. В. напомену бр. 9. У истом смислу, F. Ferrand *(op. cit.,* p. 894) напомиње да „традиција, за којом се поводе судови ... намењује жени само једну улогу — улогу васпитача деце".

(27) Занимљиво решење предвиђено је у чл. 29, ст. 3. Закона о браку НР Кине (1980) према коме, после развода, деца остају код мајке за оно време док их она храни (доји). Након тога, уколико се родитељи не споразумеју, Народни суд одлучује о повери детета, водећи рачуна о његовим интересима и околностима које постоје на страни оба родитеља. В.: B. Corinth, *Des neue Ehe- und Kindschaftsrecht sowie das Staatsangehörigkeitsgesetz der Volksrepublik China,* ZfRV, 1981, Heft 1, S. 5. Детаљније о породичном праву НР Кине В.: M, Palmer, *The People's Republic of China: Some General Observation on Family Law* "Journal of Family Law", 1987, N° 1, Vol. 25, pp. 41—68.

motherhood". The prospects of fathers in this respect are even weaker, since even the grown-up children are entrusted by the courts to the mother — taking in consideration the risk of changing the environment. In such a way, the combination of judicial presumption about the minor child and the lapse of time, namely integrating of the child into specific social environment, represents a genuine barrier against the endeavour of fathers to take care of their children after the divorce.

The comparative law review of this issues shows that similar tendency does exist also in the law of the SFR Yugoslavia.

Emphasizing the need for obtaining a more favourable treatment of fathers, the author stresses that the courts have an important task to create the idea that there are no good alternatives to the principle of equality of parents while settling the disputes over committing the children. This is, at the same time, the only acceptable way for realizing the principle of the "highest interest of the child" — also in the comparative law perspective.

Key words: *Divorce. — Committing children to care and upbringing. — Equality of parents.*

dr Mirko Živković
professeur agrégé à la Faculté de droit de Niš

LA GARDE ET L'ÉDUCTION DES ENFANTS APRÈS LE DIVORCE ET LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DES PARENTS

Résumé

Dans son travail, l'auteur critique la pratique largement répandue des tribunaux de confier les enfants d'âge plus jeune à la garde et à l'éducation de la mère, sauf dans les cas exceptionnels. De l'avis de l'auteur, cela remet en question le principe fondamental de l'égalité des parents, étant donné que les chances des pères d'obtenir l'exercice du droit de parent après le divorce deviennent très petites par rapport à la primauté dont jouissent les mère grâce «au mirage de la maternité». L'auteur souligne également que les chances des peres sont d'autant plus faibles si l'on sait qu'ils sont privés de ce droit non seulement lorsqu'il s'agit d'enfants qui sont petits, mais aussi d'enfants qui sont plus grands, étant donné le fait que le changement du milieu comporte toujours des risques qui peuvent menacer les intérêts des enfants et que, de ce fait, les tribunaux décident que les enfants restent chez la mère. De ce fait, la présomption du tribunal sur l'enfant d'âge plus jeune et le passagé du temps, c'est-à-dire l'intégration de l'enfant à un mileu social, dressent une barrière qui empêche la réalisation de la tendance des pères de s'occuper de leurs enfants après le divorce.

Soulignant cette pratique des tribunaux sur le plan comparé, l'auteur constate qu'une tendance semblable existe aussi dans le droit yougoslave.

Préconisant un meilleur traitement des péres, l'auteur considère que les tribunaux ont la tâche responsable de créer la conscience qu'il n'y a pas de bonne alternative au principe de l'égalité des parents lors du règlement des litiges concernant la garde des enfants. Dans le même temps, l'auteur souligne que cette position est la seule acceptable pour concrétiser le principe du «plus grand intérêt de l'enfant» sur le plan comparé aussi.

Mots clé: *Divorce. — Garde des enfants. — Egalité des parents.*

UDK — 340(410)

Прегледни чланак

др Радмила Васић,
доцент Правног факултета у Београду

СУДСКА ИЛИ ОБИЧАЈНА ПРИРОДА COMMON LAW-a

Common law систем, који обележава англосаксонски тип права, одређује се, већ у уводним напоменама, као обичајно или као судско право. Посматрањем његовог формирања кроз историју могуће је једино закључити да је Common law „недељиво" обичајно и судско право. У прилог тврдњи да је то систем прецедентног права наука наводи најпре неприкосновеност ауторитета судског прецедента у односу на који обичај као његов извор или инспирација губи значај, а затим и чињеницу да судови од постојећих прецедената одступају и самостално стварају нове кад за то постоје оправдани разлози. Ипак, другачије дефинисање обичаја, као норме која настаје без „помоћи" законодавца, а не нужно спонтано, у народу, без институционализованих посредника, омогућава да се судски и лаички обичаји обједине у једну врсту, а Common law одреди као систем обичајног права.

Кључне речи: *Common law. — Судски прецедент. — Обичај.*

Англосаксонски тип права (1), који се из Енглеске у којој је поникао проширио, с извесним изузецима, у земље енглеског говорног подручја и у већину земаља које су биле или су још увек под политичким утицајем Енглеске (2), обележен је другачијим особеностима него што је систем права земаља европског континента. Пре свега и најдубље обележен је својом историјом и углавном отуда про-

(1) За означавање овог типа права најчешће се употребљава англосаксонски назив иако је он оправдан само када је у питању право које су стварали Англи и Саси (упореди: Р. Давид, *Увод у приватно право Енглеске*, Београд 1960, стр. 8; О. Станојевић, *Англосаксонско право — Common law*, скрипта, стр. 1). Упоредо с овим користе се још и називи прецедентни, обичајни или Common law систем, према техници којом се ствара и за коју се мисли да га претежно обележава, англоамерички систем, или систем енглеског права који изгледа најповољнији јер га до XVIII века пре свега формира историја баш енглеског права и што оно заузима најважније место у систему (види: R. David, *Les grands systèmes du droit contemporaines*, Paris 1982, str. 314, 315).

(2) Треба додати да су ове друге чувале и неговале сопствену правну традицију, али да је у домену процесних права, организације судства, а нарочито у целокупности правничког мишљења, енглески утицај доминантан (види: R. David, *Les grands* . . . , 313).

истеклим начином правничког мишљења. Захваљујући острвској изолованости утицај из Европе био је ограничен, па тако енглеско право не познаје ни рецепцију римског права ни кодификацију. Зато изгледа као производ потресима непрекидане, смирене еволуције у којој сачувана традиција служи као основ за показивање његове вредности.

Насупрот логичкој уређености права, хијерархији његових извора, поступку дедуктивног закључивања континенталног система, англосаксонски систем представља производ историје у којем различити извори имају упоредну вредност, а конкретна решења доносе на основу познавања чињеница, a posteriori (3). Познавање судских одлука из прошлости нужно је не зато што оне омогућавају разумевање садашњих већ зато што представљају важеће, позитивно право. Много више од спољног означавања, истицање и уважавање историјског континуитета служи за разумевање система енглеског права у целини, његове унутрашње логике, еволуције и специфичности извора права, правних механизама, садашње стабилности система, класификације правних појмова и терминологије (4). Ипак, када се као карактеристике овог система истичу историјски континуитет и аутономност, не треба заборавити да су традиционална решења уступила пред рационалним увек кад су то промењене друштвене околности и новонастале потребе захтевале.

Приказивање англосаксонског типа права већ у уводним разматрањима садржи општи суд да је то у основи или обичајно или прецедентно право, а када се томе дода да се цео овај систем поистовећује са једним његовим делом — општим правом означеним као Common law, даље истраживање треба да покаже да ли је Common law по начину формирања и функционисања судско или обичајно право. Иако је Common law уобичајени назив за цео систем енглеског права, у његовој структури постоји још statute law, писано право на снази које обухвата законе, друге акте које доноси Парламент, а који нису закони, писане акте управних и других државних органа, систем „правичног" (equity) права којим се означава скуп правних правила која је пре реформе од 1873. године доносио и примењивао Суд канцеларије и канонско право (5).

Сам израз Common law је вишезначан. Употребљава се за означавање оног дела права који није ни писано право ни equity. У ширем смислу Common law обухвата и старе одредбе писаног права донете од стране краља пре него што је настао Парламент. То су закони саксонских краљева, кривичноправни прописи, укази, одлуке, повеље, статути донети до XIII века, а, по мишљењу неких, и они који су настали у XIV и XV веку (6). У најширем значењу израз Common law се употребљава за разграничење неписаног од писаног права и у том смислу обухвата и правила equity (7).

Теоријскоправно одређење Common law-a захтева већу пажњу. У структури енглеског права правила Common law-a најстарија су, најзна-

(3) Упореди: R. David, *Увод* . . . , стр. 4, 5.

(4) Упореди: *ibid.*, стр. 3.

(5) Упореди: О. Станојевић, *op. cit.*, стр. 2. У истом смислу: Р. Давид, само што не помиње канонско право (R. David, *Увод* . . . , стр. 62).

(6) Упореди: R. David, *Увод* . . . , стр. 63.

(7) Овакво значење наводи Тинк (A. Tunc, *Coutume et "common law"*, "Droits", бр. 3/1985(6), стр. 53).

чајница, и, за разлику од других, у простом збиру и логичком јединству представљају систем „довољан сам по себи" (8). „Систем права је у основи наученa традиција идеала, метода, учења и начела, трајан докле год ток учења остане непрекинут. Common law је систем ове врсте, традиција наученог права, трајног у Енглеској од успостављања организованог учења у Inns of Court до распадања тог учења у XVI и XVII веку, а затим обновљеног у Коуково (Coke) време, непрекинутог у неколико земаља енглеског говорног подручја од XVII века" (9). Његова идентификација са целокупним енглеским правом зато није случајна. Оно је његов дух, прошлост и садашњост.

Постоје многа одређења Common law-a, али су ретка она која се сама по себи, или кад се доведу у везу са другим, могу прихватити као дефиниција. Већина је утемељена на историјском искуству и описног је карактера. Тако, нпр. Common law се може одредити дефиницијом „која се позива на историју" као систем права који је настао у средњовековној Енглеској делатношћу вестминстерских судова чија је надлежност постала редовна и која се простирала на целој територији државе (10). Општа, редовна или нормална примена Common law-a од владе Хенрика III (1216—1272) значи да је ово право заједничко целој Енглеској, за разлику од локалних обичаја које су примењивали властелински и месни судови на својој територији, и да се друга правна правила примењују само изузетно, када се „учине оправданим разлози због којих Common law у датом случају не сме да буде примењен" (11).

Блекстон (Blackstone) одређује Common law као заједничке обичаје краљевства (12). „Ово неписано или опште право (Common law) је погодно подељено у три врсте: 1. општи обичаји; који су универзална правила целе краљевине, и чине опште право у његовом стриктнијем и уобичајенијем значењу; 2. посебни обичаји; који се односе на становнике појединих области; 3. неки посебни закони (laws); који су обичајно прилагођени и примењивани од стране посебних судова, доста опште и широке јурисдикције" (13).

---

(8) R. David, *Увод* . . . , стр. 62, 63.

(9) R. Pound, *What is the Common Law?*, The Future of the Common Law, Massachusetts 1965, стр. 8. Паунд на одмерен начин приступа неодређеном појму права. У веку који означава „ером сигурног знања", у коме и филозоф наговештава да зна све и о „несазнатљивом", једино још правници нису сагласни и још увек се споре о природи права. У практичне сврхе, за потребе адвоката, три ствари су добиле име право, „. . . . и то, правни поредак, скуп ауторитативног материјала судског одређења — скуп добијених материјала на основу којих они који пресуђују себе сматрају и сматрани су обавезним да нађу основ за одлуку — и, оно што је госп. судија Кардозо (Cardozo) срећно стилизовао као судски процес — процес утврђивања спора у складу . . . с ауторитативним материјалом за одлуку" (ibid., стр. 7, 8).

(10) Упореди: R. David, *Les grands* . . . , стр. 320, 321; V. Knapp, *Велики правни системи*, „Страни правни живот", бр. 75—76/1972, стр. 18. Историја Common law-a представља се као историја издатих writ-ова којима се у различитим случајевима покретао поступак пред краљевским судовима.

(11) R. David, *Увод* . . . , стр. 23.

(12) Из Блекстонових коментара. Наведено код: C. K. Allen, *Law in the Making*, 1964, стр. 72. Посебни обичаји на које се Блекстон позива имали су значај у прошлости у формирању Common law-a. Данас су посебни обичаји уграђени у правила Common law-a, а они који нису, под одређеним условима се примењују као самосталан извор права.

(13) R. David, *Увод* . . .

Изједначавајући Блекстонове „опште обичаје" или „обичаје краљевства" са „функционалним принципима у правним односима који се углавном не налазе у изричитим формулацијама, већ су саставни део ... друштвених устројстава", Ален (Allen) у основи на исти начин описује Common law (14).

У истом смислу Полок (Pollock) изједначава Common law и "Customary law" (15).

Неизвесно је и овде небитно да ли израстање Common law-a из општих обичаја представља историјску истину, научну претпоставку или фикцију и згодну формулу. Циљ је да се покажу један начин и једна могућност дефинисања Common law-a, и то по пореклу или извору садржине правила која га сачињавају. Када се обичај кроз општу, дугу и непрекинуту праксу учврсти, „тешко га је разликовати од самог Common law-a" (16).

Овако једноставна „теорија" данас не може да објасни померање и промене енглеског Case law (17). Зато се Паунд (Pound) залаже за други приступ у дефинисању Common law-a. „... То није било који скуп чврстих правила установљених у било ком утврђеном времену или од стране било ког одређеног ауторитета, то није било који скуп ауторитативних, сталних или универзалних премиса за правно разматрање, то није било који скуп правних института за које можемо веровати да ће имати дугу и истакнуту будућност као чинилац правде међу народима енглеског говорног подручја. То је пре научена традиција о месту пресуђивања у поретку самоуправних народа. То је пре научена традиција вољног подређивања ауторитету и моћ да се расуђује на основу средњовековних повеља или прастарих обичаја или споразума суверених народа да влада према објављеним принципима права (right) и правде" (18). „... То је у основи начин судског и правничког мишљења, начин разматрања правних проблема пре него утврђен скуп одређених правила..." ма како да је утврђено њихово порекло (19). Још шире, Common law је синоним за англоамеричку правну традицију (20).

Шта, најзад, битније одређује Common law — порекло правила или начин функционисања система? Без сумње, и једно и друго. Тако се враћамо на почетак: Common law се може одредити само описно, истицањем принципа и начела, и историјски, поступком стварања.

Питање се може поставити и на други начин: да ли судови стварају или само примењују Common law? На ово питање је правна теорија вековима давала супротне одговоре. Шта се на основу њих може закључити? Прво, традиционалан одговор је да судови само ту-

(14) C. K. Allen, *op. cit.*, стр. 73. Још једна језичка варијација. Ален Common Law пише великим словима, што претпостављамо да подразумева изграђен систем права општепознатог значења. У Блекстоновим цитатима common law, писано малим словом може да означава подједнако и систем права и право које је опште заједничко. Поред Common Law употребљава се, додуше ретко, и израз common custom (види: C. K. Allen, *op. cit.*, стр. 73, примедба 2). Ален каже да је у неким старим случајевима између њих повучена разлика, али да није јасна. Изгледа да се common custom односи на обичај прихваћен у народу, а Common Law на правила која су судови санкционисали.

(15) Види о томе: C. K. Allen, *op. cit.*, стр. 71, 72.

(16) *Ibid.*, стр. 74.

(17) Види: E. W. Patterson, *Jurisprudence — Men and Ideas of the Law*, New York, 1953, стр. 229.

(18) R. Pound, *op. cit.*, стр. 10, 11.

(19) R. Pound, *The Spirit of the Common law*, Boston, стр. 1.

(20) Упореди: *ibid.*

мање и објављују Common law (21). Друго, сабирањем и једноставним уравнотежавањем добија се помирљив одговор да је Common law недељив обичајно и судски. Треће, обнављање питања у времену и несагласност одговора указују на то да је одговор на питање можда и мање важан него само питање јер позива на проучавање настанка, структуре и функционисања Common law-a. У вези с овим, као четврто, еволуција Common law-a омогућава да се његова природа данас истражује слободније, без обавезе поштовања традиционалних одговора правне науке као заувек датих и несумњивих.

Како разрешити проблем супротстављених тврдњи о Common law-u? Најпре историјским посматрањем његовог формирања.

„Полазна тачка је у обичајима" који су постојали и примењивали се пре Виљемовог освајања 1066. године (22). Порекло и природа ових обичаја нису сасвим јасни. Милсом (Milsom) сматра да су затечени обичаји у мањој мери били лаички. Скупови општина, претече савремене институције судства, доносећи све врсте одлука значајне за управљање друштвеним животом заједнице, створили су тзв. обичаје судске праксе и они, према Милсомовом мишљењу, представљају (пре)историјско упориште Common law-a.

Кроз векове који су следили освајању, краљевски судови су одиграли најзначајнију улогу у процесу формирања Common law-a. Они су „у принципу" примењивали обичаје (23). Заседајући у разним областима краљевства били су принуђени да у зависности од садржине важећих локалних обичаја одлучују у једном или другом, понекад сасвим супротном смислу. „Мало-помало, на известан начин не желећи то намерно, они развијају заједнички закон краљевства; comune ley ће постати common law" (24).

Колика је мера заступљености обичајног и судског елемента у току стварања Common law-a тешко је закључити, и за то је научно уважавање једног или другог могуће али и само релативно тачно. Common law је и по начину стварања „недељиво" обичајно и судско. Или, ако се прихвати теза о судској пракси као судском обичају, па се лаички и судски обичаји подведу под једну заједничку категорију, онда је Common law систем који се формирао помоћу обичаја.

Каква је његова природа данас? Је ли оно обичајно или судско право? Савремена наука га одређује пре као судско — прецедентно него као обичајно.

Поступно формирање Common law-a трајало је вековима. У неком моменту, који се временски тешко може утврдити, његови основни принципи и начела, помоћу којих се и препознаје као систем, су уобличени, разрађени и потврђени судским одлукама. Пошто је ауторитет прецедента данас доминатан принцип, наука у оквиру Common law система једино у судском прециденту види извор права претпостављајући његов примаран значај. У поређењу са судским прецедентом, обичај који му је претходио добија карактер нормативног факта који нема самосталну правну снагу. Формално и споља видљиво обичај нестаје добијајући облик судског прецедента. Данас више никога не ши-

(21) Common law је за судију „божја воља" (A. Tunc, *op. cit.*, стр. 56).
(22) Милсомово мишљење наведено према: A. Tunc, *op, cit.*, стр. 51.
(23) *Ibid.*, стр. 53.
(24) *Ibid.*

тересује где је судија пронашао решење за давну, прву судску одлуку којом је неко правило уведено у правни живот. Обичај или самостално судско стварање, одговор данас заиста нема никакав практичан значај. Како је настало правило које чини садржину односног прецедента неважно је у односу на чињеницу да је суд применио и исказао правило Common law-a и да оно мора да буде поштовано и у будућности.

Common law је и у једном другом смислу све више судски. Насупрот ауторитету прецедената и правној сигурности, у савременом енглеском праву све више се истиче захтев за уграђивањем "policy" у ratio decidendi. Инсистирање на поштовању прецедената никада није било апсолутно. Ово начело допушта изузетке када је ... одлука сасвим очигледно супротна разуму; а поготову ако је супротна божанском закону... Наука права је следећа: прецеденти и правила морају да буду поштовани, осим ако нису очигледно апсурдни или неправедни... (25). Могућност да се одступи од прецедената у име разума и божанског закона данас добија смисао задовољавања друштвених потреба, интереса и жеља.

Готово читав један век Дом лордова, „врховни правни ауторитет", поштовао је прецеденте којима су исказана правна правила Common law-a. Како су нове друштвене потребе наметале „модернизацију" права, Дом лордова је почев од 1966. године „добио" овлашћење да изузетно може укинути постојеће правно правило из разлога који су оправдани и очигледни (26). У истом смислу проширена су и овлашћења Апелационог суда. Но, упркос судској хијерархији и формалној могућности која отуд потиче да се одступи од постојећих прецедената, ново право је ретко коришћено. Не може се очекивати да ће се брзо и лако напустити судска одлука прве инстанце која аутентично изражава правило Common law-a и примењује деценијама или чак вековима. „Још увек можемо да видимо", каже Тенк (Tunc), „неког судију чак и Апелационог суда како се извињава неком тужиоцу због апсурдне одлуке која ће бити донета и саветује му да се обрати Дому лордова" (27). Ипак, померања од старог и традиционалног ка новом и савременом су неминовна.

Сав „разум" права није у ауторитативном правилу било оно законско или судско. Да би упоредо са законским правом Common law опстао као систем који на задовољавајући начин регулише друштвене односе, одступање од једног давно промовисаног правила у извесним ситуацијама је нужно. У истоврсним случајевима ауторитет прецедената је неприкосновен. Али, ако се марљивом, пажљивом и надахнутом анализом открију чињенице посебног случаја које га издвајају од њему сличних, створен је правни основ за формулисање новог правила и оправдан разлог за одступање од старог. Тако је канцелар лорд Денинг (Denning) 1975. године створио један сасвим нов начин остваривања извршавања потраживања блокирајући фондове који припадају страном ућајмљивачу бродова који није плаћао оно што је дуговао власнику брода (Mareva injunction). Овај поступак је брзо изазвао врло значајну и устаљену судску праксу која је потврдила прво-

(25) Из Блекстонових *Коментара*. Наведено према: A. Tunc, *op. cit.*, стр. 56.
(26) Види о томе: *ibid.*, стр. 57.
(27) *Ibid.*

битно решење као правно правило (28). Правило о ком је реч без сумње је судска творевина. Пример показује како се нова правна правила стварају, а стара укидају делатношћу судова, односно како судови занемарују начело прецедената када друштвени интереси и дух времена то захтевају. Треба очекивати да ће се и у будућности преображаји Common law-a вршити судским иновацијама, што ће Common law-у давати све више изглед судског права (29).

Из разматрања која претходе, и уз претпоставку о неопходном супротстављању судског и обичајног стварања, могао би се извести релативно сигуран закључак о природи Common law-a. Али, обичај није одвојен и не претходи обавезно судском одлучивању. Ова тврдња наводи, као што је Милсом показао, на могућност другачијег приступа обичајима.

Сви обичаји који су доспели у правну сферу нису настали спонтано. Неки од њих заиста су створени у народу, у пракси. Са установљавањем судова, ма које организације и састава, отпочиње процес другачијег стварања правних правила. У неким случајевима судови се ограничавају само на то да „искажу" већ постојеће право, да признају неко правно правило које често „не би преживело без тог признавања" (30). На другој страни, и у све већој мери, судови стварају нова правила. По техници стварања она су судска, али како их у садржинском смислу судови не стварају произвољно, већ истражују друштвени интерес и садржину која ће се на најбољи начин уклопити у већ постојећи систем правила, а затим их из убеђења о исправности примењују на све будуће истоврсне случајеве, овако створена правила имају све битне одлике (судског) обичаја. У савременим условима поменути процес се наставља. Кад се судија доносећи одлуку „инспирише уважавањем 'policy' он у ствари изражава народну свест" (31). Врло често, не желећи ново правило по сваку цену, судија на један специфичан начин изражава већ окамењену народну свест када решење тражи у прецедентима, не директно у правима која садрже, већ у логици која их окружује, у принципима који их уједињују, у духу права који исказују. Механизам стварања и развијања правила Common law-a тешко је поједноставити и свести на једну од две технике — обичајну или судску. У обимном, динамичном и јединственом скупу, правна правила Common law-a представљају „плод у исто време историје и небројаних малих помицања која су чиниле и даље чине судије као одговор на народну свест" (32). Ако се пажљиво погледа састав Common law-a, међу правилима која су на снази, уочиће се сасвим мали број инкорпорираних спонтаних, лаичких обичаја и много већи број судских. Неки од ових последњих дело су судија чија су имена заборављена, а неки су датирани и означени именом спора из којег су настали.

(28) Види: *ibid.*, стр. 55.

(29) Почев од XIX века доктрина "stare decisis" у САД добијала је разне захтеве у пракси и квалификације у науци али стање у суштини остаје непромењено. Прецеденти се и даље поштују али се од њих исто тако одступа кад се оцени да је то целисходно.

(30) A. Tunc, *op. cit.*, стр. 60.

(31) *Ibid.* „Судија нам изгледа да је много више 'народни' много ближи спонтаности него законодавац који поставља брутално ново правило које морају сви да поштују од одређеног датума". Иако је закон донет „у име народа", не значи да увек и изражава „друштвене аспирације".

(32) *Ibid.*, стр. 61.

Одвајање од стандардне концепције о анонимном и спонтаном стварању обичаја омогућава да се обичај дефинише на нов начин. Обичај тако није норма коју народ ствара спонтано, без институционализованих посредника, већ норма која настаје без „помоћи" законодавца (33). Тако су лички и судски обичаји обједињени у једну врсту и подведени под заједнички појам.

Ако компромисан став да је Common law „недељиво" обичајно и судско право не задовољава критеријуме теоријскоправне науке, проширена дефиниција обичаја чини оправданим закључак да је Common law у свом историјском трајању до данас систем обичајног права.

(Примљено 6. XII 1989)

Dr. Radmila Vasić
Assistant Professor of the Faculty of Law in Belgrade

COMMON LAW — CASE LAW OR CUSTOMARY LAW?

Summary

Reviewing the Anglo-Saxon type of law involves already in introductory stage the general standpoint that this is in essence either customary or case law. If one adds to this that this entire system is made equal to one of its parts—general law designated as Common Law, one should question whether Common Law, in the way of its formation and in functioning, is a system of customary or case (judge-made) law.

Different and even controversial assertions concerning theoretical determination of Common Law may be resolved first of all through historical review of its taking shape: the Common Law is "indivisible" customary and case law. Contemporary theory in the sphere of law, however, determines it predominantly as a case law, since the custom, as compared to the precedent made by courts, assumes the character of a normative fact without independent legal force. (The custom, namely, precedes in time to the precedent). Common Law is more a judge-made law since, also, departures from the existing precedents are effected by way of fact, while such a possibility is introduced in a formal way, too, if justified and obvious grounds exist, namely when significant facts require such an action.

While assuming the necessary opposing trends between the case-law and customary creation of law, one could conclude withe quite certainty that the Common Law is of a case-law character. However, if one departs from the standard conception of anonimous and spontaneous creation of customs, according to which the custom is created by the people, spontaneously and without institutionalized mediators, and while accepting the definition that the custom is a norm emerging without "help" of the law-maker — it is possible to unify secular and judicial customs (case-law) into one kind and to classify them under the common notion, so that the Common Law in its historical duration until today may be determined as a system of customary law.

Key words: *Common Law. — Judicial precedent. — Custom.*

(33) Тенк поставља радикалну хипотезу када се пита није ли „судски фактор . . . интегрални део" обичаја, супротну почетној констатацији у којој су судска одлука (примена права) и обичајно правило (извор права) међусобно одвојени. Ипак оставља могућност да утисак о све већем судском и све мањем спонтаном стварању Common law-a у новије доба представља илузију, јер је судски фактор . . . једноставно само видљивији" (A. Tunc, *op. cit.*, стр. 61).

Radmila Vasić
professeur agrége à la Faculté de droit de Belgrade

LA NATURE JURIDIQUE ET COUTUMIÈRE DU COMMON LAW

Résumé

Lorsqu'on veut parler du type anglo-saxon de loi, il faut porter, dès le début, le jugement qu'il s'agit en effet du droit coutumier ou du droit juridique, et lorsqu'on y ajoute le fait que tout ce système est identifié à une de ses partiesle droit général défini comme Common law, la question se pose de savoir si de par sa formation et de par son fonctionnement le Common law représente un système de droit coutumier ou de droit juridique.

Les assertions diverses, voire même opposées sur la définition théorique et juridique du Common law peuvent être réglées avant tout par l'étude historique de sa formation: le Common law est un droit inséparablement coutumier et juridique. La science contemporaine le définit pourtant avant tout comme juridique — comme droit de précendent, plutôt que comme droit coutumier, car par raport à l'autorité du précédent juridique, la coutume qui a été à son origine revêt le caractère d'acte normatif sans puissance juridique autonome. Dans un autre sens aussi, le Common law est de plus en plus un droit juridique, car les écarts des précédents existants sont présents, et ils sont ensuite introduits formellement, comme possibilités, à chaque fois que rasion sont justifiées et évidentes, c'est-à-dire à chaque fois que les faits d'un cas particulier l'exigent. Si l'on suppose la nécessité d'opposer la création juridique et coutumière, on pourrait tirer presqu'avec certitude la conclusion sur la nature juridique du Common law. Cependant, si l'on abandonne le concept standard sur la création anonyme et spontanée des coutumes, selon lequel la coutume est créée par le peuple, de manière spontanée, sans intermédiaires institutionnalisés, et si l'on accepte la définition de la coutume comme norme qui est créée sans l'aide du législateur, les coutumes laïques et juridiques peuvent être réunies en un genre et considérés comme un concept commun, et le Common law, dans sa durée historique jusqu'à nos jours, peut être défini comme système du droit de coutume.

Mots clé: *Common law. — Précendent juridique. — Coutume.*

UDK — 321.7

Прегледни чланак

мр Бранко Лубарда,
асистент Правног факултета у Београду

ДЕМОКРАТИЈА: ИСТИНЕ И ИЛУЗИЈЕ — ИДЕЈЕ И ИНСТИТУЦИЈЕ

У раду се преиспитују основне поставке демократије. Анализирају се концепт, институције и пракса демократије. Критички се разматрају класичне синтагме: власт народа, слобода и једнакост, права и слободе грађанина, легитимност власти.

Полази се од становишта да се између идеја и институција демократије развија посебан дијалектички однос: идеје (идеали) рађају институције, а институције сахрањују идеје. Настоји се проникнути у механизам овог процеса и разоткрити стварни недемократски садржај савремених демократија (тзв. буржоаске и тзв. социјалистичке).

Посебно се развија мисао да су истине и илузије историјски пар и да су уграђене у темеље цивилизације. Једна од великих илузија јесте и илузија демократије.

Кључне речи: *Демократија. — Истине. — Илузије. — Идеје. — Институције.*

1. ИСТИНЕ И ИЛУЗИЈЕ

Сваки појединац и свако друштво могу само до одређене границе да прихвате истину о себи. Та граница је одређена индивидуално и разликује се од појединца до појединца и од друштва до друштва. Преко те границе долази до личних и друштвених потреса и ломова. Да би се потреси и ломови избегли, ублажили или бар одложили, и код појединца и код друштва се стварају извесни лични и колективни одбрамбени механизми: код појединца — рационализације, пројекције, сублимације; код друштва — идеологизације. И личним и друштвеним одбрамбеним механизмима заједничко је да представљају различите облике *илузије.*

Потреба за илузијом нужна је последица и чињеница да сваки појединац и свако друштво могу да задовоље само мањи број својих

потреба: материјалних, културних и др. Највећи број потреба остаје незадовољен. Суочавање с том истином изазива личне и друштвене фрустрације и напетости. Да би се напетост и фрустрираност колико-толико ублажиле, прибегава се илузији. Илузија пружа *наду*, управо оно што редовно одузима истина (преко одређене границе). Што је илузија већа, већа је и нада коју пружа, а што је истина (преко одређене границе) већа, и губитак наде је већи. Стога откривање великих истина које потресају личност и друштво нужно изазива стварање нових великих илузија које ће ублажити разорно дејство такве истине и повратити изгубљену наду. Све су цивилизације дијалектичке равнотеже истине и илузије, а целокупна историја се показује као стална борба између истине и илузије, у којој привремену победу односи час једна, час друга.

Историја показује да су се појединци и народи често лакше мотивисали, покретали и чак жртвовали за илузију него за истину. Разлози су дубоко индивидуално и социјално-психолошке природе. Велике истине обесхрабрују, депримирају, док велике илузије пружају наду и спас, односно привид спаса или привид нечег бољег и вишег.

Велике илузије које ствара друштво у односу на велике илузије појединца имају и своја специфична обележја. Оне нису одбрамбени механизам целог друштва, већ стварно владајућег дела друштвене моћи. Оне представљају својеврсну прикривену духовну принуду која се намеће упорним понављањем док се не прихвате за истину. Разобличавање владајуће илузије погађа директно стварне носиоце друштвене моћи. Управо зато постоје сложени механизми спречавања разобличавања великих владајућих илузија, односно откривања истине, у чијем средишту су институције духовног обликовања: у средњем веку — црква, данас, нпр. мас-медији. Тек кад закажу ови механизми стварања и очувања владајућих илузија, кад разорно дејство истине запрети виталним интересима стварних носилаца друштвене моћи, прибегава се физичком насиљу, као ultima ratio заштите владајуће илузије, тј. стечених владајућих друштвених позиција носилаца друштвене моћи. Тада се држава са својим монополом физичке принуде показује као незамењива институција која гуши рађање нове истине. Разобличавање илузије и рађање истине траже жртве. Што је илузија која умире и истина која се рађа већа, већа је и жртва. Велика илузија, велика истина и велика лична и друштвена жртва су историјски трио. Наравно, ретки су они који успеју да разобличе илузију, а још ређи они који смогну храбрости да је обелодане. Они изузетни појединци који се дрзну да попут Прометеја открију обичним људима пуну истину, сагоревају на пламену истине, постају жртве друштвених моћника (Сократ, Галилеј, Бруно, Коперник и др.) (1).

(1) Истина и илузија су историјски и животни пар супротности али и митски и симболички. У том контексту се могу протумачити симболика (дворске) Луде и мит о Пандориној кутији.

Луда (дворска луда). Ма колико стварни носиоци друштвене моћи прикривали истину иза владајуће илузије и ма колико оштро кажњавали оне који се усуде да разобличе владајућу илузију, дубоко у себи осећају потребу да, ипак, чују истину. Али, да та истина не би изазвала тешке последице и ломове, ту истину не сме открити свако. Истина губи разорно дејство ако је изнесе неко ко се сматра неразумним, мање вредним — луда. Истина луде изазива смех. За оно за што би нормалан човек страдао, луда пролази некажњено, јер је не узимају озбиљно. Потреба за истином уз истовремено очување илузије — смислао је постојања луде.

Пошто је потреба за истином и очувањем владајуће илузије стална потреба носилаца друштвене моћи, без обзира на разлике у системима, луда је преживела и средњи

Свака епоха почива на великим илузијама; у темељима цивилизација су уграђене подједнако и велике истине и велике илузије.

2. ИДЕЈЕ И ИНСТИТУЦИЈЕ

Између институција и идеја (идеала) развија се посебан дијалектички однос: идеје (идеали) рађају институције, институције сахрањују идеје (идеале). Иако идеје стварају институције, између идеја и институција се временом ствара однос који, метафорички изражен, изгледа попут односа код Едиповог комплекса: дете (институција) би да се еманципује од ауторитета оца (идеје, идеала) и јављају се „оцеубилачки" импулси. Што се институција више учвршћује, стабилизује, ти импулси се појачавају. Они се изражавају кроз две битне функције институције: једна је очување илузије да институција служи остварењу и заштити идеје (идеала); друга је да институција постаје највиша вредност самој себи. Ове функције се остварују паралелизмом активности. С једне стране, институција постепено занемарује и редукује све оне садржаје и поруке идеје који би могли да угрозе (после извесног времена) постојање и функционисање институције као такве, као циља самој себи. Институција, тј. њен идеолошки апарат, све више лишава идеју животне снаге и виталности, уклањајући све непожељне (по правилу изворне) садржаје, а задржавајући само оне садржаје који одговарају актуелним интересима институције. На другој страни, институција предузима читав низ активности усмерених у правцу развијања и очувања илузије о институцији као легитимном заштитнику и средству реализације идеје, прикривајући свим средствима истину да институција сахрањује идеју. После извесног времена готово је немогуће препознати изворни садржај идеје, идеала. Идеју религије сахрањује институција цркве; идеју демократије — институција демократије; идеју марксизма — партија и држава. Да би своју моћ проширила и учврстила, институција развија и јача своју организациону структуру, која је од битног значаја за дисциплиновање и интегрисаност. Институција шири своју моћ и стицањем богатства. Богатство не служи само за јачање моћи институције споља — у друштву, већ и за учвршћење моћи институције изнутра. То се постиже механизмом награђивања одаиих и послушних чланова. Послушност и оданост институцији, а способност само у границама потребним за институцију, највише вредности које институција награђује статусним признањима, односно напредовањем у управљачком апарату институције. Онима који се не слажу у довољној мери са циљем институције ускраћује се напредовање

век, наравно у новом руху. Носиоци друштвене моћи лако проглашавају лудима оне који се дрзну да разоткрију владајућу илузију. Затварање великих умова у душевне болнице је опробани вид неутрализања разорног дејства истине.

Пандорина кутија. Митска симболика Пандорине кутије садржи противречност која нужно захтева дубљу анализу: како је могуће да у кутији у којој су била затворена сва зла света остане нада. Да ли је нада такође зло? Ако је зло зашто и она није као и друга зла изашла из кутије? А, опет, ако није зло шта ће нада у кутији? Пандорина кутија, наиме, симболизује тежину и болест (бесмисленост?) живљења, истину чије се дејство преко одређене границе изједначава са дејством (друштвеног) зла. Да би се дејство (друштвеног) зла лакше поднело, прибегава се илузији — нади. Отуда и нада у кутији зла. Нада је једино прибежиште човеку у друштву зла, неправде, бесмисла. Илузорна нада и истина су историјски, митски и животни пар супротности.

и представљају се као друштвено неподобни и неприхватљиви. Идеолошки апарат институције спроводи интелектуални остракизам према свима који мисле другчије, који указују на удаљавање институције од идеала, који желе реафирмисати изворни садржај идеје.

3. ДЕМОКРАТИЈА — ВЕЛИКА ИЛУЗИЈА

3.1. Илузија концепта — концепт илузије

А) *Народ.* Народ као социјални супстрат демократије није и не може бити политички субјект (2). Народ није хомоген и јединствен, већ унутар себе класно и слојевно подељен, интересно разједињен и сукобљен. Хомоген и јединствен народ је могућ изван класног друштва и државе, а тада демократија постаје излишна. „Парадоксално, али демократија је и могућа прије конституисања његовог социјалног супстрата, народа! То другим ријечима значи да је демократија могућа једино као нечија посебна, а не као демократија уопште. Кратко, укосталом, појам народа, као могућег политичког субјекта није никад дан in apstracto, него као означница владајуће класе као општег представника друштва, те је оправдано демократију именовати по том 'дијелу народа' — капиталистичка, пролетерска или радничка" (3). Међутим, демократија је или могућа или није могућа. „Нечија посебна демократија" је contradictio in adjecto. Аргумент да је „нечију посебну демократију" оправдано назвати демократијом само зато што део народа иступа као општи представник друштва не може бити довољно уверљив аргумент. Немогуће је да демократија (уопште) буде велика илузија а да посебна демократија буде стварност (истина), јер анализа посебних демократија показује да су и оне заправо илузије.

Б) *Власт народа — народ власти.* Иако претендује да трансформише народ власти у власт народа, демократији ово не успева. Воља народа се мистификује као основ легитимности демократске власти (и права) (4). Легитимност власти увек почива на владајућој илузији: религији у средњем, демократији у новом веку (капитализму и социјализму), тј. на суверености божје воље у средњем веку (5), а народне воље у новом. Божја воља је највиша, идеална, рационална (осим по тумачењу волунтариста), не подлеже сумњи — credo quod absurdum est, а таква је и воља народа. Легитимност лежи у априорности вредности највише воље. Једино легитимна власт доноси срећу човеку и друштву, што је још једна илузија. Власт, систем, институције не доносе саме срећу човеку и друштву, а могу их унесрећити. Дакле, иако је демократија тежила лаицизирању легитимности, воља народа

(2) „Демократија и као појам и као (евентуално) пракса полази и пада с народом као својим системским супстратом". — Ж. Пуховски, *Повијест и револуција*, Загреб, 1980, стр. 236.

(3) Ј. Мирић, *Плурализам интереса и самоуправна демократија*, Загреб, 1982, стр. 68—70.

(4) G. Sartori, *Théorie de la démocratie*, Paris, 1973, стр. 369.

(5) Додуше, указује се и на ирелевантност проблема легитимности у антици и средњем веку, јер „тамо где човек оно што јесте дугује без остатка заједници, где је дефинисан као zoon politikon, ту не може уопште постојати темељни проблем легитимитета. Концепт легитимне политичке владавине дугује разрачунавању с апсолутизмом". W. Hennis, *Легитимитет*, „Гледишта", бр. 7—10/1984, стр. 55.

се није могла ослободити деификације, тј. придавања вољи народа обележја лаицизираног бога. У демократији нови бог је народ, односно божанску вољу замењује народна воља (vox populi, vox dei), иако су и једна и друга илузорне.

В) *Легитимност—правда; легалност—(по)ред(ак).* Везивање легитимности власти и права као метаправног (супралегалног) појма за правду, а легалности за ред (поредак), два су пола око којих се плету и природноправна и позитивноправна гледишта (6). Ма колико изгледали удаљени, позитивизам и иуснатурализам су супротности које не могу једна без друге. Ако је позитивизам правно-научна (не, нужно, и правно-филозофска) истина изражена суштином да „сваки произвољан садржај може бити право" (7), онда је иуснатурализам илузија. Пошто друштво није спремно да прихвати истину преко одређене границе, а та граница је за сада још увек испод истине позитивизма, друштво прибегава илузији, измишља правду иуснатурализма. Илузија иуснатурализма пружа какав-такав смисао друштвеног живљења, што одузима болна истина позитивизма. И што је истина позитивизма болнија, као по некој закономерности, покреће се духовни потенцијал друштва, трага се за новим основом правде, иуснатурализма, легитимности власти и права. А тај основ се, заправо, не налази, јер основа правде, легитимности, иуснатурализма нема, јер је сам основ — илузија. Међутим, трагање за тим основом је неизбежно, јер су истина (непостојање основа) и илузија (налажење основа) нераскидиво везани пар.

Легитимност се не може свести на легалност која се доводи у везу са поретком. „У односу на позитивно право ниједна суверена влада није ни легитимна ни нелегитимна, што би уосталом и могла бити једино захваљујући закону који сама донесе, што значи да би била легитимна или нелегитимна по својој сопственој одлуци" (8). Легалност је основни правни принцип који користи институција државе да наметне послушност, дисциплинованост својих припадника (поданика, али и грађана). Држава тако као институција своју тежњу за јачањем моћи ефикасно спроводи кроз принцип легалитета.

Легитимност, као метаправни појам, теоријски се покушала да заснује на бројним критеријумима: традицији, јавном мњењу, слободи, разуму народа, општем добру или интересу, суверености народа и др. Сви ти критеријуми се показују као недовољни и пуни слабости (9). Верује се чак да „једини легитимитет кадар да буде, коначно, сам по себи довољан, не би припадао презенту..., јер би смисао добијао једино када постане прошлост. Тада би се могао признати за легитиман, пред судом опште историје, онај режим који буде извршио задатак у историјском смислу, чије би деловање било истовремено и разумно и делотворно" (10). Међутим, не објашњава се шта се подра-

(6) Под легитимношћу се не подразумева њено изједначавање са легалношћу. Легитимност се изједначава, своди на легалност када се узме да је воља народа, онако како је дата у закону једино мерило истине и правде. Легитимност овде постаје сувишна, своди се на легалност. Међутим, демистификовање закона (као опште воље или духа народа) и устава (као акта народа) као моралног in se и per se, довело је до немогућности налажења основа легитимности који би се свео на легалност. У том смислу: С. Кота, *Елементи једне феноменологије легитимитета*, „Гледишта", бр. 5—6/1984, стр. 26—27.

(7) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Neuchatel, 1952, стр. 49. и следеће.

(8) J. Austin, *The Province of jurisprudence determined*, London, 1954, стр. 347.

(9) О слабостима ових критеријума ближе код: Р. Полен, *Филозофска анализа појма легитимности*, „Гледишта", бр. 5—6/1984, стр. 15—22.

(10) *Ibidem.*, стр. 22.

зумева под „судом опште историје", нити како утврдити шта је „истовремено разумно и делотворно". Ако легитимитет не би припадао презенту већ прошлости, какву би корист од тог легитимитета могао имати народ у садашњости. Он, значи, не би могао знати да ли је постојећи систем власти легитиман, већ би морао да чека „суд опште историје". А смисао идеје легитимности је да народ може променити, оборити власт која нема или изгуби легитимност, јер се верује да народ има природно право на побуну против нелегитимне власти. У ствари, тзв. суд опште историје је заправо један нови мит, који је илузоран, као и други критеријуми легитимности. Суд опште историје и схватање повести (као различите од историје), тј. једна врста филозофије историје, није ништа друго до „лаички отпадак теологије историје и јудеохришћанске есхатологије" (11).

Демократија, као велика илузија, има тако са легитимношћу, правдом, иуснатурализмом своје дубоке додирне тачке. Илузија концепта почива и на природном праву народа да има владавину какву сам хоће, да се народ власти трансформише у власт народа (да народ устава добије устав народа). Ово природно право народа подразумева и природно право на побуну, али ако народ није довољно снажан и спреман да изведе преврат, од права на побуну нема користи. Ако је довољно снажан и спреман да изведе преврат (револуцију), њему природно право није ни потребно. Уосталом, преврат врше тзв. револуционарне мањине, а не народ као целина.

Г) *Принципи демократије: слобода и једнакост.* Илузорност воље народа је најтешње повезана с илузорношћу два општа принципа на којима почива концепт демократије: слободе и једнакости. Демократија је увек облик владања (власти). Ма како се тај облик схватао и тумачио, он сам не може заменити садржину или постати садржина владавине, нити довести до нестанка суштине владавине. А владавина је увек по својој суштини однос потчињавања, у коме једна воља издаје заповести другој вољи (12) — obedientia facit imperatem (13). Владавина је однос неједнаких воља, не увек у правном, али увек у политичком смислу. Неједнакост воља нужно води неслободи, јер нема слободе без једнакости, и vice verse. Ако демократија и може да садржи негативну слободу (слободу „од"), тј. ограничење свемоћи и арбитрерности власти, позитивна слобода (слобода „за"), тј. активно учешће у политичком управљању и одлучивању у политичкој заједници, трпи битна ограничења у стварности. Владавина народа над самим собом, као други израз воље народа, престаје бити владавина у политичком смислу уопште. Владати самим собом, тј. идентичност оних који владају и оних којим се влада (14), значи бити слободан. Владавина једнаких и слободних престаје бити владавина у политичком смислу. Отуда је демократија као концепт противречна у самој себи. Из немогућности слободе и једнакости као принципа демократије

(11) M. K. Lowith, *Meaning of History*, Chicago, 1955, стр. 39.

(12) Владавина као израз моћи је „способност да се властитом вољом наметне жељено понашање"; M. Weber, *On Law in Economy and Society*, Harvard University Press, 1954, стр. 39.

(13) Спинозина мисао да послушност чини владавину важи за сваку владавину без обзира на њен квалитет. Отуда заснивање легитимности на пристанку, consensusu, може да има за последицу да и тоталитарни режими прибаве легитимност.

(14) Владати самим собом „није друго до реторички трик, теоријски безначајан" (W. Hennis, *Легитимитет*, „Гледишта", бр. 7—10/1984, стр. 51), иако не и филозофски: Sibi imperare maximum imperium est (Сенека).

није изведен логички очекиван закључак о немогућности, илузорности демократије. Уместо тога говори се о могућностима слободе и једнакости у демократији. Али за кога? Формално-правно за све, друштвено-политички за неке више, за неке мање. У ствари, иза, наводно, принципа слободе и једнакости у демократији се прикрива недемократска стварност — недовољно стварне слободе и једнакости.

3.2. Илузија концепта посебних демократија

Илузорност демократије (уопште) утиснута је у специфична обележја посебних демократија: буржоаске и пролетерске. Та обележја се тичу правног и политичког положаја припадника политичке заједнице, избора, парламента, политичких партија и др.

А) *Демократска права и слободе.* Будући да се сматра да демократска владавина полази од слободног грађанина, као њеног упоришта, а недемократска од поданика који остаје изван status politicus, буржоаска демократија прокламује скалу неотуђивих (15) демократских права и слобода, који треба да омогуће сваком грађанину приступ стварној моћи. Али, они заправо дају само илузију моћи, тј. представљају „генератор илузија и лажних захтева немогућих за испуњење" (16). Демократска права и слободе су производ природног права и као такви су пренети у позитивно право. Ако правни филозоф (треба) може заступати гледиште о примату природног над позитивним, субјективног над објективним правом, и заваравати се о природном праву као коректору позитивног, а да се не налази основ природног права, правни позитивиста и правни историчар (конкретна правна наука) склони су да виде примат објективног над субјективним и природним правом. Строго правнонаучно гледано, наиме, природних права нема. Сва су она стечена у борби за афирмисање људског достојанства (17). А показује се, заправо, да и држава и њене институције, ма каквог да су облика, остају непријатељи људског достојанства. Као логична последица њиховог неправног карактера, демократска права и слободе се налазе у међусобној противречности. Раскорак између формалног декларисања и садржинског афирмисања демократских права и слобода у стварности је потврда да форма не може бити самој себи циљ, да прикрива илузорни садржај ових демократских права и слобода. Исто тако, иако ширење скале демократских права и слобода у савременој демократији води побољшању формално-правног, нормативног положаја припадника заједнице, позитивни елементи овог процеса се у знатној мери релативизују и чак доводе у питање истовременим процесом постављања ограничења правима и слободама (у интересу очувања демократије). Тако се у демократији прокламује слобода (политичког) удруживања и истовремено се та иста слобода правно огра-

(15) Али, „никакав говор о неотуђивим правима човека . . . не би могао да обмане у погледу тога да је категорија права изгубила моћ да одреди категорију политике. Тзв. државно право не може бити легитимисано у смислу questio iuris, већ 'последњи основ' свих политичких нормативa није друкчији до 'фактички', свеједно да ли се сада то декларише као консензус и сагласност или директније као моћ, воља, власт". — W. Hennis, *op. cit.*, стр. 55.

(16) M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, 1983, стр. 154.

(17) Е. Блох, *Природно право и људско достојанство*, Београд, 1977, стр. 178. и след.

ничава. Због свих ових слабости демократских права и слобода, не може се очекивати да њихов уставни ранг отклони илузорни садржај ових права и слобода. То потврђује и кратка анализа личних, политичких, друштвено-економских права и слобода.

Б) *Лична права и слободе* који штите првенствено телесни интегритет (право на живот, право на слободу, и др.), као и одговарајућа правна средства за њихову заштиту (посебно њихова кривично-процесна заштита) потврђују да је примена физичке принуде у демократији правно ограничена, што је један од битних елемената тзв. правне државе. То је од великог значаја за положај припадника политичке заједнице, јер сваки појединац, без обзира на своја политичка уверења, може да живи правно заштићен од арбитрерне и самовољне принуде и насиља. У стварности, међутим, и у грађанској и у социјалистичкој демократији има случајева арбитрерног и самовољног гажења ових личних права и слобода, са тешким последицама по живот и слободу припадника политичке заједнице. Истина, у грађанској демократији реч је углавном о изузетним појавама које су повремено погађале припаднике заједнице (нпр. „лов на вештице" у доба макартизма), док су у социјалистичкој демократији ове појаве имале трајнији карактер са далеко тежим последицама по не мали број припадника заједнице. Прокламовање и релативно остварење и судска заштита ових личних права и слобода не могу бити ни приближно довољан услов за постојање демократије. Идеја демократије се не може редуковати на правно ограничење и судску контролу употребе физичке принуде (и материјала и процесна права с тим у вези). Изједначити демократију с правним ограничавањем употребе физичке принуде (чије опстојање се оправдава потребом заштите мира) симплификација је идеје демократије, тим пре што савремене демократије прибегавају много више суптилном, систематском коришћењу механизма духовног обликовања својих припадника (грађана, односно радништва).

Лична права и слободе које изражавају и штите духовни, мисаони интегритет (слобода мисли, опредељења, научног и уметничког стваралаштва и др) треба да заштите појединца и припаднике политичке заједнице од духовне принуде у савременој демократији. Међутим, и поред прокламовања ових права и слобода, духовна принуда је тако снажна и неодољива да постиже оно што је постизала физичка принуда у аутократијама, премда је и у њима духовна принуда доприносила очувању друштвене моћи стварно владајућих друштвено-политичких снага (нпр. духовна принуда цркве у средњем веку). Духовна принуда може бити опаснија од физичке принуде, иако своје дејство постиже најефикасније у комбинацији са физичком принудом. Док физичка принуда удара на тело да би досегла до духа, духовна принуда иде равно на дух, мисао и поробљава га, а да тога појединац често није ни довољно свестан (18). Док се против физичке принуде појединац и може донекле борити, то му далеко теже полази за руком против духовне принуде. Стварни носиоци друштвене моћи у савременој демократији тако много успешније чувају своју моћ коришћењем духовне принуде него што би је очували применом физичке принуде. Илузија демократије почива на готово неограниченој духов-

(18) A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, 1981, I, стр. 353.

ној принуди, која је заменила неограничену физичку принуду неприкривених аутократија. Носиоци друштвене моћи својом контролом над бројним средствима духовног обликовања припадника заједнице (масмедијима, школством, васпитањем) умногоме успевају да претворе припаднике заједнице у „послушно стадо марљивих оваца" (19). То, затим, води губљењу индивидуалности, као битног обележја личности, и до конформизма, што демократију чини још илузорнијом, пошто су масе појединаца лишене самосвојности, имају једнолична и стандардизована понашања и мишљења. Томе доприноси деловање — идеолошко и практично, великих и мамутских институција (корпорација, мултинационалних компанија, државе и др.), које траже послушност, а послушност је друга страна једнообразности и губитка индивидуалности. Стереотипи понашања се формирају попут униформисане производње на великим производним тракама. Појединац у савременој демократији постаје „празна љуштура без властитог 'ја' " (20).

В) *Политичка права и слободе* грађанина (бирачко право, право на информисаност, слобода говора и јавног иступања, слобода удруживања и др.) имају за циљ укључивање и активно учешће грађана у политичким процесима и политичком одлучивању у савременој демократији. Они се представљају као услов савремене демократије, али то није и довољан услов. И овде постоји раскорак између прокламованог и стварног. С обзиром да су савремене демократије представничке демократије (што не искључује сасвим неке облике непосредне демократије), избори се јављају као основни институционални механизам за конституисање и вршење политичке власти, те као процесни основ за легитимност владавине кроз изабрану институцију парламента. Бирачи стога имају свој посебан политички и друштвени значај. Међутим, у стварности се улога припадника заједнице као бирача умногоме своди на пуку форму без садржине, на гласање за унапред одређеног кандидата. Избори сами се појављују као легално средство помоћу кога стварни носиоци политичке моћи бирају сами себе помоћу бирача (21). Политичком литанијом се ствара утисак да тобоже сви грађани равноправно остварују сопствени суверенитет на биралиштима. „То се усађује младима, то прихватају сви тзв. добри грађани. А то мишљење отворено, видљиво и свеобухватно демантује свакодневна пракса" (22). И даље се верује у суверенитет бирача, али се суверенитет већине потчињава интересима мањине. „Политички избор је институција која спречава консолидовање... интереса трећег против одлука које спутавају, односно поступак политичког избора производи потчињеност политичке подршке за везујуће одлуке" (23), јер „бланко пуномоћ за консензус, која се преноси у општим изборима, представља институционализовану баријеру на којој могу да избледе приговори у вези са законитошћу одлука" (24). Представничка демократија у стварности бирачког процеса иде испод нивоа и изборне аристократије, а елекција се замењује номинацијом унутар врха партијске структуре.

(19) J. S. Mill, *La liberté*, Paris, 1964, стр. 89.
(20) J. Ortega y Gaset, *Побуна масе*, Загреб, 1941, стр. 39.
(21) У том смислу: М. Диверже, *Демократија без народа*, Београд, 1968.
(22) Ј. К. Галбрајт, *Анатомија моћи*, Загреб, 1987, стр. 135.
(23) Н. Луман, *Социологија права* према: К. Офе, *Размишљања и хипотезе о проблему политичке легитимације*, „Гледишта", бр. 5—6/1984, стр. 42.
(24) К. Офе, *op. cit.*, стр. 43.

Карактеристично је, при том, да изузетно велику политичку моћ стиче појединац који избије на чело владајуће партије, док је политички значај обичног члана политичке странке незнатан. Очигледна је, према томе, стварна политичка неједнакост у савременој демократији упркос декларацијама о једнаким политичким правима и слободама. Томе доприноси раскорак између декларисања права на информацију и стварне доступности информација.

Бити информисан омогућава у знатној мери поседовање моћи. Без праве и истините информације нема могућности за равноправно укључивање у политичке процесе и активности, у политичко одлучивање. Иако савремене демократије обилују мноштвом информација, квантитет није праћен квалитетом у потребној мери. Стварни носиоци друштвене моћи настоје да селекцијом и правом поплавом маргиналних информација створе својеврсну информацијску дезоријентисаност, у којој се обични грађани тешко сналазе. Стога не чуди да читави друштвени слојеви не схватају своје примарне политичке интересе и циљеве, па се политички „троше" у акцијама које имају више маргинални, а не одлучујући утицај на глобалне друштвене и политичке токове: покрет „зелених", антинуклеарни покрет, студентски покрети и сл. „Ништа није тако корисно за моћ корпорација и за моћ војног естаблишмента као веровање њихових противника да су доиста нешто постигли ако су одржали какав састанак, организовали какав скуп, одржали какав говор или издали какав проглас. Нитко ко живи у демократском систему не смије сумњати у стварну делотворност организованог супротстављања концентрисаној моћи. Међутим, сви морају увидјети властиту слабост која произлази из распршености моћи и из разлике која постоји између илузије и практичног учинка" (25). Контролом или непосредним монополским коришћењем средстава масовног информисања носиоци друштвене моћи успевају да истовремено сачувају своју недемократску власт и привид демократије. У таквим условима нема много реалних изгледа да заживи и развија се право на комуникацију, као квалитативно више право од права на информацију.

Г) *Друштвено-економска права и слободе.* Идеал демократије има своју унутрашњу логику, илузија се не зауставља на пола пута — на политичкој демократији. Пре или касније демократија се шири на економску сферу, прокламују се друштвено-економска права и слободе (слобода рада, право на рад и др.). Развијању економске, индустријске демократије у буржоаском друштву допринела је и борба за стицање синдикалних права и слобода. Послодавци постепено мењају свој став према синдикатима, прелазећи са првобитно непријатељског држања на њихово признавање и предузимање мера за прилагођавање и интегрисање синдиката у капиталистички систем. Интегрисање синдиката је допринело смањењу радничког и синдикалног радикализма и револуционарног потенцијала, да би све више доминантан утицај задобијала реформистичка струјања. Систематска, тиха пракса колективног уговарања (од предузећа до националног нивоа) водила је јачању сарадње рада и капитала, издвајању бирократизованог синдикалног руководства, које је својим практичним, стварним држањем и реформизмом дело-

(25) Ј. К. Галбрајт, *ор. cit.*, стр. 174.

вало у функцији учвршћења постојећег поретка. Стога без обзира на релативно подизање нивоа материјалних и радних услова радника, синдикати се показују више као привезак капитала него као заштитници виталних интереса радништва. Реформизму у радничком покрету је можда и више допринело интегришуће дејство (ефекти) самог механизма колективног уговарања, него реформизам у радничким политичким странкама. Јер, иза видљиве и „бучне" реторике конгреса и наступа лидера реформистичких политичких странака, крију се, не тако видљиви и тихи (осим када колективном, преговарању претходе или их прате штрајкови), стални и упорни, интегришући (односно реформистички) ефекти механизма колективног уговарања.

Економска демократија у буржоаском друштву се шири увођењем облика партиципације радника у управљању привредом (од нивоа предузећа до националног нивоа). Али, партиципација има своју унутрашњу ограниченост јер не прелази консултативне хоризонте. И када се, изузетно, уводи принцип паритетне заступљености у управљању економијом, ипак се осигурава коначна, пресудна реч стварним носиоцима економске моћи у савременом, технократски реформисаном капитализму.

Смисао колективног уговарања и партиципације није само у задовољењу потреба материјалне природе (подизању материјалног стандарда радништва), већ и у задовољењу психолошких потреба појединаца (радништва) да се осете прихваћеним, својим, а то могу постићи уколико се интегришу у систем, ма колико тај систем био стварно наметнут, отуђен. Стални притисак који је радништво носило као негатор датог система, бреме је које радника тешко притиска, јер не осећа својим ни заједницу у којој живи, ни предузеће у коме ради, ни институције у које улази. Да би се ослободио овога притиска, ако већ не може да промени систем (револуцијом, он му се придружује, прихвата понуђене облике интеграције, што му пружа илузију да дати систем тиме постаје мање отуђен, да се доживљава као свој. Синдикати играју значајну улогу у очувању интегрисаности радништва у постојећи систем, што потврђује чињеница да су синдикати (синдикална бирократија) нарочито осетљиви и непријатељски расположени према неконтролисаним, непослушним изливима радничког незадовољства кроз „дивље штрајкове", као манифестације својеврсних синдикалних јереси. Тако механизам колективног уговарања и партиципација имају за циљ да истовремено потхрањују илузију о јачању положаја и моћи радника, с једне, а стварно да осигурају колаборационизам бирократизоване управљачке структуре синдиката, која ће ефикасно усмеравати и контролисати понашање синдикалног чланства и радништва, с друге стране. Колективно уговарање и партиципација не само да нису поткопали економску (и политичку) доминацију стварно владајућих носилаца друштвене моћи у савременом буржоаском друштву већ су је и оснажили.

Због тога, иако ширење скале друштвено-економских права и слобода треба да омогући активно учешће радника у вођењу друштвено-економских послова и решавању економско-социјалних проблема, процес ширења скале ових права и слобода никада не иде тако далеко

да би то могло битно угрозити интересе стварних носилаца друштвено-економске моћи, економски интерес капитала и репродукцију капитал-односа на основи приватне својине (који не угрожава битније ни национализација).

3.3. *Институције демократије*

А) *Парламент и политичке партије.* Институције демократије (26), а пре свега парламент, као тобоже епифеномени демократског образовања воље, прикривају стварност. Слабост стварног значаја избора неминовно води слабости стварног значаја изборних институција уопште, парламента посебно. Парламент као централна институција демократије, за чије се постојање (поступак образовања, поступак доношења политичких одлука, без обзира на њихову садржину и квалитет) везује и легитимност власти, има за циљ и да подстиче илузију о владавини народа преко посланика. Слабост парламента је не само израз дубље унутрашње ограничености парламента, која произлази из стварне немогућности воље народа, већ и из околности да посланици у парламенту не изражавају вољу народа, већ нечију посебну вољу, која се жели представити као општа воља. Та (нечија) посебна воља је друштвено-политичка воља стварних носилаца друштвено-политичке моћи у посебним демократијама, ма колико била одевена у форми закона (или устава). Стварни носиоци друштвено-политичке моћи у буржоаској демократији успевају да посредством парламента осигурају своје виталне интересе. У томе успевају и финансирањем изборних кампања, а „веома танка и нестална линија раздваја неприкривено награђивање законодавца за његов повољан глас код доношења неког новог закона, од заправо сличног уплаћивања добровољних прилога у благајне за финансирање изборних кампања" (27). Крупни капитал и техноменаџерска управљачка елита свој утицај на парламент врше помоћу активности корпорације (28). Суптилним механизмом рекламе корпорације спроводе диктатуру над потребама, чему не одолевају ни бирачи ни њихов изабрани парламент. Посланици у парламенту не изражавају вољу народа већ се услед партијске дисциплине редовно држе смернице донетих претходно у врху партијске пирамиде. Парламент тако формално изгласава неретко оно што је већ одлучено у партијском врху владајуће странке (коалиције странака). Парламент, тако, делује у снажном недемократском окружењу.

Иако парламент не представља запреку остварењу основних интереса носилаца друштвено-политичке моћи, ови се настоје још више осигурати и јачањем управе. Заласку парламента доприноси ширење нормативних овлашћења управе, посебно уредаба са широким овлаш-

(26) „Народ, супротстављен друштвеним и политичким институцијама, које му дају неку структуру и могућност да размишља и дела, не одлучује ни о чему. Одлуке, рефлексије делање ствар су институција". — E. Weil, *Политичка филозофија*, Београд, 1980, стр. 232.

(27) J. K. Галбрајт, *op. cit.*, стр. 128.

(28) У циновским технолошким системима и корпорацијама „вредности су изокренуте, престајући да буду средство за човека, технологије му намећу своје сопствене потребе (захтеве)". — C. Julien, *La suicide des démocraties*, Paris, 1972, стр. 299.

ћењима, којима се чак заснивају нове правне обавезе (иако је основно начело правне теорије да се то може само законом). Опадање моћи парламента тако води опадању значаја закона. Ако се демократија схвати као владавина закона (владавину закона „зрели" Платон претпоставља владавини најмудријих, филозофа), онда је залазак парламента залазак закона, а залазак закона залазак демократије. Међутим, иза владавине закона, као синонима за демократију, крије се супституисање власти парламента влашћу стварних носилаца друштвено-политичке моћи, мањине. Парламент фактички нема улогу централне институције политичког одлучивања демократске политичке заједнице. У савременим условима високо технолошки и информацијски организованог система руковођења, парламентарни начин вођења друштвених послова личи на анахронизам који налази смисао само као облик јавне легализације све више тripартитно постигнутог друштвеног консензуса (капитала, рада и државе).

Б) *Скупштина и партија у административном социјализму.* Скупштина такође претендује да буде централна институција социјалистичке демократије, тим пре што се настоји остварити скупштински систем власти. У стварности, међутим, с обзиром на (персоналну) повезаност партије и државе, односно водећу улогу партије, парламент је фактички институција под контролом партије. Кад једном партија дође на власт, она постепено занемарује идеју о власти радништва, бирократизује се (29) и има за главни задатак да очува власт институције као такве. Партија развија две врсте активности: једне усмерене на одржавање илузије о легитимности партије као заштитника интереса радничке класе, и друге у циљу учвршћивања власти институције као такве. Преко државе са којом се персонално повезује, партија стиче велику економску моћ, што јој осигурава доминантан друштвени положај. Партијска бирократија се смењује, али власт остаје затворена у институцији, и институција ту власт не преноси на радништво.

Идеолошки апарат партије врши систематско редуковање изворног идеала, лишавајући га свих садржаја који могу угрозити власт саме институције. Према непослушним припадницима предузима интелектуални остракизам. Дисиденти партије се представљају као дисиденти социјализма, док у ствари сама партија постаје дисидент социјализма и радништва. Марксизам остракизма (стаљинизам) је остракизам марксизма. Институција партије тражи од појединца да жртвује своју личност њеним интересима и да се поистовети с њом. Појединац мора бити спреман на сваки компромис на рачун свога интегритета. Бирократизација партије води концентрацији моћи у најужим партијским круговима, а диктатура партије се може претворити у диктатуру партијског вође.

Институција партије настојаће да се одржи и онда када више не буде друштвених (класних) услова неопходних за њено постојање. То исто важи, mutatis mutandis, и за државу.

(29) „Комунисти који се заузимају за унутарпартијску демократију (и они други — непартијци, некомунисти) не разумеју логику њиховог сопственог система... Интерес самооправдавајуће партије постаје стваран; интерес који је партија наводно представљала постаје све више имагинаран". — A. Heller, *Легитимација*, „Гледишта", бр. 7—10/1984, стр. 72—74.

3.4. Разоткривање и замена илузије

Савремени народи су, изгледа, капитулирали пред илузијом демократије. Прихватају илузију као истину, остављајући стварну друштвену моћ владајућој мањини: у грађанској демократији — спрези крупног капитала, технократске елите и државне бирократије; у социјалистичкој демократији — спрези бирократизованог партијско-државног врха. То не значи да је целокупна друштвена моћ апсорбована у рукама владајуће мањине, али је та моћ тако велика и супериорна да лако надвладава ривалске (уситњене и маргиналне) носиоце друштвене моћи. Иако је интегрисаност једна а немирење друга потреба дијалектике људских потреба, питање је колико снажно може бити немирење, колико храбрости треба имати да се прихвати истина демократије. Разоткрити илузију је једна ствар, а одбацити илузију друга ствар. Да би се одбацила једна велика илузија потребно је створити нову, која ће је заменити. Истина сама не иде без илузије. Истина и илузија су историјски, цивилизацијски пар.

РЕЗИМЕ

У раду је анализиран комплекс проблема концепта, институција и стварности демократије. Пошло се од становишта да су истине и илузије историјски пар и да су уграђене у темеље цивилизација. Илузија концепта демократије произлази из немогућности постојања народа као политичког субјекта. Владавина народа (замишљена као једино легитимна) не може бити владавина у политичком смислу, јер владати самим собом значи бити слободан. У раду се разоткрива недемократски садржај савремених демократија: буржоаске и социјалистичке. Демистификује се легитимност посебне воље као општег репрезента народа, указује се на слабости и ограничености демократских права и слобода, разоткрива се литанија да тобоже сви грађани равноправно остварују политички суверенитет кроз изборе. Иза формално-процесних правила која се тичу парламента, мистификовања владавине закона, прикрива се недемократска садржина владавине у савременој демократији. Дијалектика односа: идеје рађају институције, институције сахрањују идеје, потврђује се и на примеру политичких странака. Стварна друштвена и политичка моћ у савременој демократији остаје тако владајућој мањини.

(Примљено 19. 08. 1988)

Mr. Branko Lubarda,
Assistant of the Law School in Belgrade

DEMOCRACY: TRUTHS AND ILLUSIONS — IDEAS AND INSTITUTIONS

Summary

This is an analysis of problems of the concept, institutions and realites of democracy. The author begins with the standpoint that truths and illusions are a historical pair and thus incorporated into the very foundations of civilizations. The illusion of the concept of democracy emanates out of the impossibility of existing of people as a political entity. The rule of the people, conceived as the only legitimate one, can not be a rule in terms of policy, since ruling oneself means to be free. The author reveals the non-democratic contents of contemporary democracies — both bourgeois and socialist. Also criticized are the legitimacy of separate will, as a general representative of the people, the weaknesses and limits of democratic rights and freedoms, and the assertions without ground that all citizens realize in an equal way the political sovereignty through elections. Behind the formal-procedural rules relating to parliament and the rule of law, there emerges the undemocratic substance of the rule in contemporary democracy. This is the dialectics of the relations discussed: the ideas give birth to institution, institutions bury the ideas, and this is confirmed also in the case of political parties. The real social and political power in contemporary democracy remains thus to the ruling minority.

Key words: *Democracy. — Truths. — Ilusions. — Ideas. — Institutions.*

Branko Lubarda,
assistant à la Faculté de droit de Belgrade

LA DÉMOCRATIE: LES VÉRITÉS ET LES ILLUSIONS — LES IDÉES ET LES INSTITUTIONS

Résumé

Dans son travail, l'auteur analyse le complexe des problèmes du concept, de l'institution et de la réalité de la démocratie. Il part de la position que les vérités et les illusion sont un couple historique et qu'elles sont imbriquées dans les fondements de la civilisation. L'illusion du concept de la démocratie découle de l'impossibilité de l'existence du peuple comme sujet politique. Le pouvoir du peuple (concu comme l'unique pouvoir légitime), ne peut être le pouvoir au sens politique, car gouverner soi-même signifie être libre. Dans son travail, l'auteur révèle le contenu non démocratique des démocraties modernes: de la démocratie bourgeoise et de la démocratie socialiste. Il démistifie la légitimité de la volonté particulière comme représentant général du peuple, il démontre les faiblaisses et les limitations des droits et libertés démocratiques, il démasque l'assertion selon laquelle tous les citoyens réaliseraient sur un pied d'égalité la souveraineté politique à travers les élections. Derrière les règles formelles et de procédure concernant le parlement, la mistification du pouvoir de la loi, se cache le contenu non démocratique du pouvoir dans la démocratie contemporaine. La dialectique du rapport: les idées donnent naissance aux institutions, les institutions en terrent les idées, se confirme aussi sur l'exemple des partis politiques. Le pouvoir social réel et politique dans la démocratie contemporaine reste ainsi entre les mains de la minorité au pouvoir.

Mots clé: *Démocratie. — Vertiées. — Illusions. — Idées. — Institutions.*

UDK — 007:681,3:377

мр Љубиша Станојевић,
саветник за информационе системе и развој ЕОП-а
Кредитне банке Београд, ДД

ОБУКА НАУЧНИХ И СТРУЧНИХ КАДРОВА ЗА ONLINE (ДИРЕКТНО) ПРЕТРАЖИВАЊЕ БАЗА ПРАВНИХ И ДРУГИХ РЕЛИРАНИХ ПОДАТАКА НА СИСТЕМУ БАНКЕ ПОДАТАКА "DIALOG" INFORMATION SERVICES, INC. USA

Институт економских наука и Dialog Information Services, Inc. USA, већ дуже време одржавају курсеве online (директног) претраживања на систему DIALOG. Својим богатим ресурсима података, који броје око 200 милиона информационих јединица-слогова распоређених у 320 база података (1), DIALOG тематски покрива не само правну област, већ и све правној референтне области (2). Базична структура ове банке података (3), садржи *библиографске слогове*, који дају податке о аутору, наслову, чланку, типу документа, години публикације, датуму публикације + издања, као и референце абстракта, датум ажурирања, итд. (4). Друга структурална целина ове базе јесте поседовање било да се ради о неком прилогу или оригиналном извору. Трећа целина покрива *директоријуме*, који су оријентисани на пословне системе, нпр, каталози компаније, асоцијације, и тсл. И најзад — четврта структура садржи *нумеричке типове слогова*, који презентирају пуне финансијске податке (нпр, продају, профит релевантне фирме, број запослених — њихову структуру, предвиђање будућих трендова производног и финансијског развоја, итд. (5).

---

(1) Зависно од релевантних база фреквенција ажурирања варира, тако да се неке банке ажурирају око два пута недељно, а неке и чешће.

(2) *Dialog* банка података покрива науку, пословне системе, технологију, хемију, право, инжењерство, друштвене науке, економију, текуће догађаје, итд. Наравно овде треба напоменути да се у оквиру тематских профила науке, област правне науке подструктурира у гране права. Ово важи и за друге референтне области економије, друштвених и хуманитарних наука, итд.

(3) Напоменимо да је банка података методолошки и практично гледано скуп база података.

(4) Приступ овим подацима је могућ преко скраћеница, рецимо аутор = AU *(author)*, година издања = PY *(publishing year)*, или рецимо наслов = TI *(title)*, или абстракт = AB, итд.

(5) Поред ових података укључен је и опис релевантне базе података као и цена претраживања.

Комуникациона процедура — команде са базама података или са комбинацијама база података почиње избором базе или база података (6). После планирања и избора — дизајна стратегије претраживања, DIALOG нам пружа низ команди са којима можемо спровести претраживање и селекцију тражених информационих јединица.

Тако, рецимо, уколико је наша стратегија претраживања да иштампа све публикације из области криминологије са пенологијом у Југославији, мораћемо да прво селектирамо датуу базу која садржи ову област (7), након тога комбинацијом логичких конектора (8), и базичних команди (9), укуцавамо следећу команду ?s criminologö and penology and Yugoslavia (?изабери криминологија и пенологија и Југославија). Након овога рачунар респондира у секунди и приказује број нађених инфо/јединица. Уколико нисмо задовољни нашим претраживањем, могуће је даље сузити тражене инфо/јединице. Све добијене податке могуће је сортирати по пољима, која су асигнирана у приручнику (нпр, година издања, наслов, итд.). Овако сортиране податке је могуће приказати на екрану или штампачу. Уколико се одлучимо да податке излистамо на екрану, на располагању нам је осам формата иштампавања (10), и могућност излиставања целе или дела инфо-јединице (11). Поред екранског приказа DIALOG пружа могућности продуковања тврде копије на штампачу (команда pr/print (штампа), формирајући формат штампе по већ приказаним у фусноти број 10, или лично дизајнирајући формат штампе (12).

Комфорност комуникације са DIALOG-ом посебно је изражена уколико хоћемо да претражујемо базе путем *дескриптора* (13). У ову сврху корисници могу наручити од DIALOG-a за 6 долара, "Search Aids",

---

(6) Уколико нисмо информисани о постојећим базама података, база података означена са *dialindex* File 411, листа расположиве базе података с акронимима и шифрама [нпр. *law (закон)*] или 150 за базу *legal resource index*, итд. Непосредна команда за селекцију базе је ?b, где рачунар са поруком ? индицира могућност укуцавања команде b (begin) — почни, и број базе, конкретно ?B 39 (39 — *historical abstracts).*

(7) У овом случају база број [*file* (датотека) 7 (*број*)] се назива *social scisearch* садржи релевантну област криминологије са пенологијом. Поред ове области ова база садржи и међународне односе, дипломатску историју, итд. Поменимо још неке базе, које су релевантне за право, нпр. *criminal justice periodical index* File 171, *legal research index*, File, 150, *laborlaw* I и File 244 и *laborlaw* II File 244 итд.

(8) Уобичајено се користе логички повезници као што су *and, or* и *not*.

(9) Поменимо неке базичне команде, t/type, приказује све нађене референце на екрану; pr/print (штампа) нађене инфо-јединице; s/select (селектирање), селектира према дефинисаним стратегијама базе; nw/narow (ближе-уже) примена ове команде нам омогућава да до n (број дескриптора релираних са траженим) се излиставају појмови, који су релирани са траженим дескриптором (тј. кључном речи, како се то код нас уобичајено назива), нпр, ?s cost?(ln)livig (?селектирај трошак?(ln) живота))/ где cost(трошкови са знаком питања) израз означава да уколико нисмо сигурни у неку реч, или су нам нужне све језичке варијације од ове речи, *dialog* нам узима у обзир све варијације, нпр, costs(трошкови), costing(процењивање трошкова, итд.); e/expand(проширити) ова наредба врши ширење на све термине релиране са траженим термином, или rt/relited term (повезани термини) термин који је повезан са траженим термином, итд.

(10) Тако је формат-10[F(формат-10]: *dialog* приступни број, F-2; потпуни приказ слога без цитираних референци; F-3: библиографски цитат; F-4: потпуни слог са означеним пољима; F-5: пуни слог; F-6: наслов, приступни број, број чланка, број референце; f-8: наслов, категорија часописа и публикације, број чланка, и број референце (наравно, формати се разликују по базама).

(11) Примера ради, по првој стратегији претраживања s1 смо изнашли само 50 публикација које хоћемо да излистамо 10 у формату број 8, тада укуцавамо следећу наредбу, и то: ?s1/8/1—10.

(12) ?pr s1/au,ti,py/all — ова значи да ћемо штампати (pr) све податке (all) селектиране по стратегији s1, у формату аутор(au), наслов(ti), година издавања(py).

(13) Претраживање путем дескриптора укључује релације логичких конекција, или наредба које пружају могућности излиставања главних дескриптора (maj) или пуних дескриптора (full dr), као и ротације низа дескриптора по редоследу у свим варијантама.

приручник који укључује дескрипторе или листу наслова, тезаурус, листе класификационих кодова, листе часописа, итд. за релевантну базу података.

Закључимо — DIALOG банка података може бити значајна за научне и стручне кадрове у области права.

Супротно уверењу неких правника, који користе персоналне рачунаре, да је формирање личних база података решење за формирање информационих база за њихов лични рад, коришћење ове банке их лишава мукотрпног рада, почев од дизајнирања структуре базе података па до уношења података.

Све што је потребно да се уради јесте да се поред персоналног компјутера поседује модем, који се прикључује телефонској линији, и „одмах" користите DIALOG. Наравно, пре овога потребно је аплицирати за корисника ове банке података, преко Института економских наука у Београду, да би се добио идентификациони број и одредила лозинка. Успостављањем везе, DIALOG Вам стоји на услузи 24 часа осим понекад недељом. Комуникација са DIALOG-ом је крајње једноставна (14). Комфортибилност DIALOG-a се огледа у томе што Вас може информисати о новим базама и осталим карактеристикама везаним за базу (15), такође Вас може информисати о цени (16) за сваку базу. Селектирани подаци се могу приказати на екрану, штампачу, али могу бити меморисани на Вашем PC, за касније анализе. Овим опцијама се могућности DIALOG-a не исцрпљују.

Уколико сте заинтересовани да Вам се пошаље комплетан текст, Ви сте у могућности да преко DIALMAIL-a наручите тражене документе, који ће Вам бити послати, а цена унапред асигнирана на екрану рачунара. Са DIALMAIL-ом сте у могућности да шаљете поруке и писма издавачким кућама, или компанијама, новинским кућама, итд. које вас интересују, али и да примате поруке, које ће вас сваког јутра чекати у вашем MAILBOX-у.

---

(14) Ево једног једноставног примера: Нађи референце за патенте који се односе на технологију видеа или оптичког диска:

```
?b 280
File 280: ONTAP WORLD PATENT INDEX
?s videodis? or (video or optical)(3n)(disc? or disk?)
          1 VIDEODIS?
        389 VIDEO
        947 OPTICAL
       3045 DISC?
         74 DISK?
         82 (VIDEO OR OPTICAL) (3N) (DISC? OR DISK?)
         82 VIDEOS? OR (VIDEO OR OPTICAL(3N) (DISC? OR DISK?)
?t s1/8
```

Укратко објаснимо пример; са b 280 смо одредили базу за патенте, са select(s) смо селектирали тражене информације, s1 је резултат претраживања, и најзад t s1/8 штампава све добијене резултате у формату 8.

(15) New (ново) команда даје сумарни преглед карактеристика нове базе rates n — даје информацију о плаћању за коришћење релевантне базе, итд.

(16) Упросечено гледано, 10 минута претраживања базе стаје од 5 до 16 долара.

UDK — 347.61/,64:349.444

др Боривоје Шундерић,
доцент Правног факултета у Београду

РАД БРАЧНОГ ДРУГА У ИСТОЈ ОРГАНИЗАЦИЈИ КАО МЕРИЛО ЗА ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА СТАН

1. Уводне напомене

Ступањем на рад на основу одлуке о избору, односно другог акта, грађанин стиче права, преузима обавезе и одговорности. Једно од права које стиче је и станарско право на стан у друштвеној својини (чл. 164. Устава СФРЈ). Према томе, претходна претпоставка за стицање овога права од стране грађанина јесте да је он стекао својство радника заснивањем радног односа у организацијама и заједницама које обављају делатност средствима у друштвеној својини. Ова права радник стиче моментом, односно даном заснивања радног односа (1) под условом да није задовољио стамбене потребе у складу са самоуправним општим актом организације, односно заједнице у којој ради. Право на стан радник остварује подношењем захтева за доделу стана у поступку који је регулисан законом и самоуправним општим актом. Овим правом раднику се обезбеђује да под условима утврђеним законом и самоуправним општим актом трајно користи стан у друштвеној својини и то ради задовољавања личних и породичних потреба (чл. 164. Устава СФРЈ). Давалац стана на коришћење је организација, односно заједница у којој је радник запослен. Право на стан као лично право радник остварује на основу коришћења средстава за заједничку потрошњу која се уносе у фонд заједничке потрошње. Средства за овај фонд још увек се издвајају из чистог дохотка организације и из личних доходака радника која они удружују. Станови којима располажу организације су резултат инвестиционог улагања у објекте за становање. Њихова расподела се врши на принципима узајамности и солидарности. Остваривање ових принципа у поступку стицања стана обезбеђује се утврђивањем одређених услова или, како их законодавац назива мерила (критеријума) и њиховим вредновањем. Ова мерила не пред-

(1) Радни однос се сматра заснованим даном ступања на рад изабраног кандидата на основу одлуке о избору, односно уговора о запошљавању (члан 11, ст. 1. Закона о основним правима из радног односа).

стављају ништа друго него услове за стицање (остваривање) права на стан, а њиховим вредновањем, тако што за свако мерило радник добије одређени број бодова, обезбеђује се одређени однос између принципа узајамности и солидарности у поступку добијања стана на коришћење, а самим тим успоставља и ред првенства у задовољавању стамбених потреба радника организације, односно заједнице који су поднели захтев за доделу стана.

Законом и самоуправним општим актом утврђена мерила за доделу стана, с обзиром на број бодова који обезбеђују подносиоцу захтева за доделу стана, могу се поделити на основна и допунска мерила. Основна мерила су она мерила чијим бодовањем, односно чијим вредновањем се обезбеђује највећи број бодова од укупно могућег броја бодова који се може стећи свим мерилима утврђеним актом организације, односно заједнице за доделу стана на коришћење или како законодавац каже то су она мерила која „треба да имају претежни утицај на добијање стана" (2). Према чл. 25. Закона о стамбеним односима СР Србије у основна мерила спадају стамбене прилике, радни допринос и радни стаж. У допунске критеријуме (мерила) спадају сви други критеријуми који могу бити утврђени законом и самоуправним општим актом као што су: материјални положај породице, здравствено стање, учешће у НОБ-у, број деце и укупан број чланова породичног домаћинства, удруживање средстава организације брачног друга и др. Као што се може приметити, основним критеријумима се обезбеђује остваривање принципа узајамности (радни допринос и радни стаж) и принципа солидарности (стамбене прилике) док се допунским мерилима обезбеђује углавном остваривање принципа солидарности. Сабирањем броја бодова који се остваре вредновањем сваког мерила понаособ утврђује се укупан број бодова за сваког подносиоца захтева и одређује његово место на ранг-листи. Решавањем стамбених потреба запослених врши се према реду првенства на ранг-листи. Функција ранг-листе за расподелу састоји се у томе да одреди (утврди) степен потребе сваког радника (степен стамбене угрожености) и редослед првенства у задовољењу стамбених потреба. Нас овом приликом интересује да ли се општим актом организације, односно заједнице може као мерило предвидети рад брачног друга у истој организацији и ако се да позитиван одговор на ово питање како онда вредновати ово мерило.

2. *Ставови уставних судова*

У нормативним актима организација и заједница утврђују се поред мерила предвиђених законом и друга мерила за доделу стана на коришћене. Међутим, пред творце ових аката поставља се питање како бодовати рад брачних другова који раде у истој организацији тј. да ли за сваког засебно утврђивати место на ранг-листи или утврдити место на ранг-листи за само једног од њих и његовом броју бодова додати бодове другог брачног друга. Треба истаћи да је у норматив-

(2) Тако је било аката, а вероватно их и сада има, у којима је прописивано да основни критеријуми обезбеђују најмање 80% од укупног броја бодова који се могу стећи по свим мерилима из општег акта, а допунски критеријуми обезбеђују до 20% од укупно могућег броја бодова.

ним актима организације заступљено и једно и друго решење с тим што је, изгледа, прво решење распрострањеније у пракси. Међутим, треба истаћи да је друго решење — према коме се место на ранг-листи утврђује само за једног брачног друга, па се његовом броју бодова додају бодови другог брачног друга, врши се, дакле, такозвано збрајање бодова — занимљивије и проблематичније нарочито ако се пође од становишта да утврђивање мерила мора бити у складу са Уставом и Законом утврђеним правима радника. Норме општих аката које су садржавале овакво решење, оспораване су, тј. оспоравана је њихова уставност и законитост пред уставним судовима република и покрајина. Уставни судови су у својој пракси заузели различита схватања. Према схватању Уставног суда Косова овакве одредбе нису у сагласности са Уставом и супротне су закону, зато што се њима радници „доводе у повољнији положај без рада и доприноса у раду, чиме се нарушава уставно и законско начело о једнаком положају радника у удруженом раду" (Одлука Уставног суда Косова бр. 21/92). Према ставу Уставног суда Црне Горе: „радници актом о решавању стамбених потреба не могу прописивати да се раднику чији брачни друг или други члан породичног домаћинства ради у истој организацији удруженог рада приликом утврђивања приоритета за доделу стана додају бодови које би остварио његов брачни друг или други члан породичног домаћинства по основу мерила и критеријума акта о решавању стамбених потреба" (Одлука бр. 128/80) и да се „прописивањем да се бодови једног члана породичног домаћинства по основу радног стажа додају другом члану породичног домаћинства са већим бројем бодова доводе радници у неравноправан положај" (Одлука Уставног суда Црне Горе бр. 68/82). Углавном, ови судови заузимају став да се оваквим одредбама нарушава уставни и законски принцип о начелу једнакости радника у остваривању права и да се радници чији брачни друг не ради у истој организацији стављају у неравноправан положај у односу на раднике чији брачни другови раде у истој организацији. Уставни суд СР Македоније сматра да се запосленост брачног друга може утврдити као један од критеријума за доделу станова али се његовим вредновањем не могу други радници чији брачни другови не раде у истој организацији довести у неравноправан положај. Тако према схватању Уставног суда Македоније: „у оквиру самоуправног уређивања основа за расподелу станова може се предвидети запосленост брачног друга у истој радној организацији као посебан основ. Међутим, с обзиром на то да је у чл. 41 (д) и 43, ст. 2. предвиђено да радници чији су брачни другови запослени у истој основној, односно радној организацији, добијају и по 50% од бодова својих брачних другова по основу стамбеног стања и радног стажа. Суд је утврдио да се тиме стављају у привилегован положај радници чији су брачни другови запослени у истој или другој основној организацији у саставу радне организације у односу на остале раднике и да ове одредбе нису у сагласности са уставним начелом једнакости" (Одлука I 134/85). И на крају, уставни судови неких република (СР БиХ, СРХ и СРС) заузели су супротно схватање од претходних и у својим одлукама изразили став да је самоуправно право радника да општим актом регулишу запосленост брачног друга у истој

организацији као мерило за решавање стамбених потреба (3). Према томе, судови ове три републике сматрају да одредбе општих аката којима се предвиђа увећање броја бодова радника који се налази на ранг-листи тако што се његовом броју бодова додају бодови брачног друга које он оствари вредновањем свих или само неких мерила (радног стажа и радног доприноса, радног стажа и др.) нису у супротности са законом.

Свој став судови темеље, дакле, и на чињеници да оба брачна друга издвајају средства за стамбену изградњу. Према томе, у судској пракси постоје два супротна становишта о регулисању овог мерила и као треће појављује се становиште Уставног суда СР Македоније које је компромисно и према коме се ова мерила могу утврдити актом организације, али тако да се његовим вредновањем не нарушава принцип једнакости у остваривању права радника.

3. *Осврт на праксу уставних судова*

Наше је мишљење да би ставови Уставног суда Србије као и уставних судова других република (који имају исте ставове) могли из оправданих разлога бити предмет критичког преиспитивања. Наиме, не може нико порећи да радници имају самоуправно право да својим актом регулишу мерила, начин и поступак решавања стамбених потреба и да то њихово право произлази из Устава и Закона, али исто тако не би требало да буде спора око тога да они то право могу и морају да врше у складу са Уставом и Законом утврђеним принципима о остваривању права радника. У Уставу СФРЈ чл. 11. прописано је да рад и резултати рада одређују материјални и друштвени положај човека на основу једнаких права и одговорности. Сви радници у организацији, односно заједници су једнаки у правима и дужностима (чл. 154. Устава). Разлике могу постојати и бити оправдане, дакле, само ако су израз различитих резултата рада и доприноса у раду, остварених под истим условима рада. Право на стан је лично право радника и мора

(3) „Уставно је право радника (чл. 19. и 20. Устава СР Хрватске) да располажу средствима за особну и заједничку потрошњу из дохотка основне организације и да самостално у складу са законом, уређују односе у коришћењу средстава намијењених решавању стамбених потреба радника те да утврђују основе и мјерила за одређивање реда првенства за доделу станова на коришћење и стамбених кредита. То подразумијева и одређивање увјета за стицање стана, односно стамбених кредита у случајевима када оба брачна друга раде у истој организацији, односно другој самоуправној организацији или заједници.

Према томе, самоуправно је право радника да одређеним бројем бодова вреднују другом брачном другу радни стаж или неки други елемент с основа његовог рада у истој организацији. С обзиром на то да он, на темељу радног доприноса, издваја средства за задовољавање стамбених потреба" (Одлука Уставног суда Хрватске I — I — 252/86).

„Оспореном одредбом члана 16. Правилника предвиђено је увећање броја бодова радника који конкурише за стан, уколико је његов брачни друг запослен у истој радној организацији. По оцени Уставног суда, оваквим нормирањем нису прекорачена овлашћења даваоца стана из чл. 35. Закона о стамбеним односима, по коме давалац стана самостално одређује и вреднује критеријуме за доделу стана. Због тога суд није прихватио иницијативу за покретање поступка за утврђивање законитости наведене оспорене одредбе" (Одлука Уставног суда Србије I, 12/86).

„Оспорavном одредбом самоуправног општег акта утврђено је да ако оба брачна друга раде у истој основној организацији, један од њих се уврштава у листу реда првенства с тим што му се додају бодови његовог брачног друга по основу радног стажа. С обзиром на наведене законске одредбе самоуправно је право радника да у свом самоуправном општем акту о решавању стамбених потреба радника утврде критеријуме и мјерила за решавање стамбених потреба брачних другова запослених у истој организацији удруженог рада. Начин на који је то утврђено у оспораваним одредбама самоуправног општег акта, по оцени Уставног суда, није у супротности са законом" (Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине I, 135/86).

бити у највећој мери резултат личног рада радника. У питању је утицај и текућег и минулог рада који се остварује у мерилима радног доприноса и радног стажа. Но, као што смо већ рекли, на стицање овог права утичу породични (број чланова), материјални и социјални услови у којима радник живи. У нормативној делатности организација има примера правилника у којима је предвиђено да се раднику по основу брачне везе додају бодови (сви или само део) његовог брачног друга и тако на основу сабирања бодова одређује се његово место на ранг-листи. Узмимо за анализу правилник организације Н. за чији чл. 17. је била покренута иницијатива код Уставног суда Србије за оцену његове уставности и законитости. Овај члан гласи: „*Брачни друг који има већи број поена остаје на ранг-листи а његовом броју бодова додаје се 50% од укупног броја бодова другог брачног друга када би исти самостално конкурисао*". Применимо овај члан, чију оцену законитости суд није прихватио, на раднике организације тако што ћемо их поделити на четири категорије и бодовати четири мерила: стамбену угроженост, радни стаж, радни допринос и број чланова породице. Пођимо од претпоставке да радници у све четири категорије имају исти степен стамбене угрожености (десет година су подстанари), да сви имају двадесет година радног стажа, да им је различит радни допринос и да имају различит број чланова породице (радници у првој скупини имају троје деце и брачног друга; у другој скупини, двоје деце и брачног друга; у трећој скупини једно дете и брачног друга и у четвртој скупини само брачног друга). Исто тако пођимо од претпоставке да стамбену угроженост радника, који су десет година и више подстанари, бодујемо са 300 бодова, да сваку годину радног стажа бодујемо са 10 бодова, да радни допринос бодујемо од 100 до 250 бодова и да сваког члана породице бодујемо са 20 бодова. Представимо сада број бодова на табели за сваку скупину, с тим што се у четвртој скупини налазе брачни другови који раде у истој организацији чије супруге имају нпр. две године радног стажа и најмањи број бодова на основу радног доприноса.

Скупине	Стамбена угроженост	Радни стаж	Радни допринос	Број члан. породице деца	Број члан. породице бр. друг	Укупан број бодова
I	300	200	250	60	20	830
				80		
II	300	200	200	40	20	760
				60		
III	300	200	150	20	20	690
				40		
IV	300	200	100	—	20	620
				20		

Ако сада радницима IV скупине додамо половину од укупног броја бодова њихових супруга (које по основу стамбене угрожености имају 300 бодова, по основу радног стажа 20 и по основу радног доприноса 100, што укупно износи 440 бодова), а то значи још 220 бодова, онда радници IV скупине добијају укупно 840 бодова и заузимају прво место на ранг-листи, без обзира, дакле, што радници из прве скупине имају максимални број бодова на радни допринос и по четири члана породице. Ако сада учинимо кратку анализу овог примера, можемо извући следећи закључак: *прво,* уочљиво је да се нека мерила у овом случају стамбена угроженост и број чланова породичног домаћинства два пута вреднују. Тако радник из IV скупине који је на ранг-листи на стамбену угроженост добија 450 бодова, а за чланове породичног домаћинства 30 бодова. Код овог последњег мерила испада да су и радници будући носиоци станарског права бодовани са 10 бодова, што је неприхватљиво како са становишта права тако и са становишта морала. Из овога произлази да су радници IV скупине бодовани као подносиоци захтева за доделу стана (по основу вредновања мерила), али и да су истовремено и они, постали предмет бодовања, тј. постали мерило сами себи за стицање стана. Подносилац захтева се, дакле, према овом решењу бодује као члан свог сопственог домаћинства. Овде је очигледно да је овим актом уведен принцип неравноправности између радника који није резултат рада и резултата рада. На овај начин су радници чији брачни друг ради у истој организацији доведени у привилеговани положај у односу на раднике чији брачни друг не ради у истој организацији. Очигледно је, дакле, да се овим чланом анализираног Правилника нарушава уставни принцип о једнакости права и дужности радника. *Друго,* ако би се прихватило становиште да се рад брачног друга регулише као мерило, онда би морало да се строго поштује правило да се ради о допунском мерилу. У овом случају ово мерило очигледно нема допунски карактер, већ с обзиром на број бодова који се његовим вредновањем обезбеђује будућем носиоцу станарског права, оно има карактер основног мерила, што по члану 35. Закона Србије не би „требало" да буде. Да би се ово постигло, неопходно је да се ово мерило вреднује тако да се обезбеди да број бодова који се додаје бодовима брачног друга који је на ранг-листи произлази из рада и резултата рада брачног друга, а не из неких других основа. Да будемо конкретни, то би значило да би могао да се дода укупан број или само део бодова брачног друга по основу радног доприноса. Иамјући у виду да и други брачни друг решава стамбене потребе, на овај начин би се обезбедио и његов допринос (који је он дао својим радом) у стицању станарског права.

Наше је мишљење да је Уставни суд Србије погрешно што се није упустио у оцену уставности и законитости цитираног члана Правилника о решавању стамбених потреба. Из наведене анализе произлази да ми сматрамо да је наведени члан противуставан и противзаконит. Пошто је у припреми доношење новог закона о стамбеним односима Србије и пошто ће и даље, бар како је објављено у средствима

информисања, предузећа давати станове на коришћење, односно радници стицати станарско право, мислимо да би овакву праксу у нормативним актима предузећа требало изменити у чему, сигурно је, најзначајнију улогу могу имати акти (одлуке) уставних судова. На крају да напоменемо да оваква пракса може довести до појаве склапање бракова само у циљу стицања станарског права (фиктивних бракова). На овај начин би се злоупотребљавала институција брака који би се формално закључивао у циљу стицања права на стан и престајао после остваривања овог права.

UDK—347.9:347/.64

др Мирко Живковић,
доцент Правног факултета у Нишу

БРАКОРАЗВОДНИ СПОРОВИ ЈУГОСЛОВЕНСКИХ И СТРАНИХ ДРЖАВЉАНА

I

1. У пракси наших судова релативно су чести бракоразводни спорови између југословенских и страних држављана када је пребивалиште супружника странца непознато. По правилу, у овим случајевима није познато где се уопште налази брачни друг страни држављанин, а пошто је од његовог напуштања породичног дома протекло доста времена, јављају се одређени специфични проблеми (1) или се поједина уобичајена питања (повера и издржавање детета) појављују у новом светлу (2).

1) Један од специфичних проблема у овим случајевима тиче се начина на који треба (барем формалноправно) обезбедити „учешће" у поступку страног брачног друга против кога је домаћи држављанин подигао тужбу за развод брака. У таквој ситуацији реч је о томе да, с једне стране, треба омогућити остављеном брачном другу (понекад и више година) да добије развод, а с друге стране, потребно је предузети мере да пресуда која буде донета произведе правно дејство и изван наше земље, посебно имајући у виду општеприхваћени услов за

(1) У једној одлуци Окружног суда у Нишу (П. бр. 673/84 од 3. марта 1986, необјављивана) суд је поступио на начин који се не би могао прихватити. Наиме, у том случају суд је одбацио тужбе југословенске држављанке против брачног друга, суданског држављанина, чије је пребивалиште било непознато, иако је предузео кораке код надлежног Центра за социјални рад како би туженику био постављен посебан старалац. Суд је, поред тога, покушао да посредством градског СУП-а утврди да ли се тужени налази у евиденцији странаца у граду Б. Примивши негативан одговор, међутим, одбацио је тужбу тужиље, истакавши у образложењу своје одлуке следеће: „С обзиром да се тужени није могао пронаћи, суд није могао да га позове, те је ова тужба тужиље неуредна јер по њој не може да се поступа, па је стога на основу чл. 106. ЗПП и донео решење као у изреци". Није, међутим, јасно због чега није постављен посебан старалац туженику односно, због чега се суд није упустио у решавање брачног спора.

(2) В., нпр., П. бр. 4103/85; П. бр. 1457/83; П. бр. 6232/85 (необјављиване одлуке Окружног суда у Београду). Чл. 84. ЗПП: „Ако се у току поступка пред првостепеним судом покаже да би редован поступак око постављења законског заступника туженом трајао дуго, па би због тога могле да настану штетне последице за једну или обе странке, суд ће туженом поставити привременог заступника. Под условом из ст. 1. овог члана суд ће поставити туженом привременог заступника нарочито у овим случајевима: . . . 5) ако се тужени или његов законски заступник који немају пуномоћника у СФРЈ, налазе у иностранству, а достављање се није могло извршити . . .".

њено признање који се тиче поштовања права одбране туженика. Наши судови су овај проблем најчешће решавали тако што су одсутном страном држављанину, чије је пребивалиште немогуће утврдити и извршити достављање тужбе, у смислу чл. 84, ст. 2, т. 5. Закона о парничном поступку одређивали привременог заступника, или је на основу чл. 281. Закона о браку и породичним односима СР Србије орган старатељства одређивао посебног стараоца (3). На тај начин је удовољавано захтевима наших држављана и такви бракови су (у свим пресудама којима располажемо) разведени.

2) Даљи проблеми у овим случајевима су, међутим, везани за питање повере деце (А) и питање плаћања доприноса за њихово издржавање (Б).

А) Када се ради о повери деце, суд практично није у могућности да на уобичајени начин утврђује које је решење у складу са њиховим интересима, већ једино може да легализује постојеће стање, односно, ситуацију "fait accompli" насталу одласком (са или без деце) родитеља странца. У случајевима да је дете живело са родитељем домаћим држављанином судови су га без изузетка поверили присутном родитељу (4), док је у случајевима у којима је брачни друг странац одвео дете са собом, дете (опет само као декларативна правна потврда постојећег фактичког стања) поверавано родитељу страном држављанину (5). Да ли су судови у овим случајевима имали монућност избора, односно да ли су могли донети и другачију одлуку о повери детета? У одговору, чини се, треба разликовати ситуацију у којој је брачни друг странац напустио сâм породични дом од оне у којој је при том одвео и дете са собом. У првом случају, очито је да је родитељ страни држављанин самим чином напуштања породице и каснијим нејављањем (6) испољио сопствену незаинтересованост за судбину детета, тако да приликом одлучивања о повери не може фигурирати као озбиљан претендент за непосредно вршење родитељског права. Евентуална дилема може се поставити само на релацији присутни родитељ — трећа лица, уколико у конкретном случају таквој дилеми има места. У другој ситуацији, пак, када је родитељ страни држављанин одвео дете са собом, утисак је да одлука којом се дете њему поверава никако није једино решење које преостаје суду. Уколико се остављени брачни друг у кратком року након напуштања обрати суду и ако суд утврди да је у интересу детета да буде поверено управо њему, нема разлога да таква одлука не буде донета (7). У том смислу, вредно је напора испитати потребе и могућности приступања наше

(3) В., нпр., одлуке Окружног суда у Београду (П. бр. 888/85 — необјављивана) и Нишу (П. бр. 414/86 — необјављивана).

(4) В., нпр., пресуде Окружног суда у Београду П. бр. 6232/85; П. бр. 1457/83 (необјављиване).

(5) В., нпр., пресуду Окружног суда у Београду П. бр. 888/85 (необјављивана).

(6) У наведеним одлукама од напуштања до одлуке суда (без икаквих вести о родитељу странцу) протекло је у два случаја — 3 године, у једном — 2 године, а у једном чак — 9 година.

(7) У пресуди бр. 888/85 суд је дете поверио мајци (индијској држављанки) која је са дететом „... отишла у непознатом правцу" и није се јављала више од три године. Отац, држављанин СФРЈ, формално није захтевао да дете буде њему поверено (мада је преко надлежног СУП-а предузео кораке да мајка и дете буду пронађени, но без успеха), а у образложењу суда о овом питању читамо прилично дефетистичке редове: „Одлуку о поверавању мал. детета странака, Ђерке Д., на негу, чување и васпитање и издржавање туженој, суд је донео имајући у виду да се малолетно дете странака налази код мајке од 1982. године, да се не зна где се мајка и дете налазе".

земље Хашкој конвенцији о грађанскоправним аспектима међународног одвођења деце од једног родитеља из 1980. године (8).

Б) Што се тиче питања издржавања детета у овим случајевима, судови су различито поступали: у појединим одлукама брачни друг страни држављанин, иако непознатог пребивалишта, обавезиван је на плаћање издржавања (9), док у већини других случајева — није (10). Чини се, међутим, да таква пракса судова (која се запажа и изван случајева у којима није познато пребивалиште туженика страног држављанина (11) не може бранити практичним тешкоћама око утврђивања пребивалишта брачног друга странца и да је суд, упркос тој околности или евентуалном одрицању другог супружника, дужан да одлучи о висини износа за издржавање детета. Проблематична остаје једино ситуација у којој је брачни друг странац одвео са собом и дете. Да ли у тим случајевима супружник домаћи држављанин може бити обавезан на плаћање издржавања? Наше је мишљење да у овом случају, изузетно, не би требало доносити одлуку о издржавању приликом одлучивања о разводу (12), већ да такву одлуку, треба евентуално донети у посебном поступку уколико буду испуњени следећи услови: 1) да је пресудом о разводу брака дете поверено родитељу страном

(8) Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants; Конвенција је ступила на снагу 1. децембра 1983. године.

(9) Тако, нпр., у пресуди Окружног суда у Београду (П. бр. 4103/85 — необјављивана) брачни друг, држављанин Танзаније, обавезан је на плаћање издржавања за двоје малолетне деце која су поверена мајци иако је од његовог одласка протекло скоро три године. Суд је при том био врло одређен: „... плаћа ... и убудуће док за то постоје законски услови сваког 1—10. у месецу а на руке законског заступника мајке Ј. В. В., с тим што је заостале износе дужан платити одједном у року од 15 дана од дана пријема пресуде под претњом извршења".

(10) Тако, нпр., у пресуди Окружног суда у Београду (П. бр. 1457/83) којом је разведен брак југословенске држављанке и страног држављанина (из пресуде се не може утврдити чије је држављанство имао брачни друг странац) о питању повере детета и издржавању суд је изрекао само једну кратку реченицу: „Одлучујући о поверавању детета, суд је прихватио предлог тужиље да се дете повери њој, с обзиром да она искључиво брине о детету од априла 1974. године, а тужени не учествује чак ни у издржавању детета, па је у интересу мал. А. да се повери на чување и издржавање мајци". У једној другој одлуци истог суда (П. бр. 6232/85) у изреци пресуде између осталог читамо: „III — Констатује се да је предлагач К. М. повукла тужбу-предлог којим је тражено да се обавеже предлагач Ј. А. Н. да на име свог дела издржавања мал. детета странка плаћа месечно износе од по 1000 УСА долара".

(11) Прилично је распрострањено схватање судова да је приликом решавања бракоразводних спорова са страним елементом потребно да брачни друг коме су деца поверена истакне захтев за издржавање деце (одн., да суд не треба о томе одлучивати ex offo), као и да је могуће одрицање од издржавања, упркос чл. 16. ЗБПО СР Србије: „Одрицање од права на издржавање између родитеља и деце и између брачних другова нема правног дејства" и чл. 382, ст. 1. истог Закона: „У брачним споровима ... суд по службеној дужности одлучује о издржавању малолетне деце ..." Тако, нпр., у одлуци Окружног суда у Београду (П. бр. 1946/83 — необјављивана) којом је разведен брак југословенске држављанке и етиопског држављанина и њихово малолетно дете поверено на чување и васпитање оцу, читамо: „О издржавању детета суд није одлучивао пошто је предлагач Ф., изјавио да издржавање за дете не тражи". Једном другом пресудом истог суда (П. бр. 920/83 — необјављивана) разведен је брак југословенског држављанина и италијанске држављанке и малолетно дете поверено оцу, а у делу образложења који се односи на питање издржавања истакнуто да је „... суд одлучио као у изреци ... на основу изјаве оца да има довољно средстава да подмири све потребе око издржавања мал. Г., због чега је и применом одредаба чл. 84, ст. 3, ЗБПО прихватио споразум родитеља, да се мајка за сада не обавезује да доприноси за издржавање мал. Г. „Коначно, у још једној пресуди истог суда (П. бр. 2714/85) којом је, исто тако, разведен брак југословенског држављанина и италијанске држављанке и дете поверено оцу, напомиње се да отац „није истакао захтев за обавезивање тужене да доприноси издржавању малолетног детета", те да о том питању није ни одлучивао. За супротне одлуке у нашем унутрашњем породичном праву В. М. Јанковић, *Коментар Закона о браку и породичним односима*, Београд 1981. стр. 28 (пресуда бр. 11) стр. 292 (одлуке бр. 262—268), као и коментар чл. 84, ст. 3. ЗБПО СР Србије (стр. 77).

(12) Тако, нпр., у већ цитираном образложењу пресуде Окружног суда у Београду (П. бр. 888/85) истакнут је најпре став у погледу повере детета (в. фусноту бр. 7) чија је једина последица у домену издржавања, по нахођењу суда, био став да: „са наведених разлога, суд није ни одлучивао о доприносу тужиоца као родитеља у издржавању малолетног детета".

држављанину; 2) да се накнадно утврди место пребивалишта брачног друга странца или детета; 3) да такав захтев истакне ма који од брачних другова, односно, дете; и 4) да плаћање оброка тече ex nunc.

II

2. У пресуди Окружног суда у Београду (П. бр. 2714/85, необјављивана) која се тицала развода брака југословенског држављанина и италијанске држављанке, наш се суд није упуштао у оцену своје међународне надлежности, мада је, по свему судећи, било доста разлога да то учини. Чињенични склоп у том случају био је следећи: брак између супружника закључен је 1972. године у Италији (13). Године 1974. рођена је кћи која је стекла југословенско држављанство. У периоду од 1972. до 1978. године супружници су живели и радили у Италији. Крајем 1978. године дошло је до фактичког престанка заједнице живота: мајка и кћи су остале у Италији, а отац је преко италијанске фирме у којој је био запослен, упућен на рад у Африку. Отац је 1983. године довео дете у Југославију да би га чувала жена са којом је засновао ванбрачну заједницу, а он је наставио да ради у Африци, с тим што је свака четири месеца користио одмор у трајању од 15 дана, који је проводио у Београду с породицом. Коначно, 1985. године отац је поднео тужбу за развод брака Окружном суду у Београду.

Након презентације релевантне чињеничне грађе, поставља се најпре питање на темељу којих одредаба ЗМПП-а (14) може у овом случају бити заснована надлежност југословенског суда?

С обзиром да се ради о разводу брака домаћег држављанина и странца, одговор, свакако, треба потражити у одредбама чл. 61. ЗМПП (15). При том, као основи за заснивање ове надлежности не могу се у конкретном случају применити:

— одредбе ст. 1, чл. 61. у вези са чл. 46 (надлежност општег форума) јер тужена, италијанска држављанка, нема пребивалиште у СФРЈ;

— одредбе т. 1, ст. 1, чл. 61. који се односи на брачне другове држављане СФРЈ;

— одредбе т. 3, ст. 1, чл. 61. с обзиром да у конкретном случају супружници нису никада имали заједничко пребивалиште на територији СФРЈ.

Према томе, као једина могућност за заснивање надлежности нашег суда остаје т. 2, ст. 1, чл. 61. у којој је предвиђено да се наши судови могу огласити надлежним за решавање брачног спора ако је тужилац држављанин СФРЈ и има пребивалиште у СФРЈ. У овом случају, пошто је неспорно тужилац наш држављанин, од одлучујућег је значаја питање да ли он има пребивалиште на југословенској територији.

(13) Брак је био уписан у матичну књигу венчаних надлежне скупштине општине у Београду.

(14) Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима, „Сл. лист СФРЈ", бр. 42/82.

(15) Одговор, с обзиром да се не ради о италијанском правном систему из периода пре 1971. године (када оно није познавало установу развода), не треба тражити у одредбама чл. 63. ЗМПП-а.

С обзиром на чињенице које је суд изнео у образложењу пресуде, на ово питање је тешко пружити категоричан одговор. Наиме, тужилац фактички од 1972. године живи у иностранству — најпре у Италији, у периоду до 1978. године, а последњих седам година (1978—1985) у Африци и то по налогу италијанске фирме у којој је запослен (16). При том, у периоду од 1972. до 1978, када је са породицом живео у Италији, он је, по свему судећи, имао пребивалиште у Италији (17). У периоду од 1978. до 1983, опет, није имао никаквих значајнијих контаката са нашом земљом, све док 1983. године није довео дете у Београд, засновавши ванбрачну заједницу (за време грађања одмора) са другом женом којој је оставио дете на чување, док се он вратио на рад у Африку. Да ли се тиме манифестовала његова намера да трајно живи у Београду, односно у СФРЈ, тј. да ли се у том смислу може узети да то лице има пребивалиште на југословенској територији (18)? Суд је морао расветлити све релевантне чињенице и пружити јасан одговор на ово питање (19).

С друге стране, овај случај указује и на још једну околност. Под претпоставком да је суд утврдио да тужилац нема пребивалиште на територији СФРЈ, те да у том смислу није могуће засновати надлежност југословенског суда, долази се до врло необичне ситуације (посебно ако се посматра из угла проблематике повере деце). Иако су један од родитеља и дете југословенски држављани, иако дете (у време доношења одлуке) две године живи на територији СФРЈ, наш суд ипак није надлежан да се упусти у решавање брачног спора, те према томе (адхезионо) и спора око повере детета на чување и васпитање. Таква ситуација, мора се признати, природно води питању да ли је до краја било исправно опредељење законодавца који је у појединим

(16) Што одмах искључује евентуалну помисао на чл. 52. ЗМПП: „У споровима против држављана СФРЈ који живе у иностранству, где су их на службу или на рад упутили државни орган, ОУР, или друго друштвено правно лице, надлежност суда СФРЈ постоји ако су они имали пребивалиште у СФРЈ".

(17) Тако се, нпр., и у нашој доктрини истиче да „... ако је наш држављанин запослен у иностранству одлучи да са странкињом ступи у брак и из његових поступака се не види да ће за догледно време да се врати натраг, онда се може говорити о његовом новом пребивалишту — у иностранству". М. Пак, *О пребивалишту и боравишту у Међународном приватном праву*, „Правни живот", 1975, бр. 2, стр. 19.

(18) Како наводи проф. Варади: „Према мишљењу за које бисмо могли рећи да је владајуће (мада не и неоделељено) у нашој доктрини домицил не престаје губитком једног од ... два елемента ... на тај начин ствара се концептуални ослонац за тезу да наши грађани који више не станују у Југославији ипак задржавају овде домицил, све док се не губи вољни елемент (Анимус би у овом контексту требало вероватно схватити као намеру да се лице врати, те да пре или после настави живот у фактички већ напуштеном пребивалишту). На тај начин, вољни елемент домицила постаје кључни, „носећи" када је реч о домицилу наших радника у иностранству а то је управо онај елемент који традиционално изазива највише недоумице и неспоразуме". Т. Варади, *Домицил наших грађана на привременом раду у иностранству и међународноправна сарадња*, „Право — теорија и пракса", посебан број, Нови Сад, април 1985, стр. 28.

(19) При том је потребно приметити да за разлику од уобичајених случајева одласка наших радника на привремени рад у иностранство, где они имају пребивалиште у СФРЈ и затим одласком укидају фактички елемент домицила (док вољни остаје), у изложеном случају неспорно је да је тужилац изгубио пребивалиште у СФРЈ (у периоду док је са породицом живео у Италији), а питање је да ли се сада домицил може поново засновати само (не сасвим поузданом) манифестацијом вољног елемента. Занимљиво је овде споменути да је Врховни суд Србије у једној својој одлуци заузео становиште да се „... странке налазе на, привременом раду у Француској већ дуже времена и да у том смислу југословенски држављани који имају своје пребивалиште на територији Републике Француске тужбу за развод брака могу поднети надлежном суду Републике Француске на чијем подручју имају пребивалиште у време подношења тужбе" (чл. 9, ст. 1. Конвенције између СФРЈ и Републике Француске о надлежности и закону који се примењује у области личног и породичног права (1971). При том није наведено о ком се периоду времена ради, довољном да се може узети да странке, држављани СФРЈ, имају пребивалиште на територији Француске. В. ближе Врховни суд Србије, Гж. 42/87 од 28. јануара 1987, објављена у „Судској пракси", 1987, бр. 3, стр. 51.

члановима ЗМПП-а проширио основе за заснивање надлежности наших судова за решавање брачних спорова странаца (нпр. чл. 62), а сузио их када су у питању брачни спорови наших и страних држављана. У изнетом случају, конкретно, дилема је везана за питање колико је било оправдано дерогирати решење из чл. 29, ст. 1. Закона о парничном поступку (према коме је „за суђење у брачним споровима ... надлежан југословенски суд ако су оба брачна друга држављани СФРЈ или ако је само један од њих држављанин СФРЈ") и заменити га оним из чл. 61, ст. 1. т. 3. ЗМПП-а које, у овом другом случају, не сматра довољним чињеницу да је један од супружника југословенски држављанин, већ инсистира и на постојању додатног елемента везивања — постојању пребивалишта на територији СФРЈ уколико се овај појављује у улози тужиоца.

ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА ЈУГОСЛАВИЈЕ

Право на најнижи износ старосне пензије није условљено навршењем 40 (м), односно 35 (ж) година пензијског стажа

Одредбом републичког закона прописано је да право на најнижи износ старосне пензије има осигураник који је навршио 40 (м), односно 35 (ж) година пензијског стажа.

Грађанин сматра да је та одредба републичког закона у супротности са Законом о основним правима из пензијског и инвалидског осигурања, чијом је одредбом прописано да осигураник који испуни услове за старосну пензију стиче право на најнижи износ старосне пензије, под условима, на начин и у висини утврђеној самоуправним општим актом заједнице (пензијског и инвалидског осигурања), у складу са законом. Грађанин сматра, дакле, да право на најнижи износ старосне пензије не може бити условљено навршењем пензијског стажа прописаног оспореном одредбом републичког закона.

Уставни суд Југославије утврдио је да је оспорена одредба републичког закона у супротности са Законом о основним правима из пензијског и инвалидског осигурања. Одлука о томе заснована је на схватању Уставног суда Југославије да из одредбе члана 28. Закона о основним правима из пензијског и инвалидског осигурања произлази да право на најнижи износ старосне пензије не може бити условљено навршењем пензијског стажа од 40 (м), односно 35 (ж) година. Уставни суд Југославије схвата одредбу члана 28. Закона о основним правима — којом је прописано да осигураник који испуни услове за стицање права на старосну пензију има право на најнижи износ старосне пензије — тако да се право на најнижи износ старосне пензије стиче самим испуњењем услова за старосну пензију, што ће рећи било којег од услова под којима се стиче право на старосну пензију (члан 21. Закона о основним правима), а не — навршењем одређеног пензијског стажа, односно стажа осигурања, прописаног оспореном одредбом републичког закона. Полазећи од таквог схватања одредбе члана 28. Закона о основним правима из пензијског и инвалидског осигурања, Уставни суд Југославије је утврдио да је одредба републичког закона о пензијском и инвалидском осигурању, претходно изложена, у супротности са Законом о основним правима из пензијског и инвалидског осигурања.

(Одлука УСЈ, I—У бр. 7/2—88, од 8. марта 1990)

Финансијско пословање организација удруженог рада уређује савезни закон

Одредбама Закона о финансијском пословању („Сл. лист СФРЈ", бр. 10/89, 26/89, 35/89 и 79/89) прописано је: да правна лица образују фондове као изворе финансирања пословања; да платни промет обављају преко рачуна код одређених организација; да су дужна да у

благајнама држе одређен износ готовог новца; да се наплата дугова врши по одређеном редоследу; прописане су новчане казне за дужнике који не предају уговорена средства плаћања; затим, забрана вршења финансијских послова у одређеним случајевима, правила санације и покривања губитака, и др.

Грађанин сматра да одредбе наведеног закона прописују таква ограничења која нарушавају слободу организовања привредних субјеката и њихово право на управљање радом и пословањем на сопствени ризик, која су у супротности с Уставом СФРЈ.

Уставни суд Југославије није прихватио иницијативу за покретање поступка за оцењивање уставности оспорених одредаба наведеног савезног закона. Уставни суд Југославије је при томе пошао од одредаба чл. 259, ст. 2. и 3. и чл. 281, став 1, тач. 3. и 5. Устава СФРЈ, по којима се платни промет врши по јединственим начелима, на начин прописан савезним законом, односно по којима Федерација уређује права и обавезе организација удруженог рада у погледу средстава у друштвеној својини и уређује платни промет у земљи. Имајући у виду те одредбе Устава СФРЈ, Уставни суд Југославије је оценио да се оспореним одредбама наведеног закона ни у чему не доводи у питање самосталност привредних субјеката у организовању и пословању. Јер, самосталност привредних субјеката у организовању и пословању не значи и недостатак било каквих правила пословања која прописује држава. То нарочито онда кад су у питању привредни субјекти који послују средствима у друштвеној својини. Но, без обзира на ту околност, Уставни суд Југославије сматра да је право државе, утврђено Уставом СФРЈ, да пропише одређена правила по којима привредни субјекти морају поступати у обављању финансијског пословања, и да, прописивањем тих правила, одредбама Закона о финансијском пословању ни у чему нису повређена права привредних субјеката, утврђена Уставом СФРЈ.

(Решење УСЈ, I—У бр. 110/1—89, од 8. марта 1990)

Уставни суд Југославије није дужан да оцењује уставност закона који је престао да важи

Грађанин је дао иницијативу Уставном суду Југославије за покретање поступка за оцењивање уставности одредаба Закона о Народној банци Југославије и јединственом монетарном пословању народних банака република и народних банака аутономних покрајина („Сл. лист СФРЈ", бр. 49/76, 41/81, 26/84 и 71/86), због тога што налази да су политиком камата, омогућеном одредбама тога закона, штедише стављене у неравноправан положај у односу на банке, будући да оне наплаћују превисоке камате на прекорачења по текућим рачунима грађана која нису допуштена.

Наведени закон престао је да важи пре него што је Уставни суд Југославије одлучивао о томе да ли ће усвојити иницијативу грађанина за покретање поступка за оцењивање уставности одредаба тога закона. Тај закон је престао да важи 17. јуна 1989. године, ступањем на снагу Закона о Народној банци Југославије и јединственом монетарном пословању народних банака република и народних банака аутономних покрајина („Сл. лист СФРЈ", број 34/89).

Одредбом члана 375, став 2. Устава СФРЈ утврђено је да Уставни суд Југославије *може* оцењивати уставност закона који су престали да важе, ако од престанка важења до покретања поступка није протекло више од једне године. Та одредба Устава СФРЈ значи, пре свега, да Уставни суд Југославије не може оцењивати уставност закона од чијег је престанка важења до покретања поступка протекло више од једне године. Али, она значи и то да Уставни суд Југославије слободно оцењује да ли ће оцењивати уставност закона од чијег престанка важења до покретања поступка није протекло више од једне го-

дине. Уставни суд Југославије не мора, дакле, оцењивати уставност закона који је престао да важи ако од престанка његовог важења до покретања поступка није протекло више од једне године. Полазећи од те одредбе Устава СФРЈ, Уставни суд Југославије је одбио да оцењује да ли су одредбе Закона о Народној банци из 1976. године, у време њиховог важења, биле у складу с Уставом СФРЈ.

(Решење УСЈ, II—У бр. 19/89, од 8. марта 1990)

Савезно извршно веће је овлашћено да пропише поступак прегледа опреме и пртљага из којег за организацију удруженог рада за аеродромске услуге проистичу одређене обавезе

Одредбом члана 16, став 2. Уредбе о безбедности на ваздухопловним пристаништима („Сл. лист СФРЈ", број 73/87), прописано је да техничком опремом за преглед пртљага одвојеног од путника и робе, руку и преглед таквог пртљага врше радници организације удруженог рада за аеродромске услуге, односно носиоци права располагања аеродромима који су за то стручно оспособљени.

Пословна заједница аеродрома Југославије покренула је пред Уставним судом Југославије поступак за оцењивање уставности оспорене одредбе наведене уредбе СИВ-а. Заједница сматра да се оспореном одредбом Уредбе СИВ-а на аеродромске организације преносе одређене материјалне и радне обавезе надлежних државних органа, што је противно Уставу СФРЈ.

Уставни суд Југославије је оценио да нема места утврђењу да оспорена одредба Уредбе СИВ-а није сагласна с Уставом СФРЈ. Уставни суд Југославије сматра, пре свега, да је Савезно извршно веће донело наведену уредбу у складу с овлашћењима која оно има по Уставу СФРЈ (члан 347, став 1, тачка 5) и Законом о ваздушној пловидби (члан 262, „Сл. лист СФРЈ", број 45/86, 24/88 и 80/89), односно да је СИВ имало право на доношење такве уредбе. На основу овлашћења за доношење Уредбе, Савезно извршно веће могло је, по оцени Уставног суда Југославије, и питање прегледа пртљага и робе уредити на начин прописан оспореном одредбом наведене уредбе, а такво уређивање тога питања није несагласно с Уставом СФРЈ.

(Одлука УСЈ, II—У бр. 29/90, од 21. марта 1990)

Престала је важност одредаба Закона о удруженом раду, о престанку радног односа по сили закона

Одредбама чл. 71, став 3. и чл. 204. Закона о изменама и допунама Закона о удруженом раду („Сл. лист СФРЈ", бр. 85/87), било је прописано: раднику може престати радни однос и пре него што испуни услове за личну пензију; изузетно, радник може остати у радном односу и кад испуни услове за личну пензију, али, само под условима и у случајевима утврђеним савезним законом; до доношења савезног закона о условима под којима радник може остати у радном односу и кад испуни услове за личну пензију, а најкасније у року од 18 месеци од дана ступања на снагу Закона о изменама и допунама закона о удруженом раду, раднику престаје радни однос по сили закона кад испуни услове за личну пензију, у складу са законом који је био на снази пре ступања Закона о изменама и допунама закона о удруженом раду на снагу.

Грађани су сматрали да су оспореним одредбама наведеног савезног закона радници стављени у неравноправан положај када је реч о престанку радног односа по сили закона, будући да су републичким законима, односно покрајинским законима о радним односима, пропи-

сани различити услови под којима раднику престаје радни однос по сили закона. Стога су тражили да Уставни суд Југославије огласи неуставним наведене одредбе Закона о изменама и допунама закона о удруженом раду.

Оспорене одредбе Закона о изменама и допунама закона о удруженом раду престале су важити даном ступања Закона о основним правима из радног односа на снагу — 14. октобра 1989. године („Сл. лист СФРЈ", број 60/89), чијим је одредбама престанак радног односа друкчије уређен. С обзиром на ту околност, Уставни суд Југославије није усвојио иницијативу за покретање поступка за оцењивање одредаба чл. 71, став 3. и чл. 204. Закона о изменама и допунама закона о удруженом раду. При томе, Уставни суд Југославије је оценио да нема ни разлога због којих би требало да оцењује да ли су те одредбе, у време док су важиле, биле у складу с Уставом СФРЈ, полазећи од одредбе члана 149, став 6. Устава СФРЈ, према којој раднику може престати рад против његове воље само под условима утврђеним законом, из чега произлази и то да околност што републички/покрајински закони нису прописивали исте услове за престанак радног односа по сили закона није од значаја, будући да раднику није, по тим законима, могао престати радни однос ако није испунио услове прописане савезним законом. Савезни закон је прописао једнаке услове за престанак радног односа по сили закона за сваког радника једнако, као минимум услова за престанак радног односа по сили закона.

(Решење УСЈ, У бр. 230/88, од 21. марта 1990)

Законом се одређује какве обавезе у обављању ваздушне пловидбе имају организације удруженог рада, а какве — државни органи

Одредбом члана 132, став 1. Закона о ваздушној пловидби („Сл. лист СФРЈ", бр. 45/86, 24/88 и 80/89) прописано је да организација удруженог рада за аеродромске услуге, односно носилац права располагања аеродромом, мора обезбедити простор за преглед ваздухоплова, одговарајуће просторије за преглед путника и ствари, и техничку опрему за преглед путничког пртљага и робе, и обављати преглед путничког пртљага и робе.

Пословна заједница аеродрома Југославије покренула је пред Уставним судом Југославије поступак за оцењивање уставности оспорене одредбе наведеног закона, налазећи да она намеће неоправдане обавезе аеродромским организацијама, које су обавезе државних органа, и да, стога, оспорена одредба наведеног закона није у складу с Уставом СФРЈ.

Полазећи од одредбе Устава СФРЈ (члан 281, став 1, тачка 11) према којој Федерација (преко савезних органа) уређује и обезбеђује безбедност ваздушне пловидбе, Уставни суд Југославије је оценио да нема разлога због којих треба утврдити да оспорена одредба наведеног закона није у складу с Уставом СФРЈ. Уставни суд Југославије сматра, наиме, да право и дужност Федерације да уређује и обезбеђује безбедност ваздушне пловидбе садржи у себи и њено право да уређује и питања која су предмет оспорене одредбе наведеног закона. На који ће начин та питања бити уређена, ствар је, по мишљењу Уставног суда Југославије, политике уређивања односа у тој области. Имајући у виду да одредбе наведеног закона не утврђују само обавезе аеродрома, већ и одређене обавезе државних органа (унутрашњи послови), Уставни суд Југославије је мишљења да оспореном одредбом наведеног Закона аеродромима — организацијама удруженог рада које се баве аеродромским услугама, нису наметнуте обавезе које им по Уставу СФРЈ не би могле бити наметнуте.

(Одлука УСЈ, У бр. 354/87, од 21. марта 1990)

Одлука о одређивању највишег нивоа цена у стамбено-комуналној делатности и највиших цена у градском саобраћају у складу је с Уставом СФРЈ и савезним законом

Одлуком Већа република и покрајина Скупштине СФРЈ о одређивању највишег нивоа цена у стамбено-комуналној делатности и највиших цена у градском саобраћају („Сл. лист СФРЈ", број 84/89) утврђен је највиши ниво цена у стамбено-комуналној делатности и у градском саобраћају, и одређено да она ступа на снагу даном њеног објављивања.

Предузеће С. из А. покренуло је пред Уставним судом Југославије поступак за оцењивање уставности и законитости оспорене одлуке, налазећи да она није могла бити донесена 21. децембра 1989. године, позивом на одредбе Закона о систему друштвене контроле цена („Сл. лист СФРЈ", бр. 64/84, 43/86, 71/86), будући да је тај закон престао важити, на основу одредбе члана 22. Закона о систему друштвене контроле цена („Сл. лист СФРЈ", бр. 84/89), који је донесен 21. децембра, а објављен (у „Сл. листу СФРЈ") — 22. децембра 1989. године.

Није спорно да је Веће република и покрајина имало право, на основу одредбе члана 25. Закона из 1984. године, да донесе оспорену одлуку. Та одлука донесена је 21. децембра 1989. године. Закон на основу којег је она донесена није престао да важи 22. децембра 1989. године, већ 30. децембра 1989. године, када је ступио на снагу нови закон о систему друштвене контроле цена. Према томе, закон на основу којег је донесена оспорена одлука био је на снази 21. децембра 1989. године, кад је та одлука донесена. Због тога нема места доношењу одлуке о неуставности, односно незаконитости оспорене одлуке Већа република и покрајина Скупштине СФРЈ.

(Одлука УСЈ, II-У бр. 5/90, од 15. марта 1990)

Под једнаким условима одређене категорије грађана могу имати предност при запошљавању

Одредбом републичког закона о радним односима прописано је да су организације удруженог рада дужне да стварају услове за запошљавање инвалидних лица и да тим лицима дају предност у запошљавању на свим пословима, односно радним задацима који одговарају њиховим радним способностима за обављање послова и радних задатака за које су оспособљена.

Радна организација Ф. у С. је покренула пред Уставним судом Југославије поступак за оцењивање уставности оспорене одредбе републичког закона, налазећи да се том одредбом доводи у питање остваривање уставног права грађанина на рад и доступност сваког радног места и функције у друштву.

Уставни суд Југославије није усвојио дату му иницијативу.

Уставом СФРЈ утврђено је да друштвена заједница стара услове за оспособљавање грађана који нису потпуно способни за рад, као и услове за одговарајуће запослење тих грађана.

Полазећи од тога, а имајући у виду чињеницу да оспорена законска одредба даје предност инвалидним лицима при запошљавању само под условом да испуњавају услове за обављање одређених послова и радних задатака, да не установљава, дакле, предност инвалидних лица независно од услова који се траже за обављање одређених послова и радних задатака, Уставни суд Југославије је мишљења да је у питању једна предност инвалидних лица која има основа у Уставу СФРЈ и да зато оспорена одредба републичког закона није противна Уставу СФРЈ.

(Решење УСЈ, I-У бр. 43/1-89, од 7. марта 1990)

Припремио *Борђе Бурковић*

ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ

Организовање задруга

Скупштина општине Мало Црниће предлогом је покренула поступак пред Уставним судом за утврђивање незаконитости и неуставности Самоуправног споразума о организовању Земљорадничке задруге „Будућност" — Мало Црниће.

Предлагач тврди да је Самоуправни споразум о променама у самоуправном организовању Земљорадничке задруге донесен супротно законским прописима. Тако, према предлагачу није проведен претходни поступак расправљања у основним задружним организацијама; текст Споразума, о коме се у неким деловима задруге расправљало, био је дат у неколико варијанти, па се свако изјашњавао само о једној варијанти текста; Споразум је прихваћен (у неком од текстова) само у три од 7 основних задружних организација и једне основне организације удруженог рада, што чини мање од половине укупног броја основних задружних организација и радника, односно земљорадника удружених у Задругу; Споразум су потписали директори основних задружних организација и ако се радни људи, односно земљорадници, нису изјаснили за његово усвајање.

Земљорадничка задруга „Будућност" из Малог Црнића у свом одговору Суду у потпуности подржава захтев Скупштине општине и потврђује да стоје наводи из образложења предлога Скупштине општине што се у пракси ретко догађа.

Овим Самоуправним споразумом је утврђено само како се постојеће основне задружне организације организују као посебне радне организације и наводе њихове делатности.

Према одредбама Закона о удруживању земљорадника („Службени гласник СРС", бр. 12/79), донесеног после Закона о удруженом раду, земљорадничку задругу могу да оснују земљорадници. Задруга се оснива самоуправним споразумом о удруживању у земљорадничку задругу којим се, поред осталог, уређују питања у вези с односима између основних задружних организација и основних организација удруженог рада у саставу земљорадничке задруге. Самоуправни споразум се сматра закљученим кад се за њега референдумом изјасни већина удружених земљорадника и радника у основној организацији.

Према члану 35. истог Закона, прописи о организацијама удруженог рада који се односе на промене у организовању, престанак, заступање, представљање, фирму, седиште, пословну тајну и друга питања положаја, права, обавеза и одговорности организација удруженог рада, сходно се примењују и на земљорадничке задруге, ако законом није другачије одређено.

Чланом 347, раније 376. Закона о удруженом раду предвиђена је могућност да радници у основној организацији могу због развоја делатности, организације рада или других разлога извршити промене у самоуправном организовању (издвајање, подела, спајање, удруживање...).

Наведене промене се врше самоуправним споразумом о удруживању, односно његовим изменама и допунама на исти начин као и код доношења самоуправног споразума о удруживању, односно самоуправном организовању.

Према члану 430, односно 463. Закона о удруженом раду, радници референдумом одлучују, између осталог, и о удруживању у радну, односно сложену организацију удруженог рада.

Према члану 46а. Закона о изменама и допунама Закона о удруживању земљорадника („Службени гласник СРС", бр. 10/85) земљорадничка задруга престаје под условима и на начин који су утврђени за престанак радне организације и кад се за време дуже од једне године број удружених земљорадника смањи испод 20.

Према члану 3. Закона о земљорадничким задругама („Службени гласник СРС", бр. 59/89) који је сада на снази, предвиђено је да се задруга оснива закључењем уговора о удруживању у задругу, који има

карактер акта о оснивању. Уговор потписују земљорадници који се удружују у задругу.

Чланом 16. овог Закона прописано је да задруга престаје, поред осталог, и кад се задруга споји, односно припоји са другом задругом, или предузећем, или ако се подели на више задруга.

Законом о референдуму и другим облицима одлучивања личним изјашњавањем („Службени гласник СРС", бр. 30/77 и 17/88) био је предвиђен поступак и начин одлучивања радника у оним случајевима у којима је њихово право да одлучују један од облика личног изјашњавања. На сличан начин је то питање уређено и новим Законом о референдуму („Службени гласник СРС", бр. 40/79), којим је раније Закон стављен ван снаге.

Према оцени Уставног суда, доношењем спорног самоуправног споразума нису поштовани наведени и други законски прописи, па је Суд поништио спорни самоуправни споразум.

(Одлука Уставног суда Србије I-У бр. 46/89 од 25. јануара 1990. године)

Органи управе у општини

Иницирано је покретање поступка пред Уставним судом Србије за оцену законитости Одлуке о општинским органима управе општине Лебане („Службени гласник Јужноморавског региона", бр. 20/86, 37/86 и 9/88).

По мишљењу подносиоца представке несагласне су с одредбом члана 12. Закона о премеру и катастру и уписима права на непокретности одредбе оспорене Одлуке којима се утврђује да послове органа управе надлежног за геодетске послове обавља Општинска управа за геодетско-катастарске, урбанистичке и имовинско-правне послове. Наиме, по мишљењу подносиоца представке већ из самог назива а и из делокруга рада види се да овај орган управе обавља послове из више управних области, а одредбом члана 12. наведеног Закона, утврђено је да за вршење геодетских послова општина образује посебан и самосталан орган управе, што по њима значи да овај орган не може обављати и послове из других области управе.

У одговору Скупштине општине Лебане наводи се да је приликом доношења оспорене одлуке Скупштине општине имала у виду одредбе члана 6. Закона о премеру и катастру земљишта из 1976. године, који је важио у време доношења ове Одлуке и који је предвиђао да се општински геодетски орган организује као самостални орган управе. Сматрају да ниједним прописом није изричито речено да у оквиру једног органа који је посебан и самосталан, не могу бити и друге службе органа управе како је то у конкретном случају одлучила Скупштина општине Лебане. Скупштина општине Лебане оценила је да је целисходно, посебно са гледишта ефикасности других служби у органима управе Општине Лебане, да се у Управи, како је то регулисано Одлуком, обављају послови и задаци органа Управе надлежног и за послове урбанизма, комунално-стамбених односа и имовинско-правних, сматрајући да ће оваквом организованошћу у потпуности бити постигнута функција органа и служби који се налазе у саставу Управе.

Оспореном Одлуком оснивани су општински органи управе и уређена њихова организација, права, дужности, послови и одговорности. У члану 18. ове одлуке предвиђени су органи управе који врше послове управе у оквиру права и дужности општине, па је у тачки 6. предвиђена Општинска управа за геодетско-катастарске, урбанистичке и имовинско-правне послове. Према члану 25. ове Одлуке Општинска управа за геодетско-катастарске урбанистичке и имовинско-правне послове врши управне, стручне, техничке и административне послове у области премера катастра земљишта као и друге геодетско-техничке послове који су предмет одржавања катастра земљишта набрајајући наречито који су то послови (став 1). У ставу 2. овог члана предвиђене су области

имовинско-правних послова које врши ова Управа, а у ставу 3. области урбанизма и комуналио-стамбених послова које такође врши ова Управа.

У време доношења оспорене Одлуке био је на снази Закон о премеру и катастру земљишта („Службени гласник СРС", бр. 11/76, 27/77, 21/78 и 24/84) који је предвиђао да су послови премера и катастра земљишта у надлежности органа Републике и општине у оквиру права и дужности утврђених овим Законом (чл. 5), а у члану 6. било је прописано да се општински геодетски орган организује као самосталан орган управе. Овај закон је престао да важи даном ступања на снагу Закона о премеру и катастру и уписима права на непокретностима („Службени гласник СРС", бр. 17/88, 24/86, 6/89 и 49/89). Према члану 10. овог Закона премер и катастар непокретности и упис права на непокретности врше органи управе надлежни за геодетске послове. Чланом 12. овог Закона предвиђено је да за вршење геодетских послова општина образује посебан и самосталан орган управе или управну организацију (у даљем тексту: Општинска геодетска управа).

Начела за организацију органа управе утврђена су Законом о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе („Службени лист СФРЈ", бр. 23/78, 21/82, 18/85, 37/88, 18/89 и 40/89 — чл. 82—86). Према овим одредбама органи управе образују се законом, односно одлуком општинске скупштине на начин који омогућава потпуно, ефикасно и рационално вршење послова управе из оквира права и дужности друштвено-политичке заједнице. Органи управе се образују у складу с обимом послова и начелима груписања послова управе, према њиховој врсти, сродности и међусобној повезаности и са потребама усклађивања рада органа управе, ефикасног руковођења њиховим радом и обезбеђивања самосталности и одговорности у раду.

Законом о државној управи („Службени гласник СРС", бр. 52/89 — пречишћен текст) прописани су облици организовања органа управе (чл. 33—36). У члану 33. предвиђено је да се органи управе оснивају као инокосни или колегијални органи. Инокосни органи су секретаријати, управе и инспекторати. Управе се оснивају као самостални орган управе или као орган управе. Према члану 36. овог Закона управе се оснивају за вршење одређених управних, стручних и других послова управе у одговарајућој области, који захтевају посебно организовање и самосталност у раду.

Сагласно наведеним законским овлашћењима, скупштина општине самостално одлучује о образовању органа управе у складу с обимом послова и начелима груписања послова према њиховој врсти, сродности и међусобној повезаности.

У конкретном случају, Скупштина општине Лебане Одлуком о општинским органима управе општине Лебане поштовала је одредбе наведених закона када је образовала Општинску управу за геодетско-катастарске, урбанистичке и имовинско-правне послове, јер је основала ову управу за вршење одређених управних, стручних и других послова који захтевају посебно организовање и самосталност у раду. При томе је водила рачуна да се ради о груписању послова према врсти, њиховој сродности и међусобној повезаности. Овакво организовање ове Управе није несагласно са чланом 12. Закона о премеру и катастру и уписника права на непокретности јер је она организована као посебан и самосталан орган управе. То што она врши и друге управне послове из надлежности општине није несагласно са наведеним Законом јер овај Закон не забрањује ни у једној одредби да такав орган управе (посебан и самосталан) не може да обавља и друге послове који су му сродни и чине на одређен начин целину одређених управних послова из надлежности општине. При томе треба имати у виду да Закон о планирању и уређењу простора и просторном плану СР Србије („Службени гласник СРС", бр. 44/89) не предвиђа да се за обављање послова који се односе на планирање и уређење простора организује посебан или самосталан орган, већ је у члану 44. прописано да друштвено-политичке заједнице обезбеђују стално обављање стручних послова који се односе на планирање и уређење простора.

На основу изложеног, Уставни суд је решио да не прихвати иницијативу за покретање поступка за утврђивање незаконитости чл. 18, тачка 6. и 25. Одлуке о општинским органима управе Општине Лебане („Службени гласник Јужноморавског региона", бр. 20/86, 37/86 и 9/88).

(Решење Уставног суда Србије IУ-19/90 од 5. априла 1990. године)

Пријем у држављанство

1. Представком једног грађанина из Баковице иницирано је код Уставног суда Србије покретање поступка за оцену уставности члана 9. Закона о држављанству СР Србије, као и оцену супротности истог члана Закона с одговарајућим одредбама савезног закона о општем управном поступку.

Иницијатор сматра неуставним одредбе члана 9. Закона јер органу надлежном за разматрање оваквих захтева дају „апсолутно неограничено право", што избеглице доводи у неравноправан положај. Могућност покретања управног спора пред Врховним судом Србије постоји, али она је само формална; против негативног решења нема права судске заштите, а органи СУП-а се тиме стављају изнад судске надлежности.

Супротност са савезним Законом о општем управном поступку, постоји, како се наводи у представци, јер свако решење мора имати образложење, а оспорене законске одредбе од те обавезе изузимају решење којим се одбија захтев за стицање држављанства, што доприноси правној несигурности грађана.

2. Закон о држављанству Социјалистичке Републике Србије, објављен у „Службеном гласнику СР Србије", бр. 45/79 и 13/83, уређујући питање стицања држављанства СР Србије, предвиђа пет могућих начина, у оквиру којих утврђује да се држављанство СР Србије стиче и рођењем (члан 4, став 4. Закона).

У члану 9. Закона је утврђено:

Став 1. „Рођењем може стећи држављанство СР Србије странац који је поднео захтев за пријем у држављанство СР Србије ако испуњава следеће услове". Даље се у ставу један утврђују ти услови, који морају бити кумулативно испуњени: 1) навршених 18 година живота; 2) три године непрекидног боравка на територији СФРЈ; 3) да се из његовог владања може закључити да ће бити лојални грађанин СФРЈ; 4) да има отпуст из досадашњег држављанства или да поднесе доказ да ће га добити ако буде примљен у држављанство СФРЈ.

Питање уставности оспорене одредбе може се посматрати са становишта евентуалног прекорачења уставне надлежности законодавца у уређивању ове материје, и кроз оцену да ли се уређивањем услова и начина стицања држављанства рођењем, грађани доводе у неравноправан положај.

3. Држављанство, као правни однос, однос је јавно-правног карактера и то између физичког лица и суверене државе на основу којег то лице има статус по коме су му, уз одговарајуће обавезе, формално-правно доступна сва грађанска, политичка, економско-социјална права у тој држави, без обзира да ли се налази на домаћој или страној територији.

У федеративним државама држављанство се као правни однос третира на два начина: (1) као држављанство Федерације и сваке чланице Федерације, од којих је једно примарно, а друго секундарно; (2) као јединствено савезно и републичко држављанство, односно истовремено се стиче и једно и друго држављанство, и ни једно од њих се не сматра главним.

Уставом СФРЈ од 1974. године је предвиђено да грађани Југославије имају јединствено држављанство СФРЈ и да је сваки држављанин републике истовремено и држављанин СФРЈ (члан 249).

По правилу, држављанин СФРЈ може имати само држављанство једне републике. У случају сукоба републичких закона о држављанству

постоје јединствене колизионе норме за целу територију СФРЈ у Закону о држављанству СФРЈ.

Начини стицања држављанства су двојаки: основни и допунски.

Основни начин стицања држављанства су сви они на основу којих се стиче држављанство већ у моменту рођења (што је случај са већином становника једне земље; нпр. према држављанству оца, оба родитеља или рођењем на територији те државе).

Допунски начини стицања држављанства су они који долазе у обзир само ако нема места стицању држављанства основним начином. Овим начином се стиче, по правилу, држављанство после рођења и од стране мањег броја становника једне државе, и они су различити у разним државама.

4. Допунски начин стицања држављанства према нашем праву су: 1) природење; 2) на основу међународног уговора; 3) ако су родитељи детета непознати или апатриди.

Имајући у виду наводе иницијатора, указује се да Закон о држављанству СФРЈ („Службени лист СФРЈ", број 58/76) утврђује да се држављанство СФРЈ стиче, поред осталог, и природењем (члан 3, тачка 3).

Природењем може стећи држављанство СФРЈ странац који је поднео захтев за пријем у држављанство, и то под следећим условима:

1) да је навршио 18 година живота;

2) да има отпуст из досадашњег држављанства или да поднесе доказ да ће отпуст добити, ако буде примљен у држављанство СФРЈ;

3) да је до подношења захтева боравио три године непрекидно на територији СФРЈ;

4) да се из његовог владања може закључити да ће бити лојалан грађанин Југославије (члан 7, став 1. Закона).

Може се уочити да су истоветни услови утврђени у Закону о држављанству СР Србије, само нешто другачијим редоследом.

У решењу којим се одбија захтев за стицање држављанства СФРЈ природењем не морају се навести разлози којима се надлежни орган руководио при доношењу решења (члан 7, став 4. Закона). Решење о стицању и престанку држављанства доноси орган републике одређен републичким прописом (члан 21).

Савезни Закон детаљно уређује читав низ питања у вези са стицањем држављанства природењем (чл. 8—12).

Може се констатовати да су одредбе савезног Закона о држављанству које уређују начин стицања држављанства СФРЈ путем природења (члан 7) идентичне одговарајућим одредбама републичког Закона (члан 9), а што је у функцији остваривања члана 249. Устава СФРЈ, односно обезбеђивања јединственог држављанства у уставно-правном систему Југославије.

5. У погледу уставности оспорене законске одредбе, поставља се питање да ли је законодавац уређујући услове и поступак за стицање држављанства природењем прекорачио уставна овлашћења за уређивање ове материје.

Устав СР Србије у делу Првом, у коме дефинише Социјалистичку Републику Србију као државу, у члану 4. утврђује: „Грађани СР Србије имају републичко држављанство".

У члану 299, тачка 12. Устава СР Србије, који у том делу није мењан, утврђена је као једна од функција Републике да она „уређује републичко држављанство".

Даље, члан 300. Устава СР Србије у тачки 1. утврђује да се републичким Законом уређује јединствено за целу територију Републике, поред осталог и држављанство.

Поред тога, Устав СР Србије у одредбама Амандмана XII у којима се уређује надлежност већа Скупштине СР Србије, у тачки 3. утврђује да „друштвено-политичко веће самостално претреса и одлучује о: поред осталог, „републичком држављанству".

Имајући у виду наведене услове одредбе, као и да је једна од основних односно искључивих функција државе, па тако и СР Србије, да уређује и одлучује о држављанству, Уставни суд сматра да се може

констатовати да је уређивање, поред осталог и питање начина стицања републичког држављанства, па тако и оног путем рођења, оспореним чланом 9. Закона о држављанству остварено у оквиру уставних овлашћења Републике и њеног законодавног органа, односно да спорни члан Закона није несагласан са Уставом СР Србије.

(Решење Уставног суда Србије IУ-405/89, од 5. априла 1990. године)

Припремио *Томислав Вељковић*

ОДЛУКЕ ВИШЕГ ПРИВРЕДНОГ СУДА СРБИЈЕ

Заштита фирме сложеног предузећа

Радна организација која је била удружена у сложену организацију удруженог рада престала је да буде удружена и организовала се у предузеће према Закону о предузећима.

Бивша сложена организација удруженог рада извршила је промене у организовању и организовала се у сложено предузеће пошто су се претходно све радне организације организовале у предузећа и постале удружене у сложено предузеће.

Радна организација која је престала бити удружена у СОУР, односно сада у сложено предузеће задржала је фирму сложеног предузећа и то уписала у судски регистар.

Благовременом жалбом сложено предузеће »Voćar coop Union« из Београда побија овако извршени упис у судски регистар истичући да сада има два предузећа која обављају исту делатност а имају исту фирму а уписана су код истог суда, и сматра да предузеће које више није удружено у сложено предузеће нема право да носи фирму сложеног предузећа, па је предложило да се брише уписана фирма предузећа које више није удружено у сложени систем.

Виши привредни суд је уважио жалбу, укинуо решење о упису у судски регистар а предмет вратио на поновни поступак.

Из образложења:

„Сложено предузеће иступа у правном промету у своје име и за свој рачун и има својство правног лица (чл. 145б. ЗОП).

Према чл. 145д. ЗОП, уговор о удруживању у сложено предузеће садржи одредбе и о фирми, делатности, одговорности и др.

Према томе, сложено предузеће има своју делатност, фирму и седиште и може самостално да иступа у правном промету.

Према чл. 158. ЗОП, предузеће које самостално иступа на тржишту може да тражи заштиту фирме.

Овај захтев се може поднети против предузећа које је уписано у судски регистар код истог суда.

Предузеће које је удружено у сложено предузеће може користити и фирму сложеног предузећа под условима и на начин како је то предвиђено уговором о удруживању у сложено предузеће.

У конкретном случају Радна организација »Voćar coop promet« организовала се у предузеће са истом фирмом и обавља исту делатност.

Бивши СОУР »Voćar coop Union« организовао се у сложено предузеће са истом фирмом и обавља исту делатност као и предузеће »Voćar coop promet«.

Како је предузеће »Voćar coop promet« престало да буде удружено у сложено предузеће то оно не може више да носи фирму сложеног предузећа, јер се ради о два предузећа која имају исту фирму и исту делатност а уписани су код истог суда у судски регистар, и зато је суд и укинуо решење о упису фирме предузећа у судски регистар да предузеће промени фирму па да се упише у судски регистар, под условом да то не буде фирма сложеног предузећа".

Према томе, предузеће које престане бити удружено у сложено предузеће нема више право да употребљава фирму сложеног предузећа.

(Решење Вишег привредног суда Србије, Пж. 244/90 од 29. јануара 1990)

Приговор застарелости и јединствени супарничари

Тужилац је тужбом тражио да суд обавеже свих пет туженика да му солидарно плате тужени износ на име накнаде штете.

Петооптужени је уложио приговор застарелости.

Првостепени суд је утврдио да је протекао застарни рок па је одбио тужбени захтев према свим тужбеницима.

Тужилац жалбом побија пресуду и истиче да је само петотуженик уложио приговор застарелости па се исти може односити само на њега а не и на остале туженике јер се не ради о јединственим супарничарима и зато је предложио да се жалба уважи.

Виши привредни суд је уважио жалбу у односу на прва четири тужбеника па је пресуду укинуо а предмет вратио на поновни поступак, а према петотуженику је пресуду потврдио.

Из образложења:

„Основано жалилац у жалби указује да се овде не ради о јединственим супарничарима из чл. 201. ЗПП, већ да се ради о туженицима-супарничарима од којих је сваки самосталан као странка па радње појединих супарничара не могу користити нити штетити другим супарничарима а то се односи и на приговор застарелости који је уложио само петотуженик (чл. 200. ЗПП).

Ово са разлога што у конкретном случају прва три туженика одговарају као извршиоци кривичног дела, четвртотуженик одговара као организација за штету коју су причинили његови радници а петотуженик по основу осигурања па у конкретном случају нема јединственог супарничарства на страни туженика.

Зато је Виши привредни суд укинуо пресуду у односу на прва четири туженика пошто њима не може користити приговор застарелости који је уложио петотуженик, па је потребно да утврди чињенично стање и правилно примени материјално право па да се одлучи о тужбеном захтеву према прва четири туженика".

Према томе, приговор застарелости може користити осталим супарничарима само када се ради о јединственим супарничарима.

(Одлука Вишег привредног суда Србије, Пж. 5643/89 од 20. фебруара 1990)

Почетак рачунања рока застарелости код враћања амбалаже

Првостепени суд је усвојио делимично захтев за враћање амбалаже јер је нашао да није наступила застарелост.

Туженик побија пресуду у овом делу истичући да је првостепени суд погрешио када је нашао да захтев тужиоца за повраћај спорне амбалаже није застарео а није утврдио шта је са раније враћеном амбалажом јер се ради о дужем временском пословању између странака.

Виши привредни суд је уважио жалбу, пресуду у спорном делу укинуо а предмет вратио на поновни поступак.

Из образложења:

„У поступку је утврђено да су странке биле у дужем пословном односу и да је тужилац све до 20. октобра 1983. године испоручивао туженом своје производе (пиво) а да тужени није вратио тужиоцу амбалажу која је предмет овог спора.

Првостепени суд је утврдио да спорна амбалажа потиче из пословања странака од 20. октобра 1983. године и да није наступила застарелост јер је тужба поднета у року од три године.

Међутим, суд је донео одлуку на основу непотпуно утврђеног чињеничног стања. Суд није утврдио, пошто се ради о дужем временском пословном односу, па је требало утврдити да ли је туженик враћао амбалажу сукцесивно, односно да ли је вршено враћање амбалаже из претходних испорука а затим из каснијих, па да оцени да ли је захтев за повраћај амбалаже и за коју количину застарео или не.

Зато је пресуда укинута да се утврди шта је с амбалажом из претходних испорука пива па да се оцени застарелост за враћање амбалаже".

Према томе, када се ради о дужем временском пословању странака и сукцесивној испоруци робе и враћању амбалаже, најпре се раздужује враћање амбалаже која је раније примљена, а за остатак невраћене амбалаже се утврђује од када потиче, тј. када је роба примљена па се оцењује приговор застарелости на овако невраћену амбалажу.

(Решење Вишег привредног суда Србије, Пж. 5693/89 од 20. новембра 1989)

Припремио *др Јездимир Митровић*

ОДЛУКЕ СУДА УДРУЖЕНОГ РАДА СРБИЈЕ

Заснивање радног односа са стипендистом

Предлагач — Скупштина општине — Веће удруженог рада је у предлогу за покретање поступка навео да је директор радне организације привремено обуставио извршење одлуке Радничког савета радне организације о пријему у радни однос радника на послове дипломираног електроинжењера. Скупштина општине је разматрала питање обуставе од извршења одлуке Радничког савета, те утврдила да је одлука Радничког савета у супротности са чланом 4. Правилника о радним односима и планом кадрова од 1986—1990. године. Предлагач — Скупштина општине је преложила да суд утврди да је одлука Радничког савета у супротности са чланом 4. Правилника о радним односима и планом кадрова за период од 1986—1990. и ту одлуку поништи. Други учесник, Раднички савет радне организације је оспорио захтев и навео да је Раднички савет приликом доношења одлуке имао у виду уговор који је био закључен између примљеног радника и радне организације о коришћењу кадровског кредита. Према том уговору, радна организација је преузела обавезу да радника прими у радни однос по завршеном школовању.

Основни суд удруженог рада у Титовом Ужицу је одлуком Сд. број 92/88 од 22. новембра 1988. године утврдио да је одлука Радничког савета у супротности са чланом 4. Правилника о радним односима те је исту поништио. Утврдио је да је према средњорочном плану кадрова за период 1986—1990, који је усвојен на референдуму, предвиђено да се прими у радни однос само један дипломирани електроинжењер. Пошто је радна организација у 1987. години већ примила једног електроинжењера, то је у целости извршен и реализован план пријема у радни однос. Стога је Раднички савет поступио супротно плану кадрова када је примио још једног извршиоца на наведеним пословима.

Суд удруженог рада Србије је одлуком Ро. број 136/89 од 11. маја 1989. године преиначио одлуку Основног суда и одбио стављени захтев Већа удруженог рада Скупштине општине. При томе је пошао од чињенице да је између стипендисте и радне организације закључен уговор о радној обавези. Овим уговором се стипендиста обавезао да ће редовно полагати испите и завршити студије, те да ће по завршеном школовању остати на раду у радној организацији најмање онолико времена колико је примао кадровски кредит. С друге стране, радна организација се обавезала да стипендисти по успешно завршеном школовању обезбеди радно место које одговара његовим школским квалификацијама. Доносећи одлуку о заснивању радног односа са стипендистом, радна организација је испоштовала своју обавезу из наведеног уговора. Стога се не може сматрати да је у радној организацији незаконито поступљено јер је планом кадрова за период од 1986—1990.

предвиђена могућност пријема једног дипломираног електроинжењера, а у радној организацији је по огласу примљено друго лице за вршење ових послова. Тачно је да је радна организација дужна да води рачуна о планирању кадрова, али је такође дужна да тај план усагласи са својим уговорним обавезама, односно да узме у обзир прилив кадрова који се обезбеђују на основу оваквих уговора.

(Одлука Основног суда удруженог рада у Титовом Ужицу Сд. број 92/88 од 22. новембра 1988. године и одлука Суда удруженог рада Србије Ро. број 136/89 од 11. маја 1989. године).

Нераспоређени радник органа управе

Радник је у предлогу за покретање поступка навео да је решењем од 30. јуна 1988. године проглашен радником за чијим је радом престала потреба, те је остао нераспоређен у радној заједници, с тим што му радни однос престаје истеком отказног рока. У прилог постављеног захтева је истакао да у радној заједници постоји могућност његовог распоређивања јер постоје упражњени послови и радни задаци који одговарају стручној спреми и радном искуству које поседује.

Основни суд удруженог рада у Београду одлуком Ро. број 1142/88 од 31. марта 1989. године одбио је стављени захтев предлагача. Утврдио је да је од стране Извршног савета Скупштине општине усвојио Одлуку о функцијама и организацији општинских органа управе и стручних служби, на основу које су сви органи управе донели своје Правилнике о систематизацији послова и радних задатака којима су утврђени послови и радни задаци са потребним бројем извршилаца, условима за распоређивање и описом послова. Правилником о систематизацији послова и радних задатака Радне заједнице смањен је број извршилаца на пословима канцеларијског референта за грађевинске и заједничке послове, које је обављао предлагач. Одредбом члана 7. Закона о изменама и допунама Закона о државној управи је предвиђено да уколико је општим актом о организацији и раду и систематизацији послова и задатака дошло до промене у организацији и раду органа, смањења обима послова и задатака или укидања послова, унапређења организације и метода рада, као и модернизације послова, који проузрокују смањење броја радника, радници се распоређују на послове који одговарају њиховој стручној спреми и радном искуству у истом или другом органу исте друштвено-политичке заједнице, ако се о томе споразумеју функционери који руководе органима. Према ставу 3. истог члана предвиђено је да ако радници из става 1. не могу да се распореде престаје им радни однос након истека отказног рока чија дужина зависи од дужине радног стажа.

Суд удруженог рада Србије је одлуком Ро. број 3296/89 од 10. октобра 1989. године одбио жалбу радника и потврдио одлуку Основног суда. При томе је изнео став да је према наведеним одредбама Закона функционер који руководи органом управе овлашћен да утврди да радник за чијим радом престаје потреба остаје нераспоређен и да му радни однос престаје истеком отказног рока. Ничим није доведен у сумњу закључак функционера Радне заједнице да је престала потреба за радом предлагача и да не постоје други послови у истом или другом органу на које би се овај радник могао распоредити. Искључиво је право функционера који руководи органом који ће радник за чијим радом престаје потреба остати нераспоређен. У том смислу, суд удруженог рада није овлашћен да цени целисходност за чијим радом од радника у стручној служби престаје потреба.

(Одлука Основног суда удруженог рада у Београду Ро. број 1142/88 од 31. марта 1989. и одлука Суда удруженог рада Србије Ро. бр. 3296/89 од 10. октобра 1989. године).

Престанак радног односа због недоласка на посао

Радник је у предлогу за покретање поступка навео да је Комисија за радне односе донела одлуку да му престаје радни однос због тога што се није јављао на посао од 1. ро 7. јула и од 21. јула па надаље, а изостанке није оправдао. Истакао је да је одлука незаконита јер је он у том периоду лечен од алкохолизма те није могао бити оглашен одговорним за изостанак са рада. Предложио је да суд побијану одлуку поништи и обавеже Основну организацију да га врати у радни однос.

Основни суд удруженог рада у Чачку одлуком Ро. број 609/88 од 18. априла 1989. године поништио је одлуку Комисије за радне односе, обавезао основну организацију да га врати у радни однос и распореди на одговарајуће послове и радне задатке. Утврдио је на основу налаза вештака — неуропсихијатра да је предлагач лечен на неуропсихијатријском одељењу од епилепсије и алкохолизма, а да је у току 1988. године све време био у физичкој зависности од алкохола и пословно неспособан да схвати и правилно оцењује своје поступке.

Суд удруженог рада Србије је одлуком Ро. број 2496/89 од 24. септембра 1989. године преиначио одлуку Основног суда и одбио захтев радника за поништај одлуке о престанку радног односа радника. При томе је пошао од одредбе члана 167, став 1, тачка 7. Закона о удруженом раду и члана 135, став 5. Правилника о радним односима основне организације, којим је предвиђено да раднику престаје радни однос у основној организацији ако није долазио на посао узастопно седам радних дана, а о разлозима није обавестио своју организацију удруженог рада. Дакле, два су услова за престанак радног односа по овом основу: недолазак на посао узастопно седам радних дана и необавештавање организације о разлозима недоласка. У конкретном случају испуњена су оба услова. Чињеница је да је радник болестан како је то утврдио првостепени суд путем лекара вештака. Али, погрешан је закључак првостепеног суда да није могао обавестити основну организацију о разлозима недоласка на посао. Ово је могао и морао учинити непосредно — лично или посредно преко неког од чланова породичног домаћинства. Ово утолико пре што у времену од 25. јула 1988. године када је престао да долази на посао, па до 13. септембра 1988. године када је од стране лекара утврђена привремена спреченост за рад почев од 14. септембра 1988. године, радник нити је долазио на посао, нити се лечио, нити је основну организацију обавестио о разлозима недоласка на посао. Овако неодговоран однос према себи и основној организацији непоштен је уз уважавање здравственог стања.

(Одлука Основног суда удруженог рада у Чачку, Ро. број 609/88 од 18. априла 1989. године и одлука Суда удруженог рада Србије Ро. број 2496/89 од 24. септембра 1989. године).

Припремила *Радмила Шаркић*

Мр Жика Бујуклић, ПРАВНО УРЕЂЕЊЕ СРЕДЊОВЕКОВНЕ БУДВАНСКЕ КОМУНЕ, Историјски архив Будва и НИО „Универзитетска ријеч" Никшић—Будва, 1988.

Познавање дуге историје Будве, за коју археолошки налази показују да је још у VI веку пре н. е. била емпориј, састајалиште грчких и домаћих трговаца, од значаја је не само за тај приморски град и шире подручје Зетског приморја, већ и за боље разумевање историје далматинских градова и средњовековне Србије. Вероватно најблиставији део будванске прошлости је доба које почиње укључивањем аутономне комуне Будве у државу Стевана Немање и траје и за време обласних господара и деспота Бурђа Бранковића, све до дубоко у млетачки период, у коме се од краја XVI века њен значај и њена аутономија постепено губе. На жалост, и за тај период материјалног и духовног процвата извори сазнања о друштвеним и правним односима у Будви су непотпуни. Највише података пружа њен Статут, донет у време цара Душана, сачуван у неколико италијанских превода и у рукописима из XVII века, чије је поновно издање са преводом на наш језик недавно објављено. Канцеларијске и нотарске књиге, приватне исправе и друга грађа уништене су у време турске најезде и Наполеонових ратова.

Мр Жика Бујуклић је учинио немали подухват тиме што је на основу одредаба Статута и оскудне грађе из других архива реконструисао правно уређење средњовековне Будванске комуне. Књига је резултат вишегодишњих истраживања овог заљубљеника у средњовековну прошлост наших приморских градова и представља пионирски рад који први пут целовито приказује будванско право онога доба, попуњавајући тиме празнину у познавању градова јужног приморја у средњем веку. Аутор је зналачки успео да савлада тешкоће које су проистицале не само из оскудности изворне грађе, већ и због нејасних и противуречних одредаба Статута. Он је то учинио служећи се поређењима са правом у другим приморским градовима, у суседним областима и у средњовековној Србији, уз вођење рачуна о географском положају Будве и улози коју је могла имати у посредничкој трговини тога доба. Поред тога, искористио је доцније изворе из млетачког периода за сагледавање појединих институција не само из тог, већ и из ранијег периода. И најзад, наговештаје неких установа у разним одредбама Статута успешно је повезивао да би добио њихову што целовитију слику. Посебно би требало истаћи да је коришћењем упоредног метода аутор успео да укаже на сличности са правима других приморских комуна, али и на особености будванског права које су последица специфичних услова живота и привређивања на малом простору града и дистрикта. Будванско право приказано је према класичној систематизацији права. У оквиру разматрања својинских односа обрађена су и основна питања статусног права, док је породично право посматрано са гледишта имовинских односа између чланова породице и између брачних другова. После релативно сумарног прегледа наследног права, облигационо право је обрађено са доста појединости: уз општи поглед на облигационе односе приказани су заложно право и јамство, веома детаљно уговор о куповини и продаји, а затим и низ других уговора. Последње две главе посвећене су судском поступку у кривичном праву.

Кроз добро уобличену слику Будванског права јасно се назиру обриси једног живог града, у коме су земљишни поседи, виногради и стока представљали материјалну основицу живота опстанка, а трговина и поморство сретне могућности за остварење одређеног просперитета, могућности које су, из разних разлога, биле неупоредиво боље искоришћене у суседном Котору. Због тога је књига интересантна не само за правне историчаре, већ и за шири круг читалаца. При томе је такође привлачан и веома садржајан предговор у коме је академик Сима Ћирковић са много појединости изложио политичку историју Будве до њеног потпадања под млетачку власт 1442. године. И на крају, вредности књиге доприноси и њена добра опремљеност — поред осталог, у прилозима су дати факсимили неколико значајних докумената с краја XV века.

проф. др Јелена Даниловић

Др Зоран Р. Томић, УПРАВНО ПРАВО (управна контрола управе), II проширено издање, „Савремена администрација", Београд, 1990 (стр. 512)

1. Књигу о чијем објављивању желимо да обавестимо нашу правничку јавност, написао је др Зоран Томић, доцент за предмет Управно право на Правном факултету у Београду. Назив јој је *УПРАВНО ПРАВО, управна контрола управе.* Њено прво издање појавило се 1989. године, а друго, знатно проширено — које је и предмет нашег приказа — почетком текуће године.

Важност правне контроле над вршењем државне власти, особито за друштва која претендују да се назову демократским, готово да и није потребно истицати. Подсетимо само да баш путем управне делатности органи јавне власти свакодневно, извршавајући прописе, ступају у многобројне и различите друштвено-правне односе. Кроз те односе се стварају како јавни (државно-друштвени), тако и разнородни приватни, посебни („ужи") интереси — при чему је, у заједницама заснованим на начелу владавине права, правна норма основно мерило исправности управног рада. Сва је прилика да и недавне (1988—1989. године), као и предстојеће уставне реформе у југословенском друштву теже, поред осталог (ре)афирмацији правне државе, тиме и државно-управних инструмената заштите јавног поретка, односно објективне законитости, а нарочито обезбеђењу и оживотворењу права и обавеза појединаца и колективитета. Датом контексту припада и аутоконтрола управе, управна контрола управе.

2. Прво издање књиге *УПРАВНО ПРАВО, управна контрола управе* представља продубљену монографску студију (обима 179 страна) теме на којој је Томић и докторирао 1987. године. Но, ни садржина првог издања није била искључиво ограничена на управну контролу управе, већ су у књизи објашњене и поједине друге правне појаве које су јој сродне или су у блиској вези. Тако је обрађена правна контрола уопште, затим сама управа, као и низ изведених појмова: управни акт, управна радња, „решавање у управним стварима" итд. Прво издање садржавало је и основне „елементе" судске контроле управе у домаћем и упоредном праву, уз њене главне нити са управном контролом управе. Због свега тога, аутор се, по нашем мишљењу, у свом правном прилазу одлучио и за шири наслов — *Управно право,* показујући припадност анализираних института дотичној матичној целини.

3. Друго издање књиге о којој говоримо, већ и својим обимом (512 страна) наговештава озбиљне амбиције доцента Томића ка „покривању" знатно ширег простора управног права. Аутор на почетку и каже да је књига „умногоме проширена и допуњена, а да њена основна структура није битније мењана" (стр. V). Наиме, писац је настојао да обухвати готово све најважније установе управно-правне

гране, разматрајући их, у првом реду, кроз призму управне контроле управе — која је остала, сама за себе, монографски анализирана.

Књига је подељена на три неједнака дела. *Први* (стр. 7—39) посвећен је „основним појмовима": контроли и управи, да би се дошло до њихове синтезе — управне контроле управе. Томић се опредељује за тзв. уже схватање управе као једне од основних функција државне власти. „Управна функција (управни рад) је оперативна активност ауторитативног и непосредног примењивања прописа у појединачним ванспорним ситуацијама, било путем издавања нарочитих појединачних правних аката ('управних аката'), било путем предузимања одређених материјалних радњи ('управних радњи') — и то све или по службеној дужности, или по захтеву појединих правних субјеката" (стр. 33). По нашем мишљењу, кључна одредница цитиране дефиниције је (осим ауторитативности) „ванспорна појединачна ситуација", којој је, према виђењу аутора, принципијелно својствен особени управни рад — за разлику од судског рада, моделски везаног за спорне појединачне ситуације. Доследно свом функционално-садржинском концепту, писац ће формирати радни појам управне контроле управе — у значењу облика правне контроле који се посредством управних овлашћења контролора спроводи над управним радом друге, контролисане стране, како би се обезбедила његова законитост и целисходност (стр. 37). Наведена формула служиће му касније као поуздани ослонац за одвајање управне контроле управе од других контролних процеса у којима, у разноликим модалитетима, такође учествују органи управе.

Други део књиге се бави управном контролом управе у појединим страним, карактеристичним државама (стр. 40—104). Започиње „општим историјским пресеком", да би се затим пажња усредсредила на француско и немачко право. Исто тако, приказане су и совјетске, енглеске и америчке правне солуције у погледу управне контроле управе. Резимирајући своја проучавања, аутор закључује да се у савременом свету класична управна контрола управе налази у својеврсном раскораку. „Она покушава да нађе резултанту између правне сигурности и извесности, и потребе отклањања уочених грешака у своме раду, као и заштите индивидуалних дејстава управних одлука (посебно у вези са стеченим правима странака). У њеном остваривању преплићу се, тако, потребе службе — 'јавна корист и интерес', и захтев за законитим уређивањем и заштитом правних ситуација појединаца и колективитета. Управна контрола управе је стално пред питањем усклађивања ефикасности, брзине спровођења — с једне, и пружања правних гарантија заинтересованима — с друге стране" (стр. 100).

Трећи део књиге готово да и квантитативно и квалитативно представља нови рад у поређењу с истоврсним текстом првог издања. Иако је наслов ове целине *Управна контрола управе у југословенском праву*, доцент Томић нас у њој упознаје безмало са свим респективним „тачкама" управно-правне гране. Први одељак се односи на правно регулисање управне контроле управе у „старој" и „новој" Југославији (стр. 109—127). Други се тиче „управне контроле управе у југословенској правној теорији" (129—146). Трећи одељак (стр. 147—424) заслужује шири осврт. Његова прва глава пружа одговоре на две групе питања: (1) општих политичких и правних оквира управне контроле управе у Југославији; (2) разграничења поменуте контроле од неких сродних контролних процеса. У саставу прве групе дата су општа обележја нашег друштвено-политичког система (до новембра 1989), као и основни принципи међусобних односа органа управе при извршавању прописа — у складу са Савезним уставним амандманима из 1989. године и републичким уставним амандманима (на Устав Србије) из 1989. године. Томић је обрадио и најважније теоријске поделе („врсте") органа управе у нашој земљи. Потом следи повлачење демаркационе линије између управне контроле управе, с једне, и „управног надзора" и „контроле унутар органа управе", с друге стране; ту је добрим делом осветљен не само положај органа управе у југословенском систему, већ и њихова унутрашња, организациона структура.

Пишчева класификација облика управне контроле управе са становишта важећег југословенског права почива на две доминантне компоненте управног рада — „управном акту" и „управној радњи", предмету низа међусобно одвојених контролно-правних токова. Излагања о управној контроли управних аката (друга глава трећег одељка у трећем делу књиге) обогаћена су са више анализа и података о самом управном акту: о појму и особинама управног акта, врстама, поступку доношења (према Закону о општем управном поступку, даље: ЗУП); дејствима, извршењу и потенцијалним манама управног акта. Све то чини увод за исцрпно и свестрано сагледавање управне контроле односних аката — и по општем управно-процесном праву (у смислу ЗУП-а) и по специјалним управно-процесним прописима (са становишта посебних управних области — друштвеног књиговодства, опорезивања грађана, итд.). Сличан принцип је примењен и у тексту о управној контроли управних радњи.

У четвртом одељку трећег дела књиге изучавана су процесна и садржинска прожимања управне контроле и судске контроле управе у југословенском праву. Писац је претходно уложио напор да нам концизно изложи основна, а на многим местима и теоријски изнијансирана, често и полемичким тоном, знања о правним режимима судске контроле управе у нашој земљи. Код тога је акценат стављен на управни спор, главни пут судске заштите од незаконитог управног рада.

Пети одељак завршног дела ове књиге има превасходно теоријски карактер. Бави се откривањем правне природе управне контроле управе и њеног места у систему Науке југословеноког управног права. Ауторов став је да је управна контрола управе фаза „јединственог тока одвијања управне функције", унутрашња корекција управног деловања „у самоме њеноме ходу" — први заштитни механизам и гаранција правилности управног рада. Она је на крају редовног обављања управне делатности, а, истовремено, чини и „почетак провере њене исправности (док дефинитивну и завршну контролу врше судови)" (стр. 491). Што се тиче системског места управне контроле управе, Томић стоји на становишту о њеној „двострукој локацији" у Науци управног права: у контексту учења о редовном стадијуму управног деловања — у погледу жалбене управне контроле, али и ван тих граница — у погледу ванжалбене, ванредне управне контроле (паралелно са судском контролом управе (стр. 498).

Најзад, аутор није пропустио прилику да понуди и сопствену „скицу система Науке југословенског управног права", састављеног од три сукцесивна подручја: I — *Теоријска полазишта управног права;* II — *Главни субјекти и основна садржина управног рада;* III — *Ток и провера правилности управног рада.*

Књига се завршава „закључном речи", својеврсном комбинацијом закључка и резимеа, што би — у нешто скраћеној верзији — било корисно приложити и на једном од главних светских језика. Постоји и обимна библиографија одговарајућих релевантних радова. Међутим, недостаје стварни регистар коришћених појмова, који би ову опсежну књигу несумњиво учинио прегледнијом и приступачнијом.

Код утврђивања карактера књиге о којој пишемо, ваља констатовати да она у свом трећем делу има у великој мери и уџбенички супстрат. Јер, писац је успео да на оригиналан начин презентира огромну грађу и, једновремено, потанко протумачи суштинске управно-правне норме и њима уређене друштвене односе у југословенским приликама (понегде и шире) — не избегавајући, при томе, да се изјасни о многим „отвореним проблемима" које је на том путу сусретао. Аутор је, такође, показао драгоцен смисао за смењивање аналитичког и синтетичког приступа, употребљавајући, поред правног, нарочито историјски и упоредни метод. Он је вешто укомпоновао замашну законодавну регулативу са широком палетом теоријских мишљења и одговарајућом управно-судском праксом, стварајући занимљиво и „набијено" штиво намењено различитим профилима читалаца: од научних посленика, преко практичара, до студената. Текст је, иначе, писан јас-

ним језиком и стилом, у врсним традицијама класичне правне школе, са чврсто постављеном и доследно изведеном концепцијом. Богатство документације и ауторова аргументована критичност дају књизи посебан печат.

На крају, није наодмет приметити да су у југословенској Науци управног права последњих година већи систематски радови прилично ретки. То је још један разлог због којег *УПРАВНО ПРАВО, управна контрола управе* доцента др Зорана Томића улази у ред значајнијих књига наше новије јавноправне књижевности.

др Златија Букић-Вељовић,
професор Правног факултета у Београду

ПРЕДСТАВЉАЊЕ КЊИГЕ: „ТЕМЕЉИ МОДЕРНЕ ДЕМОКРАТИЈЕ. Избор декларација и повеља о људским правима. 1215—1989.“, ИРО „Нова књига“, Београд, 1989.

На Правном факултету у Београду, 12. марта 1990, одржан је састанак Општег семинара у сарадњи са издавачем „Нова књига“, који је посвећен представљању хвале вредног подухвата под насловом „Темељи модерне демократије. Избор декларација и повеља о људским правима. 1215—1989“.

Књига „Темељи модерне демократије“ појављује се у време појачаног интереса за људска права у нашој земљи и у свету, па је њено појављивање посебно значајно јер је замишљена као допринос бољем разумевању појмова демократије и људских слобода и права. Значај ове књиге је још већи у ситуацијама у којима се различитим тумачењима одузима право значење овим појмовима које они већ више векова неоспорно имају. У њеној изради је учествовало више еминентних научника, као и врсних знаоца и преводилаца. Избор интегралних текстова докумената дат је и у оригиналу и у преводу, уз пратеће текстове — студије, и креће се у распону од старогрчке баштине све до Закључних докумената Бечког састанка из 1986. и 1989.

На састанку Општег семинара о књизи су говорили наставници Правног факултета у Београду: професор др Војин Димитријевић, професор др Павле Николић, професор др Сима Аврамовић и асистент мр Олга Поповић.

Састанак је отворио управник Општег семинара, професор др Стеван Врачар, који је том приликом изразио задовољство због објављивања овако значајне књиге и њене промоције на Правном факултету. У њој је, према његовим речима, забележено једно од најважнијих подручја политичке и правне активности, изражено у документима епохалног значаја када су се појавили. Међутим, њихов значај траје у несмањеној мери и данас, у времену ренесансе демократског мишљења и деловања. Због тога није тешко данас извући и допунска значења ових докумената. То је утолико пре случај уколико демократија у протеклим деценијама на овим просторима није имала велики „кредит“, изузев у Србији у којој је било значајних остварења на овом плану. Исто тако, професор Врачар је указао са задовољством на лепу сарадњу која се овим издавачким подухватом наставља са издавачем „Новом књигом“ из Београда.

О књизи „Темељи модерне демократије“ први је говорио професор Војин Димитријевић. Том приликом, професор Димитријевић је истакао да је књига настала првенствено захваљујући ентузијазму и напорима њеног приређивача Душана Мрђеновића, са задовољством примећујући да су за тај подухват ангажовани наставници Правног факултета. Изражавајући уверење да књига представља први корак у правцу стварања нових књига које ће бити интересантне и корисне као што је то случај са овом књигом, професор Димитријевић је истакао да захваљујући документима у књизи није тешко пратити развој идеја о демократији и људским слободама и правима. Према њему, демократија и људске слободе и права подразумевају једно друго и међусобно се условљавају. Демократија је подлога за постојање људских слобода и права, али је људске слободе и права условљавају.

Људска права треба у демократији да ограничавају тиранију већине, па их у првом реду треба схватити као средство за заштиту појединца од мешања државе и као средство за заштиту мањине од дискриминације већине. Људска права, другим речима, представљају саму суштину устава и границу демократске власти, што се из избора докумената у књизи може и приметити.

Ако једној књизи треба дати овакав назив: „Темељи модерне демократије", онда је то управо ова књига — зборник докумената, истакао је професор Павле Николић, јер се ради о „актима цивилизације". Документи приказани у књизи због тога нису историјски споменик доба у коме су настали из захтева за успостављањем демократије, већ су мерило за вредновање достигнућа данашњег друштва и подстицај да се уклоне тиранија и геноцид широм света. Сви ти документи, а посебно документи из времена америчке и француске револуције („Америчка декларација о независности", „Француска декларација о слободама и правима човека", "Bill of Rights" итд), поставили су темеље модерној демократији увођењем институција и принципа који означавају коначан раскид са политичком и правном прошлошћу. Подлогу таквим променама представљају учења духовних претеча и заговорника новог грађанског друштва (Русао, Лока, Монтесјеа), који су своје настављаче припремили за стварање истински нових докумената. Истичући у први план визију хуманизираног демократског уређења и правну државу као ново друштвено гесло, професор Николић је ове документе означио као почетак једне нове ере у развоју друштва.

На питање докле сежу темељи демократије, одговорио је професор Сима Аврамовић. Према професору Аврамовићу, сигурно је да се и пре Magna carta libertatum може трагати за темељима демократије, све до античке Грчке и њених достигнућа и духовних узлета. То драгоцено античко духовно наслеђе створило је и трајно утиснуло идеју о владавини права. Захваљујући томе, идеја о владавини закона поново је снажно заблистала у Magna carti, која је, према професору Аврамовићу, педесет пута потврђивана и сада „живи" свој трећи „живот" (њен чл. 12. данас је део историјског устава Енглеске). У њој се први пут сусреће техничко-правно решење за ius resistendi (due process of law). Ово и друга решења прихватају и доградују потоњи документи, као на пример: "Petitio of Right", "Habeas Corpus Act" или "Bill of Right", у којима није тешко запазити снажан утицај идеја о владавини права садржаних у Magna carti. Међутим, идеја о владавини права није страна ни непозната у средњовековној Србији у XIV веку, нити у устаничкој Србији с почетка XIX века, о чему поуздано сведоче оновремени правни документи. У том смислу, античко наслеђе показује и доказује да сви каснији документи нису историјске епизоде, него да су делови једне повезане и закономерне целине.

О „Декларацији о слободама и правима човека и грађанина" и о њеном универзалном карактеру говорила је асистент Олга Поповић. Према њеним речима, Декларација је и документ француске револуције из њене прве фазе и израз жеља њених твораца да свету објаве универзална права. У том смислу, она је истовремено израз времена у коме је створена и универзални документ који је у XIX и XX веку добио снагу катехизиса свуда где је требало подстакнути и развити демократске процесе. У Декларацији се установљавају нови друштвени принципи и на тим основама гарантују личне слободе и грађанска права, лична безбедност и право својине и сва прокламована права везују за начела слободе, једнакости и законитости. На тај начин су створени услови за формирање демократске грађанске правне државе. Међутим, ни у Декларацији није до краја одређена садржина принципа народне суверености нити принципа поделе власти. Напротив, у деловима у којима се прокламују већ остварени револуционарни циљеви, као што су укидање привилегија и сталешке неједнакости, Декларација је јасна. Због тога можда и није тешко одгонетнути зашто је слобода удруживања у Француској утврђена тек 1901. То, међутим,

никако не умањује историјски и универзални значај овог изузетно важног политичко-правног документа.

После краћег разговора који је уследио након уводних излагања, професор Врачар се захвалио на сарадњи наставницима који су приказали књигу „Темељи модерне демократије", њеном приређивачу, Душану Мрђеновићу на драгоценом послу који је успешно обавио, као и свима који су учествовали у представљању ове књиге. На тај начин је завршен још један састанак Општег семинара Правног факултета у Београду.

др Драган Митровић

ОТВОРЕНИ САСТАНАК КАТЕДРЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО И МЕЂУНАРОДНЕ ОДНОСЕ НА ТЕМУ РЕПАРАЦИЈЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ

У оквиру редовних активности Катедре за међународно право и међународне односе 27. фебруара 1990. године одржан је на Правном факултету у Београду отворени састанак Катедре на тему *Репарације Југославије.*

Овом скупу присуствовали су, а и учествовали у разговору, еминентни стручњаци и практичари из ове области, адвокати, докторанти, прдставници заробљеника и ратних интернираца као и друга заинтересована лица (присутно је било око 300 особа).

Уводне напомене дао је проф. др Стеван Борђевић чије је излагање било усмерено на пет група питања везаних за ову изузетно теоријски интересантну, а за нашу земљу тренутно веома актуелну тему. Та питања су била:

1. Да ли је износ ратне штете поднет репаративној комисији 1945—46. године дефинитиван, односно да ли постоје могућности да се та цифра коригује навише или наниже? Шта је до сада добијено у виду репарација и како је то расподељено?

2. Какво је значење тзв. Брионске формуле и како је располагано једном милијардом марака добијених на име Уговора о одобравању помоћи у капиталу закљученим 1972. и 1974. са СР Немачком?

3. Какве су могућности Социјалистичке Федеративне Републике Југославије за покретање питања репарације одмах и шта нас очекује у вези са закључењем Уговора о миру са Немачком?

4. Каква су права оштећених физичких и правних лица у вези са наплатом репарација (упознавање са немачким законодавством, исплата репарација савезничким државама, проблеми у вези с обештећењем с оним државама с којима су ова питања решена — Бугарска, Италија, Мађарска и с онима са којима ће решавање следити и др.)?

5. Које све кораке, правне и друге природе, треба одмах предузети (доношење законских и подзаконских прописа, стручни састанци и др.).

Након излагања проф. Борђевића развила се веома опсежна дискусија (састанак је трајао скоро 3 часа). Изношена су различита како теоријска тако и практична мишљења о овој проблематици. Истакли бисмо веома интересантно теоријско образложење др Нине Вајић, доцента Правног факултета у Загребу, која се посебно осврнула на питања преамбуле Уговора о одобравању помоћи у капиталу са СР Немачком и његовог упоређења са Уговором који је Југославија потписала с Италијом у којем су ова питања дефинитивно решена.

Опште уверење је да је овај скуп покренуо низ питања како из доктрине, тако и из праксе репарација Југославије, те да је ова проблематика била дуго година запостављана нарочито од стране надлежних органа. У садашњим новоствореним међународним околностима ова питања постају све актуелнија те се треба свестрано заложити да се што пре реше на најисправнији могући начин.

мр Милан Пауновић

СВЕТИСЛАВ БОЖОВИЋ — ЂАБА (1899—1990)

Поводом смрти дугогодишњег члана наставничког колектива Правног факултета у Београду, на комеморацији одржаној 21. маја 1990. године говорили су проф. Радомир Лукић и проф. Стеван Врачар.

Реч академика Радомира Лукића

Светислав Божовић, популарни Ђаба, чијој се успомени данас окупљамо, асистент Правног факултета је постао 1952, а пензионисан је 1965. Рођен је 1899, а умро 1990. Био је деценијама многим генерацијама студената права и пре и после рата неуморан пријатељ, саветник, покретач на рад и заштитник. Може се слободно рећи да Правни факултет у својој дугој новијој историји од првог светског рата наовамо није имао таквог човека какав је био Ђаба. Човек изузетне обдарености, широке свестране културе, одличан познавалац права, без икаквих личних амбиција, одан свом послу, човек који је волео људе и радовао се туђем успеху, пун разумевања не само за људске врлине него и мане и грехове, потпуно одан развијању духа младих људи, који је живео да би помагао другима, лишен сопствене породице коју је заменио многобројним младим људима које је узгајао за научни рад и за хуманизам као да су му рођена деца, Ђаба је изузетно много допринео да се створе бројни добри стручњаци, а нарочито научни радници у области права. Он није мислио конвенционално, гледао је на право с висине опште културе и из ширине и дубине његових веза с основним питањима човека и друштва. Био је оригиналан мислилац, с необичним и изненађујућим асоцијацијама које су одједном бацале нову светлост на најсложенија питања права, посебно теорије и филозофије права. Његова мисао је била разуђена, недогматска, богата и свестрана и откривала често противречне видове права, никад укалупљена у сувише строге закључке, пре савитљива и интуитивна него строго рационална, али управо услед тога и богата подстицајима и сугестивна, подобна да покрене стваралаштво оних којима је упућена. Страсно одан свом послу истовремено оца и бабице идеја, Ђаба је истовремено стрпљиво и страсно не водећи рачуна о времену, с младим обдареним људима претресао питања са свих страна и продубљено препуштајући њима да беру плодове који су заметнути и његовим духом уживајући у својој аутономности и несебичности. Својим необјашњивим даром интуиције и сугестије будио је стваралачки дух младих људи и допринео стварању бројних и знатних достигнућа наше правне науке. Уздижући духовно младе људе, Ђаба је улазио и у њихове животне проблеме и помагао да се реше, а кад је требало бринуо и о помагању сиромашних студената, као и у одбрани пред рат политички прогоњених истакнутих левичара међу њима. Ђаба није питао за идеологију него је тражио таленте и помагао им да се развију самостално. Као маѓионичар, он је из масе студената вадио таленте и развијао их до зрелости. Био је подједнако користан и неопходан и студентима и наставницима.

Правни факултет пре рата није имао своју зграду него је располагао само с неколико слушаоница и соба у ондашњој новој згради Универзитета у којој је сад Филолошки факултет. Наставници су имали на располагању само једну већу собу са столом за седнице у којем је сваки од њих тридесеторице (законом ограничен број) имао само по једну фиоку за све своје потребе. У таквим условима додира са студентима био је готово немогућ. Поред тога, факултет је располагао још једном малом једноспратном зградом на Топличином венцу бр. 19, где је у подруму била библиотека, у приземљу њене радне просторије, а на спрату неколико соба, где су имали своје кабинете Слободан Јовановић, Драгољуб Аранђеловић, Реља Поповић, Живојин Перић и можда још ко од старих истакнутих професора. Поред тога је факултет имао и неколико соба на Топличином венцу 21, где је био Институт за криминалистику Томе Живановића. И управо су ту били срце и душа факултета, у његовој библиотеци, где је петнаестак година до рата суверено владао Ћаба. Он је хитро доносио књиге наставницима и студентима, водио дуге расправе о свим питањима која су покретали истакнути студенти уз учешће и наставника који су ту свраћали. Била је то својеврсна висока постфакултетска академија права, у коју се сливало све што је савремена наука доносила новог и дуго до често у ноћ она је светлела као кула светиња науке. Ту су рођене многе докторске дисертације, књиге и расправе, ту су праћена ондашња четири месечна правна часописа који су излазили у Београду („Архив за правне и друштвене науке", „Правосуђе", „Бранич", „Правна мисао"). Била је права свечаност учествовати у тој кошници знања и идеја. Биле су то златне године Ћабине, којих се с радошћу и тугом сећамо сви који смо тамо долазили.

Прелазак у нову зграду уочи рата још је допринео развоју овог рада, сада у повољнијим условима, мада се већ осећала опасност трагедије новог рата. Рат је све окренуо тумбе, многи професори су нестали идући путем који им је одредила судбина било у пензију било у смрт или у иностранство, или у друге службе. Факултет је тешко налазио свој пут у новим условима. Ћаба се ипак у знатној мери прилагодио тим условима и у границама могућности наставио свој рад све до свог пензионисања, а и после тога још дуго је одржавао везе с Факултетом доприносећи и даље уздизању младих људи, међу којима и већем броју који су каснији наставници Факултета. Тиме је допринео да се поступно превазиђу догматизам, ускогрудост и строгост погледа на право који је био званично устоличен и оштро наметан и брањен.

Сећајући се рада изузетног човека и пријатеља Светислава Божовића, нашег драгог Ћабе, ми, бројни његови дужници како за помоћ у раду тако и за изузетно пријатељство и човечност, знамо да је његов дух уграђен у многа дела која је помагао да напишемо, па ће тако надживети и нас и остати трајно у нашој науци и историји нашег Факултета. Зато нека је вечна хвала и слава нашем драгом Светиславу Божовићу-Ћаби.

Реч професора Стевана Врачара

Уобичајено и само по себи тужно обавештење да је недавно преминуо, у сразмерно позним годинама, Светислав Божовић, бивши члан наставничког колектива Правног факултета у Београду, вероватно обележава само делимично обзнањење оног распростртог гласа у много ширем кругу његових познаника — да је из њихове средине заувек нестао Ћаба. Знан неупоредиво више и боље по овом у нашој средини необичном надимку, но по свом имену и презимену — ова изузетна личност, својом смрћу побуђује и изузетна сећања и изузетна осећања. Не само у четрдесетак генерација студената Правног факултета, него и у најширем кругу београдске интелигенције — у овом кругу чак много више и дубље — уткано је особено присуство

и дело ове личности. А наставнички колектив нашег Факултета, почев од времена између два светска рата па све донедавно, имао је несхваћену повластицу да у свом окриљу омогућава и најнепосредније користи несагледиве доприносе и непроцењиве вредности изузетног рада једне по свему изузетне личности.

Та изузетност, никад превише наглашена и увек недовољно схваћена, претворена је, у ствари, у истинску и беспримерну јединственост. У свему и по свему што испуњава радни век човека и свеколико његово јавно делање у средини којој је припадао. Понајмање због конвенције која налаже овај тренутак комеморативни, а понајвише због трајне потребе да саберемо своја дуговања — покушајмо да сагледамо и размере и домете тога делања. И с најплеменитијим побудама и с највећим напорима иду и бојазни да нисмо у стању да тако нешто учинимо. Не можемо се ослањати ни на каква устаљена и просечна мерила о значају и вредности тога делања. Тако нешто је неприкладно и непримењиво.

Светислав Божовић-Ћаба је постао и остао јединствен повезилац разних подручја културно-духовног стваралаштва у свеколикој београдској средини. Са започетом средњом школом, он се нашао — после албанске голготе српског народа у првом светском рату, на школовању у Француској и ту утемељио своје образовање. С изврсним познавањем више страних језика, с изванредно широким пољем интересовања за науку и културу уопште, он је у периоду између два светска рата био асистент и сарадник корифеја науке и једног од највећих професора Правног факултета у Београду Слободана Јовановића, а касније и неколико других наших најистакнутијих научника и професора. Али, никада се није ограничавао и везао само за једну ужу стручну област или научну дисциплину. Све што се неговало као наука и педагошки рад на Факултету подједнако је привлачило његову пажњу. И не само то: ништа мање интересовања и упућености је показивао за све области уметности (проза и поезија, сликарство, музика итд.), па и за све остале науке (све друштвене науке, па чак и све природне науке). За њега као да нису постојале ни поједине струке, ни уске дисциплинарне поделе, ни специјализоване колотечине. Подједнако је пратио и почетничке стваралачке подухвате студената на свим тим подручјима, као и врхунских стваралаца-академика. Зато је имао огроман број познаника у кругу стваралачке интелигенције. Ниједно значајније остварење или догађај у културно-научном животу нису му промакли деценијама. Радознао за све што се тиче стваралаштва, он је на свој начин повезивао најразличитија подручја, био нека врста „гласоноше“ најплеменитијег кова. Колико је сам имао радозналости, толико су га радо сви стваоци слушали.

Светислав Божовић-Ћаба је био јединствен практичан негатор свих организацијских и институционалних форми културно-научног стваралаштва. У времену када су организације и институције представљале све, нарочито у деценијама после другог светског рата, баш он је непосредно и на делу показивао колико су све те форме немоћне и недовољне, како истинско стваралаштво превазилази све вештачке оквире. Тамо и тада где и када је неупоредиво важније и плодоносније било подстицање, охрабрење, макар и само интересовање некога за некакве стваралачке подухвате — тамо се увек и изненада појављивао Ћаба — да својим „ванинституционалним стилом“, својом „радикалном неконвенционалношћу“ учини и више и боље но икакви гломазни механизми.

Светислав Божовић-Ћаба је био деценијама јединствени „самопроизведени“ критичар најразноврснијих достигнућа у културно-научном стваралаштву. Као таквог су га прихватали и „признавали“ сви односни ствараоци. У времену у коме је све остављало утисак савршене рационалности (што је, наравно, била чиста идеолошка заблуда и пуки привид), управо он је и боље и више но ико други показивао све оне невидљиве и дубинске слојеве ирационалности у свим стварима, а нарочито уметничким и научним делима. Сви прави ствараоци најбоље знају какве су авантуре неизбежне у сваком подухвату, колико има

несавладиве ирационалности, какве све муке и дилеме намеће сваки стваралачки чин. У контактима с Ћабом, његовом реаговању, неретко и несхватљивом али увек корисном — они су могли лакше препознавати, осећати и досегнути оне сфере ирационалности. И када је било афирмисања и када је било порицања вредности неког дела — све је то било драгоцено и поучно.

Своје прегалаштво у тим главним правцима, Светислав Божовић-Ћаба је уздигао на раван једне заиста јединствене мисије у београдској културно-научној средини, а нарочито на нашем Факултету. Чинио је то деценијама и начином који је могао само изазивати највише поштовање. И сваком његовом познанику и читавој средини је увек било кристално јасно да све што чини — чини и без помисли на сопствену каријеру, на било какве материјалне добити или на било какву друштвену промоцију. Показивао је своју јединственост са задивљујућим пожртвовањем, трајно и доследно.

У томе су величина и значај делања једног таквог прегаоца. То делање остаје у трајном сећању изузетно широког круга његових познаника.

И зато ћемо своје жаљење и своју тугу слити и у последње речи: СЛАВА СВЕТИСЛАВУ БОЖОВИЋУ-ЋАБИ.

АПФ, година XXXVIII, Београд, бр. 3, мај-јуни 1990, стр. 245—406
UDK—34/35 YU—ISSN 0003—2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

страна

др Љубиша Лазаревић, Потребе и могућности даље изградње Југословенског кривичног законодавства, (изворни научни рад) — — — — — — — — — — 245—265

др Алајдин Алишани, Кривица — услов за раскид уговора због неизвршења, (изворни научни рад) — — 266—290

др Момир Милојевић, Надлежност држава и људска права, (изворни научни рад) — — — — — — 291—307

др Милутин Буричић, Још један прилог проучавању казне у албанском обичајном праву, (изворни научни рад) — — — — — — — — — — — — — 308—314

др Мохсен Калил, Развитак и природа уставних поредака у Египту (прегледни чланак) — — — — — — 315—326

др Мирко Живковић, Поверавање деце на чување и васпитање после развода брака и принцип једнакости родитеља, (прегледни чланак) — — — — — — — 327—333

др Радмила Васић, Судска или обичајна природа Common Law-a, (прегледни чланак) — — — — — — 334—342

мр Бранко Лубарда, Демократија: истине и илузије — идеје и институције, (прегледни чланак) — — — 343—357

ПРИЛОЗИ

мр *Љубиша Станојевић*, Обука научних и стручних кадрова за online претраживање база правних и других релираних података на систему банке података "Dialog" — — — — — — — — — — — — 358—360

КОМЕНТАР СУДСКИХ ОДЛУКА

др Боривоје Шундерић, Рад брачног друга у истој организацији као мерило за остваривање права на стан 361—367

др Мирко Живковић, Бракоразводни спорови југословенских и страних држављана — — — — — — 368—373

СУДСКА ХРОНИКА

Одлуке Уставног суда Југославије — *Борђе Бурковић* 374—378

Одлуке Уставног суда Србије — *Томислав Вељковић* — 379—384

Одлуке Вишег привредног суда Србије — *др Јездимир Митровић* — — — — — — — — — — — 384—386

Одлуке Суда удруженог рада Србије — *Радмила Шаркић* 386—388

ПРИКАЗИ

мр Жика Бујуклић, Правно уређење средњовековне Будванске комуне. Историјски Архив Будва и НИО „Универзитетска ријеч" Никшић — Будва, 1988. — *др Јелена Даниловић* — — — — — — — — 389—390

др Зоран Томић, Управно право (управна контрола управе) II проширено издање — *др Златија Букић-Вељовић* — — — — — — — — — — — — 390—393

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА

Представљање књиге: „Темељи модерне демократије. Избор декларација и повеља о људским правима. 1215—1989". ИРО „Нова књига", Београд 1989. — *др Драган Митровић* — — — — — — — — — 394—396

Отворени састанак Катедре за међународно право и међународне односе на тему репарације Југославије. — *мр Милан Пауновић* — — — — — — — — 396—397

IN MEMORIAM

Светислав Божовић-Ћаба — *Р. Лукић, С. Врачар* — — 397—400

The Annals of the Faculty of law in Belgrade

APS Year XXXVIII Belgrade, Nr. 3, May—June, 1990, p. 245—406
UDK—34/35 YU—ISSN 0003—2565

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

side

Dr. Ljubiša Lazarević, Needs and Possibilities of further Development of Yugoslav Criminal Legislation (original study) — — — — — — — — — — — — 245—265

Dr. Alajdin Ališani, Fault as a Prerequisite of Rescission of Contract (original study) — — — — — — — — 266—290

Dr. Momir Milojević, Jurisdiction of States and Human Rights (original study) — — — — — — — — 291—307

Dr. Milutin Đuričić, One Penalty in Albanian Customary Law (original study) — — — — — — — — — 308—314

Dr. Mohsen Khalil, Development and Nature of Constitutional Orders in Egipt (review article) — — — 315—326

Dr. Mirko Živković, Committing Children to Care and Upbringing after Divorce and the Principle of Equality of Parents (review article) — — — — — — 327—333

Dr. Radmila Vasić, Common Law — Case or Customary Law? (review article) — — — — — — — — 334—342

Mr. Branko Lubarda, Democracy: Truths and Illusions — Ideas and Institutions (review article) — — — — 343—357

CONTRIBUTIONS

Mr. Ljubiša Stanojević, Training of Scientific and Professional Personel for on-line search of bases of legal and other related data with the "Dialog" System of Data Bank — — — — — — — — — — — — 358—360

CASE LAW COMMENTARY

Dr. Borivoje Šunderić, Work of the Spouse in the Same Organization as a Criterion for Realizing the Right to an Apartment — — — — — — — — — — — 361—367

Dr. Mirko Živković, Divorce Disputes between Yugoslav and Foreign Nationals — — — — — — — — 368—373

COURT CRONICLE

Decisions of the Constitutional Court of Yugoslavia — *Đorđe Đurković* — — — — — — — — — — 374—378

Decisions of the Constitutional Court of Serbia — *Tomislav Veljković* — — — — — — — — — — — 379—384

Decisions of the Superior Economic Court of Serbia — *dr. Jezdimir Mitrović* — — — — — — — — — 384—386

Decisions of the Court of Associated Labour of Serbia — *Radmila Šarkić* — — — — — — — — — — 386—388

BOOK REVIEWS

Mr. Žika Bujuklić, Pravno uređenje srednjovekovne Budvanske komune (legal regulation of the medieval Budva Commune). Istorijski arhiv Budva, NIO "Univerzitetska riječ", Nikšić — Budva, 1988 — *dr Jelena Danilović* — — — — — — — — — — — — 389—390

Dr. Zoran Tomić Upravno pravo (upravna kontrola uprave) (administrative law — administrative control of administration), II extended edit. — *dr. Zlatija Đukić-Veljović* — — — — — — — — — — — — 390—393

FACULTY CHRONICLE

Book promotion: Temelji moderne demokratije. Izbor deklaracija i povelja o ljudskim pravima. 1215—1989. (foundations of modern democracy — declarations and charters on human rights — 1215—1989). IRO Nova knjiga, Belgrade 1989 — *dr. Dragan Mitrović* — — 394—396

Conference of the Chair of International Law and International Relations on reparations to Yugoslavia — *mr. Milan Paunović* — — — — — — — — — — 396—397

IN MEMORIAM

Svetislav Božović-Ćaba — *R. Lukić, S. Vračar* — — — 397—400

Annales de la Faculté de Droit de Belgrade

APF year XXXVIII Belgrade, Nr. 3, mai—juin, p. 245—406
UDK—34/35 YU—ISSN 0003—2565

TABLE DES MATIÈRES

ARTICLES

page

dr Ljubiša Lazarević, Les besoins et les possibilités de l'édification de la législation pénale yougoslave (travail scientifique original) — — — — — — — — — — 245—265

dr Alajdin Ališani, La culpabilite — la condition pour la rupture du contrat en raison de la non exécution (travail scientifique original) — — — — — — — — — 266—290

dr Momir Milojević, La compétence des Etats et les droits de l'homme (travail scientifique original) — — — — 291—307

dr Milutin Đuričić, Une contribution à l'étude de la peine dans le droit de coutume albanais (travail scientifique original) — — — — — — — — — — — — — 308—314

dr Mohsen Khalil, Le développement et la nature des ordres constitutionnels en Egypte (article de revue) — — 315—326

dr Mirko Živković, La garde et l'éducation des enfants après le divorce et le principe de l'égalité des parents (article de revue) — — — — — — — — — — — 327—333

dr Radmila Vasić, La nature juridique et coutumière du Common Law (article de revue) — — — — — — — 334—342

mr Branko Lubarda, La démocratie: les vérités et les illusions et les institutions (article de revue) — — — 343—357

CONTRIBUTIONS

mr Ljubiša Stanojević, La formation des cadres scientifiques et techniques pour la recherche online des bases des données juridiques et autres reliées au système de banque de connées »Dialogue« — — — — — — 358—360

COMMENTAIRES DES DECISIONS TRIBUNAUX

dr Borivoje Šunderić, Le travail de l'époux ou de l'épouses dans la même organisation comme critère pour la réalisation du droit à l'immeuble — — — — — — 361—367

dr Mirko Živković, Les litiges de divorce des citoyens yougoslaves et étrangers — — — — — — — — 368—373

LA CHRONIQUE DES TRIBUNAUX

Les décisions du Tribunal constitutionnel de la Yougoslavie — *Đorđe Đurković* — — — — — — — — — — 374—378

Les décisions du Tribunal constitutionnel de la Serbie — *Tomislav Veljković* — — — — — — — — — — 379—384

Les décisions du Tribunal économique suprême de Serbie — *dr Jezdimir Mitrović* — — — — — — — — — 384—386

Les décisions du Tribunal du travail associé de la Serbie — *Radmila Šarkić* — — — — — — — — — — — 386—388

LES CRITIQUES DES LIVRES

mr Žika Bujuklić, L'ordre juridique de la commune médiévale de Budva, Archives historiques de Budva et maison de presse "Univerzitetska riječ", Budva, 1988. — *dr Jelena Danilović* — — — — — — — — — — — — 389—390

dr Zoran Tomić, Le droit administratif (le contrôle administratif de l'administration), IIe édition revue, *dr Zlatija Đukić-Veljković* — — — — — — — — — — 390—393

LA CHRONIQUE DE LA FACULTE

La présentation du livre: »Le fondements de la démocratie moderne. Le coix des déclarations et deschartes sur les droits de l'homme 1215—1989.« IRO »Nova knjiga«, Belgrade, 1989, *dr Dragan Mitrović* — — — — — — 394—396

La réunion ouverte de la chaire pour le droit international et pour les relations internationales consacrée au thème de la réparation à la Yougoslavie. — *mr Milan Paunović* — — — — — — — — — — — — — 396—397

IN MEMORIAM

Svetislav Božović-Ćaba — *R. Lukić, S. Vračar* — — — 397—400

Уреднништво „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 5 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, стр. 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 излажења 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, *Порасг и разлози пораста порезног оптерећења*, „Финанције и финанцијско 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 Гзз 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 дати 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 Србије 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 подвући црном или плавом оловком. Сви наслови цитираних радова треба 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 F. J. Brockmeyer, Dotrecht, 1970.

16. Места која се желе истаћи штампају се искључиво курзивом, а не ш п а ц и о н и р а н о (размакнутим словима). Због тога у рукопису ништа не треба куцати размакнутим словима.

17. Поднаслове највишег реда обележавати римским бројевима и куцати великим словима. Уже поднаслове 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. Моле се сарадници да после прекуцавања рукописа пажљиво прочитају текст и отклоне евентуалне дактилографске грешке.

Претплата за часопис „Анали Правног факултета у Београду" у 1990. години за целу годину износи:

1. За правна лица — — — — — — — —	дин.	300.—
2. За појединце — — — — — — — —	„	120.—
2. За студенте (редовне и ванредне) — — —	„	60.—
4. За један примерак — — — — — — —	„	60.—
5. За један примерак за иностранство — —	USA $ 10 (у дин.)	

Претплата за иностранство износи 25 USA $ (плативо у динарима по курсу на дан уплате).

Ове претплатне цене важе за претплатнике који уплате претплату до 30. јуна 1990. године.

Претплату слати на рачун Правног факултета у Београду број 60803-740-030-4356

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