АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

UDK 34/35

YU ISSN 0003—2565

Поводом 150. годишњице Правног факултета у Београду

1-3

БЕОГРАД, 1991.

АПФ, година XXXIX, Београд, бр. 1–3, јануар–јуни 1991, стр. 1–367

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), Ђорђе Тасић (1940–1941) и Јован Ђорђевић (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 Ђорђе Игњатовић, др Гашо Кнежевић (секретар Уређивачког одбора) и Војислав Станимировић.

ИЗДАВАЧКИ САВЕТ

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

ИЗДАВАЧ: Правни факултет у Београду

FOTO—SLOG P.P. „FONT", Zemun, Ugrinovačka 111
Штампа: Завод за графичку технику
Технолошко-металуршког факултета,
Београд, Карнегијева 4

Лектор:
Бранислава Марковић

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

АПФ, година XXXIX, Београд, бр. 1–3, јануар–јуни 1991, стр. 1–367

UDK 34/35 YU—ISSN 0003—2565

др Ратко Марковић,
редовни професор Правног факултета у Београду

ПОВЕСТ ФАКУЛТЕТСКОГ ЧАСОПИСА

У години у којој прославља век и по свога постојања, Правни факултет у Београду бележи још један јубилеј – 85 година факултетског часописа. Први факултетски часопис био је „Архив за правне и друштвене науке", који је као „орган Правног факултета Универзитета Београдског" излазио у три кола. Разлог томе су светски ратови, за време којих „Архив" није излазио. На самом почетку трећег кола, „Архив" 1946. мења издавача – уместо Правног факултета у Београду, његов издавач постаје Удружење (савез) правника Југославије. И данас је „Архив" орган тог Удружења. Док је био орган Правног факултета у Београду, „Архив" је имао следеће главне и одговорне уреднике: Косту Куманудија, Драгољуба Аранђеловића, Чедомиља Митровића, Михаила Илића, Ђорђа Тасића и Јована Ђорђевића.

Пошто је остао без свог часописа, Правни факултет у Београду је, иницијативом групе наставника предвођених проф. Михаилом Константиновићем, покренуо нови часопис – „Анали Правног факултета у Београду". Часопис је најпре излазио тромесечно, а од 1969. двомесечно. Главни и одговорни уредници „Анала" били су: Михаило Константиновић, Милан Бартош, Војислав Бакић, Војислав Симовић и, садашњи, Обрен Станковић.

Кључне речи: *Правни факултет у Београду. – „Архив за правне и друштвене науке". – „Анали Правног факултета у Београду". – Уредник. – Рубрика.*

Рођење Правног факултета у Београду, од којег је прохујао век и још половина века, несумњиво је прворазредна прослава једне националне културе, датум од којег је држава почела за себе да школује најпотребнији кадар уместо да га увози са стране. То је датум од којег је у Србији почело да се ствара право као наука и струка, разуме се с ослонцем на знања која су утврдила и продубила старије културе, са дужом традицијом националне државности.

Век и по од постанка Правног факултета у Београду је, по природи ствари, повод прославе, али управо да би се допринело њеној пуноћи, потребно је указати и на неке „споредне" и „ситније" датуме везане за Правни факултет у Београду, који одавно уживају статус културних и националних институција. Допринос тих институција српској култури и правној науци је такав и толики да се већ распространио привид као да оне постоје одвојено од Правног факултета и имају некакав свој самостални живот. Историја Правног факултета у Београду толико је богата, да је он у стању да крчми од

ње читаве деценије и даје их другима. Ти други су његови органи, оруђа помоћу којих је Правни факултет у Београду век и по вршио своју узвишену мисију.

Међу тим органима, један од најславнијих, који је своју славу већ и независно од факултета прослављао, јесте факултетски часопис. Ове године је и „Архив за правне и друштвене науке", који је Правни факултет у Београду основао далеке 1906. године, слављеник. У њој је он навршио 85 година од свог оснивања. Оно што нису постигли светски ратови, да органе отргну од тела које им удахњује живот, постигла је револуција. После револуције, орган Правног факултета у Београду, „Архив за правне и друштвене науке", отет је од свога оца–оснивача и овенчан научном и стручном славом, која је била неспорна, предат у руке једној организацији која је тек створена – Удружењу (касније савезу удружења) правника Југославије. „Архив" је тако постао орган тог удружења. Догодио се тако парадокс могућ само у револуционарно или непосредно постреволуционарно време. Неко ко за собом има историју и име постао је орган неког ко се тек појавио и за којег никада није сигурно да ће икада направити име.

„Архив" се појавио у време великог политичког и културног препорода у Срба (1903–1914), када је ондашња Краљевина Србија доживела чудесан преображај и када је за кратко време у једној малој држави, затуреној негде у тами Балкана, тог вечног „огњишта рата", у држави коју су стално потресали државни удари, дворске револуције, лични режими, октроисани устави и крваво угушивање побуне опозиције, стасала за оно време напредна парламентарна монархија, која уводи поредак у земљи, организује свој политички живот, подиже привреду, припрема се за рат, шири просвету, унапређује науку. Ослобођене дугогодишњег личног режима силне националне енергије добиле су простор и могућност за рад, што је све водило несумњивој политичкој зрелости, привредном полету и препороду у науци и уметности.

У то време, међу „15 дневних политичких листова, 6 политичких и сатиричних листова који излазе недељно, 15 књижевних и научних часописа и 44 стручна часописа као органа појединих друштава, установа и корпорација", за које Скерлић у свом „Историјском прегледу српске штампе" наводи да су објављивани 1911. године у Београду, налази се, као једна од свега две – три тадашње публикације које излазе и данас, и „Архив за правне и друштвене науке".

Први број „Архива" изашао је из штампе 25. фебруара 1906. Име часописа латинског је порекла, а и онда су се као и данас њиме називали многи стручни часописи у свету. У имену је изражена суштина права као науке и професије. Оно се може разумети и савладати само уз помоћ свих друштвених наука, а нипошто се не може свести на регуле и акте, који су спољни изрази права. На том првом броју „Архива", па све до краја 1945. стајало је да је то „орган Правног факултета Универзитета Београдског". У том првом броју „Архива", архивирали су за историју своје чланке, поред осталих, Никодим Милаш, Гига Гершић, Андра Ђорђевић, Слободан Јовановић, Живојин Перић и Момчило Нинчић, у судској хроници појављује се име Чеде Митровића, а у административној Косте Кумануди ја, док је писац приказа Драгољуб Аранђеловић. Архив је тада излазио месечно (стари професори веле да је сваког 25. у месецу на њиховом радном столу обавезно стајао примерак „Архива"), а његови први главни уредници били су професори Коста Кумануди и Драгољуб Аранђеловић.

Проф. Коста Кумануди (1874–1962), који је докторирао у Паризу и био аутор познатог система административног права, био је и вишегодишњи предратни посланик Уставотворне и Народне скупштине и предратни министар финансија. Проф. Драгољуб Аранђеловић (1873–1950) докторирао је у Роштоку, у Немачкој, а био је писац система процесног права, редактор бројних закона и њихов коментатор. Уз то, писац је и уџбеника породичног, наследног, општег дела облигационог и римског права. Поред оволике радиности на пољу науке, стизао је да се бави и политиком: у Краљевини Србији

био је министар правде, у Краљевини СХС народни посланик и општински одборник, а у Краљевини Југославији, под Уставом од 1931. именован је за сенатора. Писао је много и о разноврсним проблемима, па је зато за живота био називан „српским доктором Тулузом". Уредник „Архива" у 1911. години био је само проф. Кумануди, а од 1912. године заједно са проф. Чедомиљом Митровићем.

У свом првом колу (од 25. фебруара 1906. до 25. маја 1914, када је Правни факултет престао да ради, а „Архив" престао да излази), „Архив" је на својим страницама објављивао чланке из следећих грана права, односно научних дисциплина:историје права; грађанског права и грађанског судског поступка; трговачког, меничног и стечајног права; кривичног права;међународног јавног права; државног права; црквеног права, као и из економских и финансијских наука. У бројевима из првог кола јављају се и такви сарадници као што су: Стојан Новаковић, Михаило Гавриловић, Валтазар Богишић, Андра Ђорђевић, Живојин Перић, Слободан Јовановић, Гига Гершић, Божидар Марковић, Никодим Милаш, Момчило Нинчић, Коста Кумануди, Лазар Марковић, Тома Живановић, Миленко Веснић, Лујо Бакотић и други, од којих су неки и носили „Архив" тих првих неколико година његовог излажења. „Архив је међу својим рубрикама као сталне рубрике имао парламентарну, административну и судску хронику. Хронику парламентарног живота је у то време са много стручности и акрибије водио проф. Слободан Јовановић. У почетку излажења „Архива" постојала је рубрика „Развитак права и правних установа у страним државама", у којој је Милан Марковић „са својом познатом компетенцијом" приказивао „важније новине у страним правним књижевностима и законодавствима".

Да бисмо илустровали где је све „Архив" био читан и где је све вршио своју мисију, пренећемо једну захвалност „Архива" из 1908. године: „Г.Вој. Кимпановић, срески писар из Жагубице, скупио је шест претплатника за наш часопис. Захваљујући г. Кимпановићу на пажњи и труду према нашем часопису, који је у толико значајнији што је Жагубица мало место, ми бисмо желели да се и други на њ угледају".

Од јуна 1914. до августа 1920. године „Архив" због рата није излазио, да би се потом појавило друго коло „Архива". До 1933. године уредник тог кола био је проф. Чедомиљ Митровић. Од 1. јануара 1933. године уредник „Архива" био је проф. Михаило Илић, а од јануара 1940. године проф. Ђорђе Тасић. У току рата „Архив" није излазио.

Проф. Чедомиљ Митровић (1870–1934) био је редовни професор Правног факултета у Београду, четири пута његов декан и једном ректор београдског Универзитета. Докторирао је у Тибингену, а бавио се црквеним правом. Проф. Михаило Илић (1888–1944) докторирао је у Паризу, био је проректор Београдског универзитета, а уредник „Архива" био је седам година. Велики противник фашизма и реакционарних система, искрени републиканац и демократа, проф. Илић био је и суптилан и оштроуман правни писац, посебно у области административног и уопште јавног права. Стрељан је од стране Гестапоа. Проф. Ђорђе Тасић (1892–1943) био је редовни професор Правног факултета у Београду и његов декан последњих година пред рат. Један је од наших најистакнутијих филозофа права, објавио је три већа дела, две збирке расправа и преко двеста чланака, а три своја главна дела оставио је недовршена. Заузимањем његовог ученика и следбеника, проф. Радомира Лукића, недавно је САНУ објавила књигу чланака проф. Тасића. И проф. Тасић стрељан је од стране Гестапоа.

У другом колу „Архива" његови сарадници, поред осталих, били су: Чедомир Марковић, Драгољуб Аранђеловић, Живојин Перић, Слободан Јовановић, Тома Живановић, Данило Ј. Данић, Срећко Цуља, Ђорђе Тасић, Михаило Илић, Федор Тарановски, Драгослав Јовановић, Михаило Чубински, Илија Пржић, Леонид Питамиц, Мирко Косић, Александар Соловјев, Јевгеније Спекторски, Лазо М. Костић, Јурај Андраши, Иво Крбек, Марко Костренчић, Михаило Константиновић, Милан Бартош, Фердо Чулиновић,

Јован Стефановић, Јован Ђорђевић, Борислав Благојевић. У парламентарној хроници сарађивали су Слободан Јовановић, Михаило Илић, Ђорђе Тасић, Данило Ј. Данић и Лазо М. Костић.

Колику је бригу „Архив" водио о својим рубрикама илустроваћемо и овим податком. У рубрици „Прикази књига", која је данас најкритичнија за многе наше часописе, само за 1937. годину на страницама „Архива" приказане су четрдесет четири књиге. А ево и имена аутора тих приказа: Живојин Перић, Јован Ђорђевић, Драгољуб Аранђеловић, Милан Бартош, Ђорђе Тасић, Илија Пржић, Љуба Радовановић, Божа В. Марковић, Владимир Симић, Јевгеније Спекторски, Мехмед Беговић, Борислав Благојевић, Љубомир Дуканац, Милан Владисављевић и Бранислав Недељковић.

Године 1940. „Архив" је имао ове рубрике: Социологија; Филозофија права и општа теорија права; Грађанско право и поступак; Кривично право и поступак; Државно, уставно и административно право; Међународно јавно право; Црквено право; Трговачко, менично и стечајно право; Економске и финансијске науке; Историја Срба у XIX веку; Сталешки проблеми; Преглед новијег законодавства; Економско–финансијска хроника; Међународно–правна хроника; Страни правни живот; Административна хроника; Судска хроника; Књижевни преглед; Оцене и прикази; Белешке.

До 1931. године, када се навршило двадесет и пет година постојања „Архива" (са наведеним прекидом за време рата), објављено је 38 књига „Архива" у 216 свезака, што чини око 1200 штампаних табака или близу 20.000 страна. Напоминьемо да је и у свом другом колу „Архив" излазио месечно.

Први број трећег кола „Архива" изашао је 1945. „Архив" тада издају наставници Правног факултета у Београду, а уређује га уређивачки одбор у саставу: Бранислав Недељковић, Никола Стјепановић, Љубомир Дуканац и Борислав Благојевић (ниједан није више међу живима). Одговорни уредник био је предратни члан уређивачког одбора, проф. Јован Ђорђевић. Секретар редакције постао је проф. Радомир Лукић, који је и пре рата вршио исту функцију. Те и следеће године „Архив" је излазио месечно, да би од 1947. почео да излази тромесечно, који темпо излажења има и данас.

У уводнику за први број трећаг кола „Архива" каже се: „Архив је у старој Југославији, то му служи на част и оправдава његово настајање, имао према држави један критичарски, негативан став. Тако је он указивао на противуставне и противзаконите поступке и акте властодржаца старе Југославије. Он је доказивао противуставност злогласне, Обзнане и оспоравао правни и законити карактер новим законодавним и административним мерама ранијег поретка".

Одмах по изласку првих бројева трећег послератног кола, „Архив" је постао веома читан часопис. Тако у броју 6–7–8 за 1945. годину стоји обавештење: „Кроз месец дана, на захтев многобројних читалаца, изићи ће поново бр. 1–2 „Архива".

Године 1946. издавачи „Архива" престали су бити наставници Правног факултета у Београду. „Архив" је постао орган Удружења (савеза) правника Југославије. Од тада је „Архив" престао да постоји као факултетски часопис, који за главног уредника има професора Правног факултета у Београду. Тада је одговорни уредник „Архива" постао Моша Пијаде, с тим што му се 1952. на тој дужности придружио проф. Јован Ђорђевић. После смрти Моше Пијаде, за уреднике „Архива" долазе Милош Минић и проф. Јован Ђорђевић. Од 1963. године све до смрти 1989. уредник „Архива" је само проф. Јован Ђорђевић. Тако је проф. Ђорђевић од готово четрдесет ефективних година уређивања „Архива" после другог светског рата свега годину дана уређивао „Архив" као орган Правног факултета у Београду.

Проф. Јован Ђорђевић (1908–1989) све до своје смрти био је водећи конституционалиста и политиколог у послератној Југославији. Докторирао је у Паризу, а богатој научној продукцији придружио је не мање важан рад на послератним југословенским уставима. Преовлађује мишљење да је Устав Југославије од 1963. његово дело. Уз сав тај рад, изузетно је ангажован у

јавном животу земље. Био је помоћник министра за Конституанту, секретар Комитета за законодавство и организацију власти, секретар за законодавство у Савезном извршном већу, председник Правног савета Савезног извршног већа, судија Уставног суда Југославије и председник Уставног суда Србије. У науци ће остати запамћен по посебном правцу којим је упутио развитак науке уставног права. Захваљујући изузетној општој култури, дару да мисао изрази у преливима и лакоћи и елеганцији у изражавању, тешко да ће се у догледно време наћи следбеник његовог социолошко–политиколошког правца у уставном праву који ће га превазићи. После смрти проф. Јована Ђорђевића вршилац дужности главног и одговорног уредника „Архива", још увек органа Савеза удружења правника Југославије, постао је проф. Миодраг Јовичић.

Правни факултет у Београду, пошто му је преузет „Архив", био је без свог часописа пуних седам година. А онда су факултетски наставници, предвођени проф. Михаилом Константиновићем, покренули нови факултетски часопис – „Анале Правног факултета у Београду". Проф. Константиновић наденуо је и име часопису. Оно је, као иста имена многих часописа у свету, требало да укаже да је факултетски часопис отворена књига у коју се записује из године у годину оно што у области науке, струке и наставе остварі Правни факултет у Београду. На сву срећу, „Анали", како их је и замислио проф. Константиновић, нису били уско факултетски часопис, него увек широко за све посленике правне струке, југословенски, па и шире часопис. И то, држећи се добре традиције „Архива" увек „часопис за правне и друштвене науке".

Први број „Анала" појавио се 1953. године. На унутрашњем делу његових задњих корица стајало је: „Независно од воље редакције овај број излази са задоцњењем од месец дана. Редакција се нада да ће сва четири броја предвиђена за ову годину изаћи до краја децембра". Ово је, с обзиром на данашње прилике, куриозитет своје врсте. Када је светлост дана угледао четворобројни „Анала" посвећен његовој тридесетогодишњици, у њему је тада било записано да је у току тридесет година непрекидног излажења „Анала" на близу 20.000 страница штампаног текста било објављено 1337 чланака и других већих прилога из пера 414 аутора, поред великог броја приказа, бележака и других прилога. Од онда је прошло пуних осам година.

Излажење „Анала", на срећу, није било прекидано светским ратовима. „Анали" су до данас пуних 38 година излазили непрекидно. Мењали су се само главни и одговорни уредници и уређивачки одбор.

У првом броју „Анала" објавили су своје чланке аутори Милан Бартош, Борислав Т. Благојевић, Андрија Гамс, Мехмед Беговић и Драгомир Стојчевић, док су прилоге у рубрици „Судска пракса" дали Михаило Јездић, Владимир Капор, Живомир Ђорђевић, Павле Димитријевић и Драгаш Ђ. Денковић, а међу приказима књига су и имена Боривоја Познића, Војислава Симовића и Љубице Кандић.

Први главни и одговорни уредник „Анала" који је на тој дужности остао преко седам година био је предратни професор Правног факултета у Суботици и Правног факултета у Београду, као и министар без портфеља и министар правде у влади Цветковић–Мачек, Михаило Константиновић (1897–1982). У белешци поводом смрти проф. Константиновића у броју 1–2/1982. „Анала" поред осталог стоји и ово: „Часопис „Анали" са својим сарадницима, његов Уређивачки одбор и одговорни уредник јесу и увек су били свесни и поносни што су допринели настављању дела најзаслужнијег оснивача „Анала", професора др Михаила Константиновића".

И данас се „Анали" везују за неумрло име и непролазну научну и педагошку славу проф. Константиновића, који је био један од најугледнијих и најпоштованијих професора у дугој историји Правног факултета у Београду. Правне студије је завршио и докторат правних наука стекао у Француској, у Лиону, прошавши претходно албанску голготу и после учешћа у својству добровољца у првом светском рату у француској војсци, на западном фронту.

Наставничку каријеру отпочео је на Правном факултету у Суботици, а наставио на Правном факултету у Београду, све до пензионисања 1969. Његов некадашњи студент, међу последњим живим корифејима Правног факултета у Београду, проф. Радомир Лукић, вели о проф. Константиновићу: „Имао сам част да те 1935. г. слушам његова заиста сјајна предавања која су остављала дубок утисак на све ондашње студенте, као и на његове касније студенте, све до његовог одласка у пензију". И даље: „Било је право уживање слушати га како говори и гледати га како поступа". Доласком на Правни факултет у Београду, проф. Константиновић отпочео је да ствара своју „школу", засновану на проучавању судске праксе применом савремене правне науке. На посебном гласу били су његови курсеви за докторат на последипломским студијама и семинари на тим студијама којима је он руководио. Специјалност проф. Константиновића било је приватно право, најшире схваћено, као римско, породично, грађанско и привредно право. Али, проф. Константиновић био је свестрани познавалац и других грана права, па и социологије, историје, филозофије и других дисциплина „које омогућују дубљи и шири поглед на право". У области приватног права проф. Константиновић деловао је и као велики кодификатор права, што је најсложенији и најфинији посао који правник може да обавља, за који су кадри само великани правничке струке. Тако је проф. Константиновић саставио нацрте више закона из области породичног права (о браку, о односима родитеља и деце, о старатељству, о усвојењу) и грађанског права (Закон о наслеђивању, Закон о застарелости потраживања, Скица за нацрт закона о облигацијама и уговорима).

Био је и председник комисије за израду Устава ФНРЈ од 1946. године. По ономе што је урадио на кодификацији југословенског грађанског права, проф. Константиновић „свакако стаје у исти ред са својим великим претходницима на томе пољу, Јованом Хаџићем и Валтазаром Богишићем"(Б.Марковић). Но, проф. Константиновић је понајвише остао у свести својих студената као велики професор, префињени говорник и ненадмашан предавач. Тај принц међу правницима говорио је „одмерено, јасно, занимљиво, с оном отменошћу и елеганцијом која се обично припусује Французима и која је тако ретка у нашој средини" (Р. Лукић). Лик проф. Константиновића не би био потпун ако би се пропустило да каже да је он био носилац и два велика ордена: албанске споменице и ордена заслуга за народ са златним венцем.

Рубрике које је својевремено увео у „Анале" проф. Константиновић, уз нека преправљања и допуне, остале су и данас. То су ове рубрике: чланци, дискусија, прилози, међународни преглед (не редовна рубрика), судска пракса, прикази, преглед часописа, библиографија (касније уведена рубрика), белешке, in memoriam и примљене књиге (попис тих књига). Као главни уредник, проф. Константиновић нарочито је неговао рубрику „судска пракса", у којој се често појављивао као аутор. У тој рубрици ауторске прилоге имала су таква имена као што су: Мехмед Беговић, Радомир Лукић (из управносудске праксе), Андрија Гамс, Владимир Капор, Јанко Таховић, Павле Димитријевић, Драгаш Ђ. Денковић, Војислав Грол, Владимир Јовановић и др.

У односе са сарадницима „Анала" проф. Константиновић уносио је много такта и обазривости. Проф. Миодраг Орлић пише: „Његови савети били су драгоцено упутство свим сарадницима, јер су дати промишљено, бираним речима, с тежњом да се, ако треба, рад исправи и допуни, али да се не повреди личност сарадника".

Од броја 3–4/1960. дужност главног и одговорног уредника „Анала" преузима проф. Милан Бартош (1901–1974). Проф. Бартош је докторирао у Паризу и кроз сва академска звања – од асистента до редовног професора – прошао на Правном факултету у Београду. Током универзитетске каријере предавао је, са њему својственом енергијом и радним еланом, разне делове приватног права, али је научну бразду најдубље заорао у области Међународног јавног права и Међународног приватног права. У првој области остало је његово монументално дело, „Међународно јавно право", у три књиге (1954– 1958), али ипак недовршено, док у другој области није дао целовит

систем, премда је обрадио многа питања, понека први пут у нашој науци. Ту је заступао тзв. територијалистичку концепцију, која је била више у духу са народном сувереношћу и националном државношћу. Но, проф. Бартош је важио за енциклопедијског познаваоца права, врсту научника која ће смрћу проф. Бориславa Т. Благојевића сасвим нестати.

За данашња схватања несхватљиви су обим и разноврсност делатности којима се бавио проф. Бартош. Био је он први директор Института за међународну политику и привреду (1947–1949), главни правни саветник СИП–а(1949–1962), од 1946. опуномоћени министар, од 1949. амбасадор, а од 1953. државни саветник. Упућени тврде да је проф. Бартош био тај који је „ударио темеље модерно организованој међународноправној служби у СИП–у" (Б. Благојевић. Проф. Бартош био је и члан Комисије УН за међународно право, у којој је читав низ година активно учествовао у раду на кодификацији дипломатског и конзуларног права, као и међународног уговорног права. Посебно важну улогу имао је и у састављању Конвенције о специјалним дипломатским мисијама (чији је нацрт израдио). Био је на високим функцијама у САНУ и дописни члан свих југословенских академија наука и уметности.

Још пре рата, проф. Бартош био је активни сарадник факултетског часописа „Архива", не само као писац него и активно ангажован на уредничким пословима. Велику помоћ у раду пружао је ондашњим уредницима, Чедомиљу Митровићу, а касније и Михаилу Илићу. Тај робустан и хуман човек уносио је одушевљење у сваки посао којег би се латио, „заразно" делујући на своје сараднике. Најближи његов сарадник, проф. Борислав Т. Благојевић, који је био заменик проф. Бартоша на дужности главног и одговорног уредника, „Анала" оставио је о проф. Бартошу следеће сведочанство: „Човек који је умео да ствара ученике и сараднике, широко пружајући могућност млађима да се чују и истакну".

У време када је проф. Бартош вршио дужност главног и одговорног уредника „Анала" отпочело се са превођењем резимеа чланака, најпре на француски језик, као и превођењем на француски језик наслова у другим рубрикама (прилози, судска пракса). Отпочело се тада и са издавањем тематских бројева „Анала", какви су били бр. 4/1961. у част двадесетогодишњице народне револуције, бр. 3– 4/1962, посвећен Преднацрту устава СФРЈ од 1963. и бр. 3–4/1963, у којем је садржана дискусија о појму права.

После проф. Бартоша, од бр. 3–4/1966. дужност главног и одговорног уредника „Анала" преузима проф. Војислав Бакић (1914–1991). Проф. Бакић докторирао је на Правном факултету у Београду, на којем је све до одласка у пензију предавао предмет Породично право, за који је написао и уџбеник. Тај уџбеник писан јасно, прегледно и сажето доживео је многа издања, а једно време био је коришћен на рекордном броју правних факултета у земљи.

Проф. Бакић унео је у уређивање „Анала" много енергије и новина, углавном успевајући да одржи висок ниво часописа, на који га је уздигао његов оснивач, проф. Константиновић. У то време се усталио и технички изглед „Анала", који до данас у основи није мењан. Садржај часописа није се давао више у импресуму, него у наставку, на континуираној пагинацији страница. У импресуму је остао само податак о саставу уређивачког одбора, а на задњој корици порука претплатницима. Уводе се преводи резимеа чланака на три светска језика (француски, енглески и руски), као и наслова других рубрика. Отворене су и две нове рубрике: факултетска хроника, што и приличи „Аналима" и студентски радови, у којој су као студенти објављивали своје радове многи садашњи наставници Правног факултета у Београду. Од 1969. уместо као тромесечни, „Анали" почињу да излазе као двомесечни (шест бројева годишње) часопис за правне и друштвене науке. Уведена је пракса објављивања радова (реферата) са сусрета научних радника Правног факултета у Београду и страних правних факултета. Настављена је пракса објављивања тематских бројева, какав је био бр.4/1967, издат у част педесетогодишњице октобарске револуције. Први пут почињу да се издају

бројеви у част појединих професора Правног факултета у Београду, уприличени углавном поводом њиховог одласка у пензију. Такви су били бр. 1/1968, у част проф. Јована Ловчевића, бр. 1–3/1972, у част проф. Милана Бартоша, бр. 2/1973, у част проф. Милоша Радојковића, бр. 5–6/1974, у част проф. Мехмеда Беговића. И, напослетку, догодило се први пут у историји факултетског часописа – да буде забрањено растурање бр. 3/1971, у којем је објављена дискусија о фамозним уставним амандманима, о чија се решења још увек саплиће цела Југославија. Тим бројем Правни факултет у Београду спасао је своју душу, представивши се јавности као морално непоткупљива и научно далековида институција. Цела јавност доживела је то реаговање Правног факултета у Београду, забележено у поменутом броју „Анала" као пример моралне и научне стамености једне институције, што је подигло њен ионако висок углед у јавности. Прошле године (1990) тај број „Анала" доживео је свој „репринт", који је свечано био представљен.

Проф. Бакић био је најдуже главни и одговорни уредник „Анала". После њега дошао је на ту дужност проф. Војислав Симовић (1921– 1989), једини класични јавноправац међу уредницима „Анала". Проф. Симовић докторирао је на Правном факултету у Београду, на којем је све до пензионисања био професор Уставног права и Комуналног система, док је тај предмет постојао. Био је неоспорно највећи послератни таленат у области уставног права у земљи, којег је синдром скептичног интелектуалца спутао да се изрази у волуминозним радовима и да успостави масовнију комуникацију. Био је вечити бунџија против баналности, труизама и општих места. Презирао је дескрипцију и експликацију, које су се издавале за науку, тежећи увек да из појавних облика исцеди смисао. У том дестилисању суштине од форме, трајних од ефемерних ствари, кињио је себе и малобројне њему научно и људски блиске. Таква природа, игром судбине сва саздана од пехова, имала је и тај пех да у невреме буде главни и одговорни уредник „Анала". Њега су у том својству носили догађаји, уместо да он њих кроти својом концепцијом часописа. Бројеви „Анала" изашли под његовим руководством обухватили су две велике грађанскоправне кодификације (облигационог и стварног права) и реферате са научних сусрета наставника Правног факултета у Београду и страних правних факултета, који су у то време преко мере били учестали. Врло је мало простора било за реализовање некакве самосвојне уредничке концепције. Захваљујући свом фином осећању за традицију и корене, проф. Симовић је, по угледу на велике стране правне часописе, утиснуо у импресум „Анала" и преглед њихових главних и одговорних уредника, од момента њиховог оснивања.

Од броја 3–4/1982. „Анале" уређује проф. Обрен Станковић (1932–). Биолошком неминовношћу, вођење „Анала" прелази тако у руке послератне генерације. Проф. Станковић је докторирао и кроз сва академска звања на предмету Увод у грађанско и стварно право прошао на Правном факултету у Београду. Један је од ретких пасионирано школских људи, који је и као уредник „Анала" кренуо да успоставља ред. Свој уреднички деби везао је за оца–оснивача „Анала", проф. Константиновића. Број 3–4/82. садржи изабране чланке проф. Константиновића. Ради уједначавања текстова, прописује правила за рукописе који се нуде „Аналима" и објављује их на задњој страни корица. „Анали" у импресуму објављују кратак историјат свог претходника, „Архива", чији је смисао у копули: „а његово место на Правном факултету у Београду попунили су „Анали", настављајући тако један континуитет започет 1906. год". Такав исти смисао имају и бројеви 1–4/1983. „Анала", посвећени њиховој тридесетогодишњици, и 1–3/1986. посвећени осамдесетогодишњици факултетског часописа. Под уредништвом проф. Станковића изашла су и четири броја „Анала" посвећена професорима–академицима: бр. 1– 2/1984, у част проф. Јована Ђорђевића, бр. 3–4/1985, у част проф. Бориславе Т. Благојевића, бр. 5–6/1985, у част проф. Радомира Д. Лукића и бр. 1/1987, у част проф. Драгослава Јанковића. Пажње вредна су и два тематска броја: бр. 5–6/1982, посвећен саветовању о подели права на јавно и приватно и бр. 2–3/89,

посвећен теми кибернетика и право. Проф. Станковић је унео новине и у рубрике „Анала". Фаворизовану рубрику „Судска пракса", од стране проф. Константиновића, разломио је у две рубрике: „Судска хроника" (систематизована и непретенциозно обрађена пракса одређених судских институција) и „Коментари судских одлука" (знатно амбициознији подухват, који укључује теоријско вредновање судске праксе и лични став аутора). Неке промене у вези са факултетским часописом под уредништвом проф. Станковића последица су и закона. Ту спадају децимална класификација чланака и апстракти и кључне речи чланка, који претходе тексту чланка, као и састав Издавачког савета „Анала" у импресуму. Заслуга је проф. Станковића што се појавио репринт бр. 3/1971. „Анала" чије је растурање забрањено судском одлуком. Та забрана је судском одлуком и скинута, што је омогућило поновно објављивање тог броја „Анала". Велика је заслуга проф. Станковића и то што је цео тираж „Анала" покривен претплатницима.

И, ево, изађосмо из историје у садашњост. Број „Анала" у којем ће се појавити овај прилог биће посвећен сто педесетогодишњици Правног факултета у Београду. А од тог броја па надаље до следећег крупног јубилеја нека белешке у летопис факултетског часописа уноси будући летописац. „Где ја стадох, ти продужи", што би рекао стари, добри Јован Јовановић-Змај.

(Према азбучном реду презимена аутора)

UDK — 34(091)
Изворни научни рад

др Сима Аврамовић,
ванредни професор Правног факултета у Београду

ЗАТВОР У АТИНСКОМ ПРАВУ И ИСЕЈЕВО 'KATOIKODOMEÍN'[1]

Пошто у основним цртама износи карактеристике казне затвора у Атини, аутор се ближе задржава на једном месту у говору атинског писца судских беседа Исеја (Ис. VIII 41), у коме се јавља реч „katoikodomein", која се ту обично тумачи као затвор. Анализирајући употребу те речи у другим изворима (Псеудо- Ксенофон, Аристотел, Страбон) и кроз објашњење логичко–реторичке и тактичке структуре беседе, процесног положаја странака, извесних специфичности атинског правног система, као и упоредно-правних аргумената, аутор износи једну хипотезу и један закључак. Он верује да је „katoikodomein" представљао неку врсту самоизолације у кући, којој прибегава лице када доспе на лош глас. С друге стране истиче да је извесно да поменута реч не означава затвор у класичном смислу и да су преводи који је тако тумаче неадекватни.

Кључне речи: *Античко грчко право. – Затвор. – Исеј.*

Затвор се у Атини ређе користио него у модерно доба. По правилу могао га је одређивати тзв. Суд једанаесторице пре суђења као меру која је требало да обезбеди да на суду присуствују лица против којих се води поступак покренут специјалним процесним средствима *(apagogé, ephégesis, éndeixis)* и после суђења, за лица која су осуђена на смртну казну или се претварају у робове, док очекују извршење. Атински управни орган – веће Буле – такође је понекад могао наредити затварање лица које није платило неки дуг према држави, па би га могло задржати у затвору и извесно време пошто дуг исплати, као једну врсту казне због закашњења. У сваком случају, колико су извори забележили, атинско право није обимније користило затвор као вид кажњавања, одн. као кривичну санкцију коју би одређивао суд[2]. Осим тога, из Демостеновог говора против Тимократа произлази да се затвор и по форми

(1) Овај рад је, са извесним изменама, презентиран под насловом „Katoikodomeo" - a kind of imprisonment? (Is. VIII 41) као реферат на 43. Конгресу правних историчара, у организацији Societe internationale 'Fernand de Bisscher' pour l'histoire des droits de l'antiquite (SIHDA). Конгрес је одржан у Ферари од 26. до 29. септембра 1989. године.

(2) Andocides, 192–93; Demosthenes, (24) C.Timocrates, 135, 144. Ипак, мада у изворима нема много помена затвора као кривичне санкције, у литератури је прилично заступљено становиште да казна затвора није била реткост у Атини, већ да се користила чак и као самостална, а не само као узгредна санкција, в. Bonner, J.R. — Smith, G.; The Administration of justice from Homer to Aristotle, Chicago —Ilinois 1938, II, 275; Harrison, A.R.W., The Law of Athens, Oxford 1971, II, 177.

понекад разликовао од данашњег, јер је могао бити примењиван тако што се затвореник држао на отвореном простору, како би га сви видели, а није држан у посебним затвореним просторијама.

Утолико је интересантнија једна информација која се среће код атинског писца судских беседа Исеја, учитеља далеко знаменитијег Демостена[3]. У свом осмом говору под називом „О Кироновом наследству", поред обиља корисних података о атинском праву, оставио нам је на одгонетање и једно нејасно место (VIII 41). Описујући једну необичну ситуацију „Исеј при том употребљава реч *„katoikodomeín"*, што преводиоци скоро једногласно преводе или тумаче као затвор. Међутим, да ли се заиста ради о казни затвора или нечем другом – остало је недоречено. Поменута реч се никако не може без резерве схватити у том значењу, а већина писаца у тај проблем уопште не дира, него се махом задовољава само коментаром да место није довољно јасно. Тако Исејево *„katoikodomeín"* још увек није добило задовољавајуће објашњење.

Говор о коме је реч спада у ред мање компликованих Исејевих судских беседа. Наиме, извесни Кирон је умро без деце, па се појављују две странке као претенденти на наслеђе. Први је син Кироновог брата, док се с друге стране тврди да је Кирон имао кћер која је родила два сина, те да њих двојица као Киронови унуци имају првенство у наслеђивању. Један од браће говори на суду у име обојице. Исеј је за њега написао беседу. Киронов братанац тврди да Кирон није имао закониту ћерку, док Исеј нуди бројне доказе који потврђују да је Кирон ову двојицу у потпуности третирао као своје унуке. Истовремено, Исеј тврди да је целу заверу смислио извесни Диокле, који је био брат Киронове друге жене. Стога је Исејева тактика условљена потребом да истиче две чињенице: законити статус унука и Диоклов лош карактер. Један од Исејевих задатака је, дакле, да Диокла оцрни што је више могуће.

У том циљу, говорник истиче да поменути spiritus movens целог сукоба – Диокле, носи надимак „Орест", што открива његов фуриозни темперамент и да је склон преварама и интригама. Тако је лагао да је вредност Киронове имовине мала (што очито није случај), терао је сестру (Киронову жену) да се претвара да је трудна, како би спречила Кирона да усвоји једног од својих унука (што је била уобичајена пракса уколико оставилац нема живих синова), наговорио је Кироновог братанца да се упусти у спор око наследства, итд.

Драматични врхунац Исеј жели да оствари причом о томе како се Диокле безобзирно понашао чак и према члановима своје породице. Он је имао три полусестре по мајци, које су после очеве смрти постале епиклере, тзв. ћерке – наследнице, с обзиром да њихов отац није имао сина[4]. Диокле је тада устврдио како је њега покојник усвојио, не би ли тако стекао власт над целокупном имовином. Томе су се супротставили мужеви двеју од сестара, тврдећи да до такве адопције никада није дошло, те да имовина припада њиховим женама. Диоклова освета је била брутална: наредио је робу да убије једног од зетова, потом бацио кривицу на своју полусестру и онда као тутор

(3) Исеј улази у чувени александријски канон десеторице најпознатијих грчких говорника, који је сачињен још у антици (Антифонт, Лисија, Андокид, Исократ, Исеј, Демостен, Есхин, Ликург, Хиперид, Динарх). Но, за разлику од већине других, Исеј сам по правилу није држао говоре, већ је уз новчану надокнаду писао исључиво судске беседе за потребе клијената који наруче говор. Тако је постао један од најпознатијих атинских логографа у IV веку пре н.е. Више о Исеју на нашем језику, в. Аврамовић, С., *Исејево судско беседништво и атинско право,* Београд 1988, 69.

(4) О овој специфичној установи атинског права, в. ближе Gernet. L., *Sur l'epiclerat,* REG 1921/34; Аврамовић, С., *Епиклера, кадестаи и епибалонтес – спорне установе раногрчког гортинског права,* Анали и ПФБ 1979/5–6, 475.

опљачкао њеног сина. На исто тако необичан начин се решио и другог зета. На том месту се налази срж нашег проблема и спорни глагол *„katoikodomeín"*.

Исеј каже: *„tón mén ten presbytéran éhonta katoikodomesas kaí epihouleúsas etímose"*, [5] - дакле: „а мужа старије сестре је *'katoikodomésas'* и интригама га лишио часних права". Како проблем решавају преводиоци? Форстер, у енглеском Лебовом (Loeb) издању Исеја, пише: „He imprisoned the husband of the elder of them by walling him up and by a plot deprived him of his civil rights", уз коментар у фусноти да је значење овог места неизвесно и додаје да је вероватно Диокле насилно спречио свог зета да изврши одређене обавезе према држави, што је довело до губитка часних права (атимије)[6]. У једном другом енглеском преводу, из пера виспрене и духовите К. Фриман (Freeman), ово место се преводи још простије: „Diocles made the husband of the elder sister a prisoner and succeded by a plot his distranchisement" [7]. Навешћемо још само најзначајнији француски и немачки превод овог места. Русел (Rousell), у „Les belles lettres" издању Исеја, иди у основи слично решење, пишући: „il séquestra le mari de l'ainée et, á la suite d'un guet—apens, lui fit perdre ses droits civils...", уз коментар да је цела ситуација нејасна[8]. Најзад, Миншер (Münscher), више бринући о верности него о лепоти превода, пише: „da liess er dem Manne der Aelteren auflauern, ihn in ein Haus einsperren und schmachvoll misshandeln..."[9].

То би биле најважније солуције које су понудили преводиоци Исеја. Но, сви се они у основи воде за ауторитативном монографијом Вајса (Wyse) о Исеју из 1904. године. Још тада је Вајс писао да се за тај део говора није нашло задовољавајуће објашњење, па је он понудио следеће: „Затвореник (captive) се налазио у обавези да узме учешћа у војсци или да плати дуг према држави, те је био лишен часних пава, јер је пропустио да се појави у одређено време"[10].

Стога се чини оправданим потражити још неке текстове у којима се сусреће контроверзна реч *„katoikodomeín"*. Тако Псеудо – Ксенофон у *„Атинском уставу"*, говорећи о предностима и манама атинске демократије, указује на претпаност управног Већа (Буле) и Народне скупштине различитим пословима, па то илуструје и следећим примером: „они су пресуђивали и случајеве када неко не поправи брод или не сазида нешто *(„katoikodomeí")* за народ, а поред тога су решавали сваке године спорове између вођа хорова..."[11]. Аристотел опет, у свом *„Уставу атинском"*, набрајајући функције десеторице астинома, вели да су они, између осталих дужности, били надлежни и да „спречавају да се граде куће *(„katoikodomeí")* и избацују балкони над улицама..."[12]. Најзад, Страбон у чувеној *„Географији"*, описујући један

(5) Isaeus, VIII 41.

(6) Forster,E.S., *Isaeus* Cambridge Ma. — London 1964,316.

(7) Freeman, K., *Paths of justice*, London 1954, 158.

(8) Rousell, P., *Isée, Discours*, Paris 1960,156:„toute l'affaire est obscure".

(9) Münscher,K., *Isaios*, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 1920/37, 247.

(10) Wyse,W., *The Speeches of Isaeus*, Cambridge 1904,621. Уз то сам додаје да је ово само пуко нагађање. Ипак је, као што се види, такво његово нагађање прихваћено у литератури без озбиљније дискусије.

(11) Ps.Xenophon, Constitution of the Athenians, III 4 (Loeb, Xenephon in seven volumes, VII) Cambridge, Ma. London 1971, 501.

(12) Аристотел, Athenian Constitution, 50,2, Cambridge, Ma.— London 1971. У нашем издању, (в. Аристотелов Устав атенски, Загреб 1948,59), Н. Мајнарић преводи: „бране захватати грађевинама јавне цесте, помицати доксате над улице..."

предео, каже: „а сада, када су шуме око Аверна посечене од стране Агрипе и земљиште изграђено кућама *(„katoikodométhéntón")*..."[13]. Дакле, једино опште значење речи *„katokodomeí"* (као дериватив од *„oíkos"* – кућа), које произлази и из других извора, било би „сазидати", „изградити". Према ауторитативном Лидел–Скот (Liddel—Scott) грчко–енглеском речнику, основно значење ове речи се преводи са „to built up, to built upon, to built in a place, to build away", а такав је случај и са другим речницима[14].

Но, ако би *„katoikodomeí"* значило једино „сазидати", онда спорна Исејева реченица не би имала никаквог смисла. Чудно би било када би Исеј, на психолошки и реторички тако значајном месту, користио термин чији је смисао у поменутом контексту нејасан и који би збунио обичног поротника. Укратко, није много вероватно да се Исеј овде служи триковима и двосмисленим речима, за шта га иначе често оптужују[15]. Напротив, по свој прилици се ради о томе да је овај термин имао и неко специфично, „правничко" значење, тако да су поменуту ситуацију коју је створио Диокле, поротници лако могли препознати и разумети.

На жалост, ова реч, која се и иначе у свом основном облику у изворима ретко среће (наведена три примера су једини значајнији случајеви), ни на једном другом месту се не појављује у свом посебном, јуристичком значењу, осим код Исеја. Антички лексикограф Харпократ једино потврђује да је поменута реч употребљена код Исеја баш у том облику[16]. Стога и преостају једино мање или више аргументована домишљања.

Вајсова претпоставка се заснива на двострукој хипотези: прво, да је зет постао затвореник (captive) и, друго, да због тога није могао да испуни обавезе према војсци или држави, те је доживео атимију (мада, наравно, не знамо ни којом врстом атимије је био кажњен, што нимало није без значаја)[17]. Ова друга премиса није ништа више од обичног нагађања, које Вајс не подржава баш никаквим аргументом. Што се, пак, прве премисе тиче, контекст ни ту не дозвољава да се чврсто може тврдити да је реч о затворенику (captive, prisoner) у стриктном значењу. Ништа не указује да је интригент Диокле затворио свог зета, одн. да га је физички принудио да не може изаћи напоље, а још мање да га је на неки начин стрпао у државни затвор[18].

---

(13) Страбонис Geographica, I—III, Lipsiae 1913–1921,B 4,5.

(14) Liddel, N.G. — Scott, R.A., A.Greek — English Lexicon, Oxford 1869. Најпознатији француски речник Bailly, M.A., Dictioairre grec —francais, стр. 1067 нуди три значења: 1. couvrir de construction; 2. dissiper en construction; 3. enfermer dans une maison, sequestrer (уз напомену да се у том значењу употребљава на поменутом месту код Исеја. Најзад, немачки Pape, W, Griechich Deutsches Handwörterbuch, Graz 1954. такође даје више алтернатива: bebauen, ein Gebaude worauf errichten, а само у контексту Isaeus, VIII 41 – verbauen, einsperren. Наш Горски, О. – Мајнарић, Н., Грчко – хрватскосрпски рјечник, Загреб 1960, 308 помиње само два значења: обрадити, изградити.

(15) На Исејеве говоре се по правилу гледа са много неповерења, а често ће у литератури добити и неправедне епитете „лажљивац", „жонглер са истином" „смутљивац", итд. Нема двојбе да је и он, као и сви други логографи, у жељи да напише говор који ће његовом клијенту донети успех, прибегавао уобичајеним реторским триковима. Но, не треба заборавити да су и они имали своје границе, условљене низом објективних и субјективних околности, в. ближе, Аврамовић, С., Исејево судско беседништво, 63.

(16) Harpocration et Moeris, Berolini 1833.

(17) Различите врсте атимије су биле последица посве различитих ситуација, в. ближе Хансен, М.Н., Atimia in consequence of private debts, Symposion 1977, Köln—Wien 1982, 113.

(18) У необавезној размени мишљења, не улазећи ближе у литературу и изворе,

Чини се да при решавању овог питања треба поћи од логичко – тактичке структуре беседе. Оно што Исеј жели да покаже поротницима није околност да је Диокле насилник, него да је покварењак. Он пре има потребу да истакне како је Диокле зета затворио у кућу помоћу неког перфидног трика и интриге, а не силом. Дакле, чини нам се да из контекста пре произилази да се под поменутим термином подразумевала ситуација када је неко „зазидан у кући" (kat—oiko—domeín), „сатеран у четири зида", тако да не сме да напушта кућу од срамоте, због осуде јавног мњења, и сл. Неколико аргумената могу поткрепити ово стајалиште.

Најпре, на овакав закључак упућује остатак реченице: *„kaìepibouleúsas étîmose"* – „и трчарањем га је лишио часних права". Речи *„katoikodmésas"* и *„epibouleúsas"* су овде језички и логички тесно повезане. Та је веза толико тесна да сасвим лепо омогућава тумачење по коме је зет био „зазидан због трчарења", одн. натеран да не излази из куће због бруке, што је довело и до атимије. И остатак текста на известан начин потврђује овакво тумачење. Из даљих Исејевих речи се види да је тај догађај произроковао посебан судски поступак против Диокла који још није био окончан, а који је иницирао помоћу тужбе „graphē hýbreos": „ и мада је због тога оптужен са graphē hýbreos, пресуда још увек није донета"[19]. Закључак који из тога произлази је коначно нешто што се у овом нејасном случају може сматрати недвојбеним: Диоклово понашање (које се манифестовало као „katoikodomeín") представљало је hybris.

Но, ни појам „hý" мада се знатно чешће среће уз изворима, није лако превести и дефинисати. У недостатку бољег термина, данас писци углавном тумаче *„hýbris"* као обест, безобзирност (arrogance), мада то не обухвата у потпуности вишезначност грчког термина. Поготово реч „насилништво" не одражава прави смисао овог института, мада би на први поглед тако могло изгледати. Једно од најуспешнијих објашњења у литератури дао је Мек Довел (McDowell): „Лице показује (чини) hýbris када се понаша лоше или у најбољем случају бескорисно, јер он једноставно тако жели, не обазирући се према жељама или правима других људи"[20]. Лепо и разумљиво је описао „hýbris" и Аристотел у својој „Реторици": „Хибрис представља када неко чини или говори ствари од којих жртва доживљава срамоту, не да би неко стекао нешто што пре није имао, већ да би му то причинило задовољство"[21].

Логичко–реторичка структура говора налаже да се тачно таквим ослика Диоклов карактер. Требало је, сетимо се, доказати да је Диокле наговорио Кироновог сестрића да се суди око наслеђа, мада од тога Диокле нема никаквог видљивог интереса. Онима којима је појам „hýbris" био јасан – атинским поротницима – вероватно је морало бити савршено јасно каква је његова веза са „katoikodomeín". По свој прилици, дакле, „katoikodomeín" није нужно морало значити затварање некога у кућу насилно, физички и буквално, већ сатери-

проф. др Луjо Маргетић нам је изнео утисак да се можда ради једноставно о спровођењу самопомоћи од стране Диокла, што је интересантна и нова идеја. И овим путем му се захваљујемо на сарадњи.

(19) Isaeus, VIII 41.

(20) McDowell, D.M., The Law in Classical Athens, London 1978, 129. Овај аутор је пре тога у посебној студији анализирао поменуту установу, исти, Hybris in Athens, Greece and Rome 1976/23, 14. Међу радовима савремених правних историчара о тој теми истиче се Ruschenbuch, E., Hybreos graphe, ZSSt 1965/82,302.

(21) Аристотел, Реторика 1379 б. У преводу М. Вишића, Аристотел, Реторика I-III, Београд 1987, 104 „обест се састоји у вршењу и говорењу таквих ствари које наносе увреду ономе кога се тичу, чинећи то не да би, извршивши исто, постигао било што друго, већ ради задовољства, јер узвраћање истом мером није обест, него освета".

вање неког у четири зида безобзирним трачарењем и оговарањем из задовољства и обести, што би га могло натерати да сам од бруке не сме више излазити из куће. Према томе, не мора се радити ни о каквом затвору у ужем смислу речи, јер Диоклов зет није морао бити физички лишен слободе као некакав затвореник (captive, prisoner), нити га је Диокле силом затворио у кућу или га спречавао да изађе, како се обично претпоставља. Исеј, напротив, жели да покаже како је безобзирни Диокле („Орест"!) аранжирао такву паклену интригу, због које је његов зет доживео атимију и био принуђен да се затвори у кућу и самоизолује.

Додуше, Исеј ништа не казује о каквој је интриги била реч. Али, вероватно је да је већина Атињана и поротника добро знала тај случај: очигледно је да се у исто време водио поступак против Диокла због „hýbris" (како произлази из текста извора). „Hýbris" се сматрао изузетно тешким атаком на људску личност, који се понекад могао поредити са убиством и нападом на физички интегритет, тако да се о том случају по граду сигурно морало доста говорити. Једино што ми знамо је да је због такве Диоклове безобзирности његов зет доживео атимију те да је, свакако уз помоћ неког пријатеља (с обзиром да људи под атимијом нису могли наступати на суду), започео борбу за спасавање свог моралног интегритета.

Вредно је још поменути три чињенице у вези са „graphe hýbreos". Прво, да тужилац који изгуби спор покренут овом тужбом, може бити осуђен да плати 1.000 драхми, што је велика свота новца; друго, да је „hýbris" увек тешко доказати, јер се у основи ради о доказивању намере, „стања духа", тако да је ризик губитка спора велики; и треће, уколико тужилац и добије спор, он нема никакве материјалне користи – цео износ казне коју плаћа тужени иде држави[22]. Истина је да су Грци много пажње поклањали угледу и части, али се још мање може рећи да су били индиферентни према материјалним ефектима. Према томе, ако се неко одлучи да се упусти у спор уз толике материјалне ризике, сигурно је да је морао бити веома тешко морално повређен. Утолико би се могло рећи да је „graphē hýbreos" превасходно било средство за остваривање моралне сатисфакције.

Стога, коришћење овог непогодног процесног средства индиректно показује да су „katoikodomeín" и „epibuoleín" представљали акт кроз који је уништен нечији дигнитет интригама. Како се казна затвора у основи ретко користила, а означавала се наравно и сасвим другим термином[23], може се сматрати сигурним да зет није доспео у класичан затвор, у правом смислу речи. Но, ако је била у питању таква ситуација у којој се жртва интриге морала сама „зазидати", одн. затворити у кућу и избегавати сваки контакт с јавношћу (какав закључак дозвољава и етимолошка основа речи „katoikodomeín") због љаге која јој је нанета, онда је „graphē hýbreos" средство које највише одговара за остварење адекватне сатисфакције. Утолико би логичка и процесна усклађеност била потпуна.

---

(22) Demosthenes, (21) C.Meidias, 45–46, 72. Иначе се код тужбе „graphe", уколико би се утврдило да је тужени крив, један део износа новчане казне додељивао тужиоцу (обично трећина). То је и довело, крајем V и нарочито у време дубоке друштвене кризе у IV веку пре н.е.до појаве великог броја сикофаната, професионалних денунцијаната. Тако се једна лепо замишљена установа Солоновог времена, по којој би сваки пуноправни грађанин путем опште тужбе „graphe" могао да указује на одређене преступе, изродила у своју супротност.

(23) Уобичајени термин који означава затвор, тамницу је „desmotérion". На два места Демостен користи за затвор еуфемиизам „to oíkema", Demosthenes, (56) C.Dionysodorus, 4 и (32) C.Zenothemis, 29.

Дакако, и ово тумачење спорног Исејевог текста односно појма „katoikodomeín" такође не представља више од хипотезе. Само, за разлику од осталих, ова се изводи из логике целокупног контекста у којем се реч јавља и поштује основна етимолошка значења, води рачуна о тактичким потребама логографа и реторској структури беседе, као и о специфичностима појединих института атинског права. Уз то, сигурно је да би се могло понудити и доста упоредно–правних аргумената. Овде само примера ради ваља подсетити да је римска „iniuria" у постклasичном праву могла подразумавати и ограничење слободе кретања као моралну санкцију; да је установа личења у албанском обичајном праву, као један вид моралне санкције и притиска јавног мњења, доводила до екскомуникације, изолације, па и самоизолације појединца који би доспео на лош глас, па чак и до „одељивања" целе једне куће[24].

Да ли је „katoikodomeín" заиста представљао једну врсту самоизолације у кући, којој је морао да прибегне зет због Диоклових интрига, дакако није могуће тврдити без резерве, мада има елемената који говоре томе у прилог. Но, оно што се са великом сигурношћу може извести као закључак је да се „katoikodomeí" не сме разумевати као затвор у ужем, данашњем смислу речи. Преводи попут „затвор, затвореник" (being imprisoned, captive) и слични неадекватни су јер сасвим упрошћују ствари и сугеришу уобичајено, буквално значење тих речи. На овом је месту, међутим, сасвим сигурно реч „katoikodomeín" употребљена у фигуративном и специфичном јуридичком значењу и означавала је једну деликатну ситуацију, која је за данашњег читаоца можда необична, али сигурно није била нимало неразумљива савременицима, атинским поротницима. Стога се ово Исејево место не може узимати као доказ да је у атинском праву постојала установа затвора у класичном значењу.

(Примљено 10. 10. 1990)

(24) Према Ђечови, чл. 156. Канона Леке Дукађинија (* 1179) казује да „личити" значи „одијелити, запоставити и растурити једну кућу, одузимајући јој свако право, поштовање и част, како од села, тако и од барјака". Случајеви због којих би се појединац личио били су: кад неко неће да склопи бесу са селом или барјаком, кад неко прода своје село потказивањем и издајом, кад неко изиграва пресуду или јавно изречену одлуку, кад се неко не покорава суду, итд. (*1183). За личено лице се нико из села не сме женити или удавати, јер би и сам постао личен. У. ближе Ђечови,Ш.К., Канон Леке Дукађинија, Загреб 1986,160.

Dr Sima Avramović,
Associate Professor of the Faculty of Law in Belgrade

IMPRISONMENT IN ATHENIAN LAW AND ISAEUS' *KATOIKODOMEÍN*

Summary

The author tries to find out the real meaning od the term *katoikodomeín* in the speech of Athenian author of judicial speeches Isaeus, VIII 41. This word is usually interpreted by translators as „imprisonment" and the like. The use of this word is analyzed at Pseudo-Xenophont, Aristotle and Strabon and the conclusion follows that its basic meaning - „build up", „construct" in the above context does not amount to an understandable meaning. The author therefor considers that the term *katoikodomeín* at this point has a specific juridical meaning. He challenges Wyse's assumption that the captive was under a duty to take part in the army or to pay his debt to the state, and that he was disfranchised because of his failing to appear at the appointed time.

On the ground of logical-rethorical and tactical structure of the speech, procedural position of the parties, connection between the notions *katoikodomeín* and *epibouleín*, the analysis of the indictment *graphē hýbreos* - which was lodged in this case, as well as of comparative law arguments (especially the institute of *ličenje*, namely deprivation of one's fights and exclusion in customary law of Albanians), the author submits that *katoikodomeín* was a kind of self-isolation within the house, where the person loosing the good name retreats. Independently of the degree of acceptability of this hypothesis, the author emphasizes that in any case this word does not signify the imprisonment - in the classical sense, so that translations interpreting in such a way this term are not adequate.

Key words: *Classical Greek law. — Imprisonment. — Isaeus.*

Sima Avramović,
Professeur adjoint a la Faculte de Droit de Belgrade

LA PRISON DANS LE DROIT D'ATHENES ET LE KATOIKODOMEÍN D'ISAEUS

Résumé

L'auteur essaie de découvrir la véritable signification du mot *katoikodomeín* dans le langage de l'auteur des discours de tribunal d'Athènes, Isaeus (Isaeus, VIII 41). Les traducteurs traduisent le plus souvent ce mot comme „prison". L'auteur analyse l'emploi de ce mot chez Pseudo-Xénophon, chez Aristote, et chez Strabon et démontre que sa signification fondamentale („construire", „édifier") ne donne pas de sens compréhensible dans le contexte qui l'intéressse. C'est pourquoi il considére que chez Isaeus, le mot *katoikodomeín* a une signification juridique spécifique. Il s'oppose à la supposition de Wyse selon laquelle le prisonnier (captive) aurait l'obligation de prendre part à l'armée ou d'honnorer la dette envers l'Etat et qu'il serait déchu (disfranchised) des droits d'honneur car il avait omnis de comparaître à une heure fixe („for failing to appear at the appointed time").

Sur la base de la structure logique, rhétorique et tactique du discours, de la position des parties dans le procés, des liens entre la notion de *katoikodomeín* et *d'epibouleín*, de

l'analyse de l'accusation graphé hybréos dressée à cette coccasion, des arguments de droit comparé, l'auteur formule la supposition que *katoikodameín* représentait une sorte d'autoisolement chez soi d'une personne qui a acquis une mauvaise réputation. Indépendemment du degré d'acceptabilité de cette hypothése, l'auteur souligne que de toutes les façons, ce mot ne désigne pas la prison au sens classique du terme, et que les traductions qui interprétent ce mot de cette maniére sont le plus souvent erronées.

Mots clés: *Droit grec classique. — Prison. — Isaeus.*

UDK — 347.65/68
Изворни научни рад

др Оливер Антић,
ванредни професор Правног факултета у Београду

ДРЖАВА КАО НАСЛЕДНИК

Проблем правне природе стицања тзв. заоставштине без наследника од стране државе већ вековима представља инспирацију за правну теорију. Схватање да је држава привилеговани окупант, односно стицалац добара на њеној територији на основу њеног империјума и схватања о држави као последњем законском наследнику, два су основна става која су поделила како правну науку, тако и законодавну и судску праксу. То је разумљиво када се има у виду да прихватање једног или другог теоријског става има сасвим различите последице у правном животу. У једном случају, вакантну заоставштину добија држава на чијој територији се она налази, у другом, пак, држава чији је оставилац био држављанин или, евентуално, држава на чијој је територији оставилац имао пребивалиште.

Интерес савремених имиграционих и емиграционих држава је супротстављен. С једне стране, теоријски аргументи и законодавна пракса у неким државама упућују не схватање о држави као последњем законском наследнику (што би требало прихватити за наше унутрашње право). С друге стране, супротстављени интереси савремених држава упућују на потребу прихватања компромисног решења на међународном плану (у том циљу аутор даје конкретан предлог).

Кључне речи: *Држава. – Наследник. – Bona vacatia. – Правна природа. – Окупација. – Регално право. – Наследно право.*

1. Уобичајено је да се заоставштином без наследника означава она заоставштина коју не наследи ниједан законски, тестамент или, у правима у којима је то допуштено, уговорни наследник.

Заоставштина без наследника се јавља у следећим случајевима: када је наследник недостојан, када није доживео тренутак делације, када је завешталац негативним тестаментом искључио све законске и нужне наследнике, када се наследници одрекну наслеђа (у свим овим случајевима подразумева се немогућност примене права представљања и прираштаја), када је тестамент ништав, а нема законских наследника, односно када у тестаменту постављени и закону одређени наследници не могу или неће да наследе, као и у случајевима када законски наследници не могу или неће да наследе, а у тестаменту је постављен наследник под одложним условом или почетним роком.(1)

Израз заоставштина без наследника није најприкладнији, пошто *a priori* искључује схватање о држави као последњем законском наследнику, али с

(1) За време пенденција услова, односно рока, наследник ће бити држава и имаће правни положај који одговара положају фидуцијара (претходног наследника). Вид. Благојевић – Антић, *Наследно право*, Београд, 1988. стр. 278 – 292.

обзиром да је уобичајен биће употребљен и у овом раду. Иначе, заоставштина без наследника се означава и изразима: вакантна заоставштина, *bona vacantia*, *hereditas vacans*, кадукарна заоставштина, ошасна заоставштина и др.

Вакантна заоставштина може бити у целини, дакле у случају када ниједан део заоставштине не припадне тестаменталним и законским наследницима, или делимично, уколико неки наследник наследи само део заоставштине, док остало не припада никоме (на пример, тестаменталном наследнику по тестаменту припада половина заоставштине, а законских наследника нема).

Уколико заоставштина остане без наследника могуће су, начелно, следеће алтернативе: заоставштина се сматра ничијом ствари, што доводи до могућности оригинарног стицања *(ex jure occupationis)*, од стране физичких или правних лица (држава, феудални господар, црква и сл.) [2], или, с друге стране, таква заоставштина припада држави, као последњем законском наследнику, на основу деривативног стицања путем универзалне сукцесије. Наравно, могуће су и неке комбинације ова два система.

У старијем римском праву био је прихваћен први систем. Заоставштина без наследника сматрала се за *res nullius* и могла се стећи путем окупације, уз једногодишњу државину *(usucapio pro herede)*. Од периода Царства у римском праву је било прихваћено друго решење, посебно путем тзв. кадукарних закона. Заоставштина без наследника припадала је држави (уз неке изузетке када је у питању заоставштина војника и монаха) и то у почетку државној благајни *(aerarium)*, а касније императоровој благајни *(fiskus)*. Фискус је у том случају заузимао правни положај наследника, а могао је дати и негативну наследну изјаву.

2. У савременим правима опште је усвојено решење да заоставштина без наследника припада држави (уз одређене модификације у енглеском праву). Међутим, питање по ком основу држава стиче заоставштину поделило је правну науку и законодавну праксу. Но, да би се пружио целовит одговор, потребно је размотрити нека претходна питања.

Као што је познато, постоје три основа позивања на наслеђе: закон, тестамент и уговор о наслеђивању[3]. Тестамент је јачи основ позивања на наслеђе у односу на закон (интестатско наслеђивање), јер су одредбе које регулишу интестатско наслеђивање увек диспозитивне[4]. Уколико се држава позива на наслеђе као тестаментални наследник, онда она неспорно има правни положај који има и било који други тестаментални наследник[5].

---

(2) Прва алтернатива се понекад у теорији дели у два правца: а) вакантна заоставштина припада држави на основу њеног персоналног суверенитета, дакле неке врсте врховног права државе на „повраћај" ствари од својих грађана у њено власништво у случају када нема правног основа за прибављање од стране других лица; б) таква заоставштина припада држави на чијој се територији налази *(ex jure occupationis)* и то на основу ексклузивног права окупације. Вид: Bartholomeyczik — Schlüter. Erbrecht, München, 1980, стр. 77; Пак, *Међународно приватно право,* Београд, 1986, стр. 177.

(3) У већини права уговор о наслеђивању није допуштен, а у правима у којима постоји, његово правно дејство је, по правилу, сведено на супружнике. Вид: Антић, *Уговор о наслеђивању и други забрањени наследноправни уговори у нашем праву,* „Анали Правног факултета у Београду", 1986, бр. 5, стр. 512 – 519.

(4) Изузетак, разуме се, представљају одредбе о нужном делу у оним правима која прихватају такав начин ограничавања слободе тестаменталног располагања. Вид: Благојевић – Антић, *наведено дело,* стр. 219 и даље

(5) Наравно, извесне специфичности произлазе из чињенице да је у питању једно особито правно лице (нпр. не поставља се питање недостојности, по правилу не може одбити пријем наслеђа и сл.)

Тако, држава као тестаментални наследник мора да успуни у тестаменту одређене услове, легате, да поштује одређене рокове, да намири оставиочеве дугове и др. У недостатку тестаменталног, долази до законског наслеђивања.

Законско наслеђивање се базира на одређеним правним чињеницама које повезују оставиоца и његовог наследника. Те чињенице су разноврсне: сродство (брачно, ванбрачно, крвно, грађанско, некад чак и тазбинско), брак, заједница живота, издржавање.

Када се ради о основу стицања вакантне заоставштине од стране савремене државе, два су опречна става: а) држава стиче заоставштину као добро без наследника на основу окупационог права и то као привилеговани[6], или једино овлашћени окупант, или, пак, стиче заоставштину на основу своје врховне власти (регалног права), а у оба случаја оригинарним стицањем, б) држава стиче заоставштину *ex jure hereditatis*, као и било који други законски наследник (држава као последњи законски наследник – *fiskus post omnes).*

3. У разматрању аргумената *pro et contra*, једног или другог решења, намеће се, као претходно, питање постојања односно непостојања правно релевантне везе између оставиоца и државе. Уколико таква веза не постоји, онда је јасно да схватање о наследноправној природи права државе на вакантну заоставштину није одрживо, али и обрнуто – ако таква веза постоји – онда је то један од аргумената који иде у прилог наследноправном схватању.

Као што између оставиоца и његових сродника постоји веза сродства, или између супружника брачна веза, као релевантни основ законског наслеђивања, тако и између државе и оставиоца може постојати или веза држављанства или веза пребивалишта (домицила). Обе ове везе су правно релевантне за читав низ права и обавеза које се успостављају међу њима. Уколико обе ове везе постоје у истом случају, оставилац је имао држављанство оне државе у којој је имао и пребивалиште, онда је очигледно да се ради о јаком интензитету везе оставиоца и дате државе[7].

Практичан проблем се отвара када су чињенице држављанства и домицила раздвојене, тако да се као конкуренти на наслеђе појављују две различите државе. Пошто се ради о сукобу интереса, проблем се различито решава: правило је да имиграционе државе признају домицил (или прихватају окупациону природу стицања заоставштине од стране државе), док, с друге стране, емиграционе државе прихватају чињеницу држављанства као релевантну везу за стицање вакантне заоставштине. Сличан проблем се јавља у случају када се непокретност, као део вакантне заоставштине, налази у једној држави, а оставилац је имао држављанство и пребивалиште у другој.

4. Један број држава, као Велика Британија и САД, вакантну заоставштину третирају као *bona vacantia* и примењују окупационо право[8][9].

---

(6) Вид: Лазаревић, *Држава као законски наследник,* „Правосуђе", Београд, 1938, стр. 114.

(7) Модерна држава је преузела велики број функција које су раније традиционално припадале породици, па се отуда основано може бранити став да држава може искључити из права на наслеђе неке даље сроднике оставиоца.

(8) У случају Barnet's Trust енглески суд је одбио захтев Аустрије да њој припадне заоставштина њеног држављанина који је поседовао и добра у Енглеској. Одлука је образложена тиме да *in concreto* није реч о сукобу закона поводом наслеђивања, већ о праву окупације на *bona vacantia* која се налазе на територији Енглеске, па отуда припадају енглеској држави. Вид: Јездић – Пак, *Међународно приватно право,* књ. III, Београд, 1971, стр. 80 – 81.

(9) У том систему држава се јавља као привилеговани окупант и то се образлаже различитим околносима: обезбеђивање правног реда и сигурности, повећање државних ингеренција у модерном друштву и др. Вид: Лазаревић, *наведено дело,* стр. 113. Држава

Слично старијем римском праву, *bona vacantia* се прима изузев у неким случајевима када је припадала крљу.[10] У савременом енглеском праву[11], у случају да оставилац умре без тестамента, односно уколико је тестамент ништав, а нема законских наследника, заоставштина припада Круни, или Војводству Ланкастер или војводи од Корнвола[12][13]. Круна, иначе, има дискрециono право да материјално обезбеди од стране оставиоца издржавана лица и то без обзира да ли су у питању његови сродници (изван круга законских наследника), или трећа лица, или, чак, лица која су могла очекивати да ће их оставилац издржавати[14].

Аустријски грађански законик такође држави признаје статус привилегованог окупанта[15].

Исти статус држави признаје и француско право[16]. У ствари, право државе на заоставштину оставиоца владајућа доктрина и судска пракса у Француској посматрају кроз призму јавно правних овлашћења (регална права)[17], која држава врши на својој територији у погледу ствари без власника[18]. Ту се, дакле, ради о изражавању права суверенитета а не наслеђивања, односно о идеји да би било противно јавном поретку оставити страној држави добра без наследника (власника), која се налазе у Француској[19]. Део француске доктрине сматра да се проблем своди на питање квалификације – ако су у питању прерогативи јавне власти, онда то право зависи од закона државе на чијој се територији налази заоставштина или њени делови, ако је, пак, у питању наследно право, онда решење зависи од наследноправних прописа (меродавно право за расправљање заоставштине). Међутим, и у овом

заузима добро као једини овлашћени окупант „да би спречила самовласно заузимање од стране туђих лица и тако отклонила сукобе који би неизбежно отуда проистицали". Вид: Л. Марковић, *Наследно право*, књ. III, Београд, 1930, стр. 140 – 141.

(10) Black's Law Dictionary, St. Paul, Minn., 1968, стр. 223.

(11) Administration of Estates Act 1925, Sec. 46; Inheritance Act, 1975, Sec. 24.

(12) Parry and Clark, *The Law of Succession*, London 1977, стр. 78; A. R. Mellows, *The Law of Succession*, London 1977, стр. 219.

(13) Уколико је оставилац имао пребивалиште у Ланкастеру или Корнволу, онда ће заоставштина бити предата одговарајућем војводи. Вид: A. R. Mellows, *наведено дело*, стр. 310.

(14) Вид: Parry and Clark, *наведено дело*, наведено место; A. R. Mellows, *наведено дело*, стр. 677.

(15) Параграф 760 АГЗ носи назив „*Заоставштина без наследника*". Према старом тексту, уколико нема законских наследника, онда заоставштину, као добро без наследника, заузима *fiskus*, или она лица, која по политичким наређењима имају право на заузимање добара осталих наследника. Ова одредба је измењена царским *Патентом* из 1849. год. Позитивно – правни текст гласи: „Ако нема ниједног на наслеђивање овлашћеног лица или ако нико не прибави наследство, онда заоставштина, као добро без наследника, припада држави".

(16) Вид: Благојевић, Међународно приватно право, Београд, 1950, стр. 395; Eisner, Међународно приватно право, Загреб, 1953, књ. I, стр. 359. Супротно; С. Марковић, Наследно право, Београд, 1981, стр. 224.

(17) Droits regaliens – у смислу државног (краљевског) монопола.

(18) P. Mayer, Droit International Privé, Paris (II Edition), стр. 651 – 652. Отуда у тој материји треба користити као одлучујућу чињеницу Lex rei sitae – вид: исто.„L'État n'est pas un héritier", каже Планиол. – M. Planiol, Traite élélementaire de droit civil, Париз, 1924, цит. према Лазаревић, наведено дело, стр. 114.

(19) Batiffol — Lagarde, Paris, 1983, стр. 408.

случају аутори сматрају да предност места налажења заоставштине[20] треба дати држави, што по последицама одговара схватању „о прерогативима јавне власти„.

Сличну концепцију прихватају пољско и румунско право[21].

Становиште да је правна природа права државе на вакантну заоставштину окупациона, заступа и део југословенске теорије[22].

5. У упоредном праву је модерна тенденција да се држава сматра законским наследником[23].

На том становишту су посебно Немачки грађански законик[24] и немачке правне доктрине[25][26].

Немачки теоретичари истичу да држава има задатак да створи један непрекидан ред законског наслеђивања, који би био нарушен непостојањем наследника у конкретном случају[27]. Држава је нека врста посебног, принудног наследника. Она се не може одрећи свог наследног права, не може дати негативну наследну изјаву, нити може бити недостојна за наслеђивање. Но, држава увек може бити истиснута када се утврди да постоји неки наследник[28]. Уз наведене изузетке, држава као наследник има исти правни положај као било који други наследник. Отуда за њу важе сва правила наследног права која уређују положај осталих наследника[29].

Наследноправни положај државе у вези са стицањем вакантне заоставштине признат је у швајцарском праву[30], у италијанској теорији и судској пракси[31], у СССР – у[32], Шведској, Белгији[33] и др.

---

(20) Holleaux — Foyer — Pradelle. Droit International Privé, Paris 1987, стр. 576.

(21) Вид: Благојевић, наведено дело, наведено место и Eisner, наведено дело, наведено место.

(22) По правилу аутори усмерени на аустријску правну теорију – вид. Аранђеловић, Наследно право, Београд, 1925, стр. 175; Мауровић, Нацрт предавања о опћем приватном праву, књ. В, Загреб, 1927, стр. 48 – 49; Креч – Павић, Коментар закона о наслеђивању, Загреб, 1964, стр 28; Ведриш – Кларић, Основе имовинског права, Загреб, 1989, стр. 487.

(23) Batiffol — Lagarde, наведено дело, наведено место.

(24) Према параграфу 1936, НГЗ уколико у време смрти оставиоца нема оставиочевих сродника ни његовог супружника, онда је законски наследник фискус оне савезне државе чији је оставилац био грађанин у време своје смрти. Ако је био грађанин више савезних држава, онда се на наслеђе позивају фискуси свих тих савезних држава и то на једнаке делове. Став 2, истог параграфа одређује да уколико је оставилац био Немац, који није уједно био и грађанин неке савезне државе, тада је законски наследник оставиоца фискус савезне државе.

(25) Благојевић, наведено дело, наведено место; Eisner, наведено дело, стр. 358.

(26) „Законско наследно право државе није никакво врховно право државе на повраћај ствари у њено власништво, нити право окупације (заузимања), већ оно представља посебно приватно наследно право." – Bartholomeyczik — Schlüter, наведено дело, стр. 74.

(27) Исто стр. 75

(28) Исто.

(29) Исто. стр. 76.

(30) Чл. 466, Грађанског законика.

(31) Eisner, наведено дело, стр. 358; Благојевић, наведено дело, стр. 395.

(32) Благојевић, наведено дело, наведено место „Према чл. 433 Грађанског кодекса у случају да се наследници не пријаве у року од шест месеци од дана отварања наследства, наследна имовина се проглашава за имовину без наследника и прелази на државу. У датом случају држава се појављује као наследник." – Агарков – Братус – Генкин – Серебровски – Шкундин, Совјетско грађанско право, Београд, 1949, књ. II, стр. 412. Исто решење садржано је и у чл. 552, Грађанског кодекса РСФСР из 1964. године.

6. У Српском грађанском законику је било предвиђено да у недостатку наследника по уговору, завештању или закону заоставштина припада држави[34]. Таква формулација је оставила простор за различито тумачење правне природе права стицања вакантне заоставштине од стране државе[35].

Позитивно право у Југославији одређује да „заоставштина без наследника постаје друштвена својина"[36], што такође, оставља простор различитом поимању права државе на такву заоставштину. Део теорије сматра да се ту не ради о наследном праву. У прилог овом ставу најчешће се истичу следећи аргументи: вакантна заоставштина постаје друштвена својина по сили закона; пошто прелази у друштвену својину тренутком делације, није потребна наследна изјава; обавеза одговорности за дугове оставиоца нема основа у наследним, већ у облигационим односима[37], општина као орган управљања није наследник, нити ступа на место наследника[38]. Постоји схватање да је наш законодавац „прибегао једном сасвим новом решењу", и да је у питању „оригинарни начин стицања друштвене својине[39].

Иако схватање о оригинарном стицању вакантне заоставштине од стране државе (у суштини се своди на њен империјум) има извесне аргументе који се не могу потценити, нама се чини да се са највише основа може бранити наследно–правна природа таквог стицања (дериватвно стицање путем универзалне сукцесије).

Иако се схватање о оригинарном стицању вакантне заоставштине од стране државе не може игнорисати, ипак се оно у крајњој линији може свести на право чији је основ *imperium*. Међутим, ми сматрамо да ту није реч о једном јавно–правном, већ приватно–правном односу. Мислимо, наиме, да се начелно мора поћи од раздвајања јавно–правне функције државе, од њеног приватно–правног субјективитета. Држава, дакако, треба и мора да има сасвим одређену јавно–правну улогу у савременом друштву, а то подразумева обезбеђивање одговарајућих средстава путем фискалне политике (порези, доприноси и др.). Међутим, ако се ова државна функција помеша са њеним приватно–правним аспектом у правном животу, онда нужно долази до кон-

(33) У белгијском праву се води рачуна о правној природи права које је признато држави, законом о наслеђивању (по меродавном праву): ако се држава позива као наследник, а то је случај са Шведском (према праву те државе), онда то значи да она има право наслеђивања. Вид: P. Mayer, наведено дело, стр. 651 (одлуке белгијског Касационог суда од 28. III 1952. године).

(34) Параграф 530, СГЗ носи назив „О наследству у недостатку наредбе закона и законских наследника". Текст гласи: У случају ако наследника никаквог ни по уговору ни по завештању ни по закону не би било, онда заоставше имање припада држави, и то како непокретно тако и покретно каси правитељственој."

(35) У делу теорије се сматрало да се ради у основи о истом положају који држава има у Аустријском грађанском законику. – Вид. Аранђеловић – Беговић, *Наследно право*, Београд, 1940, стр. 205–206. Насупрот овом схватању, извесни аутори су тврдили да се, у вези са тим питањем, СГЗ одвојио од свог изворника, посебно имајући у виду да су се на државу примењивали сви прописи о наследнику и наслеђу. Вид. Л. Марковић, *наведено дело*, стр. 141. У прилог овом ставу истицано је да и сам наслов параграфа 530. упућује на наследноправну природу права државе на вакантну заоставштину. Вид. Лазаревић, *наведено дело*, стр. 116; у истом смислу и Данић, *Интестатско наследно право*, Београд 1933, стр. 48–49.

(36) Чл. 8 ЗОН Србије и осталих ЗОН, осим ЗОН Македоније и Словеније у којима је то питање уређено чланом 9.

(37) Креч – Павић, наведено дело, стр. 28 – 29.

(38) Ведриш – Кларић, наведено дело, стр. 225.

(39) С. Марковић, наведено дело, стр 225.

фузије и у вези са схватањем правне природе основа стицања вакантне заоставштине. Отуда, уколико би се прихватила објашњења заснована на јавноправној природи државе на вакантну заоставштину, онда би остало више веома озбиљних питања на која не би било могуће дати задовољавајући одговор. На пример: у случају да је заоставштина предата тзв. фиктивном наследнику (нпр. сроднику који због степена сродства није требало да буде оглашен за наследника или, пак, тестаменталном наследнику, а тестамент је ништав), онда држава, као и сваки други наследник, мора да путем наследничке тужбе *(gereditatis petitio)* захтева утврђивање њеног пречег права на заоставштину, као и њену предају; када постоји оставиочев тестамент онда се увек позивају законски наследници ради изјашњавања да ли га признају или оспоравају, а у недостатку законских наследника позива се јавно правобранилаштво на изјашњавање (овлашћени државни орган), ако се пође од схватања да држава стиче заоставштину окупацијом, дакле „на ничијим стварима", како онда објаснити њену одговорност према оставиочевим повериоцима за његове дугове (до висине вредности „ничијих ствари")[40]; уколико је завешталац у тестаменту одредио да ће његов наследник испунити одређене легате, да ће бити дужан да поштује одређене рокове и услове, па дође до случаја вакантне заоставштине, како објаснити дужност државе, која несумњиво постоји, да легирану престацију испуни, услове и рокове оствари, односно поштује; како објаснити случај када је тестаментални наследник постављен под одложним роком, па заоставштину тренутком делације стекне законски наследник (у конкретном случају то буде држава), па по протеку одређеног рока држава, која ту има положај тзв. претходног наследника (фидуцијара), буде дужна да заоставштину преда тестаменталном наследнику, који у том односу има положај тзв. потоњег наследника (фидеикомисара)[41]!

Одговор на поменута и слична питања очигледно се може дати само на терену приватног, грађанског права и то у највећем броју случајева управо оног његовог дела који се назива наследно право. Зато сматрамо да је „природна" природа права државе на вакантну заоставштину наследно правна и да, у том смислу, о држави треба говорити као о последњем законском наследнику[42].

---

(40) Приговор заступника окупационе теорије да се одговорност за дугове оставиоца уређује облигационим, а не наследно – правним прописима не може се прихватити. Наиме, одговорност наследника до висине вредности наслеђене заоставштине, солидарна одговорност санаследника (нпр. половину наследи тестаментални наследник а другу половину држава као вакантни део заоставштине нераспоређен тестаментом) уређује се наследноправним прописима. Тврдња да је ова одговорност облигационе природе је ирелевантна за суштину проблема – неспорно је да је облигационе природе, али и легат је неспорно облигационе природе па нико не спори да је наследноправна установа par excellent.

(41) Правни положај фидуцијара у основи одговара положају плодоуживаоца: има право управљања заоставштином, право да употребљава ствари из њеног састава, да прибира плодове, да располаже убраним плодовима и др. Фидуцијар је дужан да исплати оставиочеве дугове (што подразумева и порезе држави!), да испуни легате и налоге, има право (и дужност) да тужи оставиочеве дужнике, одговара за штету коју би евентуално нанео потоњем наследнику и др. С друге стране, фидеикомисар има право да захтева да се у јавне књиге упише да је право претходног наследника ограничено, да у одређеним случајевима захтева мере обезбеђења, постављање стараоца заоставштине, попис и процену и др. Вид. Благојевић – Антић, наведено дело, стр. 281 – 282.

(42) У том смислу Благојевић – Антић, наведено дело стр. 358.

Разлике у решењима што их садрже савремена права у погледу правне природе права државе на вакантну заоставштину мислимо да не проистичу из чињенице уравнотежене теоријске аргументације *pro et contra* једне или друге опције, већ, напротив, разлике се јављају због различитих практичних последица (односно интереса појединих држава), које произлазе из усвајања једног или другог става. Усвајање, наиме, схватања о окупационом праву, као и тзв. регалном праву, практично значи стицање вакантне заоставштине искључиво од стране државе на чијој се територији она налази, а то одговара интересима највећег броја развијених држава са наглашеном имиграцијом. С друге стране, прихватање наследноправне природе права државе на вакантну заоставштину више одговара интересима емиграционих држава, а то су, по правилу, земље у развоју, у које спада и наша држава[43].

Да закључимо: а) Правна природа права државе на вакантну заоставштину није у нашим законима о наслеђивању јасно одређена. Теоријски и практични разлози говоре да би, *de lege ferenda*, требало и код нас, слично решењу у немачком праву, прихватити наследно–правну природу овог права, односно државу третирати као последњег законског наследника. б) С друге стране, имајући у виду реалност садашњег стања супротстављених интереса савремених држава, које се одражава и на стање у међународном приватном праву[44], требало би се на међународном плану залагати за усвајање следећих правила: непокретности из вакантне заоставштине припадају држави на чијој се територији налазе, а покретности држави оставиочевог држављанства[45] или, у недостатку овог, пребивалишта; за дугове оставиоца одговорност је ограничена до висине наслеђене активе заоставштине, с тим што у случају да наслеђују две или више држава, оне одговарају оставиочевим повериоцима солидарно и сразмерно висини наслеђене активе.

Усвајање једне међународне конвенције у наведеном смислу, имало би, мислимо, повољне последице у погледу правне сигурности на међународном плану, а довело би и до сужења круга примене одређених института и

(43) На жалост, ово није једино питање на које је у нешем праву дат одговор противан нашим интересима. Поменимо на овом месту сужење круга законских наследника у Србији и БиХ (за разлику од бив. Савезног закона о наслеђивању и закона о наслеђивању осталих република, интестатски наследни ред се у те две републике завршава са првостепеним потомцима родоначелника трећег наследног реда). Пошто те две наше републике имају велики број исељеника (дакле спадају у емиграционе, као уосталом и велика већина других федералних јединица), неретко се догађа да у иностранству умре држављанин СФРЈ са пребивалиштем или републичким држављанством Србије или БиХ, али како је круг законских наследника у њима сужен, у недостатку законских наследника заоставштину (која се налази у иностранству) стиче страна држава – ex jure occupationis!

(44) Различите државе прихватају различите одлучујуће чињенице код регулисања овог питања: lex rei sitae, lex nationalis vel patriae, користе инструмент узвраћања и др, а све то, дакако, у циљу заштите пре свега сопствених интереса.

(45) Слично решење наша земља је усвојила у неким међународним билатералним уговорима – вид. чл. 46 Уговора о правној помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима од 24. II 1962. године, између Југославије и СССР – а; чл. 37. Уговора о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима од 20. I 1964. године, између Југославије и ЧССР; чл. 46 Уговора о правној помоћи од 18. X 1960. године, између Југославије и Румуније; чл. 20. Уговора о узајамној правној помоћи од 23. III 1956. године, између Југославије и Бугарске; чл. 58. Уговора о правном саобраћају у грађанским, породичним и кривичним стварима од 20. V 1960. године, између Југославије и Немачке ДР.

инструмената међународног приватног права (нпр. узвраћања, упућивања, јавног поретка и др.).

(Примљено 15.11.1990)

Dr Oliver Antić,
Associate Professor of the Faculty of Law in Belgrade

THE STATE AS SUCCESSOR

Summary

Legal theory, legislation and judicial practice have for centuries a controversial approach to the problem of legal nature of acquiring inheritance without successor by the state. On the one hand, there is a standpoint according to which the state is privileged occupant of the vacant possession (inheritance), namely the one who acquires possession in its territory on the groun of its imperium. On the other hand, there exist numerous theoretical arguments, including some well-known civil codes, which undoubtedly favour the thesis of the state as the ultimate successor on the ground of law.

Legal nature of the right of state to vacant possession is not set up clearly in Yugoslav law. Theoretical and practical reasons speak in favour - *de lege ferenda* - that, similar to the solution found in the German Civil Code, one should accept the inheritance-law nature of that right of state.

In addition, having in mind the reality of confronting interests of contemporary states regarding this issue (conflict of interests of immigration and emigration contries, which to quite a degree corresponds to the distinction between developed and developing contries), the author suggests that Yugoslavia promotes at the international level the adoption of a convention which would - by respecting interests of both groups of countries - finally solve the above problem. While submitting the draft of the fremework of such convention, the author emphasizes that it would very favourably influence the sphere of private international law, contributing thus to better legal certainty.

Key words: *State.- Successor.- Vacent possession.- Legal nature.- Occupation.- Regal right.- Inheritance law.*

Oliver Antić,
Professeur adjoint à la Faculté de Droit de Belgrade

L'ETAT COMME HERITIER

Résumé

La théorie juridique et la pratique législative et des tribunaux sont depuis des siécles déjà partagées au sujet du problème de la nature juridique de l'acqusition de „l'héritage sans héritier" par l'Etat. D'une part, on défend le concept que l'Etat est l'occupant privilégié de l'héritage vacant, c'est-à-dire qu'il acquiert les biens sur un territoire sur la base de son règne. D'autre part, on évoque de nombreux arguments théoriques, et aussi certains Codes civils connus qaui sont incontestablement en faveur de la thése sur l'Etat comme dernier héritier legal.

La nature juridique du droit de l'Etat à l'héritage vacant n'est pas définie avec précision dans le droit yougoslave. Les raisons théoriques et pratiques disent que, de lege ferenda, il faudrait accepter dans notre droit une solution semblable à celle contenue dans le Code civil allemand, à savoir accepter le caractére juridique héréditaire de ce droit de l'Etat.

En outre, étant donné la réalité des intérêts opposés des Etats contemporains au sujet de cette question (l'opposition des intérêts des Etats d'immigration et d'émigration, ce qui correspond dans une grande mesure à la division en pays développés et pays en développement), l'auteur propose que sur le plan international, la Yougoslavie s'emploie en faveur de l'adoption d'une convention qui, tout en respectant les intérêts des deux groupes d'Etats contemporains, réglerait enfin ce probléme. L'auteur propose un projet de texte qui représenterait les cadres de cette convention et souligne qu'elle aurait des conséquences très favorables en ce qui concerne la securité juridique sur le plan du droit international privé.

Mots clés: *Etat. - Héritier. - Bona vacantia. - Nature juridique. - Occupation. - Droit régal. - Droit de succession.*

UDK — 343.2
Прегледни чланак

др Драгољуб Атанацковић,
редовни професор Правног факултета у Београду

НЕКИ ПРОБЛЕМИ У ВЕЗИ СА ОБЈЕКТИВНО – СУБЈЕКТИВНИМ СХВАТАЊЕМ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Објективно – субјективно схватање кривичног дела укључује виност учиниоца у појам кривичног дела. По овом схватању, једно дело није кривично дело ако његов учинилац није крив. Међутим, ако је кривица састојак оне појаве (кривичног дела) због које се неко окривљује, онда то доводи до нелогичног закључка да је неко крив због тога што је крив, тј. због тога што је остварио елементе кривичног дела, од којих је један и тај да је крив. У раду се доказује да се ова нелогичност може отклонити ако се напусти традиционално психолошко схватање виности по коме је психички однос учиниоца према кривичном делу истовремено и основ прекора (виности) и саставни део самог кривичног дела – и прихвати нормативно схватање виности које прекор види у једној негативној вредносној оцени учиниоца, која нема везе са психичким односом учиниоца према кривичном делу. Према томе, кривично дело је могуће схватити у објективно – субјективном смислу, а да се при том виност не сматра саставним делом самог кривичног дела, чиме се напред наведена нелогичност отклања.

Кључне речи: *Кривично дело. – Виност. – Учинилац.*

1. Да ли кривично дело треба схватити у објективном или у објективно – субјективном смислу, старо је али још увек актуелно питање. Све до појаве расправе Т. Живановића *О субјективном („моралном") елементу у појму кривичног дела* 1909. године, у теорији кривичног права је неприкосновено владало објективно – субјективно схватање кривичног дела. Може се рећи да је ово схватање и данас владајуће, упркос веома бројним аргументима у прилог објективног схватања кривичног дела које је Живановић износио не само у наведеном раду, већ и у својим каснијим многобројним радовима, а нарочито у студији *Основни проблеми кривичног права*, објављеној у Паризу 1929. и у Београду 1930. године (којом је дефинитивно заокружио своју концепцију трипартитне науке кривичног права).

2. Циљ овога рада није доказивање исправности објективног схватања кривичног дела. Напротив, као што ће се видети, и ми стојимо на становишту да се кривично дело, као дело човека, не може посматрати у чисто објективном смислу. Оно што нас је побудило да се ипак упустимо у расправљање ове проблематике јесте чињеница да још увек има извесних недоречености у објективно – субјективном схватању, које, ако се ствари дубље посматрају, и нису последица тог схватања, већ више резултат нерешености неких других питања кривичног права. Ако би та друга питања била решена, онда, чини нам се, не би било места неким апсурдним решењима до којих на први поглед доводи прихватање објективно – субјективног схватања кривичног дела.

3. Једно од најапсурднијих решења до којих на први поглед доводи прихватање објективно – субјективне концепције кривичног дела – јесте чињеница да се виност учиниоца инкорпорира у сам појам кривичног дела[1]. Ако је виност (кривица, прекор) саставни део кривичног дела и ако кривичног дела нема – уколико нема виности – онда се поставља питање да ли је учинилац крив зато што је учинио кривично дело или је учинио кривично дело зато што је крив.

Доследном применом логике објективно – субјективног схватања морало би се доћи до закључка да је учинилац извршио кривично дело зато што је крив, јер да није крив, кривичног дела уопште не би било. Ако је кривично дело оно за шта се учинилац прекорева, а оно постоји само ако се за њега прекорева, онда се долази до логички крајње неодрживог закључка да се учинилац прекорева зато што се прекорева, тј. да је предмет прекора сам прекор.

4. Поставља се питање како отклонити ову логичку противречност и може ли се она уопште отклонити ако се виност не измести из појма кривичног дела. Мишљења смо да је заиста тешко, па чак и немогуће, наведену противречност отклонити ако се виност задржи у појму кривичног дела. Међутим, упркос томе сматрамо да тиме објективно – субјективно схватање кривичног дела не мора доћи у питање и да решење проблема не лежи у схватању самог појма кривичног дела, већ у схватању појма виности. У излагањима која следе настојаћемо то и да докажемо.

5. Основна грешка заступника трипартиције (а и њених противника), чини нам се, да лежи у томе што су се њихове расправе о објективном, односно објективно – субјективном схватању кривичног дела одвијале у оквиру психолошке теорије виности. По овој теорији, виност (кривица, прекор) лежи у самом психичком односу учиниоца према делу. Сама свест, тј. воља кроз коју се изражава тај психички однос – заснива прекор. С друге стране, пак, свест и воља представљају саставни део и самог кривичног дела. Свако људско дело (осим рефлексних, инстинктивних покрета, покрета под дејством више силе и сл.) представља свесни и вољни акт. Дело човека представља еманацију његове свести и воље. Свест и воља су нужно уткани у материју људског дела јер оно управо представља њихову материјализацију.

Када се ово има у виду, онда постаје јасно да се на бази психолошког схватања виности не може изаћи из горе поменутог зачараног круга логичке противречности. Ако се исти елементи (свест и воља) појављују као саставни део самог кривичног дела, а истовремено узимају и као основ кривице тј. прекора, онда је заиста немогуће избећи апсурдан закључак да је предмет прекора – сам прекор. Иста је ситуација и са нормативно – психолошким схватањем виности, јер и оно узима као основ прекора психолошки елемент (свест о противправности).

Оно што је елемент кривичног дела – не може бити само по себи прекор. Свест и воља су само субјективни елементи кривичног дела поред осталих субјективних елемената (као што су, нпр. намера, побуде, знање и сл.). Ти елементи заједно са објективним елементима кривичног дела (радња, после-

---

(1) Тако, на пример, Срзентић – Стајић – Лазаревић (*Кривично право – општи део*, Београд, 1978, стр. 128) истичу „да се не може сматрати кривичним делом оно што се одређеном лицу не може ставити на терет, за које дакле нико не одговара", те да објективна теорија „одвајајући кривично дело и кривца, одваја оно што се не може одвојити". Исто тврди и Бачић (*Кривично право – општи дио*, Загреб, 1980, стр. 144), који критикујући трипартицију истиче да „дјело и кривац чине нераскидиву цјелину".

дица, начин, средство, место, време и сл.) само „граде" биће кривичног дела и не могу бити сами по себи носилац прекора.

Једино у време владавине индетерминистичке теорије о слободи воље – воља да се изврши кривично дело је носила сама собом негативну оцену учиниочеве личности и као таква је била директан извор прекора. Данас је индетерминистичко учење о слободи воље сасвим превазиђено, па се стога и психолошко схватање виности, које несумњиво вуче своје корене из овог учења – мора сматрати застарелим и неподесним за правилно одређивање појма виности и њеног места у систему кривичноправних појмова.

6. Када се ово има у виду, намеће се закључак да решење проблема треба тражити на основу нормативног схватања виности, које виност (кривицу, прекор) не заснива на психолошким чињеницама[2] и које као такво омогућава да се при том виност не посматра као саставни део кривичног дела.

У том смислу треба посебно обратити пажњу на тзв. учење о финалној радњи[3] које је, и поред извесних недостатака, по нашем мишљењу, најдоследније спровело одвајање психолошких елемената кривичног дела од виности. Ми на овом месту нећемо улазити у све консеквенце финалистичког учења, поготову што многе од њих нису у потпуности прихватљиве. Осим тога, ни потребе овога рада не захтевају неко детаљније улажење у сва решења која ово учење нуди. За нас је најважнија полазна основа овог учења.

Ово учење, наиме, полази од тога да је свака људска радња финална, тј. циљна. Циљност је иманентна људској радњи. Без циљности би људска радња представљала слеп каузални фактор који се ни по чему не одваја од других природних каузалних фактора (грома, земљотреса, покрета животиња и сл.).

Међутим, то што је људска радња по својој природи финална нема везе са прекором који се учиниоцу може упутити због кривичног дела које је таквом радњом извршио. Могуће је да циљ који неко својом финалном радњом хоће постићи буде потпуно ирелевантан за кривично право, па да ипак том радњом буде извршено кривично дело. Ако, нпр, неко сече стабло дрвета у својој шуми – онда циљ тог сечења (да би се дрво нпр. искористило као грађевински материјал) – нема никаквог значаја за кривично право. Но, ако том приликом стабло падне на некога и усмрти га, онда се поставља питање прекора који треба упутити учиниоцу због наступања ове последице. Тај прекор, као што се види, нема везе са циљем који је учинилац сечењем стабла хтео да постигне.

Прекор се, дакле, не заснива ни на каквом психичком односу учиниоца према своме делу, већ га треба тражити у *манљиво спроведеној* финалној радњи у оквиру које је дошло до остварења кривичног дела. Другим речима, питање прекора се не везује за то какав је био психички однос учиниоца према својој радњи у циљу који је њоме хтео да постигне, већ се везује за једну чисто нормативну процену: да ли се предузета радња са социјалне и правне тачке гледишта може оценити као манљиво спроведена финална радња.

Поставља се сада питање, када се има узети да је једна радња манљиво спроведена. Представници финалистичког учења кажу да манљиво усмера-

(2) У том смислу Франк (*Теорија казненог права – опћи дио*, Загреб, 1955, стр. 147) каже да су психолошке чињенице „средства да се утврди човек као учинилац, а не као личност". За утврђивање прекора – истиче Франк – ове чињенице су „углавном безбојне и оне нису у стању да дају слику о учиниочевој личности".

(3) Главни протагониста овог учења је немачки теоретичар Welzel (*Um die finale Handlungslehre*, 1949; *Das Deutsche Strafrescht*, 1979; *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 1961, и др.) а заступају га и други немачки теоретичари (Jescheck, Maurach и др.).

вање радње постоји онда када учинилац није водио рачуна о узгредним (забрањеним) последицама своје радње, тј. када није планski усмерио радњу тако да ове последице буду избегнуте. Финално усмеравање једне радње, према томе, мора обухватити и планско избегавање узгредних (забрањених) последица. У супротном – реч је о манљиво усмереној радњи, тј. радњи чије усмеравање није одговарајуће оном усмеравању, које би водило – од правног поретка очекиваном – избегавању забрањене последице.

Право очекује од сваког појединца који узима учешће у социјалном животу, да финално усмеравање свога понашања усклади са потребама социјалног живота. Човек мора да се понаша онако како би се и сваки други савестан и увиђаван човек на његовом месту понашао у циљу избегавања социјално непожељних (правно забрањених) узгредних последица.

Реч је о једној „објективној брижљивости" коју сваки човек мора поштовати онда када предузима одређене делатности ради остварења својих циљева.

Једно лице поступа с објективном брижљивошћу онда када води рачуна о могућим узгредним последицама своје радње, које су *сазнатљиве* за просечно савесног и увиђавног човека. Но, та објективна брижљивост још увек не улази у домен виности, већ се налази у домену противправности. Ко се приликом предузимања одређене делатности не понаша сагласно захтевима објективне брижљивости, тај поступа противно дужности коју му правни поредак поставља, а то онда није ништа друго до противправно понашање. Према томе, питање да ли се неко понашао у складу са дужношћу или противно њој – јесте питање постојања кривичног дела (тј. његове противправности), а не питање постојања виности. Ако се неко понашао у складу са дужношћу, тј. онако како би се на његовом месту понашао просечно савестан и увиђаван човек – онда не треба узети да је искључена његова виност, већ треба узети да је искључено кривично дело) због недостатка противправности).

7. Сама чињеница да се неко понашао противно дужности (тј. противправно) јесте претпоставка за прекор, али није сам прекор. Поставља се онда питање у чему се састоји прекор.

По нашем мишљењу, прекор се мора тражити у личном *ставу* учиниоца према кршењу својих дужности који се испољио кроз извршење кривичног дела. Није чак важан ни став према последици (јер свако кривично дело не мора имати последицу) – *већ је важан став према дужности.* Оцена је чисто нормативна, јер психички однос према делу за оцену овог става нема значаја[4]. Могуће је да неко буде свестан велике вероватноће да својом рад-

(4) Једино се може поставити питање у чему лежи прекор када је учинилац *хтео* да изврши кривично дело, тј. када је циљ његове радње био извршење кривичног дела. Није ли у том случају *воља* ипак основ прекора? Не ради ли се ту о директном умишљању као облику виности у смислу психолошког схватања виности? Наше је мишљење да се ни у оваквом случају прекор учиниоцу не заснива на самој вољи као таквој, већ опет на *ставу* учиниоца према својим дужностима. Воља се само појављује као индикатор тог става, али сама собом не носи прекор. Када неко лице вољно крши дужност, када вољно нарушава друштвене вредности, чије поштовање правни поредак од њега захтева – онда оно у највећој мери испољава свој став непоштовања тих вредности, па као такво заслужује највећи прекор. Дакле, оно што се примарно прекорева – то је став. Воља је секундарна, она је само израз става, и зато сама по себи не изазива прекор. Као што се види, иако и по психолошком и по нормативном схватању виности у оваквим случајевима постоји највиши прекор – поклапање је само привидно са гледишта практичних резултата до којих се долази. Међутим, принципијелни приступ оцени прекора је сасвим различит. По психолошкој теорији, воља је *самодовољан* основ прекора, док је по нормативној теорији

њом изврши кривично дело, али да баш зато предузме опсежне мере предострожности. Прекор према таквом учиниоцу не треба градити на основу његове свести (тј. на бази његовог психичког односа) – већ га треба градити на основу предузетих мера предострожности. Што је учинилац предузео веће мере предострожности, што је више своје понашање приближио дужном понашању – то ће бити мањи прекор који му треба упутити, без обзира на степен његове свести. И обратно.

С друге стране, пак, могуће је да учинилац уопште не буде свестан да ће својом радњом учинити кривично дело, а да се при том тешко огреши о дужност предузимања мера предострожности. Такав би, на пример, био случај са возачем, који улазећи својим возилом у раскрсницу без првенства пролаза, уопште не провери да ли му са десне стране наилази неко возило, услед чега дође до судара у коме неко лице изгуби живот. Овде се несумњиво ради о тешком пренебрегавању дужности предузимања мера предострожности од стране возача – што заслужује прекор високог степена. Са гледишта психолошке теорије, овде би се радило о несвесном нехату (тј. о најблажем прекору), јер учинилац уопште није био свестан могућности судара, пошто возило које наилази није ни видео! Очигледно је да процена прекора у оваквом случају на бази психолошких критеријума не би била реална и да се једина реална процена прекора може заснивати само на бази става учиниоца према својој дужности.

8. Осећајући да је заснивање прекора у оваквим случајевима на бази психолошких критеријума (које је поставио наш законодавац) нереално тј. да не одговара стварном прекору који учинилац заслужује – наша судска пракса је прибегла једном помоћном критеријуму за оцену прекора. Реч је о критеријуму „безобзирности". Тај критеријум се често у пракси (нарочито код кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја) употребљава за утврђивање „пристајања" учиниоца на наступање забрањене последице, а самим тим и његовог евентуалног умишљаја у односу на извршено кривично дело[5].

На тај начин, у тежњи да у оквиру законом усвојене психолошке теорије ипак обезбеди адекватну оцену прекора који учиниоцу треба упутити – судска пракса је неосетно прихватила нормативни критеријум за ту оцену. Ово стога што је „безобзирност" један чисто нормативни појам који веома јасно указује на став учиниоца према својој дужности, не садржећи у себи никакве психолошке примесе.

9. Када се има у виду напред речено, јасно се може уочити да у ствари нормативна оцена виности (кривице, прекора) није ништа друго до оцена обзира учиниоца према дужностима које правни поредак успоставља ради заштите друштвених вредности.

Кривица учиниоца, тј. прекор који му се чини због учињеног кривичног дела лежи у томе што он према друштвеним вредностима није имао обзира који је од њега очекивало друштво и правни поредак. Уколико је

она само индикатор прекора, који се иначе састоји у једној негативној вредносној оцени учиниочевог става према друштвеним вредностима, које је извршењем кривичног дела повредио.

(5) У том смислу занимљиво је цитирати следећи закључак са саветовања одржаног у Врховном суду Југославије 1961. године: „Ако се утврди да је учинилац поступао безобзирно, обесно, грубо вређајући саобраћајне прописе и правила, очигледно угрожавајући туђе животе и имовину и томе слично, мораће се логички закључити да је пристао на наступање конкретне опасне ситуације, дакле да је поступао са евентуалним умишљајем".

учинилац поступао са мање обзира према овим вредностима, утолико је његова кривица већа. И обратно.

У оцени питања у којој мери је учинилац имао, односно није имао обзира према друштвеним вредностима, мора се *одвојити* личност учиниоца од његовог дела и посматрати његов однос према делу у једном вредносном (нормативном) смислу, а не у психолошком. Мора се посматрати понашање учиниоца приликом извршења кривичног дела заједно са свим околностима које су то дело пратиле и из тога извући закључак о личности учиниоца и о његовом ставу према друштвеним вредностима које је повредио.

С обзиром на то, може се слободно рећи да виност (кривица, прекор) уопште *није* субјективна категорија, већ да је то један објективни (негативни) вредносни суд о субјекту.

Ако се ствари тако посматрају, а оне се, с обзиром на напред речено, тако могу посматрати само на основу нормативног схватања виности – онда се јасно може видети да виност није нити субјективни елемент, нити уопште елемент кривичног дела. На тај начин, чини нам се, решена је основна дилема о којој се у овом раду расправљало: виност је могуће посматрати одвојено од кривичног дела, а при том ипак остати при објективно – субјективном схватању кривичног дела.

(Примљено 05. 02. 1991)

Dr Dragoljub Atanacković,
Professor of the Faculty of Law in Belgrade

SOME PROBLEMS OF OBJECTIVE-SUBJECTIVE CONCEPTION OF CRIMINAL OFFENCE

Summary

The objective-subjective conception of criminal offence includes the guilt of the perpetrator within the notion of criminal offence. Thus, an act is not a criminal offence if its perpetrator is not to blame. However, if the guilt is a component part of that phenomenom (criminal offence) due to which someone is accused, there follows an illogical conclusion that one is guilty because he is to bleme, namely because he has realized the elements of criminal offence, one of which is the element that he was to blame. This illogical conclusion may be eliminated after one abandons the traditional psychological conception of guilt according to which the psychological relationship of the perpetrator toward the criminal offence is at the same time the ground of reproach (guilt) and the component part of the very criminal offence. Instead, one should accept the normative conception of guilt which looks at the reproach as a kind of negative value assessment of the perpetrator, which has no relation to the psychological relationship between the perpetrator and the criminal offence. Accordingly, it is possible to conceive criminal offence in the objective - subjective sense without considering guilt as a component part of the criminal offence itself. In such a way mentioned illogical conclusion is eliminated.

Key words: *Criminal offence.- Guilt.- Perpetrator.*

Dragoljub Atanacković,
Professeur à la Faculté de Droit de Belgrade

CERTAINS PROBLEMES LIES AU CONCEPT SUBJECTIF - OBJECTIF DE L'ACTE CRIMINEL

Résumé

Le concept subjectif-objectif de l'acte criminel introduit dans la concept de l'acte criminel la culpabilité de l'auteur de l'acte criminel. Selon ce concept, un acte n'est pas un acte criminel si son auteur n'est pas coupable. Cependant, si la culpabilité est la composante du phénoméne (de l'acte criminel), en raison duquel une personne est inculpée, cela aboutit alors à une conclusion illogique que quelqu'un est coupable parce qu'il est coupable, c'est - à - dire parce qu'il a realisé les éléments de l'acte criminel, parmi lesquels celui de sa culpabilité. Dans son travail, l'auteru fournit des preuves que cet élément illogique peut être éliminé si l'on abondonne le concept psychologique traditionnel de culpabilité selon lequel le rapport psychique de l'auteur envers l'acte criminel est en même temps la base de la reproche (de la culpabilité) et partie intégrante de l'acte criminel lui-même et si l'on admet le concept normatif de la culpabilité qui voit la reproche dans un jugement de valeur négatif de l'auteur, n'ayant aucun lien avec le rapport psychique de l'auteur envers l'acte criminel. On peut, donc, comprendre un acte criminel dans le sens objectif - subjectif sans considérer que la culpabilité fait partie de l'acte criminel, ce qui élimine l'élement illogique mentionné ci - dessus.

Mots clés: *Acte criminel. — Culpabilité. — Auteur de l'acte criminel.*

UDK — 340.1
Изворни научни рад

др Данило Н. Баста,
ванредни професор Правног факултета у Београду

НЕКОЛИКО ЗАПАЖАЊА О СЛОБОДАНУ ЈОВАНОВИЋУ И ДУХОВНОМ СТОЖЕРУ ЊЕГОВОГ ДЕЛА

Положај Слободана Јовановића у целокупној нашој култури сасвим је изузетан и одређен је неколиким чиниоцима, међу којима се издвајају опсег, тематска разноврсност и мисаона складност његовог дела. Ако се постави питање о основном језгру и преовлађујућој тенденцији тог дела, о ономе на шта је оно превасходно усмерено, онда би се могло рећи да је то Историја, да је то историјски свет са свим својим манифестацијама, учесницима, творевинама и покретачким идејама. Читаво Јовановићево дело и његов духовни лик у знаку су психолошко-социолошке аналитике човековог историјског света. Са своје стране, то је аналитика прожета политиком, правом и државом, услед чега има политичко-правни карактер.

Кључне речи: *Култура. – Историја. – Политика.*

Положај Слободана Јовановића у целокупној нашој култури сасвим је изузетан. Ту изузетност одређују неколики чиниоци. Пре свега, његово дело издваја се својим опсегом. Иако још није урађена потпуна библиографија његових радова, што је дуг који ми према Јовановићу тек треба да одужимо, ипак нема сумње да је његово дело толико да би се по томе ретко ко од наших стваралаца и научника могао упоредити са Слободаном Јовановићем. Али, ако би у том погледу и било оних који би се с њим могли ставити раме уз раме, или чак обимом свога дела превазилазили његово, каквих би се примера вероватно дало наћи (можда Јустин Поповић, можда Јован Цвијић), сасвим је извесно да се у нашој култури нико не може упоредити нити изједначити са Слободаном Јовановићем када је реч о духовном обиљу, предметној и тематској разноврсности његовог дела у целини. По томе је он јединствена појава у нас, појава без премца. Јер, нико се, ни пре ни после њега, није као он и то с подједнаким успехом, огледао у областима не само различитим него и, садржински и методски, удаљеним једна од друге. Јовановић је стигао да буде и историчар националне историје, и књижевни критичар, и теоретичар државе и права, и социолог политике, и историчар политичких теорија и психолог политике, политичког света и политичког делања. Његова обрада нашег деветнаестог века у сваком погледу је до данас остала меродавна и непревазиђена; странице које је, рецимо, написао двадесетих година о Марселу Прусту, откривајући и приближавајући нашој публици једног великог писца, до тада мало познатог, показују његов истанчан укус, дар сигурног препознавања онога што ће тек касније постати неоспорна величина и заснован књижевни суд, тако да се још увек читају са занимањем и одобравањем. Његова књига о држави, у којој је дао основе једне правне теорије, до дана

данашњег је најбоље и најсистематичније дело те врсте написано на нашем језику; његове студије из политичке социологије и данас могу да послуже као образац како ваља радити у тој дисциплини, чији је он један од првих представника код нас, ако не и њен зачетник; његове расправе о Платону и, особито, о Макијавелију и Берку иду у ред наших највреднијих текстова из историје политичке мисли; његова књига о вођама Француске револуције упечатљив је пример и сведочанство психолошке проницљивости у портретисању неколико типова револуционара, чију је политичку делатност и судбину превасходно настојао да разуме и осветли помоћу њиховог карактера, склопа њихове личности.

Јовановић је писао много, али не превише; штедро но не и прекомерно. Међу његовим радовима има безмало свих врста текстова. Испод његовог пера излазили су прикази, белешке, парламентарна хроника, чланци, огледи, студије, расправе, али и монографије, систематска дела, уџбеници. Изгледа, међутим, да је као писац био највише свој и највећма „код себе" онда када се подухватао да да духовни и политички портрет какве истакнуте личности, свеједно да ли из наше или туђе историје. По свему судећи, тада је његово списатељско умеће долазило до највећег израза и постизало највреднија остварења.

Али то није све. Треба додати још нешто, не мање важно. Тек ће тада бити могуће да се разуме особеност његовог места и његове улоге у нашој култури. Слободан Јовановић није био само човек широких видика и разноврсних интересовања. Он је у исто време био и човек који је својски осећао снагу и могућности нашега језика. За њега није било значајно само оно о чему пише, него и како о тиме пише. Колико је држао до предмета разматрања, толико је полагао на језик и израз. Један од твораца и најистакнутијих представника тзв. београдског стила (уз Јована Скерлића, Богдана Поповића, Јована Дучића), Слободан Јовановић је свагда умео да својим мислима и идејама да правог израза и потребне језичке мере. То је оно што је његовом делу, у себи толико разнолико, подарило унутарњи склад и мисаону лепоту. Може бити да је у нашој науци било живљих, васпренијих, местимице чак продорнијих духова. Ширих, срећенијих, складнијих, лепших, тешко да је било. Са тог гледишта, Слободан Јовановић је усамљена појава.

Када се сви ти чиниоци узму у обзир, постаје схватљиво због чега Слободану Јовановићу и његовом делу припада изузетно место не само у нашој науци, него и у целокупној култури нашег народа.

Јовановићево дело је одиста богато и разнолико. То се уочава већ на први поглед. Баш због тога, само се по себи намеће питање да ли у том делу има нечега преовлађујућег, претежнијег, нечега што открива и у чему се испољава Јовановићев кључни духовни интерес? Другим речима, има ли то дело некакво своје језгро, стожер, нешто што му у већој мери даје печат, што га обележава више и потпуније од свега другог? Да ли се испод богатства и разноврсности Јовановићевог дела, иначе неоспорних, налази нешто основније, мање видљиво али снажно присутно, нешто што би се могло сматрати и означити као његова матица и у чему би се највећма огледао и изражавао духовни лик његовог творца?

На ова питања није лако одговорити. Још је теже дати на њих одговор једнозначан, одсечан и неопозив. Од таквог би се одговора, ако би ко покушао да га олако да, својим особинама успешно бранило само Јовановићево дело. Осим тога, такав би се одговор излагао ризику поједностављивања и стезања једног полифоног дела у калуп једнообразности. Он би стога био насилан према једном очигледно несводљивом делу и несумњиво би се огрешио и о то дело и о његовог аутора.

Тих ризика, тешкоћа и опасности зацело треба бити свестан, али, упркос њима, не треба одустати од установљавања онога што се у делу Слободана Јовановића може издвојити као његова жижа, као оно на шта је то дело првенствено било усредсређено и у чему се и око чега се сабирало. Такво би нас одустајање унапред лишавало могућности да Јовановићево дело сагледамо дубински и да бацимо светлост на његову суштаствену тежњу. Да то ваља чинити обазриво, да се при том треба руководити свом потребном смотреношћу, сувишно је посебно наглашавати. Само се тако у то дело може „ући", а да се оно не окрњи.

Уза сву разноликост Јовановићевог дела, уза сву разнородност његових списа, уза свеколику различност његових интересовања, постоји нешто што је Јовановића неодољиво привлачило, чему се непрекидно враћао, што га је заокупљало и увек изнова побуђивало пажњу његовог истраживачког и љубопитљивог духа.

Једном једином речју речено, то је Историја, писана великим словом и узета у најширем смислу. Када се каже да је историја Јовановићев главни интерес и, следствено, окосница читавог његовог дела, мисли се на један обухватан појам. Он најпре подразумева историју у смислу „историописања", историју у значењу брижљивог реконструисања и низања чињеница о прошлим временима и збивањима, а на основу критички проверених и коришћених извора; он, затим, садржи у себи настојања да се у историјски ток проникне посебним путем и нарочитим методом – преко портретисања, у основи индивидуално–психолошког и мањим делом социолошког, знатнијих историјских личности, оних изразитих појединаца кадрих да на историјско кретање утичу снажно и пресудно, утискујући се у њега и, каткад, одређујући му правац, али уједно и таквих које су бујица и стихија историјских догађаја надвисиле, претворивши их у трагичне јунаке и жртве историје. Најзад, он обухвата политичке установе и политичке идеје у њиховој историјској димензији, онако, дакле, како су се у историји јављале, развијале, деловале или пак с временом трошиле и постепено гаснуле.

Из свега тога произлази и све то потврђује да се историјски живот– са свим својим испољавањима, учесницима, творевинама и покретачким идејама – за Слободана Јовановића налазио у средишту његове духовне делатности и да је представљао њено жариште из којег се она разгоревала. У највећем делу онога што је предузимао, чега се као истраживач и научник лаћао и о томе писао, Јовановић је ишао за тим да историју разложи, опише и разуме, Он је био загледан у историјски живот човеков, у његов дух и дах, његов ток и његове појаве. Тежећи да тај живот доведе до речи и учини схватљивим себи и другима, он је у њега урањао, али се у њему није губио. Располагао је даром уживљавања у историјске догађаје и понирања у психологију њихових актера, једном драгоценом способношћу без које се посао историчара не може замислити, без које он остаје тек хладна и бездушна фактографија која се креће по површини ствари и живота. Међутим, та моћ уживљавања, по себи заводљива, није се код Јовановића извитоперавала у произвољно психологизирање, или неумерено субјективизирање историјског збивања. Она је, готово без изузетка, остајала у границама које су му омогућавале да, не испуштајући из вида спољашњу страну историје, увек види и њену унутрашњу страну. За Слободана Јовановића, повест није била безлично збивање; он никада није сметнуо с ума да у њој делају и да је стварају конкретни људи, људи од крви и меса, са својим страстима, интересима, жељама, уверењима, манама, врлинама. Можда се код њега ту и тамо наиђе на какво психолошко детаљисање или претерано нијансирање. Ипак, те се минијатуре, иначе необично занимљиве и најчешће изведене с неодољивим иронисањем, нипошто не могу узети као недостаци самог метода, већ пре као тренутна

необузданост у његовој употреби, необузданост од које, уосталом, нема никакве штете. Држећи да се историја не може одвојити од њених учесника и делатника, да се, према томе, иза сваког историјског догађаја мора видети жив човек, Слободан Јовановић је обједињавао у себи психолога и аналитичара историјског збивања. У крајњој линији, читаво његово дело, укључив и радове који су строго теоријски и на први поглед сасвим неисторијски, у знаку је те психолошко–социолошке аналитике човековог историјског света.

Ако се изблиза погледа, та Јовановићева аналитика историјског света, којом највећма влада психологија, али у којој није занемарена ни социологија, показује једно својство у којем се најпотпуније изражава и препознаје мисаони профил Слободана Јовановића. Посреди је околност да је та аналитика сва прожета политиком, правом, државом. По ономе што је у њој преовлађујуће, што је, према томе, у њој суштинско, аналитика историјског света какву је развио и заступао Слободан Јовановић има политичко – правни карактер. Он је у историјском свету пре свега другог и изнад свега другог видео свет политике и права, државе и њеног живота. Историјска сцена, на којој се појављују учесници историјских збивања, за њега је била поглавито одређена и омеђена политичком радњом и политичком вештином, правним нормама, државним органима и установама. Ако се тако може рећи, простор историје Јовановић је у основи изједначавао са простором политике; то је у ствари један те исти простор. Кључ разумевања историјских догађаја пружа – ако не једино, а оно превасходно – политика. Ко жели да да објашњење неког историјског збивања или раздобља, мораће га тражити и наћи у његовим политичким чиниоцима и учесницима. Јер, пређа историје, од које се ткају историјска збивања, сачињена је од материје политике. С тим је рачунала, тога се придржавала и то доказивала аналитика историјског света коју је, с вичношћу и мајсторством какви су код нас без премца, изградио и иза себе, као понос наше друштвене науке и читаве духовне културе, оставио Слободан Јовановић. Опхођење према њој као споменику, а не као могућем надахнућу, не би било ни добро, ни пожељно, нити тог наслеђа достојно.

(Примљено 01.01.1991)

Dr Danilo Basta,
Associate Professor of the Faculty of Law in Belgrade

FEW REMARKS ON SLOBODAN JOVANOVIĆ AND THE SPIRITUAL CENTER OF HIS WORK

Summary

The positon of Slobodan Jovanović in our culture taken as a whole is quite exceptional and marked by several elements - first of all by its scope, thematic richness and spiritual coordination of his work. In terms of basic nucleus and prevailing tendency of that work, as well as of its main direction, one can say that history has the central position, namely, the historical world, with all its manifestations, participants, creations and leading ideas. The entire work of Jovanović and his personality are characterized by psychological and sociological analysis of man's historical world. This analytic approach in itself is permeated by politcs, by law and by considerations of state, due to which his work has political and legal character.

Key words: *Culture.- History.- Politics.- Slobodan Jovanović.*

Danilo Basta,
Professeur à la Faculté de Droit de Belgrade

CERTAINES REMARQUES SUR SLOBODAN JOVANOVIĆ ET SUR L'ESPRIT DE SON OEUVRE

Résumé

La place de Slobodan Jovanović dans notre culture globale est tout à fait exceptionnelle et elle est définie par plusieurs facteurs, parmi lesquels se dégagent le volume, la variété des thémes et l'homogénéité de réflexion qui caractérisent cette oeuvre. En ce qui concerne le principal noyau de cette oeuvre, les tendances qui y prédominent et ces principales orientations, on pourrait dire que c'est l'Histoire, que c'est le monde historique avec toutes ses manifestations, ses participants, ses résultats et ses idées motrices. L'oeuvre toute entiére de Slobodan Jovanović et son monde spririteul sont sous le signe de l'analyse psychologique et sociologique du monde historique de l'homme. Cette analyse est imprégnée de politique, de droit et d'Etat, et c'est pourquoi elle a un caractére politico - juridique.

Mots clés: *Culture. — Histoire. — Politique.*

UDK — 349.2
Прегледни чланак

др Влајко Брајић,
редовни професор Правног факултета у Београду

КОНЦЕПТ РАДНОГ ОДНОСА У ОСНОВНОМ ЗАКОНУ О РАДНИМ ОДНОСИМА (1965) И ЊЕГОВ УТИЦАЈ НА ПРАКСУ И ТЕОРИЈУ

У овом чланку је реч о радним односима и теорији радних односа од увођења самоуправљања до најновијих дана. Аутор указује на тзв. „негаторско" схватање радних односа, на решења у законодавству и друга схватања која су била другачија али супротна од „негаторског". Сва ова проблематика се разматра у оквирима концепције радног односа која је садржана у Закону о радним односима (ЗРО – 1965). Аутор указује на битне елементе еволуције те концепције (Уставни амандмани 1971, Закон о међусобним односима радника у удруженом раду 1973. и Устав од 1974), закључно са концепцијом радних односа садржаном у Закону о удруженом раду 1976. Стручни и теоријски радови су делом (могло би се рећи преовлађујућим) заступали концепцију која је била садржана у законодавству. Но, било је критика па и теоријских схватања, као што су била схватања професора Балтића, која су била на завидном теоријском нивоу и утемељена на неким савременим светским решењима или на адекватном тражењу решења.

Кључне речи: *Радни однос. – Негаторска теорија. – Законодавство.*

1. Увод

Промене које се врше у области радних односа и њихова новија историја у Југославији намећу потребу анализе развитка радних односа и теорије у овој области. Посебно је значајно извршити анализу за период од 1950. године до данас. Но, та анализа не би била потпуна без изучавања претходног периода – како оног после другог светског рата, тако и пре њега. Та анализа захтева доста времена и простора и читав тим истраживача. Због тога ће овом приликом бити речи само о једном сегменту целокупне проблематике – о концепту радног односа у Основном закону о радним односима (1965) – Службени лист СФРЈ, бр. 17/1965. Разлог избора ове теме (сегмента) јесте у томе што је овај Закон донет након једне и по деценије од увођења самоуправљања у току које су чињени напори да се изгради самоуправни систем и који је завршен доношењем Устава 1963. године. У току тог периода су вођене јавне, стручне и научне расправе о радном односу у којима су заступана врло опречна схватања[1]. Потреба да се обликује систем и конкретизује у радним односима довела је до реализације концепта који је негирао постојање радних односа. Тај концепт је садржан у Закону о радним односима из 1965. (ОЗРО).

(1) Др А. Балтић, др М. Деспотовић, *Основи радног права Југославије*, Београд, 1978, стр. 50 – 66.

Тај концепт, даље развијан и делимично мењан, довео је до концепта Закона о удруженом раду од 1976. (ЗУР) – „Службени лист СФРЈ", 53/76. Та развојна линија и оспорени концепт ЗУР – а указују на значај концепције ОЗРО (1965).

У поменутим расправама, вођеним од увођења самоуправљања, у погледу радног односа изражена су два основна става: (1) радни однос више не постоји и чак се мора напустити тај термин, тзв. негаторска теорија о радним односима;[2] радни однос постоји тамо где постоји самоуправљање радних колектива и да би тако требало да буде"[3].

Ако се погледа концепција радног односа у ОЗРО (1965), онда се види да су „међусобни односи" које радни људи успостављају у радним организацијама као чланови радне заједнице – концепција која негира радни однос. Та концепција је постала део позитивног права, а имала је и своје заступнике и у стручним расправама. Истакнути теоретичари у области радног права нису били присталице тог схватања. То се нарочито односи на професора Александра Балтића – што се може видети из његових радова.

2. Негаторска и мешовита концепција радног односа

У цитираној одредби члана 1. ОЗРО (1965) садржана је тзв. негаторска одредба о радном односу. Мада преовладава, она се овде преплиће са теоријом радног односа. То се види из неколико чланова Закона почев од члана 3. у коме се каже да радна заједница „одређује радне односе". Но, овај члан истовремено говори и о удруженом раду. Одредбе које говоре о радном односу садржане су у члановима: 4, 6, 7, 12, 13, 15. Члан 16. Закона, међутим, говори о „односима између радника по основу удруженог рада". Према члану 27. Закона, радник даном ступања у организацију постаје члан радне заједнице. Постоји, дакле, двојство односа: у радној организацији и радној заједници. Треба, међутим, рећи да иако су сличне одредбе садржане у целом закону – ипак преовлађује радна заједница као „ентитет" и субјекат односа. То нарочито долази до изражаја у тумачењу закона и уобличавању концепције о радној заједници као субјекту који треба да замени радну организацију (предузеће). Та концепција у погледу радних односа такође инсистира на радној заједници као субјекту радних односа. Прво је то била тврдња да се радни однос не заснива са радном организацијом, већ са радном заједницом. Затим је ова концепција, позивањем на ОЗРО (1965) о чланству у радној заједници, касније развила тезу о радним односима међу радницима. Но, та теза – доведена до краја – искључивала је сваки други однос па тиме негирала постојање радног односа.

Већ су поменуте одредбе Закона које говоре о радном односу или бар употребљавају тај термин. На другој страни, један број теоретичара у области радног права, а нарочито професор Балтић, говоре о *радном односу* и указују на теоријске разлоге и реалне односе. Позивају се такође и на одредбе ОЗРО (1965) да би доказали своје тврдње у прилог концепције о радном односу као реално постојећем и тако оспоравају негаторску концепцију радних односа.

Нарочито је указивано на одредбе које се тичу остваривања права, дужности и одговорности радника и које се везују за радни однос у чл. 123. У члану 133. Закона се на другој страни говори о повременом и привременом раду, говори о радном односу: „радним односима у смислу овог Закона не

(2) Др Б. Перић, *Негаторска теорија о радном односу*, „Годишњак Правног факултета у Сарајеву", бр. III, 1955, стр. 157-175.

(3) Др Б. Перић, *исто*, стр. 174.

сматра се вршење ... " из чега се види да закон говори о радном односу. То би се можда могло узети као доказ који говори о томе да Закон није напустио концепцију радног односа. Ове одредбе су и биле један ослонац за тврдњу не само да постоји радни однос, већ и да је концепција ОЗРО (1965), концепција реалног постојећег радног односа. Иако је на ово указивано (професор Балтић), било је јасно да је становиште о непостојању радног односа добило превагу па се осим критике, изгледа, није могло учинити ништа више.

3. Радни однос као претходна веза за међусобне односе

ЗРО (1965) говори о ступању на рад и престанку рада, што је у складу са негаторском концепцијом радног односа. У погледу заснивања радног односа, терминологија је варирала од пријема у радну заједницу преко термина удруживања рада, да би тек ЗУР поново употребио термин заснивања радног односа.

У овом периоду „међусобни односи" радних људи, као замене за радни однос, објашњавани су потребом да се укину административни односи у области радних односа. Ово становиште (и терминологија) требало је да значи да су то односи и концепције које су антисамоуправне. Ова квалификација је била доказ да концепција међусобних односа представља једино исправну концепцију. Друге концепције према том схватању нису прихватљиве. Треба рећи да је то био притисак на заступнике супротног становишта. Оспоравајући такву тезу, професор Балтић указује да су радни односи, односи између два правна субјекта и да се такво гледиште не може изједначити са административним схватањем радног односа[4]. Професор Балтић, заступајући концепцију радног односа као односа између организације и радника, истиче да постоје два битна елемента датих радних односа: (1) улажење радника у радну организацију; (2) инкорпорација радника у радну заједницу радне организације.

Полазећи од уставне одредбе чл. 10. (Устав СФРЈ од 1963) која говори о „међусобним радним односима" и преовлађујуће концепције у ОЗРО (1965) професор Балтић дефинише радни однос у удруженом раду као однос који се успоставља на основу стеченог својства радника, а потом се успостављају међусобни односи радника.

4. Уставни амандмани XXI – XXIII од 1971. године

Према Амандману XXI, основна организација удруженог рада је основни облик удруженог рада. Радници свој рад удружују у том основном облику и успостављају међусобне односе у раду.

На концепцију Уставних амандмана из 1971. године донет је Закон о међусобним односима радника у удруженом раду („Службени лист СФРЈ", бр. 22/1973). Закон говори о стицању својства радника у удруженом раду и удруживању рада (чл. 10. и чл. 15). Закон говори о обавезама радника у удруженом раду. Закон не говори о престанку радног односа, већ о престанку својства радника у удруженом раду.

Као што се види, концепција ОЗРО (1965) о међусобним односима радника прерасла је у концепцију међусобних односа радника у удруженом раду.

---

(4) Др А. Балтић, *Радни однос и међусобни односи*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 56/1974, стр. 587.

5. Закон о удруженом раду

Концепција радног односа из ОЗРО (1965) и Устава 1963 (Устав се не помиње на првом месту јер би се могло расправљати да ли је концепт ОЗРО у свему доследан Уставу од 1963) ушла је у Устав од 1974. године и Закон о удруженом раду (1976). Закон о удруженом раду је вратио термин радни однос. Радни однос је ЗУР одредио као међусобни однос радника у основној организацији удруженог рада.

ЗУР је, као што се види, преузео основни концепт Уставних амандмана из 1971. године са нешто измењеном терминологијом – и општим називом – радни однос. Концепција, међутим нагиње уговорном односу, али то значи да се она везује за оне предлоге и схватања која су изражена у Тезама за цивилни кодекс из 1970. године[5].

Уговорни концепт радног односа се види нарочито из одредаба о заснивању и престанку радног односа.

У члану 173. ЗУР – а је прописано да се сматра да је радник засновао радни однос када је дао писмену изјаву да је упознат са самоуправним споразумом о удруживању, самоуправним општим актом којим се уређује радни однос и другим самоуправним општима актима којима се уређују радникове права и обавезе; статутом, и да прихвата права и обавезе садржане у њима. Дикција ове одредбе је таква као да од ове изјаве зависе права и обавезе радника. Но, концепту удруживања рада је био потребан овакав или сличан концепт заснивања радног односа. Практично, међутим, једва да је имао неку функцију.

Ако у току процеса рада дође до измене самоуправног споразума о удруживању, онда су сви радници дужни да се писменом изјавом изјасне о прихватању споразума (пошто је донет). Уколико неки радник не потпише ову изјаву, радни однос му престаје по сили закона, јер без потписане изјаве нема радног односа.

ЗУР је из ранијег концепта (и прописа) преузео концепцију да су радни односи у раду средствима у друштвеној својини мера за друге радне односе. ЗУР у члану 165. одређује да се радни односи који настају у раду средствима у својини грађана уређују у складу са законом. Ови односи су уређивани републичким законом са основним правилом да се за раднике у овим односима обезбеђује у основи исти друштвено–економски положај као и за раднике у удруженом раду. Радни односи у раду друштвеним средствима су преовладавали па су ови други били маргинализовани. Поред тога, они се нису уклапали у концепцију удруженог рада. И код њих се све више инсистирало на елементима удруживања.

Но, и овде треба указати да је овакав концепт дат још раније. Тако се из чл. 130 – 132, ОЗРО (1965) види да су радни односи у раду личним средствима (у приватном сектору) уређени тако да се помиње радни однос. Они су, дакле, унифицирани са радним односима у раду средствима у друштвеној својини.

6. Теорија у области радних односа

Потребно је да постоји дистанца за оцену теорије у области радног права у разматраном периоду и у читавом периоду после другог светског рата. Потребно је и много више простора. Чини се, међутим, да је могуће рећи да је теорија у овом времену, у погледу третираних питања, била делом на висини задатка. То се не би могло рећи за збир свега оног што је написано на

(5) Тезе основних и општих одредаба Закона о грађанско – правним односима (Грађанског законика), в. Библиотека Савезне скупштине, Београд, 1970; коло VII, свеска 9.

ову тему. Мора се, међутим, водити рачуна да су о овој теми писали и аутори који се нису бавили теоријом радног права, па чак ни правном теоријом уопште. Ако и када су међусобни радни односи били означени као основна вредност и циљ, предност су имала сва она схватања која су била на том таласу и обрнуто. То је доста поучно и упозоравајуће. Но, истовремено би то морали имати у виду код анализе и оцене. Најбоље што је дато у теорији је оно што је заступао професор Балтић али и други посленици у овој области, што се може видети на основу радова објављених у датим периодима.

За законодавство и праксу у области радних односа је карактеристично да је осцилирала на једном истом путу али често и у месту. Није увек ни у свим сегментима ни теорија избегла такво кретање.

7. Концепција удруженог рада и радни односи

У новије време је под непрекидном критиком концепција ЗУР–а. Та критика се, међутим, креће на нивоу општих исказа. Тешко је тако извући тачне закључке. Оно што је сигурно, јесте да је и та концепција имала понешто што је вредело и пре ЗУР–а али ће бити вредно и после њега. Но, овај исказ би морао бити предмет посебног критичког сагледавања.

У време важења ЗУР–а, колективни уговори су били потиснути, а самоуправни општи акти преформирани. Сада је обрнуто. Чак се иде на потпуно истискивање самоуправних општих аката што објективно није потребно, а за дати моменат, није ни могуће. Уместо да се бар начелно призна и плурализам аутономних извора радног права, иде се на унифицирање. Опет се иде на најбоље. Делом је то понављање старих грешака и заблуда да се називима и променама све мења набоље.

Из овог кратког текста се кроз назнаке фаза развоја у периоду од четврт века види да концепција радних односа коју везујемо за ЗУР – потиче од раније. Овде је показано да се она може везати за ОЗРО (1965) – па и ранији период. Са појавом „негаторске" концепције радних односа у законодавство су улазили полако елементи те концепције, и то на – и кроз изградњу концепције предузећа. Но, без обзира на ово, на теорији је крупан задатак не само да анализира прошлост већ и да буде одговорна и у садашњости.

У члану 9. и 10. Устава од 1963. године дат је концепт самоуправљања и радних односа. Пошто је члан 10. прописивао да „радни људи у радној организацији успостављају као чланови радне заједнице, међусобне радне односе", ово правило је било основ за концепцију радних односа као међусобних односа у ОЗРО (1965). Међутим, када се одредбе члана 10. узму у однос са одредбама члана 9. и другим одредбама, могуће је и друго тумачење поменуте одредбе. Наиме, из цитиране одредбе се види да се о међусобним радним односима „говори" као односима које успостављају чланови радне заједнице" – тј. они који су засновали радни однос. То значи да се ови односи не тичу свих димензија радног односа, а нарочито не и заснивања радног односа. У прилог оваквом ставу говоре и одредбе члана 9. Устава. Поред осталог, треба рећи да је самоуправљање не само колективно већ и индивидуално право. Кратко речено – и концепција радног односа је могла или морала бити дата у одговарајућој равнотежи индивидуалних и колективних права и односа. Догодило се, међутим, да је концепција међусобних (радних) односа постављена другачије: (1) појам међусобних односа је проширен на све димензије радног односа (и заснивање радног односа је замењено ступањем на рад и касније удруживањем); (2) колективитет је, кроз концепт међусобних односа, стављен изнад појединца. Последица је била, дакле, поремећај елемената колективних и индивидуалних радних односа. Радник је у овој концепцији видљив само као члан радне заједнице (колективитета), а губи се као поједи-

нац. Овакво нормирање је било праћено расправама и концепцијама које су водиле негирању радног односа. Као што се види, иако се концепција ОЗРО (1965) заснива на Уставу од 1963, могућа су и другачија тумачења те концепције. Због тога је овде и разматрана концепција ОЗРО (1965), а не концепција Устава од 1963. године. Концепција овог Устава заслужује посебну анализу у области радних односа.

(Примљено 15. 12. 1990)

Dr Vlajko Brajić,
Professor of the Faculty of Law in Belgrade

THE CONCEPT OF LABOUR RELATIONSHIP IN THE BASIC LAW ON LABOUR RELATIONS OF 1965 AND ITS INFLUENCE IN PRACTICE AND THEORY

Summary

The subject-matter of this article is the development of labour relations in Yugoslavia in the period since the enactment of the Basic Law on Labour Relations (1965), including its application and influence. This period and that Law are significant since this was the time of coming to expresion of the conception of labour relations which was subsequently realized in the Law on Assocated Labour (1976). According to it, the workers enteres into mutual labour relationships within the basic organisation - the relations in the sphere of associated labour. Treated here are so-called negating theory of labour relationship, as well as corresponding challenges. While pointing at arguments in favour of the negating theory and aspecially ones putting into effect that theory, the author emhpasizes theoretical standpoint of professor Baltić, namely: mutual labour relationships presuppose a preliminary connection, which means also estabiching a labour relationship. The author points out to the fact that so-called negating conception of labour relationship became dominant and resulted, thorough several variants, to the conception of labour relationships as mutual relations of workers, which found its expression in the Law on Associated Labour (1976). The author also emphasizes that this Law and the associated labour became a form for all labour relations, including the ones in the sphere of work with privately owned means of citizens (individuals). This situation lasted until the enactment of the Law on Basic Rights in the Sphere of Labour Relations.

In spite of obvious failures and weaknesses of the conception of associated labour, it is necessary today to take into consideration earlier criticism of that conception, including shortcomings in practice and corresponding negative results.

Key words: *Labour relationship.- Negating theory.- Legislation in the sphere of labour relations.*

Vlajko Brajić,
Professeur à la Faculté de Droit de Belgrade

LE CONCEPT DU RAPPORT DU TRAVAIL DANS LA LOI FONDAMENTALE SUR LES RAPPORTS DE TRAVAIL DE 1965 ET SON IMPACT SUR LA PRATIQUE ET LA THEORIE

Résumé

Le présent travail est consacré au développement des rapports de travail en Yougoslavie au cours d'une période limitée, depuis la promulgation, l'application et l'influence de la Loi fondamentale sur les rapports de travail (1965). L'importance de cette période et de cette loi réside dans le fait qu'y a été exprimé le concept des rapports de travail réalisé plus tard dans la Loi sur le travail associé de 1976. Cela a été un concept de rapports mutuels de travail dans le travail associé - de rapports mutuels des ouvriers dans l'organisation de base (le travail des ouvriers dans le travail associé). L'auteur se penche ensuite sur la théorie „de négation" du rapport de travail et sur sa contestation (comme arguments en faveur de ce concept). Dégageant les arguments en faveur de la théorie de „négation" et notamment les arguments qui réalisent cette théorie, l'auteur souligne la posititon théorique soutenue par le professeur Baltić, à savoir que les rapports de travail mutuels impliquent un lien préalable - ce qui signifie l'instauration du rapport de travail. L'auteur souligne que le concept de „negation" du rapport de travail l'a emporté et qu'à travers plusieurs variantes, il a abouti au concept des rapports de travail comme rapports mutuels des ouvriers, contenu dans la Loi sur le travail associé (1976). L'auteur souligne que la Loi sur le travail associé et le travail associé ont été le modèle pour tours les rapports de travail, même ceux dans le domaine du travail avec les moyens appartenant aux citoyens (propriété privée), jusqu'à la promulgation de la Loi sur les droits élémentaires découlant du rapport de travail. En dépit des lacunes évidentes et des faiblesses du concept du travail associé, il faut tenir compte aujourd'hui des critiques de ce concept, de ses faiblesses globales, mains aussi de ses résultats.

Mots clés: *Rapport de travail. - Théorie de négation. - Législation.*

UDK — 336.76:061
Прегледни чланак

др Мирко Васиљевић,
професор Правног факултета у Београду

АКЦИОНАРСКО ДРУШТВО

У чланку Акционарско друштво аутор разматра, уз критичке опсервације, појам друштва, системе и начин оснивања, одређење оснивача, одређење основне главнице и питање интегритета капитала друштва. Истичући да је реч о типичном друштву капитала, аутор сматра да важност овог института превазилази степен пажње нашег законодавца према њему. Многобројна питања битна за функционисање овог друштва остала су на законодавно правном плану недоречена, што ће стварати значајне тешкоће нашој пословној пракси, која на овом плану не поседује властита искуства. У ову категорију питања аутор убраја, пре свега, поступак оснивања друштва, разграничење друштава са јавним и без јавног уписа капитала, смањење и повећање основне главнице, откуп и упис сопствених акција, функционисање органа друштва и слично.

С друге стране, аутор сматра да је наш законодавац нека питања оснивања ових друштава уредио на непримерен начин савременим потребама (захтевање уплате целог капитала пре оснивања), а да је одређена питања уредио узорно (флексибилност улога, дозвољеност једноперсоналних друштава и слично).

Кључне речи: *Акционарско друштво. – Акције. – Акционари. – Основна главница.*

1. Појам

Акционарско (деоничко) друштво *(société anonyme, societa per azioni, aktiengesellschaft, companie limited by share)* је такво привредно (трговачко) друштво које под заједничком фирмом и са фиксираном основном главницом, подељеном на акције (деонице), обавља неку привредну делатност, са потпуном одговорношћу. Из ове дефиниције произлази да се ово друштво одликује неким карактеристикама које га одвајају од друштва лица, као и од друштва лица и друштва капитала, и сврставају у типично друштво капитала.

Прво, акционарско друштво је друштво капитала, што значи да нису битне персоналне карактеристике његових акционара (оснивача и доцнијих стицалаца акција), те се друштво не конституише, не функционише и престаје, зависно од тих својстава, већ је битан акционарски капитал. Ова карактеристика је својство свих акционарских друштава, па и оних која се конституишу у ужем (фамилијарном) кругу, без јавног уписа акција. Истина је да је код ових друштава, код којих се често уз то и статутом ограничава пренос акција на трећа лица (што се коси са њиховом негоцијабилношћу), у извесној мери ова карактеристика сузбијена, али она ни у ком случају није искључена или толико доминантна да би ова друштва водила у „табор" друштва лица. Ова карактеристика чини уједно ова друштва максимално

отвореним, захваљујући негоцијабилности акција, као идеалних делова њихових основних главница, тако да се њихов персонални састав може лако мењати.

Друго, акционарско друштво послује под реалном (стварном, предметном) фирмом, а изузетно под персоналном фирмом неког члана (тзв. једноперсонална акционарска друштва).

Треће, акционарско друштво је правни субјект (то својство стиче регистрацијом) који има своју имовину са којом одговара у потпуности за своје обавезе које преузима у правном промету према трећим лицима. Имовина акционарског друштва у потпуности је одвојена од имовине акционара, те правни субјективитет овог друштва долази у потпуности до изражаја. Акционари не одговарају за обавезе друштва према трећим лицима, већ само сносе ризик губитака друштва до висине вредности акцијског улога у друштво.

Четврто, акционарско друштво има фиксирану основну главницу (минимална је прописана законом – 15.000 дин), која је подељена на акције и која се према основном начелу трговачких друштава мора чувати неокрњена током пословања друштва (у противном, под одређеним условима, друштво престаје). Основна главница друштва је збир акцијских улога и њу треба разликовати од имовине друштва. Приликом оснивања друштва правило је да се основна главница друштва и његова имовина поклапају (јер се средства за оснивање прибављају само издавањем акција, мада не треба искључити могућност, изузетно, да се део средстава за оснивање прикупи и од неакцијских – на пример – кредитних, улога на терет будућег друштва, а оснивачи се појављују као гаранти). Доцније, током пословања друштва, правило је да долази до разилажења основне главнице друштва и имовине (друштво може пословати са добицима и губицима, друштво може узимати и кредите за потребе свог пословања, друштво може имати резерве и ванпословна средства које не укључује у основну главницу подељену на акције). Начело фиксираности основне главнице друштва важи подједнако и према акционарима – дивиденда им се не може ни под којим условима исплаћивати на терет основне главнице друштва. У вези са овом карактеристиком акционарског друштва треба истаћи да је дефиниција коју даје Закон о предузећима[1] непотпуна („друштво које средства за оснивање и пословање прибавља издавањем деоница"), будући да је реч о друштву које средства за оснивање и пословање прибавља као и други типови предузећа (између осталог и кредитним путем).

Пето, акционарско друштво је једини тип предузећа (занемарујући овде неатрактивни облик командитног друштва не деонице) који средства за своје оснивање и пословање може редовно прибављати и путем упућивања јавног позива за откуп акција.

2. *Системи и начин оснивања*

Упоредно–правна пракса познаје два система оснивања акционарског друштва: систем слободног оснивања и систем претходног одобрења. Систем слободног оснивања акционарског друштва значи да се као оснивач овог друштва може појавити свако лице (правно и физичко) које испуни услове прописане у закону. Реч је, по правилу, о условима формалне природе: обезбеђење бар минималне основне главнице (као уписане и уплаћене у целости или уписане у целости, а уплаћене делимично и делимично гарантоване) и

(1) Закон о преузећима чл. 85 (Службени лист СФРЈ, 77/88)

поштовање прописаног поступка (формирање оснивачког одбора, закључење уговора о оснивању, одржавање оснивачке скупштине, доношење статута и избор органа). Овај систем има свој редован завршетак у упису друштва у судски регистар, што не мења ништа у његовој бити, будући да се своди само на контролу поштовања прописаних формалних претпоставки за оснивање, без могућности дискреционе оцене целисходности оснивања. Систем претходног одобрења (дозвола), напротив, оснивање новог акционарског друштва условљава одобрењем надлежног органа. И овај систем се окончава уписом друштва у судски регистар, с тим што овај упис има за сврху само формалну евиденцију и обавештавање јавности. Законодавна је пракса већине земаља да се ова два система комбинују – једном се даје доминантни статус, а другом пратећи. Тако и наш Закон о предузећима прихвата систем слободног оснивања акционарског друштва уз испуњење формалних претпоставки и судску регистрацију као основни систем оснивања, али неки посебни закони уводе други систем као допунски, за оснивање акционарског друштва у неким специфичном делатностима. Такав је случај, на пример, са оснивањем пословних банака[2].

Кад је, пак, реч о начинима оснивања акционарског друштва, упоредно–правна пракса разликује, што прихвата и наш Закон о предузећима, два. Први начин се састоји у томе што сами оснивачи откупљују све деонице друштва (најмање у висини законски прописане основне главнице) приликом оснивања (симултано оснивање). Други начин–оснивачи откупљују само део деоница, а за остатак упућују јавни позив за откуп (сукцесивно оснивање). Сукцесивно и симултано оснивање, у зависности од обавеза акционара, може бити квалификовано и редовно. О квалификованом оснивању ради се онда кад се статутом друштва (или оснивачким уговором) обавезују акционари повлашћених акција да поред уплате номиналних вредности акција, свој повлашћени статус компензирају и другим давањима друштву (новчаним или неновчаним). Ради се у суштини о потреби да се тим додатним давањима покрију (у целини или делом) трошкови оснивања друштва, како би оснивачки улози могли остати у целини на располагању друштву и како би основна главница била реална, а не фиктивна[3]. На овај начин, такође, формира се емисиона вредност акција, која је већа од номиналне вредности. Овакав начин оснивања је предвиђен и у нашем Закону о предузећима[4], али само изузетно. Ако оснивање није квалификовано, онда је редовно. Није искључено да се у оснивању истог друштва комбинује квалификовано и редовно оснивање.

Континентално правној пракси разликовања симултаног и сукцесивног оснивања одговара англосаксонска пракса разликовања приватних акционарских друштава (*private companies limited by shares*) и јавних акционарских друштава (*public companies limited by shares*), односно разликовање приватних и јавних корпорација (*private corporation, public corporation*) у САД[5].

---

(2) Закон о изменама и допунама Закона о банкама и другим финансијским организацијама („Сл. лист СФРЈ", 40/89) за оснивање пословних банака као акционарских друштава тражи дозволу Народне банке СФРЈ.

(3) У француском праву се овде ради о тзв. prime d'émission акцији, која се по правилу не плаћа код оснивачке (прве) емисије акција, али се по правилу плаћа код наредних емисија акција. Види: Hamel—Lagarde, *Droit commercial,* Paris, 1980,с.528.

(4) Закон о предузећима, чл. 103, ст. 1.

(5) Види: Ivamy, *Companu Law,* London, 1978,с.13 и даље; Tunc, *Ledroit anglais des societes anonymes,* Paris, 1985, с. 28.

Упис акција и њихов откуп, јавним[6] или „нејавним" путем, у пуној су компетенцији оснивача. Иако су јавни упис и откуп акција погоднији инструмент за већу концентрацију капитала, поготову у замашнијим инвестиционим подухватима, пословна пракса је доста резервисана према овом облику конституисања друштва, као редовног пратиоца сукцесивног оснивања. Разлози за ово су вишеструки. С једне стране, процедура оснивања акционарског друштва нешто је упрошћенија код друштва без јавног откупа акција. С друге стране, оснивачи, по правилу, преферирају оснивање акционарског друштва између себе самих, а касније прибегавају повећању његове основне главнице уз јавни откуп акција.

Акционарска друштва са јавним откупом акција могу се поделити на друштва чије се акције котирају на берзи и друштва чије се акције не котирају на берзи.

3. Оснивачи

Класична упоредно-правна пракса организовања акционарског друштва, англосаксонска и континентална, полази од принципа фиксирања одређеног минималног броја оснивача. Иако, наиме, нема спора да у овом друштву преовлађују елементи институционалности над уговорним елементима, полазни став је да се, ипак, ради о трговачком друштву, које, дакле, не може основати један оснивач. Минимум оснивача креће се, по правилу, од два до седам и најчешће се прави разлика у овом погледу међу друштвима која се оснивају без јавног уписа капитала (захтева се мањи број оснивача) и друштвима која се оснивају са јавним уписом капитала (захтева се већи број оснивача). Ипак, чврстина овог става попустила је пред двоструким ударом. Прво, у епохи национализација требало је омогућити држави да буде једини акционар национализованог друштва. И друго, унификација права ЕЕЗ водила је све већој либерализацији захтева за минималним бројем оснивача, као и елиминисању максимума оснивача тамо где је то било прописано (нпр. Енглеска код приватних акционарских друштава – максимум 50 чланова.[7]

Интерес једног оснивача да оснује акцинарско друштво је несумњив. Акцијски капитал је најпокретљивији капитал, што омогућава акционару оснивачу, ако жели повећање главнице друштва, да прода део акција (разуме се и тада основна главница може бити подељена на више акција) и да на тај начин дође до свежег новца и увећа главницу друштва. С друге стране, инсистирање на формалној потреби постојања бар два оснивача може бити задовољено и једним стварним (реалним) акционаром и једним привидним (фиктивним), који је уложио минорни капитал и који се након оснивања може и повући из друштва, превише је формалистички интонирано. Опасности од злоупотребе правног субјективитета јављају се у не мањој мери и код друштва са два оснивача, од којих је један привидни, те и то не може бити разлог против друштва са једним оснивачем. Битно је да и у поставци

(6) Guyon, (*Le droit des affaires*, Paris, 1984, с. 269) наводи став Париске берзе да се јавним откупом акција не може сматрати случај позивања лица са којима је оснивач акционарског друштва већ у пословним односима да откупе акције, већ само случај кад је откуп понуђен „анонимној маси уписника".

(7) Швајцарски Code des obligations захтева три акционара (чл. 625); исто и право САД, иако су веома распрострањене „корпорације једног човека" – Fansworth, *Увод у правни систем САД*, Београд 1973, с. 140; Loi sur les societes commerciales (Француска) захтева седам акционара (чл. 73); у Енглеској се раније тражило два члана за приватне компаније и седам за јавне, а након 1980. тражи се и за јавне компаније два члана, а укинут је максимум (50) за приватне – Schimthoff, *The Companies Act*,1980, Лондон, 1983.

друштва са једним оснивачем имовина друштва (којом одговара за обавезе и којом обавља делатност) буде јасно одвојена од персоналне имовине оснивача. Најзад, и у друштвима у којима се тражи као минимум потребан број оснивача, у фази оснивања, кад у фази пословања тај број спадне испод тог минимума, то није разлог за аутоматски престанак друштва, већ се – по правилу – оставља рок од годину дана за испуњење тог законског услова (допуна броја чланова до минимума) или се захтева трансформација друштва[8].

Полазећи од оваквих искустава, Закон о предузећима исправно омогућава да и један оснивач (одлука о оснивању, а не уговор) може основати акционарско друштво у друштвеној и приватној својини (што би аналогно требало да важи и за акционарско друштво у задружној својини чији је оснивач задруга, док би по логици ствари за акционарско друштво у мешовитој својини била потребна бар два оснивача).

4. Капитал акционарског друштва

Оснивачки капитал акционарског друштва формира се откупом деоница у најмањем износу прописане законске основне главнице. Прописивање минималног основног капитала акционарског друштва и афирмација начела његове неповредивости (укључујући и евентуалне законске резерве друштва), значајна је гаранција трећим лицима као имовинска основа одговорности, али је то значајно и за обављање делатности самог друштва. Колики ће стварни износ основне главнице бити, ствар је самих оснивача. Прописивање минималног основног капитала прихваћено је у свим континенталним правним системима и понегде је зависно од тога да ли је реч о друштвима са јавним откупом акција – износ основне главнице је већи и обрнуто[9]. У енглеском праву, међутим, до уласка Енглеске у ЕЕЗ није захтеван минимални законски капитал, па је било могуће оснивање друштва са малим основним капиталом или чак и без капитала[10]. Оваква пракса постоји и данас у већини држава САД[11].

Акционарски улог може бити у готовом новцу, а ако се тако предвиди оснивачким уговором, улог могу чинити и ствари (покретне и непокретне) и права (лиценца, патент, фирма, *good will* и друго) изражена у новчаној вредности, у мери у којој су потребна за рад друштва. Прихватајући ове врсте улога, Закон о предузећима уједно изричито искључује могућност да се улог у друштво може састојати од личног рада и пружања услуга. Разлози за ово искључење су двојаки. Први су могуће тешкоће и у вези с тим злоупотребе у процени новчане вредности. Због овог разлога и улог у натури у упоредном праву и пракси предмет је изузетно оштре контроле тачности процене новчане вредности[12], што би требало да буде и путоказ за нашу пословну праксу. Намера је, наиме, да се обезбеди реалност друштвеног капитала и

(8) Loi... francaise, чл.9. Исти став прихваћен је и у Другој директиви ЕЕЗ (чл.5) – Види: Goldman— Lyon—Caen, *Droit commercial européen*, Paris, 1983, с. 233.

(9) *Code...suisse*, чл. 633; *Loi... francaise*, чл. 171.

(10) Тако енглеско право познаје друштво чија је одговорност ограничена гаранцијама, где обавеза оснивача да уплате улог у друштво постоји само у случају ликвидације друштва. Види: Ivamy, *нав. дело*, с. 18; Goldman—Lyon—Caen, *нав. дело*, с. 234.

(11) Види:Tunc, *нав.дело*, с. 61–62.

(12) Види:Hamel—Lagarde, *нав. дело*, с. 258–261; Tunc, *нав. дело*, с. 54–55; Goldman—Caen—Lyon, *нав. дело*, с. 234.

заштити поверење трећих лица у пословном промету. Други разлог је немогућност принудног извршења на овим евентуалним врстама улога.

Закон о предузећима, попут других упоредно–правних решења, разликује фазу уписа улога и фазу уплате улога. Обе операције, упис и уплата, спроводе се преко овлашћене банке. Правно–теоријски посматрано, посебно је значајно одређење правне природе уписа у деоничке књиге. Ако је реч о уговорном односу, питање је ко је друга уговорна страна, пошто друштво још није формирано. Ако би се стало на становиште да сваки уписивач закључује уговор са сваким другим уписивачем (ако их има 100, онда један закључује уговор са других 99), онда ова конструкција осим што се појављује као прилично вештачка, ипак показује да се уговор бар делимично закључује са самим собом. С друге стране, ако се прихвати став да је у питању уговор (прихват понуде упућен од стране оснивача) поставља се питање који је уговор. У разматрање би могао да дође пре свега уговор о ортаклуку, али је највећа препрека чистоти овог опредељења што се овај однос суштински успоставља техником уговора по приступу. С друге стране, будући да друштво настаје тек регистрацијом, има доста основа за објашњење ове правне ситуације предуговором. Неки аутори, пак, жале што законодавац не стаје изричито на становиште да је реч о једностраној изјави воље, јер би правна анализа била много елегантнија[13]. У сваком случају, изјава воље о упису мора се третирати неопозивом и безусловном[14]. Ако уписивачи (деоничари) не изврше уплату у року у коме су преузели обавезу приликом уписа (одједном или у ратама по одлуци оснивача), дужни су да плате камату утврђену уговором о оснивању. Уплате у готовом новцу и уношење улога у стварима и правима морају бити такви да омогућавају акционарском друштву да чином регистрације њима слободно и трајно располаже. Од момента уписа улога (деоница) у деоничке књиге до регистрације акционарског друштва овим улозима треба да располажу оснивачи (посебно је питање правне позиције оснивача у овом иступању), а не акционарско друштво, како то погрешно захтева Закон о предузећима[15], будући да оно правно још не постоји.

Упис и уплата улога (акција) могу и да се поклопе, али не морају. Закон о предузећима захтева да и целокупна уплата акција (до износа одређене главнице) буде извршена пре сазивања оснивачке скупштине. Ово закључујемо из одређења да „по уплати деоница, оснивачи деоничког друштва сазивају оснивачку скупштину на којој се доноси статут, односно правила друштва и именују органи управљања друштва", као и одређење да „ако деоничари у року предвиђеном уговором о оснивању не уплате деонице, сматраће се да друштво није основано, а деоничари који су уплатили деонице имају право на повраћај уплаћених износа[16]. Ово је посебно видљиво и из чињенице да је потврда банке о уплати основне главнице потребне за оснивање и рад друштва, односно доказ о новчаној вредности ствари и права унесених у друштво, поред осталог, неопходан документ за регистрацију акционарског друштва[17].

Захтевање потпуне уплате уписаног капитала, па и у случају сукцесивног оснивања, категорија је непозната у упоредном праву – није ни економски оправдано да се чека на оснивање друштва толико времена и да се обезвређује уплаћени капитал чекајући уплату целог уписаног капитала.

(13) Rodière — Oppetit, *Droit commercial*, Paris, 1980, s.164.

(14) Hamel — Lagarde, *нав. дело*, s.317—318.

(15) Закон о предузећима, чл. 95.

(16) Закон о предузећима, чл. 97– 98.

(17) Уредба о регистрацији предузећа („Сл. лист СФРЈ",21/89), чл. 30.

Истина је да је ова институција најповољнија са становишта заштите трећих лица од ризика да послују са друштвом чији капитал већим делом постоји само као обавеза његових чланова на уплату. То се, међутим, може обезбедити и на други начин (солидарна одговорност оснивача, гаранција банке). У упоредном праву се углавном захтева само интегрални упис одређене главнице и минимална уплата прописаног процента од вредности сваке акције до оснивања друштва (20–50%), а остатак се уноси у имовину друштва након регистрације (по правилу у року од 5 година)[18].

Основна главница друштва (друштвени капитал) временом може бити и модификована. Реч је о могућем повећању и смањењу. Повећање акционарског капитала може се у основи извести на три начина. Први је издавањем нових акција. У овом случају се ради о приливу свежег капитала ван друштва. Статутом друштва у овом случају може се предвидети да ранији акционари имају право првенства уписа нових акција. Ово право, међутим, може да буде лимитирано или суспендовано, поготову зато што код друштва чије се акције котирају на берзи може да буде значајна сметња ефикасности операције. Овај начин повећања акционарског капитала упоредив је, иначе, с оснивањем друштва и емисијом оснивачких акција. Други начин је укључењем резерви друштва (изузев обавезних законских резерви) у главницу друштва или чак и дивиденди које припадају акционарима по њиховој одлуци. Реч је о својеврсном самофинансирању, без прилива улога са стране. Резерве уклучене у главницу друштва не могу више бити дистрибуиране акционарима. У овом случају друштво издаје акционарима нове бесплатне акције или, пак, повећава номиналну вредност постојећих акција. И трећи, акционарски капитал друштва може се повећати конверзијом потраживања поверилаца у акцијски улог уз њихову сагласност(конвертовање облигација у акције и слично).

Смањење капитала акционарског друштва (највише до законске главнице) најчешће је мотивисано губицима у пословању. На овај начин се у ствари врши свођење права акционара на њихову реалну вредност, у складу са реалним (а не фиктивним) капиталом друштва. Изузетно, смањење капитала друштва може уследити и кад друштво не послује са губицима. Оваква ситуација може се практиковати у случају кад друштво има недовољну искоришћеност својих капацитета, те може одлучити да врати акционарима део улога у деоницама и на тај начин смањи основну главницу. Сама операција смањења капитала друштва може се извршити путем деноминације (смањење номиналне вредности акција), спајања акција, ослобађања даљих уплата (у системима где се не тражи целовита уплата пре оснивања друштва) и амортизацијом (повлачењем појединих акција). Смањење капитала друштва не може, према општем правилу, погодити треће лица (повериоци). Смањење је без дејства за њих ако из тога може да им се нанесе нека штета[19].

Закон о предузећима нема норми о повећању и смањењу капитала акционарског друштва, осим одређења да о томе одлучује скупштина на предлог управног одбора. Разумљиво је да ове модификације захтевају измену у статуту и регистрацију. Примена, међутим, афирмисаних изложених модалитета извршења ових операција у упоредном праву не би требало да дође у питање.

---

(18) Види:*Code... suisse*, чл. 633;*Loi... francaise...* чл. 75;Друга директива ЕЕЗ захтева приликом оснивања друштва уплату 25% вредности сваке акције. Види:Goldman—Lyon—Caen, *нав. дело*, с. 234–238.

(19) Разноврсне одредбе о заштити поверилаца, посебно у случају емитовања акција са правом друштва да их откупи, садржи и Друга директива ЕЕЗ. Види:Goldman—Lyon—Caen, *нав. дело*, с. 237.

5. Интегритет капитала акционарског друштва

Обезбеђење целовитности капитала друштва темељно је начело свих права акционарских друштава. Обезбеђењу овог циља служе многобројне установе. Прво, строги захтеви процене новчане вредности улога у натури и правима. Друго, забрану смањења капитала друштва (као и законских резерви и статутарних резерви до прописне измене статута) изван случајева кад се може прописно вршити његова редукција[20]. Треће, забрана исплате дивиденде акционарима из других извора, осим из добити друштва (и евентуално статутарних резерви[21]. Како је добит категорија пословне године, то се и коначне дивиденде исплаћују годишње, а не у краћим интервалима. Четврто, код првог издавања акција (оснивачке акције, а не и друге емисије акција) забрањено је њихово издавање испод номиналне вредности. Пето, акционар не може своја потраживања према друштву пребити својом обавезом на уплату акција. Често, после уписа акционара у акционарску књигу, друштво га не може ослободити уплате акција, нити му одложити обавезу уплате акција. Седмо, акционари немају право на повраћај средстава датих за куповину акција, осим у случају да се не уплати цео износ одређене основне главнице (подељене на једнаке акције), те се друштво не оснује. Осмо, ради спречавања прикривеног смањења капитала друштва, по правилу је искључено или знатно ограничено откупљивање сопствених акција од самог друштва (капитал се фактички смањује кроз исплату вредности тих акција дотадашњим акционарима).

Закон о предузећима, зачуђујуће, нема никаквих норми о откупу сопствених акција, већ упућује да се ова материја реши статутом друштва, што се не може оценити прихватљивим чином, имајући у виду потребу сигурности у правном промету. Земље које регулишу ову правну ситуацију обично омогућавају откуп (с чим се изједначава и узимање у залог, али не и бесплатно стицање) сопствених акција највише до 10% од основне главнице у одређеним оправданим случајевима: кад се врши прописно смањење капитала друштва (откупљене акције се тада поништавају), кад је то потребно да би се спречиле озбиљне штете за друштво (нпр. нагли пад акција друштва на берзи), кад се желе акције понудити радницима друштва, кад се врше статусне промене(спајање и припајање друштва), кад управљачи друштва полажу гаранцијске акције за савесно и стручно управљање друштвом. У свим овим случајевима, (изузев последњег, где су акције по правилу неотуђиве док траје управљачка функција) мора се извршити у одређеном року отуђење тако стечених акција. По правилу се у овим случајевима прописује да се за тако откупљене акције губи право гласа у скупштини, као и право на дивиденде[22].

Откупом сопствених акција може се постићи и спречавање потпадања под контролу неког другог друштва, као и спречавање трансфера акција у руке непожељних лица или друштава. Због потребе елиминисања свих негативних дејстава која се овим испољавају, а посебно због потребе избегавања фиктивног капитала друштва, готово истоветан режим (искључење или ограничење) важи и за односе у повезаним предузећима– тзв. забране (или ограничења) узајамних учешћа. Ово, наиме, значи да ако матично друштво *(holding)* има више од 10% (или без тог ограничења) акција друштва–кћери

(20) Види чл. 15. Друге директиве ЕЕЗ код: Goldman—Lyon—Caen, *нав дело*, с. 234–235.

(21) Guyon, *нав. дело*, с. 406.

(22) Види:*Code... suisse*, чл. 659; *Loi... francaise*, чл. 217; Трговачки закон за бившу Југославију, пар. 249.

(филијала), онда то друштво (филијала) не може имати акције матичног друштва, јер би у противном матично друштво контролом друштва–кћери дошло у позицију да контролише и део својих акција, што је ситуација идентична откупу сопствених акција[23]. Иста правила, из истоветних разлога, важе и за упис сопствених акција од самог друштва.

6. Закључне напомене

Акционарско друштво, као типично друштво капитала, представља нови институт нашег послератног позитивно–правног система. Међу осталим типовима трговачких друштава, ово друштво, првенствено због своје атрактивности за концентрацију капитала и мобилности свих категорија штедиша, заслужује и највећу пажњу. Институционализујући ово друштво, као могући облик привредног организовања у свим својинским облицима, законодавац га понесен таласом „дерегулације" није у довољној мери и правно уобличио, како би простори за правну несигурност били што суженији. Извесно је да ће пословна пракса, вођена инстинктом живота, проналазити одговарајућа решења и за низ правних празнина у функционисању овог типа привредног друштва, при чему ће јој одговарајуће помоћи и упоредно–правна искуства. Ипак, чини се да су значај правног института и потребе пословне праксе налагали целовитију законску регулисаност, како по питањима о којима је у овом раду било речи, тако и по питањима органа акционарског друштва, о чему овде није било речи.

(Примљено 10.10.1990)

Dr Mirko Vasiljević,
Associate Professor of the Faculty of Law in Belgrade

JOINT-STOCK COMPANY

Summary

The author analyzes joint-stock company through its notion, the systems and ways of establiching, founders, capital stock and integrity of company's capital. While emphasizing that this is a typical company of capital, the author considers that the significance of that institute does not find an adequate approach by Yugoslav law-maker. Numerous questions which are essential for the functionning of this tupe of company are not adequately settled in legislation, and this will cause serious difficulties in the business practice, since there is still not enough relevant experience. These questions refer first of all to the procedure of establishing the company, to making distinction between a company with public subscription of shares and that without such inscription, to desreasing and increasing capital stock, to purhase and subscribing one's own shares, to functionning of agencies of society, and the like.

On the other hand, Yugoslav law-maker regulated some issues of establishing these companies in a way which is not adequate in contemporary business. For example, there is no distinguishing between the subscription and payment of capital, and no possibility of

(23) Види: *Companies Act* (1984,), чл. 27; *Loi... francaise*, чл. 358; Трговачки закон за бившу Југославију (1937), пар. 249. т.4.

successive payment of a given percentage of the inscribed capital in course of functionning of the company.

Finally, the author points out that some solutions in the Law on Enterprises in the sphere of regulation of joint - stock companies are far in advance as compared to similar legislation of other countries. This is, first of all, the case of flexible attitude toward the character of shares invested into the company, then the relationship between various kinds of shares, as well as the utterly liberal approach to the number of founders and permissibility of one-man joint-stock companies in the general sence (regardless of the category of the founder).

Key words: *Joint-stock company.- Shares.- Shareholder.- Capital stock.*

Mirko Vasiljević,
Professeur à la Faculté de Droit de Belgrade

LA SOCIETE PAR ACTION

Résumé

Dans son article „La société par action", l'auteur examine de maniére critique le concept de la société, les systémes et le mode de dréation, la définition des fondateurs, la définiton du fonds principal et la question de l'intégrite du capital de la société. Tout en soulignant qu'il s'agit d'une société de capital typique, l'auteur considère que l'importance de cet institut dépasse le degré d'attention que le législateur yougoslave lui a accordé. De nombreuses questions essentielles pour le fonctionnement de cette société sont demeurées insuffisemment précisées sur le plan légal et juridique, ce qui créera des difficultés importantes dans la pratique de la qestion des affaires, qui ne posséde pas ses propres expériences sur ce plan. Il s'agit avant tout de questions de procédure de création, des sociétés, de la délimitation de la société à inscription publique des actions de la diminutin et de l'augmentation du fonds principal, du rachat et de l'inscription de ses propres actions, du fonctionnement des organes de la société etc.

D'autre part, le lédgislateur yougoslave a réglé certaines questions de la création de ces sociétéss de maniére qui n'est pas adaptée aux besoins contemporains. Il s'agit dans ces cas avant tout du fait que l'inscription et le versement du capital n'ont pas été délimités et que la possibilité n'a pas été laissée des versements successifs d'un certain pourcentage du capital inscrit au cours du fonctionnement de la société.

Et enfin, l'auteur attire l'attention sur le fait que certaines solutions contenues dans la Loi yougoslave sur les entreprises vont, dans le domaine de la réglementation des sociétés par action, bien en avant de la réglementation des autres lois de droit comparé sur les sociétés commerciales. Il s'agit avant tout d'une position flexible à l'égard du caractére du rôle de la société et d'une position extrêment liberale vis - à - vis du nombre des fondateurs et de la légitimité et des sociétés par action unipersonnelles sur le plan général (quelle que soit la catégorie du fondateur).

Mots clés: *Société par action. - Actions. - Actionnaire. - Fonds principal.*

UDK — 340.11
Прегледни чланак

др Радмила Васић,
доцент Правног факултета у Београду

ИСТОРИЈСКА ШКОЛА ПРАВА

*Идеја историзма у објашњењу друштва, државе и права освајала је духовни простор у различитим временским периодима, да би почетком XIX века, када се променио однос према схватању историје позитивног права, омогућила оснивање једне нове, историјске школе права. Настала је у Немачкој, у време после француске буржоаске револуције, када се поставило питање да ли и у Немачкој треба кодификовати правна правила. Као одговор на Тибоово залагање за кодификацију, појављује се Савињијева књига „*Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtsswissenschaft*", која је утицала готово пресудно на одлагање усвајања законика. Идеје и аргументација изнете у овом делу представљају окосницу историјске школе права. Народни дух (*Volksgeist*) као заједничко, опште уверење, рађа, одређује право народа као и његов језик. Право зачето у народном духу развија се споро и еволутивно и, немењајући духом „дату" суштину, пролази кроз три стадијума у развитку: несвесно и неразвијено обичајно право, научно право и законодавство. Из оваквих претпоставки произашао је закључак да би кодификација немачког приватног права била узалудна јер се немачко право још налази у стадијуму обичаја. Ове идеје имале су одјека и с друге стране Роне, у франкофонским земљама, где су чиниле, бар за извесно време, значајну противтежу схватањима доминантне школе егзегезе.*

Кључне речи: *Право. – Народни дух. – Историјски развитак.*

Идеја историзма у разумевању и објашњењу друштва, државе и права служила је, специфично интерпретирана, као основ значајним општефилозофским и филозофскоправним системима.

Када се почетком XIX века променио однос према схватању историје позитивног права, које је од мишљења, до тада владајућег, да се право мења вољом законодавчевом, еволуирало у схватање да промене позитивног права не зависе од људске воље, па ни воље законодавчеве, већ од „самониклог развитка" – настала је једна нова, историјска школа права. Теорију историјске школе права, коју најзначајније представљају Савињи (Savigny), Хуго (Hugo) и Пухта (Puchta), битно обележавају три момента: супротстављеност идеји природног права, друштвено – историјске околности у којима је настала и практични правно–политички циљеви које је требало подржати и оправдати.

Настала је у Немачкој у време после француске буржоаске револуције, у критичном моменту историје немачких држава које тада још нису биле уједињене. Неким деловима Немачке Наполеон је наметнуо Code civil (Code Napoléon/1804) док је у другим деловима био мање или више добровољно прихваћен. После Наполеоновог пораза код Ватерлоа 1815. године појавиле су се тежње за задржавањем француског Грађанског законика, па је он и остао

на снази у неким деловима све до 1900. године, док је у другим деловима важио аустријски Грађански законик од 1811. године. Тако се у то време у овој земљи поставио проблем, с обзиром на то да је обичај још увек био основни извор права, да ли треба, следећи пример Француске, кодификовати правна правила, или их треба оставити да као обичајна пракса уређују друштвени и државни живот[1]. У време тих расправа, као нов подухват, појављују се идеје професора Тибоа (Thibaut) који се залагао за припремање и усвајање јединственог грађанског зборника за целу Немачку[2]. Као одговор на овакав захтев и као инструмент борбе против „Тибоове филозофске школе", појављује се Савињијева мала, али чувена књига „Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft"[3]. Ова књига, есеј, која представља „прави манифест историјске школе" утицала је готово пресудно на одлагање усвајања законика у Немачкој.[4] Идеје и аргументација изнете у овом делу представљају окосницу историјске школе права у целини.

Народни дух (Volksgeist), као заједничко, опште уверење, производи, рађа или одређује право народа као и његов језик. „Право средиште права је свест која је својствена народу... Право узима замах у исто време као и народ, заједно са њим се формира, и умире чим народ изгуби свој особени карактер"[5]. Још у најранијим временима право задобија карактер посебан за тај народ који као такав траје кроз историју. У том давном добу све друштвене творевине као што су закони, обичаји, навике, језик, оно што чини „политичко устројство једног народа", неодвојиво су повезане и уједињене свешћу о унутрашњем нужном пореклу, изражавајући тим јединством посебне способности и склоности народа[6]. Најзначајнији чинилац друштвених процеса је језик који припаднике народа повезује у заједницу, па се, по аналогији са језиком, формира и схватање о пореклу и развитку права[7].

---

(1) Савињи је замерао творцима Code civil — а апстрактност, непотпуност, рационалност, захваљујући којима је француско право одбачено од својих корена: обичаја и ratio scripta, одн. римског права и „затворено у закон (J. Poumarède, *Défense et ilustration de la coutume au temps de l'Exégèse — Les débuts de l'école français du droit historique,* La coutume et la loi — Etudes d'un conflit, Lyon, 1985, стр. 95). Оваква оцена је неправедна имајући у виду став творaца Законика и прве генерације коментатора. Према речима Порталиса (Portalis), једног од чланова „славне четворке", током израде Законика водило се рачуна да се направи „споразум између писаног права и обичаја кад год је то било могуће" и да се саобразе један другом „без кидања јединства система и без узнемиравања јавног мњења" (*ibid.*, стр. 95, 96). Ауторитет обичаја који нису нашли место у Законику одржава се њиховом подобношћу за тумачење законских одредби и попуњавање правних празнина. „Ако нам недостаје закон, треба консултовати обичаје", каже Порталис (G. Teboul, *La coutume, source formelle de droit en droit administratif,* „Droits", 1985(6)/3, стр. 105). Увиђајући да је био преоштар, у другом издању своје књиге Савињи је исправио првобитан суд.

(2) Упореди: E. W. Patterson, *Jurisprudence — Men and Ideas of the Law,* New York, 1953, стр. 410; M. Réglade, *La coutume en droit public interne,* Bordeaux, 1919, стр. 9; L. Ferry, *op. cit.* стр. 85.

(3) Ова књига, која је на себи имала печат „огорчене франкофобије" карактеристичне за то време, преведена је 1831. год. на енглески језик као *Of the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence* (E. W. Patterson, *op. cit.* стр. 410).

(4) L. Ferry, *Droit, coutume et histoire, Remarques sur Hegel et Savigny,* La coutume et la loi — Etudes d'un conflit, Lyon, 1986, стр. 85. Законик је усвојен 1896. год., а ступио је на снагу 1900. године.

(5) *Vom Beruf...*, стр. 15. Наведено код: L. Ferry, *op. cit.*, стр. 87.

(6) E. W. Patterson, *op. cit.*, стр. 411.

(7) Упореди: *ibid.*, стр. 16.

Језик и право су тако везани за природу народа да помоћу њих „народи само постају индивидуе"[8].

Народни дух је темељ свег каснијег националног правног развитка. Народни дух се исказује кроз разне симболичне поступке и чинове којима се правни односи свечано обављају и објављују. У раним правима сусрећу се различити церемонијали код различитих народа, с тим што њихово порекло није ни случајно, ни произвољно.

Свестан немогућности да народном духу припише својство искључивог стваралаца сложених система права у савременој цивилизацији, Савињи је допунио, а Пухта продубио схватање о праву као народном духу тврдњом да су правници било које професије – научници, професори, судије, од момента када постану специјалисти, стручњаци, представници заједничког духа и да су, према томе, „опуномоћени" да даље настављају развијање права у његовом језичком погледу[9]. „Право се формира кроз језик, узима научну оријентацију и, иако је некада живело у свести целог народа, данас пада на свест правника који представљају народ у тој функцији"[10]. Зато правници морају представљати народ, „схваћен у романтичном смислу живе свеукупности, а не заменити место са њим"[11]. Право тако стиче двоструку егзистенцију: као збирни, скупни, нагомилани живот заједнице и као јасна, издвојена област правничког знања.

Право зачето у народном духу развија се споро и еволутивно, не мењајући духом „дату" суштину и пролази кроз три стадијума у развитку: несвесно и неразвијено обичајно право, научно право и законодавство[12]. У раним фазама народног развитка право је израз заједничког уверења о правима. У другом стадијуму, када стручњаци преузимају технички развој права, поставља се као нужан захтев за очување унутрашњом нужношћу насталих карактеристика првобитних закона. У противном, народ ће изгубити своја посебна својства, што са становишта ове школе значи одумрети. И следећи стадијум развоја права почива на истом принципу: слободна воља законодавчева не може учинити створено право истинским, па зато законодавство може бити само средство разјашњавања и објављивања већ постојећих правила[13].

Задатак правне науке, посебно правне историје, је да успостави и не занемари везу између изворног, па тако и најбољег дела духовног живота народа и његовог садашњег стања.

Из оваквих претпоставки произишао је закључак да би кодификација немачког приватног права у том тренутку била „узалудна, јалова или неразвијена" јер се немачко право још налази у стадијуму обичаја[14]. Кодификација је бескорисна све док народна свест у том смислу не покаже „одређену и препоручљиву склоност"[15]. Преурањена кодификација чини од правног регулисања „политички" производ[16]. Техничка претпоставка за стварање

(8) *Vom Beruf...*, стр. 8. Наведено код: L. Ferry, *op. cit.* стр.87.

(9) Види: E. W. Patterson, *op. cit.*, стр. 411, 412; И. Крбек, *Управно право*, књ. I, Загреб, 1929, стр. 126, 127.

(10) *Vom Beruf...*, стр. 12. Наведено код: L. Ferry, *op. cit.*, стр. 88.

(11) L. Ferry, *op. cit.* стр. 88; У истом смислу: Ђ. Тасић, *Обичајно право*, Правни зборник, 1933/4, стр. 151.

(12) Упореди: Р. Лукић, *Увод у право*, Београд, 1975, стр. 95, 96.

(13) Упореди: E. W. Patterson, *op. cit.*, стр. 16.

(14) *Ibid.*, стр. 412; У истом смислу: Р. Лукић, *Увод...*, стр. 96.

(15) E. W. Patterson, *op. cit.*, стр. 412.

(16) *Ibid.*

кодекса јесте велика професионална способност, таленат његовог састављача, јер се једино таквим знањем може постићи да кодекс буде онакав какав треба да буде – разумљив и без празнина. Таквих техничко – оперативних талената у Немачкој тога доба није било[17].

Кодекси XVIII века су за своју исходишну тачку имали претпоставку да се здравим разумом може створити непротивречан, потпун систем закона који би успешно важио за све људе, без обзира на простор и време. Насупрот томе, Савињијева теорија народног духа по својим елементарним поставкама готово је праволинијски супротстављена универзалном природном праву које је исто за све народе. У разрачунавању са природним правом, „које се због немачког контекста расправе идентификује са рационалним", Савињи замера природноправној традицији ненаучну визију историје која у догађајима види „илустрацију вечитих филозофских поставки"[18]. Насупрот јединству историјске школе права, коју обележава доминација историје, природноправно учење представља јединство само као супротност овој школи, и зато, у „недостатку других епитета", уместо најразличитијих облика у којима се појављује и термина којима се обележава, треба усвојити назив неисторијска школа права[19].

Као и за Хегела и за Савињија је закон номос, производ историје, форма права, погодан само да олакша поступак примене и да забележи постојеће обичајно право[20]. Закони су понекад потребни из „техничких" или „политичких" разлога, али једина законодавна активност којој Савињи признаје легитимност је она која „долази у помоћ обичају, која одбацује оно што је сумњиво и неодређено и фаворизује дотеривање правног права, права воље народа..."[21]. Свако право се „рађа на начин који се у обичном, свакодневном језику назива, мало неадекватно, обичајно право. То значи да је најпре уокривено веровањима и понашањем народа, а затим правном науком, дакле у сваком случају унутрашњом снагом која тихо делује, а не самовласном вољом неког законодавца"[22]. То значи исто тако да не само закон, него и обичај као фактичко вршење, представља само облик у којем се право манифестује.

Оснивач школе, Хуго, своје учење означава као „филозофију позитивног права"[23]. Оно се својеврсним критичким тоном супротстављало сазнавању права а приори и апстрактно – спекулативним закључивањем. Темељне истине права нису урођене, разуму дате, опште и нужне, већ су временом и местом одређене, дакле историјски и просторно различите, па се зато могу једино искуствено проучавати и а постериори сазнавати[24]. Право, према његовом мишљењу, свакако није уговорног порекла. Оно настаје и мења се у зависности од „спољашњих" услова историје сваког народа[25]. При том се развој права одвија углавном и пре свега помоћу обичаја, а не законодавства

(17) Види: *ibid.*

(18) L. Ferry, *op. cit.*, стр. 86.

(19) *Ibid.*

(20) Упреди: *ibid.*, стр. 83.

(21) *Vom Beruf...*, стр. 17. Наведено код: L. Ferry, *op. cit.*, стр. 88.

(22) *Ibid.*, стр. 14. Наведено код: L. Ferry. *op. cit.*, стр. 87, 88.

(23) Упореди: Љ. Тадић, *Филозофија права*, Загреб, 1983, стр. 208. Настављајући се на Лајбницово (Leibniz) схватање задатака историје права, Хугоово теоријско правно обраћање историји означава се као издвојено и претходно у односу на историјску школу, а не као њен саставни део (упореди: Ф. Тарановски, *Енциклопедија права*, Београд, 1923, стр. 298).

(24) Упореди: Љ. Тадић, *op. cit.*, стр. 208.

(25) Ф. Тарановски, *op. cit.*, стр. 298.

па је, према томе, обичај, а не закон, најважнији и највреднији облик живота права.

Пухта, Савињијев следбеник, унео је много више мистицизма у учење историјске школе права[26]. Право за њега представља било који облик заједничког, општег убеђења људи који припадају одређеној (правно) конституисаној заједници[27]. Прихватајући основни захтев за историјско изучавање права, он из немачке филозофске традиције преузима и даље развија поставку о природи ствари као „мисаоном облику бар у приватном праву"[28]. Оваково опредељење у окрињу историјске школе права не изненађује ако се зна да се проблематизовањем и садржинским одређењем појма природе ствари омогућава основана критика схватања да је норма искључиво производ воље законодавчеве, да је закон најважнији извор права и да је правна наука догматска, а не емпиријска; речју, омогућава се научно ваљана борба против правног формализма и волунтаризма.

Идеје ове школе, према којима сазнавање прошлости представља оруђе разумевања садашњости и будућности, настале под непосредним утицајем Шелингове (Schelling) позитивне филозофије, наишле су на одобравање различитих друштвених група, слојева и професија. Професори су били задовољни што им је отворена могућност да развијају право као правну ученост и што ће судије усвајати њихова стручно – научна достигнућа. Судије су биле благонаклоне јер нису биле у обавези да механички примењују законе, већ су дискреционим одлучивањем остваривале право у основи одређено научним изворима. Супротстављањем „слепом бесу за напретком", односно политичком или реформистичком законодавству, ова теорија је задовољавала потребе и интересе властодржаца[29]. Демократски оријентисане струје имале су у овој теорији потврду да право „долази" од народа, а не од владара[30].

Идеје историјске школе права имале су присталице и с друге стране Роне, у франкофонским земљама. Иако је правна наука била углавном надахнута идејама рационализма и природног права, још у току израде Законика и у време прве генерације коментатора испољено је разумевање за обичај, његову помоћну улогу извора права уз закон који тумачи или допуњује, омогућено разумним ставом да закон није извор целокупног права. „Период сто цветова" трајао је кратко, до појаве егзегетичке школе која је неговала култ закона, идеју да је право законска творевина[31]. Неприкосновена владавина ове школе попушта у време Рестаурације и Јулске монархије, када у новој духовној клими романтизма отпочиње деловање и развија се француска историјска школа[32].

Један од њених најзначајнијих представника, Климра (Klimrath), негујући у основи идеју, у Монтескјеовом (Montesquieu) смислу, о релативности права које је производ „задатака и друштвене неопходности", обазрив је према Савињијевој „доктрини Volksgeist – а, односно органском карактеру

(26) Упореди: E. W. Patterson, *op. cit.*, стр. 411.

(27) Види: П. дел Ђудиче, *Енциклопедија права*, Београд, 1901, стр. 17.

(28) Љ. Тадић, *op. cit.*, стр. 200.

(29) Види: E. W. Patterson, *op. cit.*, стр. 413.

(30) Упореди: *ibid.*, стр. 414.

(31) Види: J. Poumarède, *op. cit.*, стр. 96, 97.

(32) За расцветавање идеја историјске школе и оживљавање проучавања обичајног права заслужни су нарочито стручни часописи, најпре „Themis", а затим „Revue de législation et de jurisprudence". Њихови сарадници чинили су „прво језгро француске школе историје права" (*ibid.*, стр. 99)

генезе права" условљене заједничком свешћу народа, за разлику од Лабулеја (Laboulaye) који је показао више привржености теорији народног права[33]. Проучавајући право као друштвено – историјски производ, Климра у обичају види активан извор права. Иако се настанком државе јавна власт писано право и закон „комплетирају" и „сужавају опсег" обичаја, он задржава своју виталну снагу, неисцрпну способност да допуњује закон[34]. Обичај може и укинути закон, штавише, он је „прави извор закона"[35]. Интересовање за обичајно право не значи „посвећивање прошлости, већ и садашњости, јер обичај није само мртав део старог права, већ још увек жив део у садашњем праву"[36]. Али за разлику од Пухте и Савињија, Климра не креће у рат против Наполеоновог законика, већ напротив, показујући велику храброст у односу на школу егзегезе, оцењује га „као прост историјски документ, а не као узвишени закон"[37].

Повратак историји у Француској није имао исте учинке као у Немачкој зато што, је обраћање историјском методу било у функцији критике идеја доминантне школе тумачења. Због својих склоности представници историјске школе у Француској остаће „посвећени јеретици", признати у званичним научним институцијама, али који својим идејама нису успели да продру у „свето место правника" – на Париски правни факултет[38]. За утеху и за разлику од Савињија, нису били изложени ни нападу хегеловаца ни Марксовом (Marx) сарказму.

О „теорији народног духа" може се без сумње закључити да је била прилагођена потребама простора и времена у којима је настала[39]. Све друго, о недостацима и позитивним учинцима, наука је већ одавно рекла. Истицање захтева за историјским истраживањима права, показивање процеса успостављања и мењања права, добро су дошли у теоријску правну науку као противтежа статичкој теорији природног права, с једне стране, а истицање разлике између права и закона као противтежа државном позитивизму и догматизму[40]. Ако се Савињијева теза о историчности схвати на прави начин, без предрасуда, не као величање прошлости пре свега, обнављање превазиђене традиције, романтично фаворизовање првобитних правних институција, спречавање промена у праву и томе сл, уочиће се његово одбијање асимилације правних наука од стране историје, у вези с чим се одређује да задатак историчара права није да сачува традицију по сваку цену, већ да одреди и изложи оно што је у њој „поредак живота"[41]. Добро у правној материји није све историјско, већ само оно што је у историји живо. Тако живот, више него историја постаје критеријум за праведно и неправедно. Схватајући право на овај начин, Савињи заправо превладава противречје између природног права и историје јер је „историјско право" у исто време и природно јер одговара норми народа који историјски постоји и позитивно, јер је конкретно у при-

(33) *Ibid.*, стр. 101, 102.

(34) *Ibid.*, стр. 103.

(35) *Ibid.*

(36) *Ibid.*, стр. 106.

(37) *Ibid.*, стр. 104.

(38) *Ibid.*, стр. 100.

(39) У том смислу добро је послужила као теоријско оправдање обимним студијама правне историје које су настале у XIX веку.

(40) У том смислу: J. Poumarède, *op. cit.*, стр. 100, 101.

(41) L. Ferry, *op. cit.*, стр. 89.

мени у датом историјском моменту и свешћу народа изражено као ваљано"[42].

(Примљено 27. 11. 1990)

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

HISTORICAL SCHOOL OF LAW

Summary

The idea of historicism in explaining society, state and law was dominant in spiritual activities in many periods. After, at the beginning of XIX century, the attitude was changed toward the conception of the history of positive law, it was possible to establish a new - historical school of law. It originated in Germany after the French bourgeois revolution when the ussue arose as to whether it was necessary to codify legal rules in that country. As an answer to Tibault's support for codification, Savigny has published his *Vom Beruf unser Zeit För Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* - a book which had a decisive influence in postponing the adoption of the Code. The ideas and arguments in this book are the mainstream of the historical school of law. The spirit of people *(Volksgeist)* as a common and general conviction gives rise to and determines the law of the people, just as its language.

The law which originates in the spirit of people is developing rather slowly and in an evolutionary way and, while not changing the substance given by that spirit, undergoes through three stages of its development, namely: unconscious and undeveloped customary law, scientific law, and legislation. On the ground of such premises, one may conclude that the codification of German private law would be in vain, since German law of the period was still in the stage of customs. These ideas were accepted also on the other side of the river Rhone, namely in the francophone countries, where they become, at least for some time, a significant counterwight to the conceptions of the dominant exegetic shool.

Key words: *Law. - Spirit of people. - Historical development.*

Radmila Vasić
Chargé de cours à la Faculté de droit de Belgrade

L'ECOLE HISTORIQUE DU DROIT

Résumé

L'idée de l'historicisme dans l'explication de la société, de l'Etat et du droit se propageait dans les espaces spirituels dans diverses périodes pour permettre au debut du XIX siécle, lors du changement du rapport envers le concept de l'histoire du droit positif, la création d'une nouvelle école de droit, l'école historique. Elle a été créée en Allemagne aprés la Revolution bourgeoise française, au moment où la yuestion s'est posée de savoir si les régles juridiques en Allemagne devaient être codifiées. En guise de réponse à l'engage-

(42) *Ibid.*

ment de Thibaudeau en faveur de la condification, apparaî l'oeuvre de Savigny, „*Vom Beruf unser Zeit Fur Gesetzgebung und Richtsswissenschaft*" qui a eu une influence presque décisive sur l'ajournement pour plus tard de l'adoption du code. Les idées et les argumentations contenues dans cette oeuvre représentent la base de l"école historique du droit. L'esprit du peuple *(Volksgeist)* en tant que conviction commune, générale, donne naissance au droit du peuple et à sa langue et les définit. Le droit conçu dans l'esprit populaire se développe lentement et de maniére évolutive et, sans changer l'essence „imprimée" par l'esprit, il traverse trois stades dans l'évolution: le droit de coutume inconscient et peu développé, le droit scientifique et la législation. Ces suppositions ont donné lieu à la conclusion que la codification du droit privé serait vaine, car le droit allemand se trouve toujours au stade de coutume. Ces idées ont trouvé leur écho de l'autre rive du Rhône aussi, dans les pays francophones, dans lesquels elles ont constitué, pendant un certain temps au moins, un contrepoids au concept de l'école dominante d'exégèse.

Mots clés: *Droit. - Esprit du peuple. - Développement historique.*

UDK — 347.001
Изворни научни рад

др Владимир Водинелић,
доцент Правног факултета у Београду

ИНТЕРТЕМПОРАЛНО ГРАЂАНСКО ПРАВО
о повратном дејству грађанскоправних норми

Интертемпорално право се означава као право о праву – мета–право, јер уређује сукоб права, ранијег и новог. Описују се три ситуације које су повод том сукобу и три метода решавања сукоба који се, дакле, не своде само на алтернативу: применити ранији пропис или нови. Приказују се укратко настанак и развој правила да закон не делује повратно, којим се, у оквиру редовног начина, сукоб решава у начелу у корист ранијег прописа. Такође, главна објашњења важења тог начела и одступања од њега – теорије стечених права (са три основне варијанте) и, данас преовладавајућа, теорија поуздања (правне сигурности). Излаже се зашто се њом самом не може утемељити ни начело неретроактивности, ни одступања, а затим, које елементе законодавац ,одн. орган примене треба нарочито да узме у обзир када, при одлучивању за ретроактивност или неретроактивност, одмерава, пореди важност оног интереса, који нови пропис хоће да оствари, са важношћу правне сигурности. Интертемпорални одељци ЗОО и ЗОСПО оцењују се као њихови најслабији делови, јер је законодавац пропустио да помно испита разлоге за ретроактивност, на шта га обавезује уставно уређење ретроактивности.

Кључне речи: *Интертемпорално право.– Грађанско право.– Временски сукоб закона.– Ретроактивност.*

1. Интертемпорално право као колизионо право и надправо

Интертемпорално право[1] (зове се још и транзиторно, прелазно, међуправо и сл.) уређује, пре свега[2], једну врсту тзв. сукоба правних норми (сукоба закона): временски сукоб закона. Као ни друго колизионо право, ни интертемпорално не регулише садржину правног односа, не одређује права и обавезе странака у односу (као што то чини материјално право), нити поставља правила процедуре (као процесно). Оно одређује која се од две или више примењивих норми има применити на одређену врсту односа: да ли новодонета норма, или ранија, или пак нека трећа. Служи као водич за проналажење меродавног права међу временски сукобљеним.

Интертемпоралном и процесном праву заједничко је да не регулишу садржину односа (да нису материјална права). Али, док процесно право не

(1) Назив му је дао крајем 19.в. хајделбершки романиста Friedrich Xaver Affolter (up. F. Affolter, *Geschichte des intertemporalan Privatrechts*, Leipzig, 1902, стр. 1, прим. 1).

(2) Сукоб закона је најважније међу питањима које пред интертемпорално право поставља смена једног правног режима новим (vacatio legis, круг норми које престају да важе, оних које важе и даље и др).

казује органу примене коју материјалноправну норму да примени (већ које радње да предузме у поступку), интертемпорално право управо то чини. Интертемпоралне норме су, дакле, норме о примени, о важењу права. На тај начин оно је право о праву, о правним нормама (бившим и садашњим), право правних поредака, мета–право, надправо (ius supraiura)[3].

2. Подручје сукоба и начин решења сукоба

Сукоб закона у времену настаје поводом три врсте правних односа:

а) однос је настао и престао пре доношења новог закона (нпр. штета је изазвана и већ надокнађена),

б) однос је настао раније, а престао по доношењу новог закона (нпр. уговор је закључен раније, а обавеза доспела и чинидба извршена сада),

ц) однос је настао раније, а траје и сада, по доношењу новог закона (нпр. узукапијент још није довршио рок одржаја).

Повод сукобу је било однос који је и настао и престао пре доношења новог закона, било однос који је престао тек по доношењу новог закона или који још увек траје.

Сукоб закона у времену састоји се у томе да законодавац, орган примене, одн. странке ваља да реше да ли на неки такав однос:

а) применити ранији закон, или

б) применити каснији закон који се, иначе, примењује на све новонастале односе, или

ц) поставити посебну, од ранијег и каснијег закона другачију норму, која би важила само за такве односе, а не и за новонастале.

Решење сукоба се налази једним од два начина: као меродавна норма определи се било раније норма, било каснија, или се не примени ниједна од њих, него се постави посебна норма. Дакле, ни сукоб, ни решење, не своде се (како се то, међутим, уобичајено представља, не само у уџбеницима) на алтернативу: или ранији закон. или каснији. Само када се решење сукоба налази избором између ранијег или каснијег закона, сукоб и решење имају такав изглед: пошто се обе норме, раније и касније, тичу истог односа и могле би бити примењене, а само једна, наравно, долази у обзир, мора се определити која је од њих меродавна. Када се, пак, као меродавна норма поставља посебна норма, она је у сукобу са обе друге које потискује. Посебан режим такве норме састоји се, углавном, од комбинације елемената раније и касније норме, или представља модификацију само једне од њих[4].

3.Начело решења сукоба: lex retro non agit

Доношење посебне норме, другачије и од ранијег и од каснијег закона, ређе се практикује као начин решавања сукоба. Редован начин је да се изврши избор између примене ранијег закона или каснијег. При том је начело, и у

(3) Као ius supra iura означио га је Affolter, *op. cit.* (у прим. 1), стр. 53, 174.

(4) Пример за тај метод решавања сукоба (комбиновањем старог и новог правног режима) јесте Начелан став бр. 6/83 Заједничке седнице Савезног суда (Збирка судских одлука, нова серија, књ. VIII, 1983, св. 4, стр. 24): Ако је време, које је преостало од ступања ЗОСПО на снагу до довршења раније предвиђеног рока одржаја, дуже од новопредвиђеног рока, важи нови рок; ако је то време краће, важи стари рок.– Примере из немачког права в. код H.Coing — N— Habermann, u: J. v. Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gestzbuch,* Bd. I, Берлин, 1980, стр. 117. – Тај метод се примењује углавном на односе који трају и по доношењу новог закона.

нашем и у упоредном праву[5], да се сукоб решава у корист ранијег закона: закон не делује повратно (ретроактивно) – lex retro non agit. Нови закон се не примењује на односе настале пре његовог ступања на снагу. Странке треба да се понашају одн. суд или други орган примене[6] треба да њихов однос расправи сходно нормі која је била на снази у време настанка односа. Повратно дејство закона је у начелу забрањено.

Такво начело решавања сукоба важи не само на грађанскоправне норме, већ и за норме других породица и грана (кривично право, управно, процесно, организационо итд.). Али, док је начело исто, остала интертемпорална правила нису иста за разне врсте норми. На пример, у кривичном праву се примењује каснији закон, ако је повољнији (блажи) за окривљеног. То не важи у грађанском праву, јер би – због природе грађанскоправних односа – значило, по правилу, ничим оправдано фаворизовање једне стране, погодовање једној на рачун друге.

4. Настанак и развој забране ретроактивности

Правило о забрани ретроактивности настало је још у римском праву, у доба републике. Пре тога није постојало ни такво, ни неко другачије интертемпорално правило: Закон XII таблице није их садржао, а ни потом се проблем није осећао, све док се право врло постепено развијало и мењало делатношћу правника (тумачењима и респонзама) и док је било мало норми. Интетемпорална правила ће се појавити са делатношћу претора: сваки нови претор (а испрва су се мењали сваке године), одређивао је који од едиката његових претходника важи и даље, а шта се мења. Учврстило се правило да се преторски едикт примењује само на односе настале у периоду службе дотичног претора, а не на односе настале у претходним годинама, нити на оне који ће настати у годинама потоњих претора. Правило, да норма не важи за однос настао пре њеног доношења, којег су се држали правници доба републике, добиће класичну фомулацију тек знатно касније, у закону цара Theodosius—а II од 440. године: leges non ad facta praeterita revocari[7].

Касније је у Пандектама на више места одређено супротно: да се нова норма примењује и на раније настале односе, ако нису окончани пре доношења Пандеката. И конституција Танта, којом су 533. године Пандекта свечано ступила на снагу, садржи клаузулу о примени Институција, Пандеката и Кодекса и на раније настале односе[8]. Али, праве размере ретроактивног деловања Јустинијановог законодавног дела постају јасне, тек ако се има у виду да Corpus iuris civilis највећим делом представља компилацију, а само мањим кодификацију и ново право: њиме су углавном само сређени већ од раније постојећи прописи, а тек делом су вршене интерполације, не би ли се затечено право саобразило савременом стању.

У даљем току историје живе оба правила (и ретроактивна примена, и неретроактивност): на пример, канонско право и usus modernus pandectarum

(5) Практикује га и Суд Европских заједница, в. A. Bleckmann, *Europarecht (Das Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft)*, Köln—Berlin —München, 1985, стр. 109 и д., 112.

(6) Каже се да адресати интертемпоралних норми нису непосредно странке, већ органи примене – те норме садрже упутства органима примене. Уп. нпр. F. Affolter, *op. cit.* (у прим. 1), стр. 6 и ту нав. Међутим, пошто одређују норму која важи, интертемпоралне норме самим тим одређују и странкама по којој нормі да поступе.

(7) Codex 1.14.7.

(8) Constitutio Tanta 23.

проглашавају начело неретроактивности, док је за статуте градова и појединa партикуларна права ретроактивност правило. Међутим, од 18. века готово све грађанске кодификације прокламују неретроактивност као правило, а посебно, као изузетке, изричито одређују које новодонете норме важе и за раније стања[9]. Правило неретроактивности важи и у нашем позитивном праву: одређено је у Уставу СФРЈ и у уставима свих република и покрајина[10]. Уопште, у модерном праву основно правило гласи: нова норма се примењује само на односе који настају после њеног ступања на снагу; неће се примењивати на односе који ће настати након што она престане да важи, а ни на односе који су настали пре него што је почела да важи. Супротно треба посебно одредити.

5. Разлози неретроактивности (стечена права и правна сигурност)

а) *Теорија стечених права.* До краја 19. века владала је у управној науци тзв. теорија стечених права, као граница и као објашњење када и зашто закон не може да делује ретроактивно: закон нема повратну снагу ако је субјективно право већ стечено (ius quaestum, ius acquisitum), а светост и неповредивост стечених права је постулат правде. Израз „iura quaesita" употребљен је већ у 14. веку, у првим делима у науци о ретроактивности[11] и потом је општеприхваћен. До 18. века само се употребљава, а не дефинише, а од тада настаје низ различитих одређења. Три су основна: а) стечено је само оно право које је прибављено уз вољу титулара (пре свега уговором), а не и другачије; б) стечено право је посреди само када је правна ситуација окончана– када су већ настале све чињенице, када је право већ извршено (кунзумирано) и сл. а не када недостаје још нека чињеница (нпр. право је везано за рок или услов, ради се о правној нади, правном очекивању) и сл; ц) треће схватање комбинује елементе претходних[12].

И законодавство је већ од 14. века одређивало да новодонета норма не утиче на „стечена права" (први пут горњебаварско Земаљско право 1335, затим нпр. законици Западне Галиције 1791, Пруске 1793, Аустрије 1811, Саске

(9) О развоју правила интертемпоралног права, уп. подробно F. Affolter, *op. cit.* (у прим.1), P. Roubier, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps),* Paris, 1960, стр. 30. и д.В.и С. Перовић, *Ретроактивност закона и других општих аката (теорије сукоба закона у времену),* Београд, 1984, стр.33 и д. H.Coing, *Europaiches Privatrecht,* Munchen, Bd. I, 1985, стр. 155 и д, Bgd. II, 1989, стр. 265 и д.

(10) Чл. 211 Устава СФРЈ од 1974: Закони и други прописи и општи акти органа друштвено– политичке заједнице не могу имати повратно дејство (ст. 1). Само се законом може одредити да поједине његове одредбе, ако то захтева општи интерес, имају повратно дејство (ст. 2). Исто одговарајуће одредбе устава република и покрајина од 1974. – Устав Републике Србије од 1990. осим тога још прецизира у чл. 121, ст. 2. да се општи интерес утврђује „у поступку доношења закона". – Устав Републике Хрватске од 1990.– оскудније уређује материју ретроактивности, једино прописујући у чл. 90, ст. 2, реч, 2 да „Само поједине одредбе закона могу имати повратно дјеловање", а у чл. 88, ст. 2. да „Уредбе на темељу законске овласти не могу дјеловати унатраг".

(11) Израз „ius adquisitum" у Јустинијановом Codex— u је на једном месту доведен у везу са ретроактивношћу (C. 10.32.66.1). Употребљава се већ у првој монографији о ретроактивности (значајног италијанског постглосатора) Jacobus de Belvisio—a (1270–1335), која ће бити објављена тек три века доцније: Utriusque iuris famosissimi monarche Jacobi de Belvisio *acutissimi legum interpretis aurea lectura summo labore et vigili sturio castegata summas autenticorum consuetudinesque et usus feudorum elucidans,* Lugduni, 1511

(12) Исцрпан приказ код Affolter, *op.cit.* (у прим.1), 572 , 578 , 588, 620, и др.

1863). Теорија стечених права је била у тој мери распрострањена у правној мисли 18. и 19. века, да је владала и у земљама чији законици нису наводили стечена права као границу ретроактивности (нпр. Грађански законик Француске 1804, Баварске 1809, Луцерна 1831, Италије 1865).

б) *Теорија поуздања у закон, теорија правне сигурности.* У 18. веку настаје, у 19. се још увек ретко наводи, а у 20. влада став да закон не сме да делује ретроактивно, зато што то нарушава поуздање у правни поредак, правну сигурност[13]. Закон мора бити поуздан; могућност да се поуздамо у закон мора бити принцип. Онај ко своје радње предузима саобразно постојећим законима, мора имати осећај потпуне сигурности. Он је могао имати у виду само раније важећи закон, па ће се његова очекивања изјаловити примени ли се другачија, нова норма. Нико не сме бити изигран у свом оправданом поверењу у правни поредак[14].

6. Услови за ретроактивно дејство

Начело модерног права да норма не делује ретроактивно, не заснива се само на принципу поуздања у закон (не принципу правне сигурности). С једне стране, неке норме су већ због своје природе неподесне да делују повратно. С друге стране, ни онда када повратно дејство не би нарушило правну сигурност, пошто ове и није било (нпр. због неодређености норме), норма не сме да делује ретроактивно ако не постоје и неки други разлози за то (тзв. општи интерес).

Повратно могу деловати когентне норме, не и диспозитивне. Пре свега, ако међу странкама нема спора, диспозитивна норма је већ због своје природе неподесна да добије повратну снагу: странке увек могу отклонити примену диспозитивне норме. Ако су странке у спору, примена новодонете диспозитивне норме је неумесна. Будући да су странке могле бирати како ће уредити свој однос, да им је одговарало, могле су изабрати и решење које је потом предвидела новодонета норма. Уз то, пошто законодавац обезбеђује оствари-

(13) Човек је биће које планира, па примена другачијег режима од оног који је једино могао имати у виду осујећује остваривање његових очекивања. Могло би се рећи да је већ Јустинијан то имао у виду питајући: „У чему су погрешили адресати норми што су, не знајући законе који су сада донети, следили раније норме Quid enim entiquitas peccavit, quae praesentis legis inscia pristinam secuta est observationem?). – Почеци савременог објашњења неретроактивности налазе се код утемељивача савремене теорије законодавства J. Bentham—а (1748–1832, Principles of Morals and Legislations, Лондон, 1789, у његовом инсистирању на принципу да закон не буде у супротности са очекивањима оних којима је намењен (принцип поузданости закона), као и у ставу француског аутора M.Blondeau—а *Dissertation sur l'effet rétroactif des lois*, u: Recueil géneral des lois et des arrets par J.B. Sirey, vol. IX, partie 2a, Paris, 1809, стр. 277 и д., изграђеном и уз директно позивање на Bentham—а) да се мора водити рачуна о интересу сигурности, тј. интензитету очекивања која је побудио ранији закон и о интензитету друштвене користи која је некада у стању да изазове ретроактивност. Несумњиво и F.Hofmann u F.Hofmann — L Pfaff, *Eycurse über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht*, Bd. I, Wien, 1878,

(14) Особено је било схватање F.C. v. Savigny—ja (*System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. VIII, Берлин, 1849, стр. 368 и д.) Побудило је различите реакције, а његова садржина се још и данас различито тумачи, уп. нпр. H.Coing. *Savignys Lehre vom intertemporalen Privatrecht und die Theorien seiner Zeit*, U H.Coing (Hrsg), Vorträge zum 200. Gebrutstag von F.C. Savigny, Ius Commune, VIII, Frankfurt a. M., 1979, стр. 78 ид., 83, С. Крнета, *Временска важност закона у свјетлу прелазних одредби Закона о облигационим односима и Закона о основним својинско-правним односима*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, XXX 1983, стр. 44 ид., С. Перовић, *op. cit.* (у прим. 9), стр. 84

вање важнијих интереса употребом когентне норме, интерес који жели да оствари када једну диспозитивну норму замењује другачијом диспозитивном, није вреднији од правне сигурности (поуздања странака у правни поредак), која би у противном била нарушена.

Само когентним нормама је примерена повратна снага, али не делује свака когентна норма повратно, нити доносилац норме има овлашћење да свакој таквој пода повратну снагу. Да би норма деловала ретроактивно, то мора бити одређено законом, а закон може одредити повратну снагу само ако то изискује општи интерес[15].

Повратно дејство се одређује законом. Али, за повратно дејство није неопходно да буде изричито одређено. Супротно би било престрого када, због законодавчевог пропуста да то изричито одреди, не би могао да се оствари важнији интерес[16]. И када повратно дејство није изричито одређено законом, закон делује повратно уколико из њега несумњиво произлази такав циљ[17].

Повратно дејство се одређује ако то захтева општи интерес. Законодавац треба да у погледу сваке норме одмери колико је важан онај интерес ради чијег остварења доноси нову норму и мења постојећи правни режим и да ли је он важнији, претежнији, од интереса који би се жртвовао ако се норми да повратно дејство. У зависности од тога, даће или ускратити норми повратну снагу.

Пошто је неретроактивност уставом постављена као правило, у случају сумње (када се не може установити) да ли је циљ закона да делује повратно, одн. да ли претеже интерес ради чијег остварења је донета другачија норма, над интересом који би био жртвован повратном снагом – важи претпоставка да ни у конкретном случају закон нема повратну снагу (пресумпција неретроактивности).

7. Критеријуми одмеравања

Признавање повратне снаге умесно је ако је корист од ње већа него штета: ако се повратном снагом остварује вреднији интерес на рачун мање

(15) Чл. 211 ст. 2 Устава СФРЈ и одговарајуће одредбе републичких и покрајинских устава од 1974: „Само се законом може одредити да поједине његове одредбе, ако то захтева општи интерес, имају повратно дејство". В. и чл. 121. ст. 2 Устава Републике Сриј од 1990.

(16) То што већ сам Устав предвиђа забрану ретроактивности, указује на значај који се придаје тој материји. Предвиђајући ретроактивност као изузетак који зависи од законодавца, Устав је самим тим обавезао законодавца да одговорно испита, у случају сваке норме коју доноси, да ли би требало да се примењује и на већ настале односе. Законодавац у више наврата није био на нивоу тог задатка, па ни при доношењу Закона о облигационим односима 1978. и Закона о основним својинско–правним односима 1980. Немар законодавца изненађује утолико више што су већ од 18. века кодификације грађанског права праћене изразито исрпним интертемпоралним одредбама. У оба закона интертемпорално право спада међу њихове најслабије делове. Теорија је указала на интертемпоралне проблеме тих закона (уп. В.В. Водинелић, Одржај – упоредноправно, Београд, 1981, стр. 276 и д., С.Крнета, *ор. cit.* у прим. 14 стр. 39 и д.), а потом је судска пракса делимично обавила законодавчев посао (уп. Начелан став бр. 5/83 и бр. 6/83 Заједничке седнице Савезног суда, Збирка судских одлука, нова серија, 1983, књ. *VIII*, св. 4. стр. 16 и д., 24 и д).

(17) То је предвиђао већ Грађански законик Саске из 1863. у § 2: „Закони немају никакав утицај на претходно предузете радње и на претходно стечена права, ако нешто друго није одређено или не треба узети по циљу закона". Став је и раније био заступан у теорији, нпр. A.D. Weber, *Über die Rückwirkung positiver Gesetze* (mit besonderer Hinsicht auf neuere Gesetzveränderungen deutscher Staaten), Hannover, 1811, стр. 193.

важног. При одмеравању морало би се нарочито узети у обзир да ли повратна снага: нарушава правну сигурност, наноси штету адресату, дира у уставна права, нарушава једнакост пред законом, уклања решење које је противно праву или моралу.

а) *Правна сигурност (поуздање у закон).* Као постулат, правна сигурност значи, између осталог, да норме морају бити јасне (одређене)[18]. При одлучивању да ли норми дати повратно дејство, није одлучујућа правна сигурност као постулат, већ мера колико је она у конкретном случају доиста остварена: колико је досадашња норма, која се сада мења, била одређена[19]. Ако је она била јасна, или је постојала чврста, уједначена и устаљена њена примена (пракса), више је разлога да се продужи примена раније норме, него ако правне сигурности и није било јер је норма била нејасна, а пракса неуједначена, те се адресат није ни могао поуздати у неки одређени правни режим.

И аутентично тумачење (накнадно доношење од стране законодавца нове норме, која одређује значење већ постојеће) увек делује ретроактивно[20], јер се тек њиме ствара правна сигурност. Дакле, повратном снагом се остварује интерес ради којег је нова норма донета, а не жртвује се правна сигурност, пошто је и није било.

б) *Погоршавање положаја.* Ако у случају примене нове норме адресат неће трпети, ако неповољна промена за њега није знатна, или је штета чак безначајна[21], а поготово ако нова норма побољшава положај адресата, више

---

(18) Правна сигурност је вишеслојна: осим тога да су правне норме јасне, подразумева још најмање и то да су норме довољно постојане, да гарантују одређену трајност, као и да постоје довољно ефикасни механизми примене, остваривања норми.

(19) Већ је у поменутој монографији из 13./14. века (уп. прим. 11) Jacobus de Belvisio заузео став да ако је ранијом нормом однос био јасно регулисан, тада се, у случају сумње, нова норма не примењује на њега. Тачка IX Публикационог патента за пруску кодификацију из 1793.такође је одређивала: ако је однос регулисала норма, која је због своје нејасноће изазивала различита мишљења о смислу и различиту примену у споровима, даће се предност оном мишљењу које одговара новодонетим прописима или им је најближе. – И промена (обрт, наокрет) судске праксе ствара сродне проблеме као и ситуација замене једне норме другом. Последњих деценија дискутује се у Немачкој о томе да ли се и тада могу применити правила о ретроактивности, пошто је високо судство (Савезни суд и Савезни радни суд) исказало да аналогија долази у обзир. Уп., са даљим упућивањима, нпр. G.Robbers, *Rückwirkende Rechtsprechungsänderung*, Juristenzeitung, 10,1988, стр. 481 и д., J. Burmeister, *Vertrauensschutz im Rechtsstaat*, Берлин, 1979 (и ту на стр. 26 у прим. 38 нав. лит.), B.Rüberg, *Vertraunsschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechung*, Хамбург, 1977, W.Knittel, *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung* (Eine Untersuchung zum deutschen und US—amerikanischen Recht), Bielefeld, 1965.

(20) Правило о ретроактивном дејству норме која садржи аутентично тумачење учврстило се у римском праву и пре него што је у Јустинијановим Новелама изричито формулисано (новела 19. из 536. год. , новела 143. из 563. год.). Важило је и у кононском праву, а садржи га и Codex Maximilianeus Bavaricus civilis из 1756. (I део, 1. гл., § 8):Закон се примењује само на будуће случајеве, не и на садашње или прошле, изузимајући тумачење закона који је већ раније постао нејасан... Историјски преглед код F.Affolter, *op. cit.* (у прим. 1), стр. 112 и д., 159, 257, 268,277, W.Brändle, *Die authentische Interpretation*, Freiburg, 1946, стр. 9 и д. И данас влада став да аутентично тумачење делује унатражно; упоредноправна упућивања в. код G.Kisker, *Die Rückwirkung. von Gesetzen*, Tübingen, 1963, стр. 112 и д., D.Jenny, *Zur Lehre und Praxis der authentischen Interpretation*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 2, 1987, стр. 221 и д. О спору да ли законодавца, при формирању аутентичног тумачења, везују доктринална правила тумачења, уп. , са упућивањима, M.Schmidt, *Authentische Interpretation und Verfassung*, Österreichische Juristen —Zeitung, 14–15, 1987, стр. 428 и д.,D.Jenny, *ibid*, стр. 219 и др.

је изгледа за ретроактивност, него ако би настала непоправљива штета одн. знатна измена, која изискује значајан ангажман адресата.

О давању повратне снаге не одлучује само и једино то да ли би она погодовала или шкодила адресату. И када би ретроактивност погодовала адресату, не може јој се прибећи, уколико би се тиме угрозио важнији интерес. На пример, проширила би се права адресата, али би то изискивало издатке, на које друштвена заједница није спремна. Условивши ретроактивност општим интересом, Устав је поставио заштитну норму, којом не штити само интерес адресата, него и друге, па и друштвени.

ц) *Врста права.* Најважнија права су гарантована уставом и њихово ограничавање законом мора бити најмање могуће. Отуда није свеједно да ли се неповољна последица, која би настала повратним деловањем норме, односи на такво или на неко друго право, код кога је утолико лакше прибећи ретроактивности.

д) *Једнакост пред правом.* Повратно дејство је утолико умесније уколико би једнакост пред правом била очигледно нарушена трајнијим задржавањем паралелних различитих правних режима за исту врсту односа: даље важење раније норме за оне односе који су настали пре, а нове норме, за оне односе исте врсте који настају после њеног ступања на снагу. Што су регулисани односи трајније природе, то је неподношљивија неједнакост пред правом.

е) *Противност праву или моралу.* Интерес је сваке заједнице да стане на пут даљој примени норме која је била противна правном поретку или моралу, или је таква постала због промене правних начела или морала. Изгледи за ретроактивну примену нове норме већи су у таквом случају, него ако нова норма врши само измене „техничке" природе.

8. Дисциплина „Интертемпорално право"

Монографије о сукобу закона потичу још из 14. в. а у настави се ова материја излагала при изучавању односних места Corpus iuris civilis-a. Интензивно бављење интертемпоралним правом у току 19. в. учинило га је под крај тог века (само у Немачкој, а ни ту не задуго) и самосталном наставном дисциплином[22].

(Примљено 28.02.1991)

---

(21) Тај аспект је узет у обзир већ код E.C. Zinckernagel — R.C. Henne, *Dissertatio iuridica de legibus ad praeterita trahendis*, Ерфурт, 1737, размотрен (у § XXIV) на примеру примене новог закона који ограничава луксуз у одевању, и судбине одеће која је већ раније израђена, а може се без тешкоћа преиначити. Такође и код C.Wolff, *Insti - tutiones iuris naturale et gentium*, Venetiis, 1761, део I, гл. 2, § 8.

(22) У Хајделбергу је на крају 19. в. укључено у наставни план, као дисиплина, а наставу је изводио романиста Affolter (уп. исти, *op. cit.* у прим. 1. стр. 9, прим. 1). За статус научне дисциплине залагали су се у другој половини 20. в. неки француски аутори (уп. С. Перовић, *op.cit.* у прим. 9, стр. 22, прим. 35).

Dr Vladimir Vodinelić,
Assistant Professor of the Faculty of Law in Belgrade

INTER-TEMPORAL CIVIL LAW
-Retroactive Effect of Civil Law Norms-

Summary

The inter-temporal law is a law on the law, a meta-law- since it regulates the conflict between the former and new law. The cause of conflict is either a relationship which took place and was terminated prior to the enactment of the new regulations, or a relationship which was teminated only after that moment, or, as the case may be, the one which is still in progress. In addition to the application of the former or the new regulations, the third method of settling the conflict is setting up a separate norm, which is different as compared to both regulations. This solution is rather rare, while the usual way is to choose betwen the former and the present (new) regulations. The prevailing principle is to settle the conflict by using the former regulations; the law, namely, does not have the retroactive effect. Although this is valid in all branches of law, some inter - temporal rules are different, such as the one concerning the application of the subsequent criminal law whenever it is more favorable - which rule does not apply in the sphere of civil law.

The principle of not applying retroactivity prevailed finally in XVIII century. Principal explanations of it, as well as of relevant departures, are found in the theory of acquired rights (with three basic variants) and the present-day theory of assurance (legal certainty). But this theory is not sufficient either for finding the ground of the above principle or for relevant departures: some norms due to their dispositive nature are not apt to be applied retroactively, while, even if legal certainty would suffer, the retroactive effect of a compulsory norm presupposes more grounds - the so -called general interest. While deciding on eventual retroactive effect the law-maker, namely the agency applying the law, should assess and compare the significance of the interests to be realized by the new regulations and the significance of legal certainty. In a *non liquet* situation the presumption of not applying the retroactivity would be valid. The following should be taken into account while making the above assessment: does the retroactive force disturb legal certainty, and to what kind of right is eventually harmed and, especially, is such right protected by constitution; does it disturb the equality before the law, and more particularly in a protracted way; does it make possible to avoid the application of former regulations which was contraty to law and morals. Since the principle of prohibiting retroactive effect is a constitutional one, it does compel the law—maker to find out in evety situation whether there are reasons to depart from it. While enacting the Law on Obligation Relations (torts and contracts law) and some other laws, Yugoslav law-maker failed to apply this wise approach, so that inter-temporal sections in these pieces of legislation are among the weakest parts. These shortcomings have been amended thorough the practice and theory.

Key words: *Inter-temporal law.- Civil law.- Validity of law in time.*

Vladimir Vodinelić,
Charge de cours à la Faculte de droit de Belgrade

DROIT INTERTEMPOREL CIVIL
- sur l'action rétroactive des normes du droit civil -

Résumé

Le droit intertemporel est le droit sur le droit, le métaldroit, car il règle le conflit entre l'ancien droit ete nouveau droit. La raison du conflit est ou bien un rapport qui est intérvenu et qui a cessé d'exister avant la promulgation du nouveau réglement, ou bien un rapport qui a cessé d'exister aprés, ou bien un rapport qui existe toujours. Qutre l'application de l'ancien ou du nouveau réglement, une troisième méthode de réglement du litige est l'instuaration d'une norme spéciale qui différe aussi bien de l'ancienne que de la nouvelle.On y a recours plus rarement. La procédure généralement adoptée est celle de choisir entre l'ancien et le nouveau réglement. Le principe est que le conflit soit réglé au profit du réglement plus ancien: la loi n'agit pas de maniére réversible. Ce principe s'applique dans toutes les banches, mais certaines règles intertemporelles sont spéciales (par exemple, l'application de la Loi pénale plus récente, à chaque fois qu'elle est moins rigoureuse, ne s'étend pas au droit civil). Le principe de la rétroactivite a été définitivement adopté au XIXe siècle. Les principales explications de son application et des ecarts sont la théorie des drois acquis (avec les trois principales variantes), et la théorie aujourd'hui prédominante de la sureté (de la sécurite juridique). Mais elle ne suffit pas à fonder le principe et les écarts: d'une part, certaines normes sont en raison de leur nature (dispositive) peu aptes à la rétroactivite et d'autre part, même si la sureté juridique n'en souffrait pas, l'action réversible de la norme cogente suppose certaines autres raisons - ce que l'on appelle l'intérêt commun. Lorsqu'il décide de l'application de la rétroactivite, le législateur, c'est - a - dire l'organe d'exectuion doit peser et comparer l'importance des intérêts que le nouveau règlement se propose de réaliser et la sureté juridique. Dans une situation non liquet on optera en faveur de la présomption de non rétroactivité. Lors de la prise de décision il fauat surtout tenir compte des questions suivantes, à savoir: si la force rétroactive remet en cause la sécurité juridique, et dans quelle mesure; si et dans quelle mesure elle nuit au destinataire; quels sont les droits auxquels elle touche et, sutout, s'ils sont protégés par la Constitution; si elle remet en cause l'égalité en droits devant la loi, surtout pour une période plus longue; si elle permet d'éeviter l'application du règlement précédent, contraire au droit et à la morale. Comme constitutionnel, le principe de la non rétroactivite engage le législateur à examiner toujours soigneusement la question de savoir si les raisons de s'écarter existent.

Mots clés: *Droit intertemporel. - Droit civil. - Temporel.*

UDK — 321.01+342
Изворни научни рад

др Стеван Врачар,
редовни професор Правног факултета у Београду

ИСТОРИЧНОСТ ДРЖАВНО–ПРАВНОГ ПОРЕТКА

Чланак пружа неке крупне проблеме филозофије државе и филозофије права. Аутор третира државу и право као целовиту творевину, сматрајући да њена историчност обједињује две димензије, временитост и просторност. Он инсистира на највећем значају цивилизацијско-културних формација, па сходно свему томе предлаже да се на одговарајући начин третирају питања класне борбе, политичке конституције, „природе ствари", везе између „позитивног" и „природног" права итд.

Кључне речи: *Правни поредак. – Историчност. – Идентитет. – Временитост. – Просторност. – Основни проблеми.*

Постављена тема непосредно предочава само то да је *„историчност"* несумњиво једна од изведеница термина „историја", као и то да је *„државно – правни поредак"* некакав наговештај везе с „државом" и „правом". Међутим, сви ти термини су недовољно јасни, оптерећени су неодређеностима и вишезначностима. Зато су пожељне неке *одредбе*.

1. Најпре, овде се под *„државно – правним поретком"* подразумева јединственост, повезаност, целовитост и међусобно прожимање државе и права, при чему ова два феномена ипак задржавају своје особености и релативну независност. Сама држава је примарна организација, а право је примарна регулација, који се успостављају и који функционишу у оквиру сваког глобалног друштва које истовремено фигурира као уобличена политичка заједница. Као засебна организациона творевина, држава се састоји од посебне и најчешће специјализоване групе управљача, функционера и службеника, одн. државних органа; они врше мноштво делатности; хијерархијски су распоређени и чврсто повезани прикладном влашћу: ослањају се на једну масу објеката и вредности. – Исто тако, право је нарочита творевина или структура чији су саставни елементи: правни субјекти, правни акти, правне норме, правни односи и правни објекти. Држава и право су комплементарни и симетрични, како у целости тако и у својим деловима. Отуда је државно – правни поредак примарна организацијско – регулацијска творевина, структурно и функционлано уобличена и издиференцирана унутар политичког устројства сваког засебног глобалног друштва. Дакле, оваквим схватањем се избегава проширење појма државе и њено поистовећење с политичком заједницом, али и сужење појма права и његово поистовећење само с „правним нормама" или „правним прописима".

Затим, овде се под *„историчношћу"* жели истаћи шире значење тог израза, које се не своди на прошлост нечега, па чак ни њено повезивање са

садашњошћу и будућношћу, то јест само на опстајање нечега у времену. Заправо, има се у виду једно од битних својстава у којем се изражава присуство и дејство непрегледног низа чинилаца у опстајању извесне творевине, у њеној егзистенцији и есенцији[1]. Полази се од неоспорне чињенице да све друштвене творевине опстају „у времену и простору", одн. да се налазе у својеврсном „координатном систему" насталом због препознатљивости двеју међузависних димензија: временске или временитости, али исто тако и просторне или просторности. Те две димензије су само у својој основи физикалне, тако рећи космолошке, а стварно и превасходно на овом плану су социјалне, својеврсна потврда друштвене реалности одговарајућих творевина.

Следствено томе, могло би се рећи да идентитет свега, сваког глобалног друштва и сваке творевине у њему, у великој мери одређују и конкретизују поменуте две димензије. Утолико и зато оне нису некакве пуке апстракције и имагинације. Самим тим и државно – правни поредак својим друштвеним реалитетом открива и своју историчност.

2. С таквим незнакама олакшано је посматрање, истраживање и разумевање историчности државно – правног поретка где год се појавио, какав год био и колико год опстајао. Већ при овлашном увиду, а поготово приликом дубинског сагледавања, намеће се утисак о постојању мноштва оваквих творевина у садашњости на свим континентима, али и знатно друкчија слика о прошлости[2]. При томе, свако располаже некакавим појмовима, поседује извесна знања и настоји да их утемељи на одговарајућим подацима. То је сложен процес *изградње једног од најважнијих сегмената историјског света*[3] у датом времену и на датом месту. Тако искрсавају незаобилазна и пресудна питања о ваљаности и примерености свих општих појмова, поставки, идеја, принципа, па и развијенијих концепција и теорија.

Када се не ради само о простом описивању и оскудном објашњавању неког конкретног државно – правног поретка, одн. неког његовог састојка, настају разни степени уопштавања. То су начини стварања теоријских конструкција изналажењем оног што је заједничко, карактеристично, битно за низ или за све одговарајуће творевине. Остављајући по страни проблематичност најопштијих појмова малочас назначених морамо имати у виду разлике и опасности од свих облика појмовног и практичног *„апсолутизма"* и *„универзализма"*, који већ као такви пренебрегавају све временско – просторне релације и конкретност, па зато оперишу апстракцијама. Наравно, то се једнако тиче и појединих елемената, својстава, принципа и облика, а нарочито извесних институција, који припадају појединим таквим творевинама. Поште нема трансценденталних, ванисторијских државно – правних поредака, ако не егзистирају као некакви ентитети „по себи", онда је јасно и да су се конкретно обликовали у извесним раздобљима и на одређеним просторима. Тако искрсавају заједничка, типска и општа својства и елементи. Тако је и настала потреба за означавањем разлика између „античког" и „модерног" државно – правног поретка, између „азијске деспотије" и „европ-

---

(1) Вид. Ulrich Anacker, Hans Michael Baumgartner, *Geschichte, Hanndbuch philosophischer Grundbagriffe*, Hpsg. von Hermann Krings, Hans Michael Baumgartner und Christoph Wild, Kösel — Verlag, München, 1973, Бд. 2, С. 547 – 557.

(2) Вид. Wolfgang Fikentscher, Herbert Franke, Oskar Köhler (Hrsg.), *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, (Veröffentlichungen des Instituts für historische Anthropologie, Band 2), Karl Alber — Verlag, Freiburg und München, 1980, С. 820.

(3) Вилхелм Дилтај, *Изградња историјског света у духовним наукама*, предговор Иван Урбанчић, превела Душица Гутеша, редакција Данило Баста, Београдски издавачко – графички завод. Београд, 1980, стр. 141, 152 – 153, 211, 239 – 248.

ске демократије", између погледа и институција „Запада" и „Истока". Слични су мотиви код истицања схеме „стари", „средњи" и „нови" век. У редовима квази – марксиста, рецимо, уврежила се као беспоговорна истина о редоследу: „робовласништво" – „феудализам" – „капитализам" – „социјализам" и на крају некакав утопијски „комунизам". Све су то потврде одређеног *„релативизма"*, али не и стварна гарантија научне утемељености и тих ознака и датих знања и резултата.

С друге стране, пак, својеврсна заокупљеност оним конкретним и само на једном примерку државно – правног поретка испољеним облицима, елементима и институцијама – идеолошки пројицираним или стварно постојећим – повлачи за собом својеврсну теоријску и практичну *„апсолутизацију"* и *„универзализацију"* конкретности. То је настојање да се оно непосредно, виђено, доживљено, на известан начин вредновано итд. – некако стави у ред „општесветског" и „свевременог". Ту је, вероватно, исто тако велики ризик изопачавања историјске перспективе посматрања дате реалности. Ипак, само у одређеним околностима настају најнепожељније последице: обично непознавање ствари, својеврсна ускост и „конкретизам", идеолошка острашћеност и често заслепљеност, недостајање научне критичности и објективности итд. На таквом тлу почивају често агресивни и нетолерантни идеолошко – политички системи, религијска уверења, разне предрасуде. Тако су, рецимо, поникла и разна хипостазирања, „западне демократије", „совјетског модела", „југословенског самоуправљања" итд.

Уопште, у средишту свега налази се *метод(ологија)*. Истицањем историчности, у ствари, може се пледирати за нешто што превазилази само две поменуте димензије. С основаном претпоставком о многоелементности и изванредној сложености државно – правног поретка постаје јасна недовољност сваког једностраног, једноелементног, уског, редукционистичког метода. Тако се намеће умесност и потреба различитих метода. Зато је важно истраживање порекла, настанка и развоја овакве творевине и њених елемената. Такође, од битног значаја је истраживање утицаја друштвеног оквира и појединих друштвених чинилаца. Потребно је упоређивање, анализа расположивих података и синтеза у објашњењима итд. За све то и све остало најпогоднији је *интегрални метод државно – правне науке*[4].

3. Иако је у развоју историографије и филозофско–историјске мисли било значајних представника и резултата, од античког доба и током средњевековља, несумњиво је снажан полет уследио тек у модерно доба, уопштено говорећи после Француске револуције крајем XVIII века. Истраживања прошлости човечанства и појединих друштава представљала су и подлогу одговарајућих истраживања државно – правног поретка.

Најдубља и најутицајнија је *филозофско-историјска мисао Г. В. Ф. Хегела*[5]. У склопу своје опште филозофије, примењујући основне категорије и методска извођења, он је скицирао историју човечанства, то јест његових најзначајнијих делова, па су тако у могућој мери обухваћени и држава и право. Иначе, своје погледе је потпуно изложио у осталим списима. Реконструишући најзначајније историјске чињенице, Хегел настоји да предочи општи историјски ток и развојне фазе како целокупног човечанства тако и појединих његових делова. При томе, тежиште и главни показатељ, па и чинилац, целокупног историјског кретања налазе се у људском духу, рекло би се у целокупној духовности. Ту се налазе и држава и право као изразити

(4) Стеван Врачар, *Интегрални метод државно – правне науке*, Зборник за теорију права, св. III, изд. Српска академија наука и уметности, Београд, 1987. стр. 47 – 78.

(5) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Filozofija povijesti*, preveo Viktor V. Sonnenfeld, Kultura, Zagreb, 1951, стр. 21 – 112, 404 – 407.

и веома значајни облици духовног живота људи, појединаца и политичких заједница. Све се креће по схеми и у фазама које предочавају субјективни дух – објективни дух – апсолутни дух. Тако се обликују и добијају садржину држава и право, у целости као и у појединим деловима, институцијама. Тако је Хегел нагласио историчност државно–правног поретка као својеврсну временско – просторну дијалектику њихове духовне егзистенције.

С променама општих друштвених прилика и консолидовањем националне заједнице у Немачкој се афирмисала *историјскоправна школа* која је већ својим именом, а особито настојањем понајвише инсистирала на значају историчности права, али и државе[6]. Њени представници и присталице су сматрали да сви главни облици културе, а међу њима једно од главних места припада праву, представљају само изразе специфичног *„народног духа"* који је, тако рећи, иманентан сваком народу понаособ, који се постепено укорењује и развија, који је највршна подлога и чинилац културног стваралаштва, па и постојећег права и створене државе. Попут језика и заједно с њим ствара се обичајно право, а касније и законско право. (Зато је неприкладно вештачко преношење и рецепција установа римског права.) На таквој сопственој основи се најпоузданије гради политичка заједница, обликују правне установе, задовољавају животне потребе, па и обезбеђује положај група и појединаца.

С појавом К. Маркса и марксизма, одн. *историјскоматеријалистичке теорије* настао је превrат у схватањима о друштву, историји, држави и праву. Насупрот свим ранијим погледима у средиште историјског развоја стављен је материјално – економски живот, а као главна покретачка снага назначена је класна борба. Иако представљају оваплоћење политичке моћи и главни инструмент политичких борби, надасве класних, држава и право су делови друштвене надградње, па су објективно условљени стањем и развојем економске структуре друштва[7].

4. Већ на основу ових настојања и индикација видљиви су покушаји да се сагледају разне стране и домашаји историчности за теоријско објашњавање и практично усмеравање државно – правног поретка у светској историји, одн. историји појединих земаља, а нарочито постојећих државних и правних установа. Зато је заиста од највећег значаја не само описивање спољних израза него и унутрашња садржина *„историчности"*.

Као што је поменуто, историчност не трпи никакве априорне схеме које би се сматрале свеважећим, па као такве једнако користиле за објашњавање свих друштава, разних епоха, појединих збивања. Према томе, такве схеме су неприкладне и за државно – правни поредак. Иако је основана претпоставка да се историчност налази у „координатном систему" датог времена и датог простора, само са сагледавањем целокупности услова, околности и чинилаца – како код оног што се непосредно истражује тако и код великог броја глобалних друштава и чак свих – може рачунати с исправним усмерењем и одговарајућим захватом историчности. При томе, историчност државно – правног поретка обухвата: пре свега *сопствену историчност,* али исто тако и *историчност целокупног друштва.* Она представља својеврсно „сажи-мање" бескрајног низа различитих утицаја и веза, резултира из свих токова и промена које се дешавају у датом времену и у датом простору; она је својеврсни спој објективних и субјективних чинилаца, потврда како оних препознатљивих закономерности, правилности у збивањима, тако и оних

(6) Giuliano Marini, *Storicità del diritto e dignità dell' uomo,* Napoli, 1987, p. 497.

(7) Карл Маркс – Фридрих Енгелс, *Изабрана дела у два тома,* Култура, Београд, 1950, том I, стр. 10, 337 – 339, 618; том II, стр. 130. 132, 379 – 381, 473 – 477.

невидљивих и нејасних одступања и случајности, она је увек својеврсно изражавање спреге економских, политичких и културних облика живота дате заједнице; неминовно повезивање свега оног што се дешавало у прошлости с оним што се актуелно дешава; она је обележена бруталним сукобима и борбама, али нису занемарљиви ни облици свакојаких међузависности и сарадње; она је резултанта укупности унутрашњих збивања, али и спољашњих утицаја других заједница, држава, међународног облика окружења итд. Сем тога, због постојећих особености, држава има *своју* историчност, а право показује своју историчност – следствено томе како и колико се међусобно разликују. Зато је историчност државно–правног поретка и *резултанта* претходних, али и нешто више од тога. Но, битно је следеће: свака творевина, па дакле и држава, право, државно–правни поредак и сви остали облици и елементи постојећег друштва *имају своју одређену структуру и функцију, али и (сраз)меру узајамног повезивања и утицаја.* Управо због тога се и јављају разлике у стањима тих творевина: онима која су у извесном смислу иманентна и „природна", али и онима која од тога одступају, па су на неки начин „вештачка", мање или више „неприродна". У овим другим случајевима нестају унутрашњи поремећаји, неравнотеже, насилни поремећаји структура и функција односне творевине, што све може водити ка преобликовању и уништењу датих творевина.

Иако су новија филозофско-историјска истраживања пружила веома запажене резултате[8], стиче се утисак да је историчност ипак нека *„велика тајна".* Чак и највећи мислиоци и истраживачи готово заобилазе најкрупнија и најмање разјашњена питања. Чак ни они који су се понајвише бавили сагледавањем историје човечанства и временских циклуса[9], не дају бар пластичну слику о оном драматичном настанку, опстајању и нестанку великим и моћних државно – правних поредака, у разним раздобљима и на свим континентима. Чини ми се да је неопходно разјашњавање *цивилизацијско – културних формација* као пресудних оквира и подлоге односних државно – правних поредака. Шта су оне, одакле подстицаји њиховог настанка, раста и пропадања? Зашто се све то дешава? Куда све то води? Откуда готово без икаквих веза миленијумима и вековима опстају цивилизацијско – културне формације; на Истоку кинеска, индијска итд. у Средоземљу римска, у Јужној Америци инкаска? Унутар њих су одговарајуће државе и права. Зашто и како сразмерно мали народи готово пресудно играју улогу градитеља, тако рећи, оне светске цивилизације и културе (нпр. грчки и јеврејски)? Зашто и како су сразмерно мали народи стварали гигантске империје (нпр. монголска, османлијска итд.)?

Све су то досад неразјашњене загонетке, а можда су и неразјашњиве. И управо зато има разлога да се праве и најфантастичније претпоставке. Није искључено да постоје и неке тајанствене *„генетске детерминације"* у појединим људским заједницама, које битно доприносе чудесним збивањима, међу њима и оним у којима главно место припада односном државно – правном поретку. Није искључено да и све оно што изгледа као најчуднија случајност, у ствари, представља израз и потврду присуства и дејства непознатих чинилаца, па се прибегава метафоричним ознакама („Бог", „судбина", „провиђење", „светски дух" и сл.). Уосталом, чак и најауторитативнији мислиоци

(8) Нпр. Освалд Шпенглер, *Пропаст Запада*, Нацрти за морфологију историје света, Превео Владимир Вујић, изд. Космос, Београд, књига прва, стр. 551; књига друга, стр. 643; Arnold Toynbee, *A Study of History*, The New One — Volume Edition, Illustrated, Thames and Hudson, Oxford University Press, London, 1972, p. 576.

(9) Наравно, у наведеним и многим другим делима налази се огроман и драгоцен материјал.

слуте, или изричито помињу, постојања специфичне „историјске енергије" која је распростртa, шири се, концентрише и дејствује на одређеним местима и у одговарајућим раздобљима[10]. Уосталом, чак и емпиријске и егзактне науке о природи не искључују постојање неких досад науци непознатих и моћних облика енергије.

5. Сва ова питања, па и многа друга, намећу потребу разматрања и утврђивања *правног места неких најважнијих момената,* процеса и појава у историји човечанства, одн. појединих глобалних друштава. Ради се о толико значајним стварима да се сматрају незаобилазним, без обзира како се иначе процењују.

У социолошки усмереним истраживањима, а особито у марксизму, главна пажња посвећује се друштвеним сукобима између класа и осталих важних друштвених група. Зато се и наглашава улога *класне борбе* као основног покретача историје друштва, па самим тим и државно – правног поретка који се у његовом оквиру налази. На други начин то се истиче разматрањем *улоге силе у историји,*[11] при чему неки аналитичари сматрају да пресудно дејство врши раст производних снага, одн. укупност односа у материјално – економској сфери, а други опет налазе да су огољени облици и средства насиља најважнији чинилац. У вези с тим, једностраним преувеличавањем значаја класне структуре и класне борбе све се своди на крајње исходе те борбе, на револуције и остале исходе сукоба. Међутим, често се потпуно занемарује чињеница да су револуције, оне праве, веома ретка појава, а остали видови сукоба се морају признати као нешто нормално. У својеврсној митологизацији класа и класне борбе занемарује се, међутим, далеко значајнија чињеница, наиме да су спољни сукоби, *ратови* неупоредиво масовнија појава, тако бројна да је готово несагледива у свеколикој историји, а што је још важније, с немерљиво далекосежним дејствима, често с најстрашнијим последицама. У свему томе управо државама припада највећа улога. Такође се занемарује чињеница да друштво опстаје поред осталог и због разних облика међузависности и сарадње разних група и појединаца. Укратко, *друштвена историја није испуњена само једним моментом, већ различитим.* Зависно од тога услеђује и *класност* и *друштвеност* односног државно – правног поретка.

Опстајање глобалног друштва као политичке заједнице, у свим фазама – настајања, трајању и нестајању – показује се као основна историјска чињеница. То значи да је у потребној мери издиференцирана посебна политичка структура или сфера која заузима, тако рећи, средишње место (између материјално – економске сфере и културно – идејне сфере). Та сфера има највећу чврстину управо зато што обухвата и погодан *политички систем.* Ту се усредсређују главне политичке снаге, оне које воде политику као специфичну делатност уравнотежавања битних потреба, интереса и циљева, консолидованих у датој средини. Целокупна политичка сфера, а нарочито њена структура и функција, обележене се *процесом политичког конституисања друштава,* који је усмерен на то да обезбеди неоспорну надмоћ центрипеталних чињеница, то јест на потискивање центрифугалних. Зато свака таква заједница има себи примерену *политичку конституцију.* Њен државно–правни израз је *устав.* Сви ти процеси, облици и феномени, као дејствени и уравнотежавајући чиниоци доприносе одржавању целовитости и јединства заједнице. А, да би се постигла неопходна интеграција у размерама читаве заједнице, структурише се и функционише државно – правни поредак, не само као

(10) Упор. V. Diltaj, *op. cit.* стр. 210 – 215, 246 – 248, 347.

(11) Fredrich Engels, *Anti—Dühring* , Напријед, Загреб, 1945, стр. 167 – 190.

организациони и институционални механизам, него и као оваплоћење и симболичка потврда делотворности постојеће политичке заједнице. На тај начин се најважнији животни процеси такве заједнице усредсређују у политичку сферу. Најважнија и пресудна питања ту се разрешавају. Дата друштвена средина везује све своје најважније процесе, промене, чиниоце, дејства, облике итд. за сопствени политички живот. Управо зато је политика судбоносна за опстајање заједнице, њених делова и свих припадника[12].

Међутим, за сагледавање историчности сваког глобалног друштва, а нарочито када се посматрају у склопу низа таквих друштава, груписаних у појединим деловима човечанства, па и целокупног човечанства – најважније су *цивилизацијско – културне формације*. Најдубљи слојеви друштва, најважнији елементи, суштинска својства – све оно што даје печат и целокупности и сваком делу, па и припадницима – представљају само потврде постојања такве формације. Утолико и зато она је важнија и од „друштвено – економске формације" (којој марксисти придају највећи значај), јер и то на неки начин обухвата. Прави оквири и детерминације историчности налазе се у цивилизацијско – културним формацијама. Целокупни живот човечанства и човека обликује се, али и добија све битне садржинске моменте сходно успостављеним, рекло би се „израслим" таквим формацијама. Целокупни материјално – економски живот, поменути политички живот и примерен културно – идејни живот, тако рећи, димензионирају те формације. Иако су разнородне и партикуларне (просторно, етнички итд.) оне садрже и компоненте општости. Иако су обележене временитошћу, за њих је најзначајније што садрже моменте трајности, трајања извесне подлоге, сталног развоја и дограђивања, превазилажења достигнутих фаза и облика новим и савршенијим, али без пуког уништавања и рушења раније достигнутог. *Зато су цивилизацијско – културне тековине најважније и најукорењеније.* У ред таквих тековина, на свој начин, спада и државно – правни поредак. Ова творевина, наиме, вероватно има своје најдубље *корене* и своје право *језгро* у створеној цивилизацијско – културној формацији. Отуда, има и нечег општег у свим државно – правним творевинама, од грчког полиса до гигантских империја, од држава до модерних правних држава, али и крупних разлика, нарочито када се посматрају поједине такве творевине. Али, због великих разлика у појединим цивилизацијско – културним формацијама, немогућности њиховог усклађивања, поопштавања, проширивања неких елемената и достигнућа као општечовечанских вредности – често настају највећи судари, најоштрији сукоби и чак буквална разарања и уништења појединих таквих формација. Зато би се могло рећи да је историчност државно – правног поретка некако *предодређена трајношћу и оквиром дате формације, а њени изражајни облици налазе се у препознатљивим збивањима*, дакле одређеном времену и на одређеном простору.

6. Елементарни подаци о било ком државно – правном поретку, као реалној цивилизацијско – културној творевини, као саставном делу глобалног друштва, па и односне политичке заједнице – одсликавају његову прошлост. С друге стране, уколико и сада опстаје, огледа се у његовом актуелном функционисању. Тако се препознаје његова историчност, па и оно што се налази у основи његовог *идентитета* и *интегритета*. Дакле, историчност пружа *мерила* некадашње и садашње егзистенције дотичне творевине. И то не само за целокупност дате творевине него и за њене саставне делове, нарочито оне најважније.

---

(12) Stevan Vračar, *Socijalna sadržina funkcije državno — pravnog poretka*, Улога државе и права у процесу политичког конституисања друштва, Изд. Савеза удружења правника Југославије, Београд, 1965, стр. 90 – 94, 101 – 106.

У науци преовладава мишљење да су политичке заједнице, а с њима држава и право, настале распадом племенских заједница, дакле прелазом у цивилизацију. Та историјска чињеница повукла је за собом идеолошку, утопијску и есхатолошку прогнозу (у редовима марксиста и анархиста) о неминовности „укидања" или „одумирања" државно – правног поретка. Но, остављајући то по страни, животни циклус овакве творевине поклапа се с постојањем политичке заједнице[13]. Временско трајање у континуитету, настанак или крај одређене такве творевине, обележавају најчешће ратови (окупација као привремени прекид, или чак као вишевековни прекид, па и коначно уништење) али и револуције и други видови унутрашњих борби. Поред тих временских граница, често неодређених, просторне границе су сасвим одређене као „државне границе". Међутим, сама временска димензија или временитост се огледа у неразјашњивим осцилацијама, вероватно изазваним утицајем несагледивог низа чинилаца, „бољих" и „лошијих" времена. Свако друштво и свака заједница омогућују испољавање *„духа времена"* који је несталан, показују и своје релативно трајне карактеристике, епохалне изразе, разне фазе, па и све одговарајуће промене. А што се тиче просторне димензије, она се као социјална огледа у *„хабитусу простора"*. Свака социјална средина има своје особености настале због многих видљивих, али и многих невидљивих чињеница и утицаја. Државно – правни поредак је најбољи показатељ значаја тих најважнијих момената. Он је најосетљивији на дејство и међузависност двеју одредница. А пошто су сви елементи ове творевине повезани системским везама, а сама целина је уклопљена у систем глобалног друштва – све задобија, мање или више, печат тих одредница. Вероватно због тога и настају приметне разлике између *архаичних* и *модерних* државно – правних поредака. И поред свих и највећих разлика, међутим, постоји неотклоњива веза између прошлости и савремености, јер *традиција* обезбеђује најразличитије везе и утицаје[14]. У вези с тим најважнија је појава *нација* и националне свести, која у највећој мери омогућава унутрашњу консолидацију и хомогенизацију, стварање унутрашње и органске друштвености, на чијој подлози се успоставља одговарајући државно – правни поредак. Свака етничка група, а поготово нација, има своју *историјску* свест у којој се изражава и прошлост и актуелно постојање дате заједнице. У томе најважније место заузима и одговарајуће *државно – правна свест*.

Када је већ успостављен и довољно уобличен неки државно – правни поредак, онда је најважније обезбеђење његове трајности и стабилности. Пошто се налази у одређеној средини, као једном системском оквиру, претпоставка за то налази се у што потпунијој *равнотежи* разних чинилаца. Такође сами елементи ове творевине изискују одговарајуће уравнотежење. То се постиже и објективним условима и свесним делатностима, одн. дејством објективних закономерности и људским акцијама. Као и сваки други ентитет, државно – правни поредак се структурише и функционише сходно *„природи ствари"*[15]. Он је толико значајна и специфична творевина да има своју „темељну меру" и „темељни поредак", што значи да се у датом времену и простору објективно и спонтано утврђују извесне сразмере и односи, у датој општој ситуацији, па се тако намећу извесна општа мерила, утврђују основни оквири људског понашања. На тој основи је могућно државно орга-

(13) Упор. Gerhard Husserl, *Recht und Zeit*, Vittorio Klostermann, Frankfurt an Main, 1955, S. 10 — 40.

(14) Вид. белешку бр. 2.

(15) Стеван Врачар, *Радбрухово схватање о „природи ствари"*, Зборник за теорију права, изд. Српске академије наука и уметности, свеска IV, Београд, 1990, стр. 197 – 216.

низовање и правно регулисање, како на најважнијим подручјима тако и у конкретним ситуацијама. Оно што проистиче из „природе ове ствари" је најприкладније. Зато је и најпримеренија она историчност која се обликује и добија садржину сходно природи постојећег државно – правног поретка. Но, та природа као нешто аутентично не долази сама по себи, а често је привремено онемогућена дејством извесних носилаца моћи.

Следствено томе, она упрошћавања која се најчешће сусрећу, о *„позитивитету права"* – изазивају оправдане приговоре. Наиме, схватање о „позитивном праву" као укупности важећих правних норми, то јест таквих које су донете на предвиђен начин, а нису укинуте на исти начин – оптерећено је формализмом и особеним нормативистичким редукционизмом. Јер, тако се потпуно занемарује било какво постојање „природног права". А оно је, сматрам, далеко важније, јер сачињава дубљи слој права на чијој основи и настаје „позитивно право". Зато, ако је сразмерно лако утврдити да су одређени правни системи припали прошлости, сада непостојећи[16], одн. неки његови делови ѝ „прописи" – то је неупоредиво теже када се узме у обзир и *„натуралитет права"*. Јер, овај слој права у реалности постоји у мањој или већој мери, па је делимично изражен и у датом „позитивном праву". Његова историчност, а поготово његова временитост, није препознатљива[17]. Сем тога, ако се већ наглашава формалистички „позитивитет права", онда је оправдано на сличан начин и постављати и решавати питање државе: и она као формализована структура има одговарајући „позитивитет", али је много важнији њен „натуралитет", њен дубљи слој, њен реалитет, па и фактицитет, Као што правни прописи или норме могу постојати само „на хартији", тако исто могу и многе државне институције фигурирати само у декларацијама, а да у реалности постоји нешто сасвим друго. Битно је оно што постоји и функционише, а не оно што се прокламује као „правно" и „државно". А када је већ тако, онда се питање *статике* и *динамике* државно – правног поретка мора решавати на други начин. Није довољно утврдити настанак, трајање и престанак важења правних „прописа" као одреднице њихове временитости, а просторност као њихову другу одредницу. Све то у једнакој мери и на сличан начин тиче се и правних субјеката, правних аката, правних односа и правних објеката. А пошто се све то на одређен начин показује и на држави, онда се мора и она третирати на одговарајући начин.

Али, најважније је следеће: *историчност* ове творевине конституише се не само у препознатљивим показатељима, него и у скривеним слојевима који су иначе и значајнији и трајнији. Сваки елемент те творевине има извесно *значење*, па се сва та значењска маса слива у један јединствен смисао, у крајњој линији *историјски*, дакле временски и просторно димензионисан. Тај смисао се може приближно одредити као настојање и објективно кретање ка *што адекватнијем изражавању потреба, интереса и циљева, доведених у оптималну равнотежу деловањем истинских представника политичке заједнице*. То, наравно, није било у моћи и природи ниједне повлашћене класе или групе, а поготово свемоћних тирана. У томе се налазе, на жалост, прави извори оне драматичне форме историчности, њеног стварног смисла, па и свих одговарајућих последица. И, наравно, оне вечне тежње да се дође до хуманијих и демократских решења.

(Примљено 20. 12. 1990)

(16) Heinrich Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, C. H. Beck, München und Berlin, 1964, S. 36 — 42.

(17) Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1972, S. 1 — 23.

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

HISTORICITY OF THE STATE-LEGAL ORDER

Summary

The subject-matter discussed are the great problems of the philosophy of law and state. Emhasizing that the state and the law are closely connected into a whole (state-legal order), the author considers that historicity is not only the past of that creation, but also a specific expression of two of its dimensions - that of time and that of space. This is why it is possible to discern in the historicity various influences of social factors in the given time and space. Such conception is rather significant in terms of methodology, because it is confronted to abstract schemes, but also in proclaiming apecific institutions as universal ones. After pointing at the contribution of Hegel, the historical-legal school of thinking, and historical materialism in studying the historicity of state and law, the author treats also some essential moments and circumstances of expressing the historicity. These are: class struggle, political constitution of society and more particularly the civilisational- cultural formations. Every state-legal order expresses its identity and confirms it in its own historicity, including that of the entire society. Accordingly, it is significant to find out the position of that creation in the development of the civilisational-cultural formations and more particularly of the spirit of times and of the *habitus* of the space where the specific state-legal order does exist. In accordance with that it is also necessary to adapt the view of the nature of things as a category which relates to the entire creation mentioned above, and also to coordinate the conceptions of positive law and of the natural law. In such a way it is possible to understand also the general historical meaning of the state and the law.

Kaw words: *Legal order.- Historicity. - Indentity.- Timeliness.- Space as element.- Basic problems.*

Stevan Vračar,
Professeur à la Faculté de droit de Belgrade

L'HISTORICITE DE L'ORDRE D'ETAT ET JURIDIQUE

Résumé

Dans son article, l'auteur débat de certains problèmes majeurs de la philosophie du droit et de la philosophie de l'Etat. Souglignanat que l'Etat et le droit sont liés en un tout unique (l'ordre d'Etat et juridique), l'auteur considère que „l'historicité" n'est pas seulement le passé de cette création, mais aussi une expression de ses deux dimensions, temporelle et spatiale. C'est pourquoi dans l'historicité se reflètent diverses influences des facteurs sociaux dans divers temps et dans divers espaces. Ce concept est d'une grande importance méthodologique car il s'oppose aux schémas abstraits, mais aussi à ce que les institutions concrètes soient proclamées universelles. Après avoir souligné la contribution d'Hegel, de l'école historique de droit et du matérialisme historique à l'étude de l'historicité de l'Etat et du droit, l'auteur souligne également certains moments et certaines circonstances essentiels dans lesquels cette historicité se manifeste. Ce sont: la lutte de classes, la constitution politique de l'Etat et surtout les formations de civilisation et culturelles. Chaque système d'Etat et juridique révèle son identité et la confirme dans sa propre historicité et aussi dans l'historicité

de la société toute entière. Il est donc important de dégager la place de cette création dans l'évolution des formations de civilisation et culturelles, surtout dans la formation de „l'esprit du temps" et de „l'habitus de l'espace" dans lesquels un certain système d'Etat et juridique existe. Conformement a cela, il est nécessaire d'adapter la vue sur la „nature des choses" comme catégorie qui frappe toute cette création et d'harmoniser aussi les positions sur le „droit positif" et le „droit naturel". C'est de cette manière qu'on peut comprendre le sens historique général de l'Etat et du droit.

Mots clés: *Ordre juridique. - Historicité. - Identité. - Temporalité. - Spatialité. - Problèmes élémentaires.*

UDK — 34(091)
Изворни научни рад

др Јелена Даниловић,
редовни професор Правног факултета у Београду, у пензији

УГОВОР О ГРАЂЕЊУ У РИМСКОМ КЛАСИЧНОМ ПРАВУ

Уговор о грађењу је у земљама европског континенталног права тек у новије време постао самосталан уговор привредног права, независтан од уговора о делу. Под утицајем римског, односно пандектног права, он је чак, и у великим кодификацијама грађанског права мање или више везиван за уговор о делу. И у нашем ЗОО у чл. 630. уговор о грађењу дефинише се као уговор о делу, мада се већ у даљем тексту дефиниције истичу његове особености, а издвајањем у посебну Главу XIII (која долази одмах после уговора о делу) он је ипак регулисан као самосталан именовани уговор. И у нашој теорији је тек у новије време преовладало мишљење да га не треба везивати за уговор о делу. У овом раду скренута је пажња да су већ у римском класичном праву уочене све особености уговора о делу у коме се предузимач обавезује да ће у својој режији изградити одређен грађевински објекат. Класични правници га нису издвојили из уговора о делу, као што ни уговор о делу у то време још није био у потпуности издвојен из целине контракта locatio conductio, али су изградили посебна правила која се примењују само на уговор о грађењу. Та правила су стварана следећи обичаје стваране у пракси у време велике изградње Рима почетком принципата, када се приступало и новом начину организовања грађевинске делатности. Полазећи од уговора закључиваних у пракси и спорова који су настајали, класични правници су издвојили уговор о грађењу из масе других уговора на које се примењивана правила locatio conductio operis faciendi, али га нису и осамосталили.

Кључне речи: *Уговор о делу. – Правна природа. – Римско право. – Југословенско право.*

1. Основано се препоставља да су у старијим периодима римске историје грађевински радови обављани радном снагом породице и њених клијената[1]. Доцније се за зидарске радове ангажују лица ван породице, вероватно путем стипулације, а другој половини периода Републике већ се закључује уговор *locatio conductio*.

Најстарији сачуван уговор о грађењу (и једини у целини сачуван) закључен је 105. године пре н. е. између једног предузимача и дуовира града Путеоли.[2] Уговор је конципиран као *locatio conductio operis faciendi*[3], а предмет изградње су градске зидине. Предузимач, *conductor*, обавезује се да изгради цео објекат у својој режији и својим материјалом, а наручиоци да исплате

(1) Kaufmann, *Die altrömische Miete*, Köln — Graz, 1964, стр. 15 и даље

(2) C. G. Bruns, *„Fon es iuris romani antiqui, leges et negotia"*, Tübingen, 1909, бр. 170 (стр. 374).

(3) У тексту уговора пише „operum lex" (p.4) и „qui redemerit" (p.6) а предузимач је conductor.

уговорену, глобалну цену, и то у две рате, на почетку и по преузимању изграђеног објекта. Описано је место на коме ће се градити. Предузимач је дужан да претходно рашчисти и уреди терен, и детаљно су описани сви радови. На крају се врши преглед готовог дела, *probatio*, од стране комисије од 20 људи, која ће одлучити да ли се објект прихвата или не (*quod eorum probaverint, probum esto, quod non probaverint, improbum*). Ништа није речено о последицама ако се догоди да је *improbum*. Предузимач даје 10 јемаца који су потписали уговор на крају. Иако се овде ради о уговору са градским органима, са јавноправним елементима, где услове просто диктира наручилац и оштро намеће своју вољу, он је значајан извор сазнања и за приватноправне уговоре пошто већ садржи многе елементе које је уговор о грађењу имао у класично доба. Неки аутори сматрају да су уговори са државом и послужили као узор за уговоре о грађењу које закључују приватна лица[4].

Податке о приватноправним уговорима у претклasичном и класичном добу пружа 13 фрагмената у *Digestama* (19,2), неколико других правних текстова и осврти на овај уговор у римској књижевности. У новијој романистици једини нешто целовитији приказ овог уговора дат је још почетком овог века[5], док се у радовима новијег датума обрађују само поједина питања, пре свега дејства и последица *probatio* и одговорности посленика[6].

Ми ћемо се у овом раду задржати само на оним уговорима који би се савременом терминологијом могли назвати уговорима о грађењу. Нећемо се задржавати на осталим могућностима ангажовања радне снаге и стручњака у циљу изградње неког објекта где наручилац ради у својој режији, што је, претпостављамо, и у класично доба био чест случај, поготову ако се радило о мањим објектима. Покушаћемо да истакнемо особености и посебна правила примењивана на уговор о грађењу и поред тога што се он третира као *locatio conductio operis*.

2. На почетку желимо да истакнемо неколико околности које су сигурно утицале на особености овог уговора.

Пре свега, уговорне стране су социолошки и економски биле неравноправне. Нагла изградња Рима и других градова у Италији, која је почела у време Августа, обухватала је у приватном сектору изградњу великих кућа за издавање (*insulae*), раскошних вила, па и приватних купатила, а то су градили само богати људи, патрицији и витезови, са много више купатила и друштвеног угледа него што су их имали грађевинари који су били само занатлије, нешто мало богатије од просека. Ова неравноправност могла се одразити пре свега на одредбе уговора и вероватно и на решавање спорова, па и изградњу правних правила деловањем јуриспурденције.

Градитељ је још у време Катона давао бар делимично свој материјал, и то камење[7], а у класично доба он по правилу гради својим материјалом[8].

---

(4) S. D. Martin, *„A reconsideration of probatio operis"*, 3CC, 1987, стр. 322 – 337.

(5) Samter, *„Probatio operis"*, 3CC, 26, 1905, стр. 125 – 144.

(6) Thomas, *Reflections on building contracts*, RIDA 18 (1971), стр. 674 – 689; Mayer — Maly, *Locatio conductio*, Wien — München, 1956, стр. 40 – 41 и 189 и даље; Arangio — Ruiz, *Responsabilita contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1958. стр. 188 – 201; Cannata, *Per lo studio della rensposibilita per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 168, стр. 135 – 240; Wubbe: *Labeo zur Gefahrtragung im Bauvertrag, Arbeiten au dem iuristischen Seminar der Universität Schweiz* (Festgabe zum iuristentag Mensch un Umwelt), Freiburg, 1980; Wubbe, *Opus selon la définition de Labéon*, Tijdschrift v. *Rechtsgeschiedenis*, Leiden, 1982, стр 241 и даље.

(7) Cato, de Agricultura, 14 – в. и Amirante чланак Labeo, 1967, св. 13, стр. 49 и даље.

(8) О томе в. текст овде напред и примедбе 21 и 22.

То значи, с једне стране, да је он морао бити већ нешто имућнији занатлија, а са друге стране, што је још важније, да он више улаже и више разликује него наручилац, који даје само земљиште. При томе је врло важно и то што је у класичном периоду важио принцип *superficies solo cedit*, па како је материјал уграђиван, тако је прелазио у својину наручиоца, што је од значаја за решавање многи правних питања која се могу појавити било у току изградње, било на крају.

И најзад, то су били скупи радови[9], у току којих градитељ ангажује друге зидаре и обичне раднике, па је зато и ризик, у случајевима када га он сноси, био велики.

3. Иако је *locatio conductio* био консензуалан контракт, уговор о грађењу закључиван је писмено. Док се код осталих уговора који се закључују као *l.c. operis* не спомиње писмена форма, у свим текстовима у којима је реч о закљученим уговорима о грађењу спомиње се и *lex locationis*, писмени уговор. То не значи да није у пракси бивало да се странке задовоље консензусом, али с обзиром на вредност уговора, сложеност радова који се обављају, потребе да се тачно предвиди изглед будућег објекта итд, вероватно је у пракси преовлађивала писмена форма, бар када се ради о значајнијим објектима.

Закључењу уговора су вероватно претходили преговори, у току којих је свака страна настојала да за себе обезбеди што повољније услове. Да су и правници сматрали да је то исто као и код купопродаје, нормални и допуштено, сведочи један Паулусов текст у коме он каже да као што је код купопродаје природно и дозвољено да се скупље продаје и јефтиније купује, те да тако странке настоје да једна другу варају („*circumscribere*"), исто тако је то допуштено и код *locatio conductio* („*ita in locationibus et conductionibus iuris est*")[10].

Писмено закључен уговор постаје *lex*, па се на права и обавезе странака, посебно на степен одговорности и питање ризика, не примењују општа правила већ оно што је уговором утаначено. Ова одступања од општих правила могућа су, наравно, код усмено закључених уговора, јер су правила римског облигационог права била диспозитивне природе, па има и текстова о *loc. conductio* у којима је реч о таквим одступањима[11], иако је уговор био закључен само *consensu*.

Да је при одређивању садржине уговора битна воља наручиоца, види се из примера у коме је грађевинар одступио од онога што предвиђа уговор, али с обзиром да је то учинио по налогу наручиоца, он је ослобођен у процесу који је покренуо инвеститоров наследник[12]. Међутим, право да одступи од уговора имао је само наручилац, док грађевинару то, изгледа, није било допуштено. У једном случају била је уговорена изградња виле за цену од 200 сестерција, од чега је било уплаћено 100 сестерција када су радови отпочели. Грађевинар потом диже цену на 300 сестерција, што наручилац не прихвата, већ наређује да се радови одмах обуставе и да се врати неутрошени део примљеног новца, тј. тражи у ствари, раскид уговора. У спору који је настао мишљење даје Лабео који саопштава да је наручилац у праву.[13] Наручилац је, види се, јача уговорна страна у овом облигационом односу, па се у текстовима он и назива повремено *dominus (negotii)*.

---

(9) Према D. 19.2.60.4. изградња виле кошта 200 – 300 сестерција, а према D. 19.2.58.2. поправка купатила (јавног) 100 сестерција.

(10) Паулус у D. 19.2.22.3.

(11) Код уговора о делу: са златарем в. D. 19.2.13.5. или о превозу D. 14.2.10. пр.

(12) 60.3 (Labeo 1.5. a Javoleno epitomatum):..„respondi opus quidem ex ex lege dicta non videri factum, sed quoniam ex voluntate kocatoris permatatum esset, redemptorem absolvi debere".

(13) Лабео – Јаволенус у D. 19.2.60.4.

Предмет уговора је изградња породичне куће, (*domus* или *villa*), куће за издавање (*insula*)[14], канала[15] или одржавање већ постојећих објеката[16], а у неким текстовима пише само опус, без прецизирања о каквом се делу ради[17].

Обавезе градитеља, који се у текстовима назива *conductor* или *redemptor*, јесу да у својој режији изгради, односно одржава објект који је предмет уговора, да на терену који му одреди *locator*, односно *dominus* својим или претежно својим материјалом изгради објекат описан у уговору, односно да већ постојећи објект поправља и одржава. Градитељ се обавезује *aversione*, да у целини преузима све радње у изградњи предвиђеног објекта. Наручилац се обавезује да плати цену, која као и код свих варијанти контракта *locatio — conductio* мора бити изражена у новцу[18]. Уговором су сигурно били предвиђени и рокови, као и свака одступања од општих правила о одговорности и ризику. Сваки уговор о грађењу морао је да садржи и клаузулу о *probatio*, контроли и формалном преузимању довршеног објекта, што се чини и по престанку уговора о одржавању грађевинског објекта. На жалост, није сачуван ниједан интегралан текст уговора о грађењу из класичног периода, те се могу вршити само реконструкције на основу фрагмената који о томе говоре.

По својој садржини уговор о грађењу се разликовао од осталих уговора о делу – што је последица природе посла који се уговара. Неке од тих специфичности стварале су и правне проблеме. Један од тих проблема настао је због тога што градитељ ради са својим материјалом. За *locatio conductio operis faciendi* битно је било да локатор стави на располагање, односно преда кондуктору ствар или материјал на чему ће *conductor* обавити одређен стручни рад: израда предмета од злата и сребра, чишћење и пеглање одела, копнени и бродски превоз, подучавање робова и деце, итд. По томе је уговор о делу ужи од уговора о делу у савременом праву. Ово је истакао још у доба Републике Алфенус Варус, наводећи да *rerum locatorum duo genera esse*, постоје две врсте ствари које локатор „пласира" (или „лоцира"), или се враћа иста ствар (као када се да одело на чишћење) или ствар исте врсте (када се да злато за израду разних предмета)[19]. Због тога је у класичном праву настао проблем како оквалификовати уговор о делу према коме посленик ради својим материјалом. Познат је Гајев текст I, 3, 147, у коме је речено да је „неизвесно да ли је то купопродаја или уговор о делу". Касније, каже даље Гај, сматрао је да се овде ради о продаји материјала, а да је рад златара предмет уговора о делу. Међутим, већина писаца сматра да је закључена купопродаја[20].

Од правила да посленик мора да ради материјалом који му је дао наручилац да би такав уговор могао бити *locatio conductio* одступило се када је у

---

(14) Domus: D. 19.2.59.; eod. 60,3; aedes: D. 19.2.30.3; villa, Cato, de Agric. 147; insula: D. 19.2.22.2; eод. 33; D. 18.1.20.

(15) D. 19.2.62.

(16) D. 19.2.58.2.

(17) D. 19.2.36.; eod. 37; eod. 51.1; eod. 24. пр. У питању су, вероватно, школски текстови или је приликом кодификације изостављен управо онај део у коме је наведено која је грађевина била у питању.

(18) Гај у D. 19.2.25. пр.

(19) D. 19.31.

(20) Thomas, нав. дело, стр. 673 – 677 објашњава да је у време Републике својина предмета прелазила на посленика, те је код уговора о грађењу било свеједно да ли је материјал његов или му га је дао наручилац. Проблем је настао тек од времена када је посланик стицао само детенцију.

питању уговор о грађењу. О томе сведоче два текста, један у коме Помпоније цитира Сабинуса[21], а други Паулусов,[22], из којих би се могло закључити да је изузетак учињен у време Сабинуса, можда је он и аутор новог правила, а да је у време Паулуса то већ била давнашња пракса. Сабинус каже да ако посленик ради својим материјалом, то је купопродаја, али „другачије је ако дам земљиште да на њему саградиш кућу, иако тада материјал (послеников, Ј. Д.) прелази у моју својину". Паулус кратко саопштава да када градитељ зида својим материјалом, тај материјал уграђивањем прелази у својину наручиоца, али је то ипак *locatio conductio*, а не купопродаја.

Око овог изузетка учињеног за уговор о грађењу у романистици су настале расправе о теоријским разлозима који су довели до овог одступања од општег правила[23]. Нама се чини да су разлози били пре свега у жељи да се питање реши у складу са већ постојећом праксом и особеностима уговора о грађењу. Он је од почетка био конципиран као *l.c.*, врло рано је и градитељ давао део материјала (камење), па када је почео да испоручује и сав материјал, преквалификација уговора не би била сврсисходна, јер би тако сложен уговор био тиме подвргнут тужбама *empti* и *venditi* и сасвим другим правилима која нису подесна за уговор о грађењу. Могуће је да су теоријски основ римски правници нашли у чињеници да локатор ипак нешто даје – ставља на располагање земљишта. Ово се може наслутити и из формулације Сабинусовог текста, који почиње речима „другојачије ако дам земљиште...", а као проблем наводи то што својина материјала прелази на наручиоца (као да је продаја материјала у питању, Ј. Д.).

4. Уговор о грађењу је постепено уобличаван као посебан тип уговора о делу и разграничаван према другим контрактима. У том погледу значајне податке пружа и један Јаволенусов текст у коме он даје свој *responsum* у спору насталом око тога да ли у конкретном случају зидар одговара за манљивост извршеног дела или не[24].

Из текста се види да је према уговору зидару свакога дана била исплаћивана одређена сума новца. Не види се шта је грађено, али је *opus* изграђен са недостацима и *locator*, наручилац је тужио. Проблем је проистекао из неуобичајеног начина плаћања: наручилац је сматрао да зидар треба да одговара и поред тога што је исплаћиван свакога дана. Јаволенус на то каже да решење спора зависи од тога шта је било уговорено. Ако је било предвиђено да ће квалитет рада бити на крају провераван путем *probatio*, зидар ће одговарати без обзира на то што му је новац исплаћиван свакога дана; али ако је према уговору новац исплаћиван свакога дана да би зидар радио према упутствима и под надзором господара („*arbitrio domini*"), онда зидар неће одговарати.

Јасно је да је Јаволенус у првој варијанти мислио на уговор о делу, а у другој на уговор о најму радне снаге. Међутим, он зидара у целом тексту назива кондуктором, дакле и онда када је требало рећи *locator* (најамни рад-

---

(21) D. 18.1.20. (Помпоније, 8. књ. ad Sabinum).

(22) D. 19.2.22.2: „... proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est."

(23) Критички преглед различитих мишљења и објашњења даје Thomas, *loc. cit.*

(24) Javolenus, D. 19.2.51.1.: Locavi opus faciendum ita, ut pro opera aredemptori certam mercedem in dies singulos darem: opus vitionum factum est... respondit: si ita opus locasti ut bonitas eius tibi a conductore adprobaretur, tametsi convenit ut in singulas operas certa pecunia daretur, praestare tamen tibi a conductore debet... nam enim quequam interest, utrum uno pretio opus an in singulas operas collocatur, si modo universitas consumationis ad conductorem pertinuit. poterit itaque ex locato agi cum eo qui vitiosum opus fecerit. nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur: tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur.

ник је увек *locator* свога рада). У литератури данас преовлађује мишљење да се цео текст односи на *locatio conductio operis*, а да је последњи део текста интерполисан[25]. Текст се користи углавном за објашњавање дејства *probatio* и за питање односа између *probatio* и исплате цене.

Међутим, ако пођемо од тога да не треба сваку неразумљиву или „нееелегантну" реченицу прогласити интерполацијом, може се оправдано закључити да је његов текст заснован на разликовању уговора о делу и уговора о најму радне снаге. За први је свакодневни начин плаћања неуобичајен, а за други је то правило[26]. Код првог зидар одговара за квалитет завршеног дела, а код другог не. Али, према Јаволенусу, начин плаћања није битно обележје ова два уговора нити критеријум за њихово разликовање, већ је критеријум оно шта се од зидара тражи. Код уговора о делу то је завршено дело, чији се квалитет проверава путем *probatio*, а код уговора о најму радне снаге то је само рад и радник, односно зидар тада не одговара за недостатке који су утврђени на опусу.

Данас је јасно шта је уговор о делу, а шта уговор о најму радне снаге. За Римљане се у оба случаја ради о *locatio — conductio*, као што је то и уговор о закупу, сви су санкционисани са *actio locati* и *actio conducti*. Диференцијација ова три типа, данас три различита уговора, вршена је на основу праксе и на нивоу различитих активности које су биле уговаране: становање у туђој кући, обрада туђе земље, коришћење туђе радне снаге или туђег знања и умећа, па су с обзиром на то и у оквирима тога, стварана правила о правима и обавезама странака, о њиховој одговорности и о сношењу ризика. У класично доба већ постоје како изграђена терминологија за сва три типа (*l. c. rei, operarum* и *operis*), тако и утврђена правила за сваку од ове три врсте уговора, али се у квалификацији сваког конкретног уговора у пракси полази од садржине уговора, а оштре границе још нису повучене, то још увек нису три уговора, онако како ће учити пандектисти (ни у Дигестама, што показује један титулус за *locatio — conductio*)[27].

Проблем који је постављен пред Јаволена био је да ли ће се о одговорности зидара одлучити према правилима која важе за уговор о делу (уговор је *operis*) или за уговор о раду (*operarum*). Вероватно је да је овде и зидар приговорио на захтев тужиоца тако, што је тврдио да је он био ангажован само као радна снага којој се плаћа сваки дан, па према томе не одговара за коначан резултат грађења – дакле да је у питању *l. c. operarum*. Јаволенус не подржава захтев наручиоца, заснован на оцени да је закључен уговор о делу, већ за решење постављеног питања упућује на садржину уговора из кога се може видети какву је обавезу преузео зидар. Потом даје алтернативно два решења: ако је то био уговор о грађењу (тј. о делу) зидар ће одговарати, а ако је био уговор о најму радне снаге (*operarum*) неће[28].

---

(25) Albetrario, Acta Perugina 31 (1919), стр. 51. Cannata, *нав. дело*, стр. 212 и други – в. Susan Martin, *нав. дело*, стр. 330 и примедба 28 са другом литературом.

(26) Dr Robertis, I rapporti di lavoro nel dirrito romano, Napoli, 1946. У уговору којим се ангажује радна снага за руднике у Трансилавнији, Брунс, Фонтес, стр. 370. пише да се исплата врши in dies singulos.

(27) Mayer — Maly, *нав. дело*, стр. 17 и даље, где је дат преглед литературе, односно дискусије о трипартитној деоби контракта loc. cond.

(28) То што Јаволенус на крају најамног радника назива кондуктором сматрамо да не мења нити смисао текста, нити закључке које о њему дајемо. Не треба заборавити да разграничења између три врсте loc. cond. у класично доба још нису оштра, те ако је Јаволенус продужио да за градитеља каже *conductor* и онда када би требало да буде *locator* не значи да га у другој варијанти није сматрао најамним радником. Сличну „погрешну"

Из Јаволеновог одговора могу се извући два правила класичног права:

а. Уговор о грађењу са финалном *probatio* је уговор о делу, без обзира на начин и рокове исплате уговорене суме новца, односно цене.

б. Начин исплате цене није критеријум по коме се могу разграничавати *l.c.operarum* и *operis faciendi*.

5. Уговор о грађењу закључиван је *aversione* а могао је бити закључен и *in pedes mensurasve*.

„*Aversione*" значи да се нешто преузима у целини[29], целокупан посао, („ћутуре" како би се у свакодневном говору могло рећи). Тако закључен уговор са истим изразом „*aversione*" налазимо и код контраката друге врсте, код купопродаје, уговора о превозу и код закупа[30]. Код уговора о грађењу то значи да ће градитељ на терену који му означи наручитељ у својој режији обавити све послове и испоручити готов објект.

За разлику од тога, уговорна одредба „*ut in pedes mensurasve praestatur*" коју наводи Флорентин (*D.* 19.2.36.) или „*dominus redemptori in pedes singulos septem dabit*" (Алфенус у *D.* 19.2.30.3) може се наћи само код уговора о грађењу и њено тумачење је данас још увек спорно. Према првој формулацији изгледало би да је обавеза преузета по деловима, испоручује се део по део, а према другом тексту да се исплата врши по мерним јединицама. То су уједно и једина два текста у Дигестама у којим је реч о одредбама ове врсте[31]. У литератури се данас о овом питању расправља у вези с ризиком за нескривљену пропаст ствари, па ћемо се на овом питању задржати у том контексту.

6. Обавеза наручиоца је да плати цену, која мора бити изражена у новцу, а исплаћује се обично одједном, по завршеном послу, или у две рате. Ако је уговор закључен *in pedes mensurasvae*, исплата се врши чешће, а могуће је, као што смо видели, и да се врши сваког дана.

Наручилац је дужан да стави градитељу на располагање терен, при чему овај тиме не стиче и право на државинску заштиту. Уређење терена је вероватно као и у уговорима са државом, била дужност посленика[32]. Најзад, уговором је и у класично доба вероватно понекад обавезиван и наручилад да испоручи један део материјала.

Против наручиоца градитељ је имао *actio conducti*[33].

Обавеза градитеља је да испоручи наручени објект. Уобичајено схватање у данашњој романистици је да је то *opus*. Међутим, *F. Wubbe* је недавно предложио другачије тумачење[34]. Он је показао да се Лабеонова дефиниција да је опус „*ex opere facto corpus aliquod perfectum*"[35], на којој се заснива одавно

терминологију налазимо и код Паулуса у *D.* 19.2.22.2.

(29) Упореди: Mayer — Maly, стр. 40 и M. Kaser, Das römische Privatrecht, I, изд. 1971, стр. 571, примедба 89.

(30) Нпр., превоз бродом у D. 14.1.1.15. и D. 14.2.19.2; закуп куће – „insula aversione locata у Д. 19.2.35. пр. где закупац целе куће за издавање после сам издаје поједине станове. За купопродају в. Кесер, РП I, стр. 553 и примедба 69.

(31) Подробну студију о овим текстовима дала је Мартин, нав. дело.

(32) Као код уговора о изградњи зидина за град Путеоли, в. текст овде на почетку.

(33) У Дигестама само један фрагмент сведочи о спору који је водио *conductor*, и то са успехом: то је спор око исплате уговорене цене, Лабео – Јаволенус, D. 19.2.58.2.

(34) Цит. чланак Opus selon la définition de Labéon (D. 50.16.1.5).

(35) То је, према учењу Лабеона, id opus quod Graeci apotelesma vocant, non ergon id est... Своје тумачење Wubbe заснива на тумачењу ових грчких речи и на доказивању да се „id est..." односи на прву, а не на другу реч.

уобичајено схватање да је предмет обавеза кондуктора завршено дело, не може применити и на уговор о грађењу и да је смисао дефиниције коју даје Лабео шири. Овај угледни романиста доказује да је према Лабеону *opus* термин који значи „извршење посла, завршен рад, напор крунисан успехом", при чему се не мора у сваком случају и произвести *corpus perfectum*, завршен предмет[36]. Изграђени објекат је, према томе, не опус, већ „*corpus perfectum ex opere factum*".

Без обзира на ово, или на уобичајено схватање речи опус, код уговора о грађењу је битно, као и код свих осталих уговора о делу, да је *conductor* преузео обавезу да оствари циљ због кога је уговор закључен, битан је резултат његовог рада, а квалитет постигнутог резултата проверава се путем *probatio*.

Управо због тог испитивања и проверавања завршеног објекта питање кривице градитеља поставиће се по правилу тек када се приликом *probatio* утврде његови недостаци. Није, наравно, искључена ни могућност да наручилац неке грубе пропусте уочи и током извођења радова, али нису сачувани подаци о таквим споровима. До спорова у току изградње могло је, вероватно, долазити и због одуговлачења посла, због штете коју причине радници које је ангажовао градитељ, итд.

Уколико дође до ситуације да се утврђује градитељева кривица, било зато што је тужио *locator* било зато што је то учинио *conductor* јер му објекат није био преузет, примењују се општа мерила усвојена за уговор о делу. Градитељ свакако одговара за кулпу и за нестручност (*imeritia*). У једином тексту који пружа податке о томе стручност се оцењује путем „арбитраже" добрих људи[37]. Према неким подацима могло би се претпоставити да је постојала колегија грађевинара, која је прописивала и стандарде за њихов рад, па су и римски правници приликом давања мишљења о споровима полазили од тих стандарда[38].

Градитељ је свакако и одговарао за своје особље (*culpa in eligendo*). С обзиром да је радио са својим материјалом, за кустодију је одговарао само ако му је део материјала испоручио наручилац[39].

7. Ако објекат пропадне без кривице градитеља пре него што је зидање завршено и извршена његова предаја наручиоцу, поставља се питање ко ће сносити ризик. Код уговора о грађењу то је питање веома значајно, јер се ради о великим улагањима. Ако је све уређено стручно и савесно, градитељ није крив за пропаст објекта и неће морати да надокнади штету, али, ако сноси ризик, неће му бити плаћено, па ће бити на великом губитку с обзиром на све што је уложио. Ако ризик сноси наручилац, он ће морати да плати уговорену цену градитељу иако није добио наручени објекат. Зато су римски правници посветили велику пажњу питању ко сноси ризик код овог уговора, о чему сведочи релативно велики број текстова сачуваних у Дигестама.

---

(36) Wubbe, у истом раду, стр. 241.

(37) „Arbitrium viri boni" у D. 19.2.24. пр.

(38) О повезивању римских правника и неких сектора трговачког живота у Риму в. B. W. Frier, у ZSS 100 (1983) стр. 289 – 295. О повременим мерама предузиманим у циљу сигурности и лепоте града Рима утврђивањем високих стандарда в. Хомо, Rome impériale et l'Urbanisme (репринт издање 1971) стр. 553 – 566.

(39) Овим коригујем неке своје раније закључке, засноване на недовољном проучавању особености уговора о грађењу и изложеним у раду *Custodia и уговор о делу у римском класичном праву,* Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, стр. 339 – 362, посебно на стр. 350 – 355.

Основним текстом се свакако може сматрати фрагмент из Флорентиновог уџбеника[40], у коме је речено да ако је дело наручено *aversione* и пропало пре пробације, ризик сноси градитељ. Ако је наручено тако да се извршава *pedes mensurasve,* ризик сноси градитељ све док није извршено мерење. У оба случаја ово се правило не примењује ако је наручилац крив што није извршена *probatio* или мерење; у тексту је речено додуше „шкодити" локатору, али се то тешко може протумачити другачије него да се тиме мисли на пребацивање ризика на локатора. Међутим, ако је дело пропало вишом силом, ризик сноси локатор уколико није нешто друго уговорено.

У литератури преовлађује мишљење да овај текст адекватно репродукује класично учење[41]. Међутим, с њим у вези поставља се неколико питања од којих су, чини нам се, најзначајнија три.

Пре свега, ако ризик, осим за случај више силе, сноси градитељ, који су то могући случајеви да објект пропадне без његове кривице и без више силе, поготову с обзиром да он одговара по највишим мерилима контрактне одговорности.

При одговору на ово питање треба имати у виду да је зидање сложен посао. Састоји се од многих појединачних радова за чије се извођење захтева много стручног знања и вештине. Због тога може доћи до грешака и незгода које се не могу приписати у кривицу градитељу, а нису ни виша сила[42]. Може му се десити „малер" – нешто што према постојећем искуству и знању у грађевинарству није могло да се деси, али се ипак догодило, и тек је накнадно утврђено да се могло избећи са више знања. Са напретком технике такав догађај постаје последица нестручности и тиме кривице градитеља, али се технички напредак и постиже по цену оваквих „малера". У ствари, ту се ради о случају, о *casus minor*[43], чије последице мора да сноси грађевинар, па је и данас то тако, само што данас грађевинари сав ризик пребацују на осигурање.

Лекција коју даје Флорентин гласи: пре преузимања објеката ризик за нескривљену пропаст ствари сноси градитељ, али ако је до штете дошло услед више силе, ризик сноси наручилац. Ово правило је у класичном праву учињено суптилнијим. Класични правници поред тога разликују да ли је до пропасти објекта дошло због грешке у обављеним радовима, *vitium operis* или је узрок рушења објекта последица мањљивог терена, *vitium soli.* У првом

---

(40) Florentinus (7, inst.) *D.* 19.2.36: Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est: quod tamen ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit. et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit quo minus opus adprobetur vel admetiatur. si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi aliud actum sit. non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod cura atque opera consecutus esset.

(41) Сматра се, већином, да је задња реченица накнадно дописана, међутим у њој је садржано само некакво објашњење степена одговорности грађевинара, а не мења смисао текста. Неки аутори мисле да је текст противуречан, јер се прво ризик ставља сав на терет посленика, а потом за случај више силе на наручиоца. Међутим, Флорентин јасно каже: али ако (si tamen) вишом силом, што је за уџбеник разумљив начин излагања – прво даје правило, па онда изузетак. О литератури у којој се расправља о аутентичности овога текста в. Ј. Даниловић, цитиран чланак, стр. 351 – 352.

(42) Поготову не за римске правнике који заједнички именитељ за тај појам, исказиван казустички, налазе у vis extraria cui resisti non potest — v. Alfenus u *D.* 19.2.30.4. – значи она мора доћи споља да би била виша сила.

(43) Синтагма „casus minor" створена је доцније, овде се користи условно, у циљу прецизнијег излагања.

случају ризик сноси градитељ, а у другом наручилац. Правило саопштава Паулус, коментаришући један Лабеонов текст[44] али, истиче се у коментару, само ако странке нису нешто друго уговориле[45].

Према томе *locator* сноси у класичном праву ризик не само када је објект пропао дејством више силе, већ и због грешке која лежи у његовом домену, по правилу у терену стављеном на располагање градитељу. У недостатку извора не може се утврдити када је учињено разликовање на *vitium soli* и *vitium operis*, али има изворних података који упућују на закључак да је у време Лабеона сав ризик сносио *conductor*, дакле и онај од више силе. Постоје два спорна Лабеонова текста о том питању. У Д. 19.2.62 он каже да ће у случају да labes (поток) уништи изграђени канал, ризик сносити градитељ. Романисти тврде да *labes* није сматран за вишу силу, која по класичном праву мора бити *vis extraria*[46]. Међутим, ако и прихватимо гледиште да обрушавање канала услед надирања потока није виша сила, Лабео према једном другом тексту недвосмислено ставља сав ризик на терет градитеља. У *D.* 19.2.59, Јаволенус, епитомизирајући Лабеона, каже: „Марциус се обавезао да ће Флаку изградити кућу, па када је кућа била делимично изграђена, срушена је земљотресом". Изостављајући Лабеонов одговор, Јаволенус наставља наводећи да Масурије Сабинус сматра да ако је до тога дошло вишом силом, као на пример земљотресом, Флакус сноси ризик[47]. Овде је јасно да Јоволенус не цитира Лабеонов одговор зато што се правило на коме је он заснован више не примењује, већ решење проблема даје цитирајући Сабинуса[48]. Штавише, могуће је да је управо Сабинус био тај који је увео правило да ризик за вашу силу не сноси више градитељ (Марциус у тексту), већ *locator (Flaccus).*

Према томе, развој учења о ризику код уговора о грађењу ишао је тако што је прво сав ризик сносио градитељ, затим је за случај више силе ризик био пребачен на наручиоца, и на крају је учињена дистинкција са *vitio soli*, која такође иде на терет наручиоца[49].

---

(44) D. 19.2.62. Исту разлику прави и Africanus посредно говорећи да ће locator сносити periculum ако при изградњи куће solum soruisset, D. 19.2.33.

(45) Паралелно решење налазимо и када су у питању златарски радови: ако је vitium materiae... non erit ex locato actio... nisi periculum quoque artifex accipiat, Д. 12.2.3.5.

(46) У романистици је било преовладало мишљење да labes јесте виша сила и да Лабео саопштава правило супротно од учења других класичара (упор. Касер, RP I, стр. 571, Thomas, *нав. чланак* у РИДА и многи други). Штавише, наводи се да је Лабео увео ново правило које није било прихваћено (Arangio — Ruiz, Responsabilitta contrattuale, стр. 191). Насупрот томе сматра се да је већ и у време Лабеона ризик сносио наручилац, а у поменутом тексту лабес није виша сила, већ се ради о грађевинаревој кривици (!). Тако Cannata, *нав. дело*, стр. 219. и даље и посебно Wubbe, *цит. чланак* Labeo zur Gefahrtragung im Bauvertrag.

(47) ... Massurius Sabinus,si vi naturali, veluti terrae motu hoc accideret Flacci esse periculum.

(48) Заиста је за жаљење што је Јаволенус толико скратио Лабеонов текст да се не види не само његово решење, већ ни образложење, што би уштедело сву ову дискусију данас. Wubbe, напротив, сматра да је Сабинус цитиран само да би се поткрепило Лабеоново решење, са којим се слажу и Сабинус и Јаволенус.

(49) Против оваквог закључка заводе се и друштвени разлози (Wubbe): Зашто би правници после Лабеона, пребацујући ризик са градитеља на наручиоца, фаворизовали нижи, мање утицајан друштвени слој. Насупрот томе сматрамо да су они (Сабинус) водили рачуна о друштвеним потребама и растеретили извођача радова, пребацујући ризик на наручиоца, зато, што су они обављали врло значајан посао у периоду изградње Рима у велелепну метрополу. Као теоријски разлог ове промене могло би се претпоставити да је то био принцип superficies solo cedit, дакле наручилац је градњом постајао

Друго питање у вези са Флорентиновим текстом је да ли ће *locator*, када је ризик његов, морати да плати пуну цену или пропорционално ономе што је већ било урађено. Чини нам се да је плаћено само према ономе што је већ урађено[50], јер би било неправично да градитељ буде исплаћен и за оно што још није ни почео да гради.

Најзад, поставља се питање како протумачити правило да и када је уговорено да „*in pedem mensurasve praestatur*", градитељ сноси ризик на исти начин као и када је уговорено *aversione*. Постоји мишљење да се ова клаузула односи искључиво на начин плаћања и да се при исплати и не врши *probatio*[51]. Међутим, тешко је замислити да ће наручилац извршити исплату, а да није прегледано оно што је већ урађено. Осим тога, Флорентин јасно каже да тада долази и до преласка ризика на наручиоца. Нејасна су овде два друга питања: када се врши мерење, да ли после сваке изграђене јединице, и друго, да ли је градитељ тиме, што је мерењем ослобођен ризика, истовремено ослобођен и обавезе да даље ради на том истом објекту.

Да се није мерило после сваке изграђене јединице види се јасно из другог текста у коме је реч о оваквој клаузули[52]. Алфенус каже да ако је предвиђено да се цена исплаћује за сваких седам стопа, питање је да ли се може приступити мерењу и пре него што је кућа завршена и одговара да може. Према томе, јасно је не само то да се није мерило сваки час, већ и да је било спорно да ли се мора чекати на довршење објекта да би се приступило мерењу. Вероватно је да се ако у уговору нема одредбе о томе мерење вршило или само на крају или када су радови били већ довољно одмакли, највише у 2 – 3 наврата[53].

Несумњиво је да приликом сваког мерења ризик прелази на наручиоца, али то никако не би смело да значи да је градитељ тиме ослобођен обавезе да даље ради. По правилу, он ће одмах и наставити да ради, али ако дође до рушења или оштећења онога што је измерено дејством више силе, прелазак ризика на наручиоца не значи и да је градитељ ослобођен својих обавеза. Мишљење да Флорентин у свом тексту има два различита уговора је неприхватљиво[54]. У обе варијанте, *aversione* и *admetiri* предвиђена је *probatio* и ради се о уговору о грађењу у коме градитељ дугује *opus*. Ризик који по извршеном мерењу прелази на наручиоца не значи само то да је он платио за нешто што је пропало или оштећено, већ и то да ће морати да сноси трошкове поправке ако одлучи да се зидање настави. Наручилац је *dominus* и он може да у овом случају одустане од уговора, уколико сматра да се не исплати радити даље,

---

власник, и у то време већ опште прихваћено правило res perit domino.

(50) Ово би се могло закључити и из текста D. 19.2.37 (Javolenu 1.8 ex Cassio): ... si tale opus fuit ut probari deberit". Упореди и Thomas, нав. чланак, стр. 685.

(51) Mayer — Maly, стр. 41

(52) Alfenus, l 3 digestorum a Paulo epitomatum), D. 19.2.30.3:... in lege dixerat: „quoad in opus lapidis opus erit, pro lapide et manu pretio dominus redemptori in pedes singulos septem dabit". quaesitum est utrum factum opus metiri oportet an etiam imperfectum. Respondit etiam imperfectum. Из овога се, даље, може закључити да се радило само о цени, и то о цени за радове у камену (камење и радна снага).

(53) Мартин, *нав. чланак*, стр. 331, мисли да се мерило само на крају, те да је одмах након тога вршена и финална *probatio*.

(54) Samter, *нав. рад*, стр. 136 – 137 и 140; Cannata, *нав. дело*, стр. 209 – 210, који наводи да се у првом случају ради о уговору који се данас зове in appalto, посао глобално закључен за изградњу целе грађевине, и in cottimo, уговор за одређене радове. Упор. Мартин, стр. 328 – 329 која показује неодрживост таквих тумачења.

али градитељ остаје у обавези све док не заврши изградњу – или док наручилац не одустане.

8. *Probatio* је битан елемент уговора о грађењу. Нужност уговарања клаузуле о коначној провери изграђеног објекта последица је особености овог уговора. Ако је неко био дужан да направи прстен или да нешто превезе, да очисти или испегла одело, па чак и да некога нечем научи, *locator* ће сам, без посебне провере, моћи да утврди да ли је тај посао добро обављен. За разлику од тога, грађевински објекат је сложена ствар која лако може имати и такве недостатке које може да открије само стручно око, а поред тога ту се по правилу радило о великим вредностима.

Основни текст за ово питање је Паулусов фрагмент у *Д.* 19.2.24 пр. на основу кога и уз помоћ других изворних података се могу реконструисати правила према којима је вршена *probatio*[55].

1. Проверу, испитивање и оцену изграђенога врши *locator*, његов наследник или лица која одреди *locator*.

2. Приликом вршења *probatio* морају се поштовати начела *bonae fidei* и садржина уговора.

3. При оцени дела не сме се претеривати у критици: оно што би *vir bonus* оценио да је добро, таквим се има и сматрати.

4. Иста правила примењују се било да проверу врши сам *locator* или треће лице.

5. *Probatio* се односи само на квалитет рада а не и на рокове. Мада има и другачијих мишљења, сматрамо да су у питању рокови извршења дела, а не рокови за приступање проверавању[56]. Но, и поред тога, врло је вероватно да се *probatio* морало обавити у року од годину дана по завршетку дела[57].

6. Ако је *conductor* извршио неку фраудулозну радњу да би сакрио недостатке дела, пре или у току *probatio*, ова се проглашава неважећом и може се подићи тужба *ex locato*.

Значајно је питање које су последице *improbatio*, тј. ако због постојања недостатака буде одбијен пријем изграђеног објекта. Према једном сведочанству које пружа Цицеронов говор против *Verresa*[58], у коме га Цицеро оптужује да је у поступку *probatio* захтевао да се изврше допунски грађевински радови иако то уопште није било потребно, али је он из њих извукао материјалну корист, може се основано закључити да се прво настојало да се утврђени недостаци и грешке отклоне. Ако би *conductor* одбио да то учини, или ако се грешке не могу отклонити, *locator* је могао да одбије исплату цене – *conductor* значи, не добија никакву накнаду за оно што је изграђено[59]. У било ком случају могло је доћи до спора, у коме се затим мериторно улази у питање кривице градитеља и ризика.

---

(55) Упореди: Thomas, *нав. рад*, стр. 687 – 680, са чијом се интерпретацијом углавном слажемо.

(56) Мислим да се реченица у Паулусовом тексту 1.24, пр. „... non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, pertinet..." и не може другачије протумачити. Исто Thomas, loc, cit. који полемише са супротним мишљењима.

(57) О томе Samter на стр. 4 и даље.

(58) Цицеро, 2, ett., 130 – 150.

(59) Наравно ако није била у питању виша сила или витиум соли, али тешко је замислити како би уопште дошло до *probatio* ако је објекат оштећен вишом силом. Међутим, с обзиром да је изграђени објекат већ прешао у својину наручиоца, губици за градитеља нису велики и може се претпоставити да је он увек настојао да поправком избегне вођење спора.

9. У закључку, сматрамо, треба истаћи да се уговор о грађењу у римском класичном праву постепено уобличавао у посебан облик контракта *locatio conductio* и то *operis faciendi* иако нигде није речено да се ради о уговору *sui generis*. Једноставно су кроз праксу изграђивана правила подешена особеностима овог уговора, тако да је он постепено добијао физиономију блиску ономе што се данас назива уговор о грађењу. Текстови о њему су и у Јустинијановој кодификацији већином сврстани, без икаквог реда, у титулус посвећен контракту *actio locati conducti* (*Д.* 19.2), а број тих фрагмената говори о значају који му је придаван у уговору.

Његове правне особености и разлике у односу на друге врсте уговора о делу састојале су се у следећим правилима, односно изузецима од општих правила:

1. Уговори се закључују *aversione* изградња неког објекта се у целини поверава једном предузимачу.

2. И исплата цене је уговорена *aversione*, али се могла предвидети и исплата по мерним јединицама.

3. Уговор је склапан у писменој форми.

4. Градитељ по правилу зида својим материјалом, што се код других уговора о делу сматрало купопродајом, а не уговором о делу.

5. Битан елеменат уговора је *probatio*, за коју се везује и прелазак ризика са градитеља на наручиоца.

6. Ризик са нескривљену пропаст објекта сноси градитељ све док се не изврши *probatio*, а ако је до тога дошло вишом силом или због *vitio soli* ризик је пребачен на наручиоца.

Док је пандектистика јасно раздвојила три именована уговора који обухвата контракт *locatio conductio*, уговор о грађењу је тек у новије доба добио своју самосталност. И у нашем праву то осамостаљење није до краја спроведено, што показује дефиниција уговора о грађењу у чл. 630, ЗОО, а ни за правну теорију се још увек не види јасно да су у потпуности прихваћена гледишта аутора који доказују да је уговор о грађењу посебан именовани уговор привредног права[60].

(Примљено 15.01.1991)

Dr Jelena Danilović,
Retired Professor of the Faculty of Law in Belgrade

THE CONTRACT OF CONSTRUCTION IN CLASSICAL ROMAN LAW

Summary

The contract of construction has only, recently, in the countries of European continental law, become in independent contract in teh sphere of economic law and separated from the contract for personal services. Under the influence of the Roman, namely Pandects law, it has been more or less connected in great codifications to that contract. In Yugoslav Law on Obligation Relations, too, in article 630, the contract of construction is defined as a contract for personal services, although already in the subsequent text its particularities

(60) Упор. Ј. Вилус, *Уговор о грађењу,* Београд, 1968 и чланак истог аутора у Енциклопедији имовинског права и удруженог рада, т. III, стр. 536 (Београд, 1978).

are emphasized. Also, by singling it out into a separate Chapter XIII (immediately after the contract for personal services), it is however regulated as an independent named contract. In contemporaty Yugoslav theory, too, only recently the opinion prevailed that it should not be connected to the contract for personal services. It is noted here that already in classical Roman law all particularities of thelatter contract have been singled out - the fact that the operator undertakes the obligation to construct in his own overhead a specific object. But classical lawyers did not single it out of the contract for personal services, which was also the case with not taking out entirely that contract from the entity of contracts known as *locatio conductio.* However, they did make separate rules to be applied only to the contract of construction. These rules have been created by following the customs and practice at the time of enormus building up of Rome at the beginning of the Principate. Beginning with the contracts entere into in practice and corresponding litigation, classical jurists have singled out the contract of construction from the number of other kinds of contract whict were subject to the rules of *locatio conductio operis faciendi,* but stull they did not make it independent.

Key words: *Contract for personal services. - Risk.- Roman law.- Yugoslav law.*

Jelena Danilović,
Professeur à la Faculté de droit de Belgrade

LE CONTRAT DE CONSTRUCTION EN DROIT ROMAIN CLASSIQUE

Résumé

Vers la fin de la République les grands travaux de construction sont confiésfpar l'état aux entrepreneurs privés qui s'obligent de les exécuter avec leurs matériaux et dans leur régie. Des contrats location conductio semblables sont passés aussi dans le domaine du droit privé, surtout après les guerres civiles, lorsque la ville de Rome commence à se transformer en grande métropole, ainsi que pendant l'époque classique, pendant laquelle c'est le contrat habituel pour faire construire des grands bâtiments. Bien que passés sous forme de locatio conductio, ces contrats ont quelques particularités: il s'agit des travaux grands et complexes, l'entrepreneur travaille pour la plûpart avec ses propres matériaux, qui changent le propriétaire au fur et à mesure que les travaux avancent, ce sont des travaux bien chers et les parties contractantes sont inégales au point de vue social et économique. L'auteur a essayé de présenter les efforts des jurisconsultes afin d'élaborer plusieurs règles adaptées aux particularités du contrats de construction immobiliére et qui diffèrent de celles appliquées pour les autres contrat locatio conductio operis faciendi.

Le contrat est passé toujours par écrit, le locateur est toujours dominus negotii qui impose sa volonté non seulement par rapport aux dispositions du contrat mais aussi au cours du travail (D.19.2.60.3.). L'entrepreneur s'oblige toujours aversione, pour tous les travaux nécéssaires à produire l'objet par le contrat: il doit fournir le bâtiment irréprochablement construit. Le prix (merces) est forfaitaire, parfois il était prévue qu'il sera payé par les unités mésurés (in pedes mensurasve), exceptionnelement chaque jour. L'approbation de l'objet construit (probatio) est un élement essentiel du contrat et elle se réalise d'après les règles formées par la pratique. La question des risques est reglée en tenant compte du moment de la probatio. Labeo applique encore la règle que tous les risques jusqu'à la probatio sont à la charge du conductor, de l'entrepreneur (surtout D.19.2.59). Sabinus a introduit la règle que les risques de destruction de l'ouvrage par la force majeure sont à la charge du locator, après quoi celui-ci supportait aussi les risques d'un cas fortuit qui provient de son domaine (vitium soli).

Pour le contrat de construction Sabinus a introduit aussi une exception de la règle statuant qu'il y a une *emptio venditio* et non *locatio conductio* dans le cas où l'entrepreneur

utilise ses propres matériaux. Les limites entre *locatio conductio operarum*, contrat de travail, et *operis faciendi*, contrat d'entreprise, étant insuffisament tracées à l'époque classique, c'est justement à l'exemple du contrat de construction que Javolenus les sépare: il dit que ce n'est pas la manière prévue pour le paiment de la *merces* (chaque jour ou en somme forfaitaire), mais la clause du contrat prévoyant la *probatio* qui fait distinguer les deux variantes de *locatio conductio*.

En élaborant ces règles, les jurisconsultes romains parlent toujours d'une *locatio conductio*. Ils n'ont jamais songé de traiter le contrat de construction autrement que *locatio operis* et encore moins de lui donner un nom. Pendant des siècles le contrat de construction est resté emprisoné par le contrat d'entreprise et ce nést qu'à partir des codifications modernes qu'il ait devanu, avec certaines réserves, un contrat nommé, indépendant du louage d'ouvrage.

Mots clés: *Le contrat. — Droit Romain. — Droit Yougoslave.*

UDK — 342.7:341
Изворни научни рад

Војин Димитријевић,
редовни професор Правног факултета у Београду

ОДРЕДБЕ О НЕДИСКРИМИНАЦИЈИ У МЕЂУНАРОДНОМ ПАКТУ О ГРАЂАНСКИМ И ПОЛИТИЧКИМ ПРАВИМА

Начело недискриминације у основи је примене одредаба о људским правима. Оно је утврђено већ у Повељи Уједињених нација, иако она није набројала сва људска права. Основи за забрану дискриминације су урођена својства човека и оне његове особине које су плод његовог слободног и дозвољеног избора. Повеља је поменула пол, расу, језик и вероисповест, али је тај списак у Међународном пакту о грађанским и политичким правима употпуњен тако да обухвата расу, боју коже, пол, језик, вероисповест, политичко и друго уверење, национално и социјално порекло, имовно стање, рођење и „други статус". У пракси се поставило питање да ли се забрана дискриминације односи само на међународно загарантована људска права, или на сва права која законодавац даје грађанима. У најновије време, и поред отпора, преовлађује гледиште да се сва права морају уживати без дискриминације, чак и онда када конкретно право држава није дужна да зајемчи.

Кључне речи: *Дискриминација. – Људска права. – Уједињене нације.*

1. Важност начела једнакости и недискриминације у области људских права . – Начела једнакости и недискриминације најважнији су елементи скупа међународних норми о људским правима. Чак и ако се призна да творци *Повеље Уједињених нација* нису тачно знали на шта све мисле када су користили изразе „људска права" и „основне слободе", јасно је да Повеља тражи од чланица УН да зајемче таква права и слободе без дискриминације на основу пола (Увод, ст. 2, чл. 1. ст. 3 и чл. 55), расе, језика или вероисповести (чл. 1, ст. 3 и чл. 55). Колективна права се такође гарантују без дискриминације у односу на „народе, велике или мале" (Увод, ст. 2).

Начела једнакости и недискриминације почела су се сматрати делом међународног обичајног права[1].

Постоји, наравно, несагласност у погледу разлога за апсолутну забрану дискриминације. У Повељи Уједињених нација списак је сведен само на неколико њих и углавном се верује да је недовољан. Мора се, међутим, имати у виду да најконзервативнији тумачи међународног обичајног права признају као општеприхваћен још мањи број разлога због којих је дискриминација недопустива[2].

---

(1) Види: Ramcharan, B.G., *Equality and Nandiscrimination*, u: Henkin, L(ur), *The International Bill of Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, п. 249.

(2) Само „систематска расна дискриминација". *Restatement of the Law.* Foreign Relations Law of the United States (Revised), Tentative Draft No.3, Philadelphia, The American Law Institute, 1982, пара. 702, п. 157.

2. *Међународни пакт о грађанским и политичким правима.* – *Међународни пакт о грађанским и политичким правима* (у даљем тексту: *Пакт*), поред тога што ближе одређује многа права поменута у *Повељи Уједињених нација* и *Универзалној декларацији* о људским правима, на врло јасан начин забрањује дискриминацију и набраја много шири број разлога који не смеју служити као основа за дискриминацију приликом пружања и заштите људских права и слобода. У одговарајућим одредбама (чл. 2, ст. 1. и 3. и чл. 26) основи забрањене дискриминације су следећи: раса, боја коже, пол, језик, вероисповест, политичко и друго уверење, национално или социјално порекло, својина, рођење или „други статус". Речи „као што су", које претходе наведеном списку у чл. 2. и 26, као и израз „други статус", показују да тај списак није исцрпан и да се њиме дају само примери историјски најважнијих и најогавнијих основа за дискриминацију.

Оправдано се може закључити да Пакт забрањује дискриминацију и из разлога који нису међу набројаним примерима. То су особине које људско биће поседује без икакве „кривице": оне су или урођене, или стечене социјализацијом и акултурацијом, или су израз слободног избора, саставног дела људског достојанства, које је најдубљи основ људских права[3]. Друге околности, нарочито оне које проистичу из одлука неприхватљивих у цивилизованом друштву, или из обавеза које се у таквим друштвима сматрају природним, могу да оправдају разликовање, али само до мере до које је оно потребно и повезано с разлогом за њега. Тако, према пракси Комитета за људска права, затвореници нису жртве дискриминације при поступцима према њима који следе из њиховог лишења слободе, али би нпр. требало да имају право гласа. Војници, иако подвргнути строгој дисциплини и извесном ограничењу слободе кретања, морају у поступку пред судом, или у притвору, имати сва права и јемства као и остала лица[4].

Поред наведених чланова, *Пакт* помиње недискриминацију и на другим местима. Тако се чланом 4. дозвољава државама – уговорницама да, у изузетним ситуацијама, ограниче извесна права загарантована Пактом, али им се забрањује да чинећи то врше дискриминацију на основу расе, боје коже, пола, језика, вероисповести и социјалног порекла. Члан 20. обавезује државе да забране свако заговарање националне, расне или верске мржње којом се подстиче на дискриминацију. Чл. 14, ст. 1. предвиђа да ће сви бити једнаки пред судовима, а чл. 25. прописује да се свим грађанима мора омогућити једнако учешће у јавном животу, без икаквих разликовања из разлога наведених у члановима 2. и 26.

У складу с чињеницом – о којој на жалост не воде довољно рачуна ни најоданији поборници људских права и невладине организације у овој области – а то је да кршиоци људских права не морају бити само властодршци и владе и да дискриминација није само ствар закона, већ и праксе и обичаја., *Пакт* тражи од држава да предузму и позитивне мере ради осигурања једнакости људи. Тако се у чл. 23, ст. 4 очекује да уговорнице обезбеде једнакост брачних другова при склапању брака, у браку и поводом његовог престанка. Сличне се мере траже у чл. 24. у односу на децу.

Овакви обзири навели су Комитет за људска права, који надзире извршавање Пакта, да нагласи потребу „афирмативне акције" у неким случајевима:

На пример, у држави где општи услови под којима живи неки део становништва спречавају или отежавају његово уживање људских права,

---

(3) Упор, Ramcharen, *op. cit.*, п 253.

(4) Види нпр. констатације у UN Doc. CCPR/C/35/D/265/1987/Рев.1 од 2. маја 1989.

држава треба да предузме конкретне мере да побољша ове услове. Такве мере могу да подразумевају и привремено повољније поступање у извесним стварима према погођеном делу становништва у односу на остале. Међутим, догод су такве мере потребне да се исправи фактичка дискриминација, реч је о легитимном разликовању у складу с Пактом[5]

Запазиће се да Комитет подразумева временско ограничење „афирмативне акције". Дакле, догод трају околности које оправдавају „позитивно разликовање", овакво је разликовање оправдано и у складу с духом и циљевима Пакта: настављање оваквог поступања пошто су циљеви постигнути, постало би дискриминација.

Шта је „легитимно разликовање" према *Пакту*? Пре свега, сам *Пакт* налаже различито поступање у неким случајевима. Док је, с једне стране, општеприхваћено да малолетници не могу да врше сва права предвиђена у *Пакту*, а нарочито не политичка права из чл. 25, забрањено је, с друге стране, изрећи смртну казну лицима испод 18 година (чл. 6, ст. 5). Према чл. 10, ст. 2. и 3, малолетни преступници треба да буду одвојени од одраслих у затворима или казнено–поправним установама и суђење треба да им се убрза. Разликовање између држављана и странаца дозвољено је увек када на то указују употребљени изрази („грађанин", за разлику од „човек" или „свако" или „нико" итд.). Вратимо ли се чл. 25. видећемо да су права предвиђена њиме резервисана само за „грађане", што значи да се могу правити разлике према странцима, али да у односу на држављане дискриминација није дозвољена из истих оних широких разлога као у чл. 2, на чији чл. 25, ст. 1. изричито упућује [6].

3. *Општа примена забране дискриминације (чл. 26. Међународног пакта о грађанским и политичким правима.* – У теоријским коментарима и у пракси Комитета за људска права искрсла су тешка питања поводом тумачења чл. 26. Пакта, који гласи:

„Сва лица једнака су пред законом и имају право на једнаку заштиту по закону без икакве дискриминације. У том погледу, закон забрањује сваку дискриминацију и јамчи свим лицима једнаку и ефикасну заштиту од дискриминације по било коме основу, као што су раса, боја коже, пол, језик, вероисповест, политичко или друго уверење, национално или друштвено порекло, имовина, рођење или други статус".

Једноставно речено, питање је да ли се чл. 26. односи само на права набројана у *Пакту*, или на било које људско право, тј. да ли он успоставља опште правило једнакости и недискриминације. У том погледу, припремни радови (*travaux preparatiores*) за *Пакт* не дају јасна упутства за тумачење, мада је приликом израде нацрта било много расправа о значењу речи „ у том погледу" на почетку друге реченице. Прва реченица је коначно била допуњена, што је, по мишљењу неких коментатора „васпоставило опште начело недискриминације"[7].

---

(5) *Human Rights Committee*, General Comment 18 (37) (9.новембар 1989), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 1, para.10.

(6) За положај странаца по Пакту види *Human Rights Committee*, General Comment 15 (27), UN Doc. CCPR/C/21/Rev. 1, од 19 маја 1989, п.17

(7) Ramcharan, *op cit.*, p 255. За супротно тумачење види Tomuschat, Ch., *Equality and Non— Discrimination under the Interhacional Covenant on Civil and Political Rights*, u Muench, F. (ur.),Festschrift fuer Hans—Juergen Schloshauer, 1981; Lillich, R.L., Civil Rights, u: Meron, Th.(ur), Human Rights in International Law, Oxford University Press, 1989, п. 132. Други су двосмислени – нпр. Robertson, A., *Human Rights* in the World, Manchester University Press,1971, п. 39.

Поводом чл. 26. искрсава неколико тешкоћа. Једна се односи на значење прве реченице. Каже ли она да закони сами по себи не смеју да буду дискриминативни, или само да њиховом применом не сме да се крши начело једнакости свих пред законом? Што се тиче друге реченице, да ли је тајанствени почетак „ у том погледу" ограничава на ближе објашњење прве реченице, која се само односи на примену закона од стране судова, или и та друга реченица има независно значење? Је ли, онда, ово значење ограничено на обавезу да се донесу закони који забрањују дискриминацију на основу наведених узрока и предвиђају правне лекове против дискриминације?

Главно питање је оно на које смо већ указали. Је ли обим чл. 26. исти као и обим чл. 2, ст. 1. Пакта, односно, према речима Lillicha, „је ли овакво тумачење у складу с приступом чл. 2. Универзалне декларације и чл. 2, ст. 1 *Пакта* који, и један и други, налажу недискриминаторно поступање, али само у погледу права наведених у дотичном инструменту за заштиту људских права"[8].

Сумње у овакво тумачење морају се одмах појавити из једног врло једноставног разлога. Је ли у складу с ваљаним тумачењем права, ако се узме да је један члан важног међународног уговора пуко понављање другога? Мора се претпоставити, када се приступа таквом документу, да су његови творци желели да изразе нешто што превазилази општу констатацију о уживању права предвиђених Пактом без неоправданих разликовало о извештајима држава–потписница Пакта, неки чланови Комитета за људска права показали су од самог почетка тежњу да шире посматрају чл. 26[9].

Међутим, прилика да се Комитет стварно определи појавила се када је до њега 1984. године допрла једна представка на основу Факултативног протокола уз *Пакт*, и када је он поводом ње усвојио, 9. априла 1987. године, констатацију[10]. Подносилац представке била је држављанка Холандије, удата жена која је била изгубила запослење 1979. године. Потом је, на основу холандских прописа, ограничено време примала накнаду за незапослене. Ово је обустављено зато што је жалиља, као удата жена, била дужна да докаже да је „хранилац породице", што она није могла да учини. Овај услов, међутим, нису морали да испуне незапослени ожењени мушкарци, који су примали накнаду на неограничено време без обавезе да доказују да издржавају породицу. Подносилац је тврдила да су једини разлози због којих не добија накнаду за незапослене њен пол и брачно стање, па је према томе у питању недозвољена дискриминација по чл. 26. *Пакта*.

Не оспоравајући чињенично стање и указујући да су одговарајуће законске одредбе у међувремену измењене у складу с једном уредбом Европске економске заједнице, холандска влада истрајавала је на уском тумачењу чл. 26. Пакта:

Холандска влада сматра да члан 26. Међународног пакта о грађанским и политичким правима садржи обавезу избегавања дискриминације, али да се на овај члан може по Факултативном протоколу уз *Пакт* позивати само када је реч о грађанским и политичким правима. Грађанска и политичка права треба разликовати од економских, социјалних и културних права, која

---

(8) Lillich, *op. cit.*, п. 133.

(9) Види UN Doc. 34 GAOR Supp. 40 (1979), para. 325 i UN Doc. CCPR/C/SR. 162, paras. 16 i 95.

(10) Communication No 182/1984 F.H.Zwaan — de Vries v. the Netherlands, UN Doc. CCPR/C/29/D/182/1984, од 16. априла 1987. За поступак на основу Факултативног протокола види В.Димитријевић, *Комитет за људска права*, Југословенска ревија за међународно право, 1–2/1989, стр. 63. и даље.

су предмет посебног Пакта Уједињених нација, Међународног пакта о екеономским, социјалним и културним правима[11].

Влада ове државе–уговорнице тврдила је даље да у области економских права уклањање дискриминације, у складу с одговарајућим Пактом, треба да иде постепено „у светлу преовлађујућих друштвених погледа и услова када је она успостављена" и у складу с променама гледишта у друштву[12]. Другим речима, режим економских, социјалних и културних права друкчији је од онога који важи за грађанска и политичка права, тако да постепена побољшања могу чак и да произведу (привремену) дискриминацију на основу пола и брачног стања.

После дуготрајне дебате Комитет за људска права заузео је став да чл. 26. *Пакта* има шири домашај, независан од значења других антидискриминаторских одредаба у истом уговору, а нарочито од чл. 2, ст. 1. Он је своје мишљење засновао на „уобичајеном смислу" текста чл. 26, пошто је утврдио да су припремни радови „неодређени и да не могу да промене закључке до којих се долази уобичајеним средствима тумачења"[13].

Последице утврђивања „уобичајеног смисла" биле су да чл. 26. не понавља само јемства која постоје у чл. 2, ст. 1 и да он потиче из начела једнаке законске заштите без дискриминације, која је прокламована чланом 7. *Универзалне декларације о људским правима.* Осврћући се на могућност да економска, социјална и културна права могу да се уводе постепено, Комитет је напоменуо да чл. 26. не садржи никакву обавезу да се заједмчи ово или оно право, али да, када се једном неко право утврди законом, ово мора да буде у складу са начелом недискриминације. Према мишљењу Комитета, постоје начини за постепени напредак који не подразумевају дискриминацију по забрањеним основама.

У исто време Комитет је признао да свако разликовање не мора нужно да буде дискриминација, ако је засновано на разумним и објективним мерилима. Очигледно, основи набројани у чл. 26. нису такви критерији. Сасвим конкретно, Комитет је утврдио да неповољније поступање због пола није разумно разликовање и да представља кршење начела једнакости и недискриминације, садржаног у чл. 26. *Пакта* [14].

Констатација Комитета није била добро примљена у холандским званичним круговима[15]; критиковали су је и неки коментатори[16]. Међутим, Комитет за људска права остао је доследан свом тумачењу чл. 26. Пакта као одредбе која успоставља опште правило недискриминације у односу на сва права која прописује законодавац, што се види и из неких каснијих одлука[17]. Овакав став је исто тако јасно изражен у Општем коментару о недискриминацији, који је Комитет усвојио 9. новембра 1989. године: „примена начела

---

(11) *Ibid.*, para. 8.3.

(12) *Ibid.*

(13) *Ibid*, para. 12.2.

(14) *Ibid*, para. 12.3 – 15

(15) Види van Dijk, P., *The Universal Declaration of Human Rights;* Its Significance in the Year 1988, реферат на Maastricht/Utrecht Conference on the Occasion of the 40th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, 8 – 10. децембар 1988, п.4

(16) Нпр. Tomuschat, Ch., *Diskriminierung verheirateter Frauen beim Bezug von Arbeitslosenhilfe in den Niederlanden,* Europaeische Grundrechte—Zeitschift, 1989, п. 37.

(17) Види нпр. констатације у UN Docs. CCPR/C/29/D/172/1984. и CCPR/C/29/D/180/1984.

недискриминације садржаног у чл. 26. није ограничена само на права предвиђена Пактом"[18].

У истом Општем коментару Комитет је поново напоменуо да:

„свако разликовање не представља дискриминацију ако су мерила за то разликовање разумна и објективна и ако му је сврха да се постигне резултат који је легитиман по Пакту"[19].

Према томе, Комитет се стара да увек пажљиво испита да ли је у случајевима који пред њега стижу разликовање, за које подносилац представке тврди да је дискриминација по чл. 26, засновано на прихватљивим мерилима. Тако, поводом представке Х.С.Вос против Холандије, чињеница да је жена–инвалид, после смрти свога супруга, престала да прима инвалиднину на основу удаје, јер је она замењена исплатама на основу Општег закона о удовама и сирочади, није по мишљењу Комитета представљала дискриминацију, иако су потоња примања била нешто нижа[20].

Закључци. – Начело недискриминације прожима *Пакт о грађанским и политичким правима*. Орган који надгледа његово извршавање, Комитет за људска права, држи да је оно од превасходног значаја. Дискриминација се схвата као разликовање засновано на мерилима која нису разумна и објективна, а која има за циљ или последицу да се онемогући или осујети да се свим људима, на равној нози, признају сва права и слободе и да их они тако уживају и користе. Ово се начело односи на уживање свих права, али и на начин како се спроводе ограничења неких права, која *Пакт* изричито одобрава под одређеним условима и из ваљаних разлога.

Незаконити основи дискриминације набројани су у одговарајућим члановима Пакта, али се тиме не исцрпљују. Постоји извесна слобода тумачења: може се очекивати да ће овај списак постајати шири и да ће укључити сва обележја појединца која су објективно дата, стечена противно његовој вољи, или су израз његовог легитимног права на избор. Рецимо, у складу с најновијим развојем у области „права људских права", активно залагање за сопствена или туђа права не би смело да буде разлог за дискриминацију (нпр. поступање с „дисидентима")[21].

Сада више нема сумње да правило о недискриминацији, садржано у чл. 26. *Пакта о грађанским и политичким правима*, иако саставни део једног међународног уговора о грађанским и политичким правима, има опште важење. Право да се не трпи дискриминација из неоправданих разлога по себи је грађанско право, без обзира на природу права које се дискриминаторски ускраћује.

(Примљено 20.09.1990)

---

(18) UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 1, para 12 in fine.

(19) *Ibid.*, para. 13.

(20) CCPR/C/35/D/218/1986/Rev. 1 од 2. маја 1989. Два члана Комитета, Aguilar Urbina and Wennergren, приложила су издвојена мишљења, у којима сматрају да је и у овом случају повређен чл. 26. *Пакта*.

(21) Види Закључни документ Бечког састанка 1986. представника држава учесница Конференције о европској безбедности и сарадњи одржаног на основу одредаба Завршног акта о континуитету Конференције од 19. јануара 1989. године. „Питања која се тичу безбедности у Европи„, начело 13. 8. Борба, 17. април 1989.

Dr Vojin Dimitrijević,
Professor of the Faculty of Law in Belgrade

NON-DISCRIMINATION CLAUSES IN THE UN COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS

Summary

The principle of non-discrimination is one of the basic elements of international human rights law. There is some divergence as to the grounds on which discrimination is absolutely prohibited. The International Covenant on civil and Political Rights of 1966 prohibits discrimination in very certain terms and offers a wide list of grounds which cannot serve as a basis for discrimination in granting and securing human rights and freedoms. In the most relevant articles (2, para. 1, 3, and 26) the forbidden grounds are race, colour, sex, language, religion, political and other opinion, national or social origin, property, birth or „other status". Besides the quoted articles, CCPR refers to non - discrimination in other places.

The principle of non-discrimination permeates the Covenant and has been deemed to be of paramount importance by its supervisory organ, the Human Rights Committee. This body has understood it as differentiation based on criteria that are not reasonable and objective, which has the purpose or effect or nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of *all* rights and freedoms. The principle applies to the enjoyment of the rights, as well as to permitted restrictions of certain rights, otherwise warranted by the same Covenant in certain circumstances and for valid reasons.

In spite of strong opposition the Committee established that the rule of non-discrimination, contained in Art. 26 of CCPR, although an integral part of a treaty on civil and political rights, was of general value. It can be considered that by now the right not to be discriminated against for unjustified reasons has become in itself a civil right, irrespective of the nature of the right which happens to be denied on a discriminatory basis.

Vojin Dimitrijević,
Professeur à la Faculté de droit de Belgrade

LES DISPOSITIONS SUR LA NON DISCRIMINATION DANS LE PACT INTERNATIONAL SUR LES DROITS CIVILS ET CIVIQUES

Résumé

Le principe de la non discriminations sur les droits de l'homme. It est établi déjà dans la Charte des Nations Unies, bien qu'elle n'énumèrae pas tous les droits de l'homme. Les bases de l'interdiction de la discrimination sont les caractéristique innées de l'homme et celles qui sont le fruit de son choix libre et permis. La Chartre évoque le sexe, la race, la langue et la religion, mais dans le Pacte international sur les droits civils et civiques cette liste a été complétée de sorte qu'elle englobe la race, la couleur de la peau, la sexe, la langue, la religion, la situation matérielle, la naissance et „l'autre statut". La question s'est posée de savoir dans la pratique si l'interdiction de la discrimination s'applique uniquemet aux droits de l'homme législateur accorde aux citoyens. Ces derniers temps, en dépit des résistances, la position prédomine que l'on doit jouir de tous les droits sans discrimination, même dans les cas où l'Etat n'a pas l'obligation de garantir un certain droit.

Mots clés: *Discrimination. - Droits de l'homme. - Nations Unies.*

UDK — 347.65/68 (497.1:44)
Изворни научни рад

др Стеван Ђорђевић,
редовни професор Правног факултета у Београду

ПОТРАЖИВАЊА ЈУГОСЛАВИЈЕ ПРЕМА НЕМАЧКОЈ НА ОСНОВУ РАТНЕ ОДШТЕТЕ ПОСЛЕ ДРУГОГ СВЕТСКОГ РАТА

У чланку се дају појмови ратне одштете и генералне супституције, а потом приказује пријављена ратна одштета Југославије у односу на Немачку и износ средстава који је Југославија до сада добила на име репарација од Међусавезничке репарационе комисије и на име жртава медицинских опита.

По писцу, два споразума о помоћи у капиталу између СР Немачке и Југославије у износу од милијарде ДМ дате Југославији, не могу да замене и пониште међународноправне обавезе Немачке према Југославији које произлазе и темеље се на међународноправним уговорним и обичајним правилима о обавези плаћања репарација. Писац се критички осврће на игнорисање овог проблема у претходном периоду од стране југословенских званичних органа и даје конкретне предлоге у вези са даљим радом на овом питању. На крају даје листу питања, општих и конкретних, која се могу поставити у вези са евентуалном променом међународноправног статуса југословенске федерације и њених досадашњих саставних делова, а у вези са питањем обештећења.

Кључне речи: *Ратна одштета. – Репарације. – Мировни уговор. – тзв. Брионска формула.*

1. У савременом међународном праву под појмом „репарације" подразумева се ратна одштета услед противправних радњи, тј. међународних деликата по захтеву оштећене државе другој држави која је проузроковала ову штету. Репарације или ратна одштета као санкција за повреду међународног права постала је одавно међународни обичај и има дугу предисторију: од плаћања ратне одштете победиоцу за подмирење трошкова које је он поднео у рату, преко средстава за обогаћење победника, па до ратне одштете којом се захтева само накнада стварне штете коју су физичка и правна лица оштећене државе претрпела.

У току другог светског рата садржина репарација поприма нове посебне облике. Савезничке снаге су донеле одлуку да се Немачка принуди на плаћање одштете „до највеће могуће мере", а остале државе хитлеровске коалиције треба да сносе свој део одговорности. Репарације се појављују и као санкције због вођења агресивног рата. Обештећене треба да буду у првом реду оне државе које су сносиле главни терет рата, претрпеле најтеже губитке и победиле непријатеља. Штете су биле практично непроцењиве, било да

је реч о људским, било материјалним жртвама. Репарације обухватају и обештећење жртава нацистичких прогањања[1].

2. Установа генералне супституције је данас општеприхваћен међународни стандард. Ова установа претпоставља да се држава у међународноправним односима појављује као заступник интереса својих држављана, прецизније речено, физичких и правних лица, а посебну примену има и у погледу репарација.

Држава може да у име својих држављана постигне сагласност о висини суме коју побеђена држава треба да исплати на име накнаде штете. Та сума може бити већа или мања од потраживања оштећених физичких и правних лица. То се утврђује најчешће у мировним уговорима или у другим међународним актима приликом решавања последица насталих из ратног стања између зараћених држава. Држава може, чак, у одређеним околностима и да се одрекне потраживања ратне одштете. У том случају, изјаве надлежних органа у начелу обавезују међународноправно ту државу.

Друго је питање како ће се добијени износ по основу наплаћене ратне одштете распоредити на оне који су претрпели штету у рату. То се решава правилима унутрашњег права које је ван међународног права. Добијене износе по основу обештећења држава може користити и за заједничке, општедруштвене потребе и циљеве. Начини и облици обештећења могу бити различити и држава је ту да их одреди и оствари (непосредна исплата оштећеним до давања по основу за здравствено и пензионо осигурање; натурална помоћ оштећенима; посебна борачка заштита; обнова земље и различита друга давања). Све то држава чини у оквиру своје унутрашње надлежности.

Поставља се питање да ли постоји правна обавеза државе која је добила репарације да изврши исплату по појединачним захтевима оштећених. Држава сама одређује како ће да обештети своје држављане, физичка и правна лица. Покаткад она такву обавезу и изричито преузима приликом добијања обештећења. Обавеза једног државног система је да пронађе решења која су најбоља и у томе лежи његова вредност. Оштећени се могу обратити својој држави а евентуално и потегнути за правним средствима пред судским органима домаће државе уколико сматрају да држава није на одговарајући начин извршила своју обавезу према њима, а добила је у име њих обештећење или га се одрекла[2].

---

(1) *Dictionnaire de la terminologie du Droit international, Париc 1960, пп*528,529; М. Радојковић, *Рат и међународно право,* Београд, 1947. стр. 180; Б. Николајевић, *Репарације*, Сарајево, 1956, стр. 28, 29, 54 - 63; Ch. Rousseau, *Droit international public, Le droit des conflits armés*, Paris 1983, пп. 205, 206; Г. Перазић, *Међународно ратно право*, Београд, 1986, стр. 319, 320. Према Уредби о оснивању државне комисије за ратну штету /„Службени лист ДФЈ", 20/1945/ и Правилнику о пријављивању и утврђивању ратне штете („Службени лист ДФЈ", 44/1945) под појмом ратне штете сматра се ... и то: 1. губитак националног богатства: а/ штета на имовини југословенске државе, њених предузећа, установа и завода; б) штета на имовини југословенских грађана и правних лица; 2) губитак националног дохотка проузрокованог ратом и окупацијом; 3) штета причињена животу, здрављу и телу, слободи, полном интегритету и части југословенских грађана; 4) ратни расходи. Као ратна штета сматра се и штета коју су због ратних прилика причинили бивша југословенска војска, НОВ и ПОЈ, Југословенска армија и савезничке војске.

(2) Колико је велико овлашћење државе у овом случају говори и чињеница да држава, прималац одштете, може да се одрекне права да у будућности пружи подршку својим грађанима и појединачним захтевима пред органима стране државе за она обештећења која су већ укључена у добијени глобални износ. Ту више није могућа међународна заштита, судска или друга. Види: М. Бартош, *Последице теорије генералне супституције у нашем праву*, „Анали Правног факултета у Београду", 2/1955, стр. 129-136.

3. Према процени Репарационе комисије при Влади ФНРЈ од 1945. укупна ратна штета коју је Југославија претрпела у другом светском рату износи 46,9 милијарди долара из 1938. године рачунате по ценама уочи рата, а по курсу 44 динара = 1 амерички долар. Од тога, на нацистичку Немачку отпада 35,858 милијарди долара. Југославија је преко Међусавезничке репарационе агенције остварила накнаду ратне штете у укупној вредности од 35,786.118 долара што представља вредност демонтираних немачких старих фабрика и постројења и других индустријских објеката који су пренети у Југославију. Одазивајући се позиву Економског и социјалног савета ОУН, СР Немачка је платила обештећење, на основу посебног споразума са Југославијом, од 8.000.000 ДМ, у корист југословенских држављана који су за време рата били жртве медицинских опита над живим људима. Новчани износи из више међународних уговора са СР Немачком од 10. марта 1956. укључујући и 26.000.000 ДМ на име југословенских потраживања из социјалног осигурања за време и после другог светског рата не улазе у репарације већ проистичу из остварења Лондонског споразума о спољним дуговима од 1953[3].

4. Међународним споразумима које је СР Немачка закључила са савезничким земљама (Лондон 1953, Париз 1954) уговорено је да се разматрања

---

(3) *Људске и материјалне жртве Југославије у ратном напору 1941 - 1945,* изд. Репарационе комисије при Влади ФНРЈ; М. Бартош, *Немачке репарације после Другог светског рата*, Политичка библиотека, 39/1948; Н. Живковић, *Ратна штета коју је Немачка учинила Југославији у другом светском рату*, Београд 1975. - По договору три водеће савезничке силе САД, СССР и В. Британије (у Криму и Потсдаму 1945) репарациона потраживања СССР и Пољске имала су да се наплате одузимањем дела немачког националног богатства у окупираној зони Немачке под управом СССР, као и запленом немачких актива и имовине у Бугарској, Румунији, Источној Аустрији и Финској, док су репарациона потраживања свих осталих 18 земаља, међу којима и Југославије, имала да се намире одузимањем дела немачког националног богатства у западним окупационим зонама и из немачке активе и имовине и другим земљама. На Париској конференцији о репарацијама 18 земаља, које су имале да наплате своје репарационе захтеве у западним окупационим, зонама (24. I 1946) одлучивало се о немачким добрима одређеним за репарације (категорије А и В). У оквиру поменуте добијене суме од Међусавезничке репарационе агенције Југославији је додељен на име удела у ликвидираној немачкој имовини у Шпанији износ од 37,973.477 пезета, од чега је остварен до сада износ од 21,436.819 пезета. Преостали износ није наплаћен због неких потраживања Шпаније према Југославији (шпанска имовина у Загребу). Преговори су још у току. Иначе, демонтиране фабрике и други индустријски објекти су делимично оспособљени после другог светског рата и укључени у привреду широм Југославије независно од тога где су вршена ратна пустошења. - На основу Споразума између Југославије и СР Немачке о плаћању у корист југословенских држављана који су као жртве опита над живим људима претрпели оштећења здравља и Споразума о изменама Споразума („Службени лист СФРЈ", Додатак: Међународни уговори и други споразуми, 1/1964), обештећено је непосредно 348 лица од укупно 3.974 захтева која су поднета. Поменутим споразумима ова врста обештећења дефинитивно је окончана што се тиче обавезе СР Немачке. Два захтева су накнадно решена али из средстава Федерације, с обзиром да су документовали своје захтеве. Лекарске налазе утврђивала је Војномедицинска академија у Београду. Обештећени су били подељени у пет категорија. - На основу Уговора између ФНРЈ и СР Немачке о привредној сарадњи и Заједничког протокола о преговорима између југословенске и немачке делегације о привредним и финансијским питањима од 1956 (Додатак: Међународни уговори и други споразуми, 12/1956; 15/1956) и више споразума о неким другим потраживањима финансијске природе (Додатак: Међународни уговори и други споразуми, 11/1956; 13/1956; 14/1956) Југославија је добила 300 милиона ДМ и то 60 милиона ДМ у виду директних плаћања, а 240 милиона ДМ у виду кредита на 99 година. Реч је о обавезама Немачке ван репарација у вези с остварењем Споразума о немачким спољним дуговима од 1953. године („Службе ни лист ФНРЈ", Додатак; Међународни уговори и други споразуми, 4/1957).

многих потраживања која су произишла из другог светског рата одложе „до коначног решења проблема репарација", односно „питања репарација решиће се уговором о миру између Немачке и њених бивших непријатеља или ранијим споразумима о том питању". СР Немачка се често позивала на ова два споразума да одложи утврђивање и извршење својих међународноправних обавеза у погледу репарација. Само се по себи могло подразумевати да нико није спречавао СР Немачку и неку другу државу која је у протеклом рату била у сукобу са Трећим рајхом да двостраним уговором регулише делимично или коначно питање репарација не чекајући мировни уговор. Одредбе Лондонског и Париског споразума нису могле бити вечита препрека за решавање проблема репарација[4].

5. Сагласно Протоколу о помоћи у капиталу од 1972. и Споразуму о одобравању помоћи у капиталу од 1974. године, Југославија је добила од СР Немачке милијарду ДМ и то: три стотине милиона марака 1972, а седам стотина милиона марака 1974. године. Оба кредита дата су у исту сврху. Реч је, и у првом и у другом случају, о двостраном правном послу по коме се добија кредит под изузетно повољним условима (на тридесет година; период чекања - *grace* период осам, односно десет година; камата два односно два и по процента). Југославија је дужна да овај кредит отплати. После краћег репрограмирања, кредит је сада у фази отплате.

Оба уговора својим одредбама јасно указују да је реч о обичном уговору о зајму. Све је ту: од назива споразума преко недвосмисленог одређивања предмета уговора, сауговарача, кредитног износа, постотка камате, начина коришћења, враћања кредита до одређивања ко ће остваривати ове споразуме. Међутим, мора се рећи и то да је у току разговора Тито - Брант било речи о ратној одштети, а да је у уводу споразума од 1974. наглашено:

„... Полазећи од сагласности, изражене у Комуникеу поводом посете савезног канцелара Бранта Југославији, да преостала отворена питања из прошлости треба решавати кроз дугорочну сарадњу на економском и на другим пољима, у циљу дефинитивног испуњења ове сагласности, уколико је реч о савезним буџетским средствима". На тај начин се и кредит у целини везује посредно за репарације. То је тзв. *Брионска формула*, пут који је В. Брант као канцелар СР Немачке већ користио раније и у случају сличног кредита и са Пољском, тј. решавања преосталих спорних питања из рата путем привредне сарадње. То је тачно, али се кредити враћају, а репарације су дуг и обавеза оних који треба да надокнаде ратну штету. Обавезе Немачке

---

(4) Л. Серб, *Југославија и немачке репарације после другог светског рата*, Зборник Правног факултета у Загребу, 3 - 4/1966; Д. Јанча, *Обештећење југословенских жртава нацистичких прогона и кривично гоњење нацистичких злочинаца*, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 1964, стр. 1288 - 1296. СР Немачка је у току 1959. и 1960. (са В. Британијом 1964) закључила споразуме којима се обавезала на плаћање делимичне глобалне суме у корист жртава нацистичког прогона држављана неких западних земаља (Белгија, Данска, Француска, Грчка, Холандија, Луксембург, Норвешка, В. Британија). Раније, СР Немачка је на основу споразума од 10. септембра 1952. платила Израелу 3 милијарде ДМ а још 450 милиона ДМ у корист Конференције јеврејских материјалних захтева према Немачкој. - Због признавања Демократске Немачке Републике од стране Југославије 1957, СР Немачка је прекинула дипломатске односе са Југославијом. Напори Југославије да на почетку шездесетих година регулише питање обештећења југословенских жртава нацистичког прогона нису уродили плодом, због упорног одбијања СР Немачке (примена тзв. Халштајнове доктрине). Одлагања решавања питања репарација чињена су од стране СР Немачке позивањем на Лондонски споразум о спољним дуговима од 1953. (члан 5, тач. 2) и Париски споразум о регулисању питања насталих из рата и окупације од 23. октобра 1954. (глава VI).

по основу ратне одштете нису исцрпљене развијањем привредне сарадње са Југославијом путем тзв. Брионске формуле.

У споразуму од 1974. (као и у оном од 1972), тачно је наведен оквир како ће зајмови бити коришћени. Највећи део, како је јављено, од поменуте милијарде марака утрошен је за кружни далековод у Југославији; други део је отишао у фондове солидарности; нешто је дато за набавке путем робних кредита из СР Немачке; део средстава коришћен је за повећање девизних резерви. Народна банка Југославије, као установа одређена споразумима да остварује кредите, дужна је да ове износе конкретизује и одговори на питање да ли су зајмови коришћени у складу с одредбама споразума, у које сврхе и за које објекте[5].

6. Уједињење Немачке поново је, на међународном и унутрашњем плану, актуелизовало проблем плаћања ратне одштете. Московски споразум о спољним видовима немачког уједињења од 12. септембра 1990. године (4 + 2, тј. САД, СССР, В. Британија и Француска са СР Немачком и ДР Немачком), питања обештећења не помиње, нити „затвара". Немачки државници и бонска дипломатија отклонили су том приликом, уз сагласност осталих потписница споразума, било какав наговештај за потребом закључења мировног уговора са Немачком. Највише оштећене земље (Југославија и друге) нису имале политичког утицаја да питање обештећења покрену на овом скупу било у ком виду.

Париски документи усвојени 20. новембра 1990. на Конференцији о европској безбедности и сарадњи (КЕБС) не дотичу се, нити решавају она питања која су предмет мировних уговора. Њиховим доношењем је означен крај хладног рата у Европи и институционализован даљи процес европске безбедности и сарадње. Немачка је постигла да и формалноправно стави

---

(5) Први споразум од 1972. није објављен, а други од 1974. јесте („Службени лист СФРЈ", 66/1974). - Напори југословенских експерата крајем шездесетих и почетком седамдесетих година (Л. Серб и др.) у вези с обештећењем од стране СР Немачке прекинути су и узели други смер и обрт. Сусретима и разговорима Тито - Брант (1968, 1970, 1973) прешло се, на предлог немачког канцелара В. Бранта, на решавање нерешених питања путем тзв. Брионске формуле. Ближе о овоме види: *Willy Brandt, Begegnungen und Einsichten /„Сусрети и сазнања"/, Die Jahre* 1960 - 1975, *Hoffmann und Campe* 1976, *Seite* 230 - 240. У сећањима В. Бранта се посебно говори у којим условима су вођени ови разговори, и који су основни проблеми у односима између две земље (нова источна политка СР Немачке; велики број радника из Југославије на раду у СР Немачкој; усташка емиграција у СР Немачкој и њен рад против Југославије; признавање зверстава чињених од хитлеровске Немачке у другом светском рату од стране В. Бранта и других немачких државника и др.). - Ближе појединости су објављене у фељтону листа „Политика" под насловом: *Подаци, приче и ћутања о накнади ратне штете*, почев од 23. јануара 1990. па даље. - Често се у југословенској штампи помиње веза између трошења ових кредита и изградње НЕ Кршко. Ближе појединости о овоме такође су садржане у поменутом фељтону листа „Политика". - Према обавештењу из ССИП-а од јануара 1990, дато на тражење Скупштине СФРЈ, упућено заинтересованим установама и појединцима, средства у вези с изградњом 380 KW кружним далеководом додељене су електропривреди и банкама у Сарајеву, Титограду, Загребу, Скопљу, Љубљани, Београду и Новом Саду за далековод и постројења везана за њих; за финансије итд. Иначе, у поменутим споразумима од 1972. и 1974. прецизиран је износ за финансирање пројеката, тј. изградњу енергетске преносне мреже у Југославији и за плаћање робе увезене из СР Немачке по напред утврђеној листи. Репрограмирања су вршена 1985, 1986. и 1988, а отплате су почеле 1. марта 1990, односно стижу 30. априла 1991. (Архива ССИП-а). На жалост и поред толиких захтева јавности, Савезно извршно веће и Савезни секретаријат за иностране послове, нису се до сада огласили у вези с контроверзама око садржине разговора Тито-Брант, и необјављеним документима и актима у вези с ова два споразума од 1972-1974. (Напомена од 18.06.1991).

тачку на уједињење и без закључења мировног уговора. Сад нема победника који би диктирали услове као што се то чини у мировним уговорима, али нерешена питања из ратног стања између бивших зараћених држава и даље остају. Треба, међутим, рећи да су позиције свих заинтересованих чинилаца сада, после московског и париског скупа и немачког уједињења, друкчије у односу на стање после другог светског рата[6].

7. Поставља се питање шта са становишта међународног права значи непостојање мировног уговора у односу на обавезу Немачке да плати ратне репарације. Хоће ли ови нови моменти ојачати или ослабити позицију Југославије? Сигурно је да би мировни уговор био чистије решење, јер би се њиме прецизније одредиле обавезе настале из агресивног рата Немачке према другим земљама. Али, међународноправно гледано, недостатак мировног уговора не утиче на обавезе из репарације, као и на друге обавезе настале из рата. Мировни уговор је требало да буде само форма преко које ће се поменуте обавезе Немачке конкретизовати. То што уједињењу Немачке није претходио или није следио мировни уговор не мења ствар. Правило *bona fides* налаже да СР Немачка (сада Немачка) као уговорница Лондонског споразума од 1953. изврши своје обавезе, јер је и Југославија потписала исти документ, полазећи од међународног стандарда да ће Немачка извршити своју обавезу кад дође за то време[7].

8. Немачки државници су до сада одбацивали свако настојање да питање ратне одштете добије шири међународни вид. Они су ово питање остављали по страни, тј. изјашњавали се да је оно превазиђено, односно остављали га за билатералне односе. Али, треба рећи да су немачки државници више пута изјављивали да се ограђују од зверстава у другом светском рату која је починила немачка војска у окупираним земљама и признавали моралнополитичке обавезе у вези с тим. То је добро, али када је реч о репарацијама и даље стоји њихова међународноправна обавеза.

Досадашња економска сарадња Немачке и Југославије бележи знатан успон и треба је унапређивати. Потреба за привредном сарадњом се сама по себи разуме и то је добро, али се тиме не може да порекне или замени проблем ратне одштете. Он се мора посебно расправити јер има посебне правне основе. И ту једно друго не искључује. Интерес за даљи развој привредне сарадње и то обострани, не може да прогута међународноправне обавезе Немачке према Југославији по основи ратне одштете и других потраживања која произилазе из ратног стања између зараћених страна. Слободни смо да кажемо - уколико би дошло до судског начина решавања спорова или арбитраже, Југославија би имала шансу да оствари своје захтеве, с обзиром да се темеље на међународноправним уговорним обичајним правилима.

---

(6) Тачно је да је у Москви и Паризу на маргинама остало стање које је требало решавати мировним уговором у вези са ратном штетом. У очекивању тачних обавештења о покушају југословенске делегације да у завршном документу о даљој европској сарадњи на посредан начин укаже на потребу решавања нерешених питања из рата, тај предлог на самој Париској конференцији новембра 1990. није уродио плодом иако је званично додатним амандманом то било покушано. Међутим, треба рећи, да основна начела на којима треба да се заснива даља европска сарадња подразумевају и решавање заосталих нерешених питања из другог светског рата.

(7) Треба поменути велику акцију за стварање удружења оштећених у Пољској, са усвојеним статутом. В. монографски рад: *A. Klafkowski, Podstawy prawne roszczen indywidualnych o odszkodowania wojenne, Bielsko - Biala* 1990. у вези с обештећењем пољских жртава у другом светском рату. Такође поједини наговештаји о подршци захтева југословенских ратних заробљеника и интернираца од стране немачке социјалдемократске партије у Бундестагу.

Сигурно је да преговори са Немачком око исплате ратне одштете неће бити „лаки" и да се неће донети „брза" решења. С обзиром да Немачка категорички не одбија у крајњој линији разговор о овом питању, већ га одлаже за касније, на југословенској је страни да се што боље припреми с аргументованим захтевима. Захтеви су легитимни и могу се документовати. Не желећи да будимо лажне наде у погледу износе који се може добити на име ратне одштете, треба организовано и много боље него да сада приступити припремама за разговоре са Немачком. Ово утолико пре, што ће и Немачка поставити нека ограничења у вези са врстама и основама по којима се врши одштета (нпр. материјалне и људске штете услед савезничког бомбардовања; захтеви око обештећења немачких фолксдојчера из Војводине - свакако не и за оне који су починили ратне злочине или се на други начин огрешили као југословенски држављани и др.). Посебно је питање како треба обештетити наше грађане и по којим основама. И поред признате установе генералне супституције у међународном праву, мишљења смо да треба тежити што више непосредном и правичном обештећењу физичких лица, односно њихових наследника. Износе из добијене ратне одштете или из нерешених потраживања која су настала из рата (рад ратних заробљеника, интернираца и других лица на принудном раду, супротно правилама међународног права, односно одредбама међународних конвенција) треба наменити у првом реду онима у име којих су и постављени захтеви за обештећењем од Немачке[8].

9. Неопростиво је игнорисање овог проблема у претходном периоду од стране југословенских званичних органа, али то није случај периода до почетка седамдесетих година. По овом питању се до сада дуго времена није ништа предузимало, нити је постојао неки државни орган који би имао задатак да на овоме континуирано ради и врши припреме. Односи између Југославије и СР Немачке су били прилично добри последњих деценија па се имао утисак да југословенски званични органи питање ратне одштете не сматрају актуелним. Ако је реч о ставу СР Немачке, сада јединствене немачке државе, разумљиво је да као дужник у погледу исплаћивање ратне одштете, ово питање одлаже као што то чини уобичајено сваки дужник. Међутим, по међународном праву, то никако није значило и не значи да је дужност обештећења суспендована, застарела или непостојећа. Треба створити један сталан орган у оквиру југословенске владе који би непрекидно радио на овим питањима до окончања овог проблема. Интерресорна комисија при Савезном извршном већу, образована у време појачаног интереса јавности за питања ратне штете, с обзиром на садржај њеног рада, овлашћења и привременост, није у могућности да овај посао одговорно прати и организује. До јавности не долази благовремено и потпуно обавештавање о ставу Савезног извршног већа и других југословенских политичких и управних органа по овом питању. Стручно гледано, несумњиво да би Савезни секретаријат за финансије у сарадњи са другим органима савезне владе, посебно са Савезним секретаријатом за иностране послове, требало да овај посао заједнички обавља, укључујући и сарадњу са државама које имају сличне захтеве према Немачкој (Пољска, Француска, Грчка и др.). Желим посебно да истакнем да је нужно да и органи Републике Србије узму учешће у овом процесу, јер,

---

(8) Члан 3. IV Хашке конвенције о законима и обичајима сувоземног рата од 1907. одређује да страна у рату која је повредила одредбе Конвенције и Правилник уз ову конвенцију биће обавезна да изврши накнаду, ако јој има места. У том случају она је одговорна за све поступке лица која се налазе у саставу њених ратних снага: *Конвенција о поступању са ратним заробљеницима* од 1929. (посебно чланови 31 - 34); међународноправни акти из другог светског рата; Нирнбершка пресуда и др.

најзад, највећи део ратне штете је причињен на територији Србије, а највеће жртве у другом светском рату поднео је српски народ широм Југославије[9].

10. У југословенској штампи, као и у Скупштини СФРЈ посебно у Скупштини Републике Србије, покрећу се и покретаће се и друга општа и конкретна питања; судска и друга средства која појединцима, физичким и правним лицима стоје на располагању уколико дође до обештећења; могућност југословенских физичких и правних лица да пред немачким судским и другим органима остварују своја права у вези с обештећењем; одговорност Немачке као окупатора за штету на територији Независне Државе Хрватске - непостојећег међународноправног субјекта, с једне и примена установе сукцесије државе уколико дође до промене у међународноправном статусу југословенске федерације и стварања новог субјекта међународног права - хрватске државе, с друге стране, све то у вези с одговорношћу за ратну штету; правна ваљаност једностраног одрицања југословенске федерације од ратне штете од Бугарске, с једне и последице тог одрицања у односу на обавезе југословенске федерације према физичким и правним лицима у име којих је ово одрицање учињено, с друге стране; начини коришћења досадашње исплаћене ратне штете (од стране Немачке, Италије и Мађарске) у односу на права физичких и правних лица по појединим деловима Југославије у име којих је тражена и исплаћена ратна штета, а то у вези с евентуалном променом међународноправног статуса југословенске федерације и њених саставних делова, односно распада југословенске федерације и применом установа сукцесије држава и др. Сва ова питања треба размотрити и јавност с правом очекује од нас који се професионално стручно и научно бавимо овим питањима да дамо одговоре на њих.

(Примљено 15.02.1991)

Dr Stevan Đorđević,
Professor of the Faculty of Law in Belgrade

CLAIMS OF YUGOSLAVIA AGAINST GERMANY ON THE GROUND OF WAR DAMAGES AFTER THE SECOND WORLD WAR

Summary

The article deals with the notions of war damages and general substitution, as well as with claimed war damages of Yugoslavia regarding Germany (35,858 billion dollars), and the amount of means received by Yugoslavia until now on the ground of reparations, namely: from the Inter - Allied Reparations Commission dismantled German installations

(9) Наводимо најновији научни скуп у Институту за међународну политику и привреду у Београду децембра 1990. на коме је било речи о репарацијама у оквиру немачко - југословенских разговора о будућим привредним односима. - в. Б. Павлица, *Проблем обештећења југословенских жртава нацистичког прогона и њихово уговорно регулисање*, реферат на скупу. - И у Републици Србији приступило се образовању интерресорске комисије која ће се посебно бавити овим питањем, а и поједини органи управе су задужени да прате овај проблем.

(valued at 35.786,118 dollars), and compensation for victims of medical experiments over living Yugoslav citizens (8.000,000 German marks).

The author explains the postponement of regulation due to the provisions of the London and Paris conventions of 1953 and 1954. This is followed by legal analysis of so called Brioni Island formula, meaning two agreements on assistance in capital between the FR of Germany and Yugoslavia (*Kapital Hilfe*) of 1972 and 1974, on the ground of which Yugoslavia has received one billion marks. These agreements, however, do not mean renunciation these are usual, although favourable, agreements on credit - which is now paid in instalments.

The interest for mutual economic cooperation is obvious but it can not swallow international - law obligations of Germany toward Yugoslavia on the ground of war damage and other claims originating in the war (the work of prisoners of war and interned persons, etc.). The claim of Yugoslavia is based on international conventions and customary rules.

The author criticizes organized preparations in Yugoslavia to put into effect the above claim, especially after German unification which raises the possibility to finally settle this issue.

Key words: *War damages. — Reparations. — Peace treaty. — So - called Brioni Island formula.*

Stevan Đorđević,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Belgrade

LES CREANCES DE LA YOUGOSLAVE ENVERS L'ALLEMAGNE AUX TERMES DU DEDOMMAGEMENT DE GUERRE APRES LA DEUXIEME GUERRE MONDIALE

Résumé

L'auteur expose dans son article les concepts du dédommagement de guerre et de la substitution générale pour présenter ensulte les dédommagements de guerre exigés par la Yougoslavie par rapport à l'Allemagne (35.858 milliards de dollars) et le montant des moyens que la Yougoslavie a obtenus jusqu'à pré titre de réparations, et cela de la Commission de réparation des alliés, sous forme d'installations allemandes démontées (35.786.118 dollars) et à titre de dédommagement des victimes des expériences médicales sur les citoyens yougoslaves vivants (8 millions de marks allemands).

L'auteur donne des explications concernant l'ajournement du règlement des réparations en raison des dispositions de l'accord de Londres et de l'accord de Paris. Il passe ensuite à une analyse juridique de la formule de Brioni, c'est - à - dire de deux accords sur l'aide en capital entre la R. F. A. et la Yougoslavie (Kapital Hilfe) de 1972 et de 1974, se chiffrant à un milliard de marks allemands. Dans son article, l'auteur exposle la position que ces accords n'ont pas réglé la question des réparations de guerre dans les rapports entre l'Allemagne et la Yougoslavie, étant donne que du point de vue juridique il s'agit de deux accords conventionnels sur des credits, avec un taux d'intérêts favorable, il est vrai.

L'auteur est de l'avis que le développement futur de la coopération économique bilatérale ne peut pas éliminer les obligations juridiques internationales de l'Allemagne envers la Yougoslavie sur la base des dédommagements de guerre et des autres créances provenant de la guerre (le travail des prisonniers de guerre et des déportés). Les revendications de la Yougoslavie se basent sur les règles contractuelles et de coutume internationales.

A la fin, l'auteur expose son avis critique concernant les préparatifs de la Yougoslaview en vue de réaliser ces créances, surtout en ce moment, après la réunification allemande, lorsque toutes les conditions sont réunies pour que cette question soit enfin réglée.

Mots clés: *Dédommagement de guerre. - Réparations. - Traité de paix. - Formule de Brioni.*

UDK — 347.65/.68(497. 1:4)
Прегледни чланак

Ана Желчевић,
асистент – приправник на Правном факултету у Београду

ОДРИЦАЊЕ ОД НАСЛЕЂА У ЈУГОСЛОВЕНСКОМ И ФРАНЦУСКОМ ПРАВУ*

Изјава о одрицању од наследства је једнострани правни посао који мора да испуњава опште услове за пуноважност правних послова, и у нашем и у француском праву. Истовремено, одрицање од наслеђа представља у оба правна система правну моћ установљену у корист лица која се позивају на наслеђивање. Ипак, у француском праву и позитивна и негативна наследничка изјава су по својој природи правне моћи јер стварају одређену правну промену која се састоји у томе што право избора, које настаје у моменту преласка заоставштине на наследнике, трансформише у дефинитивно стицање својства наследника или, пак, у одустанак од стицања оваквог својства. У нашем праву ово се може рећи само за изјаву о одрицању, будући да изјава о пријему наслеђа не производи никакву правну промену јер закон претпоставља да се наследник примио наслеђа. Разлог постојања наследничке изјаве је уношење извесности у односе између заинтересованих лица. Ауторка сматра да решења усвојена у нашем праву више одговарају захтевима правне сигурности пошто су једноставнија и модернија од оних у француском праву.

Кључне речи: *Наследничка изјава. – Француско право. – Југословенско право.*

Одрицање од наслеђа представља једно од најделикатнијих питања у материји преласка заоставштине на наследнике. Сам карактер изјаве о одрицању од наследства у великој мери је условљен правним режимом преласка заоставштине на наследнике. У том смислу, неопходно је да, пре него што се упустимо у анализу правних обележја и правних последица које изазива негативна наследничка изјава, објаснимо у најважнијим цртама прелазак заоставштине на наследнике у југословенком и француском праву.

I. ПРЕЛАЗАК ЗАОСТАВШТИНЕ НА НАСЛЕДНИКЕ И УСЛОВИ ЗА ПУНОВАЖНОСТ ОДРИЦАЊА ОД НАСЛЕЂА

1. Појам – право избора

Прелазак заоставштине на наследнике сигурно је једно од најоригиналнијих решења у француском наследном праву. Неки аутори примећују да

* Имајући у виду да закони о наслеђивању, који су на снази у нашем праву, у суштини припадају истом систему наслеђивања, у овом тексту упућујемо на решења Закона о наслеђивању Србије, а на решења других закона само ако постоји значајније одступање.

је то истовремено једно од најнејаснијих питања која се постављају у области законског наслеђивања[1]. Да бисмо га у потпуности разумели и објаснили, потребно је да се осврнемо на одговарајућа решења римског права.

У римском праву су постојале две врсте наследника: обавезни наследници и добровољни наследници. Основна разлика између ове две врсте наследника састојала се у томе што први нису имали право да одбију пријем наслеђа. Заоставштина је прелазила на њих у моменту отварања наслеђа тако да су они, од овог тренутка, могли да врше сва права која су припадала оставиоцу, али су и могли бити принуђени да плате његове дугове. С друге стране, добровољни наследници су стицали својство наследника свечаном изјавом воље о пријему наследства. У вези са тим јавља се установа „лежећег наследства" (*hereditas iacens*). До момента давања овакве изјаве, добровољни наследник није могао да врши права која су припадала оставиоцу нити је био дужан да плаћа његове дугове.

Суштина наслеђивања у римском праву дубоко се противила идеји одрицања од наследства. Због породичног карактера својине, одрицање од наследства значило је истовремено и одрицање од култа предака[2]. Због тога је за нека лица постојала обавеза да приме наслеђе. Мада оваква обавеза у савременим правима не постоји, римска традиција је још увек присутна. Према једном систему прелаза заоставштине на наследнике, који је прихваћен у аустријском праву, постоји установа лежећег наследства тако да заоставштина прелази на наследнике у моменту предаје, а не у моменту оставиочеве смрти. Већина европских права припада другом систему, према коме заоставштина прелази на наследнике у моменту оставиочеве смрти. У оквиру овог система можемо разликовати два подсистема.

Према првом подсистему, коме припада француско право, заоставштина прелази на наследнике по сили закона у моменту оставиочеве смрти. Тај прелазак подразумева настанак једног субјективног права, тзв. права избора *(droit d'option)* на страни наследника на основу кога је он слободан да бира између три могућности које закон предвиђа: може просто да прими наслеђе, може да прими наслеђе са пописом и, најзад, може да се одрекне наслеђа. Битна особина овог подсистема је то што закон не фаворизује ни једну од ових могућности, па самим тим не поставља никакве претпоставке тако да наследник мора да се изјасни о свом избору. Ради потпунијег разумевања правне природе права избора, треба истаћи да француски писци у овој фази наслеђивања, до давања наследничке изјаве, најчешће користе израз „могући наследник" (*successible*), што, свакако, наглашава равноправност ове три могућности. Према томе, да би једно лице заиста постало наследник, потребна је његова изјава воље у року који закон предвиђа. При том, не постоје никакве претпоставке о тој вољи.

По другом подсистему, коме припада и наше право, заоставштина прелази на наследнике такође у моменту смрти оставиоца. И овде постоји могућност избора, међутим – тај избор је по својој правној природи другачији од оног који постоји у првом подсистему. Лице које жели да задржи својство наследника не мора да даје никакву изјаву о пријему наслеђа, чак ни прећутну. Оно може да се одрекне наследства до краја оставинске расправе[3], дајући изричну изјаву о томе пред надлежним судом. Што се тиче самог избора

---

(1) B:Colin— Capitant, *Cours élémentaire de droit civil francais,* tome III, Librairei Dalloz, Paris, 1936, стр. 480.

(2) V:Malaurie —Anyès, *Droit civil, Les successions, les libéralités,* Edition Cujas, Paris, 1989, стр. 127.

(3) В: чл. 131. ЗН Србије.

између законом предвиђених могућности, наследник није ништа мање слободан од наследника у француском праву. Он може из било ког разлога да се одрекне наслеђа. Разлика између овог решења и решења у француском праву састоји се у томе што закон овде поставља претпоставку о пријему наслеђа, док такве претпоставке у француском праву нема. У том смислу, решење које је усвојено у нашем праву пружа више сигурности, док у француском праву постоји потпуна неизвесност да ли ће могући наследник дефинитивно постати наследник све док не да изјаву о пријему наслеђа. Најзад, поставља се питање које решење треба усвојити у случају да наследник не да никакву изјаву у законом предвиђеном року. Јасно је да у нашем праву ово питање не изазива никакве тешкоће јер ће се сматрати да је наследник задржао својство наследника. У француском праву оно је изазвало многе недоумице, о чему ће доцније бити више речи.

У сваком случају, наследник ни у једном савременом правном систему није дужан да прими наследство. Он увек има право избора између две или више могућности које предвиђа закон. Једна од њих је и одрицање од наследства.

2. Застаревање права избора

Могући наследник у француском праву може да у року од три месеца од момента делације сачини попис заоставштине и да се одлучи за једну од наведених могућности у року од четрдесет дана, који почиње да тече од дана када је попис сачињен, односно од истека рока од три месеца у коме је могао сачинити попис. Међутим, протеком ових рокова не престаје његово право да изврши избор. Разлика је само у томе што до истека ових рокова он може сваком лицу које би покушало судским путем да га принуди да донесе одлуку, да истакне дилаторни приговор да наведени рокови нису прошли. Његово право избора постоји све до истека рока застарелости, који, према чл. 789. Француског грађанског законика, износи тридесет година почев од момента делације. Мада је Предлог реформе закона из 1988. овај рок свео на десет година[4], остаје питање да ли по протеку рока застарелости треба сматрати да је наследник примио наслеђе или га се одрекао.

За француску судску праксу ово питање никада није било спорно. Она једнодушно прихвата становиште да треба сматрати да се могући наследник одрекао наследства ако у року од тридесет година није извршио избор[5]. Ово гледиште, у суштини, одговара самој идеји застарелости – субјективна права престају услед невршења, које, у крајњој линији, изражава незаинтересованост њихових титулара. С друге стране, старија правна доктрина је више била склона решењу да у моменту делације заоставштина прелази на наследнике и да, пошто се према чл. 784. ФГЗ одрицање не претпоставља, треба узети да се по протеку рока од тридесет година наследник примио наследства[6].

Ово мишљење, свакако, није без основа. Ипак, тешко се може прихватити идеја да једно лице, које је тридесет година било потпуно незаинтересовано за заоставштину, по протеку овог рока постане наследник. У новијој теорији преовлађује становиште које је прихваћено у судској пракси. И поред тога, неки аутори истичу да је ово решење тешко помирити са правилима

(4) V: Malaurie—Aynès, *op. cit.*, стр.99.

(5) В: одлуке: Civ,13.VI 1855,D.1855.I.253; 13.II.1911,D.1911.I.391; 28.II.1881,D.P.81.I.195.

(6) В:Colin— Capitant, *op. cit.*, str. 490, Savatier, *Cours de droit civil*, t. 3, L.D.J—C, Paris, 1951, стр 252.

стварног права будући да право својине не може престати услед самог невршења, чак и ако то стање траје дуже од тридесет година јер је у моменту делације заоставштина прешла на наследнике. Дакле, дилеме више нема, барем не у оној мери у којој је она била изражена – треба сматрати да, пошто протекне рок застарелости, наследник није прихватио наследство, с тим што терет ове негативне чињенице (да наследник није извршио право избора у року од тридесет година) сноси лице које се на то позива[7].

Изгледа да је ово схватање ближе стварном животу и да се не противи правилу да право својине не може застарети. Заоставштину, као правну целину, поред права својине, чине и друга права, као и обавезе. Сматрамо да је решење усвојено у нашем праву више у интересу правне сигурности и самих заинтересованих субјеката. Негативне последице које имплицира француско решење само су ублажене тиме што је предложено да рок застарелости права избора буде сведен на десет година.

3. Услови за пуноважност одрицања од наслеђа

За разлику од позитивне наследничке изјаве, која може бити дата изрично или прећутно и чија пуноважност не подлеже никаквим формалним условима, негативна наследничка изјава је и у нашем и у француском праву формална изјава воље. Правна сигурност, као и чињеница да се одрицање од наслеђа не претпоставља, захтевају да увек постоји извесност о томе да ли се лице које се позива на наслеђивање прихватило или одрекло наследства. Тако, чл. 784. ФГЗ предвиђа да се ова изјава уноси у посебан регистар, који се води код суда на чијем је подручју наслеђе отворено, а према чл. 131. ЗНС, наследник се може одрећи наслеђа изјавом суду до завршетка расправе заоставштине.

Будући да је изјава о одрицању акт располагања, у оба правна система се захтева да наследник буде потпуно пословно способан. У противном, овакву изјаву може дати старалац под условима предвиђеним законом. Према општим правилима грађанског права, изјављена воља треба да буде стварна и изражена слободно. У том смислу, мане воље представљају традиционалне разлоге релативне ништавости правних послова, што је конкретизовано у прописима о наслеђивању код нас[8]. ФГЗ у чл. 783. као разлоге ништавости изјаве о пријему наслеђа помиње превару и оштећење. Судска пракса је поље примене овог члана проширила и на негативну изјаву, а као разлоге ништавости увела још и принуду и заблуду. При том, заблуда је релевантна само ако се односи на природу и домашај права која улазе у заоставштину, а не и ако се односи на њену вредност. Предлог реформе закона је ово схватање знатно поједноставио тако што предвиђа у чл. 781. да наследничка изјава (позитивна или негативна) може бити поништена због заблуде, преваре или принуде. Најзад, изјава о одрицању не може бити делимична нити дата под условом или роком. Јединствени карактер заоставштине као целине и дефинитивност наследничке изјаве не допуштају могућност увођења модалитета којима би се мењала редовна дејства овог правног посла, што је сигурно изузетак у теорији правних послова.

---

(7) В: Terré—Lequette, *Droit civil, Les successions, les libés*, Dalloz, Paris, 1988, стр. 651, Malaurie— Anynès, op.cit., стр.100.

(8) В: ЗНС чл.136, ст. 2.

II. ДЕЈСТВА ОДРИЦАЊА ОД НАСЛЕЂА

1. Ретроактивност

Сматра се да лице које да негативну наследничку изјаву никада није било наследник[9]. Члан 785. ФГЗ предвиђа да ће се сматрати да наследник који се одрекао наследства, није ни постојао. Иако принцип ретроактивности представља основно правило у оба правна система, правне последице које он изазива су различите. У нашем праву, део наследника који се одрекао наслеђа наслеђује се као да је тај наследник умро пре оставиоца, а ако се одрекну сви наследници који припадају најближем наследном реду, позивају се наследници који припадају следећем наследном реду[10]. Основна правна последица негативне наследничке изјаве је примена права представљања. Напротив, према чл. 786. ФГЗ, примарно дејство изјаве о одрицању од наслеђа је примена права прираштаја. Сматра се да негативна изјава иде у прилог оних лица којима би добра из заоставштине припала кад наследник који се одрекао наслеђа не би ни постојао[11]. Део наследника који је дао овакву изјаву припашће његовим санаследницима, а ако је он био једини наследник, заоставштину ће наследити сродници даљег степена сродства. У француском праву, римско схватање права представљања и даље постоји. Принцип *De viventi nulla representationis* изражен је у чл.787 ФГЗ кроз правило да се право представљања не примењује код одрицања од наслеђа. Ако је наследник који се одриче једини наследник тог ранга, или ако се сви наследници истог ранга одрекну наследства, њихова деца наслеђују по сили закона и то по свом личном праву, а не као представници својих родитеља. При том, заоставштина ће бити подељена према броју глава, а не према броју линија.

Ретроактивно схватање права представљања тешко налази своје оправдање у савременим правима. Примена права прираштаја у случају одрицања од наслеђа може у пракси довести до неправичних решења. Ово схватање је са резервом прихваћено у француској правној литератури[12]. Управо због тога право представљања према Предлогу реформе закона добија већи значај и примењује се и на потомке недостојног лица, који су без своје кривице још увек искључени из наслеђивања. Међутим, потомци лица које се одрекло наслеђа и даље ће бити ван домашаја дејства права представљања.

2. Лични карактер изјаве

Питање да ли се дејство изјаве о одрицању од наслеђа ограничава на наследника који ту изјаву даје, или се, пак, проширује и на његове потомке, нема исти значај у југословенском и француском праву. Будући да је у француском праву у овом домену искључена примена права представљања, негативна наследничка изјава има *a fortiori* лични карактер.

Закони република и покрајина нису на исти начин регулисали карактер негативне наследничке изјаве. Према одредбама Закона о наслеђивању Србије, изјава о одрицању од наслеђа је строго личног карактера[13]. Ово решење је прихватљиво утолико што је само својство наследника такође

(9) В.:чл. 131, ст.3. ЗНС; Mazeaud, *Lesons de droit civil*, t.4, V,2, Edition Montchrestien, Paris,1966, стр. 350.

(10) В.чл. 131, ст.4. и чл. 138. ЗНС.

(11) B.Savatier, *op. cit.*, стр. 263.

(12) B:Baudry—Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t.III Recueil Sirey, Paris, 1914, стр. 348, Malaurie— Aynès, *op. cit.*, стр. 62.

личне природе и дубоко прожима целокупни систем законског наслеђивања[14]. Наследник може дати изјаву о одрицању само у своје име. Насупрот томе, остали закони о наслеђивању предвиђају да негативна наследничка изјава производи правно дејство како према самом наследнику, тако и према његовим потомцима. Наследник може ограничити њено дејство тако што ће изрично изјавити пред судом да се одриче само у своје име.

3. Неопозивост изјаве о одрицању од наслеђа

У свим законима о наслеђивању република и покрајина прихваћено је да је наследничка изјава, позитивна или негативна, неопозива. Тако, Закон о наслеђивању Србије у чл. 136, ст. 2. предвиђа да се изјава о одрицању од наслеђа или о примању наслеђа не може опозвати. Ово правило је разумљиво ако се има у виду да је циљ наследничке изјаве уношење извесности у односе између заинтересованих лица.

У француском праву само је позитивна наследничка изјава неопозива. Напротив, изјава о одрицању од наследства може се повући под условима који су предвиђени у чл. 790. ФГЗ. Наследник који се одрекао наследства може, под условом да није протекао рок застарелости његовог права избора, повући изјаву о одрицању све док неки други наследник не изјави, изрично или прећутно, да прима наслеђе. Сама изјава о повлачењу такође не подлеже никаквим посебним захтевима у погледу форме. Наследник који је једном дао изјаву о одрицању од наследства може после тога да изјави на било који начин предвиђен законом да прима наследство. Сматра се да се наследник који је повукао негативну наследничку изјаву никада није ни одрекао наслеђа. Правна теорија једнодушно прихвата становиште да закон признаје право на повлачење негативне наследничке изјаве, зато да би се избегло постојање заоставштина без наследника[15]. Мада може да изгледа да је овај разлог довољно оправдан, чини се да је ово решење у супротности са захтевима правне сигурности, нарочито када се узме у обзир да је могуће прећутно повући изјаву о одрицању, која је строго формална. Лако се може замислити какве тешкоће могу настати уколико би у међувремену неки потоњи наследник прећутно изјавио (располагањем добрима из заоставштине) да прима наслеђе.

Повлачење негативне наследничке изјаве има ретроактивно и неопозиво дејство. Ипак, права која су трећа лица стекла на основу одржаја или на основу правних послова закљученим са сараоцем заоставштине, остају на снази.

4. Дејства изјаве о одрицању од наследства према повериоцима наследника

Повериоци наследника који се одрекао наследства могу побијати ову изјаву воље, будући да она производи грађанско–правна дејства и као таква утиче на дужниково имовинско стање. ФГЗ је предвидео две врсте правних

(13) ЗНС, чл.131,ст 2.

(14) В:Благојевић– Антић, *Наследно право*, „Научна књига", Београд 1988, стр. 460 и 461.

(15) B.Planiol—Ripert, *Traité pratique de droit civil francais*, t.4, Succession, L.D.J.C, Paris, 1928, стр. 389; Savatier, *op.cit.*, стр.265, Mazeaud, *op.cit.*, стр 380, Malaurie—Anynès, *op.cit.*, стр. 128, Terrè—Lequette, *op.cit.*, стр. 664..

средстава чији је циљ заштита интереса поверилаца – посредну тужбу и паулијанску тужбу.

Посредном тужбом (чл. 11661.ФГЗ) поверилац чије је потраживање доспело тражи да му суд дозволи вршење дужникових права ако их дужник занемарује, па услед тога за њега може да настане штета. При том, правне последице предузетих радњи остварују се у дужниковој, а не у повериочевој имовини. Полазећи од тога да је посредна (индиректна) тужба општег карактера, старија правна доктрина признаје повериоцу право да на овај начин тражи да у дужниково име прими или одбије пријем наслеђа,[16] или, пак, да повуче изјаву о одрицању од наследства коју је дао његов дужник[17]. У новијој теорији преовлађује мишљење да поверилац не може да тражи повлачење дужникове изјаве о одрицању од наслеђа зато што дужник који одбија пријем наслеђа није немаран, напротив, он врши своје право (право избора) тако да нису испуњени услови за подношење посредне тужбе[18]

Паулијанска тужба је као средство заштите повериочевих интереса предвиђена и у нашем и у француском праву. Члан 1167. ФГЗ предвиђа опште услове, који морају бити испуњени да би успех ове тужбе био потпун: потребно је да је дужников правни посао који се побија проузроковао повериоцу штету (*eventus damni*) и да је дужник при том поступао са преваром (*consilium fraudis ex parte debitoris*). Поред опште паулијанске тужбе, предвиђена је и тужба којом се побија одрицање од наследства учињено на штету права наследникових поверилаца, који на овај начин траже да им суд дозволи да у дужниково име приме наследство (чл. 788. ФГЗ). У овом случају изјава о одрицању не производи правно дејство само према оним повериоцима који су тужили дужника и то до висине њихових потраживања.

Предлог реформе закона је елиминисао правило из чл. 788. тако да се изјава о одрицању може побијати само под општим условима предвиђеним у чл. 1167.ФГЗ. Истовремено, новину представља чл. 782, чије одредбе омогућавају повериоцу да судским путем тражи да да изјаву о пријему наслеђа у име свог дужника ако овај, уздржавајући се од давања било какве изјаве или давањем негативне изјаве, штети његовим интересима. Према томе, поверилац може на овај начин, који има елементе и посредне и паулијанске тужбе, да утиче на свог дужника да у што краћем року да наследничку изјаву. Имајући у виду дужину рока застарелости права избора, могућност подношења ове тужбе ублажава негативне последице овог решења и онемогућава његову евентуалну злоупотребу од стране дужника.

Закон о облигационим односима је такође регулисао побијање дужникових правних радњи. Израз „правне радње" подразумева, пре свега, правне послове које је дужник предузео, али и пропуштања због којих је изгубио неко материјално право или због којих је за њега настала нека материјална обавеза (чл. 280, ст. 3. ЗОО). Услови побијања теретних располагања одговарају условима које прописује француско право – кључну тачку представља дужникова несавесност, која се огледа у томе што је дужник знао или могао знати да ће предузетим располагањем нанети штету својим повериоцима. Поред тога, потребно је да је и противник побијања био несавестан. Доброчина располагања се побијају под олакшаним условима: дужникова не-

(16) Када је очигледно да је пасива већа од активе, поверилац има интерес да тражи одбијање наслеђа како би спречио да, услед простог пријема наслеђа од стране дужника, дође до сједињења заоставштине и имовине дужника.

(17) В.:Planiol—Ripert, *op.cit.*, стр. 332, фуснота бр. 2.

(18) В.:Mazeaud, *op, cit* стр. 351 Malaurie—Anyès, *op. cit.*, стр. 95, супротно, Terré—Lequette, *op. cit*, стр. 645.

савесност се претпоставља, а несавесност трећег лица није услов побијања. Према чл. 281, ст. 4. ЗОО, одрицање од наследства се сматра доброчиним располагањем тако да се несавесност наследника претпоставља. Ипак, сматрамо да се негативна наследничка изјава може побијати под условима који су предвиђени за побијање теретних располагања ако је дата на основу уговора са накнадом (тзв. траслативно одрицање).

*

Анализа правних обележја изјаве о одрицању од наследства указује нам да је ова изјава једнострани правни посао, који мора да испуњава опште услове за пуноважност правних послова. Овакав закључак се намеће и за наше и за француско право. Истовремено, одрицање од наслеђа представља у оба правна система правну моћ, која је установљена у корист лица која се позивају на наслеђивање. Ипак, у француском праву и позитивна и негативна наследничка изјава су по својој природи правне моћи јер стварају одређену правну промену, која се састоји у томе што право избора, које настаје у моменту преласка заоставштине на наследнике трансформише у дефинитивно стицање својства наследника, или, пак, у одустанак од стицања оваквог својства. У нашем праву, ово се може рећи само за изјаву о одрицању будући да изјава о пријему наслеђа не производи никакву правну промену јер закон претпоставља да се наследник примио наслеђа. Разлог постојања наследничке изјаве је уношење извесности у односе између заинтересованих лица. Начелно, сматрамо да решења усвојена у нашем праву више одговарају захтевима правне сигурности. Промене које садржи Предлог реформе закона ублажавају негативне последице садашњих решења у француском праву, али, ипак не задиру у њихову суштину, већ представљају измене претежно техничког карактера.

(Примљено 15.10.1990)

Ana Želčević,
Assistant - Trainee at the Faculty of law in Belgrade

INHERITANCE RENUNCIATION IN YUGOSLAV AND FRENCH LAWS

Summary

The statement on renunciation of inheritance is a unilateral legal transaction which should meet general requirements for the validity of legal transactions - which is a solution both in French and Yugoslav laws. At the same time, inheritance renunciation is in both legal systems a legal power which is established in favour of persons claiming the ingeritance. However, in French law both positive and negative statements of a successor have the character of legal power since they create specific legal change, which is the expression of the right of choice which takes place at the moment of the transfer of inheritance into the successors and which is later transformed into definite acquisition of the capacity of being a successor, or, as the case may be, into renunication of such capacity.

In Yugoslav law this can be said only of the statement of renunciation, since the statement of accepting the inheritance does not provoke a legal change at all, since the law presupposes that the successor has accepted the inheritance. The reason for existence of the successor's statement is providing certainty into the relations of interested persons. The

author considers that the solutions adopted by Yugoslav law are more adapted to the requirements of legal security, because they are simpler and more up - to date than the one in French law.

Key words: *Successor's statement. - French law. - Yugoslav law.*

Ana Želčević,
assistant à la Faculté de droit à Belgrade

LA RENONCIATION À LA SUCCESSION EN DROIT YOUGOSLAVE ET EN DROIT FRANÇAIS

Résumé

Dans cet article l'auteur traite la question de la renonciation à la succession, tout en faisant une analyse comparée des solutions existant en droit français et en droit yougoslave. Partant d'une conception différente de la transmission de la succession, selon le droit français, au moment du décès du défunt un droit subjectif pariculier naisse - le droit d'option. Ce droit sousentend que l'heritier est libre de faire inventaire de la suocession dans un délai de trois mois et de délibérer dans un délai supplémentaire de quarante jours, où il optera pour une des trois possibilités: l'acceptation simple de la succession, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire et la renonciation à la succession. Pourtant, même s'il ne prend pas une décision dans les délais mentionnés, son droit d'option subsiste jusq'à l'expiration du délai de prescription, qui est d'une durée de trente ans. Par conséquent, en droit français, il y a une incertitude concernant la décision de l'héritier, qui peut durer même treinte ans. En revanche, en droit yougoslave il existe une présomption en faveur de l'acceptation de la succession de sorte qu'une déclaration dans ce sens n'est pas nécessaire. En même temps, l'héritier est entièrement libre de renoncer à la succession jusqu'à la clôture de la procédure successorale. Etant donné que la raison d'être de l'existence du droit d'option est l'introduction d'une certitude dans les rapports entre les personnes intéressées, l'auteur estime que cette solution correspond mieux aux exigences de la sécurité juridique. La renonciation est une déclaration de volonté formelle, soumise à des conditions générales de la validité des actes juridiques. Ceci est adopté dans les deux systèmes juridiques en question. L'effet principal de la renonciation en droit français est l'application du droit d'accroissement tandis qu'en droit yougoslave c'est l'application du droit de représentation. En plus, la renonciation n'a pas un effet absolu en droit français étant donné qu'elle peut être retractée, ce qui nest pas le cas en droit yougoslave. Finalement, les créanciers de l'héritier en droit yougoslave disposent uniquement de l'action paulienne alors qu'en droit français existe également l'action oblique, dont les effets se manifestent dans le patrimoin du débiteur et non du créancier. Malgré certaines différences considérables les solutions adoptées dans ce domaine, la renonciation représente dans les deux système un acte juridique unilateral, mais aussi un droit potestatif, établi en faveur des successibles.

Mots clés: *Droit yougoslave. - Droit français. - La succession. - Acceptation et renonciation*

UDK — 343.1
Изворни научни рад

др Милица Златић,
редовни професор Правног факултета у Београду, у пензији

РАВНОПРАВНОСТ СТРАНАКА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

У савременом кривичном поступку не постоји потпуна равноправност кривичнопроцесних странака у свим фазама поступка, а још мање у свакој конкретној процесној ситуацији. Пошто јавни тужилац као државни орган има извесне предности у односу на окривљеног, помоћу претпоставке невиности, права на одбрану и одређених повластица окривљеног ,успоставља се и одржава равнотежа процесних права странака. Према томе, ради се о начелној равноправности, тј. о једнакости странака у крајњој линији, сагледавајући кривични поступак у целини и остварење његовог крајњег процесног задатка.

Кључне речи *Кривични поступак. – Странке. – Равноправност. – Претпоставка невиности. – Право одбране.*

1. У кривичнопроцесној литератури, нарочито међу старијим писцима, среће се мишљење да је историја кривичног поступка у ствари историја питања о постојању странака и њиховом положају у кривичном поступку(1). Посебно се истиче да је положај окривљеног показатељ демократичности и хуманизма једног кривичнопроцесног система, а у крајњој линији– индикатор демократичности одређеног друштва.

Међутим, у савременој кривичнопроцесној теорији води се још увек спор о постојању странака у кривичном поступку. Постоји мишљење да у кривичном поступку не постоје странке, јер према окривљеном стоје два државна органа, државни тужилац и судија, који се супротстављају окривљеном и онемогућују да се постави на исту раван са државним тужиоцем(2). Неки поборници схватања кривичног поступка без странака истичу да страначки поступак претпоставља потпуну једнакост странака. Ипак, већина писаца ће пориче постојање странака на главном претресу, али сматра да окривљени није странка у истрази, јер су у тој фази поступка његова права одбране знатно ограничена што га доводи у неравноправан положај у односу на тужиоца(3).

(1) Др Божидар Марковић, *Уџбеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије*, Београд, 1937; стр. 106.

(2) Heinrich Henkel, *Strafverfahrensrecht*, 2. Auflage, Stuttgart, 1968, стр. 112 и сл.; Karl Peters, Strafprozess, 2. Auflage, Karlsruhe, 1966, стр. 87–88.

(3) Тако, нпр.: М.С. Строгович, *Курс советского уголовного процесса*, Том I, Москва, 1968, стр. 233. сматра да оптужени тек на судској расправи добија положај странке, равноправне тужиоцу.

Присталице постојања странака у кривичном поступку истичу да у савременом кривичном поступку демократичност и хуманизам квалитативно мењају односе између суда, државног тужиоца и окривљеног[4]. Право државе на кажњавање није у супротности са постојањем странака. Одељеност кривичнопроцесних функција ставља суд у положај посебног процесног субјекта који треба да расветли и реши спор међу странкама и донесе одговарајућу одлуку.

Југословенски кривични поступак је оптужно–расправни и страначки поступак. Наш Закон о кривичном поступку изјашњава се изричито о постојању странака у поступку, означавајући тим изразом тужиоца и окривљеног (чл.147, ст. 8. ЗКП). Тиме се отклања дилема у вези са положајем браниоца у кривичном поступку који, као стручни помоћник окривљеног, није странка у поступку. Странке, као носиоци функција оптужбе и одбране, воде спор пред судом као носиоцем функције суђења. Јавни тужилац се као државни орган супротставља оптуженом по природи своје функције, али је обавезан на објективност (чл. 15, ст. 2. ЗКП). Када се јавном тужиоцу дају извесне предности, мора се имати у виду да на страни окривљеног стоји претпоставка невиности, право одбране и одређене повластице помоћу којих се одржава равнотежа процесних права и дужности странака у поступку.

2. При одређивању појма кривичнопроцесне странке, мишљења се разилазе и међу присталицама постојања странака у кривичном поступку. Ипак, у теорији се могу издвојити два појма странке: материјални и процесни појам странке.

Заступници материјалног појма странке полазе од права државе на кажњавање за извршено кривично дело. У својству странака пред судом појављују се оштећени, као овлашћени тужилац и пасивни субјект и окривљени као активни субјект кривичног дела. Овде појам странке проистиче из кривичноправног односа.

Противници оваквог схватања појма кривичнопроцесне странке сматрају да је неприхватљиво уносити у кривично процесно право појмове из кривичноправног односа. – У теорији кривичног процесног права мора се говорити једино о материјалном основу за појаву одређених субјеката у улози странака, а не о материјалном појму странке[5]. За већину кривичних дела овлашћени тужилац је државни, односно јавни тужилац, који се не јавља у кривичноправном односу, наиме, он је само кривичнопроцесни субјект.

Стога је једино прихватљив процесни појам странке, а овај појам одређује се према функцији коју странка обавља у кривичном поступку. Противници овог схватања појма странке приговарају да страначки поступак претпоставља потпуну једнакост странака. Међутим, сматра се да је овај приговор неоснован, јер једнакост у процесу постоји само уопште, принципијелно, тј. посматрајући процесна права и дужности странака у крајњој линији[6].

Детаљније разматрање питања појма странке и постојања странака у кривичном поступку излази из оквира постављене теме овог рада.

3. У савременом систему кривичног поступка питање равноправности странака нужно се повезује са принципом одељености кривичнопроцесних

---

(4) Драгољуб В. Димитријевић, *Кривично процесно право,* X издање, Београд, 1987, стр. 106.

(5) Загорка Јекић, *Кривично процесно право СФРЈ,* III издање, Београд, 1988, стр. 48.

(6) Тома Живановић, *Основни проблеми Кривичног и Грађанског процесног права (поступка)*, II одељак, Београд, 1941, стр. 125.

функција и принципом расправности. Одељеност главних кривичнопроцесних функција даје кривичном поступку обележје правног спора између тужиоца и окривљеног пред судом који својом процесном активношћу треба да расветли и реши кривичну ствар. Вршењем одређене функције, оптужбе или одбране, тужилац и окривљени добијају својство странке у спору. Међутим, посебно се истиче да странке расправљају у условима њихове међусобне равноправности у погледу поседовања и вршења кривичнопроцесних права и дужности(7).

Треба поменути схватање према коме је равноправност кривичнопроцесних странака не само услов контрадикторности процеса, већ и нужни елемент самог појма странке. Наиме, сматра се да тужилац и окривљени добијају карактер странке само кад представљају два равноправна субјекта између којих се води спор пред судом. У том смислу се наглашава да изузетна ограничења права одбране окривљеног у току истраге (чл. 73, ст. 2; чл. 131, ст. 5; чл. 168, ст. 5. ЗКП) одузимају окривљеном, у случајевима када се примењују, карактер странке, а истрази карактер контрадикторног поступка(8).

Међутим, у вези са изложеним схватањем намеће се питање да ли је за постојање странака у кривичном поступку потребна потпуна равноправност, тј. једнакост њихових права и дужности у свим стадијумима, односно фазама поступка.

У југословенском кривичном поступку функцију оптужбе углавном врши јавни тужилац који стоји на челу јавног тужилаштва као самосталног државног органа. Јавни тужилац има одређена преимућства у односу на окривљеног, нарочито у претходном поступку, јер су извесна права окривљеног да се упусти у кривични поступак праћена је обавезом надлежних државних органа да обезбеде његово присуство у процесу применом принудних мера, прописаних законом (чл. 182. и сл. ЗКП). Даље, окривљеном и његовом браниоцу може се привремено ускратити разматрање појединих списа или разгледање предмета када то захтевају посебни интереси одбране или безбедности земље (чл. 73, ст. 2 и 131, ст. 5. ЗКП). Из истих разлога може им се ускратити да присуствују извођењу појединих истражних радњи. (чл. 168, ст. 5. ЗКП). Извесна предност јавног тужиоца постоји и у вези са стављањем предлога истражном судији да изврши одређене истражне радње. Наиме, само када не усвоји предлог јавног тужиоца, истражни судија мора питање умесности извршења те радње поднети на решавање судском већу. Ако се истражни судија не сложи са предлогом окривљеног, односно његовог браниоца, он није дужан да питање извршења те радње износи пред судско веће (чл. 167. ЗКП). Међутим, треба приметити да ова предност јавног тужиоца нема неки већи процесни значај, јер окривљени има право да понови свој предлог у даљем току истраге и у свим каснијим фазама поступка.

Чињеница је да у фази истраге, односно у појединим процесним ситуацијама у оквиру те фазе, долази до привременог поремећаја равнотеже процесних права тужиоца и окривљеног. Пошто појава дебаланса има карактер изузетка, који се може јавити као нужност ефикасног наступања против криминалитета, поремећена равнотежа се успоставља каснијим фазама кривичног поступка(9). Изузетна ограничења права одбране окривљеног у истрази престају подизањем оптужнице. Поред тога, равноправност странака у

(7) Драгољуб В. Димитријевић, *Варијације расправног начела у кривичном поступку*, „Анали Правног факултета у Београду", бр. 4/61, стр. 470.

(8) Владимир Бајер, *Југословенско кривично процесно право*, књига прва, Загреб, 1980, стр. 183 и 195.

(9) Драгољуб В. Димитријевић, *Окривљеник у претходном кривичном поступку* „Годишњак Правног факултета у Сарајеву", 1957, стр. 20.

фази оптужбе постиже се помоћу права окривљеног и његовог браниоца да против оптужнице поднесу суду приговор у коме побијају исправност и основаност оптужнице или захтевају допуну, односно спровођење истраге. На главном претресу равноправност странака долази до најпотпунијег изражаја, јер странке, заступајући оптужбу, односно излажући одбрану, усмено и непосредно расправљају пред судом. Равноправност странака остварује се и у поступку по правним лековима посредним општењем у писменом виду, али и усменим расправљањем у седници већа или на главном претресу пред судом правног лека.

4. У савременом кривичном посступку, па и у нашем, који треба да се одликује демократичношћу и хуманизмом у односу на окривљеног, постоји тенденција за што потпунијим остварењем равноправности странака у току читавог кривичног поступка, а нарочито у фази истраге. При томе се има у виду да је окривљени кривичнопроцесна странка са функцијом одбране, али и могући извор доказа, односно активно и пасивно доказно средство[10]. Стога је положај окривљеног у појединим фазама и процесним ситуацијама и правно и фактички неповољнији у односу на јавног тужиоца као државног органа. Међутим, то ипак не значи да се окривљени налази у потчињеном положају, или да постаје објект кривичног поступка кад се јавља као доказно средство. Исказ окривљеног је могући извор доказа, али је истовремено и средство његове одбране. Стога, ако се усвоји становиште да кривичнопроцесна способност вршења фукције одбране даје окривљеном својство странке, онда окривљени не губи статус странке, јер задржава своје право одбране којим у начелу слободно располаже. Када је окривљени предмет увиђаја или вештачења, односно пасивно доказно средство, чак и ако се ове радње врше против његове воље, он у суштини не губи својство кривичнопроцесног субјекта, односно странке, јер није лишен права одбране.

Већ је речено да су претпоставка невиности, право одбране и повластице окривљеног процесни институти који доприносе његовој равноправности у спору са тужиоцем. Право одбране окривљеног као његово основно право има највећи значај за успостављање и очување равнотеже процесних права окривљеног и тужиоца. Ово се посебно односи на његово право да се брани уз стручну помоћ браниоца, што обезбеђује равноправни однос окривљеног према јавном тужиоцу као државном органу и правно образованом лицу. Претпоставка невиности окривљеног такође даје значајан допринос равноправности кривичнопроцесних странака. Ова претпоставка са својим процесним последицама, међу којима се истичу решавање питања о терету пружања доказа и поштовање личности окривљеног, омогућава правилан став према окривљеном у току кривичног поступка и доприноси његовој равноправности са тужиоцем. Најзад, извесне предности, које у појединим фазама поступка има јавни тужилац као државни орган, надокнађују се одређеним повластицама окривљеног у циљу очувања равноправности странака.

5. При одређивању појма повластица окривљеног треба начинити разлику између повластица и предности окривљеног у односу на јавног тужиоца. Повластице у ужем смислу речи су посебна права окривљеног која нема тужилац као супротна странка, па чине једну особеност положаја окривљеног у кривичном поступку. Предности окривљеног представљају само један нови квалитет истог права које поседује и супротна странка. Наиме, при вршењу одређених процесних радњи, окривљени има одређене предности у односу на тужиоца да би се надокнадила преимућства која закон даје тужио-

(10) Тихомир Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд, 1981, стр. 160.

цу као државном органу. Повластице окривљеног као његова специфична права и предности, као преимућства у односу на јавног тужиоца чине појам повластица у ширем смислу речи.

Према томе, појам повластица окривљеног обухвата све правне прописе и правила кривичног процесног права којим се окривљеном даје привилегован положај из хуманих разлога у циљу заштите његових личних права, а посебно права одбране као његовог основног права у кривичном поступку. У том обезбеђивању права одбране помоћу повластица окривљеног огледа се њихова међусовна повезаност. Стога су у кривичнопроцесној литератури ова права окривљеног позната под називом *favor defensionis* (лат. предност одбране).

Слобода одбране и исказа, која се огледа у праву окривљеног на ћутање и могућности да не говори истину, последица је претпоставке невиности која решава питање терета доказа. У том смислу, правило да терет пружања доказа не лежи на окривљеном, може се сматрати повластицом која произлази из претпоставке невиности. Окривљени се може одрећи ове повластице, што у пракси готово увек и чини, па ће пружањем доказа у своју корист на најпотпунији начин остварити своје право одбране. Међутим, право окривљеног да не пружа доказе против себе и могућност да не говори истину фактички представљају средства за остваривање његовог права одбране. Без ових посебних права, као повластица окривљеног, одбрана би изгубила једну од својих битних одлика која се састоји у слободном располагању окривљеног правом одбране.

Поред тога, поједине повластице окривљеног непосредно или посредно проистичу из права одбране. Пре свега, ради се о повластици окривљеног да последњи говори на главном претресу. Право на последњу реч пружа окривљеном могућност да се изјасни о свим наводима оптужбе и о свим чињеницама и околностима изнесеним у току главног претреса. То значи да у овој најважнијој фази кривичног поступка, јавни тужилац нема предност у односу на окривљеног. Напротив, чини се да окривљени има извесно преимућство, јер је јавни тужилац као државни орган дужан да, утврђујући чињенице како на штету тако и у корист окривљеног, допринесе правилној и законитој одлуци суда, што излази из оквира његове функције. Што се тиче оптуженог, он није дужан да доприноси утврђивању истине у кривичном поступку, јер у начелу слободно располаже својим правом на одбрану. У том смислу окривљени не мора да користи ни своје право на завршну, ни право на последњу реч. Ово право је само једна законска могућност која ставља окривљеног у повлашћени положај да би суд, пре него закључи главни претрес, остао под непосредним утисцима његове одбране. Несумњиво је да у фази главног претреса странке расправљају у условима потпуне равноправности, што се нарочито односи на завршне говоре странака, када се у непосредном контакту и суочавању излажу тезе оптужбе и одбране и изводе закључци у погледу чињеничних и правних питања важних за судску одлуку.

Међутим, законодавац и поред тога даје окривљеном једну значајну повластицу, тј. право на последњу реч. При томе се има у виду да у појединим процесним ситуацијама јавни тужилац као државни орган има извесне предности у односу према окривљеном као странци и могућем извору доказа. У том смислу и право на последњу реч знатно доприноси равноправности странака у кривичном поступку.

У поступку по правним лековима већи број повластица и предности окривљеног произлази посредно из права одбране, у оним случајевима када је правни лек, под одређеним законским условима, уложен у корист окривљеног. Најзначајнија повластица окривљеног у поступку по правним леко-

вима је установа забране *reformatio in peius*. Правни основ и правдање (*ratio legis)* овог института у савременом кривичном процесном праву налази се у општем хуманом ставу према окривљеном коме и у поступку по правним лековима треба обезбедити право на одбрану и пружити процесну сигурност да правним леком, који је употребљен само у његову корист, не може доћи у тежу ситуацију, него да тај правни лек није уопште уложен.

Приликом расправљања о оправданости установе забране *reformatio in peius* истичу се и многи разлози против њеног постојања у савременом кривичном процесном законодавству. Као најјачи разлог против ове забране наводи се да она представља одступање од принципа истине у циљу заштите права окривљеног. Против забране *reformatio in peius* истиче се и потреба за заштитом друштвених интереса, као и могућност да кривац избегне заслужену казну. У вези с овим приговором износи се аргумент да јавном тужиоцу као државном органу стоје на располагању ванредни правни лекови који пружају могућност да се окривљеном накнадно изрекне заслужена и законита казна[11]. Поред тога, треба имати у виду да у овом случају законодавац препушта бригу о интересима друштва као целине јавном тужиоцу, па ако је он задовољан пресудом нижег суда, било би неправично и нехумано да оптужени дође у тежу ситуацију поводом жалбе, уложене искључиво у његову корист. Стога забрана *reformatio in peius*, која посредно проистиче из његовог права одбране, доприноси остварењу и очувању равнотеже међу кривичнопроцесним странкама.

6. На крају, у вези са раније постављеним питањем да ли у кривичном поступку постоји потпуна равноправност, тј. једнакост права и дужности странака у свим фазама поступка, може се одговорити да потпуна равноправност кривичнопроцесних странака не постоји у свакој фази кривичног поступка, а још мање у свакој конкретној процесној ситуацији. Стога је једино правилно становиште да се у кривичном поступку ради о начелној равноправности, тј. о једнакости странака у крајњој линији. При томе треба имати у виду различите непосредне задатке појединих фаза поступка, сагледавајући истовремено кривични поступак у целини и активну улогу суда у спору између странака.

Потпуна равноправност странака не може постојати ни са гледишта ефикасности кривичног поступка, односно заштите друштва од криминалитета и заштите права и интереса грађана оштећених кривичним делом. У борби против криминалитета мора се прибећи разним мерама принуде и ограничења у односу на личност и права окривљеног. Међутим, то не искључује оправданост да се окривљеном дају одређене повластице ради успостављања равнотеже са јавним тужиоцем као државним органом. При свему томе треба имати у виду остварење основног кривичнопроцесног задатка, садржаног у одредби чл. 1. ЗКП „да нико невин не буде осуђен, а да се кривцу изрекне кривична санкција под условима које предвиђа кривични закон и на основу законито спроведеног поступка".

(Примљено 21.10.1990)

(11) Панта Марина, *Reformatio in peius* , „Годишник на Правниот факултет во Скопје", 1959, стр. 69 и 73.

Dr Milica Zlatić,
Professor of the Faculty of Law in Belgrade

EQUALITY OF PARTIES IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

Specificity of functions of criminal procedure, according to Yugoslav and other systems, give to the relevant proceedings the characteristics of legal controversy between the parties - plaintiff and accused who plead before the court while seeking the settlement of the relevant criminal matter. Since the majority of criminal offences is prosecuted as an official duty, the function of accusation is mainly effected by the public prosecutor as a state agency and the party in the criminal proceedings. The accused is a paerty with the function of defense, but at the same time he is a possible source of evidence in such proceedings. Public prosecutor is in a way favoured as compared to the accused, particularly in the preliminary proceedings, since some rights of the accused are restricted in order to facilitate the investigation. However, temporarily disturbed balance is restored in subsequent stages of the proceedings, so that their final equality is not imperilled. In addition, the accused is also deemed guiltless, he has the right to defense and specific privileges which counter some prerogatives of the public prosecutor as the representative of state authority. Accordingly, it is possible to conclude that there is no complete equality between the parties in the criminal proceedings in all stages, namely phases. In other words, this is an equality of principles, namely of equality of their procedural rights in the final analysis - if one views the criminal proceedings in its entirety, including the active role of the court in the dispute between the parties.

Key words: *Criminal proceedings. - Parties. - Equality. - The assumption of innocence. - The right to defense.*

Milica Zlatić,
professeur à la Faculté de droit de Belgrade

L'EGALITE EN DROITS DES PARTIES DANS LA PROCEDURE PENALE

Résumé

Le partage des fonctions de procédure pénale donne à la procédure pénale contemporaine, y compris celle en Yougoslavie, des caractéristiques du différend juridique entre les parties, le demandeur et le défendeur, qui débattent devant le tribunal et exigent le réglement d une affaire pénale. Etant donné que la majeure partie des actes criminels est poursuivie d office, la fonction de demandeur ewst exercée dans la plupart des cas par l accusateur public comme organe d Etat et partie dans le différend pénal juridique. Le défenseur est la partie avec la fonction de défense, mais il est en même temps une source possible de preuves au cours de la procédure pénale. L accusateur public possàde certains avantages par rapport au défenseur surtout au cours de la procédure préliminaire, car certains droits du défenseur sont limités en vue de la réalisation réussie de l instruction. Cependant, l équilibre provisoirement ébranlé entre les droits de procédure des parties est à nouveau établi au cours des phases ultérieures de la procédure et ne remet pas en question leur égalite définitive au cours de la procédure pénale. En outre, du côté du défenseur, il y a des suppositions d innocence, le droit à la défence et certains privilèges à l aide desquels

on compense certains avantages de l accusateur public comme organe d Etat. On peut conclure par conséquent qu au cours de la procédure pénale il n y a pas d égalite compl ète des parties au cours de tous les stades, c est-à-dire au cours de toutes les phases de la procédure. Il s agit en effet d une égalite de principe, c est-à-dire d une égalite de leurs droits de procédure, en fin de compte, si l on prend en considération la procédure pénale dans son ensemble et le rôle actif du tribunal dans le différend entre les parties.

Mots clés: *Procédure pénale. - Parties. - Egalite en droits. - Supposition d'innocence. - Droit à la défense.*

UDK — 343.3/.7:007
Изворни научни рад

др Ђорђе Игњатовић,
доцент Правног факултета у Београду

ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ КОМПЈУТЕРСКОГ КРИМИНАЛИТЕТА

Тањуг је априла 1983. како, помало злурадо, пише Klaus Tiedemann – не без поноса што се то коначно догодило и нама – свету јавио да су тројица запослених у Истарској банци, у Пули, извршила кривично дело тако што су компјутерском манипулацијом пренели са рачуна штедиша на свој конто милион динара. Сличне појаве забележене су и касније, чак и ових дана, но таква дела нису наишла на посебан интерес, сем у штампи. Игнорисање од стране законодавства и кривично правне теорије може се објаснити њиховим схватањем да систем инкриминација код нас (откуда тај утисак, насупрот искуству многих других земаља?) у потпуности покрива оваква понашања и прописује одговарајуће санкције. Ћутање других кривичних наука теже је разумети. Отуда се овај рад појављује као један од првих покушаја да се у југословенској криминолошкој теорији дефинише по многим цртама особен тип делинквенције – компјутерски криминалитет.

Кључне речи: *Компјутери. – Компјутерски криминалитет. – Злоупотреба компјутера. – Компјутерска превара. – Информатички криминалитет.*

А) УВОД

Тешко је у историји пронаћи пример да је један проналазак у техници у тој мери променио живот човека као што је то случај са средствима за електронску обраду података – компјутерима. Почетак њихове примене у сфери производње често се означава као „трећа индустријска револуција", а окружење које су створили неким ауторима се чини довољним да говоре о рађању тзв. „информатичког, компјутерског друштва".

Скоро да нема области у којој ова моћна средства нису нашла примену. У пословању и индустрији, образовању, здравству, научним истраживањима, чак и у уметности[1]. Свакодневица огромног дела човечанства данас скоро да се и не може замислити без рачунара. Њихова примена учинила је живот лагоднијим, али има и своју другу страну – цивилизација је постала рањивија у свим оним ситуацијама када ове моћне машине откажу. Савремена друштва, и поред свести о постојању тог ризика, нису их се могла одрећи. Због тога се посебни напори усмеравају како би се њихове штетне последице умањиле.

(1) B. Stern N. and R.: *Computers and Society*, Englewood Cliffs, 1983.

Б) КОМПЈУТЕРИ И КРИМИНАЛИТЕТ

Као и у другим областима, и у процесу стварања и примене права, компјутерска техника нашла је своју примену[2]. Примери за то могу се наћи у свим областима права, али ће нас у овом раду пре свега интересовати специфична релација која се може успоставити између криминалитета и примене компјутерских средстава.

Могућности примене рачунарске технике у спречавању и сузбијању криминалитета сваким даном се умножавају. Неслућене могућности ових машина да приме и сачувају огромну масу података и да их обраде у кратком времену, уз касније изванредно брзо претраживање и довођење у корелацију[3], дају криминалистици данас сваким даном све веће могућности у откривању кривичних дела и њихових учинилаца. Такође, аутоматска обрада података нашла је у нашем времену примену и у казненој политици кроз стварање правосудних информационих система, као и у пенитенцијарној пракси за одређивање и евалуацију ресоцијализационих третмана. И поред несумњивог значаја поменутог, пажњу ћемо у овом раду ипак задржати само на специфичном аспекту односа између компјутера и криминалитета – на оним делима чије је извршење у вези са применом електронских рачунара.

Та појава у науци означава се различитим терминима. Неки аутори је називају „злоупотребом компјутера" *(computer abuse)* други „компјутерском преваром"*(computer fraud)*, „деликтима уз помоћ компјутера *(crime bu computer)* и криминалитетом кроз аутоматску или електронску обраду података (АОП одн. ЕОП), а говори се и о „информатичком" одн. „технокриминалитету"[4]. Ми ћемо усвојити термин „компјутерски криминалитет" не само зато што је у литератури доминантно заступљен, већ пре свега због тога што у потпуности одговара оном приступу појави који нам се чини најбољим – криминолошком.

ц) ДЕФИНИЦИЈЕ И КЛАСИФИКАЦИЈА КОМПЈУТЕРСКОГ КРИМИНАЛИТЕТА

Компјутерски криминалитет је вишезначан феномен. Отуда он не оставља исту слику када га посматрамо из различитих углова. Учиниоци, стварне и потенцијалне жртве, истражни органи, тужиоци, компјутерски техничари, криминолози, психолози и социолози, немају о њему исто становиште[5]. И поред тога нужно је дати општу дефиницију ове појаве која би требало да тежи синтези тих концептуалних полазишта.

Одређењу компјутерског криминалитета аутори приступају на два начина. Једни се јасно опредељују и дају његову дефиницију, док се други о овом питању изјашњавају посредно – наводећи која понашања у овај вид делинквенције спадају.

---

(2) Овој проблематици посвећен је посебан број часописа Анали Правног факултета у Београду 1989/2–3.

(3) В. материјале са Међународне конференције *New Horizons in International Crimial Law*, Noto, Italia, May, 1984. објављене у публикацији Association Internationale de Droit Penal, Bordeaux, 1985. с. 117.

(4) Swanson C.R. and Territo L.: *Computer Crime: Dimensions, Types Causes and Investigation*, Journal of Police Science and Administration 1980/3 с. 304–311. и Bequi A: *Technocrimes. The computerization of crime and terrorism*, Lexington, 1987.

(5) Parker D., *Crime by computer*, New York, 1976. s. 13

Пре него што ова гледишта изложимо, потребно је да, бар у најкраћим цртама, укажемо на промене у појавним облицима криминалитета повезаног са компјутерима. Од времана шездесетих година, када су у штампи објављени први случајеви манипулација рачунарима од стране запослених у финансијским установама, преко зачетака криминолошких истраживања у седамдесетим, која су га углавном сводила на вид „криминалитета белог оковратника" и обухватања нових облика угрожавања приватности човека и пиратског умножавања рачунарских програма у осамдесетим годинама, све до најновијих схватања по којима овај вид криминалитета обухвата и нове појаве као што су „хакирање (*hacking*)", „вируси и црви (*viruses and worms*) и „стоно кривотворење (*desktop forgery*)" – ове измене конкретних облика имале су, како ћемо то из приказа који следи видети непосредног утицаја на покушаје појмовног одређења ове појаве.

Пођи ћемо од дефиниције компјутерског криминалитета које су дали несумњиво највећи познаваоци ове материје. У свом раду из 1973. *Donn B. Parker* дефинише „злоупотребу компјутера" као: „сваки догађај у вези са употребом компјутерске технологије у коме жртва трпи или би могла да трпи губитак, а учинилац делује у намери да себи прибави или би могао да прибави корист. Сваки такав случај може бити означен као злоупотреба компјутера ако садржи информације које могу бити коришћене у даљем проучавању тих појава, а циљ тог изучавања је да се убудуће рачунари учине безбеднијим[6].

Други пионир у овој области, такође Американац *August Bequai* дефинише компјутерски криминалитет као „вршење кривичних дела код којих се рачунар појављује као оруђе или као објект заштите" одн. „употреба рачунара при вршењу преваре, утаје и злоупотребе, чији је циљ присвајање новца или услуге, и у вршењу политичке или пословне манипулације, укључујући и радње уперене против самог рачунара[7].

У једном приручнику издатом од америчког Секретаријата за правосуђе, срећемо неколико дефиниција овог вида криминалитета. Он се одређује као „вршење забрањеног дела помоћу рачунара", „облик криминалитета белог оковратника, при чијем се вршењу користе рачунарски системи" и „употреба рачунара при вршењу кривичних дела"[8].

Познати немачки стручњак за ову област *Urlich Sieber* дефинисао је 1977. компјутерски криминалитет као „противправне повреде имовине код којих се рачунарски подаци с предумишљајем мењају (манипулације рачунаром), разарају (рачунарска саботажа), до њих се неовлашћено долази и користи (рачунарска шпијунажа) или се користе заједно са хардвером (крађа времена)"[9]. У свом најновијем раду, овај аутор усваја другу дефиницију по којој у овај вид криминалитета спада „свако противправно, неетичко или недозвољено понашање које је у вези с аутоматском обрадом података и/или преносом података". Он сматра да ширина ове дефиниције дозвољава употребу разних хипотеза за све врсте криминолошких, криминалистичких, економских, превентивних или правних студија, при чему сваки од ових приступа има одређено поље примене.

---

(6) Parker D., Nycum S. and Oura S.: *Computer abuse*, Sprinfield, 1973.

(7) Bewuai A.: *Computer crime*, Lexington, 1978. s. 4.

(8) *Computer Crime, Criminal Justice Resource Manual, National Criminal Justice* Information and Statustics Service LEAA, U.S. Depariment of Justice, Washington, 1979, s.4—5.

(9) Sieber U.: *Computerkriminalitat und Strafrecht*, Köln 1977. и Goldmann G.: *Computer — Kriminalitat und ihre Bekmpfung*, Kriminalistik,1989/8—9 s. 445.

Као најплодотворнију поделу компјутерског криминалитета, он издваја ону која, заснована на криминолошком и правном критеријуму, разликује: имовинска кривична дела, повреду права на приватност и угрожавање осталих правно заштићених интереса која су извршена употребом компјутера[10].

Један други немачки аутор, *Klaus Tiedeman*, под криминалитетом извршеним уз помоћ компјутера подразумева „сва противправна или друштвено штетна понашања која су у бити одређена употребом средстава за електронску обраду података, без обзира да ли се она користе као средство извршења или објект напада[11]. На првом месту ради се о нападима на сферу резервисану за приватност појединца, а затим о повредама имовине проузрокованим коришћењем средстава за аутоматску обраду података.

На плану казуистике, *Tiedeman* сматра да је (када се изоставе случајеви коришћења компјутера при вршењу „обичних" имовинских кривичних дела – као фалсификовање биланса или порески деликти) могуће разликовати четири групе криминалних радњи: а) манипулације *input — output*. Ради се о уношењу, обради и давању лажних података; б) индустријска шпијунажа у области рачунарства („информатичка шпијунажа"); ц) случајеви саботаже у области компјутера, који су интересантни како због проузроковане штете, тако и због начина извршења; д) такозвана „крађа компјутерског времена" – недозвољено коришћење рачунарских система и мрежа, од непоузданих сарадника или лица са стране. Најзад, као специфичан вид са компјутерима повезаног имовинског криминалитета (конкретно „компјутерске преваре"), аутор истиче злоупотребу шалтера за подизање готовог новца[12].

Неки писци сматрају да при дефинисању компјутерског криминалитета треба сићи на практични терен; – по њима, треба испитати, да ли би дело уопште могло бити проузроковано, као и да ли би по интензитету и ширини било подведено под наведени појам, да компјутер није коришћен при извршењу[13].

Италијански аутор Carlo Sarzana у компјутерски криминалитет сврстава „свако криминално понашање у које је рачунар умешан или као материјално средство извршења или као објект криминалне активности или као симболичко средство". Код овог последњег, реч је о злоупотреби погрешног

---

(10) У исто време, он критикује традиционално схватање о компјутерском криминалитету као искључиво имовинском деликту које ја заступао раније –Sieber U.: *General report on „Computer crime"* — The emergence of Criminal Information Law, International Academy of Comparative Law, XIII th International Congress, Montreal, 1990.

(11) Tiedemann K.: *Phénoménologie des ifractions économiques* u Aspects criminologiques de la délinquance d'affaires. Strasbourg, 1978. c. 231.

(12) Tiedemann K.: *Criminalita da computer u Trattato di criminologia*, medicina criminologica e prichiatria forense a cura di Ferracuti F. vol. X, Milano, 1988. s. 16—19.; Carsten P. and Trichardt A: *Computer crime by means of the Automated Teller Machine — just another face of fraud?* South African Journal of Criminal Law and Criminology 1987/2 s. 122— 134.

(13) Leibholz — Wilson: *User's Guide to Computer Crime*, Radnor, Pensylvania, 1974. c. 14. Интересантно је да је захтеву практичне примењивости приближила и дефиниција коју је дао E. Bunge (Kriminalistik 1987/2), по коме компјутерски криминалитет обухвата „сва чињенична стања код којих је електронски рачунар средство извршења и (или) објекат дела, а основана је сумња да постоји неко кривично дело. „Немачка полиција користи ову дефиницију у свакодневном поступању –в. Водинелић В: *Методика откривања, доказивања и разјашњавања рачунарског криминалитета*, Приручник 1990/4 с. 323–338

верована жртве у непогрешивост ових средстава, што делинквенту даје психолошку предност и олакшава преварну радњу[14].

У нашој, иначе изузетно оскудној литератури, дате су следеће дефиниције криминалитета у вези са компјутерима: „Кривична дела код којих се криминалитет појављује као средство (оруђе), предмет или објекат напада, за чије је извршење или покушај неопходно извесно знање из рачунарства или информатике"[15] и „злоупотребе у коришћењу рачунара и извршење различитих претњи и недозвољених радњи у раду рачунара[16].

Како је то већ поменуто, у низу радова садржај појма компјутерски криминалитет одређен је на један индиректан начин – набрајањем конкретних облика у којима се овај вид друштвено опасног понашања појављује. Навешћемо неке примере. Тако је у Криминолошком речнику[17] за компјутерски криминалитет наведено да обухвата: 1) крађу одн. одузимање делова централне јединице или периферних уређаја; 2) уништење или оштећење (из пакости, ината или освете) система; 3) уношење лажних података како би се олакшала превара (мењањем програма одн. датотека) и 4) коришћење информација из рачунарских база података у криминалне сврхе (крађа, уцена).

M. Leepson[18] само наводи да у ову категорију спадају: саботаже и вандализам запослених, електронска крађа, превара и проневера, а законодавне комисије Шкотске, Енглеске и Велса, на основу Извештаја о компјутерском криминалитету, израдиле су радни документ у коме сва дела из ове области разврставају у пет група: 1) компјутерска превара, 2) надозвољено коришћење рачунарских података (продирање „хакера", компјутерско прислушкивање, недозвољена употреба рачунара у личну корист), 3) недозвољена промена или деструкција меморисаних података, 4) одбијање приступа овлашћеном кориснику и 5) недозвољено уклањање таквих података[19].

Италијански аутор *F.Mucciarelli*[20] сматра да у „информатички криминалитет" треба убројити: понашања којима се коришћењем рачунара угрожава приватност појединца, имовинске деликте извршене на исти начин, и дела код којих се рачунарски систем појављује као објекат напада.

У нашој литератури В.Водинелић[21] прави разлику између „рачунарског криминалитета" у ужем (рачунарска превара, саботажа и шпијунажа) и у ширем – неправом смислу (сва остала дела). Компјутерски криминалитет одређују набрајањем дела која ту спадају и М. Папрић[22] и Д.Басић[23].

И поред начелне (само условно и научне) прихватљивости оваквог казуистичког приступа, сматрамо га мање погодним од оног код кога се чини

---

(14) Sarzana K.: *Criminalita e technolia: il caso dei „Computer — crimes"*, Rassegna pentitenziaria e criminologica, 1979/1–2 c. 53–89.

(15) Brvar B.: *Pojavne oblike zlorabe računalnika*, Revija za kriminalistiko in kriminologijo 1982/2 c. 92 – 104.

(16) Цикота Д.: *Заштита података информационих система посебно са становишта овлашћења у коришћењу података*, Безбедност, 1988/3 с. 229–241.

(17) *A Dictionary of Criminology*, ed, by Walsh and Poole A., London, 1983. c. 43.

(18) *Op. cit.* c. 91–95.

(19) Wisik D.: *Law reform proposals in computer crime*, Criminal Law Review, April 1989. s. 257—270.

(20) *I computer — crimes nel disegno di lagge* 1657/188984, Ravista italiana di diritto e orocedura pénale 1985/3 s. 785—791)

(21) *Op. cit.*

(22) *Употреба компјутера и криминалитет*, Приручник, 1984/6 с. 593–597.

(23) *Нешто више о компјутерском криминалу и тероризму*, Југословенско банкарство, 1988/12 с.50–53.

напор да се ова појава јасно дефинише. Због тога ћемо на крају овог одељка указати на дефиницију компјутерског криминалитета која би прецизно, али и на општи начин, одредила овај појам. Дакле, она би требало да буде и довољно одређена како бисмо у пракси могли поуздано знати када се суочавамо са овим видом криминалитета, али и тако широка да може покрити и евентуална нова друштвено опасна понашања у овој области. Да бисмо до ње дошли непходно је критички размотрити решења наведена у литератури.

Пре свега, будући да се ради о типу криминалитета, све оне дефиниције које у категорију сврставају и сва „неетичка, недозвољена и друштвено опасна" понашања у вези са компјутерима требало би сматрати прешироким. Уколико се ради о криминалитету, ту могу спадати само оне радње које су и иначе кажњиве према одредбама кривичног права (овде по страни остављамо питање да ли норме ове гране права на прави начин санкционишу оваква понашања)[24]. Ако и постоје дела из ове области која носе посебан степен опасности, а ни широким тумачењем кривично-правних норми не потпадају под постојеће инкриминације, то може бити само сигнал законодавцу да приступи инкриминацији таквих радњи.

Даље, ни сва дела која су покривена инкриминацијама, а у вези су са рачунарима, не могу се подвести под појам компјутерског криминалитета. Као особен вид делинквенције, овај облик људског деловања мора на специфичан начин бити повезан са системима за електронску обраду података и то тако да му њихова употреба, својства ових технолошких средстава и црте самих учинилаца дају за право да се издвоји као особена врста антидруштвене делатности у криминолошком смислу. Тиме би се отклонили приговори, који долазе најчешће од лаика да би се, следећи логику најширег приступа дефиницији овог вида делинквенције, могли издвојити и други облици повезани са новим технолошким средствима као што су „телефонски" или „криминалитет телекомуникација".

Када се анализирају у раду наведене дефиниције, јасно је да у литератури доминира овакав приступ. У већини радова, наведени су додатни услови да би се једно кривично дело повезано са рачунарима могло подвести под појам компјутерског криминалитета. Отуда би те услове требало размотрити и определити се у којој мери они одговарају стварању адекватне (у неведеном смислу) дефиниције.

Тако, захтев да проучавање оваквих дела има практичну корист за изградњу поузданијег обезбеђења компјутерских система, на чему инсистира Паркер, представља по нашем мишљењу уношење у дефиницију елемента који се подразумева. Истина, он говори о „злоупотреби компјутера", а не о криминалитету. Уколико је реч о овом другом, треба подсетити на основни криминално политички постулат по коме свако криминолошко проучавање недозвољених активности има само један крајњи циљ – да нам пружи знања која ће нам помоћи у спречавању и сузбијању оваквих појава. Због тога се уношење овог практичног елемента у дефиницију чини сувишним.

Захтев који се истиче у нашој литератури – да учинилац поседује одређено знање из рачунарства или информатике одн. свест о начину рада, могућностима и конкретној намени компјутерских система, је логичан и неспоран, али је дискутабилно да ли је неопходно да буде садржан у самој дефиницији овог вида криминалитета. Како се ради о кривичним делима, по

---

(24) В.детаљније Tiedemann K.: *Criminalita da computer*, Milano, *op. cit.* s. 1., Leepson M.: *op cit*, c. 90—91. и Backer W.R.: *Crimes with no laws: Telecomunications & computer crime*, Police Chief 1988/5 s. 44—45.

нашем мишљењу, наведени захтев већ је садржан у свести о самом делу као једном од услова кривичне одговорности.

У погледу мишљења да рачунар може бити и „симболично средство" извршења оваквих дела (за ово се залаже *C. Sarzena*), такође се може рећи да уношење овог елемента у појам компјутерског криминалитета представља усложавање овог појма за које би се тешко могло наћи оправдање. „Херојско доба" информатике, у коме су грађани беспоговорно веровали у тачност свега што је резултат рада рачунара, углавном је прошло. Њихово свакодневно искуство је, напротив да (како се то обично каже) „ и компјутер може да погреши", због чега је могућност манипулације позивањем на ауторитет модерне технологије све мања.

Најзад, из свих наведених разлога, чини нам се прихватљивом следећа дефиниција: *компјутерски криминалитет представља посебан вид инкриминисаних понашања код којих се рачунарски систем (схваћен као јединство хардвера и софтвера) појављује или као средство извршења, или као објекат кривичног дела, уколико се дело на други начин, или према другом објекту, уопште не би могло извршити или би оно имало битно другачије карактеристике*[25].

Ово би била дефиниција компјутерског криминалитета у ужем, правом смислу. У ширем значењу, он би се могао означити као: *вршење било ког кривичног дела повезаног са употребом или функционисањем рачунара.*

Криминалистичка феноменологија бави се проучавањем овог типа криминалитета у оба ова значења, али би пратила и друга понашања која представљају противправну, или чак само друштвено штетну манипулацију средствима за аутоматску обраду података, зато што нека од њих имају непосредне везе са криминалитетом или због могућности да, услед своје посебне друштвене опасности, процесом инкриминације касније буду уврштена у круг понашања која подлежу кривично-правној репресији.

Д) ЗАКЉУЧАК

Компјутерски криминалитет представља особену врсту криминалне активности која у наше време због својих битних карактеристика – степена друштвене опасности, средстава извршења дела, објеката заштите, карактеристика учинилаца и тежине последица – захтева посебан приступ. Лажна слика о изузетном карактеру оваквих понашања не даје нам за право да игноришемо појаве за чије истраживање не поседујемо још одговарајућу методологију. Да бисмо указали на реалне димензије ове појаве навешћемо само речи једног од највећих ауторитета у овој области *Bequi-a* да је „шанса за откривање дела из ове области и у најразвијенијим земљама", (уз постојање специјализованих агенција које се искључиво тиме баве) „само један према сто, а да учинилац буде кажњен – још пет пута мања". Он констатује да је данашњи правни систем већине држава немоћан да се на одговарајући начин супротстави оваквим понашањима.

Отуда се пред субјекте криминалне политике постављају бројни захтеви. Уместо умирујућег игнорисања оваквих дела, потребно је повећати

(25) *„Компјутерски систем"* схваћен је овде као функционална јединица која се састоји из једног или више рачунара и припадајућег софтвера; под „хардвером (*hardware*)" се подразумева укупност машинске, физичке опреме (коју чине нпр. централни процесор, монитори, штампачи, магнетне траке и дискови, скенери, плотери и сл.), а под „софтвером (*software*)"скуп компјутерских програма који садрже инструкције које управљају радом рачунара – в.Parker D. *op cit.* s. X и *Енглеско – српскохрватски речник рачунарства*, Београд, 1988.

ризик њиховог откривања оспособљавањем органа кривичног прогона. Претпоставка за то је систематско научно проучавање компјутерског криминалитета и адекватно иновирање кривичног законодавства, како би се норме ове гране права прилагодиле појавним облицима друштвено опасних понашања у овој области. Уколико већ сада не усвојимо овакав начин размишљања, већ у блиској будућности доћи ћемо у апсурдну ситуацију да један од најопаснијих видова криминалитета, чији се даљи раст са извесношћу очекује, нећемо бити у стању да предупредимо и сузбијемо.

(Примљено 10.01.1991)

Dr Đorde Ignjatović,
Assistant Professor of the Faculty of Law in Belgrade

DETERMINING THE NOTION OF COMPUTER CRIMINALITY

Summary

This is one of the scarce attempts in Yugoslav literature to analyze a specific problem of criminal phenomenology, namely the type of criminality connected to the use of computers. The definition of computer criminality is both distinguishing and general, and followed by a distinction between the narrow and wide conception of that notion.

Computer criminality in its narrow sense is a specific kind of criminal conduct where the computer system conceived as an entity of hardware and software appears either as the means of committing or as the object of criminal offence. The conditions is that such offence could not be committed against some other object at all, or, in the contrary case, that it would have essentially different characteristics. In the wider sense, this covers the committing of any criminal offence which is related to the use or functionning of computers.

In the conclusions it is emphasized that the small nubner of computer criminality which is discovered must not deceive us. This is a criminality whose dark numbers are exceptionally high. Also, all forecasts speak to the fact that this is one of the rare types of criminality whose rise in future development has never been challenged. This is why this new type of criminality should be studied in a systematic way. The results of such studies should serve Yugoslav law - makers to introduce finally amendments which would help preventing such offences. On the other hand, it is necessary to begin immediately with professional training of the corresponding authorities and services in order to prosecute the perpetrators.

Key words: *Computers. - Computer criminality. - Misuse of computers. - Computer fraud. - Informatics criminality.*

Dorde Ignjatović,
Chargé de cours à la Faculté de droit de Belgrade

LA DEFINITION CONCEPTUELLE DE LA CRIMINALITE INFORMATIQUE

Résumé

Le présent travail est une des rares tentatives dans la littérature yougoslavie d'analyser un problème spécifique de la phénoménologie criminelle. L'auteur part de l'assertion qu'il existe un type spécial de criminalité lié à l'utilisation des ordinateurs. Cette criminalité est désingée par le terme de criminalité informatique et outre la description des formes sous lesquelles elle apparaît, l'auteur donne une définition qui, selon son avis, definit ce type de criminalité de manière précise, mais aussi suffisemment généralisée. Il établit aussi une distinction entre le concept plus large eta le concept plus restreint de cette notion.

La criminalité informatique au sens plus restreint, proprement dit, est une forme spécifique de comportements criminels chez lesquels le système de l'ordinateur (compris comme unité du matériel et du logiciel) apparaît ou bien comme moyen d'exécution ou bien comme objet d'un acte criminel, dans la mesure où cet acte ne pourraît pas être commis autrement ou envers un autre objet, ou bien il aurait alors des caractéristiques essentiellement différentes. Dans un sens plus large, ce comportement implique l'exécution d'un acte criminel lié à l'utilisation ou au fonctionnement des ordinateurs.

Et enfin, dans la conclusion de son travail, l'auteur souligne l'évaluation que le nombre modeste des actes de criminalité informatique officiellement découverts ne devrait pas nous tromper. Il s' agit d'un type de criminalité dont le chiffre noir est extrêmement élevé. De même, toutes les prévisions disent que c'est un des rares types de criminalité dont la croissance à l'avenir ne fait pas de doute. Ce sont là autant de raistons pour lesquelles la criminalité informatique doit être étudiée de manière systématique. Les résultats de ces recherches devraient servir aux législateurs yougoslaves pour effectuer enfin des changements par lesquels le système des incriminations s'adapterait à la lutte contre ces actes criminels. D'autre part, il est nécessairae d'amorcer tout de suite la formation des cadres dans les organes dont la tâche est la poursuite des actes criminels et de leurs auteurs en vue que le risque de leur dépistage soit accru.

Mots clés: *Ordinateurs. - Criminalité informatique. - Abus des ordinateurs. - Fraude informatique.*

UDK — 336.2
Прегледни чланак

Гордана Илић – Попов,
асистент на Правном факултету у Београду

ФИСКАЛНА РЕФОРМА И ОПОРЕЗИВАЊЕ ДОХОТКА ГРАЂАНА

У чланку је аутор дао опис позитивног система опорезивања грађана, указујући при том како на предности, тако и на ограничења тренутно доминантних аналитичких пореза. Порез на укупан приход грађана који у постојећем цедуларном моделу има само допунску, корективну улогу, по мишљењу аутора, требало би, након реинтеграције фискалног система да постане једини порески облик којим би се, применом адекватних прогресивних пореских стопа, обезбедило опорезивање укупне економске снаге појединаца. Изузетна еластичност синтетичког пореза на доходак физичких лица, као и његова врло наглашена социјално – економско – политичка функција, омогућили би, између осталог, успешно вођење стабилизационе економске политике и, нарочито, активне социјалне политике.

Кључне речи: *Фискална реформа. – Порези грађана. – Синтетички порез. – Цедуларни порези. – Стабилизациона економска политика.*

Порез на доходак физичких лица (*Income Tax, Einkommensteur*) чини окосницу пореског система готово сваке савремене државе[1]. То је порески облик којим се опорезује економска снага пореског обвезника остварена у једном утврђеном временском периоду, а при томе се узимају у обзир и одређене релевантне чињенице везане за личност пореског обвезника. Доходак физичких лица у начелу се опорезује на два различита начина. *Први приступ* полази од идеје да сваки приход физичког лица, без обзира по ком основу је стечен, треба опорезовати посебно, применом одговарајућег пореза, чија је стопа пропорционална. Ови порези се називају цедуларним порезима или аналитичким порезима на доходак, или парцијалним порезима на доходак. Израз *цедуларни порези*, који преовладава у литератури и пракси преузет је из француског језика, у коме *la cédule* означава категорију прихода која се разликује по својој природи и извору из кога потиче. Цедуларни порези припадају групи *објектних (реалних) пореза*, јер при опорезивању не узимају у обзир персонални фактор, тј. лична својства пореског обвезника, његове породичне, економске и социјалне прилике.

Други приступ се заснива на поставци да би све приходе које оствари порески обвезник требало опорезовати једним свеобухватним порезом, чије стопе треба да буду прогресивне. Реч је о синтетичком, глобалном порезу на доходак, односно јединственом порезу[2] чију основицу чини сума прихода

(1) Вид.: Божидар Јелчић, *Наука о финанцијама и финанцијско право* „Информатор", 1983. стр. 222.

остварених по свим допуштеним основама. У том циљу је потребно утврдити све изворе прихода појединаца, као и употребу дохотка. У противном, опорезивање би могло да пређе дозвољену границу, чиме би егзистенција обвезника била озбиљно доведена у питање, а то би утицало и на остваривање његових будућих прихода[3]. Синтетичким порезом се опорезује, према томе, укупна маса прихода обвезника, без обзира на природу доходака и изворе из којих они потичу, при чему се посебно води рачуна о чињеницама везаним за његову личност, те су стога синтетички порези *субјектни (персонални, лични) порези*. Увођењем разних ослобођења и олакшица (неопорезовање егзистенцијалног минимума, различити порески третман условљен породичним приликама, здравственим стањем, као и годинама живота пореског обвезника), порез на доходак постао је један од најзначајнијих субјектних пореза.

Садашњи систем опорезивања грађана у Југославији заснован је на цедуларном моделу, с тим што корективну улогу у овом моделу врши порез на укупан приход грађана, који коригује приходе, односно доходак обвезника у том смислу што један део средстава одузима у корист средстава за задовољавање општих потреба државе[4]. Ова врста пореза је по свом карактеру деривативна и посредна[5]. Порез из укупног прихода грађана уведен је у наш порески систем 1959. године[6] али су фискални ефекти овог пореског облика, с обзиром на његов допунски карактер, још увек од маргиналног значаја[7]. Као годишње допунско опорезивање оног дела чистог прихода појединаца, чија висина прелази законом одређени износ, овај порески облик требало би да, узимајући у обзир све релевантне факторе, делује у правцу усклађивања пореских обавеза пореског обвезника са његовом економском снагом. Међутим, због незнатног биланског значаја који има, као и релативно малог броја обвезника, он ту своју улогу не врши на очекивани начин[8]. Већина обвезника је до сада порез на укупан приход плаћала по најнижим стопама, и то не у години у којој остварује приходе, већ неколико месеци након што је у потпуности оформљена њихова економска снага. У ситуацији када се порез плаћа тек по истеку године у којој су приходи остварени, врло лако се може догодити да циљеви опорезивања одступе, у већој или мањој мери, од

---

(2) Вид. : Данило Алексић, *Финансије и финансијско право* „Информатор", Загреб, 1982. стр. 76 – 77: Миодраг Матејић, *Јавне финансије*, Београд, 1978. стр. 40.

(3) Правило је да се порески извор редовно обнавља, како би се омогућило редовно притицање прихода од пореза.

(4) Вид. Петар Максимовић, *Порез на укупан приход грађана, „Финансије"* (XLI), 1 – 2/1986. стр. 86.

(5) „Ако нема основног опорезивања, нема ни пореза на укупан приход грађана." Вид.: Никола Вујошевић, *Порез на укупан приход - функција, циљеви, домашај, „Наша законитост"*, Загреб, 10-11/1984, стр. 1226.

(6) Вид.: „Службени лист ФНРЈ", бр. 52/1959.

(7) У питању је, за сада, само надопорезивање (super — imposition). Вид.: Миодраг Матејић, *op. cit*, стр. 40-48; Група аутора, Привредно – системске основе и социјалне импликације примене пореза из укупног прихода грађана у СР Србији" Економски институт у Београду, 1973, стр. 1 – 5.

(8) Већа концентрација пореских обвезника је у већим градовима и општинама. У 1982. години у Београду је било само 2.158 обвезника овог пореза, у Лесковцу 21, Новом Саду 806, Суботици 153, Титовом Ужицу 109, Приштини 193 обвезника, итд. Наведено према: *Група аутора, Друштвене финансије општина и градова Југославије*, Економски институт у Београду, 1985, стр. 147 – 150.: Вид. и : Касим Бегић, *Социјални ефекти пореског система „Финансије"* 1 – 2/1987. стр. 52 – 55.

учинака који се желе остварити плаћањем пореза из укупног прихода[9]. Порез на укупан приход грађана требало би да изврши социјалну редистрибуцију дохотка и уклони регресивно деловање посредних пореза. Опорезивање укупног прихода грађана је, према томе, превасходно замишљено као акт социјално – политичког карактера, који својим прогресивним стопама треба да онемогући стицање енормних прихода појединаца, и ублажи социјалне диференцијације у друштву, које, међутим, постају све израженије[10].

У нас се за сада практично, дакле, ради о једном комбинованом моделу опорезивања грађана, који садржи елементе и синтетичког и цедуларних пореза на доходак. У систему мешовитог пореза на доходак сваки извор прихода пореског обвезника прво се опорезује посебним цедуларним порезом, а затим се његов збирни доходак захвата допунском стопом, која је најчешће прогресивна. Практично се, дакле, ради о поновном опорезивању прихода који су већ једанпут опорезовани основним (одн. цедуларним) порезом, с тим што се од основице пореза на укупан приход одбијају раније плаћени примарни порези, као и остала обавезна давања (доприноси и сл.)[11].

Две су начелне предности система цедуларног опорезивања у односу на синтетичко опорезивање дохотка грађана[12]. Прва предност је у могућности диференцирања пореских стопа у зависности од природе извора прихода. У финансијској литератури, као и у пореској политици, широко је прихваћен принцип да тзв. фундиране приходе (приходе од имовине) треба теретити вишом, а нефундиране приходе (приходе од рада) нижом пореском стопом[13]. Мишљена смо да је то један од вероватних разлога због којег се у социјалистичким земљама опорезивање дохотка грађана врши првенствено путем цедуларних пореза[14]. Међутим, с обзиром на постојећу кризу савременог социјализма, као и с обзиром да не постоји довољна мотивација за стварање капитала, у предстојећем периоду можемо очекивати преиспитивање овакве праксе. Друга начелна предност цедуларног опорезивања тиче се начина утврђивања пореске обавезе, као и самог акта наплате пореза. Сваки избор прихода, наиме, може се утврдити на начин који му највише одговара. Такође, наплата пореза се везује за специфичности стицања одговарајућег прихода. Техника наплате цедуларних пореза не захтева утврђивање личних елемената који детерминишу пореску способност грађанина, већ су за њено одређивање, по правилу, довољне само спољне манифестације његове економске снаге (земљиште, остала непокретна, као и покретна имовина, и сл.). При томе се наплата врши по одбитку, односно непосредно приликом исплате појединог прихода[15]. Поједини теоретичари сматрају да је цедуларни систем пореза задржан у савременим пореским системима многих земаља управо из наведених пореско-техничких разлога[16].

---

(9) Вид.: Божидар Јелчић, *Економска функција пореза*, Зборник Правног факултета у Загребу, Год. 36, 3 – 4/1986. стр. 427.

(10) Вид.: Драгољуб Вукајловић, *Порез из укупног прихода грађана*, *„Финансије"*, 1 – 2/1980, стр. 68 – 70.

(11) Вид.: Данило Алексић, *op. cit.*, стр. 76 – 78.; Никола Вујошевић, *op. cit.*, стр. 1224 – 1226.

(12) Вид.: Дејан Поповић, *Опорезивање дохотка грађана*, *„Финансије"*, 7 – 8/1988. стр. 392.

(13) Упоред.: Милан Тодоровић, *Наука о финансијама*, део I, Геца Кон, Београд 1930, стр. 411 – 412.

(14) Вид.: Gilbert Tisier — Guy Gest, *Droit Fiscal*, LGDJ, Paris, 1981, стр. 117.

(15) Реч је о тзв. withholding taxcu.

(16) Вид. Данило Алексић, *op. cit*, стр. 78

Мишљења смо, међутим, да су недостаци и ограничења која показују цедуларни порези много озбиљнији и сложенији од њихових предности. Они, пре свега, произлазе из основних обележја ових пореза. Као аналитички, цедуларни порези не омогућавају остварење принципа правичности јер, с обзиром да опорезују приходе из појединачних извора, нису у стању да обезбеде расподелу пореског терета у складу с економском снагом пореског обвезника. Као објективни порези, приликом опорезивања не узимају у обзир обвезникове личне и породичне прилике, мада се у последње време све више примећује тенденција субјективизације цедуларних пореза[17]. Критика овој врсти пореза може се упутити и са економско – политичког становишта. Наиме, пропорционалне пореске стопе које карактеришу цедуларне порезе су неутралне у том смислу што сваки обвезник, без обзира колики је његов номинални доходак, сноси сразмерно исти фискални терет. Због тога је дезинфлаторни потенцијал аналитичких пореза знатно слабији у односу на синтетички порез на доходак. С друге стране, међутим, глобални порези на доходак својим прогресивним пореским стопама омогућавају аутоматско стабилизационо деловање на конјунктурна кретања националног дохотка. Уколико у привреди једне земље долази до инфлације услед превелике агрегатне тражње, прогресиван порез ће високим стопама захватити доходак и тиме обезбедити натпросечно смањење расположивог дохотка пореских обвезника, а укупан учинак у привреди биће у знатној мери дезинфлаторан. Цедуларни порези су, према томе, веома стабилан извор прихода, али су уједно врло нееластични, јер је код њих прилично отежана примена прогресивних стопа, посредством којих се најефикасније остварују циљеви савремене фискалне политике.

С обзиром да цедуларни порези показују садржински много веће недостатке у односу на своје предности, синтетички порез на доходак грађана временом је постао у већини земаља – чланица OECD–а, један од најзначајнијих и најиздашнијих фискалних инструмената. Он у просеку обезбеђује око 30 – 35% укупних фискалних прихода. Међутим, у земљама у којима је, попут Југославије, национални доходак по глави становника низак, значај пореза на доходак физичких лица знатно опада, а приходи државе се пре свега обезбеђују путем пореза на промет и царина[18]. Велике социјалне разлике и релативно висок проценат лица са више извора прихода утицали су да у тржишно оријентисаним државама преовлада глобално опорезивање физичких лица према њиховој укупној економској снази[19], мада је још увек у већини модерних тржишних привреда задржан бар по неки аналитички порез. Међутим, сматрамо да је у последње време све израженија тенденција која се усмерава ка једнообразном третману фундираних и нефундираних прихода, те се очекује да временом цедуларни порези полако ишчезну[20]. У Југославији је тренутно, као што смо већ истакли, обрнута ситуација – поред низа цедуларних, постоји и један синтетички порез на приход грађана. У нас се, према томе, опорезивање физичких лица темељи на енглеском, односно француском систему опорезивања дохотка, што значи да се приход из сваког извора опорезује одвојено, а уколико сабрани приходи премаше износ пред-

(17) Вид.: Дејан Поповић, *op. cit.*, стр. 393 – 396.

(18) Вид.: John F. Due, *Indirect Tawation in Developing Economics*, The Johns Hopkings University Press, Baltimore, 1988, стр. 20 – 22.

(19) Вид.: Дејан Поповић, *op. cit.*, стр. 396.; *Привредно – системске основе...*, *op. cit.*, стр. 52 – 63.

(20) Вид.: Дејан Поповић, *op. cit.*, стр. 393 – 394.; *Привредно – системске основе...*, *op. cit.*, стр. 52 – 63.

виђен одговарајућим законским прописима, вишак преко тог износа се опорезује прогресивном пореском стопом[21]. У постојећем систему стварна економска снага грађана није довољно опорезована. Адекватан начин да се то постигне јесте увођење синтетичког пореза на доходак. Његовим увођењем би се знатно проширио обим економске снаге појединца која би се опорезовала обухватањем свих прихода, од којих неки до сада нису били предвиђени као порески објекти, чиме би се знатно повећала и маса прихода и број обвезника. Осим тога, порески приходи би се много ефикасније наплаћивали, наравно под условом да се претходно оформи квалитативно и организационо другачија пореска администрација и обезбеди одговарајући пореско – информациони систем[22]. Проширивање пореске основице и примена умерене пореске прогресије ловели би до релативног и апсолутног повећања учешћа прихода од овог пореза у укупним пореским приходима.

Основни циљ који је законодавац, у склопу радикалне фискалне реформе поставио себи, тиче се пре свега усклађивања савременог југословенског пореског система са фискалним системима модерних тржишно оријентисаних привреда. Након реинтеграције фискалног система, која се предвиђа до краја 1991. године, тако што би се постојећи доприноси и неки други парафискалитети (осим издвајања за пензијско и здравствено осигурање, као и осигурање за случај незапослености) подвели под одговарајуће порезе треба заменити једним синтетичким порезом на доходак грађана[23]. Еластичност синтетичког пореза на доходак физичких лица свакако да би, између осталог, омогућила успешно вођење стабилизационе економске политике[24]. Он би требало да остварује јачу економско – социјално – политичку функцију, која би га учинила стабилнијим извором прихода из непосредних пореза. Садашњи систем непосредних пореза на приходе у нас не испуњава бројне услове са становишта социјалних једнакости у друштву. Осим тога, он не обезбеђује ни довољно правичну расподелу пореског терета међу обвезницима, с обзиром да порези на појединачне приходе погађају само делове пореске снаге, а не њихову укупну пореску снагу.

Оправдане су критике да је привреда у Србији оптерећена више него што дозвољавају њене могућности. У циљу њеног растерећења, између осталог, требало би део фискалног терета пребацити са привреде на онај део становништва који га, сразмерно својој економској снази, може понети. У том погледу је такође нужно ослонити се на синтетички порез на доходак грађана који би, по прогресивним стопама, требало да захвати све нето приходе које становништво остварује. Важно је при том да се у доходак за опорезивање укључе и приходи од имовине (дивиденде, делимично камате и др.) капитални добици, део прихода у натури и сл. који у досадашњем систему нису били опорезовани ниједним од цедуларних пореза. Истовремено би у фискални систем требало уградити подстицајне мере, које би се давале не као досад на *ad hoc* основи, већ би се прецизно утврдили критеријуми за пружање стимуланса грађанима, што би им омогућило да свој доходак усмеравају ка штедњи и инвестицијама. Осим тога, синтетички порез на доходак грађана треба да омогући вођење активне социјалне политике, те би у том смислу, по нашем мишљењу, требало повећати значај опорезивања имовине. Југословенски систем опорезивања грађана, са становишта наплате, прилично је неекономичан и нерационалан пошто је потребно евидентирати, разрезати и напла-

(21) Вид.: Дејан Поповић, *op. cit.*, стр. 395.

(22) Вид.: Група аутора, *Концепција фискалне реформе*, Београд, 1990, стр. 20.

(23) Вид.: *Концепција фискалне реформе*, *op. cit.*, стр. 5 – 7.

(24) Вид.: Дејан Поповић, *op. cit.* стр. 398.

тити десетак потпуно засебних пореза на приходе, које остварује један обвезник, али по различитим основима. Након тога, он за исте приходе, али овог пута у њиховом збирном износу (при чему се од основице одбијају раније плаћени порези) бива поново опорезован, и то прогресивном стопом.

На концу, додајмо да фискална реформа свакако захтева одређену обазривост. Уједно је нужан прелазни период за време кога би се постепено стварали услови за прелазак на суштински другачији фискални режим. Поменућемо финансијског теоретичара *Canarda*[25], који је прилично давно забележио следеће речи: „Сваки је стари порез добар, а нови лош". Наиме, свака промена и новина, па тако и оне које се предвиђају за постојећи систем опорезивања грађана, носе са собом потенцијалну опасност да се претворе у мањи или већи скуп непланираних и нежељених ефеката, мада то никако не сме значити да порески систем треба да остане статичан и неприлагодљив на промене у економским, политичким и другим друштвеним односима, нити ван оквира светских промена.

(Примљено 15. 01. 1991)

Gordana Ilić — Popov,
Assistant at the Faculty of Law in Belgrade

FISCAL REFORM AND TAXING THE INCOME OF CITIZENS

Summary

The subject — matter of the article is the review of the existing system of taxation of citizens with special emphasis on positive and negative sides of dominant analytical taxes. The taxing of the total income of citizens in the existing cedular model has only an additional and corrective role and after the reintegration of the fiscal system it should become the only form of taxation. By applying adequate progressive taxes this should make possible totax the entire economic power of the individual. Exceptional flexibility of the synthetic taxes on income of the individuals, as well as their rather conspicuous socio — economic — political function would make possible, among other things, a successful implementation of the stabilisation economic policy and, more particularly, of an active social policy.

Key words: *Fiscal reform. — Citizens' taxes. — Synthetic taxes. — Cedular taxes. — Stabilisation economic policy.*

(25) Вид.: Барбара Јелчић, *Порезни обвезник и порезна политика*, ЛИБЕР, Загреб, 1977, стр. 102.

Gordana Ilić — Popov,
Assistant à la Faculté de droit de Belgrade

LA REFORME FISCALE ET L'IMPOSITION DU REVENU DES CITOYENS

Résumé

L'auteur décrit dans son article le système d'imposition en vigueur en Yougoslavie tout en démontrant aussi bien les avantages que les limitations des impôt sur le revenu global des citoyens qui a, dans le modèle cédulaire existant, uniquement un rôle complémentaire, correctif, devrait, de l'avis de l'auteur devenir, après la réintégration du système fiscal, la seule forme fiscale qui assurerait, grâce à l'application des taux d'impôt synthétique sur les revenus des personnes physiques et aussi sa fonction sociale, économique et politique très prononcées permettraient entre autres une réalisation efficace de la politique de stabilisation économique et, surtout, d'une politique sociale active.

Mots clés: *Réforme fiscale. — Impôts des citoyens. — Impôt synthétique. — Impôts cédulaires. — Politique de stabilisation économique.*

UDK — 343.24/29
Прегледни чланак

др Душан Јаковљевић,
ванредни професор Правног факултета у Београду

РЕХАБИЛИТАЦИЈА ОСУЂЕНИКА

Рехабилитација као институт кривичног права представља успостављање положаја пуноправног грађанина осуђеном лицу и брисање осуде из казнене евиденције. У законодавствима која је познају, она није регулисана на јединствен начин и стога се појављује у већем броју варијаната. У југословенском кривичном законодавству сагласно чл. 91. КЗ СФРЈ, рехабилитација се састоји у томе да лице које је издржало казну ужива сва права и може стицати сва права као и сваки други грађанин, осим оних која су ограничена изреченом мером безбедности или наступањем правних последица осуде. У овом последњем случају рехабилитација може наступити превременим престанком тих мера безбедности, односно правних последица осуде под одређеним условима на основу судске одлуке у смислу чл. 92. КЗ СФРЈ. Поред овога, у смислу чл. 93. КЗ СФРЈ један број лакших осуда се под одређеним условима аутоматски по сили закона брише из казнене евиденције, док се осуде теже од једне до три године затвора бришу под нешто строжим условима на основу одлуке суда.

Кључне речи: *Кривично право. – Рехабилитација. – Брисање осуде. – Казнена евиденција.*

До рехабилитације осуђеника довеле су нада и вера кривичног законодавца у способност поправке и моралног преображаја човека и његовог уздизања после пада. Човек заведен кобном омамљеношћу своје криминалне делатности може тако да нађе у рехабилитацији једну врлину и своју реинтеграцију у нормалне токове друштвеног живота. Ма колико рехабилитација побуђивала пажњу научне јавности, обим овог рада налаже да на овом месту буду подвргнути разматрању проблеми везани за општи појам и карактерна обележја овог института (I) и његове основне карактеристике у југословенском кривичном праву (II).

I. ОПШТИ ПОЈАМ

Рехабилитација као институт кривичног права представља успостављање положаја пуноправног грађанина осуђеном лицу и стављање у заборав његове криминалне прошлости, компензацију кривичноправног понашања добрим владањем после издржане казне, стимулацију осуђеника на лични допринос процесу ресоцијализације посредством једног личног права осуђеника којег су погодиле правне последице осуде да моли или да добије на основу закона, под одређеним условима и у одређеној форми предвиђеним у закону, престанак правних неспособности и брисање осуде за будућност[(1)]. Овако схваћена рехабилитација треба осуђенику да поврати законски по-

(1) Појам рехабилитације у изложеном смислу представља материјално–формалну дефиницију овог института. Уп. Д. Јаковљевић, *Рехабилитација у кривичном праву*, II. издање, Београд 1990, стр. 46. и сл.

ложај који је имао пре осуде и, чак у мери у којој је то могуће, друштвени положај.

Наведене карактерне особине рехабилитације осуђеника служе њеном појмовном одређивању, али, истовремено, и за осветљавање њене суштине, материје, односно њених циљева који јој дају смисао постојања (ratio) у кривичном праву, с једне стране, и, с друге, њених спољних, законских ознака.

1. Циљеви рехабилитације

Циљеви рехабилитације чине материју овог института. Они истовремено стварају један појам који представља њен материјални (супстанцијски) појам за који се може рећи да је и криминално политички, пошто учење о рехабилитацији улази у оквир учења о санкцијама, тј. у криминалну политику. Овај појам ће бити истовремено и деонтолошки, ако се циљеви рехабилитације одређују *de loge ferenda.*

По нашем мишљењу, рехабилитација има следеће циљеве: успостављање положаја пуноправног грађанина осуђеном лицу и стављање у заборав његове криминалне прошлости; компензацију кривичноправног понашања добрим владањем после издржане казне и најзад, стимулацију осуђеника на лични допринос процесу пуне ресоцијализације. Сва се три циља рехабилитације са гледишта највише кривичноправне теорије принципијелно дају оправдати.

1) Изречена казна учиниоцу кривичног дела има одређену сврху и кад се ова изврши циљ је постигнут. Ако би осуђеник и даље трпео после издржане казне, то би било бесциљно. Међутим, илузија је веровати да је у односу на сваког осуђеника по његовом отпуштању с издржавања казне постигнут крајњи циљ кривичних санкција – заштита друштва од криминалитета.О томе нам сведочи рецидив. Зато је некада потребно на неке категорије учинилаца кривичних дела применити додатне мере. Кривична законодавства у таквим случајевима, користећи различиту правну технику, уз главну казну надовезују често и друге мере које делују после издржане главне казне. Ове мере попримају форму или неких споредних казни, или неких мера безбедности, или неких правних последица које се аутоматски везују за осуду на одређену казну или за одређено кривично дело. Дејства оваквих кривичноправних мера навлаче на осуђеника одређене неспособности и ограничења права трајно или привремено. Искуство је, међутим, показало да се заштита друштва од криминалитета не може успешно постићи искључиво путем казни и претерано дугим трајањем оваквих правних последица осуде. Показало се да је потребно пенитенцијарни систем допунити другим кривичноправним мерама које би послужиле као његова допуна. Једна од тих других мера је рехабилитација. У складу са изложеним, рехабилитација поприма задатак да успостави положај пуноправног грађанина осуђеном лицу и стави у заборав његову криминалну прошлост. Овај задатак је инициран посебним разлозима како за осуђено лице, тако и за само друштво, тј. државу.

Пре свега, дејства навучених последица осуде лишавају или ограничавају осуђеника одређених права и способности. Осуђеник после издржане казне наилази на многе тешкоће у уређењу свог личног живота на слободи[2]. Ако је још обележен и оваквом бесправношћу, те тешкоће се

(2) B.:G.Neulandt, *Strafnakel und Resozialisierung, Zeitschiritt fur Strafvollzug,* 1966, Heft 4, s. 218.

умножавају. Све то доприноси да је то лице личност другог реда. Међутим, ако је то лице већ издржало казну и већ је више година на слободи показујући да се поправило и да није више опасно за друштво, његово даље задржавање изван законског положаја пуноправног грађанина и подсећање на криминалну прошлост не може се оправдати ни са гледишта правичности, ни са гледишта велике идеје о ресоцијализацији осуђеника која представља основну сврху кажњавања у савременом кривичном законодавству и модерној теорији кривичног права и криминалној политици. Ако би осуђени и даље остао у бесправном положају, то би представљало озбиљну сметњу процесу потпуне ресоцијализације осуђеника и њиховом укључивању у све токове нормалног живота на слободи. И не само то. Искуство нас учи да претерено дуго држање осуђеника у бесправном положају у таквим случајевима води кад – тад у рецидив. Због тога сматрамо да разлози успешног остваривања процеса потпуне ресоцијализације и превенције новим кривичним делима представљају врло озбиљне аргументе у прилог постојању једног института са циљем успостављања положаја пуноправног грађанина осуђеном лицу и стављања у заборав његове криминалне прошлости.

Претерано дуго трајање правних последица осуде ствара, поред изложеног, још једну неповољну ситуацију и то директно за само друштво државу. Наиме, држањем претерано дуго у бесправном положају држава од оваквих својих држављана ствара једну специфичну латентну опасност. То је, ако је тако можемо назвати, „армија незадовољника" која прети да се трасформише у криминални потенцијал против своје воље. Неспорно је да унутар укупног број осуђеника погођених правним последицама осуде има и оних тешких делинквената огрезлих у криминалитет, политичких кривача и директних противника постојећег правног система државе, као и учинилаца лакших кривичних дела. Сама чињеница држања претерано великог броја осуђеника различитог спектра делинквенције у бесправном положају после издржане казне представља, доиста, једну посебну ситуацију над којом се свако друштво-држава мора добро да замисли. Једна мера – институт са горенаведеним циљем не би била сувишна. Напротив, добро би било да један број оваквих осуђеника буде преточен посредством разумне криминалне политике. Овим би се постигло да набој латентне опасности за трансформацијом у криминални потенцијал ових осуђеника знатно спласне. Због тога сматрамо да и ова околност представља разлог више у прилог истицаном циљу рехабилитације, а у интересу превенције.

2) Идеја о добром владању спроведена кроз правни поредак није нова[3]. Ова идеја се пробила у вези са рехабилитацијом захваљујући Холбаху, који је желео да јој прида значај једног лаудативног елемента *(droit laudatif)* у суштини рехабилитације[4]. Компензација, тј. пребијање доброг владања после издржане казне са кривичноправним понашањем појмовно је могућа и по мишљењу Еткера заслужује пуну пажњу кад му се приђе са гледишта укупног понашања осуђеног лица[5]. Овакав прилаз осуђениковој личности омогућава да се добије утисак о његовој укупној вредности. То је изналажење еквивалента кривичноправном понашању. Овај еквивалент представља доказ да се бивши осуђеник поправио и да тежи, можда чак, честитом животу и раду. Он пружа „златан мост" осуђенику којег су погодиле правне последице осуде да се спасе и збрише са себе жиг „осуђен". Позитивно владање

(3) Ihering, *Das Zweck im Recht*, 4. Aufl., Leipzig. 1904, Bd.I,s.141.

(4) B.Holbach, *Justice laudative*, Bruxelles, 1905.

(5) F.Oetker, *Die Rehabilitation Verurteilter, Der Gerichtssaal*, Stuttgart, 1920, Bn.LXXXVII,s.162.

осуђеног лица у овом случају представља једну вредност која треба да залегне да би се достигао тај тако жељени прелаз. То уједно показује да се осуђеник поправио и да даље развија позитивне особине и да поштује друштвене и правне норме у друштву–држави. Због тога ми видимо у овој поправци једну вредност коју хоћемо да ставимо на теразије правде наспрам кривичноправног понашања, а која треба да заокружи укупну личност бившег осуђеника. Стога сматрамо да је компензација осуђеникових позитивних личних својстава и њихово даље развијање после издржане казне са кривичноправним понашањем на теразијама правде и правичности појмовно могућа и, истовремено, остварљива посредством института рехабилитације у интересу и осуђеника и друштва-државе.

3) Познато је да сусрет осуђеника после издржане казне са животом на слободи бива често повезан са многим проблемима и тешкоћама. Сви се ти проблеми и тешкоће могу манифестовати у виду интеракција у оквирима шире заједнице, али, исто тако, и у ужој средини, па и у породици. По природи ствари код осуђеника се јавља, нарочито у прво време по отпуштању, осећај неизвесности, несигурности и страха за свој положај у друштву. Кратко речено, сваки је осуђеник по изласку из затвора изложен разним психичким напетостима и оптерећењима повезаним са постушцима средине према њему и његовим понашањем на слободи. Ако овакав осуђеник наилази на сметње које закон и друштво праве ограничавајући му права и стављајући га у дискриминаторски положај, на пример у његовим напорима да се запосли, у успостављању друштвеног контакта, у признавањувредности његове личности и др. његова ресоцијализација ће бити знатно отежана. У таквим случајевима постоји озбиљна опасност да се осуђеник обесхрабри у својим личним напорима да ресоцијализује своју личност и укључи се у круг позитивних чланова друштва. Услед тога се може догодити да овакав осуђеник падне у очај и заузме непријатељски став према друштву и да се поново врати у свет криминалитета тражећи у њему уточиште. Да до тога не би дошло, неопходно је створити ослонце који ће појачати самоувереност осуђеника и утицати на њега да се одржи и да даље развија процес свог позитивног мењања. Један од тих ослонаца је и рехабилитација са циљем стимулације осуђеника на лични допринос процесу пуне ресоцијализације.

Рехабилитација са циљевима поновног успостављања положаја пуноправног грађанина и стављања у заборав његове криминалне прошлости, као и компензације кривичноправног понашања добрим владањем после издржане казне, охрабрује осуђеника у настојању да реши своје проблеме и тешкоће са којима се суочава после отпуштања с издржавања казне. Због тога ови циљеви рехабилитације за осуђеника представљају веома јак мотив и стимуланс у жељи да их се домогне. Када човек одмах зна да ће једног дана можда поново задобити свој изгубљени законски положај, а можда и социјални, бива стимулисан на акцију максималног улагања труда и пуне ангажованости у свој лични допринос процесу остварења пуне ресоцијализације и реадаптације своје личности у токове нормалног живота на слободи. Зато оваква стимулација осуђеника да савлада све тешкоће и негативне утицаје и да поштено и корисно живи на слободи, представља ону идеју на којој заснивамо трећи циљ рехабилитације. Страсна амбиција осуђеника да збрише мрљу криминалитета са свог бића и анулира кривичну осуду повраћајући изгубљена права и способности, покреће на даљу акцију позитивне корекције личности и снагом магнета привлачи да се човек домогне и заслужи рехабилитацију. С оваквим својим циљем рехабилитација представља снажан ослонац у пружању одбојног става према негативним утицајима који воде на пут понављања кривичноправног понашања и, исто-

времено, од овог института ствара посебну криминално-политичку меру друштва – државе у борби против криминалитета.

2. Остала обележја рехабилитације осуђеника

Остала обележја рехабилитације указују на спољне ознаке овог института. Овде су у питању најчешће правна обележја која омогућавају да се од њих створи један појам (законски, тј. правни појам) довољно одређен да удовољи захтеву и потреби издвајања овог института од других. На таква обележја нас упућују законодавства која познају институт рехабилитације[6]. Иако се у тим законодавствима овај институт не регулише на јединствен начин, она ипак пружају могућност да се изнађу нека заједничка обележја рехабилитације која су везана за њену спољну, тј. формалну природу. С обзиром на таква обележја, рехабилитација се одликује следећим особинама:

1) Рехабилитација, реално узевши, садржи у себи лично право осуђеника које се може без устезања обележити као „евентуално", због тога што садржај тог права чине овлашћења која се односе на питање подвргавања решавању осуђениковог захтева за добијање рехабилитације, који је основан његовим положајем да се налази у условима које закон тражи за стицање рехабилитације. Због тога овде треба подвући да ово право не обухвата и овлашћења да се захтева обавезно и одобрење рехабилитације јер друштво–држава оцену и констатацију испуњења захтеваних услова за стицање рехабилитације препушта одређеним ауторитетима. Због тога ово право осуђеника поприма карактер једног „евентуалног" права на рехабилитацију, чије је одобрење у моћи надлежних органа.

2) Рехабилитација се одликује тиме што се примењује на осуђеника којег су погодиле правне последице осуде. Стога се може рећи да је са гледишта овог обележја домен примене института рехабилитације везан за осуђеника којег је погодила кривична осуда на казну која је за собом повукла правне последице осуде. Овај правац примене рехабилитације открива да овај институт долази да помогне да се негативна дејства правних последица осуде отклоне када за то постоје разлози.

3) Следећа одлика рехабилитације јесте да се она може стећи само под условима прописаним законом. Кроз те услове се изражава интерес друштва–државе да, путем добрих предлога садржаних у њима покрене осуђеника на поправку и користан живот на слободи. Тражени услови се разликују у појединим законодавствима. У једном општем смислу може се рећи да се захтева да главна казна буде издржана, затим протек извесног времена после извршене казне (кушња), добро владање или неизвршење новог кривичног дела у току рехабилитационе кушње, као и накнада причињене штете извршењем кривичног дела.

4) Рехабилитација се одликује тиме што се може стећи у форми и на начин предвиђен законом.

Одлике рехабилитације да се може стећи под условима законом прописаним и у форми и на начин предвиђен законом су карактеристике кроз које се манифестује законско обележје овог института, које није било својствено некадашњој рехабилитацији која се стицала и зависила поглавито од суверене власти[7].

---

(6) Уп.: Д.Јаковљевић, *op.cit.*, стр.117–144.

(7) В.: P.Reutenauer, *De la Réhabilitation en matièr pénale et disciplinaire*, Paris, 1900, п.13.

5) Последња одлика рехабилитације је у томе што укида неспособности које је за собом повукла осуда на казну и брише кривичну осуду из казнене евиденције за будућност. Са гледишта ових обележја последица, тј. дејство рехабилитације појављује се у дуплом значењу. Заустављање само на једној од њих – гашењу неспособности, представља осиромашење института рехабилитације. За другу последицу – брисање осуде из казнене евиденције – извесни аутори сматрају да се информације из казнене евиденције могу давати извесним субјектима упркос томе што је осуда брисана[8]. Ово мишљење је у сукобу са интересом обезбеђења краја једној кривичној осуди, а тиме и васпостављања пуне ресоцијализације и социјалне рехабилитације бивших осуђеника.

II. ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ РЕХАБИЛИТАЦИЈЕ ОСУЂЕНИКА У ЈУГОСЛОВЕНКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Данашње уређење рехабилитације осуђеника у праву СФРЈ датира из 1976. године, када је нови Кривични закон СФРЈ[9] уредио ову материју у Глави IX која носи наслов *Рехабилитација, брисање осуде и услови за давање података из казнене евиденције* (чл. 91–94). Из ове главе произлази да се сматрају посебним институтима рехабилитација (чл. 91), брисање осуде (чл. 93) и давање података из казнене евиденције (чл. 94).

Оно што се назива рехабилитацијом у чл. 91. састоји се у томе да осуђеник после издржане, опроштене или застареле казне затвора или малолетничког затвора ужива сва права и може стицати сва права као и сваки други грађанин, осим оних која су му ограничена изреченом мером безбедности или наступањем правних последица осуде (ст.1). Из овога произлази да се у начелу сматра рехабилитованим осуђено лице чим је издржало казну или му је та казна опроштена, односно застарела, а да није испунило било какав други услов. Да ли је то рехабилитација?

Смисао ст. 1, чл. 91. КЗ СФРЈ може бити доста дискутабилан. У овој одредби је могуће видети рехабилитацију која наступа аутоматски на основу самог закона, тзв. законску рехабилитацију[10]. Овакво значење овој одредби ипак није могуће приписати. Ово са разлога, што законска рехабилитација претпоставља протек одређеног рока после издржане казне у коме осуђеник бар не би обновио свој упис у казнену евиденцију. Међутим, по цитираном ст. 1, чл. 91. КЗ то није случај. Осим тога, овде додајемо да тамо где осуда на казну није за собом повукла одређена ограничења или губитке права, што је случај у начелу код ст. 1, чл. 91, институт рехабилитације губи свој *raison d'être* и постаје беспредметна.

На основу изложеног следи да треба изнаћи значење одредбе ст. 1, чл. 91. КЗ са једног другог становишта. При уређивању ове одредбе, њени аутори су се руководили једном врло хуманом идејом да осуђеник после изласка на слободу стиче по закону статус равноправног грађанина како би се што пре

(8) R.Vouin, *La réhabilitation, son principe et ses effets*, „Revue (bélge) de droit pénal et criminologie", 1953 — 54, p. 705.

(9) В.: Кривични закон СФРЈ, „Службени лист СФРЈ", бр. 44. од 8.X 1976. Најновији Закон о изменама и допунама Кривичног закона СФРЈ није дирао у ову материју, „Службени лист СФРЈ" бр. 38, од 6.VII 1990.

(10) Ст.1, чл.91. у основи одговара ст. 1.,чл. 87. Новеле КЗ из 1959. за који је Б. Златарић сматрао да представља основну рехабилитацију, разликујући је од допунске рехабилитације. В.: Б.Златарић, *Рехабилитација и правне последице осуде*, „Зборник Правног факултета у Загребу", Загреб, 1969, бр. 1, стр.60.

и са што мање сметњи могао укључити у нормалан живот на слободи[11]. Уграђивањем ове идеје у ст.1, чл.91. КЗ постављен је, у ствари, општи принцип да осуђиваност сама по себи не представља узрок ограничавања права бившем осуђенику (ст. 2, чл. 94. представља изузетак). Говорећи о рехабилитацији у овој одредби, законодавац, у ствари, полази у уређењу материје рехабилитације од овог општег принципа. Како је ова одредба садржински празна са становишта самог института рехабилитације, с обзиром да њоме осуђеник ништа не добија, то се мора узети да она представља само део њене материје која је обухваћена, по нашем мишљењу, и одредбама чланова 92. и 93. КЗ, с обзиром да се у њима садржински говори о рехабилитацији. Истовремено, овде треба забележити да уређења ст. 1, чл. 91. нису могла избећи нека ограничења права осуђеника после престанка главне казне. Тако из ове одредбе произлази да су осуђена лица ограничена у правима ако им је изречена нека мера безбедности или су погођени правним последицама осуде. Ми налазимо да тек на овом терену институт рехабилитације почиње да добија свој пуни смисао и оправдање.

Ако су одредбе чланова 91. и 92. КЗ СФРЈ делови материје о рехабилитацији, онда је рехабилитација по ст. 1, чл. 92. факултативни превремени престанак ограничења права осуђеном лицу којег је погодила нека мера безбедности, односно правне последице осуде, изречен од стране суда на молбу осуђеног. Овај престанак се може молити кад протекну три године од дана издржане, застареле или опроштене казне. Приликом одлучивања о захтеву суд ће узети у обзир понашање осуђеног после осуде, његову спремност да накнади штету проузроковану извршењем кривичног дела, као и друге околности које указују на оправданост престанка мера безбедност, односно правних последица осуде.

За овај престанак мера безбедности, односно правних последица осуде, може се рећи да представља израз једног ужег схватања рехабилитације, схватања које види у рехабилитацији само један начин гашења правних неспособности које произлазе из мера безбедности или правних последица осуде. Један други систем рехабилитације је нешто општији. Он хоће да развије дејства рехабилитације дотле да од ње учини средство поништења више или мање свих негативних дејстава кривичне осуде. Таква рехабилитација је позната у праву Француске[12]. Ова рехабилитација је била одобрена и у ранијем југословенском кривичном законодавству[13]. Таква рехабилитација чини да престану за будућност све неспособности које проистичу из кривичне осуде. Осим тога, она брише и саму осуду из казнене евиденције. Рехабилитована осуда се тако ставља у заборав и не помиње се у изводима из казнене евиденције. Овај начин схватања рехабилитације је одобрен и подржан нарочито од стране Међународног удружења за кривично право[14].

Из горе изложеног да се запазити да је могуће учинити један корак више од рехабилитације у смислу ст.1, чл. 92. КЗ. У интересу једне добре криминалне политике могуће је створити једну рехабилитацију која би и брисала осуду, бар у смислу што би појам ове осуде био брисан из казнене

---

(11) Н.Срзентић, А.Стајић, Љ.Лазаревић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 1990, стр. 535. и сл.

(12) Вп.:G.Stefani, G.Levasseur, B.Bouloc, *Droit pénal général*, Paris, 1984, п. 693.

(13) Уп.: Кривични законик ФНРЈ, „Службени лист ФНРЈ", бр. 13/1951: Кривични законик. Општи део, „Службени лист ФНРЈ", бр. 106/1947.

(14) Уп.: I.Strahl. *Les conséwuences légales, administratives et sociales de la condamnation pénale, Rapport géneral, présente au VII eme Congres International de droit pénal*, „Revue International de droit pénal", 1957, N. 3 et 4. —Nos.3. et 4. p.563.

евиденције. Таква рехабилитација у једној више или мање широј форми водила би гашењу једне осуде која припада прошлости.

Може се претпоставити да се овим идејама инспирисао чл. 93. КЗ у коме се предвиђа брисање осуде из казнене евиденције. Сагласно чл. 93. КЗ постоје две могућности брисања осуде и то по сили закона и на захтев осуђеника наређено одлуком суда. Брисање осуде по сили закона је аутоматско брисање из казнене евиденције осуда о изреченој судској опомени, ослобођењу од казне, условној осуди, новчаној казни и казни затвора до једне године. За ово брисање захтева се да протекне рок од једне, три или пет година (зависно од тежине изречене осуде) од дана правоснажности судске одлуке, односно од дана извршене, застареле или опроштене казне, и да осуђеник у том року не учини ново кривично дело. С друге стране, брисање осуде на захтев осуђеника наређено одлуком суда је факултативно брисање осуде. Оно обухвата само осуде на затвор преко годину дана до три године. Осуде теже од три године затвора не могу се брисати (чл. 93, ст.1–5). Ово брисање се може молити под условом да је протекао рок од пет година од издржане, застареле или опроштене казне у коме осуђени не би извршио ново кривично дело. Приликом одлучивања о захтеву осуђеника суд ће водити рачуна о владању осуђеног после издржане казне, о природи кривичног дела и о другим околностима које могу бити од значаја за оцену оправданости брисања осуде. Дејства брисања осуде се своде на то да се обавештења о брисаној осуди не могу давати никоме, осим суду, јавном тужилаштву и органима унутрашњих послова у вези са кривичним поступком који се води против лица чија је осуда брисана (чл. 93. ст. 3). У том смислу и у овом оквиру брисање осуде представља крајњи домашај рехабилитације у југословенском кривичном праву.

(Примљено 20.12.1990)

Dr Dušan Jakovljević,
Associate Professor of the Faculty of Law in Belgrade

REHABILITATION OF THE CONVICTS

Summary

In terms of the notion, the rehabilitation as the institute of criminal law is establishing the position of full rights of the citizen of a convicted person, and putting into oblivion his criminal past, compensation of criminal - law conduct by good behaviour after the sentence is served, stimulating the convict to personally contribute to the process of resocialisation by way of a personal right of the convict who suffered legal consequences of the conviction to ask or to be granted on the ground of law - and under specific conditions and in the specific form, as established by law - the termination of legal incapacity and delation of the verdict for the future. The institute of rehabilitation is not regulated in the same way in the legislations which provide for it, so that there exist a number of variations. In Yugoslav criminal legislation, in accordance with article 91 of the Criminal Law of the SFRY, rehabilitation means that a person who served his sentence enjoys all rights and is able to acquire all rights - just as any other citizen, exept the ones which are imposed as restrictions by pronounced security measure or by taking place of legal consequences of the verdict. In the last case the rehabilitation may take place by an early termination of these security measures, namely of legal consequences of the verdict - and under specific conditions on the ground of a court decision in terms of article 92 of the Criminal Law of the SFRY. In addition to the above,

and in terms of article 93 of the Criminal Law of the SFRY, a number of minor convictions automatically drops out of the files - under the force of law - while the convictions stricter than one year imprisonment and up to three years of imprisonment are delated under somewhat stricter conditions, and again under the decision of the court.

Key words: *Criminal law. - Rehabilitation. - Convict.*

Dušan Jakovljević,
Professeur à la Faculte de droit de Belgrade

LA REHABILITATION DES PERSONNS CONDAMNEES

Résumé

Du point de vue conceptuel, la réhabilitation comme institut du droit pénal représente l'instauration de la situation de citoyen jouissant de pleins droits civiques chez une personne condamnée et l'envoi à l'oubli de son passé criminel, la compensation du comportement criminel par un bon comportement une fois la propre contribution au processus de résocialisation par léintermédiaire d'u droit personnel de la personne condamnée frappée par le s conséquences juridiques de la peine, qui peut demander et obtenir que, dans certaines conditions, et sous une certaine forme prévue par la loi, son incapacité juridique cesse et yue sa peine soit radiée pour l'avenir. Dans les législations qui conaissaent la réhabilitation, cette derniére n'est pas réglementée de manière uniforme, de sorte qu'elle apparaît en plusieurs variantes. En ce qui concerne la législation yougoslave, conformément à l'art. 91 de la Loi pénale de Yougoslavie, la réhabilitation consiste à assurer à la personne qui a purgé la peine la possibilité de jouir de tous les droits et d'acquérir tous les droits, comme tous les autres citoyens, à l'exception des droits qui lui ont été limités par la mesurae de sécurité prononcée ou par l'intervention des conséquences juridiques du verdict. Dans ce dernier cas, la réhabilitation peut intervenir sous forme de suppression pécoce des ces mesures de sécurité, c'est-à-direa des conséquences juridiques de la condamnation dans certaines conditions, sur la base de la décision du tribunal, conformément à l'art. 92 de la Loi pénale de Yougoslavie. En outre, conformément à l'art. 93 de la Loi pénale de Yougoslavie, un certain nombre de peines moins sévès est radié, dans certaines conditions, automatiquement, aux termes de la loi, du registre des peines aloras que les condamnations plus sévères d'un à trois ans d'emprisonnement sont radiées dans des conditions un peu plus rigoureuses, sur la base de la décision du tribunal.

Mots clés: *Droit pénal. - La rehabilitation. - Condamné.*

UDK — 341.3:355/359
Прегледни чланак

мр Владан Јончић,
предавач на Правном факултету у Београду

ИСТОРИЈСКО–ЕВОЛУТИВНИ РАЗВОЈ МЕЂУНАРОДНО-ПРАВНОГ СХВАТАЊА ОРУЖАНИХ СНАГА

Еволутивни пут развоја схватања припадника оружаних снага је био веома дуг, а може се рећи да ни данас није завршен. Са међународно–правног становишта дуго је у историји био одређен несигурним и нејасним обичајним нормама. У структури државне управе војска је одувек била одвојена од становништва. Припадници војске су у античким државама били посебан сталеж.

Први принципи правног регулисања настају у средњем веку и то на начелу ауторизације. Статус је по овом начелу одређивао неки ауторитет (црква, феудалац итд.). Развојем друштва и великим променама у области материјалне производње и духовне надградње друштва начело аторизације се замењује начелом организације. Томе је допринело поред конкретних историјских услова (промене у области друштвено–екомонских односа и технолошка револуција, начин вођења рата и војна техника, велике кодификације на унутрашњем и међународном плану и др.) и јачање државе и њених институција.

После другог светског рата постепено се ублажава чврсти принцип начела организације – хуманитарним начелима. Пут даљег развоја схватања припадника оружаних снага (бораца) може се сагледати у анализи прошлости и конкретних друштвено–историјских услова. Последње кодификације међународног права оружаних сукоба указују на процес ублажавања и, можда, губљења границе између цивила и војника.

Кључне речи: *Ратници. – Борци. – Припадници оружаних снага.*

Да бисмо приступили приказу еволутивног развоја схватања припадника оружаних снага, неопходно је претходно дати неколико напомена[1]. Прво, еволутивни пут развоја схватања припадника оружаних снага се прати са међународно–правног становишта. Друго, периодизација је извршена на основу друштвено–економских формација. Посматра се развој правног схватања припадника оружаних снага од настанка првих држава до XVI века, односно, XVIII века и од половине XVIII века до прве половине XX века. Период од XVI до XVIII века представља прелазни период, време коренитих промена у схватању војника (припадника оружаних снага). Треће, термин војник, ратник, користи се за период до доношења уговорних правила, а

(1) Под појмом *припадник оружаних снага* подразумева се лице које припада институционализованој оружаној организацији, које у садејству са истим таквим лицима у оквиру те организације учествује у оружаном сукобу. Под појмом борац подразумевамо лице које припада оружаним снагама стране у сукобу и које има право да директно учествује у непријатељствима.

термин припадник оружаних снага, борац, од првих међународних уговора који регулишу ову материју до данас. Четврто, постоје два разлога улажења у преглед дубоке историје правног статуса припадника оружаних снага. Први је да сагледамо да ли је уопште постојала разлика између цивила и војника кроз историју људског друштва и други – да анализирамо процес настанка савременог схватања припадника оружаних снага.

1. Схватање статуса ратника у античким робовласничким државама

Разлика између ратника и цивила је постојала већ у првим државама Старог света. На ту тврдњу нас упућује пракса коју спомињу неки антички писци подсећајући да се у случају већег рата или опасности по државу војска попуњавала цивилима, робовима, па и плаћеницима[2]. Тако, на пример, Тукидид у делу Пелопонески рат на неколико места пише о суделовању целокупног одраслог становништва у одбрани полиса[3]. У Атини су за време пелопонеских ратова након упада Спартанаца у Атику наоружани робови уз обећање слободе ако се одбрани град[4]. У Спарти је сваки Спартанац водио са собом и један број наоружаних робова. У току рата Рима са Картагином, римски сенат је позвао становништво, па чак и робове, прокламујући им слободу, да учествују у одбрани града пред опасношћу од Ханибала[5]. Можемо претпоставити, с обзиром да је то време када су античке државе биле тек у настанку, па да се утицај гентилног уређења и војне демократије није у потпуности изгубио и да је имао утицаја на либералан став у погледу општег учешћа одраслог становништва у одбрани. Међутим, у погледу раздвојености цивила и војника можемо бити сигурни да је војна професија била јасно издиференцирана од других професија.

У старом Египту је постојала стална војска устројена као сталешка категорија. Ратничка професија се преносила са оца на сина. Херодот у својој Историји спомиње седам сталежа и набраја који су то[6]. Међу њима наводи и ратнике, истичући да је војнички посао „нешто више" и да се преноси са оца на сина. Статус војника у фараонском Египту је економски био вема уносан. Војници су били добро плаћени, а приликом одласка у пензију добијали су кућу и окућницу с одређеним бројем робова. Официри су добијали богате поседе или управу над неким градом, односно провинцијом, што је зависило од чина који су имали и заслуга које су стекли[7].

За разлику од Египта, државе – полиси античке Грчке нису имале војску као сталешку категорију. Војска је била устројена у зависности од облика владавине[8]. Војска се, у начелу, састојала од јединица „сталног састава" и јединица које бисмо ми данас назвали резервним. За разлику од Египта, у коме је војска била сталешка категорија, а војник није мењао статус ни у миру ни у рату, у државама Хеладе, осим Спарте у којој се војнички живело од најраније младости до дубоке старости, слободан човек је у миру имао

(2) Види:Тукидид, *Пелопонески рат,* Матица хрватска, Загреб 1954; Папирус Харис, I Biblioteca aegyptiaca, Bruxelles; Herodot, *„Историја"*, Матица српска, 1966, Апијан, Римски грађански ратови, „Култура", Београд, 1976.

(3) Тукидид, *исто,* стр. 141 и 179.

(4) Херодот, *исто,* стр.529.

(5) Н.А.Машкин, *„Историја старог Рима"*, „Научна књига", Београд, 1968. стр. 131.

(6) Херодот, стр. 174

(7) *Исто.*

(8) Види: Херодот, *Историја,* Тукидид, *Пелопонески рат,* Р.Флацилиере, *Грчка у доба Перикла,* „Напријед", Загреб, 1979.

статус грађанина. Није постојала посебна категорија ратника и било је могуће мењати статус[9].

Статус војника у Римској Империји је сличан статусу војника грчких полиса. У војску су примани само слободни римски грађани. Временом се то решење променило, тако да је крајем Принципата и почетком Домината (после реформи Октавијана Августа) статус војника могао да добије сваки слободан грађанин, без обзира да ли је Римљанин или не, па чак и роб – ослобођеник[10]. Сличност са хеленским полисима не долази од намерног копирања устројства војске, већ од неминовности историјског тока развоја друштвено–политичких институција. Војни рок је, као и код других држава античког света, трајао доста дуго. У историји Римске Империје је варирао од шеснаест до четрдесет година војне службе. Након тога је војник био отпуштен са новчаном отпремнином и са правом на кућу и окућницу у некој од провинција.

Оштро издиференцирана појмовна и статусна граница између ратника и цивила постојала је у структури политичких и правних институција античких држава. У међудржавним ратовима се готово није правила разлика између војника и цивила. Недостатак правила у рату је омогућавао употребу свих познатих врста оружја према свима. Све је било повргнуто несигурним обичајним правилима. Постојање писаних правила о устројству војске у унутрашњим прописима није значило и постојање уговорних правила између држава, што би одговарало данашњем међународном уговору.

2. Схватање ратника у средњем веку

У средњем веку се појмовно и статусно одређење ратника везивало за карактер рата. Карактер неког рата је одређиван по критеријумима које је доносила црква. У интересу реализације својих циљева, црква је одобравала, а понекада и активно учествовала у реализацији појединих похода. Сукобе, који нису били у њеном интересу, оспоравала је, а понекад изричито забрањивала. Учесницима ратова, које је одобравала, гарантовала је опрост од грехова и бољи загробни живот. Таква обећања и могућност пљачке су били довољни мотиви за прикупљање великог броја људи под оружјем. Учесници таквих похода су морали да носе обележја припадности војске племића, односно цркве. Учесници су били обавезни да носе обележја своје припадности – тј. породични грб[11]. Овим се створило схватање да су правно дозвољени само они ратови које воде ратници са наведеним обележјима припадности феудалне војске, док су сви други ратови сматрани правно недозвољеним. Дакле, на основу карактера рата одређивао се статус лица која у њему учествују, тј. која лица су имала статус ратника. Од схватања ко има статус ратника (носи ли или не симболе свог суверена) створен је правни институт „право на оружје", као део права из ритерских правила[12]. Својим постојањем

(9) У демократској Атини младић је од осамнаесте до двадесете био ефеб и пролазио кроз војну обуку, а од двадесете до педесете војник у резерви. У случају рата је био подвргнут систему мобилизације, а тек после шездесете ослобађан од војне обавезе (Херодот, *Историја*; Ксенофонт, *Хеленска повјест* итд.).

(10) Види: Н.А.Машкин, *Историја старог Рима*

(11) Види:Е.Ниса, *Порекло међународнога права* (прев. М.Р. Веснић), Београд, 1895, стр. 49 –54, 87 –104, 187– 190.

(12) „Право на оружје" је било право феудалаца и једног броја слободног становништва да носе оружје (мач, бодеж и др.) у свакој прилици. (М.Деспот, *Појам учесника у оружаном сукобу по постојећем међународном праву,* ЈРМП, 1–2, 1975).

правило „право на оружје" је допринело стварању извесних правила – „правила племићке части", забрану напада на свештенике, правила у борби, поштеду заробљеника итд[13]. „Право на оружје" и правило да се носе обележја припадности су формирала начело ауторизације. По начелу ауторизације појам и статус ратника одређивао је неки ауторитет (црква, феудални суверен, касније апсолутистички монарх итд.). Исти ауторитет је давао дозволу за рат. Тако су, на пример, у доба апсолутистичких монархија поједини владари давали повеље *(letters of marque)* морнаричким капетанима да наоружавају своје бродове и да се боре против непријатељских држава без обзира чији су држављани они били. Оваква пракса је условила развој гусарења[14]. За разлику од пирата, гусари су све до 1856. године уживали статус законитих учесника оружаних сукоба. У случају заробљавања су уживали сва права као остали законити ратници, разуме се – у оноликој мери колико су та права постојала и била поштована.

Крсташки ратови, вођени са краћим или дужим прекидима од XI до XIV века, учврстили су начело ауторизације[15]. Лица која су имала „права на оружје" прерасла су у професионалне војнике владара. Правила из „права на оружје" постепено су прерасла у обичајна правила ратног права. У XVII и XVIII веку у апсолутистичким монархијама наилазимо на професионалне стајаће војске. Лице које се није налазило у редовима стајаће војске није могло бити заштићено правилима „права на оружје", односно у то време обичајним правилима ратног права. Од тада па све до данас је остало схватање да само оружане снаге, одређене прописима своје државе, имају право да учествују у ратовима и да се на њих примењују ратна правила.

У периоду апсолутистичких монархија установљене су стајаће професионалне војске са другачијим статусом од дотадашњих. У овом периоду се губи начело ауторизације и настаје начело организације које ће остати до данас[16]. По начелу организације се не поставља питање ко је одобрио статус, већ да ли постоји организованост оружаних формација и да ли је држава заступник тих формација. Стајаће војске су само биле прелазни облик у историјском развоју савременог схватања статуса учесника оружаних сукоба. Идеју о законитости племићке војске заменила је модерна идеја о оружаним снагама као снагама државе. У тим оружаним снагама треба да владају дисциплина, ред и организованост по правним прописима државе. Једино држава постаје носилац концесија за ратовање. Она је могла дати право и неком ко није у редовним оружаним снагама (права *letters of marque)*, али је увек остајала изворни носилац права на вођење рата. Схватање да само оружане снаге држава имају право да воде рат је у ратном праву остало до данас. На оваква схватања не треба искључити ни утицај правила да је држава основни субјекат међународног права и да су правила изведена из њеног суверенитета.

---

(13) Утврђено Трећем латеранским концилом 1179. Забрана је обухватала и друга лица која нису носила оружје.

(14) P.Grosse,*History of the Piracy*, London, 1949.

(15) Више о крсташким походима: S.Ruciman, *History oh the Crusades*, 3. vols, Cambridge University Press, 1951 – 1955.

(16) Еволутивну смену начела ауторизације начелом организације ће несвесно најавити Жан Жак Русо делом *Друштвени уговор*.

3. Схватање припадника оружаних снага (бораца) у новом добу

На даљи развој заштите лица у оружаним сукобима и јасније појмовно одређивање законитог учесника оружаних сукоба – бораца[17] утицала су три фактора.

Први фактор је општи развој друштвено–економских односа у свету. Убрзани развој производних снага је захтевао нове изворе сировина и нова тржишта. Почело је доба колонијалних ратова и освајања. Са технолошким развојем су се појавила нова оружја, а по принципу повратне спреге и начин вођења рата. Порастао је утицај јавног мнења и развиле се нове напредне, хуманитарне идеје. После битке код Солферина 1859. године, где је на бојишту остало око 40.000 незбринутих рањеника и болесника, иницира се идеја о начину смањења суровости у рату и ублажавању патњи људи. Продукт таквих размишљања и идеја је било оснивање међународне организације за помоћ војницима и цивилима под називом Црвени крст.

Други фактор су били Наполеонови ратови (1804–1815) у Шпанији и Русији који се узимају као почетак савремене историје герилских ратова. Пракса је још једном показала да је далеко испред свих теоријских и правних шаблона. Дотле је било укорењено схватање да могу ратовати само овлашћене војске. Појавом устаника – герилаца јавља се проблем ко може учествовати у оружаном сукобу. Признање статуса легалних војника овим цивилима – војницима значило би да борбу могу водити и неорганизоване групе патриота састављене од цивила и остатака разбијене националне војске, који делују у позадини непријатеља чврсто повезани са широким народним масама. Тада се поставило питање како правити разлику између цивила и војника, с обзиром да цивили немају униформу – што је један од битних елемената обележавања редовне војске у то време. То питање ће остати отворено све до данас.

Трећи фактор су први кодификаторски покушаји на међународном плану у регулисању ове материје и појава писаних националних правила о устројству војске. Током XVIII и XIX века дошло је први пут до правног регулисања законитих војника приликом регулисања статуса гусара. Гусарима се доста дуго признавао статус редовних војника. С овлашћењима појединих држава они су се укључивали у међудржавне сукобе као припадници регуларне војске[18]. Њихова делатност је била усмерена против непријатељских трговачких бродова чиме су онемогућавали слободну пловидбу, нарочито према Новом свету. За разлику од гусара, постојали су и пирати који нису били признати за законите учеснике сукоба. Под појмом пирата подразумевани су поморци који су пљачкали трговачке бродове и мање ратне бродове за свој рачун и под својом заставом[19]. Париском декларацијом од 1856. године (чл.1.) гусарење је забрањено, а та је забрана била врло брзо општеприхваћена. Њихова неконтролисана делатност и опасност од ометања пловних путева, нарочито са Северном Америком, под притиском друштвено–економског развоја навели су развијени свет да их одбаци и они су као нелегални припадници војске временом нестали.

---

(17) Овде се термин борац употребљава за лица која су одређена прописима државе да активно или на други начин учествују у оружаној борби против истих таквих лица супротне ратујуће стране, сходно обичајима и међународним конвенцијама.

(18) Правни основ законитости њиховог статуса произлазио је из повеље *letters of marque*. Види напомену 14.

(19) Види:L.Oppenheim, *International Law, I* и *II*, London, 1955; P.Grosse, *History of the Piracy*.

Питање положаја припадника војске у копненом рату нарочито се поставило у време америчког грађанског рата (1861–1865). Пишући упутство војсци САД (федералаца) у рату, Франсис Либерт је (1863) признао статус припадника војске не само лицима која припадају редовним оружаним снагама, већ и лицима која се на окупираном подручју дигну на устанак против окупирајуће војске и лицима која по задатку делују у непријатељској позадини. У члану 81. признаје се статус легалних војника и герилцима, тј. партизанима под условом „да припадају одреду који делује одвојено од главнине, да су наоружани и носе униформу...". Овакве формулације представљају правни основ проширења круга лица која се у оружаном сукобу могу сматрати међународно–правно признатим војницима.

Доношење низа декларација и конвенција (Петроградска декларација, Париска декларација, Бриселска декларација, Хашке конвенције итд.) било је почетак кодификаторског регулисања статусног и појмовног одређивања припадника оружаних снага и представљало преломну фазу за међународно–правно регулисање статуса бораца. Дуга еволуција схватања учесника оружаних сукоба завршава се почетком XX века дефинитивним потискивањем обичајних правила и парцијалних правних решења. Посебан значај за ово питање су имале Хашке конвенције.

СТАТУС ПРИПАДНИКА ОРУЖАНИХ СНАГА (БОРАЦА) ПО ХАШКИМ КОНВЕНЦИЈАМА

Хашке конвенције од 1899. године већ у прва три члана одређују да у круг лица са статусом припадника оружаних формација улазе поред припадника редовне војске и милиција и добровољачке чете под условом да имају на челу формације лице одговорно за своје потчињене, да имају сталан знак распознавања (издалека видљив), да отворено носе оружје и да се при својим операцијама придржавају закона и обичаја рата. За ратујућу страну се признаје и становништво још неокупиране територије које се приближавањем непријатеља спонтано дигне на оружје против трупа које надиру, ако поштује законе и обичаје рата (чл.2). Овим се правно озаконила пракса да се као легални војници признају и цивили, али под одређеним условима. На Другој хашкој конференцији 1907. године нова Конвенција о законима и обичајима рата на копну са Правилником о законима и обичајима рата на копну није битно изменила решења по питању припадника оружаних снага у односу на решења Конвенције из 1899. године. Једине промене је претрпео члан 2. Правилника из 1899. године. Становништво још неокупиране територије које се дигне на оружје (levee en masse) мора да поред поштовања обичаја и правила ратовања испуни још и услов да отворено носи оружје[20].

Учесници Прве и Друге хашке конференције су били свесни да нису у могућности да сагледају све случајеве који се могу појавити у пракси учесника рата па су донели једну клаузулу која би покрила све случајеве који нису били обухваћени одредбама чланова 1. и 2. Правилника. По свом предлагачу, клаузула је добила назив Де Мартенсова клаузула и постала

(20) О овом услову је било доста дискусије на Конференцији посебно између представника Немачке, који је тражио да се додају нови услови за признање законитих учесника рата становништву које се диже на оружје (levee en masse) и представника Француске који је бранио решење без нових услова, аргументацијом да се добровољачки одреди обично организују у критичним моментима, те је немогуће да претходно обавесте противника о свом знаку за распознавање. У току Конференције је прихваћен само услов да је прави спољашњи знак за распознавање бораца отворено ношење оружја.

правни основ тенденцији проширивања круга лица која имају статус бораца[21].

Хашке конвенције имају велики значај за међународно право уопште, а посебно за регулисање статуса бораца (војника). Конвенцијама се завршава дуга еволуција устројства савременог схватања припадника оружаних формација. Од тада наступа доба међународно–правног регулисања статуса бораца. Њихово доношење истиче неколико значајних момената за ову проблематику.

1) Потврђено је право народа на одбрану свим средствима из чега произлази основ да се одбаци идеја о сужавању правног оквира којима ће бити обухваћена лица са статусом бораца. Велике силе, суочене са захтевима јавне свести, с историјским чињеницама и са хуманитарним начелима, нису успеле да нова ратна правила учине независним од проблема одбране малих земаља.

2) Чланом 3. Конвенције су под шири појам бораца увеле и тзв. небораце[22].

3) Проширен је круг лица са статусом бораца. У ред законитих ратника Конвенције су увеле, поред припадника редовних војних формација, полувојне формације у виду припадника добровољачких јединица и припадника „levee en masse".

4) Правилник о законима и обичајима рата на копну је први пут у историји извршио кодификацију обичајних правила из рата и успео да окупи већи број држава под један међународни уговор. Посебан успех је постигнут у признању легалног статуса припадницима добровољачких јединица и покрета отпора. Добровољачке јединице које настану као „нередовна војска", не морају настати из организационе форме оружаних снага, нити им морају припадати, већ је довољно да испуњавају услове које им одређује Правилник. Овим је напуштен ранији услов – овлашћење од владе, које је раније захтевано, на пример у Либеровим упутствима или у француско–пруском рату (1870–1871) од Немаца. Добровољачки одреди такође могу настати и стећи легитимност независно од става (признања) домаће владе. Принцип организације је оваквим решењем нарушен и настали процес ће се наставити на Женевској конференцији 1949. године и на Дипломатској конференцији 1977. године доношењем Протокола I[23].

5) Члан 2. Правилника је дефинитивно признао статус легитимних бораца и припадницима *„levee en masse"*. Поставља се питање да ли статус легалних бораца има и становништво окупиране територије на оном подручју територије на коме непријатељ нема фактичку власт иако га је запо-

---

(21) Сагледавајући значај питања и немогућности предвиђања свих случајности клаузула предвиђа: „У међувремену док се не буде могао прописати сасвим потпун зборник закона рата, Конференција сматра потребним да констатује да у случајевима који нису обухваћени данашњим споразумом становништво и зараћене стране остају под заштитом и под влашћу принципа и права човека, онаквим какви они произлазе из обичаја које су установили цивилизовани народи, из закона човечности и из захтева јавне свести".

(22) Под појмом небораца се подразумевају лица која прате оружане снаге, лица која не учествују директно у непријатељствима, али се налазе у саставу оруж. снага и на неки начин доприносе функционисању војске. Ту спадају лица интедантске, санитетске, административне и друге службе, дописници, трговци и ликеренти ратне робе.

(23) На Дипломатској конференцији у Женеви 1974–1977. године донети су *Допунски протокол на женевске конвенције од 12. августа 1949. године о заштити жртава међународних оружаних сукоба (Протокол I) и Допунски протокол на женевске конвенције од 12. августа 1949. године о заштити жртава немеђународних оружаних сукоба (Протокол II).*

сео. Нејасноће у овом делу Правилника су створиле различита тумачења и омогућиле Немачкој да се таквим непрецизним формулацијама обилато користи у непризнавању статуса бораца устаницима у окупираној Европи. Одговор на питање статуса припадника „*levee en masse*" се крије у тумачењу појма окупације и права народа на одбрану. Припадницима „*levee en masse*" се сматрају и устанци на окупираној територији коју непријатељ не држи ефективно под својом влашћу. Такав став је заступао и Међународни војни суд у Нирнбергу. Главним ратним злочинцима је ставио у оптужницу поред осталих злочина и повреде конвенција и „обичаја рата" – непризнавања статуса ратног заробљеника припадницима „*levee en masse*".

У теорији међународног права постоји сличан став по питању признања статуса бораца припадницима „*levee en masse*". Луј ле Фир сматра да непријатељ нема права да од становништва окупиране територије тражи оданост. Исто тако, и становништво је дужно да поштује право окупатора на окупираном подручју. „То све важи само када су у питању појединачни случајеви. У случајевима општег устанка, правила ратног права поново ступају на снагу"[24].

Лаутерпахт истиче да су судови који су судили ратним злочинцима после другог светског рата потврдили принцип да се ратним злочинцима нису смели проглашавати припадници герилских покрета који су се придржавали хашких правила[25].

Истог је мишљења и познати теоретичар из Источне Европе Трајнин, који у члану 9. Бриселске декларације налази елементе заштите устаника: „Из те се одлуке види да у круг лица која уживају заштиту закона ратног права спадају не само припадници редовне војске, већ и припадници народне војске и добровољци, под којима се обично подразумевају партизани[26].

У југословенској теорији међународног права јединствен је став да се припадницима „*levee en masse*" призна статус бораца[27]. Статус се признаје све до тренутка кад непријатељ не спроведе фактичку власт на окупираном подручју, дакле, и у ситуацији када је својим трупама прешао преко територије браниоца, али је није чврсто запосео, признаје се становништву те територије да се по правилима међународног права организује као „*levee en masse*".

После Хашких конвенција на плану регулисања круга лица учесника рата није било значајних промена до Женевских конвенција из 1949. године и Допунских протокола из 1977. године. У међувремену су 1929. године донете Женевске конвенције које нису мењале решења из Правилника од 1907. године. Једина новина, по питању бораца, јесте проширење круга лица којима се признаје статус припадника оружаних снага.

---

(24) Л.Фир, *Међународно јавно право*, Београд, 1939, стр. 602.

(25) L.Oppenheim — H.Lauterpacht, *International Law*, vol. II, London, (1955), пп.212–215.

(26) И.П.Трајнин *Питање партизанског рата у међународном праву*, Београд, 1947, стр. 10.

(27) Тако:J.Andrassy,*Међународно право, Ратно право опет на дневном реду*,ЈРМП, 3,1955; С.Аврамов, *Међународно јавно право*, „Савремена администрација", Београд 1981; М.Бартош, *Општи поглед на развој међународног ратног права од 1907. до 1957*, ЈРМП, 2, 1958; М.Деспот, *Међународно ратно право*, ВИЗ, Београд, 1979; V.Gozze—Gučetić, *Међународно право и статус припадника оружаних снага*, „Војно дело", бр. 6, 1953. и *Статус борца* реферат, Црвени крст Југославије, Београд, 1977; М.Радојковић, *Рат и међународно право*, Београд, 1947.

Дуга еволуција схватања припадника оружаних снага од античког доба до XX века је ишла упоредо са променама људског материјалног и духовног стварања. Посебан одраз на еволуцију схватања су имали развој оружја и вештина ратовања. Схватање и правна регулатива су се развијали у конкретним историјским условима, са променама тих услова мењали су се и схватање и статус припадника оружаних снага. Разлика цивил–војник је постојала од првих држава до данас, уз ограду, да је свако време имало своје специфичности које се не могу упоредно анализирати без претходних напомена. Сазнања из оваквих и сличних проучавања могу омогућити даље сагледавање промена у схватању и статусу припадника оружаних снага.

(Примљено 20.11.1990)

Mr Vladan Jončić,
Lecturer at the Faculty of Law in Belgrade

HISTORICAL EVOLUTION OF INTERNATIONAL - LAW CONCEPTION OF ARMED FORCES

Summary

The evolutionary development of the conception of the member of armed forces is quite long and is not yet finished. Until now it has been for a long time determined by unsafe and confusing customary rules. The army has always been separated from the population as far as the structure of state administration is concerned. The members of the army have been in ancient states a separate order in society.

The first principles of legal regulation take place in the Middle Ages and are based on authorisation. The status was determined according to that principle by some authority (Church, feudal master, etc.). Together with the development of society and significant changes in the spheres of material production and spiritual superstructure of society, the principle of authorisation has been replaced by the principle of organisation. In addition to specific historical conditions (namely, changes in the spheres of economic relations and technological revolution, the way of waging war, war technique, great codifications of municipal and international laws, etc.), this was caused also by the strengthening of state and of its institutions.

After the Second World War the strict principle of organisation has been attenuated gradually by the humanitarian principles. The direction of further development of conception of the member of armend forces (soldiers) may be viewed through the analysis of the past and of specific socio - historical conditions. The last codification of international law of armed conflicts points at the process of softening and, perhaps, disappering of limits between the civilian and the soldier.

Key words: *Warriors. - Soldiers. - Members of the armed forces.*

Vladan Jončić,
Enseignant à la Faculté de droit de Belgrade

LE DEVELOPPEMENT HISTORIQUE ET EVOLUTIF DU CONCEPT DES FORCES ARMEES DANS LE DROIT INTERNATIONAL

Résumé

La voie de l'évolution du concept des ressoratissant des forces armées a été très longue et on peut dire qu'elle n'est toujours pas terminée. Du point de vue du droit international, pendant longtemps dans l'histoire il a été défini par des normes de coutume incertaines et imprécises. Dans la structure de l'administration d'Etat, l'armée a toujours été séparée de la population. Dans les sociétés antiques, les ressortissants de l'armée étaient une classe sociale spéciale.

Les premiers principes du réglement juridique ont été créés au Moyen-Age, sur la base du principe de l'autorisation. Selon ce principe, le statut était defini par une autorité (l'église, le maître féodal). Suite au développement de la société et aux grands changements dans le domaine de la production matérielle et de la suprastructure spirituelle, le principe de l'autorisation a été remplace par le principe de l'organisation. Y a contribué, outre les conditions historiques concrètes (les changements dans le domaine des relations socio-économique et la révolution technologique, le mode de mener les guerres et la technique militaire, les grandes codifications sur le plan intérieur et international etc.), le renforcement de l'Etat et de ses institutions.

Aprè la deuxième guerre mondiale, le principe ferme de l'organisation est progressivement adouci par des principes humanitaires. La voie de l'évolution future du concept des ressortissants des forces armées (des combattants) peut être envisagée à travers l'analyse du passé et des conditions sociales et historiques concrètes. Les toutes dernières codifications du droit international démontrent que nous assistons à un processus d'affaiblissement, voire même de disparition des limites entre les civils et les soldats.

Mots clés: *Guerriers. - Combattants. - Ressortissants des forces armées.*

UDK — 341.2
Прегледни чланак

др Миленко Крећа,
редовни професор Правног Факултета у Београду

НАУЧНО ИСТРАЖИВАЊЕ У ТЕРИТОРИЈАЛНОМ МОРУ У СВЕТЛОСТИ КОНВЕНЦИЈЕ О ПРАВУ МОРА ИЗ 1982. ГОДИНЕ[1]

У овом чланку аутор анализира решење садржано у чл. 245. Конвенције о праву мора из 1982. године. Констатује да оно почива на два конститутивна елемента: а) право научног истраживања у територијалном мору је искључиво право обалне државе; и б) научно истраживање мора у територијалном мору обавља се само уз изричити пристанак обалне државе. Посебну пажњу посвећује односу између праву нешкодљивог пролаза и научног истраживања у територијалном мору. Мишљења је да приликом проласка кроз територијално море страни брод може вршити само она мерења која су у чврстој, функционалној вези са безбедном пловидбом.

Кључне речи: *Територијално море. – Научно истраживање. – Нешкодљив пролаз.*

Морски појас који лежи између полазне или базне линије и спољне ивице територијалног мора налази се под суверeном влашћу обалне државе[2].

(1) Расправе о научном истраживању у територијалном мору су, углавном, фрагментарне природе. Види, R.R. Baxter, *The International Law of Scientific Research in Oceans,* Gergia Journal of International and Comparative Law, 1976; L.Caflisch, J.Piccard, *The Legal Regime of Marine Scientific Research and the Third UNCLOS,* Zeitschrift für auslandishes Offentliches Recht und Völkerrecht 1978,vol. 38;E.D. Brown, *Freedom of Scientific Research and the Legal Regime of Hydrospace,* India Jorunal of International Law, 1969. vol.9, и други. Другачији, шире утемељени приступи су изузетак. На пример: A.H.A. Soons, *Marine Scientific Research and the Law of the Sea,* 1982.

(2) У том погледу постоји *communis opinio doctorum.* Зато се и каже да је територијално море „продужење њене (државне– М.К.) територије" –C.J. Colombos *The International Law of the sea*, п. 87. У коментару Комисије за међународно право стоји да се права обалне државе над територијалним морем по природи не разликују од права суверенитета који држава врши над другим деловима своје територије.– *Report of the ILC to the General Assembly (Doc. A/3159), Commentary to the articles concerning the Law of the Sea.* Квалификација територијалног мора, као дела мора које се налази под суверeном влашћу обалне државе, има за основ теорију која територијално море сматра саставним делом територије обалне државе, теорију за коју се сматра да је „једина у стању да објасни сва права која позитивно међународно право признаје прибрежној држави у њеном територијалном мору".– М.Бартош, *Међународно право,* II, 1956. стр. 188. Оваква конференција је прихваћена и у позитивном међународном праву почев од Хашке конференције о праву мора (1930), преко Женевске конвенције о територијалном мору и спољном морском

Будући да, заједно са унутрашњим морским водама, чини недељиви продужетак копнене територије, територијално море *ipso iure* потпада под суверену власт обалне државе.

Женевска конвенција о територијалном мору и спољњем морском појасу из 1958. године, не дефинише експлицитно право научног истраживања као ексклузивно. Али из природе овог појаса произлази да се научно истраживање у територијалном мору обалне државе може вршити једино на основу њеног пристанка и уз поштовање прописа које она у ту сврху донесе[3]. *A Contrario,* повредио би се територијални суверенитет обалне државе.

Овакво становиште није довођено у сумњу ни током рада III конференције о праву мора[4]. Регистровано је једино неколико изолованих предлога да се, уз поштовање основног правила о суверенитету обалне државе над својим територијалним морем, вршење искључивог права научног истраживања мора, веже за принцип добре вере и савесности[5]. У самом

појасу из 1958. године (члан 1.), до Конвенције о праву мора из 1982. године (члан 2). Прихватају је и Конвенција из области ваздушне пловидбе: Париска конвенција о ваздушној пловидби (1919.) и Чикашка конвенција о међународном цивилном ваздухопловству (1944.). Концепција о суверености обалне државе над територијалним морем универзално је прихваћена у националним правним законодавствима. Види, *United Nations Legislativ e Series, Laws and regulations on the regime of teritorial sea,* 1957. (UN Doc. ST/LEG/SER.B/6; *United Nations Legislative Series, National Legislation and Treaties Relating to the Teritorial Sea, the Contigous Zone, the Continental Shelf, The High Seas and to Fishing and Conservation of the Living Resources,* 1970. (UN Doc. ST/LEG/SER.B/18.

(3) R.R. Baxter, *op cit.,*п 29;L.Caflisch, J.Piccard, *op cit.,* п.854; E.D.Brown, *op cit.,* п332; В Bohte, *Правни режим научног истраживања мора,* приноси за поредбено проучавање права и међународно право, Ново право мора, 1982. стр. 248. Ретка су дисонантна схватања као, рецимо, Бургерово по коме пристанак обалне државе „неће нормално бити ускраћен под извесним условима" за тзв. *„open research"*– W.Burger, *Treaty Provisions Concerning Marine Science Resarch.* Ocean Development and International Law Journal, 1973.п.172. Правило по коме се научно истраживање мора у територијалном мору врши на основу пристанка обалне државе и уз поштовање њених прописа, уграђено је и у низ националних законодавстава. в. A.H.A. Soons, *op.cit.,* п 46; *The Law of the Sea— Current Developments in State Pratice* —United Nations, 1987. (Seles No. E87.B.3).

(4) Представници великог броја земља снажно су инсистирали на праву и дужности обалне државе да регулише и контролише научно истраживање у свом територијалном мору. Рецимо,Escallon—Villa (Колумбија), *United Nations Conference on the Law of the Sea, Offrrecords,* vol II.п. 338, пар. 35; Hernandez de Armes (Куба), *ibidem,* п. 347,пар.8; Бранковић (Југославија), *ibidem,* vol. IV,п. 108. пар.4. и други. У том смислу су формулисани и формални предлози Тринидада и Табага (Doc.A/CONF.62/C3/L.9) и Колумбија (Doc.A/CONF. 62/C3/L13). исцрпно о легислативној историји члана 245. (Научно истраживање мора у територијалном мору), в.А.Х.А.Соонс, *op.cit.*,пп. 141–146; такође, и Б. Бранковић, Научно истраживање на морима и Конференција о поморском праву, Међународни проблеми, 2/1976. стр. 105.

(5) Рецимо, у чл. 5. предлога који је поднело 17 земаља (A/CONF. 62/C3/L.19) *in fine* стоји да, на захтев који је унапред поднет обалној држави ради обављања научног истраживања у њеном територијалном мору, треба одговорити „без неоправданог одлагања" *(without undue delay).* Иако је овај предлог био прихваћен и унет у члан 13. *Informal Single Negotiating Text* (Part III) на IV сесији је изостављен, са образложењем да дира у суверенитет обалне државе. Но, нису непознате ни идеје да се у територијалном мору конституише уговорни режим фундаменталних научних истраживања, који не претпоставља пристанак обалне државе. Тако је у предлогу *UC Commission on Marine Science, Engeneering and Resources* стоји да се научно истраживање у територијалном мору

тексту Конвенције изричито је инсистирано да „обалне државе, у вршењу своје суверености, имају искључиво право да уређују, одобравају и обављају научно истраживање мора у свом територијалном мору. Ту се научно истраживање мора обављати само с изричитим пристанком и према прописаним условима обалне државе" (члан. 245).

Два су конститутивна елемента овог решења: прво, право научног истраживања мора у територијалном мору је искључиво право обалне државе, израз суверености коју поседује над овим простором. У том смислу обална држава је овлашћена за доношење закона и прописа којим уређује вршење научних истраживања у свом територијалном мору. У теорији се примећује да квалификација права обалне државе да „уређује, одобрава... научно истраживање мора у свом територијалном мору као искључивог", није коректна[6], јер иако обална држава дозвољава држављанину друге државе да врши научна истраживања у том појасу, држава заставе истраживачког брода задржава право да регулише поменуто истраживање, под условом да је њена регулативна моћ потчињена правилима обалне државе. Такође, да одобрење за вршење истраживања „није искључиво право обалне државе, пошто је држава заставе такође овлашћена да захтева своју сопствену претходну дозволу за вршење истраживања у страном територијалном мору". Оваква аргументација тешко се може прихватити. У њеној основи је бркање два плана, два нивоа питања – унутрашњег и међународног. Када право научног истраживања квалификује као искључиво право обалне државе, члан 245. Конвенције има у виду међународноправни ниво питања, тј. однос између обалне државе и потенцијалног истраживача са становишта међународног права. Такав угао ex definitione искључује релевантност односа између потенцијалног истраживача и његове државе, јер се ради о односу који је регулисан унутрашњим правом. Са становишта међународног права, право обалне државе на научно истраживање у свом територијалном мору не може бити другачије до искључиво, с обзиром да она располаже сувереном влашћу над тим појасом.

Друго, научно истраживање мора у територијалном мору обавља се само са изричитим пристанком обалне државе. У формулацији овог услова правнополитичка логика, логика заштите суверених права обалне државе, је однела превагу над правнотехничком логиком. Потоња је сугерисала мање ригидну формулацију, јер савремени развој међународног права, чак и код преузимања деликатних уговорних обавеза, допушта већи еластицитет. Отуда нам се чини исправним да израз „изричити пристанак" треба широко тумачити у смислу генерализованог облика изричитог пристанка[7], тј. у смислу да се под изразом изричити пристанак обалне државе подводи како појединчани изричити пристанак дат у поводу конкретног захтева за вршење научног истраживања, тако и општа одредба у закону или пропису обалне државе, којом се допушта вршење научног истраживања под утврђеним условима. Оваквим тумачењем се на примерен начин штити суверена власт обалне државе у територијалном мору, а у исто време избегава ситуација у којој се, ради заштите те власти, она фактички ограничава.

може вршити без пристанка обалне државе под условима да је; а) обалној држави претходно упућена нотификација о релевантним елементима истраживања; и б) да су се истраживачи споразумели да објаве резултате истраживања. E.D.Brown, *op. cit.*, no. 370–371; W.Burger, *op.cit.* ,pp 172 et passim.

(6) A.H.A.Soons, *op.cit.*, p. 145.

(7) *Ibidem.*

Суверена власт обалне државе у територијалном мору трпи једно ограничење на основу општег међународног права –право нешкодљивог проласка страних бродова. У вези с тим логички се поставља питање да ли ово право конзумира и овлашћење на извесна истраживања? Да ли страни брод који се користи правом нешкодљивог пролаза може, примера ради, да мери садржај соли у води, да мери температуру воде, врши снимања или друга хидрографска мерења?

Члан 14. Конвенције о територијалном мору и спољњем морском појасу из 1958. године не даје изричит одговор на ово питање. Он на општи начин утврђује да:

„2. Пролазак је пловидба територијалним морем било ради пресецања тог мора без улажења у унутрашње морске воде, било ради уласка у унутрашње морске воде, било ради изласка из унутрашњих морских вода према отвореноммору;

3. Пролазак обухвата заустављање и сидрење, али само у тој мери, колико је то догађај у редовном току пловидбе или га намеће виша сила и невоља;

4. Пролазак је нешкодљив све док не дира у мир, ред и безбедност обалне државе. Такав пролаз треба да се врши у складу са овим члановима и другим правилима међународног права;

5. Пролазак страних рибарских бродова неће се сматрати нешкодљивим, ако се они не придржавају закона и других прописа, које обална држава може донети и објавити ради спречавања њиховог риболова у територијалном мору;

6. Подморнице су дужне пловити по површини и вијати своју заставу".

У трагању за одговором на питање да ли право нешкодљивог пролаза конзумира и право на извесна истраживања, већина коментатора члана 14. Конвенције о територијалном мору и спољњем морском појасу полази од одређења нешкодљивог пролаза као проласка који не дира у „мир, ред и безбедност обалне државе", па покушава да дефинише материјалну везу између безбедности обалне државе и извесних истраживања. При том једна група коментатора доводи у сумњу и могућност да се током нешкодљивог пролаза користе и уређаји за метеоролошка истраживања[8], док друга група држи да бродови могу вршити истраживања током нешкодљивог пролаза и без пристанка обалне државе ако су та истраживања спојива са таквим пролазом, изузев у случају када обална држава, полазећи од интереса безбедности, у конкретном случају забрани такве активности[9].

Коректан одговор на постављено питање не би смео да пренебрегне *ratio* инсистута нешкодљивог проласка. Јер, „ред, мир и безбедност обалне државе" означавају само дозвољене границе вршења права нешкодљивог проласка који је, у основи, уступак међународној пловидби као спољашњем изразу објективне потребе међународне сарадње. Као „пловидбе територијалним морем било ради пресецања тог мора без улажења у унутрашње морске воде, било ради уласка у унутрашње морске воде, било ради изласка из унутрашњих морских вода према отвореном мору", нешкодљиви пролазак очигледно не може бити правни основ за било каква научна истраживања у територијалном мору. Оно о чему се може расправљати су мерења која се

(8) E.D. Brown, *op.cit.* ,p.339.

(9) E.Menzel, *Scientific research on the Sea—bed and its regime*, in Proceedings of the Symposium on the international regime of the sea—bed, *ibidem*, p. 660; W.Burger, *Treaty provisions concerning Marine Scientific Researsh*, Ocean Development and International Law Journal, 1973. vol. 1.p.,172. L.Caflich i J. Piccard сматрају да је ово мишљење погрешно.– L.Caflich, J. Piccard, *op. cit.*, p. 855.

врше током проласка, а која су у стриктној вези, или, боље речено, услов за пловидбу територијалним морем. Два су основна обележја тих мерења која их разликују од научног истраживања. Прво, она су активност *ad casum*, тичу се обављања конкретног проласка територијалним морем. Друго, везане су за превоз и пловидбу. Обална држава је чланом 17. Конвенције овлашћена да доноси прописе о превозу и пловидби коју обухватају и правила о мерењима и другим активностима током вршења права нешкодљивог проласка. Другим речима, приликом нешкодљивог проласка кроз територијално море брод би могао вршити само она мерења која су у чврстој функционалној вези са безбедном пловидбом.

Оно што компликује ствари су фактичке околности. Реално не постоји рационална потреба за екстензивним мерењима приликом нешкодљивог пролаза. Између осталог и због тога што је обална држава у обавези да на прикладан начин објави све опасности које угрожавају пловидбу њеним територијалним морем (члан 15. (2) Конвенције). Бродови, међутим, поготово када је реч о ратним и истраживачким бродовима великих поморских сила, тешко могу одолети искушењу да прекораче границе дозвољених мерења приликом пловидбе територијалним морем других држава. Наруку им иде и развијена техника вишеструке намене. Рецимо, акустичне сонде које се често користе приликом пловидбе могу се искористити и за утврђивање минералних богатстава која леже у територијалном мору.

Овакве злоупотребе обална држава може спречити на два начина: индиректно и директно. Индиректно тако што би обуставила нешкодљиви пролазак страних бродова у тачно наведеним деловима свог територијалног мора у складу са одредбом члана 16. (3) Конвенције о територијалном мору и спољњем морском појасу. Директно, пак, на тај начин што би изричито забранила предузимање извесних мерења у свом територијалном мору, којих се страни бродови имају придржавати на основу изричите стипулације садржане у члану 17. Конвенције.

Како је територијално море тродимензионални простор, то аналогна правила важе и за прелет страних ваздухоплова односно пролазак страних подморница. Обавеза подморница да плове на површини и вијају заставу своје земље (чл. 14. (6) Конвенције) важи како за ратне тако и за подморнице које служе у невојне (дакле, и у научноистраживачке) сврхе.

Ствари стоје другачије са Конвецијом о праву мора из 1982. године. За разлику од Женевске конвенције о територијалном мору у спољњем морском појасу из 1958. године, она је грађена на изричито формулисаној премиси о суверeном праву обалне државе на научно истраживање у свом територијалном мору. У односу на питање о коме расправљамо, та премиса је правнотехнички реализована кроз неколико одредаба Конвенције. чланом 19. (Значење нешкодљивог проласка) конституисана је претпоставка да пролазак страног брода дира у„мир, ред и безбедност обалне државе" ако се брод у територијалном мору упушта, *inter alia*, у „обављање истраживања или мерења" *(carrying out of nesearchonsurvey activities)* [став 2. (j)]. У ширем смислу извесна истраживања могу бити искључена и одредбом подстава (ц) који забрањује да се приликом нешкодљивог проласка предузима било који акт усмерен ка прикупљању информација које могу шкодити одбрани и безбедности обалне државе. Поред тога, обална држава је чланом 21. (1,г.) овлашћена да доноси „законе и прописе о нешкодљивом проласку кроз територијално море који се односе на...научно истраживање мора и хидрографска мерења" *(marine scentific research and hydrographic surveys)*.

Решење Конвенције *in concreto* одликује неколико момената:

а) правом нешкодљивог проласка могу се у смислу класификације разноврсних бродова, уређаја и система која је извршена у студији UNESCO—

а насловљеном са „*Legal Problems Associate with Ocean Data Acquistition Systems* (ODAS)"[10] користити само бродови чија се пловидба по површини може контролисати[11]. То, примера ради, значи да право нешкодљивог пролаза не уживају истраживачки пловци *(research buoys)*[12]. Истраживачки бродови, такође, уживају право нешкодљивог проласка под општим условима који важе и за остале бродове;

б) нешкодљиви пролазак подразумева пловидбу површином територијалног мора што подразумева да подморнице, без обзира на намену, морају пловити по површини;

ц) нешкодљиви пролазак се обавља непрекинуто и без одлагања. Обухвата заустављање или сидрење у мору у мери у којој су то узгредни догађаји у редовном току пловидбе, или их намеће виша сила или невоља, или ради пружања помоћи особама, бродовима или ваздухоплову у опасности или невољи;

д) шкодљивим се квалификује пролазак страног брода који се упушта у „обављање истраживања и мерења". С обзиром да наведена формулација не садржи квалификатив „научно" испред речи „истраживање", као, рецимо, формулација употребљена у члану 21. (1. г) испада да, у смислу Конвенције, брод који се користи правом нешкодљивог проласка не би смео да врши ни уобичајена мерења и истраживања (нпр. температуру или салинитет воде и слично) уколико нису у директној, функционалној вези са проласком[13]. Штавише, „истраживања" тумачена систематски, а посебно имајући у виду чињеницу да је у члану 21. (1.г) употребљена не само без квалификатива „научно" већ и без квалификатива „поморско", сугерише да страни брод који се користи правом нешкодљивог пролаза не може вршити не само истраживања мора већ исто тако и друга истраживања, рецимо, истраживања обале, копна и слично[14];

е) обална држава је овлашћена да доноси законе и прописе о нешкодљивом проласку кроз територијално море који се односе, *inter alia*, и на „научно истраживање мора и хидрографска мерења"(чл.21.(1,г) Конвенције), којих се страни бродови који се служе правом нешкодљивог пролаза, имају придржавати.

Поставља се питање каква је природа и домашај ове регулативе? Да ли она има самосталну правну вредност у смислу да пролаз брода који врши истраживање, или мерење у територијалном мору може оквалификовати као нешкодљив, супротно одредби члана 19. (2,j) Конвенције? Овакво тумачење полази од схватања да се одредба става 2. (j) члана 19. односи само на истраживачке активности које се предузимају без одобрења обалне државе[15], тако да би обална држава била слободна да, у вршењу свог суверенитета, утврди да извесне активности наведене у члану 19. (2) могу бити преузимане у току нешкодљивог пролаза под извесним условима. Другим

---

(10) UNESCO, Intergovernmental Oceanographie Commission and Intergovernmental Maritime Consultative Organisation, *Legal Problems Associated With Ocean Data Systems* (OADS), IOC/INF—108. January 1969.

(11) E.D.Brown,*op cit.*, p 337.

(12) *Ibidem*,p.338.

(13) И теорија прихвата схватање по коме је научно истраживање мора неспојиво са правом нешкодљивог пролаза– C.A.Cojliard, *Le regime de la rechercre scientifique sur le fond des mers*, in Le fond des mers, 1971., p.170; L.Caflisch, *La revision du droit de la mer*, Annuaire suisse de droit international, 1973. vol. 29, п. 60.фус.(50).

(14) Упореди са A.H.A.Soons, *op.cit.*, п.149.

(15) *Ibidem*,p.148.

речима, члан 19. (2) наводи активности у односу на које постоји претпоставка да пролазак чине шкодљивим, али обална држава ту претпоставку може отклонити било доношењем прописа или закона одговарајућег садржаја, било давањем претходног изричитог пристанка[16], тако да, примера ради, страни брод може вршити истраживања током пловидбе територијалним морем, а да тај пролазак не буде оквалификован као шкодљив.

У пракси овакви случајеви нису немогући, али нам се чини да је оваква квалификација погрешна са теоријског становишта. Одредбе чланова 17,18. и 19. као органска целина, представљају правила међународног права диспозитивне природе којима се одређује институт нешкодљивог проласка страних бродова кроз територијално море обалне државе. Као правна правила она су, *per definitionem*, обавезна за државе, које их, будући да су диспозитивна, могу дерогирати у *inter se* односима на бази сагласности воља (рецимо, билатералним или регионалним уговором). Држава узета појединачно не може дерогирати норму међународног права, што *in concreto* значи да обална држава не може својим унутрашњим прописом оквалификовати као нешкодљив пролазак страног брода који врши истраживања и мерења током вршења права проласка, јер правило међународног права садржано у чл. 19. (2,j) Конвенције такав пролазак одређује као шкодљив[17]. Обална држава може дозволити страном броду да врши извесна истраживања или мерења током проласка кроз њене територијалне воде, али се у том случају не ради о нешкодљивом проласку већ о научном истраживању мора у територијалном мору обалне државе које не потпада под удар члана 21. (Закон и прописи обалне државе који се односе на нешкодљиви пролазак) већ је покривено чланом 245. (Научно истраживање мора у територијалном мору) Конвенције. Штавише, обална држава се, у случају ако нема посебних прописа и закона који се односе на нешкодљиви пролазак страних бродова, може уздржати од предузимања легитимних мера против брода који врши истраживања и мерења током проласка кроз њене територијалне воде, али тиме не дира у природу тог проласка као шкодљивог по међународном праву, већ се само *ad casum* одриче свог субјективног права на предузимање дозвољених противмера.

Према томе, смисао овлашћења које обална држава поседује на основу члана 21. Конвенције је у томе да се ближе и конкретније уреде модалитети примене одредаба Конвенције о нешкодљивом проласку у координатама утврђених правила о нешкодљивом проласку. А contrario би се у недопуштено високом степену отворио простор за релативизацију права о нешкодљивом проласку. Јер, није немогуће замислити случај да обална држава, под притиском економске или политичке природе, донесе законе и прописе, или у пракси поступа на начин који разара саму основу појма нешкодљивог проласка.

(Примљено 4.01.1991)

---

(16) *Ibidem.*

(17) У том правцу иде и пракса држава. Национални прописи о нешкодљивом проласку кроз територијално море донети након 1982. године, заснивају се, по правилу, на рецепцији релевантних одредаба Конвенције из 1982. године. В.*The law of the Sea—Current Development in State Practise*—United Nations 1987. (Sales No. E.87. V.3). Такође, и наш Закон о обалном мору и епиконтиненталном појасу.

Dr Milenko Kreća,
Professor of the Faculty of Law in Belgrade

SCIENTIFIC RESEARCH IN TERRITORIAL WATERS AND THE CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA OF 1982

Summary

According to the author the solution contained in article 245 of the Convention on the Law of the Sea of 1982 is based on two constitutive elements: (1) the right of scientific research in territorial waters is exclusively a right of the riverine state, and an expression of sovereignty it possesses over such space; and (2) scientific research of the sea in the above respect may be effected only after obtaining an express consent of tne riverine state.

Since the sovereign power of the riverine state over the territorial waters is subject to restrictions in terms of inoffensive passage of foreign ships, the issue arises as to whether this right consumes also the authority to make some research. The Geneva Convention on Territorial Sea and External Sea Belt (1958) does not directly answer the above question. The correct answer should be related to the reason behind the institute of inoffensive passage. „Order, peace and safety of the riverine state" are permitted limits of effecting the right of inoffensive passage which, in essence, is a concession to international navigation, as the external expression of the genuine need for international cooperation. The author therefor submits that a foreign ship, while sailing through territorial waters could effect only those measurements which are closely connected to functionning of safe navigation.

The 1982 Convention is, however, constructed on expressly construed principle of the sovereign right of the riverine state to effect scientific research in its own territorial waters. Is it possible, due to the powers of the riverine atate established ba article 21 (1,g) of the Convention, to qualify the passage of a ship effecting research or measuring in the territorial waters as inoffensive - contrary to the provision of article 19 (2, j) of the Convention? According to the author this is not the case of inoffensive passage, but of scientific research in the territorial waters. In other words, the riverine state which does not use the powers from article 21 of the Convention renounces in the specific case only its subjective right to take permitted counter - measures, but it does not infringe upon the nature of such passage as being offensive according to international law.

Key words: *Territorial waters. - Scientific research. - Inoffensive passage.*

Milenko Kreća,
Professeur à la Faculté de droit de Belgrade

LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE DANS LA MER TERRITORIALE A LA LUMIERE DE LA CONVENTION SUR LE DROIT DE LA MER DE 1882

Résumé

L'auteur estime que la solution contenue dans l'article 245 de la Convention sur le droit de la mer de 1982 repose sur deux éléments constitutifs, à savoir: a le droit à la recherche scientifique dans la mer territoriale est le droit exclusif de l'Etat riverain, l'expression de sa souveraineté sur cet espace; et b) la recherche de la mer dans la mer territoriale s'effectue uniquement avec le consentement explicite de l'Etat riverain.

Etant donné que le pouvoir souverain de l'Etat riverain dans la mer territoriale est solummis aux limitations sous forme du droit au passage inoffensif des navires étrangers, la question se pose de savoir si ce doit implique aussi l'autorisation d'effectuer certaines recherches. La Convention de Genéve sur la mer territoriale et sur la bande de mer extérieure (1958) ne fournit pas une réponse explicite à cette question. L'auteur considère qu'une réponse correcte doit être liée à la ratio de l'institut du passage inoffensif. „Le travail, la paix et la sécurité de l'Etat riverain" sont des limites autorisées de l'exercices du droit au passage inoffensif qui représente, en fait, une concession à la navigation internationale comme expresion extérieure de la nécessité objective de coopération internationale. C'est pourquoi l'auteur est de l'avis que lors du passagea à travers la mer territoriale, le navire étranger pourrait effectuer uniquement deas mesures liées étroitement et fonctionnellement à la écurité de la navigation. Cependant, la Convention de 1982 a été élaborée à apartir de la premice formulée explicitement sur le droit de l'Etat souverain à la recherche scientifique dans la mer territoriale. La question se pose de savoir si, étant donné les pouvoirs de l'Etat riverain établis par l'article 21 (1, g) de la Convention, le passage d'un navire qui effectue des recherches ou des mesures danas la mer territoriale peut être qualifié d'inoffensif, contrairement à la disposition de l'article 19 (2, j) de la Convention. L'auteur est de l'avis que dans ce cas il ne s'agit pas d'un passage inoffensif mais d'une recherche scientifique de la mer dans la mera territoriale, c'est-à-dire que l'Etat riverain qui ne profite pas des pleins pouvoirs contenus dans l'article 21 de la Convention ne fait, dans ce cas concret, que de renoncer au droit subjectif à la prise de contremesures permises, mais qu'il ne touche pas à la prise de contremesures permises, mais 'il ne touche pas à la nature de ce passage comme offensif aux termes du droit international.

Mots clés: *Mer territoriale. - Recherche scientifique. - Passage inoffensif.*

UDK — 35.001
Изворни научни рад

др Стеван Лилић,
доцент Правног факултета у Београду

ПРЕДМЕТ И ИЗВОРИ УПРАВНОГ ПРАВА: ДВА КОНЦЕПТУАЛНА ПИТАЊА

У југословенској управноправној теорији данас посебан значај добијају два концептуална питања. Прво се односи на предмет и садржину управног права, а друго се, у непосредној вези са првим, односи на изворе управног права. Поједини југословенски аутори заступају тзв. ужу концепцију предмета управног права, према којој се предмет ове дисциплине своди (искључиво) на облик вршења власти. Ови аутори изричито заговарају враћање управног права на „садржину из времена настанка државног капитализма", тј. на крај прошлог и почетак овог века. Анализа уже концепције, међутим, показује не само њену превазиђеност у односу на теоријске концепте и реално стање у развијеним земљама Европе, већ и њену објективну повезаност са моделом тзв. одумирања државе, односно управе путем њеног јачања. Друго концептуално питање се односи на област извора управног права, нарочито на улогу тзв. посебног службеног гласила као „тајног" извора југословенског управног права, и његову инкомпатибилност с општим принципима владавине права, правне сигурности и правне државе.

Кључне речи: *Управно право. – Теорија. – Предмет. – Извори.*

1. Увод

1.1. Управно право представља комплексно подручје савременог права у оквиру којег, у зависности од развоја и/или стагнације друштвених односа, непрестано „настају и нестају" посебни управноправни подсистеми. Довољно је само осврнути се на динамику развоја управе и управног права у земљама Европе у последњих двадесетак година, нарочито на садашњу ситуацију у тзв. пост социјалистичким земљама централне и источне Европе (нпр., Мађарској, Чешкословачкој, Немачкој, Југославији, Совјетском Савезу итд.), где се, наочиглед целог света, „укидају" и „дерегулишу" велика подручја друштвених и правних односа која су донедавно била под ригидном административном контролом. Тако нестају разна административна ограничења слободе кретања, настањивања и преласка границе; ублажавају се царинске, монетарне и трговинске рестрикције, а читави арсенали свакојаких прописа о „посебним" условима и управним мерама из периода административне регулације друштвених односа постају „историја"[1].

1.2. У односу на наше управно право (а имајући у виду, пре свега, ситуацију у Европи), ове околности не само да узрокују потребу прилагођавања нашег управног законодавства овим променама, већ и нашу правну

(1) Еуген Пусић, *Друштвена регулација*, „Глобус", Загреб, 1989.

науку стављају пред пробу спремности, способности и умешности за научне расправе и објективне анализе најзначајнијих концептуалних питања[2]. Консеквентно, нема никакве потребе одлагати расправу о неким основним питањима управног права, а поготово нема потребе „мало сачекати док не видимо куда ствари иду". У овом контексту ћемо се осврнути на два концептуална питања наше теорије управног права: прво се односи на предмет, а друго на изворе.

2. Контроверзе у вези с предметом управног права

2.1. Сматра се да постоји онолико дефиниција управног права, колико има и аутора који се овим подручјем баве. Међутим, такође се сматра да се приступ предмету управног права може свести на два типична гледишта[3]. Тако, по једном ширем схватању, управно право чине сви правни прописи који се односе на јавну управу, тј. све правне норме које управа примењује, без обзира на природу односа које ти прописи регулишу, и без обзира на метод регулисања. По другом ужем схватању, управно право чине само правне норме које се односе на организацију и делатности управе код којих се управа појављује са јачом вољом, односно као орган кроз који се манифестује власт (Н.Стјепановић, стр. 15).

2.2. И у југословенској теорији управног права су заступљена гледишта о „ужем" и „ширем" схватању предмета управног права. За разлику од појединих аутора, већина југословенских теоретичара управног права (као и знатан број аутора у развијеним земљама) заступа становиште о тзв. ширем схватању предмета управног права.

2.3. Илустрације ради, ево како наша два еминентна и међународно призната теоретичара управног права, проф. Иво Крбек и проф. Никола Стјепановић, одређују предмет управног права:

„(...) Управно право се не протеже на читаву дјелатност управе, *и из крила управног права све се више еманципују нове правне гране* (подвукао С. Л.). Управа у својој широкој дјелатности примењује и прописе других правних грана: грађанског, породичног итд. (...) То право, с једне стране, обухвата интерне и екстерне правне односе управе, односе управе према њеним службеницима, односно појединих организационих јединица управе и сл. а са друге стране, односе управе према грађанима и њиховим асоцијацијама". (И. Крбек, стр. 113–115).

„Управно право као грану права и као предмете науке управног права чине сви правни прописи који регулишу организацију јавне управе и делатност државе и других јавних тела у вези са управноправним односима и организацију и поступак контроле рада јавне управе. *Интердисциплинарне границе друштвених наука, у које спада и управно право, нису непокретне ни круте* (подвукао С. Л.), те у састав управног права могу да уђу и други правни односи, па чак и неправни односи, у циљу бољег сагледавања управноправ-

(2) *Криза правне науке и криза права*, Зборник радова, ЦМУ, Београд,1990.

(3) Упореди: Иво Крбек, *Право јавне управе ФНРЈ,* Књига I, Бирозавод, Загреб, 1960, стр.106–123; Александар Христов, *Управно право*, Скопље, 1961; Никола Стјепановић *Управно право* у СФРЈ, „Привредни преглед", Београд, 1978; Велимир Иванчевић, *Институције управног права*, ПФЗ, Загреб, 1983, стр.1– 7; Иво Борковић, *Управно право*, „школска књига", Загреб, 1981, стр. 3–15;, Павле Димитријевић, Ратко Марковић, *Управно право–I*, „Службени лист", Београд 1986, стр. 111–143; Славољуб Поповић, Бранислав Марковић, *Управно право–општи део*, „Савремена администрација",1989, Београд, стр. 3–5, и др.

них односа и организације, рада и контроле јавне управе.„ (Н.Стјепановић, стр. 15)

2.4. За разлику од тога, поједини наши аутори, посебно проф. Павле Димитријевић (и они који полазе од његових ставова и /или их заступају[4]. садржину управног права одређују „у ужем смислу" тј. као скуп правних норми које регулишу остваривање управне функције искључиво као вршење „управне власти". Полазећи од става да се под управном функцијом подразумева „посебан начин вршења политичке власти", изричито се заговара враћање управног права на „садржину из времена настанка државног капитализма", тј. на крај прошлог и почетак овог века. Тако:

„Управно право би се могло дефинисати као скуп правних норми које регулишу организовање, вршење и контролу управне власти.(...) Према нашем схватању (...) управно право може имати само уже одређену садржину, онако како је одређено наведеном дефиницијом. Свођење материје у овакве оквире, *значи враћање управног права на ону садржину из које је било изведено у време развијања државног капитализма у грађанском друштву* (подвукао С.Л.). (П.Димитријевић, Р.Марковић,стр. 217)

2.4.1. Наведено становиште проф. П. Димитријевића (*et alia*), последица је„ужег" приступа одређивању предмета управног права полазећи од искључиве примене тзв. нормативистичког метода, помоћу којег је формално–логички конструисана категорија „јединственог правног режима" као основни и референтни класификациони стандард.

„Управу у функционалном смислу чине само оне активности које према својим правним обележјима (без обзира на своју 'техничко– технолошку' садржину) чине једну целину која изражава кохерентност једне правне појаве". (П.Димитријевић, Р.Марковић, стр. 27).

2.4.2. Мада се наведени став проф. П. Димитријевића (*et alia*) на први поглед може учинити јасним и недвосмисленим, веома „збуњује" констатација у односу на вредност и домашај нормативистичког, као правно–догматског метода у проучавању управног права.

„Правни метод је настао из практичних потреба да би се омогућило одређивање понашања које се правним нормама захтева од људи. Због тога је овај метод највише и примењиван. Његов циљ је да опише садржину правних норми, онако како је она исказана. (...) Он не објашњава правне норме онакве какве су, не оцењује их, нити предлаже њихову измену или побољшање.(...) Ово открива и *ограниченост правног метода за потпуно сазнавање права, па према томе и управног права посебно"* (П.Димитријевић, Р.Марковић, стр. 347).

2.5. Не само у светској (европској), већ и у нашој управноправној науци сматра се да „ужи" приступ управном праву не одговара савременим условима демократског економског и технолошког развоја пост индустријског друштва. Са концептуалног и методолошког становишта тешко је (заправо и немогуће, поготово данас) успешно заступати и бранити становиште према којем управно право треба свести на „правне норме о актима и радњама власти и принуде". Међутим, треба имати у виду да оваква оријентација не искључује опредељење за „ужи" приступ управном праву из „практичних разлога". Са друге стране, изричито заговарање модела управног права из времена настанка државног капитализма са краја прошлог и почетка овог века, у најмању руку „*is not appropriate*", тј. није примерено развијеном свету,

(4) Посебно: Ратко Марковић, *Устав народа*, Правни живот, Београд, бр. 8, 1988, итд.; Зоран Томић, *Управно право - управна контрола управе* (докторска дисертација), Савремена администрација, Београд, 1989, итд.; Зоран Јелић, *Основни принципи правне државе*, Информације ССПУ-ЗУСУ, бр. 37, Београд, 1990, стр. 1-13, итд.

посебно Европи на прагу XXI века [5]. Стручна јавност је реаговала на овакав приступ. Ево, примера ради, како проф. Драгаш Денковић, познавалац нашег и компаративног (посебно француског) управног права, аргументовано оцењује ово становиште:

„Друштвени развој ће указати и одредити хоће ли предмет управног права обухватати само уже схватање (...) или шире схватање по коме би у предмету управног права били обухваћени и прописи о делатности управе(...) када се они не јављају са јачом вољом. Уже схватање је свакако лакше и једноставније за теоријско обрађивање, али има разлога да се основано може сматрати да шире схватање више одговара савременом развоју(...)"[6].

2.6. Свака објективна анализа управноправних институција нужно захтева и компаративни осврт на савремене иностране токове у управној теорији. С обзиром на велики утицај који је француска правна мисао имала код нас, посебно у Србији, ево, примера ради, једног карактеристичног савременог француског гледишта:

„Легитимитет власти не може се више тражити у њеном настанку, већ у њеном делању. Овај обрнути ред посматрања, не само да ставља под велику сумњу традиционална правна становишта по питању односа права и управе, већ у значајној мери модификује и општи поглед на управу. Иако јавна управа и даље остаје средство (инструмент), *она престаје бити слушкиња унапред постављеног правног поретка, и постаје покретач друштвених токова,* у оквиру којих заузима значајно, ако не и најзначајније место"[7].

2.7. Различита становишта о предмету управног права рефлектују се и на питања у вези са његовом улогом и значајем. Тако, полазећи од става о „неоснованости идеје о опадању значаја управног права у садашњем времену"[8], проф. Димитријевић стоји на становишту да управно право непрекидно „јача", у смислу да се његова реална улога стално проширује на нова подручја друштвених односа. Као основни разлог „јачања" управног права у тзв. буржоаском свету наводи се повећана државна интервенција на подручју привреде, док је у тзв. социјалистичким земљама тај разлог улога државе као административног организатора друштвеног живота. И у земљама тзв. Трећег света „јача" управно право, јер се у њима држава и управа јављају као основни носиоци друштвеног развоја[9].

2.7.1. Објективни развој савремене управне теорије и управног права, међутим, показује другачије тенденције, стога и упозорење: „Да је онај ко се бави управом у опасности да га због разговори о циљевима управе, њеним организационим принципима, правним начелима и решењима. Лако је заварати се замислима, формулацијама и опсесивним илузијама, јер иза расправе

(5) Nota bene: У контексту наведених ставова (посебно става о потреби „враћања управног права на ону садржину из које је било изведено у време развијања државног капитализма у грађанском друштву"), мора се са резервом узети и ласкава оцена нашег познатог академика, проф. Радомира Лукића (писца предговора) „да се несумњиво може закључити да овим делом најзад добијамо такву обраду нашег управног права која може достојно да стане у ред с одговарајућим великим делима европске науке о управном праву" (П.Димитријевић, Р.Марковић,стр. 6).

(6) Драгаш Денковић, *Преображај предмета управног права у самоуправном друштву*, Матица Српска, Нови Сад, бр. 67, 1979, стр. 113.

(7) Serge Alain Mescheriakoff, *The vagaries of administrative legitimacy*, International Review of Administrative Sciences, London, Vol.56, No. 2, 1990, str. 309.

(8) Павле Димитријевић, *Основи управног права*, „Савремена администрација", Београд, 1983, стр. 105–106–

(9) Павле Димитријевић, *Основи управног права, supra.*

о управи може стајати уверљивост идеологије (проф. Еуген Пусић)[10]. Данас се у научном проучавању управе и управног права тешко може правдати примена тако поједностављених идеолошких модела као што је подела на „буржоаске" и „социјалистичке" земље. Још мање се с објективног концептуалног и методолошког становишта може заступати модел истовременог „јачања" управе (као апарата управне власти) и њеног „одумирања", тј. растерећења од неауторитативних и стручних послова. Конзеквентна анализа „уже" концепције управног права показује, дакле, не само на њену „непримереност" у односу на теоријске концепте и реално стање у развијеним земљама Европе и света, већ и на њену објективну повезаност с идеолошким моделом тзв. „одумирања државе, права и управе путем њеног јачања", као основе званичне совјетске правне (и управне) доктрине и праксе у периоду од тридесетих до педесетих година овог века.

„Веома је илустративно посматрати како марксистички аналитичари државе (као директни настављачи концепта немачког идеализма), највећи значај придају 'државном апарату' (државној управи), преко којег држава делује и од којег она изводи свој легитимитет. Ова разлика у гледиштима између традиционалног правног схватања, које управу посматра као секундарну функцију државе, и савременог гледишта, које управу, полазећи од друштвених реалности, третира као примарну друштвену функцију, кулминира у парадоксу чија је главна жртва само право"[11].

2.7.2. Остварујући демократске програмске оријентације о „слободном кретању људи, робе и идеја", посебно у развијеним земљама Европе, за савремене тенденције развоја управног права, карактеристично је да оно не „јача" (у смислу развијања апарата власти и проширивања подручја административне регулације друштвених односа), већ напротив, да се оно трансформише од институција ауторитативног карактера (тј. власти и принуде којим се остварују тзв. општедруштвени интереси, ауторитативним решавањем о правима и обавезама грађана), у институције неауторитативног карактера којим се остварују принципи владавине права и правне државе[12], чиме се, међутим, не негира могућност вршења власти. Уместо превазиђених административних „структура и процедура", развијена друштва траже „јефтина и једноставна" (sheap and easy)[13] средства за ефикасно остваривање заштите људских права и законитости (нпр. омбудсман); очување и унапређење животне средине и слободног времена; функционалну и технолошку координацију у раду управе применом информатичке технологије (уместо хијерархијске субординације) итд. Најновије тенденције развоја иду у правцу превазилажења административног нормативизма и етатизације, оријентацијом на „небирократску управу"[14] уз примену стандарда економске ефикасности у раду управе, као што су „дерегулација", „приватизација", и др. Овакво становиште заступају наши и инострани управни експерти.

„Друштво се мора определити за такав модел државне управе који ће у садашњем тренутку одговарати његовим потребама, јер би даље задржавање

---

(10) Иванишевић, Крегар, Павић, Перко–Шепаровић, Петковић, Пусић, Рамљак,Шимоновић, *Управа и друштво*, ИДИС, Загреб,1987, стр. 1.

(11) Sarge Alain Mescheriakoff, *supra.*

(12) Стеван Лилић, *Савремена управа, правна држава и информатичка технологија*, Општина, Београд, бр. 9–12,1989, стр. 21–45.

(13) Walter Gellhorn, *Ombudsmen and Others, Citizens, Protectors In Nine Countries, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1967, str. 3.*

(14) *Administration Without Bureaucratization*, International Review of Administrative Sciences, London, Vol. 55, No. 2, 1989.

крутих хијерархијских односа, потхрањивање тенденција фукционерске управе, уз остатке чиновничког менталитета запослених у управи, онеспособило акције у економско–привредном систему и организацији научно–технолошког развоја у достизању ритма развоја у свету који нас окружује. Ова 'економска оријентација' и рационализација рада управе, усмерена ка олакшавању рада привредних субјеката, треба да добије убедљиви и неспорни приоритет у раду на трансформацији државне управе" (Стручни савет за област државне управе, Информације ССПУ, СЗУУ, бр. 30, 1987, стр. 30–31).

„У најширем смислу (дерегулација, односно приватизација најчешће се користе као општи појмови којима се обележава широки спектар реформских подухвата, чија је сврха да управне активности подвргну строгој дисциплини тржишног механизма. (...) То су вишедимензионални и сложени феномени који су тесно повезани с осталим новим концепцијама у јавној управи"[15].

3. Трајни извори управног права

3.1. Са методолошког и концептуалног становишта, разматрање предмета неке области права увек стоји у одговарајућој блиској вези и с изворима права [16]. И у оквирима управног права, јавно обављање закона и других прописа, посебно оних који се односе на управу, представља condition sine qua non остваривања права грађанина и рада управе. Уобличено у чувеној максими *Sir Edvarda Cocea: „Non man is bound to do a thing imposible"* [17] објављивање закона и прописа, како по дефиницији, тако и по природи ствари, не може бити „тајно". Наводи се да је тајност одлика „конспиративних" и „револуционарних" режима, и сматра се да је посебно „административна тајност" основна препрека демократском развоју друштва.

„Разлог што је један број развијених земаља недавно укинуо принцип административне (дискреционе) тајности, односно што његову даљу примену озбиљно доводи у питање, сазнање је да тајност спречава пуни развој демократије"[18].

3.2. Међутим, не само широј, већ добрим делом и нашој стручној јавности, није довољно познато постојање тзв. тајног службеног гласила, као једног „оригиналног" института нашег права. Могућност увида у прописе који се односе на управу и које она примењује, не само да представља битан услов за њихову примену, већ представља и елементарну претпоставку за теоријску и практичну обраду управног права. Тајни службени лист, званично „Службени лист –посебно гласило", уведен је Законом о допунама Закона о објављивању савезних закона и других прописа (1980), на основу којег је донета Уредба о условима и начину издавања и коришћења посебног службеног гласила СФРЈ (1980). Карактеристично (али и симптоматично) је да се у овом „посебном гласилу", односно посебним гласилима република и

(15) Hendrik J. de Ru, *Progress, Benefits and Costs of Adminitrative Privatization*, „International Review of Administrative Sciences", London, Vol.56, No.1, 1990, str. B,11.

(16) C.Kourilsky, A.Racz, H.Schaffer, *The Sources of Law—A Comparative Empirical Study (National Systems of Sources of Law)*, European Coordination for Researchand Documentation in Social Sciences, Akademia Kiado, Budapest, 1982.

(17) „Ниједан човек не може бити обавезан чинити нешто што није могуће Carleton Kemp Allen, *Law In The Making*, Claredon Press, Oxford, 1939, стр. 339.

(18) Donald C.Rowat (Editor), *Administrative Secrecy In Developed Countries*, Comparative Survey, Columbia University Press, New York, 1979, str. 20 in fine.

покрајина, у начелу може објавити све што се може објавити и у „редовном" службеном гласилу. То, пре свега, подразумева разне подзаконске акте (извршних органа и органа управе), али начелно не искључује ни објављивање закона (па чак ни аката уставног значаја ?).

3.3. Постојање „тајног" службеног гласила, са једне стране, поставља низ правних и других питања теоријског и практичног карактера у односу на општу тематику извора права, али, се са друге стране, постављају и професионална и морална питања у вези са „тајним" изворима управног права.

3.3.1. Тако се, између осталог, поставља начелно питање конзистентности правног поретка наше земље, с обзиром да се „тајним" службеним гласилом могу мењати акти објављени у „редовним" гласилима, а да за то „нико не зна". Постојање оваквих „паралелних правних поредака" у једној земљи, свакако не доприноси остваривању начела правне државе и правне сигурности, а још мање, остваривању савремених захтева у погледу „транспарентности" у раду и одлучивању јавних субјеката. С друге стране, с обзиром да ни стручни и научни радници (нпр. на институтима или универзитетима) немају право увида у ова „тајна" гласила, логично се поставља питање како обављати стручна истраживања и како студентима предавати „наше право".

3.3.2. Док се ова аномалија у нашем праву не отклони (иако су неке републике недавно укинуле даље излажење овог посебног службеног гласила), остаје стручна, али и морална обавеза, нарочито оних аутора који се посебно баве материјом извора права, да пруже макар основне информације о постојању ове специфичне институције нашег права. Ова се обавеза посебно односи на стручњаке из уставног, али и из управног права, с обзиром да је (судећи по „редовним" службеним гласилима), основано претпоставити да се и у овим посебним гласилима, пре свега, „објављују" прописи и подзаконски општи акти који се посебно односе на управу. Из тих разлога, код обраде извора управног права, тешко је мимоићи и обраду „тајних извора управног права".

3.3.3. Ево, примера ради, како је питање „тајних" извора третирано у нашим уџбеницима управног права. Док се у појединим уџбеницима експлицитно указује на постојање „тајног службеног гласила, и истиче његова разлика у односу на „редовно"[19] дотле се у другим уџбеницима управног права (у којима се иначе веома детаљно разрађује материја извора управног права), ова институција уопште не спомиње (Упореди: П. Димитријевић, Р. Марковић, поглавље Извори управног права, стр. 263–340).

***

Као општи закључак изнетих ставова и аргумената, произлази да се у наведеним савременим условима, и у нашој земљи, управно право и наука управног права морају оријентисати ка прогресивним европским и светским тенденцијама развоја мисли у овој области, тј. ка регулацији друштвених токова првенствено неауторитативним и стручним средствима и методама. Консеквентно, оваква оријентација управног права мора наћи место и у програмима управног права на нашим универзитетима и другим стручно–образовним институцијама, посебно на водећим правним факултетима, уколико се жели постићи задовољавајући квалитет и „употребљивост" домаћег

(19) „То посебно гласило СФРЈ, према томе није исто што и Службени лист СФРЈ. Њему недостаје битни елемент приступачности свакоме". (В.Иванчевић, стр. 78)

знања у међународној размени научних и стручних информација из ове области.

(Примљено 20.10.1990)

Dr Stevan Lilić,
Assistant Professor of the Faculty of Law in Belgrade

THE SUBJECT-MATTER, AND METHOD OF ADMINISTRATIVE LAW
- Two Issues of Conception -

Summary

Due to great social, economic, and technological changes in contemporary world, and more particularly in Eureope, Yugoslav theory of administrative law is also interested in two issues of conception. The first relates to the subject - matter and substance of administrative law, while the other, closely connected to the first one, to the sources of that branch of law. In contrast to contemporary trends in the development of administrative and administrative - law theory and practice (basically expressed by most eminent Yugoslav authors in this fiels - I. Krbek, N. Stjepanović, D. Denković, E. Pusić and others), some other Yugoslav authors (and more particularly P. Dimitrijević, R. Marković, Z. Tomić, Z. Jelić and others) propose the so - called narrow conception of the subject - matter of administrative law, according to which this discipline is reduced exclusively to the form of execution of power. These authors would like to return the administrative law to the „substance from the times of the creation of state capitalism", namely of the end of the last and the beginning of the present century. The analysis of the narrow conception, however, shows not only its obsolescence as compared to the theories and real situation in developed European countries, but also its objective relationship with the model of so - called „withering away of state", namely of administration by means of its strengthening.

The second conceptual issue relates to the sphere of sources of administrative law, and more particularly to the role sources of administrative law, and more particularly to the role of so - called specific official gazette as a „secret" source of Yugoslav administrative law, and its incompatibility with the general principles of the rule of law, of legal security and the state of law.

Key words: *Administrative law. - Theory. - Subject - matter. - Sources.*

Stevan Lilić,
Chargé de cours à la Faculté de droit de Belgrade

L'OBJET ET LES SOURCES DU DROIT ADMINISTRATIF
- Deux questions conceptuelles -

Résumé

Etant donne les grands changements sociaux, économiques et technologiques dans le monde contemporain, et notamment en Europe, deux questions conceptuelles revêtenta une importance particulière à l'heure actuelle dans la théorie administrative yougoslave également. La première a trait à l'objet et au contenu du droit administratif alors que l'autre, directement liée à la première, a trait aux sourcs du droit administratif. A la différence des

tendances contemporaines dans le développement de la théorie administratives juridiques (preconisées généralement par certains théoriciens yougoslaves les plus éminents dans cette branche: I. Krbek, N. Stjepanović, D. Denković, E. Pusić et alt.), certaines auteurs yougoslaves (notamment P. Dimitrijević, R. Marković, Z. Jelić et alt.) préconisent ce qu'on appelle le concept plus restreint de l'objet du droit administratif, concept selon lequel l'objet de cette discipline se ramène (uniquement) à la forme de l'exercice du pouvoir. Ces auteurs préconisent explicitement le retour du droit administratif au „contenu de l'époque e la création du capitalisme d'Etat", c'est-à-dire de la fin du siècle dernier et du début de ce siècle. Cependant, l'analyse du concept plus étroit démontre non seulement qu'il est dépassé par rapport aux concepts théoriques et à la situation réelle dans les pays développés (d'Europe), mais aussi qu'il est objectivement lié au modèle du dépérissement de l'Etat, c'est-à- dire de l'administration par voie de son renforcement. L'autre question conceptuelle est liée au domaine des sources du droit administratif, surtout au rôle du journal officiel spécial comme source „secrète" du droit administratif yougoslave et à son incompatibilité avec les principes généraux du règne du droit, de la sécurité juridique et de l'Etat de droit.

Mots clés: *Droit administratif. - Théorie. - Objet. - Sources.*

UDK — 340.11
Изворни научни рад

др Радомир Лукић,
редовни професор Правног факултета у Београду, у пензији

НОРМАТИВНОСТ ПРАВА

Нормативност права не треба поистовећивати са нормативизмом у праву. Нормативност права је основна одлика права која произлази из његове суштине као мисли, скупа појмова о обавезном понашању људи. Право, тј. правна норма, духовна, је идеална појава која као нешто што јест казује оно што треба да буде. Она не постоји само зато што важи, већ постоји као исказ о потребном. У том смислу, правна норма је идеална појава ван времена и простора, која у реалном свету постоји у психи људи или у језичким знацима. То значи да нормативност права произлази из стварности, пре свега из друштвених чињеница, које не могу да замене норму као духовну појаву. У извесном смислу, нормативност се може сматрати обликом (формом) права за разлику од његове садржине (правних установа) као материје, јер се правна норма од других разликује својим формализмом и ослонцем на државну принуду у виду санкције за њено неизвршавање. Сам формализам, пак, значи да је правом тачно одређено како правне норме настају, као и када престају да постоје као такве. То значи да нормативност постоји чак и када се једна норма примени на један једини случај ако заиста постоји.

Кључне речи: *Право. – Теорија права. – Нормативност. – Важење норме. – Постојање норме.*

1. Највећи број људи, односно цео „обичан" свет назива правом скуп норми које санкционише држава својим монополом принуде. Како термини треба да служе што бољој и потпунијој вези, разумевању што већег броја људи, то би правом заиста требало назвати оно што назива највећи број чланова друштва који с правом имају везе. На жалост, једино се један део правне науке не држи овог златног терминолошког закона па назива правом нешто што обичан свет тако не назива. Услед тога долази до неразумевања између науке и обичног света, који у великој мери зависи од права, те стога с њим има тако рећи свакодневан додир. Но, пошто је обичан свет у основи практичан, он налази начина да се правом служи и не улазећи у сложене терминолошке проблеме и не усвајајући сувише сложену терминологију. Из тога ипак треба извући закључак да је боље држати се и у науци опште терминологије уколико то не иде наштрб схватања саме суштине онога што термин означава.

Сходно овој терминологији и суштини права која је тако изражена, право је нормативна појава. При том се сама нормативност у одређеној мери одваја од других појава у свету, ненормативних, од којих се чак и дубоко разликује. Норма је људска духовна творевина која се састоји од мисли – то је мисао. Као таква, она може бити садржај психе, може се налазити у памћењу, одакле може доћи у свест, као што може бити садржана и у знацима, по правилу језичким, одакле – опет – долази у свет тумачењем знакова.

Као мисао, норма није реална појава, тј. не налази се ми у времену ни у простору. Као садржај психе она траје извесно време, али опет остаје непросторна. Међутим, треба имати у виду да она траје као садржај психе, тачније, траје психички процес у коме се она „налази", „постоји" као његов садржај, док она сама у ужем смислу, независно од процеса, уопште не траје. Норма је, дакле, идеална појава, појава непросторна и невремена.

Ова тврдња о идеалном карактеру норме изазива честе недоумице, па и одбацивање оних којима је тешко да схвате ко добро размисли, постојање било чега идеалног, али на то не треба обраћати пажњу. Свако мора признати постојање идеалних појава што, ипак, не спречава да постоје и упорни „реалисти", који то поричу, не увиђајући да тиме поричу једну несумњиву стварност, иако друкчију од реалне, чиме донекле поричу и сами себе управо као реалисте. Јер, идеално постојање норми је исто толико стварно као и сваке друге стварности узете у ширем смислу речи, а не временски– просторно.

Но, није ни само то. Многи „реалисти" иду даље у тежњи да порекну било какву нормативност права – дакле, и ону „реалну", оличену у позитивном праву и његовој принуди. Они беже од сваког нормативизма, сматрајући то за идеализам и, тежећи материјализму, покушавају да право схвате као нешто што уопште није норма, већ је део стварности. И зато се најчешће окрећу друштвеним односима. Зато се јављају гледишта која на један или други начин претварају право у друштвене односе. Тако су у раној совјетској теорији права Стучка и Пашуканис делили друштвене односе на две врсте, од којих су једни право, а други „обични" друштвени односи.

Сличних гледишта има и у нас. Најистакнутији представник таквог гледишта је Н. Висковић. По њему, право није само скуп норми, јер је то „нормативизам", свођење права на норме. Он сматра да је право нешто „чврше", „реалније" и, нарочито, сложеније, јер му изгледа упрошћавање ако се право сведе на један једини елемент. Зато предлаже „интегрално" схватање права, како би се оно „обогатило", што у пракси значи да се право схвати као скуп тријy чинилаца – норми, друштвених односа и вредности које право остварује. Како, иначе, сви признају да поред норми постоје и односи и вредности, али само норме називају правом, док Висковић све то заједно назива правом, јасно је да он не мења ништа у суштини постојећег гледишта, него само предлаже промену назива право, односно његово проширење и на односе и норме. Није, дакле, у питању никаква нова теорија права него само обичан назив, терминологија. У односу на Стучку и Пашуканиса, Висковић додаје још чинилац вредности као елемента права, јер и прва двојица суштински не поричу елемент норми, макар га сматрали небитним и тако недовољним за потпуно, материјалистичко схватање права.

И други писци прихватају Висковићеву „теорију" интегрализма, дошавши у заблуду да тиме стварају неки нов поглед на право, комплекснији, „реалнији", не видећи да је у питању само промена терминологије, а никако и суштине права.

Као што се зна, нико, изузев присталица крајности, не одбацује чинилац норми у праву, али исто тако ни везу права с друштвеним односима, које уређује, и вредностима, које остварује. То мисли и Висковић. Разлика је једино што он сва ова три чиниоца назива правом, док се уобичајено само један носилац, тј. норме – тако назива. Разлика је, дакле, чисто терминолошка, никако суштинска. Није уопште реч о теорији (која је суштинска) него о термину (који је људски договор). Пошто је терминологија релативно безначајна, јер свако има право да зове одређену ствар како хоће, под условом да је јасно обележи, није битно шта се назива правом, под условом да се то јасно каже. Оваква терминолошка разлика само доводи до потребе да се

различити термини узајамно преводе између себе. Зато би било боље усвојити заједничку терминологију, па ће можда правници једног дана увидети да је то корисно и договорити се о њој.

Уважавајући релативну безначајност терминолошких разлика ако се пореде са стварним разликама (нпр. ако би неко тврдио да право нема никакве везе с нормама, или с односима, или с вредностима), треба, ипак, указати на извесне разлоге који се могу истаћи против увођења у сам појам права друштвених односа и друштвених вредности, ма колико се иначе они могли и одбацити као несуштински.

Пре свега, како је речено, таква терминологија није уобичајена, па би њена употреба доводила до забуне, због чега би се морало увек објашњавати који се чинилац права има у виду кад се о њему говори. Другим речима, термином „право" се може правити врло мало реченица, односно мисли. Тако се, нпр. не може казати „право прописује", него би се морало рећи „правне норме прописују" и сл. То, наравно, нема велики значај, али је један чинилац у економији речи и мишљења, јер се мора увек два пута рећи иста ствар уместо једном (мора се рећи „право, тј. правна норма..." или право, тј. правни однос..."итд).

Друго, и важније: ако се зна да право својим нормама уређује врло велики број и то по правилу најважнијих друштвених односа, онда се долази до поистовећивања знатног дела друштва с правом – тачније – до подвођења друштва под право као шири појам. Тако друштво, или бар најважнији друштвени односи, постају саставни део права, тј. само право. То је заиста ипак претерано и сасвим супротно уобичајеним (и не само уобичајеним у смислу схватања) него стварно постојећим односима између друштва и права. Право је мање значајно и мање обимно од друштва – друштво је основ и извор права, оно одређује право, оно је очигледно онтолошки надмоћно у односу на право итд, а овде терминологија окреће ствари наглавачке, па испада да је знатан део (и то најважнији) друштва – потчињен праву, његов део.

Треће, друштво као нешто реално сасвим се суштински разликује од права као идеалне појаве, односно од правних норми и правних вредности, као идеалних појава. Тешко је наћи оправдање за спајање тако суштински различитих појава у једну исту појаву – у овом случају у право.

И ови су разлози довољни да се одбаци оваква терминологија, да се утврди да она не доноси ништа ново кад је реч о самој ствари него је заиста једино увођење другог термина, који се, како је речено, показује као незгодан. Стога, признајући тесну повезаност правних норми, правних односа и правних вредности, ипак је боље да се ти називи, као и назив право, и даље употребљавају самостално како би се обезбедио простији (и зато прецизнији) и економичнији правни говор. На тај начин се избегава и могућност погрешне свести, односно уверења да је откривено нешто ново о самој суштини права, док је, у ствари, само замењена стара терминологија новом, очито лошијом.

2. Сходно томе, остајући при старој терминологији, треба признати нормативност права као једну од његових суштинских одредаба. У извесном смислу, нормативност се може сматрати обликом (формом) права за разлику од његове садржине (правних установа) као материје. Као форма, нормативност је увек иста, без обзира на сам конкретан облик форме (писано државно право, обичајно итд.), јер суштина форме лежи у њеној нормативности, која је увек иста.

Иако у суштини иста, нормативност се, ипак, донекле разликује по својој снази. Наиме, правне норме су хијерархизоване према снази, распоређене су вертикално на норме с мање или више снаге, тако да обезбеђују

садржински јединствен непротивречан правни поредак, пошто нижа норма не сме противречити вишој и тако до највише. Разумљиво је да ова формална хијерархија мора (и по правилу то јесте) да буде повезана с одговарајућом садржинском хијерархијом, што значи да норме „теже", „значајније" садржине добијају и одговарајућу већу хијерархијску снагу, тако да најважније норме по садржини, оне које одређују суштину дотичног права, чине с гледишта форме, нормативности, први хијерархијски ред, а за њима, у нижим хијерархијским редовима иду мање важне норме. У савременим правима, највише хијерархијске норме садржане су у уставу, који се издваја у посебном највишем акту. Хијерархија норми обезбеђује праву систематичност и прегледност. Сама хијерархија се поступно изграђивала упоредо с повећањем важности права и потребом да оно буде лако употребљиво у пракси.

С обзиром на ову разлику двају битних елемената права, облик и садржину, право се може посматрати са та два одговарајућа гледишта – с гледишта форме и гледишта садржине. Оба ова елемента су проузрокована, наравно, одговарајућим друштвеним потребама за правом и нужно постоје у сваком праву, ма и у недовољно израженом и развијеном виду. У савременом праву, односно правној науци, у много већој мери се обраћа пажња проучавању и следствено томе развијању и усавршавању форме, што је опет изазвано повећањем и све већом сложеношћу правне садржине, која без строге форме, уколико правна снага норми и њихов хијерархијски ред нису строго одређени, постаје непрегледна и тешко примењива. Тако су развијени посебно разрађени системи схватања нормативности права и правне хијерархије насупрот системима који разрађују садржину права, као и његову друштвену, социолошку, односно психолошку страну и друге стране којима се та садржина објашњава. Ово сасвим природно и неопходно разликовање, међутим, доводи до извесних неспоразума и спорова у науци око утврђивања релативног значаја једног и другог елемента у схватању саме суштине права. Тако се они који се баве нормативношћу у праву и њу истичу у први ред супротстављају онима који се баве садржином и обрнуто. Међутим, непристрасно гледано, оба су елемента важна, па тиме и оба правца проучавања права.

У савременој правној науци једно време је нормативност права, нарочито њена формална страна, била доста истакнута заслугом значајног правног теоретичара Ханса Келзена, коме су се супротставили теоретичари који су главну пажњу обратили на садржину права и самим тим и на њену социолошку условљеност, при чему је особит значај имала француска правна школа на челу са Дигијем и Жанијем, поред низа других истакнутих писаца. Може се слободно рећи да је цела прва половина XX века била обележена овим двема школама права и њиховим узајамним оспоравањима. У средишту спора је била првенствено Келзенова нормативистичка школа, оштро критикована, али исто толико оштро и бранјена. Иако је у другој половини века ова борба стишана и сада већ, може се рећи, и завршена једном врстом неизбежног поравнања, она ипак има још одјека и остаје значајна карика у развоју савремене теорије права. У извесној мери она је била одржавана још у социјалистичким земљама, где се веома мало нагињало социолошком схватању права и готово скоро потпуно одбацивало разматрање проблема нормативности права, проглашених за формалистичке, па и ненаучне под притиском упрошћеног социологизма заснованог опет на упрошћено схваћеном марксизму у совјетској школи дијалетичког и историјског материјализма. Данас се и ту стање изменило па се може рећи да су створени основни друштвени услови да се подвуче црта испод ових расправа и прихвати оно што је здраво

у оба табора. Стога се могу с више објективности утврдити природа и значај нормативности у праву.

Посматран с временске раздаљине краја овог века, јасно се види у чему је Келзен, подвлачећи значај нормативног елемента права, имао право, а у чему није и, обрнуто, у чему је социолошка школа била у праву.

Истичући нормативност права, Келзен је, у ствари, само потврђивао и иначе нормално схватање важности тог елемента права, који нико не може да оспори, а још мање да порекне. У ствари, кад се овај спор посматра са садашње временске раздаљине, он изгледа безмало несхватљив, јер се своди на заиста релативно безначајне ствари, које су, међутим, изазвале зачуђујуће велике расправе. Келзен је само мало више подлачио значај норми и њихове хијерархије и, нарочито, до краја систематски, строго логички, изградио један потпун систем нормативне правне хијерархије, који, иако не тако наглашен и развијен, лежи у суштини у сваком озбиљном разматрању права, јер је просто немогуће без тога обрађивати и, нарочито, примењивати позитивно право. Келзен је то што се налазило, недовољно развијено, у науци, али зато примењивано у пракси, строго систематизовао и истакао његов значај. Али, признајући као сасвим легитиман социолошки метод објашњења права као појаве и посебно као средства за исправно тумачење и примену права, а исто тако усвајајући и претерано развијајући већ постојеће ставове о нормативном елементу права, он је прекорачио границу правне стварности, коју нормативни метод не може да прекорачи, хотећи да право и објасни овим методом, што је немогуће, јер се норме не могу објаснити самим собом већ ненормативним, а пре свега друштвеним чиниоцима, који су предмет социолошког метода. Занимљиво је при том да се сам Келзен потпуно слаже да објашњење права може дати само социолошки метод, подразумевајући под тим утврђивање узрока и деловања права – друштвени узрок његов и његово повратно деловање на друштво. Али, као систематичар и формални логичар, Келзен је сматрао да се право на неки начин мора објаснити и с гледишта нормативног метода, који је, у суштини гледано, једна врста примењене логике. Сасвим се слажући да је стварни узрок права друштвеног карактера, он је ипак сматрао да се мора покушати, због логичког захтева потпуности и систематичности, да се право „објасни и нормативним методом. При том није, наравно, мислио на материјално, социолошко објашњење, које није у надлежности тог метода, него на систематско –логичко објашњење, које би извукло последње нужне закључке посматрања права с нормативног гледишта, тачније – с гледишта логике нормативног система. При том, будући сасвим свестан да то нормативнологичко објашњење не може бити и стварно објашњење, он га није ни покушао таквим представити, сводећи га на успостављање једне логички нужне *претпоставке* (а не стварне чињенице), тврдећи само да то захтева потпуност нормативне логике.

Конкретно, Келзен је, потпуно исправно, сматрао да, с обзиром на хијерархију норми, *правнонормативно* (не правносоциолошки) посматрано, свака нижа норма настаје на основу одговарајуће више норме, која јој даје правни карактер одређујући поступак њеног доношења и тиме и њено место у хијерархији норми. Тако се долази до устава као највише норме, из које настају све ниже норме у хијерархији. Али, управо ту и настаје главно питање: ако свака норма произлази из више норме, онда то треба да важи и за устав. Међутим, изнад устава нема, на жалост, никакве више норме из које би он црпао свој правни карактер. Па, пошто такве норме нема и не може је бити, јер би се онда за њу поставило исто питање и тако у бесконачност, Келзен је сматрао да се та виша норма, пранорма, која ће уставу дати правни карактер, мора претпоставити као да постоји, иако не постоји! Тако би била

задовољена логика нормативног система, где свака норма мора да изиђе из претходне.

Психолошки је свакако врло занимљиво ово Келзеново мишљење. Он зна и сам да *претпоставити* нешто не значи и поставити га, претпоставка не може да замени стварност – претпоставка и потврђује, по самом свом појму, да оно што се претпоставља не постоји. Он врло добро зна да је то тако и да оно чега нема не може да врши никакав утицај. Ако виша норма и може дати правни карактер нижој, онда гола претпоставка више норме очито не може дати такав карактер уставу. Та претпоставка, пранорма, првобитна норма, ничему не служи осим привидном задовољавању формалне (али потпуно празне) тобожње (правне) логике. Зачуђујуће је да Келзен то не види. Он је толико занет строгошћу своје нормативне хијерархије да је не може напустити и кад ње више стварно нема – он је претпоставља и бави се химерама. Уместо да са свог чисто нормативистичког гледишта пређе на социолошко гледиште ради објашњење правног карактера устава, он, ради „чистоте" метода, остаје при узалудном покушају да моћ нормативног метода протегне и онде где она сасвим нестаје. Просто је психолошки и, нарочито, логички немогуће схватити овај Келзенов став (а управо је он тај став и усвојио тобож због поштовања логике!). Но, и велики људи имају право на своје страсти и следствене заблуде.

Стога треба напустити привиде претпоставки и вратити се на тло стварности – норме излазе из стварности, иако се формално уздижу изнад ње. Нормативан метод може да се употребљава унутар права, а не изван њега, у простору додира права са стварношћу. Ограничавањем нормативног метога на његов стварни обим наука ништа неће изгубити, па ни овај метод у њој. Напротив, ако се пређе његова граница, он се показује немоћан. Нормативност права се нимало не смањује ако се покаже да и она, на крају крајева, потиче од стварности. Она захтева да постоји строга хијерархија норми и извођење нижих од виших, али исто тако и да се призна ограниченост нормативног метода, који тако постаје нормативистички. Утврђивање ограничености овог метода (као и свих метода уопште – па и социолошког) потиче од саме њихове суштине – сваки има своју тачно ограничену област примене и њено прекорачење иде само на штету самог метода. Преоштра критика Келзеновог претеривања водила би у супротну, опет неосновану крајност – одбацивање нормативног метода уопште, што је такође недопуштено.

На основу овог кратког излагања о нормативном методу треба закључити да његове претераности не укидају нормативност права, која остаје његова суштинска карактеристика. Право је у првом реду норма, пропис, правило понашања људи у датим условима. Оно се објашњава одређеним чињеницама, пре свега друштвеним, али те чињенице не могу да замене норму.

3. Правна норма се од других норми разликује својим строгим формализмом и ослонцем на државну принуду у виду санкција за њено неизвршење. Формализам значи да је самим правом тачно одређено како правне норме настају, као и када престају да постоје као такве. С тог формалног гледишта, правна норма постаје права норма, ефективно правило понашања у тачно одређеном тренутку, као што то престаје бити у другом тренутку. Она може бити донета пре него што постане обавезна, пре но што почне стварно да делује на друштвене односе. Обавезност примене норме назива се *важењем* норме. Откад норма почиње да важи и докле важи одређено је такође самим правом, том истом или другом нормом. Сходно томе, може се разликовати и време постојања норме од њеног времена важења, па тиме и само постојање од важења. Но, и овде се поново наилази

на Келзена. Он изједначава постојање норме с њеним важењем. Стога се мора о томе мало подробније расправљати.

Уобичајено је, наиме, сматрати да норме *постоје*, не улазећи ближе у сам појам постојања и његову одредбу, пошто се сматра да је то познат и неоспоран општи појам, који се примењује и на норме. Додуше, кад се на овај појам погледа мало боље види се да он није тако лако схватљив. Он је један од крајњих (или почетних – свеједно) појмова нашег мисаоног система, који је врло тешко одредити неким другим појмом, како је то уобичајено, тј. одредити му врсту којој припада и особеност која га одликује од планова осталих припадника исте врсте. Заиста, којој то врсти не првенствено појмова, него самих „ствари", предмета, појава припада појам *постојати, постојање?* Одмах се види како је тешко одредити овај појам на тај начин. Зато се вероватно мора ићи на опсежнију описну одредбу и, на крају, на „саморазумевање" појма, схватање појма из самог њега, што је формула која лепо звучи, али иза које је прилична магла кад се хоће тачније одредити како се то појам разумева сам по себи, без помоћи других појмова. Ово тим пре што се други појмови такође морају одређивати следећим појмовима, а то је исто тако тешко учинити као и кад је реч о самом појму *постојати*, јер су и ти други појмови такође крајњи или први. Такав је случај, примера ради, с појмом *бити*, који отприлике значи исто што и *постојати*. Можда је бољи начин одређивања тог појма да се употребе нешто даљи појмови, који се не поклапају потпуно с појмом *постојати*. Тако изгледа успешнији покушај с појмовима *Нешто* и *Ништа*, па постојати одредити као *бити Нешто*, *не бити Ништа*, мада и ту има тешкоћа – у првом, позитивном изразу због могућег плеоназма, односно таутологије, истоветности *бити* и *Нешто*, а у другом, негативном због двосмислености, јер не *бити Ништа* и *бити Ништа* такође значи исто, тј. садржи значење постојања *Нечег*, пошто је и *Ништа* такође *Нешто* тј. *Ништа*.

Но, остављајући по страни ове можда сувише танане ако не и прилично вештачке, нестварне, а свакако сувише апстрактне проблеме и враћајући се на конкретније питање одредбе постојања норме, као нечег много конкретнијег и за теорију права занимљивијег појма, задржаћемо се овде само на једном Келзеновом ставу о постојању правне норме (што се у извесној мери може проширити и на све остале норме).

Како је поменуто норме *важе*, а овом важењу се даје особит значај кад је реч о правним нормама. Важење правних норми је много одређеније, „стварније" од важења других норми, јер је подржано врло снажним и нимало нејасним и магловитим реалним мерама државе – принудном санкцијом. И у вези с тим важењем норми појављује се Келзен, који тврди да норме постоје важењем. Он изричито каже[1] да норма има „специфичну егзистенцију, важење", и још подробније: ...„ ступа на снагу" значи ступа у специфичну егзистенцију. И даље каже: „Важећа норма је плеоназам", као што каже и „неважећа норма је contradictio in odiecto".

Келзенова мисао је врло јасна. По њему је норма правило понашања, које, по самој својој суштини, важи, тј. обавезује одређене субјекте. Отуд и плеоназам ако се каже „важећа норма" и противречност ако се каже „неважећа норма", пошто је важење садржано у самој суштини у појму норме – ако неко „правило" не важи, онда оно и није норма, правило, него само неки привид норме, односно управо противречност, јер „неважење" потире својство норме и своди је на обичан ненормативан језички исказ. Келзен то каже сасвим поуздано, нимало не сумњајући у тачност свог става, не ограђујући се могућим сумњама.

(1) *Allgemeine Theorie der Normen, S.2 u 1367*

Па ипак се чини да се у извесној мери може сумњати у исправност оваквог становишта. Ми, разуме се, можемо давати речима које хоћемо значење, јер је то ствар друштвеног договора, па то важи и за реч постојање, *егзистенција,* коју употребљава Келзен. Он може важење да схвата као синоним за *постојање*. Ипак, уобичајени језик употребљава ове речи у различитом значењу, не поистовећује *постојање* и *важење*. Уобичајеним језиком ће се рећи да норма *постоји,* као нешто што је ту, што јест, што се налази у правном поретку или систему, а да она још уз то и *важи.* Постојање је предуслов важења. Додуше, Келзенов став треба разумети у тачно одређеном смислу – по њему норма не постоји ако не важи или, прецизније, у том случају постоји језички исказ који се не разликује од других, ненормативних исказа, који *није* норма. Тај ненормативан исказ *постаје* норма, претвара се у норму тек почетком њеног важења, ступања на снагу, да би се по престанку важења дотадашња норма опет вратила у „стање" ненормативног исказа, да би почела поново да постоји као такав исказ.

Ово Келзеново становиште је разумљиво. Али ипак, може ли се прихватити? Језик, изгледа, јасно разликује постојање норме од њеног важења. Ако можда и може да се схвати да норма која не важи уопште и није норма, те се тако не може звати, ипак треба истаћи да правна норма која није ступила на снагу није обичан исказ као и сваки други него квалификован правни исказ, саставни део права, који је донет на особен начин од особених људи по особеним обавезним прописима, смисаоно повезан са свим осталим деловима датог права, нормама. Може се, наравно, на то одговорити да је то заиста тачно, да се тобожња „норма" налази у неком процесу постојања, рађања, *in statu nascendi* као норма, али да она *још* није норма, као што се то и признаје ако не изрично, а оно констатацијом да још *не важи.* Заступници супротног мишљења ће рећи да управо оно „још" показује да је тај исказ бар упола норма, итд.

Расправа се може наставити у истом правцу придавањем различитих значења или бар танаких прелива (нијанси) значења истим речима и ту се вероватно не види крај, иако остаје да се уобичајено постојање разликује од важења и да према томе норма треба и да постоји по правилу и пре но што почне важити, а свакако бар са тренутком почетка овога. Стога изгледа да се треба окренути другим разлозима ако се хоће ићи поузданијом стазом ка решењу.

Требало би, чини се, разликовати значења глагола *бити, постојати,* који се односи на егзистенцију нечег, неке супстанције, „ствари", „бића", и значења глагола *важити*, који се односи на радњу, функцију супстанције, бића, ствари, односно на њен квалитет, на њене атрибуте, уопште – на оно што иде уз њено постојање, а не означава управо то постојање, које се претпоставља као постојање чим се говори о функцији, квалитету, својству тога што постоји.

Из обога би изишло да, и кад бисмо се сложили с Келзеном да пре но што почне да важи, норма не постоји као норма (већ само као нешто друго, не –норма), она ипак, кад почне важити, и *постоји* као норма, а не само *важи.* Важење, као функција, квалитет, атрибут, као нешто што говори о норми, још увек није и сама норма, односно није истоветно с њеним постојањем. Пре но што почне да важи, можемо се напослетку и сложити да, строго узето, није још норма него нешто што јој претходи – *преднорма.* Али, чини се да је то ипак у извесној мери силовање језика, па и појмова. Ни у чему не треба прећи меру, па ни у претераном *истанчавању* значења речи. Келзен изгледа да превршује меру, па постаје нејасан, спаја различите појмове у један и од жеље за савршеном (претераном) јасношћу и прецизношћу постаје нејасан и непрецизан. Уместо „нормално" схваћених норми које постоје почињу да лебде

неки фантоми који не постоје, а ипак важе, односно *само* важе. Ако заиста не могу да постоје *и* док не важе, нормама треба „допустити" да *и* постоје чим почну да важе.

Тако се, дакле, постојање разликује од важења. При том ипак треба водити рачуна да норма није потпуна норма уколико није почела да важи. У најповољнијем случају за Келзена могло би се рећи да норма постоји, и односно да постоји спремна њена садржина и пре но што почне важити, јер је већ раније не само формулисана него и објављена у званичном акту, бар по правилу (јер може се прописати да норма почне важити чим је формулисана, мада и тада она мора бити бар довршена пре но што почне важити, те се, бар мисаоно, тренутак њеног довршења може разликовати од тренутка почетка важења). У сваком случају, макар и трајали истовремено, постојање и важење су две сасвим различите ствари и не могу се никако поистоветити чак и ако се прихвати да норма постаје нормом тек почетком важења, а да је пре тога само обичан језички исказ. Ни у ком случају се постојање и важење не могу поистоветити, како хоће Келзен, јер је *важити* нешто што се додаје обичном *постојању*, што је, дакле, различито од овога.

4. Нормативност права никако не побија његово стварно постојање у овом реалном свету. Келзен би, наиме, хтео да норме уопште, па и правне, постоје у посебном свету *требања* насупрот свету *бивања*, постојања у обичном смислу речи, голог постојања. Доследан себи, он, пошто је постојање норме поистоветио с њеним важењем, тврди и да норме нису од овога света, света оног што *јест* (*scir*), већ да спадају у посебан свет *требања* (*sollen*). Ова два света су по њему сасвим одвојена. И ова његова тврдња је изазвала велике спорове. Келзен је свакако и овде претерао у свом логицизму. Изједначавајући постојање с важењем, он је тако и морао да поступи.

Па, ипак, чак и ако је важење истовремено и постојање, оно није *само* важење него *и* постојање. Ни у ком случају норма не може да важи, а да не постоји. У најбољем случају за Келзена, постојање се може схватити као друга страна важења, али подједнаке вредности и реалности, потпуно равноправна с њом. Норма је ипак нешто што *јест*, јер без тога ње не би ни било, иако она казује (наређује) оно што *треба да буде*. Иначе, она не би могла ни да говори што треба, јер оно што не постоји не може ни да говори. Норма као исказ *постоји* без обзира што исказује оно што треба. У идеални свет требања улази само то *требање* које она успоставља, али не и она сама. Иначе се садржај исказа поистовећује с његовим постојањем, а исказ мора да постоји да би био исказ, тј. имао садржај. Келзен и овде сувише упрошћава и поистовећује ствар. Два света, *бити* и *требати*, тесно су повезана међу собом, јер само *треба* такође мора постојати да би било *треба*. Норма постоји као *исказ* требања, а исказ није исто што и оно што се њиме исказује – он је средство за исказивање неке мисли, али није та мисао сама. Исказ је у индикативу, а требање у „нормативу".

Норме постоје као искази у реалном свету у облику садржаја психе у датом тренутку или у памћењу, односно у знацима од којих је први начин постојања реалан (као садржај психе дат у времену), односно актуелан, а друга два – виртуална.

Нормативност права је његова неотуђива особина која излази из саме његове суштине као мисли, скупа појмова о обавезном понашању људи. Може се само подлећи површности опажања, односно привиду, ако се насупрот томе истакне да, рецимо, обичајно – правна норма у ствари и није норма него – чињеница, понашање људи. Ово једва вреди побијати, јер понашање људи није ваннормно. Норма – обичај постоји и позната је, макар је држава не прописала и написала, већ само признала. Уопште, онај који примењује

право претходно га мора имати формулисаног као норму, па макар га сам формулисао у тренутку примене (у случају правне празнине, нпр.).

5. Нормативност права никако није нормативизам. Истицати нормативност права значи истицати један његов веома важан чинилац, јер је право несумњиво у првом реду норма. Нормативизам као негативно схватање права постоји тек ако се сувише нагласи самосталност норми, како је то учинио Келзен. Он је сасвим исправно утврдио нормативни елемент права и утолико и није нормативист него научник који исправно примењује нормативан метод. Јер, заиста се социолошким методом превиђа нормативност права – тачније, њој се не придаје одговарајући суштински значај. Келзен је на мајсторски начин изградио нормативни костур права заснован на хијерархији норми. Истичући нормативност права, он је утврдио нешто што стварно постоји у праву, не поричући тиме његову социолошку страну и потребу социолошког метода. Келзен прелази на нормативизам кад претера са значајем норми у праву, кад правне норме помоћу пранорме правно заснива опет на норми, али – непостојећој. Тако је прекорачио границе стварности уводећи један привид наместо стварности будући да норме не истичу саме из себе него из друштва, па и право почива на друштву, на стварном понашању људи чак и у његовом „пречишћеном" нормативном виду. Не постоје норме саме по себи, па ни у праву и нарочито у позитивном праву – оне су везане за стварност. Сувишним логицирањем Келзен је право претворио у некакав самородан систем, независан од стварности, чиме је само пошао наруку онима који су за потпуно одбацивање норми у корист стварног понашања и односа међу људима у друштву, чиме се пада у другу крајност – социологизам. Логика је неопходна, али у границама које јој одређује стварност. Зато се нормативизам мора одбацити исто као и његова супротност – социологизам.

Разлог за ово је и начин „умирања" норме, престанка њеног постојања, иако су и ту могућа размимоилажења гледишта. Наиме, једном настала норма постоји и као таква обавезује све док не престане постојати на начин који је такође прописан правом. Такав начин може бити и њено непримењивање, које се такође може прописати унапред. Међутим, живот и стварност су и овде јачи од права као људског мешања у стварне друштвене односе како би се они усмерили у одређеном правцу. Дешава се да се норме просто не примењују – субјекти који су дужни да се по њима понашају не покоравају се својој дужности и понашају се супротно норми, државни органи за то не примењују санкције које су прописане и норма поступно тоне у заборав због непримењивања. Формално посматрано, уколико право није тачно прописало такав начин „смрти" норме, она и даље постоји и обавезује, важи. Али фактички то није тако. Настао је сукоб између права и стварности. Стварност се показала јачом од права, она је убила његову норму.

У таквом случају социолошки метод посматрања права мора добити превагу над нормативним, па се мора признати смрт норме. Додуше, могуће је и овде покушати спасити нормативан метод, те да се претпостави да је непримењивањем санкције за непоштовање норме држава – творац права – самим тим укинула норму, дакле, да је прећутно „прописала" престанак норме престанком њене примене, „изобичајавањем". Разуме се да ово руши правну сигурност, бар извесно време док не постане сасвим јасно да се норма више не може примењивати. Ова претпоставка не служи ничему. Било да се она постави или не – ништа се не мења: норма је мртва.

Зато би најбоље било да право заиста садржи подробнији пропис о том одумирању норме услед непримењивања. Такође би сваки прецизнији пропис о томе било тешко тачно одмерити, јер одређен рок непримењивања може у једном случају бити прекратак, а у другом –предугачак, зависно од

околности. Зато је вероватно боље да се то препусти самом друштвеном јавном мнењу и пракси која отуд следи, евентуално само наводећи у пропису такав случај „укидања" норми без подробности о томе, које се мењају од случаја до случаја тако да се не могу унапред одредити и прописати.

И овде се, дакле, фактичким путем, понашањем људи, мења право „укидањем", „убијањем" норме као и у случају настајања нове норме њеним примењивањем, иако није нигде формулисана, а још мање прописана – њеним „уобичајавањем".

Али, упркос томе, том уступању норме пред чињеницом, тиме се нормативност права не укида. Напротив, она се, избачена кроз врата, враћа кроз прозор. Наиме, уместо прећутно укинуте норме, створена је опет – нова норма. Друштвени односи који се нужно морају уредити правном нормом не могу без ње, па ако држава касни у мењању норме, стварност не касни, односи се уређују спонтано и без званичног норматворца – само друштво постаје творац норми.

Уколико их орган који је за то надлежан не пропише својим изричним актом, норме и настају на описан фактички начин обичајем у случају правне празнине – тј. кад постоји однос који се мора уредити правом, а надлежни орган ово не прописује. Људи тада уводе обичај који ће касније органи који примењују право потврдити својим санкционисањем. Тако се показује да је право и поред све своје везаности за државу, ипак у основи друштвено дело, јер га друштво самостално ствара и без државе, која га само признаје, као што га и укида против ње, што она такође мора признати.

6. У вези с тим се јавља и занимљиво питање. Наиме кад се може рећи да је настала норма, да се појавила нормативност права у наведеним случајевима спонтаног друштвеног настајања права. Може ли се тачно одредити тренутак, односно услови за појаву ове нормативности? Ма колико се на први поглед чини да је за то потребан неодређен дужи низ случајева примене норме, чини се ипак да се нормативност не може одмеравати бројем случајева на које се норма примењује. Норма је норма, макар била примењена само једном или чак ниједном у случају да је прописана, а у случају спонтаног настанка – чим је примењена и први пут. Јер, да не постоји свест да треба да буде примењена, она и не би била примењена. А та свест је потврда да она заиста постоји као норма, јер, по претпоставци, није прописана него спонтано настала, па је нико не би ни применио да нема те свести, пошто по претпоставци, она дотле није ни постојала.

Закључимо на основу свега изнетог да је нормативност основна одлика права, да нема права без нормативности чак и кад се једна норма примени само на један једини случај, под условом, наравно, да се примењује норма која заиста постоји, било формално прописана, било у свести њених примењивача. На тај се начин може разликовати и регулисање једног датог случаја фактичким путем, споразумом заинтересованих субјеката, од регулисања путем норме, која је створена за неодређан број случајева, макар била примењена само на једном случају или (кад је прописана, а не спонтано настала) ни у једном случају.

Ово што је речено за настанак нормативности норме у случају њеног настанка, важи и за случај њеног престанка. Уколико је формално прописана, она престаје постојати кад је то прописано непосредно или посредно. У случају кад настаје спонтано, понашањем људи, она губи нормативност и престаје важити истим путем који се окреће у супротном смеру, тј. престанком примене дуже време, довољно да норма буде „заборављена", да се избрише из друштвене свести у којој се и створила.

(Примљено 01.10.1990)

Dr Radomir Lukić,
Retired Professor of the Faculty of Law in Belgrade

NORMATIVE NATURE OF LAW

Summary

Normative nature of law should be identified with the normativism in the sphere of law. The normative character of law is a basic characteristic of law which emanates out of its very essence as thinking, out of the collection of notions of compulsory behviour of people. The law, namely the legal norm, is a spiritual, ideal phenomenon which expresses something which *does exist* as something which *should be existing*. The norm does not exist only because it is valid, but it does so as an *expression af that which is necesary*. Along these lines, legal norm is an ideal phenomenon off the limits of time and space, and the one which exists in the real world in the spirit (mind) of people or in the linguistic symbols. It means that the normative nature of law originates out of the reality, and first of all out of the social facts, which cannot replace the norm as a spiritual phenomenon. To a certain sense the normative character of law may be considered as a form of law, as distinguished from its contents (the substance of legal institutes) as the matter, because the legal norm is distinguished from other types of norms by its formal character and dependence on state compulsion, which is expressed in the form of sanction against its being not implemented. The formal character itself, on the other hand, means that the law determines in an exact way how do legal norms originate, as well as when they cease to exist as such. The normative nature, in other words, does exist even if one and only one norm is applied to one and only case - if such norm really exists.

Key words: *Law. - Theory of law. - Normative nature. - Validity of norm. - Existence of norm.*

Radomir Lukić,
Professeur à la Faculté de droit de l'Univesité de Belgrade

LA CARACTERE NORMATIF DU DROIT

Résumé

Le caractère normatif du droit ne doit pas être identifié au droit normatif. Le caractère normatif du droit est la principale caractéristique qui découle de son essence en tant que pensée, de l'ensemble des concepts sur le comportement obligatoire des hommes. Le droit, c'esat- à-dire la norme juridique est un phénomène spirituel, idéal, qui, en tant que quelque chose qui est dit ce qui doit être. Elle n'existe aps uniquement parce qu'elle est en vigueur, mais aussi comme énoncé du nécessaire. Dans ce sens, la norme juridique est un phénomène idéal, en dehors du temps et de l'espace, qui existe dans le monde réel, dans la psychologie des gens ou dans les signes linguistiques. Cela asignifie que le caractère normatif du droit découle de la réalite, avant tout des faits sociaux, qui ne peuvent pas se substituer à la norme comme phénomène spirituel. Dans un certain du droit à la différence de son contenu (des instituts juridiques) comme matière car la norme juridique se distingue des autres normes para son caractère formel et par le fait qu'elle s'appuie sur la contrainte d'Etat sous forme de sanctions pour la non-exécution. Le caractére formel signifie que le droit définit

exactement la mode de création des normes juridiques et aussi le moment où elles cessent d'exister comme telles. Cela signifie que le caractère normatif existe même lorsqu'une norme est appliquée à un seul cas, s'il existe vraiment.

Mots clés: *Droit. - Théorie du droit . - Caractère normatif. - Norme en vigueur. - Existance de la norme.*

UDK — 340.11
Изворни научни рад

др Божидар Марковић,
редовни професор Правног факултета у Београду, у пензији

ОДНОСИ ИЗМЕЂУ ПОЗИТИВНОГ И ПРАВЕДНОГ ПРАВА(*)

Аутор истиче три битна разлога несклада између назначених видова права: државног и друштвеног права: први, разликовање формалне и материјалне правде; други дуалитет државног и друштвеног права; трећи, статичност позитивног права и динамичност материјалне правде. Несклад се може ублажити демократским формирањем мишљења о материјалној правди.

Кључне речи: *Филозофија права. – Позитивно право. – Праведно право. – Правда.*

Постулат од којег ћемо поћи при разматрању односа између позитивног и праведног права јесте да свако право треба пре свега да буде праведно. У стварности, као што знамо, тај постулат се не остварује увек у потпуности. Право је, наиме, често и неправедно. Предмет ових излагања биће узроци тој појави; односи између позитивног и праведног права; питање може ли се тај њихов несклад отклонити или, бар, ублажити.

Да би се на то одговорило, потребно је претходно ближе одредити неке основне појмове. На првом месту, шта је право. Најопштије речено, право је обавезно правило друштвеног понашања чије непоштовање повлачи са собом санкцију организоване заједнице, друштва или државе. А друго питање је шта је позитивно право. Позитивно право је оно обавезно правило друштвеног понашања које стварно важи у једној држави и чије непоштовање повлачи са собом државну санкцију, тј. принуду. Треће питање је шта је праведно право. Под праведним правом овде треба разумети оно правило друштвеног понашања које је спонтано настало у друштву и за које друштво сматра да *треба* да се у њему стварно примењује и да буде заштићено државном санкцијом, а које није обухваћено и позитивним правом.

Али, да бисмо сазнали шта је праведно, а шта неправедно право, поставља се, као суштинско и категоријално питање шта је правда. Према римској дефиницији, правда је, знамо, врлина која свакоме даје оно што му припада – suum cuique – свакоме своје. То је правда у својој функцији. Но, поред тога, правда се јавља и као појам и идеја и то у два дијаметрално различита вида: као *формална правда* и као *материјална правда,* односно као комутативна и као дистрибутивна правда.

(*) Овај чланак се заснива на теоријским радовима проф. Б.С.Марковића, који су у ширем изводу објављени у IV *Зборнику за теорију права* (издање Српске академије наука и уметности, Београд, 1990, стр. 31–90).

Формална правда означава начело једнаког поступања према једнаким стварима и истим ситуацијама, односно, начело неједнаког поступања с неједнаким стварима и ситуацијама, али сразмерно њиховој неједнакости. То начело формалне правде заснива се на природи ствари и логичком закону идентитета, тј. да је свака ствар равна самој себи, па се отуд изводи и етички принцип понашања. Наиме, са једнаким стварима треба поступати на исти начин, а са неједнаким пропорционално њиховој неједнакости.

При томе се, међутим, одмах поставља и следеће суштинско питање: Које су ствари једнаке, односно, у којој су мери неједнаке? На то питање треба да одговори и одговара појам материјалне правде. Материјална правда садржи суд, мерила и и критеријум, оцену о вредности ствари, људи и односа међу њима, шта коме припада, мерила која слободно одређује *човек*.

Док тако формална правда изражава један универзалан, непроменљив и вечит природни и логички закон, дотле материјалну правду одређују људска мерила вредности, мерила која су битно променљива и садржински и просторно и временски. Другим речима, правду сачињавају један константан елемент – формална правда, и један варијабилан елемент – материјална правда. Дакле, док је формална правда апсолутна и непроменљива категорија, материјална правда је релативна и битно променљива.

Крајњи разлог тој релативности и променљивости људске, материјалне правде треба тражити у научном агностицизму, у немоћи људског духа да сазна суштину ствари, апсолутну истину, последњи узрок и сврху универзума, а тиме и апсолутну правду. Сетимо се при том и друге класичне римске дефиниције према којој је правна наука наука о праведном и неправедном, „пошто се сазнаду *људске и божанске ствари*". А већ је Платон утврдио да сазнање божанских ствари имају само Зевс, односно Јупитер, и да се у врло малој мери налази код људи. Агностицизам, међутим, не сме имати и нема за последицу обустављање сваке људске активности, како материјалне тако и духовне. Недостижну апсолутну истину код човека па и у поимању правде замењује постојећи природни нагон за самоодржањем, виталистички принцип консервације и развијања живота. Тако су људски живот, уз опстанак и развитак друштва, највиши критеријуми материјалне правде и мерила за оцењивање друштвених вредности, тј. шта коме припада, шта је право а шта неправо.

Али, ти критеријуми и мерила су, поред тога што су битно релативни и променљиви, истовремено и изванредно сложени. Њих сачињавају како материјалне чињенице, тако и људска схватања: природни закони и биолошки услови живота, рационални и остали духовни фактори, економија, религија, политика, научна сазнања, идеологије, веровања, људске заблуде, традиција, целисходност, организована сила и остале друштвене чињенице и снаге. Људска материјална правда састоји се тако, с једне стране, од биолошке правде испуњене нагоном самоодржања, животном борбом и природним одабирањем, али је та правда, с друге стране, и хуманизована научним сазнањима и људским ирационалним вредностима, идеологијама, метафизиком и мистичним веровањима. На крају можемо рећи да је наша људска правда у ствари једна биолошка правда модификована и хуманизована рационалним сазнањима и метафизичким вредностима. Али, и да је таква правда, релативна и променљива, истовремено и носилац друштвене еволуције и главни извор тешкоћа на које наилазимо при расправљању односа између позитивног и праведног права.

Други фактор који – поред променљивог критеријума материјалне правде битно утиче на односе позитивног и праведног права јесте *дуалитет правног феномена*. Тиме желимо рећи да постоје два основна извора права, два облика у којима се право јавља, као и две врсте правних норми чије се

порекло, природа и дејство међусобно битно разликују. Та два основна извора и облика права у којима се оно манифестује су с једне стране *друштво*, а с друге *држава*. Право је, наиме, истовремено и друштвена и државна творевина. Оно се једним делом ствара у друштву, независно од државе, док га с друге стране ствара држава као посебан и суверен орган друштва и, формално, независно од друштва.

Та два извора права се међусобно допуњују и преплићу утичући једно на друго. Кодификација највећим делом узима свој материјал из друштва, као што, с друге стране, и законодавац као орган државе утиче на образовање друштвеног менталитета. Али, услед те коегзистенције и интеракције настаје и могућност неслагања и сукоба међу њима, могућност која у пракси стално постоји и у већој или мањој мери се и остварује, тако да друштвено и државно право често и противрече једно другом. Двојство правног феномена тако доводи и до дисхармоније између државне норме као израза позитивног права и друштвене норме као израза материјалне правде.

С обзиром да истовремено постоје и друштвена и државна мерила вредности, постоје стога и две категорије правних норми: *социолошке норме* и *етатистичке норме* које се, поред извесних заједничких особина, међусобно и оштро разликују, не само по пореклу већ и по снази и по понашању у сукобу с друштвеном еволуцијом. Овде ћемо навести само неке од њихових главних карактеристика и разлика.

Социолошке или „друштвене" норме су оне норме које су поникле у слободном друштву и независно од државне власти, док етатистичке или „државне" норме нису плод слободног друштва, него су резултат идеолошко–политичког опредељења саме државе и њеног империјума.

У њиховом односу је примарно да апсолутни приоритет припада етатистичкој норми пред којом се социолошка норма има повући, иако је она носилац материјалне правде као друштвеног императива.

Разликовање ових двеју врста норми постаје од изузетног значаја кад су у питању еволуција, тумачење и примена права. Социолошка норма, резултат и носилац материјалне правде, изразито је *еволутивна категорија*, јер је проистекла из слободних друштвених чињеница и односа који су битно променљиви. Док је етатистичка норма насупрот њој константна и нееволутивна категорија, догма која се као идеолошка норма преточена у позитивни правни поредак не мења под утицајем друштвених узрока и кретања.

Ова битна разлика између двеју наведених врста норми условљава, поред осталог, и неједнак поступак при њиховом тумачењу и примени. Конкретније, при тумачењу социолошких норми треба, поред логичког резоновања по тексту, усвојити као метод и *посматрање* друштвених чињеница и кретања, па применити ону социолошку норму, а тиме и онај критеријум материјалне правде који постоје у тренутку доношења одлуке, а не застарелу кодификовану социолошку норму, Кад је, међутим, у питању етатистичка нееволутивна норма, метод њеног тумачења има се ограничити само на формалистичко резоновање, тј. на логички континуитет законске норме, без обзира на друштвене промене које су се догодиле у међувремену од озакоњења те етатистичке норме до њене примене. Укратко речено, да би био што мањи раскорак између позитивног и праведног права, социолошке норме треба тумачити и примењивати социолошки, а етатистичке норме по законима формалне логике.

Оваквим разликовањем решава се, између осталог, и стара контроверза о томе може ли се или не закон укидати обичајем или судском праксом: може, кад је у питању социолошка норма, а не може кад је предмет укидања етатистичка норма коју је овлашћен и надлежан укидати само државни орган који ју је и прокламовао. То значи да судови могу доносити и одлуке *contra legem*

кад је у питању социолошка норма, а да то не могу чинити ако је у питању етатистичка норма.

Даља последица наведеног разликовања је и то да се општа теорија права не може изграђивати само на социолошкој норми и њеној еволутивности, као ни искључиво на нееволутивности и статичности етатистичке норме. Јер, позитивни правни поредак сачињавају заједнички оба нормативитета и само то двојство обезбеђује да се правни феномен схвати и обухвати у свој својој целокупности и сложености.

На бази изложеног разликовања омогућава се и помирење два супротна владајућа правца у савременој правној теорији, помирење између социолошког и формалистичког схватања права. Формалистичка теза је основана кад стоји на становишту да норме позитивног права треба схватити и обрађивати уз поштовање текста и логичког континуитета, али само уколико се ради о етатистиким нормама. Исто тако и социолошку тезу треба прихватити кад се залаже за социолошко схватање позитивног права и с њим за опсервацију и логички дисконтинуитет с текстом, али и то само када је у питању социолошка норма.

Поред еволутивности материјалне правде и дуалитета правног феномена, односи и несклад позитивног и праведног права у великој мери су условљени и *статичношћу* позитивне правне формуле која се опире *динамичности* материјалне правде.

Постоји, наиме, између позитивне формуле и друштвене еволуције једна унутарња и стална антиномија. Позитивно правило својим формулисањем пресеца ток друштвене еволуције и тиме спречава улазак нових друштвених вредности и новог схватања правде у позитивни поредак. Док овако формулисана норма позитивног права мирује, дотле се њена друштвена садржина без престанка креће и мења, да би током времена долазило и до контрадикције међу њима.

Поред тога, позитивноправни систем представља једну затворену логичку целину која, да би обезбедила сигурност правног саобраћаја, захтева и намеће логички континуитет при својој примени. Еволуција је, међутим, један континуиран и експлозиван процес који, да би обухватио и задовољио нове друштвене појаве и мерила вредности, тражи и намеће логички дисконтинуитет између постојеће формуле и новог поимања правде.

Услед овога, тј. због статичности правне норме и динамичности друштвене еволуције, позитивни поредак не успева да благовремено и адекватно прати еволуцију материјалне правде, што је, такође, један од разлога зашто позитивно право није увек и праведно право.

Извор тог несклада је очигледно формализам писаног правила, формализам који услед дејства времена доводи до несклада између права и живота. А тај несклад – као што је можда први истакао Живан Спасојевић – долази отуда што сами људи формулисањем писаних закона уносе у право један вештачки елемент који, без обзира што је из практичних разлога неопходан, у стварности не постоји и не представља суштину правног феномена. Додајемо томе да је право доиста пре свега људска и услед тога несавршена творевина, због чега у њему и нема онако постојаних вредности и односа који одликују природне законе и законе искључиво логичког размишљања. Та околност је и извор највећег броја тешкоћа на које наилазимо при трагању за остварењем праведног права.

Пошто смо тако установили да је апсолутна правда недостижна и пошто смо дошли до сазнања да је земаљска правда једна иманентно променљива категорија, примарно питање које се пред нас поставља јесте како ћемо ми, имајући у виду жељу за праведним правом и природу правног феномена,

што успешније савлађивати и отклањати неизбежне раскораке који настају између позитивног и праведног права.

Одговор на то питање свакако да првенствено треба тражити од науке и правне теорије. А шта нам оне у том смислу нуде и препоручују?

Наука, видели смо, признаје своју немоћ да сазна апсолутну правду и да нас стога упућује да се задовољавамо постојећим релативним и променљивим људским друштвеним правдама. Али, она истовремено није у стању да нам пружи ниједно научно утврђено правило понашања за будућност. Јер, наука у друштвеној области сазнаје и проучава само оно што постоји и *јесте*, док свака норма, па и правна, прописује оно што *треба* да буде.

Тај проблем прелажења с *јесте* на *треба*, с Келзеновог *Sein* на *Sollen*, са социолошког индикатива на правни императив, са знања на акцију, са садашњости на будућност, представља, међутим, скок у непознато, провалију између мисаоног и активног човека, хамлетовску дилему бити ил' не бити – услед чега ни све последице људских поступака нису увек унапред извесне. Као што је констатовао Шекспир, ми бежимо од садашњих зала у сусрет непознатом злу. Ту провалију искључиво научним путем није могуће премостити зато што будућност није потпуно покривена искуством да би могла бити предметом само проверених и научних сазнања, него је испуњена и неегзактним чиниоцима и слободним избором циљева које човек и организовано друштво себи постављају и којима стреме. А ти циљеви су великим делом заснивани и на људским ваннаучним уверењима, на метафизичким и мистичним елементима, на религијским и другим веровањима, на философским и нарочито на политичким идеологијама. А кроз њих, као што знамо из искуства, упоредо долазе до израза и делују и *homo faber* и *homo destructor*, човек који упоредо и гради и разара.

Тако, природом ствари ограничена у својим могућностима, наука може правној теорији да препоручи једино да се у својој делатности максимално служи разумом и рационалним аргументима, а осталим ирационалним средствима, метафизиком, актом вере, интуицијом, тек пошто се исцрпу све могућности рационалног сазнавања.

Што се теорије права као уже дисциплине тиче, и она мора, у циљу усклађивања позитивног и праведног права, поћи од наведених ставова и резултата до којих је дошла општа наука, посебно од релативности правде и употребе разума као инструмента објективног сазнања. При томе, међутим, не смемо заборавити да је и ирационални свет део људске стварности, да постаје и тзв. „нормативни факти", те да и њима треба признати место које им припада. Сетимо се, на пример, Бергсона који сматра да је мистична интуиција непосредан додир са животном супстанцом и стваралачким летом, а да је интелигенција епифеномен инстинкта и мистике и у сталном задоцњењу са животним током, као и да људски разум има у друштву и рушилачку функцију.

Додајемо овоме још и то да правни императив сачињавају два елемента, социолошки императив као инфраструктура и идеолошка државна норма као његова надградња. Ова последња је та која у друштвену стварност уноси нешто ново, и као таква је један активни чинилац који је истовремено и носилац друштвене еволуције, а чију улогу не смемо занемарити.

И шта нам у таквој ситуацији нуди теорија права? У недостатку дефинитивне и постојању релативне правде њен задатак је да формално правило позитивног права одржи у што већем складу с конкретним друштвеним схватањем правде које у одређеном тренутку постоји у датој средини. На тај начин проблем усклађивања позитивног и праведног права постаје проблем изналажења и постављања једне научне *правне методе* која ће омогућити да позитивна норма буде увек спремна да прихвати владајуће друштвено схва-

тање правде датог тренутка. Питање које се поставља јесте *како* ћемо осигурати научну елаборацију права, тј. остваривати владајуће друштвено схватање правде у одређеном тренутку, а не *шта* је апсолутна и вечита правда.

Тешкоће изналажења такве методе нису мале. Оне су, могло би се рећи, у ствари, несавладиве, нарочито због тога што формулисано позитивно правило подлеже законима формалне логике, и услед тога је статично, док је правда динамична будући да се мења по алогичним законима друштвене еволуције – што је – у крајњој линији – последица антиномије између механичких закона мртвога света и еволуције као закона живота.

Пред нас се, даље, поставља и практично питање каква треба да буде та правна метода која ће нам обезбедити научан и објективан приступ остваривању праведног права. Таква метода треба да задовољи многе услове, између осталих да оствари сигурност правног саобраћаја, да обезбеди јединство правосуђа, да омогући еволуцију права, да се та еволуција обавља на законит начин, и изнад свега да се кроз позитивно право остварује праведно право.

У вези с овим последњим условом поставља се и питање ко ће и на који начин установљавати критеријуме за утврђивање стално променљиве материјалне правде и с њима праведног права.

Одговор на питање ко ће то чинити не изазива посебне тешкоће. У недостатку сазнања апсолутне истине и с њом апсолутне правде, друштво је једини форум који је позван и овлашћен да доноси суд о томе шта се у конкретној средини сматра праведним, а шта неправедним.

Знатно је сложенији одговор на питање како ће друштво тај суд доносити. Друштво свој суд о праведном доноси на један емпиријски и прагматичан начин: на основу сазнања и испољене воље појединаца као чланова друштва, сазнања која су релативна и воља које су субјективне и делом ирационалне. Услед тога сва мишљења појединаца друштвено подједнако вреде, па је стога и правда оно што таквим сматра већина у једном друштву, „оно што најчешће бива" према Аристотелу, *id quod plerumque fit...*

Да би се, међутим, та мишљења појединаца могла формирати и њихове воље изразити и тиме донети друштвени суд о праведном, неопходна је претпоставка једнакост и слобода људи, а те претпоставке су, као што знамо, у највећој мери остварене у демократском друштву.

Због тога демократска држава пружа и најповољније услове за установљење и остварење друштвене правде, а тиме и за најефикасније скраћивање разлика између позитивног и праведног права. Јер, и демократија је, слично правној методи, само *политичка метода*, а не конкретна политичка доктрина, метода која својом неискључивошћу обезбеђује друштву најширу еволуцију, максимум рационалности и минимум мистицизма.

Због тога је демократска држава у исти мах и најразумнија и најправеднија држава.

Супротну слику нам пружа ауторитативна држава у којој нема ни друштвене слободе ни једнакости. Испуњена конкретном и искључивом политичком идеологијом, она не допушта да у њој дође до формирања и остварења слободног друштвеног схватања правде. Неминовна последица тога је да у ауторитативној недемократској држави наилазимо на сужену рационалност и проширен мистицизам, па услед тога и на већи раскорак између правне норме и друштвене стварности између позитивног и праведног права.

***

Да резимирамо и закључимо.

Неоспорна је чињеница да позитивно право није увек и праведно право. И ми смо се питали зашто је то тако, зашто постоји и како настаје неправедно право, који су разлози раскорацима између праведног и позитивног права. И видели смо да су ти разлози вишеструки и, чини се, неотклоњиви.

Основни разлог је релативност и променљивост критеријума материјалне правде. Други разлог је дуалитет правног феномена с нескладом и сукобима друштвене и државне норме. Трећи разлог је статичност позитивног правног правила и стална еволуција друштва. Тако на путу потпуног остварења правде заједнички стоје и сазнајне и правнотехничке препреке. Услед њиховог дејства долази не само до раскорака него и до контрадикција између позитивног и праведног права.

И питање које се тим поводом поставља пред теорију права јесте како ће се тај несклад и контрадикција савлађивати да би се смањио и евентуално сасвим отклонио размак између позитивног и праведног права. Наш закључак је да би се то могло постићи само применом једне научно засноване правне методе која треба да се састоји из комбиновања логичког резоновања по законским текстовима, посматрања друштвених чињеница и њихових кретања.

Та метода нас истовремено доводи и до једног другог закључка. Наиме, да најмање неправедно право има изгледа да ће се остваривати у демократској држави у којој, захваљујући њеним слободама, долазе до најадекватнијег израза сви друштвени фактори и оцене релативних и променљивих друштвених истина и вредности.

Из свега изложеног проистиче да ће тежња за потпуним изједначењем позитивног и праведног права ретко кад бити у потпуности остварена. И да ће размак међу њима у појединим државама и друштвеним порецима бивати већи или мањи, што ће у знатном степену зависити и од политичких режима који у њима владају. Али, да ће се помоћу напретка науке и научних метода тај размак стално сужавати, тј. да ће се раскорак између позитивног и праведног права све више смањивати, другим речима да ће позитивно право, захваљујући разуму и науци, у све већој мери бивати и праведно право.

Као што се може уочити, закључци до којих смо дошли нису нарочито оптимистички, као што уосталом нису ни крајње песимистични. Они у ствари, изражавају један разумни скептицизам, скептицизам који проистиче, рекли бисмо, колико из ограничених могућности људских сазнања толико и из природе самог правног феномена и његове технике.

(Примљено 20.12.1990)

Dr Božidar Marković,
Retired Professor of the Faculty of Law in Belgrade

RELATIONSHIP BETWEEN THE POSITIVE AND JUST LAWS

Summary

Every law has first of all to be just, but in reality this basic principle is not always applied. The author inquires into the causes of that phenomenon, into relationships between the positive and just laws and into the issue of the possibility to eliminate or attenuate this discort between the two. In order to answer the above questions one should know first of all what is justice.

Justice appears in two aspects, as a formal justice ans as substantive justice. The formal one menas the principle of equal treatment of equal matters, namely dissimilar treatment of dissimilar matters, but in proportion to their dissimilarity. Substantive justice contains, on the other hand, a human criterion of the value of matters, namely a judgment on equal matters and on the degree of dissimilarity. This criterion is, however, very changeable since human spirit is not able tzo know the absolute truth and thus the absolute justice. Because of that, human justice is not only changeable bu also, in terms of value, it is a *relative* category.

The other significant factor influencing the relationship between the positive and just laws is the *duality* of the legal phenomenon. The law is, namely, created, by the society and by the state and these two sources of law are rather frequently controversial.

The third reason for the discord between these two kinds of law is found in the *static element* of the positive formula which is opposed to the *dynamics* of the substasntive law. Positive rule cuts off by its formulation the course of evolution, while the social contents of the formula is constantly changing.

All these inevitable conglicts should be attentuated ba a legal method - a combination of logical reasoning according to legal texts and sociological observation of social facts in full is the existence in the state of complete freedom of establishing and expressing of opinions concerning the substance of the relative and changeable substantive justice. Because of that, the differences between the positive and just laws in a democratic state are the smallest.

Expressed conceptions are thus an expression of rational scepticism which originates out of limited possibilities of human perception and knowledge, but also out of the nature od the very legal phenomenon and the relevant techique.

Key words: *Philosophy of law. - Positive law. - Just law. - Justice.*

Božidar Marković,
Professeur á la Faculté de droit de Belgrade

LES RAPPORTS ENTRE LE DROIT POSITIF ET LE DROIT JUSTE

Résumé

Tout droit devrait être avant tout un droit juste. En réalité cependant ce postulat ne se réalise pas toujours et complètement. Et l'auteur se demande quelles sont les causes de ce phénomène, quelle est la nature des rapports entre le droit positif et le droit juste, y-a-t-il des moyens pour que le desaccord entre eut soit éliminéor au moins adouci. Pour donner une réponse à ces questions il faut savoir tout d'abord ce qu'est la justice.

La justice apparait sous deux aspects, en tant que justice formelle et justice matérielle. La justice formelle signifie le traitement égal de choses egales, resp. le traitement inégal de choses inégales, mais proportionnellement a leur inegalité. La justice matérielle comprend cependant les jugements de valeur des choses, c'est-à-dire quelles choses sont égales resp. à quel degrè sont-elles inégales. Ce critère, étant humain est incapable d'atteindre la vérité absolue et avec elle la justice absolue. La conséquence en est que la justice humaine est une catégorie à la fois variable et relative.

La second facteur influant essentiellement sur les rapports du droit positif et du droit juste est la dualité du phénomène juridique. Cela veut dire que le drit est d'une part le produit de la société et de l'autre part de l'Etat. Ces deux sources du droit cependant ne s'accordent pas toujours, souvent même elles se contredisent.

La troisième cause du désaccord entre le droit positif et le droit juste gît dans le *statisme* et la formule écrite et la *dynamisme* de la justice matérielle. La règle positive pour ses formulations arrête le cours de l'évolution, alors que le contenu social de la formule change sans cesse.

Tous ses conflits inévitables est appelée à tempérer la *méthode juridique* composée du raisonnement logique à base de textes légaux, et de l'observation sociologique des faits sociaux et de leurs changements. Mais, pour que les faits sociaux puissent parvenir à laur pleine expression, les condition indispensable en est la liberté de formation et d'exteriosation des opinions sur la contenu relatif et changeant de la justice matérielle. Et pour cette raison c'est l'Etat démocratique dans lequel l'écart entre le droit positif et le droit juste serai le moins grand.

Les conceptions émises sont donc l'expression d'un scepticisme rationnel, découlant des possibilités limitées des connaissances humaines et à la fois de la nature même du phénomène juridique et de sa technique.

Mots clés: *Philosophie du droit. - Droit positif. - Droit juste. - La justice.*

UDK — 929 : 34
Прегледни чланак

др Момир Милојевић,
редовни професор Правног факултета у Београду

МИЛЕНКО ВЕСНИЋ КАО ПРЕВОДИЛАЦ

Миленко Веснић је био једна од најзанимљивијих личности свога времена. У свом животу краћем од 60 година био је универзитетски професор, политичар (народни посланик, министар и председник владе) и дипломата. Држао је бројна предавања, писао и преводио. Као студент и као професор преводио је дела која су недостајала нашим читаоцима, пре свега студентима. Преводио је из многих области: економије, историје, кривичног и међународног права и књижевности. Није био обичан преводилац. У преводе је уносио бројна лична запажања и читава поглавља. Његови преводи су остали јединствени до наших дана.

Кључне речи: *Миленко Веснић. – Превођење. – Економија. – Историја. – Право.*

Велика годишњица Правног факултета у Београду не само да испуњава поносом свакога ко се у овом тренутку налази на њему, већ неизбежно враћа наше мисли у време његовог првог века и ка његовим неуморним посленицима који су нам оставили велико културно и научно наслеђе. Из редова професора Правног факултета израсли су многи најистакнутији политичари и јавни радници свога времена, који су свој углед потврђивали како у миру тако и у рату. Не тако давно објављена књига Љубинке Трговчевић[1] наводи имена многих универзитетских наставника, међу којима и десетине наставника Правног факултета у Београду, који су у току првог светског рата своје интелектуалне снаге ставили у службу стварања југословенске државе. Средиште такве делатности је био главни град највећег савезника Србије. У годинама највећих искушења, када су се очи упирале у Француску и Париз, посланик Србије је био Миленко Р. Веснић, крајем прошлога века професор. Међународног права на Правном факултету Велике школе у Београду. У историји Правног факултета професор Веснић је остао забележен и као преводилац. То је његов својеврсни допринос настави и науци.

Потребу за превођењем Веснић је осетио још као студент када се за припремање испита морао служити и страним уџбеницима. Пре свега због тога, а вероватно и да би сиромашни студент зарадио коју пару, латио се превођења, прво с немачког, а потом и с француског језика. Тако су се у часопису „Право", који је излазио у Пожаревцу, почели 1885. појављивати у наставцима преводи Јерингових радова о правним правилима у свакоднев-

(1) Љ.Трговчевић, *Научници Србије и стварање југословенске државе 1914–1918,* „Народна књига" и „Српска књижевна задруга", Београд 1986.

ном животу (нпр. на железници...)[2] које је, потписане иницијалима М.Р.В. слао из Минхена студент Миленко Веснић. Следеће године у истом часопису се појављује превод Хајншеовог дела о основу кривичног права[3]. Исте 1886. године Веснић је превео друго поглавље из „Приручника политичке економије" Густава Шенберга[4] које је написао Густав фон Римелин под насловом „Статистика" (стр. 463–484)[5].

Међутим, Весниħев прави преводилачки рад почиње тек по повратку у Београд, после студија и доктората у иностранству (у Лондону, Берлину, Лајпцигу, Паризу и Минхену) и кратког службовања у Посланству Србије у Цариграду (1891). Временски се скоро поклапа с његовом релативно кратком професорком каријером на Правном факултету Велике школе у Београду. Веснић је не само држао предавања на Правном факултету и ван њега, већ је и доста писао и преводио. Све што је чинио имало је за циљ да надокнади недостатак домаће литературе и да упозна слушаоце са врхунским достигнућима тадашње науке. Док наслови јавних предавања и написа показују Весниħеву тежњу да популарише науку, дотле је преводио најбоља дела свога времена. То показује велику ширину не само стручног већ и општег образовања Весниħевог. Он је преводио дела не само из уже (кривичне) области из које је докторирао[6] већ и из економије, [7] опште теорије права, [8] историје,[9] међународног права и књижевности (један је од првих преводилаца Шекпирових дела).

Посебну пажњу заслужују Весниħеви преводи дела из међународног права. Иако се на студијама специјализовао за кривичне науке (којима се иначе бавио до краја живота), Веснић је у практичном деловању био упућен на међународно право. На то је пресудно утицало кратко службовање у Министарству иностраних дела и предавање Међународног права на Правном факултету у Београду[10]. На почетку наставничке каријере превео је са немачког књигу Ханса Шнелера о правном положају Босне и Херцеговине[11].

---

(2) Р. Јеринг, *Правознанство у свакодневном животу*, „Право", Пожаревац, 1885, бр. 3, стр. 65–70; бр. 5, стр. 148–153; бр. 6, стр. 196–199; бр. 7, стр. 222–225; бр. 8, стр. 266–271.

(3) К.Ф– Хајнце, *Основ и начело казненог права*, „Право", Пожаревац, 1886, бр. 4, стр. 138–156. У двоброју 6–7 истог часописа за ту 1886. годину Веснић је објавио чланак под насловом: *Интерес на позајмљени капитал*, стр. 243–251.

(4) Gustav Schoenberg, *Handbuch der Politischen Oekonomie*, II. Statistik, Tübingen.

(5) Под насловом *Теорија статистике* објављено је у „Српским новинама" 1886, бр. 74–81, а касније је прештампано објављено као посебно издање Валожиħа 1890

(6) Докторирао је маја 1888. у Минхену с тезом о крвавој освети код Јужних Словена. *Die Blutrache bei den Suedslaven. Ein Beitrag ztur Geschichte des Strafrechts*, Dissert., „Gubrüder Kröner", Stutgart 1889. Као студент превео је Хајнцову студију о основу кривичног права. Вид. бел. 3. Пред крај своје преводилачке каријере објавио је превод Листовог *„Кривичног права"*. Ф.фон Лист, *Немачко кривично право*, Београд 1902.

(7) Као студент Римелинову „Статистику" (вид. бел. 5), а као професор Л.П.Дибоа, *Општинске финансије*, „Филозофски преглед", Београд 1900.

(8) Вид. бел. 2.

(9) Б. Куниберт, *Српски устанак и прва владавина Милоша Обреновиħа*, Београд 1901.

(10) Тај предмет су пре њега предавали Глигорије Гершић, Андра Ђорђевић и Милован Миловановић бавећи се истовремено много више политиком. Тој „моди" није одолео ни Миленко Веснић. Као професор био је народни посланик и кратко време (од 23. новембра 1893. до 12. јануара 1894) министар просвете и црквених дела.

(11) Х. Шнелер, *Државно–правни положај Босне и Херцеговине*, Београд 1893.

Јасно је да Веснић не би преводио дело о једном важном питању које се тиче судбине Југословена да се није слагао са ставовима писца. У предговору „Српским читаоцима" Веснић каже за Шнелерову књигу да је једна од најбољих правних студија о Босни и Херцеговини (стр. V). То је у пуном складу с Веснићевим општим ставом да преводи само оно што сматра највреднијим.

Уз његова мерила за одбир задивљује брзина којом је нашим читаоцима стављао на располагање дела убрзо по њиховом објављивању на оригиналним језицима. Тај напор је вредан поштовања утолико више ако се имају у виду многобројне тешкоће на које је Веснић наилазио, укључујући недостатак изграђене терминологије. Он је налазио елегантна решења не презајући ни од извесних измена (чак и у насловима) када је сматрао да је то потребно.

Карактеристичан је у том погледу његов превод „Статистике" Густава фон Римелина[12]. Реч је о једном поглављу „Приручника политичке економије" Густава Шенберга[13] под насловом „Статистика" које је написао Густав Фон Римелин[14]. Веснић је сматрао да наслов који је он дао („Теорија статистике") више одговара садржини дела.

Када је тако поступао студент Веснић, лако је схватити што је много више „интервенисао" као професор. Као професор међународног права трагао је за најбољим делима која би послужила не само студентима већ свима којима би могла да буду потребна. У том погледу се није определио ни за велике системе или коментаре Прадије Фодереа, Холцендорфа, Колвоа или Филимора, ни за приручнике Функ–Брентана и Сорела[15], или Холцендорфа и Ривијеа[16], објављен истовремено у Хамбургу, Паризу, Атини, Женеви, Цариграду, Мадриду, Петрограду, Бриселу, Букурешту и Риму(!), Веснић није био опчињен њиме, чак га је сматрао непотпуним[17].

Као добар педагог определио се за „средње" уџбенике Ернеста Ниса и Алфонса Ривијеа за које је сматрао да дају довољно података студентима, а истовремено дају и солидну основу за даља истраживања. Те уџбенике је преводио с француског и на себи својствен начин „дотеривао". Наравно да је то, као и увек, чинио с дозволом, писаца[18]. Веснић је у том погледу био врло коректан према писцима, иако је знао да Србија није прихватила Бернску конвенцију за заштиту књижевних и уметничких дела[19]. Веснић је „осавремењивао" преводе уносећи у њих нове податке и корисне коментаре, нарочито у фуснотама. Није се задовољавао чак ни тиме, већ је у преводе уносио читава нова поглавља. Тако је у Нисово „Порекло међународног права"[20] унео, дописао, значајно поглавље: „Међународно право у односима Јужних

(12) Вид. бел. 5.

(13) Вид. бел. 4.

(14) Вид. бел 5.

(15) Funk—Brentano— Sorel, *Précis du Droit des gens, 2e édition*, Paris 1887. Превео га је Живко Милосављевић 1893.

(16) F.de Holtzendorf — A. Rivier, *Introduction au Droit des gens*, Hamburg—Paris—Athänes—Genéve—Constantinople—Madrid—St.Pétersbourg—Bruxelles—Bucaret—Rome1889.

(17) И Милета Новаковић је сматрао да се вредност тог дела „може с разлогом оспорити". Л. Ле Фир, *Међународно јавно право*, Београд, 1934,стр.X.

(18) Дозволу од Ривијеа је вероватно добио приликом његовог боравка у Србији 1894. године.

(19) Прихватила је Југославија 1930. године. „Службене новине Краљевине Југославије", 1930, бр. 153 – LVIII.

(20) E.Nys, *Les origines du droit international*, Bruxelles — Paris 1894; Е. Нис, *Порекло међународног права*, Београд 1895.

Словена у Средњем веку"[21]. По мишљењу Милете Новаковића то је био први покушај код нас да се створи општа слика међународнопраних односа на Балканском полуострву у средњем веку[22].

Још више је Веснић изменио и допунио, како каже, „с пишчевим овлашћењем", дело Алфонса Ривијеа, Швајцарца по рођењу а Белгијанца по месту живота и рада[23]. Двотомном делу је не само промењен наслов[24], него је додато више фуснота и нових делова. „Допуне", како их Веснић назива, представљају читава велика поглавља која претходе излагањима Ривијеа: „А. Историја развитка међународних односа" (стр. XIX— LXXI) и „Б.Развитак науке о међународном праву" (стр. LXII—LXXXVIII). „Ситније допуне"су- а) Основ народности" и „б) О заузећу и положају Босне и Херцеговине" (стр. LXXXIX—XCIV).

Потребу за последњом допуном је изазвало изненађење (тачније незадовољство) Веснића што Ривије случај Босне и Херцеговине помиње као „уступање територије" (стр. XCI) иако сам Берлински уговор (чл. 25) говори о томе другачије. У прилог својим ставовима Веснић је навео бројну литературу о Босни и Херцеговини, и у њој познату студију Глигорија Гершића и књигу Ханса Шнелера коју је Веснић превео с немачког[25]. Он је Шнелерову књигу навео иако му је замерио што није узео у обзир све догађаје који су претходили Берлинском конгресу (Босанско– херцеговачки устанак 1875. и први рат Србије и Црне Горе против Турске 1876). То је занемарено и на Берлинском конгресу (стр. V) па су усвојена решења противна „не само основним начелима савременог међународног права већ и самим намерама и изреченим одредбама Берлинског Уговора" (стр. V — VI). Из обзира према писцу, а и због оскудице у времену, Веснић је одустао од допуњавања обећавајући да ће, уколико му послови дозволе, у посебној књизи обрадити питања која је Шнелер превидео (стр. VI).

Приликом каснијих превођења уџбеника Ниса и Ривијеа, Веснић није тако поступао већ је (вероватно поучен искуством са Шнелером) обезбедио дозволу писаца да преведена дела коментарише и допуњава. Познатим интернационалистима таква цена појављивања на непознатом српском издавачком тржишту није изгледала висока па су пристајали. Вероватно и стога што су добро познавали Веснића не само као одличног стручњака већ и као лојалног човека и искреног пријатеља. О томе сведоче и оригинални примерци уџбеника које су Веснићу поклањали, а он их је поклонио Библиотеци Правног факултета у Београду где се и данас налазе. Да су преводи били намењени пре свега студентима, Веснић показује нарочито тиме што у другој Ривијеовој књизи „Уместо предговора" даје кратак (на жалост, не и довољно прецизан) преглед предавања из међународног права на Правном факултету Велике школе у Београду и најважнијих радова из међународног права и дипломатске историје (стр. XV — XVIII).

Добро је што је Веснић тако поступао, иако то није уобичајено, јер су наши читаоци добили знатно потпунија дела него корисници тих дела на француском језику. У Веснићевом случају је то испало добро, пошто су

(21) Као сепарат објављене у Београду 1895. и на француском у Бриселу 1896.

(22) М. Новаковић, *Миленко Р. Веснић*, „Архив за правне и друштвене науке", 1922, књ.V (XXII), бр. 3, стр. 166.

(23) Рођен у Лозани 1835, а умро у Бриселу 1898.

(24) У оригиналу A.Rivier, *Les principes du droit des gens*, I—II, Paris 1896, у преводу А.Ривијер, *Основи међународнога права*, I — II, Државна штампарија, Београд 1897–1898.

(25) Вид. бел. 11.

каснији догађаји показали да је он, како се све више посвећивао јавним пословима и писању према националним и државним потребама имао све мање времена за преводилачки рад послови му нису дозволили да обради питања која је обећао „српским читаоцима" у предговору Шнелерове књиге о Босни и Херцеговини. Време за превођење је нашао – на издржавању казне затвора! Због једне изјаве дате листу „Le Temps", после Ивањданског атентата (1899), Веснић је, за увреду краља Милана, осуђен на две године затвора. Као некада Нушић тако се и Веснић у затвору највише забављао с пером у руци. Но док су „Листићи" остали на маргини Нушићевог стваралаштва, Веснићев је превод с француског Кунибертовог дела о српском устанку и првој влади Милоша Овреновића[26], остао једини до наших дана. Можда би Веснић оставио будућим поколењима још неко преведено дело да је дуже остао у затвору. Казну није издржао до краја јер су, поводом женидбе краља Александра (1900), помиловани сви политички осуђеници.

Док је Веснић издржавао казну затвора из штампе је изишао његов превод с француског дела Л.П.Дибоа „Општинске финансије"[27]. То потврђује предговор у коме С.Р. Кукић (29. октобра 1900), истичући да име преводиоца јемчи да је добијено дело у одличном преводу, не пропушта да констатује: „Једино што се мора жалити то је што се преводилац за време штампања дела налазио у изузетним околностима те је био лишен могућности да појединим специјалним финансијским терминима поклони већу пажњу при превођењу и објашњавању и да можда за поједине од њих нађе, у споразуму са стручњацима, подеснији и приближнији српски израз" (стр. VIII). Кукић није сасвим јасан јер прво каже да је Веснић био у „изузетним околностима" за време „штампања дела", а затим „при превођењу и објашњавању" није могао да поклони већу пажњу појединим финансијским терминима (није имао при руци потребне речнике и слична помагала?) ни да се саветује са стручњацима, што би указивало да је и преводио у затвору.

По изласку из затвора Веснић једва да је имао времена да се огледа на положају судије Касационог суда пре него што се поново нашао у дипломатији[28], у којој ће, с малим прекидима када је био министар правде (1906) и председник владе (1920–1921), остати до краја жуивота. Велика је штета што није стигао да оствари животну жељу да преведе с француског капитално Нисово дело „Међународно право" у три књиге, чија су два издања објављена када је Веснић био посланик Србије у Паризу[29]. Могао је само да их у оригиналу остави Правном факултету у Београду. Свакако прерано јер његов живот није трајао ни 60 година. Премало и за време када је просечни људски век био знатно краћи него што је данас, а разумљиво ако се зна да је Веснић живео пуним животом. Неуморан на свакодневним пословима српског и југословенског дипломате у Паризу, делујући не само речју и пером већ и делом (смештајући за време рата српске избеглице и организујући помоћ), Веснић је налазио време и није штедео труда да учествује у раду бројних националних (француских) и међународних удружења. То му је скратило живот, а потоњим генерацијама оставило многе поуке.

Веснићев пример је у много чему поучан. Спадао је у професоре који су више волели да преводе него да пишу. У преводилачкој делатности остаће забележен пре свега по ширини тематских области и брзини превођења.

---

(26) Вид. бел. 9.

(27) Вид. бел. 7.

(28) Постављен 1901. за посланика Србије у Риму, а 1904. за посланика у Паризу.

(29) E.Nys, *Le droit international*, I — III, Bruxelles — Paris 1904—1905— 1906; E.Nys, *Le droit international*, nouvelle édition, I— II,Paris; III,Bruxelles 1912.

Осим тога, допунама (којима је показивао да поседује огромно знање) су наши читаоци добили потпунија дела. Није реч о допуни података већ о читавим студијама високе вредности у делима Ниса и Ривијеа. Тај пример нису следили каснији преводиоци[30]. Од Веснићевог примера да коментарише преведено дело задржали су се „коментари" домаћих издавача, али без веснићевске културе и у суштини више ограђивање и правдање, као цена која је морала бити плаћена за објављивање, него критичка оцена (коју су поједина дела стварно заслуживала)[31]. Веснићеви преводи су обележили време када није било домаћих оригиналних систематских дела. Били су неопходни јер није било ни организованих архива снабдевених потребном документацијом. Иако су прилике данас умногоме измењене, како у погледу домаћих уџбеника, још више у погледу познавања страних језика које омогућава коришћење оригиналних дела, превођење најбољих страних дела не би представљало луксуз. Беспарица не може да буде изговор када је у питању међународна интелектуална сарадња. За такву сарадњу су све потребнији наставници који не само познају више страних језика, већ и располажу лакоћом комуницирања у сваком друштву. Космополити Веснићевог типа су потребни не само у дипломатији него и на универзитетима и у свакој установи или организацији која је упућена на одржавање веза са иностранством. Без таквих људи је немогућа било каква међународна сарадња чак и у маленој Европи. Међутим, то ниуколико не смањује потребу за превођењем стручне литературе. Докле год буду постојали национални језици, дотле ће превођење бити насушна духовна потреба. Биће потребни и људи као што је био Миленко Веснић.

(Примљено 21.03.1991)

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

MILENKO VESNIĆ AS A TRANSLATOR

Summary

The hundred and fiftieth anniversary of the Faculty of Law in Belgrade is an occasion to remember the teachers who have seved their school and their country. One of them was Milenko R. Vesnić, professor of the Faculty of Law of the High School in Belgrade and a diplomat. His unwearied activity was marked by lectures on various issues in the spheres of law, economy and politics. He was an author and a translator. He translated not only the works of criminal law, but also those of economy, history, international law and general literature. As professor of international law he was searching for such works which were

(30) Изузетак су представљали професори Правног факултета у Београду Божидар С. Марковић и Милош М. Радојковић који су, заједно с Велимиром Н. Димићем, превели Ле Фирово *„Међународно право"* . Л. Ле Фир, *Међународно јавно право*, изд. Геца Кона, Београд 1934. Преведено према делу L.Le Fur, *Précis de droit international public*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1933. Додали су пакт Друштва народа са изменама и допунама (стр.689–705).

(31) На пр. *Историја дипломатије* (ре. В.П.Потемкин) , изд. „Архива за павне и друштвене науке", Београд 1951, стр. 692–701; – Х.Келзен, *Општа теорија права и државе*, изд. „Архива за правне и друштвене науке", Београд 1951, стр. 1–11.

the best for his students and for all other readers needing them. He has done his translations with remarkable speed and expertise and rather soon after the original has been published. Doing this, he had to overcome many difficulties, including new terminology.

In fact, this activity of professor Vesnić was not just a simple translation. With the permission of authors, Vesnić has succeeded to amend to quitee a degree some of the tranwslated books. He has made them contemporary and enriched them with his notes and comments, while even introducing new chapters (for instance, the case of De la Nys and Rivier's works). In such a way Serbian readers have acquired even more complete works than those in France. Vesnić's example was not followed frequently, so that his translations from German and French remained unique until our times.

Key words: *Milenko Vesnić. - Translation. - Economy. - History. - Law.*

dr Momir Milojević,
Professeur à la Faculte de droit de Belgrade

MILENKO VESNIĆ COMME TRADUCTEUR

Résumé

La célébration du 150ème anniversaire de la Faculte de droit à Belgrade est une occasion d'évoquer des suovenir des enseignante qui ont servi aussi bien à leur faculté qu'à leur pays. Parmi eux, il faut mentionner surtout Milenko R. Vesnić, professeur à la Faculte de droit de la Haute école de Belgrade et aussi diplomate.

Son activité infatiguable a été marquée par des conférences sur diverses questions du domaine juridique, économique et politique. Il écrivait et traduisait aussi. Il est peut - être paradoxal, mais il traduisait non seulement des textes du domaine dont il s'occupait, c'est - à - dire du droit pénal, mais aussi du domaine de l'économie, de l'histoire, du droit international et de la littéerature. Comme professeur de droit international il recherchait les oeuvres qui seraient les meilleures pour les étudiants et pour tous ceux qui puissent en avoir besoin. La vitesse avec laquelle il traduisait et publiait ces oeuvres est admirable, et surtout l'art avec lequel Vesnić s'acquittait de ce travail au cours duquel il devait franchir de nombreux obstascles, y compris le problème des termes.

Il est vrai qu'il ne s'agissait pas de simples traductions. Avec l'autorisation des auterurs, Vesnić améliorait sensiblement leurs oeuvres. Il les a non seulement modernisées et munies de notes trés utiles et de commentaires mais il désirait aussi leur ajouter des chapitres (par exemple chez de la Nys et Rivier). C'est ainsi que les lecteurs serbes ont obtenu des oeuvres plus complètes que celles que pouvaient utiliser les lecteurs françis. L'exemple de Vesnić n'a été suivi que rarement. Ses traductions de l'allemand et du français sont restées uniques jusqu'à nos jours.

Mots clés: *Milenko Vesnić. - Traduction. - Economie. - Histoire. - Droit.*

UDK — 343.1
Прегледни чланак

др Зоран Миловановић,
доцент Правног факултета у Београду

ПРИМЕНА СРЕДСТАВА ЗА ПРИСЛУШКИВАЊЕ И ТАЈНО ОСМАТРАЊЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Аутор у раду анализира законске инструменте који регулишу примену средстава за прислушкивање и тајно осматрање у кривичном поступку. Он констатује да стање у овој области није сасвим задовољавајуће и да још увек нису остварене све претпоставке нужне за успостављање режима потпуне правне сигурности. Наиме, док је примена средстава за прислушкивање најновијим изменама Закона о кривичном поступку подвргнута знатно ригорознијој правној контроли, дотле је без икакве законодавне интервенције остала сфера употребе средстава за тајно визуелно осматрање и снимање. Поред тога, не задовољава ни постојећи систем ванпроцесних овлашћења, који омогућава органима унутрашњих послова да самостално одлучује о томе да ли интерес откривања кривичног дела и обезбеђења доказа оправдава задирање у приватност грађана применом наведених средстава.

Кључне речи: *Прислушкивање. – Тајно осматрање. – Људска права. – Заштита приватности.*

Крупни кораци којима се креће савремена наука и увођење нових метода и средстава у готово све области људског живота и рада учинили су да се свет на крају XX века суочи с тако бројним и радикалним трансформацијама, које људску свест и укупну духовну сферу човека затичу често недовољно припремљеним да на њих реагује на адекватан начин. То као последицу има појаву једног специфичног односа у коме човек, уместо да буде субјект који активно и смишљено делује, добија инферioран положај. Недостатак човековог потребног знања и интелектуалне моћи да заузда снагу новог, до јуче непознатог, доводи до цивилизацијског раскорака између човека и творевина његовог ума.

Напредак целокупне науке, а посебно техничких дисциплина, носи са собом и огромне потенцијалне опасности које прете да униште и самог носиоца тог напретка. Искуство показује да наука, у свом неукротивом настојању да дође до новог, није човечанству доносила само прогрес, нити је увек доприносила даљој хуманизацији међуљудских односа. Својим достигнућима она је угрожавала и човека, наговештавајући му све страшнију и неизвеснију будућност. Јасно је да ова „тамна страна прогреса" није и основно обележје научног развоја, али она неумитно ствара код људи осећај несигурности и тескобе пред оним што доноси сутрашњица.

Једна од области људске делатности у којој се с посебном деликатношћу приступа разматрању питања научно–техничког развоја јесте борба против криминалитета. Очигледно је да се у савременим условима та борба

не може успешно водити без уважавања законитости научног развоја. Хендикеп би било и помислити да је тако нешто могуће. То исто се односи и на ужу област кривичног поступка. Теорија доказа је одавно превазишла оквире традиционалне представе о суштини кривично–процесне науке. Она све више поприма обележја комплексног подручја науке, које је немогуће проучавати само у границама кривичног процеса. Захваљујући томе, све чешће се сусрећемо с новим методама и средствима која олакшавају пут до релевантних чињеница, а поступак њиховог утврђивања чине знатно ефикаснијим и егзактнијим. Међутим, као и у осталим сферама, и на овом терену се суочавамо с оним научним достигнућима која прете да угрозе човека и његова елементарна права. Наиме, применом појединих од њих, стварају се услови за продор у најскровитије делове људске интиме и отварају нека од фундаменталних питања допуштености и границе примене појединих доказних средстава.

Опасност од злоупотребе и лакоћа с којом се може прекорачити граница њиховог дозвољеног коришћења довели су убрзо, посебно у редовима заговорника конзервативног приступа кривичном поступку, до настанка снажног отпора према свему новом. То екстремно становиште, међутим, није узимало у обзир чињеницу да нема ниједног доказног средства, односно методе који се не могу злоупотребити. Савремени кривични процес, то је данас ваљда сваком јасно, не може одговорити својој друштвеној улози, нити задацима који се пред њега постављају, без снажног ослонца на друге науке. Дакле, смисао исправног става се не може састојати у одбацивању или потпуном занемаривању нових метода и средстава, већ у свођењу њихове примене у одговарајуће правне и етичке оквире.

Једна од области у којој се најчешће поставља питање допуштености одређених доказних средстава јесте примена апарата за звучну и оптичку опсервацију и регистрацију у функцији кривичног прогона. Захваљујући изузетно брзом развоју, који је електроници донео статус једне од најпросперитетнијих технологија данашњице, човеку су постали доступни бројни и веома разноврсни апарати, који су несумњиво унели велике промене у његову животну свакодневицу. Поред тога, евидентан је и допринос који је електроника дала развоју других области човекове делатности, омогућавајући му, између осталог, да се вине до космичких висина, претвори читав свет у „глобално село" и приближи себе многим револуционарним спознајама. Међутим, развој технике на овом плану није показивао позитивна стремљења. Њега су карактерисала и настојања усмерена ка успостављању што свеобухватнијег система друштвене контроле, који би органима власти омогућио потпуни надзор над приватним животом грађана. Ова орвеловска визија, која је у време настанка била ствар предвиђања резервисаног за неку далеку и неизвесну будућност, данас је у техничком погледу постала лако остварива. Електронска индустрија, посебно они њени капацитети који су у појединим земљама (САД, Јапан, Немачка) окренути истраживању и производњи апарата за тајно осматрање и прислушкивање, сваке године нуди светском тржишту читаве генерације нових производа савршенијих од претходних. Пред налетима ове нове и моћне технологије све оне баријере које су доскора успешно штитиле приватност грађана постале су сувише слабашне. Потпуно је логично што њеним изазовима нису могли одолети ни органи кривичног прогона, који су уз помоћ ове технологије знатно подигли технички ниво борбе против криминалитета. Контрола и надзор су постали много ефикаснији и омогућавају полицији да реагује већ у раним фазама настанка криминалне појаве, а рад на расветљавању кривичних дела је постао делотворнији, омогућавајући коришћење и оних извора сазнања који су доскора били сасвим недоступни.

Примена савремених средстава за звучну и оптичку опсервацију и регистрацију у кривичном поступку може се посматрати с различитих аспеката. С обзиром да у погледу питања која се тичу употребе техничких средстава за регистровање процесних радњи у претходном поступку и на главном претресу имамо релативно јасну правну ситуацију[1], ми ћемо се првенствено окренути анализи стања које у овом погледу постоји у преткривичном поступку. То је сасвим разумљиво, ако се има у виду чињеница да је могућност да дође до појаве арбитрерности и произвољности у односу органа кривичног гоњења према обавези поштовања права човека, управо највећа у тој фази.

Иако у пракси често минимизиран или потпуно занемариван, значај ове проблематике превазилази оквире кривичног поступка. Поред процесних, ова проблематика има и врло јасне међународноправне, уставноправне и кривичноправне димензије. Тако, чл. 17. Међународног пакта о грађанским и политичким правима (на снази од 23. марта. 1976) предвиђа право грађана да буду заштићени од произвољног и незаконитог задирања у њихову приватност и породичне односе, од нарушавања неповредивости стана и тајности општења. Заштита права грађана заузима значајно место и у уставима, у којима се, поред неповредивости интегритета људске личности, личног и породичног живота, неповредивости стана и неповредивости тајне писма, предвиђа и заштита тајности свих других средстава комуницирања.

Изузетно значајан аспект примене техничких средстава за звучну и оптичку опсервацију и регистрацију јесте онај који се односи на кривичноправну заштиту. Одговарајућим инкриминацијама у савезном и републичким кривичним законодавствима прописана је заштита од неовлашћеног прислушкивања и тонског снимања. Кривично дело има два облика. То су: неовлашћено прислушкивање или тонско снимање и упознавање непозваног лица с оним што је неовлашћено прислушкивано или снимано. Прислушкивање или тонско снимање значи, у смислу овог кривичног дела, слушање или тонско регистровање, применом посебним уређаја, разговора или изјава неког лица, које нису намењене ономе ко их прислушкује или снима. Други облик овог кривичног дела постоји када се непозваном лицу омогући, на одговарајући начин, да се упозна са садржином прислушкиваних или сниманих разговора. Осим у случајевима кад се врши без знања или пристанка лица чији се разговор или изјава прислушкују или снимају, прислушкивање или тонско снимање ће бити неовлашћени увек када се спроводе ван случајева предвиђених одговарајућим законима (закони о вршењу унутрашњих послова, закони о државној безбедности, ЗКП). Инкриминације сличне овој могу се сусрести и у неким страним законодавствима[2]. Поред овог, кривичним делом се сматра и неовлашћено фотографисање. Према одредби из КЗ Србије, ово дело се може извршити како фотографским, тако филмским или неким другим (видео) снимањем неког лица, при чему то снимање може бити реализовано како у његовим личним просторијама, тако и на другом месту. Фотографисање, односно снимање мора бити извршено неовлашћено или без пристанка лица које се снима. За постојање овог облика кривичног дела потребно је и да се неовлашћеним снимањем осетно задире у лични живот односног лица. Други облик овог дела састоји се у показивању или предаји другом лицу неовлашћено начињеног снимка или омогућавању другој особи да се с њим упозна. Има мишљења да се

(1) Снимци настали употребом тих средстава у предвиђеним процесним формама (чл.80, ст.3; чл.87; чл.308, ст.3; чл.334 ЗКП).

(2) У Француској, Немачкој и Швајцарској су, чак, донети и посебни закони којима се забрањује злоупотреба апарата за акустичко снимање и прислушкивање.

противправност код овог дела може искључити постојањем посебног овлашћења, које произлази из одредаба закона о вршењу унутрашњих послова које се односе на предузимање мера којима се одступа од начела неповредивости тајне писма и других средстава општења[3]. Сматрамо да овако широко тумачење овлашћења садржаног у наведеним одредбама не одговара захтевима усмереним ка успостављању строгих законских оквира код предузимања оних радњи којима се угрожавају нека основна права човека. Осим тога, морамо признати да не видимо начин на који би се коришћење оптичких апарата у циљу снимања и регистровања извесних активности могло изједначити с оним мерама које имају за циљ продор у дискрецију акустичке комуникације.

За сагледавање и оцену подобности одређених законских инструмената да обезбеде потпуну заштиту грађана од сваког произвољног и неоправданог задирања у њихову приватност, од кључног су значаја одредбе процесног законодавства и закона којима се регулише делатност органа унутрашњих послова, а које се односе на услове под којима се могу применити средства за тајно акустичко и оптичко снимање и добијени подаци употребити као доказ у кривичном поступку[4]. Одмах треба истаћи да стање у овој области није сасвим задовољавајуће и да још увек нису остварене све правне претпоставке нужне за успостављање режима потпуне правне сигурности, који би се, између осталог, огледао и у томе што би онемогућавао употребу оних доказа у кривичном поступку који су прибављени на недозвољени начин. Разлога за ову констатацију има више. Пре свега, иако је у кривичним законима прописано кривично дело неовлашћеног фотографисања, ни Закон о кривичном поступку, а ни закони о вршењу унутрашњих послова, и не поминју могућност да се на основу овлашћења може вршити тајна опсервација, фотографско и видео–снимање, мада се савремени концепт спровођења оперативно – тактичких мера и истражних радњи не може ни замислити без тога. Уз помоћ различитих техничких помагала могу се прибавити подаци о најинтимнијим странама живота човека који, осећајући се безбедно у унутрашњости свога стана или просторија у којима борави, по правилу, не води рачуна о конвенционалним облицима свог понашања и о потреби заштите сопственог интегритета, те несвесно отвара могућност да сам открије нешто што га може теретити у кривичном поступку.

Нешто је другачија ситуација у погледу примене средстава за прислушкивање и тонско снимање. Има мишљења да се правни основ за предузимање ових радњи може наћи у одредби чл. 214. Закона о кривичном поступку из 1976. године, која овлашћује истражног судију да нареди, када је то потребно, задржавање и предају писама и других пошиљака[5]. Насупрот томе, има и ставова да је израз наведен у том члану „... и друге пошиљке" прилично неодређен и да се телефонске поруке и разговори не могу подвести под њега[6]. У циљу отклањања ових дилема, у Нацрту Закона о изменама и допунама Закона о кривичном псоступку из марта 1990. године предложена

---

(3) Љ.Лазаревић, *Кривично право*– посебни део, Београд 1981, стр. 322.

(4) Употреба техничких средстава за регистровање процесних радњи у претходном поступку и на главном претресу не изазива дилеме и у овој области имамо релативно јасну правну ситуацију. Наиме, снимци настали применом тих средстава у предвиђеним процесним формама (чл. 87; чл.308, ст.3 ЗКП) могу послужити у каснијим стадијумима поступка као доказ о начину извођења и садржају односних истражних радњи и главног претреса.

(5) В.Водинелић, *Криминалистика*, Београд, 1984, стр. 116

(6) Љ.Валковић, *Правна заштита поштанских пошиљака, телеграфских и телефонских прикључења*, „Наша законитост" 3/1979, стр 38.

је потпуно нова одредба (чл. 215а) којом се уводи истражна радња „надзор и техничко снимање телефонских и других разговора". Према предлогу, ову радњу може наредити само истражни судија уколико су испуњени услови предвиђени у ставу 1. – да постоји основана сумња да је одређена особа учествовала у извршењу одређених кривичних дела. Радња се одређује писменом наредбом, у којој морају бити наведени подаци о лицу на које се односи, као и о начину, обиму и времену за које се предузима. Поред тога, у предлогу је била садржана обавеза уништења прибављених података и обавештења уколико они нису потребни за вођење кривичног поступка (ст. 6) и забрана употребе резултата ове истражне радње као доказа код доношења пресуде у случајевима када она није предузета на прописани начин (ст. 8), при чему се недозвољеним сматрају и они докази који то сами по себи нису, али је за њих сазнато посредством незаконито прибављеног снимка разговора (ст. 9). Међутим, иако је заснован на једном савременом концепту и стандардизованој процедури, која се у овом погледу примењује у већини западноевропских земаља и САД и која највећим делом искључује арбитрерност и самовољу државних органа, чл. 215а. је чудним стицајем околности изостављен из текста Нацрта пре његовог упућивања пред Скупштину СФРЈ. Тиме је задат ударац настојањима да се уведе више реда у ову област и тако отклоне слабости постојећег законског решења. Но, с обзиром да су могуће промене све до усвајања Закона о изменама и допунама ЗКП, остаје нада да ће, ипак, преовладати они аргументи на којима се темељио предлог за увођење новог члана и да ће се он наћи у коначном тексту Закона.

Као правни основ за предузимање мера тајног акустичког снимања у преткривичном поступку, јављају се и прописи којима се регулише делатност органа унутрашњих послова. Њима се предвиђа да се, када је то нужно за државну безбедност, одлуком савезног, односно републичког секретара, могу предузети мере којима се одступа од начела неповредивости тајне писма и других средстава општења[7]. Примедба која се односила на неодређеност и непрецизност одредбе чл. 214. ЗКП из 1976. године може се потпуно оправдано упутити решењима садржаним у овим прописима. Она добија посебан значај ако се има у виду да су овако мањкави правни оквири и широко интерпретирање разлога државне безбедности много пута послужили за злоупотребе које су имале далекосежне реперкусије и у касније спроведеном кривичном поступку. Наиме, потупно је јасно да, иако информације прикупљене у преткривичном посупку не могу имати процесну вредност, оне могу допринети откривању других чињеница за чије фиксирање се касније обезбеђује адекватна процесна форма. Из тих разлога, наше је мишљење да и постојећи систем ванпроцесних овлашћења мора претрпети измене, јер се њиме не обезбеђује пуна заштита права грађана и њихова лична сигурност. Он не ствара услове за праву проверу оправданости предузетих мера како у погледу прецизног одређивања околности које их намећу, тако и у погледу начина, обима и времена њиховог трајања. Давање органима унутрашњих послова овлашћења да самостално одлучују о томе да ли интерес откривања кривичног дела и обезбеђења доказа оправдава задирање у приватност грађана, нужно доводи до произвољног и недовољно критичког приступа у коме се знатно више уважава потреба за ефикасним деловањем, него што се испољава спремност да се води рачуна о правима човека. На тај начин се шири простор за настанак евентуалних злоупотреба, које је веома тешко открити, и тако практично сужава зона кривичноправне заштите.

(7) Закон о вршењу унутрашњих послова из надлежности савезних органа управе, чл. 10. (Сл. лист СФРЈ, бр. 7/85); Закон о основама система државне безбедности, чл. 24. („Сл. лист СФРЈ", 15/84); важећи републички закони о унутрашњим пословима.

Због свега тога, не као израз неповерења према органима унутрашњих послова, већ као вид допунске заштите права грађана, неопходно је увођење у ову сферу контролне функције суда.

Најзад, долазимо и до проблема процесне вредности примене техничких средстава за акустичку и оптичку регистрацију и опсервацију. Он има изузетан значај, јер његово решење представља често прави показатељ море у којој је један систем кривичног поступка спреман да доследно и консеквентно уважава принципе који се тичу допуштености, односно недопуштености појединих доказа. Полазећи од принципа слободне судијске оцене доказа, садржане у чл. 16. Закона о кривичном поступку, који прописују да „право суда и државних органа који суделују у кривичном поступку да оцењују постојање или непостојање чињеница није везано ни ограничено формалним доказним правилима", као и неких схватања изражених у теорији, да се као доказно средство може користити сваки извор информација погодан за утврђивање чињеница, осим оних који су изричито законом забрањени, могло би се закључити да и информације до којих се дошло тајном применом наведених техничких средстава могу, под одређеним условима, постати део доказне грађе која стоји у основи судске одлуке. Према другом ставу, однос између кривичног поступка и метода криминалистике се не остварује само у правним категоријама, већ се у том контексту постављају и етичка питања, која су значајна за поштовање права човека, те би, у складу с тим, ограничавање сфере приватности у циљу прибављања чињеница релевантних за кривични поступак могло бити допуштено само на основу изричите одредбе закона[8]. Све оно што није изричито дозвољено, мора се сматрати забрањеним.

Осврћући се на нашу процесну стварност, чини се да је прво од изнетих становишта, које узима првенствено у обзир релевантност чињеница, доминирало. У прилог томе говори и чињеница да југословенско кривично процесно законодавство, до Нацрта Закона о изменама и допунама ЗКП из марта 1990. године, није ни садржало прописе којима би се регулисали услови под којима се у кривичном поступку могу користити технички снимци настали тајним путем, као и то да је Закон о кривичном поступку из 1976. остављао извесне могућности за коришћење незаконито прибављених доказа. Међутим, мора се истаћи да, независно од судбине чл. 215а, предлози за брисање одредаба чл. 84, 85. и 86, којима је допуштена могућност изузетног коришћења доказа на којима се иначе не може заснивати пресуда (тзв. конвалидација правно неваљаних доказа), као и предлог за брисање одредбе чл. 364, ст. 1, тач. 8. којом је била релативизирана процесна санкција неваљаности пресуде засноване на доказу добијеном кршењем одређене доказне забране формулом да у конкретном случаје не постоји апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка „ако је, с обзиром на друге доказе, очито да би и без тог доказа била донета иста пресуда", садржани у Нацрту Закона о изменама и допунама ЗКП, уносе битне новине у сферу доказних забрана и теже, у целини узевши, успостављању чвршћег и консеквентнијег система процесне заштите права човека. То ће, верујемо, имати утицаја, поред осталог, и на праксу примене техничких средстава за звучно и оптичко осматрање и регистровање.

(Примљено 10.12.1990)

---

(8) K. Peters, *„Kriminalistik un strafrechtspflege"*, Archiv für Kriminolo gie, 1– 2/1984, стр. 11; П. Кобе, *Резултати прислушкивања као доказ у кривичном поступку*, „Наша законитост", 11–12/1985, стр. 1277

Dr Zoran Milovanović,
Assistant Professor of the Faculty of Law in Belgrade

APPLYING EAVESDROPPING AND SECRET OBSERVATION DEVICES IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

Applying contemporary devices for audio and visual observation and recording in the criminal proceedings may be considered from various aspects. Since the application of techical devices in recording procedural acts in the preliminary proceedings and at the trial itself raise no great legal problems, this article is primarily dedicated to the analysis of the situation in the pretrial proceedings. Important for assessing the adequacy of specific legal instruments to provede complete protection of citizens against any violation of their privacy are the provisions of the law of procedure and those covering the activities of the interior affairs the implementation of eavesdropping and secret observation devices, and using such information as evidence in the criminal proceedings.

The state of affairs in the above respect is not satisfactory as it should be, and there still are no adequate prerequisites necessary for establishing a regime of total legal security. Namely, although newest amendments to the Las on Criminal Procedure include just provisions concerning the application of some instruments apt to effect supervision and technical recording of telephone and other kind of conversation, the sphere of secret application of devices for visual observation, photographic and video recording has remained unregulated by law. In addition, the existing system of out - of - procedure authorities and powers is not adequate, since it enables the interior affairs agencies to decide in an independent way on whether the interest of discovering a criminal offence and obtaining the relevant evidence justifies the infringement into the private sphere of the citizen by applying the above mentioned devices.

Key words: *Eavesdropping. - Secret observation. - Human rights. - Protection of privacy.*

Zoran Milovanović,
Chargé de cours à la Faculté de droit de Belgrade

L'APPLICATION DES MOYENS D'ECOUTE ET D'OBSERVATION SECRETE DANS LA PROCEDURE PENALE

Résumé

L'application des moyens modernes d'observation sonore et optique et d'enregistrement dans la procédure pénale peut être envisagée de divers points de vue. Etant donné que sur le plan de l'application des moyens techniques pour l'enregistrement des demaraches de procédure au cours de la procédure préliminaire et lors du procès principal il existe une situation juridique relativement claire, le présent travail est tourné avant tout vers l'analyse de la situation au cours de la phase précendant celle de la procédure pénale. Poura évaluer et estimer si certains instruments légaux sont capables d'assurer une protection complète des citoyens contre toute irruption arbitraire dans leurs affaires privées, une importance cruciale revient aux dispositions de la législation de procédure pénale et des lois qui réglementent les activites des organes de l'intérieur et qui ont trait aux conditions dans

lesquelles on peut appliquer des moyens d'écoute et d'observation secrète et utiliser les données obtenus comme preuve au cours de la procédure pénale. On peut constater que la situation dans ce domaine n'est pas tout à fait satisfaisante et que tous les préalables juridiques indispensables à l'instauration du régime de la pleine sécurite juridique n'ont toujours pas été réalisées. En effet, alors que les tout derniers changements de la Loi sur la procédure pénale englobent uniquement l'application des moyens qui surveillent et enregistrent des conversations télephoniques et d'autres conversation, la sphère de l'application secrète des moyens d'observation visuelle, d'enregistrement filmé et video n'est toujours pas réglée par la loi. Qui plus east, le système actuellement en vigueur des pouvoirs extraprocéduraux, qui permet aux organes de l'intérieur de décider de manière autonome si l'intérêt de dépister le délit et la nécessite d'assuer des preuves justifient l'intrusion dans la vie privée des citoyens en appliquant des moyens citées ci-dessus ne satisfait pas.

Mots clés: *Ecoute. - Observation secréte. - Droits de l'homme. - Protection de la vie privée.*

UDK — 378.1: 34(497.111)
Прегледни чланак

др Драган Митровић,
доцент Правног факултета у Београду

СВЕТОСАВСКИ ТЕМАТИ НА ПРАВНОМ ФАКУЛТЕТУ У БЕОГРАДУ (1921–1941)

У дугој и богатој историји Правног факултета у Београду посебно место припада Светосавским тематима, који су од 1921. до 1941. сваке године расписивани за студенте права и за студенте других факултета. Око Светосавског кола окупили су се заједно и добротвори Правног факултета у Београду, познати професори права на правним и другим факултетима у земљи, као и други јавни и културни радници. Сви они и сада чине део једног драгоценог духа и времена у којем и ми данас живимо. Најмање што можемо, то је да се овим значајним поводом подсетимо њихових имена и, о св. Сави, награђених радова некадашњих студената Правног факултета у Београду.

Кључне речи: *Светосавски темат. – Правни факултет у Београду. – Професор права.*

У дугој и богатој историји Правног факултета у Београду посебно место припада установи светосавских тема. Светосавски темати су установљени 1921. године као наградни темати за студенте, а по потреби и за полазнике декторских курсева(1).

Међутим, истраживачу и читаоцу ће свакако бити интересантније да су светосавски темати од самог почетка замишљени као јединствена установа као и да су расписивани на свим правним факултетима у земљи(2).

Сигурно је да је оваквом карактеру светосавских тема погодовала околност да је главна награда била тзв. Краљева награда. Не треба због тога да чуди што су најбољи награђени темати по свом квалитету често наликовали магистарским радовима. Поред главне награде, студенти су добијали награде различитих дародаваца и добротвора, одређене било само за једну годину, било за више година. На тај начин је у коло светосавских тема

(1) На 1921. годину као годину када су установљени светосавски темати упућује нас како белешка у *„Архиву за правне и друштвене науке"* (књ. IV/XXI/, бр. 1, Београд, 25. фебруар 1922, стр. 79), тако и факултетска хроника сачувана у књигама факултетских записника (Архив Србије, књ. Г–205, Пр. 208/3).Што се, пак, тиче награда за полазнике докторских кусева, видети белешку у „Архиву за правне и друштвене науке", књ. XVIII (XXXI), бр. 4, Београд, 25. април 1929, стр. 316.

(2) Светосавски темати су, колико нам је познато, расписивани и на Љубљанском и на Суботичком правном факултету (видети белешке у *„Архиву за правне и друштвене науке"*, књ. XII /XXII/, бр. 1, Београд, 1922, стр. 65. и књ. IV /XXI/, бр. 5. и 6, Београд, 1922 стр. 469.

укључен значајан број награда које су често установљаване као приватне задужбине, или као фондови уз главну награду. Награде из ових задужбина и фондова расписиване су било за тзв. везане, било за тзв. невезане темате, а по потреби су, сходно вољи дародаваца, расписивани и посебни темати. Поред награђених радова, други запажени студентски радови су награђивани похвалама и пригодним поклонима. Уколико, међутим, понуђени радови не би задовољили високе критеријуме, награда за ту годину није додељивана или је, заједно са неком другом наградом, додељивана раду из сличне правне области. Уз то, посебна награда из задужбине Луке Ћеловића – Требињца додељивана је сваке године најбољем студенту у генерацији, као и награда Српске Краљевске Академије, по завештању др Николе Крстића, најбољем сиромашном студенту. Створеној мрежи награда за светосавске темате треба придодати и награде које су посебно установљаване за полазнике докторских курсева, као што је на пример учињено 1930. године, као и једнократне поклоне и прилоге којима је о св. Сави дариван Правни факултет, а посебно његова библиотека[3].

На тај начин су око Правног факултета окупљени његови добротвори, који су подстицали дух стваралаштва и интелектуалног надметања код студентске омладине. Исто тако, не треба заборавити да је наградама побољшаван незавидан материјални положај најдаровитијим студентима, као и да је била велика част и ствар престижа бити награђен неком од награда у текућој школској години.

Многе награде су носиле имена својих оснивача, као што су награде из задужбина и фондова Луке Ћеловића–Требињца, Марка Стојановића, др Николе Крстића, Ивана Худовског, А. Орловског, Арсе Илића, Драгослава Кокановића, затим Босиљке Д. Кокановић, Роксанде Рајковић, Стане и Милутина Јовановића, Милутина Марковића, Стане Богојевић, Љубице, Јована и Стевана Јефтовића, Шемаја Демаја, Бранислава – Баје Мијушковића, Војина Тошића, др Јована Ловчевића, Чедомиља Митровића, затим Даринке Ч. Митровић, др Душана Суботића, Димитрија Илићановића, Станислава Сарића, Драгослава и Радослава Гоњевца, Данице Ј. Симић, Слободана Јовановића, Андре Петровића, Јосифа Храбовског, Марије Павловић, Станислава Савића и Милице Д. Јовановић.

На исти су начин стваралаштво код студента и интерес за научни рад подстицали наградама из својих фондова различита удружења, предузећа и заводи, као што су Српска Краљевска Академија по завештању др Николе Крстића, Осигуравајуће друштвео „Србија", Коло свршених правника Велике школе из 1897. одине, Савез набављачких задруга државних чиновника, Државна Хипотекарна Банка, Велико–Бечкеречка фабрика шећера, Југословенска секција лиге жена, Савез осигуравајућих друштава у Краљевини Југославији, Задужбина „Велимиријанум", Индустријска комора у Београду, Друштво „Грајрет", Београдска општина, Занатска комора у Скопљу, Средишни уред за осигурање радника у Загребу, Југословенско – бугарска лига и фонд Чехословачке владе.

После 1945. године традиција светосавских темата није настављена.

II

За боље разумевање карактера светосавских темата посебно је драгоцена белешка из 1940. године,[4] у којој се говори о интересу студентске омла-

(3) Белешка у *„Архиву за правне и друштвене науке"*, књ. XVI (XXXIII), бр. 3.; Београд, 25, март 1928, стр. 243.

(4) Белешка у *„Архиву за правне и друштвене науке"*, књ. XL (LVII), бр. 2 Београд,

дине за овакав облик рада и оцењују постигнути резултати. У белешци стоји да светосавски теми представљају веће и скоро самосталне радове студената Правног факултета у Београду, у којима се обрађује неко важније питање из теорије и праксе друштвених наука уопште, односно права, економије, социологије. Студентски раови се, према оцени писца белешке, налазе на средини између семинарских радова и доцнијих самосталних радова и у том смислу представљају први самостални покушај студената да реше један теоријски проблем служећи се научним методима. Студенти који добијају награде не развијају се увек у „самосталног научног раденика", иако је велики број професора Правног факултета започео свој научни рад управо светосавским тематима. Међу награђеним радовима запажа се озбиљност у схватању проблема и зрелост у обради. Неки од радова су јасни знаци постојања лепих способности за самосталан научни рад. Такође, није тешко запазити пораст интересовања код студената за питања из прошлости и садашњости, истиче се у белешци, као и лепу спретност студената у руковању научним методима, из чега се може извести један „ведрији поглед на рад универзитетске младежи".

Сваке године о св. Сави, одлуком Савета Правног факултета награђивани су студенти за најбоље урађене темате[5].

За 1921. годину награђени су: Илија А. Пржић, Љубиша В.Димитријевић, Илија Јелић и Милован Вуковић.

За 1922. годину награђени су: Илија А Пржић, Светислав Воj. Вуловић, Сава Мићовић, Стеван К. Ћирковић и Властимир М.Стевановић.

За 1923. годину награђени су: Димитрије Протић, Сава Мојић, Стојан Св. Прибићевић, Ђуро Бањац, Вељко Милинковић, Милан Воj. Вуловић и Гајо Петровић, док су похваљени Драгослав О.Благојевић, Душан Ст. Цветковић и Живко Авр. Шалом. Посебно је награђен Недељко Бранковић као сиромашан, а добар студент права.

За 1924. годину награђен је Александар Мариновић, док је Милош Дрљевић посебно награђен као сиромашан, а добар студент.

За 1925. годину награђени су: Миодраг М. Обрадовић, Тихомир Васиљевић и Љубомир Јевтић.

За 1926. годину награђени су: Владислав Брајковић, Урош М. Станковић, Тодор М. Тодоровић и Тихомир Васиљевић.

За 1927. годину награђени су: Боривоје М. Петровић, Периша Цаковић и Зоран Глокановић.

За 1928. годину на седници Наставно–научног већа од 26. јануара 1929. године, одлучено је да се на основу акта Српске Краљевске Академије из фонда др Николе Крстића награди Милорад Вучковић као сиромашан, а ваљан студент за најбољи показани успех.

За 1929. годину награђени су: Јован Ђорђевић, Гојко Грђић, Вера Дравић, Урош Станковић и Мустафа Камарић. Похваљени су: Радмило Јовановић, Богдан Шошкић и Миливоје Марковић. Те године посебно је награђен Вејсил Хаџи–Бегић, као најбољи сиромашан студент права.

---

25. фебруар 1940, стр. 178–179.

(5) До података о награђеним студентима Правног факултета у Београду дошли смо користећи се белешкама у часопису „*Архив за правне и друштвене науке*", белешкама у књигама факултетских записника у Архиву Србије, као и белешкама из друштвене хронике у листовима „*Политика*" и „*Време*". Рад о светосавским тематима, међутим, не би било могуће заршити без драгоцене помоћи професора Правног факултета у Београду др Божидара Марковића, др Радомира Д. Лукића и др Драгаша Денковића, на чему им и овом приликом топло захваљујем

За 1930. годину награђени су: Петар Васиљев, Ханс Бауер и Јаша Давичо, док је похваљен Мирослав Нешић. Те године је посебно похваљен већ награђен рад Петра Васиљева као „најисцрпнији рад од свих поднетих радова". Поред тога, награду из фонда др Николе Крстића, према акту Српске Краљевске Академије од 15. јануара 1931. године, добио је студент Сава Ђуретић за показани најбољи успех на испитима.

За 1931. годину награђени су следећи студенти права: Вера Радонић, Иван Вушовић, Станислав Мишков, Голуб Марковић, Илија Д.Илић, Мустафа Камарић, Михаило Смирнов, Павле Алексић, Драган Златановић и Јаша Давичо. За награду је предложен, али није из формалних разлога награђен Миливоје Илић, већ докторант права. Посебном наградом је награђен Сава Ђуретић као најбољи сиромашни студент.

За 1932. годину награђени су: Драгослав Јанковић, Борисав Т. Благојевић и Вуксан Цемовић, док је похваљен Цвјетко Костић.

За 1933. годину награђени су: Глигорије Бугарски–Златић, Вера Радоњић, Драгаша Ђ.Денковић, Павле Алексић, Мирослав Никитовић, Славољуб Поповић, Борислав Т. Благојевић, Миливој Суђић, Антоније Р. Тасић, Ранко М. Брашић, Милош Б.Тошић, Обрен Т. Благојевић, Милена В. Јанковић, Александар Ф. Стојановић, Ново Шћепановић, Драгомир К. Сретеновић, Душан Јовановић, Вучета Г. Дрљевић, Здравко Ј. Здравковић, Милан Гавриловић и Блажо Филиповић. Награђени су похвалом и комплетом „Архива" за 1933. годину: Јанко Ђ. Таховић, Војислав Ристић, Вукашин Церовић, Радомир Д. Лукић, Добривоје Богдановић и Цвјетко Костић. Студент Љубица Костић је награђена као најбољи дипломирани студент у школској 1932/1933. години, док је Обрен Т. Станковић награђен као најбољи одличан, а сиромашан студент.

За 1934. годину награђени су: Глигорије Бугарски–Златић, Мирослав Никитовић, Славољуб Поповић, Андрија Лустиг, Здравко Ј. Здравковић, Роман С. Калман, Душан Јовановић– Јолић, Ратибор Ј. Јовановић, Првослав Т. Стојановић, Обрен Т. Благојевић, Едиб Х. Хасановић, Ранко Брашић, Мирослав Б. Павловић, Богдан Љ. Поповић, Јанко Ђ. Таховић, Ново Б. Шћепановић, Радомир Д. Лукић, Миливој Суђић, Леонида Д. Милојевић и Стеван Д. Живановић. Похваљени су следећи студенти: Венадиљ З. Ђорђевић, Павле Алексић, Леонида Д. Милојевић, Никола Најданов, Мирослав Никитовић и Ангелина Савић. Посебно су награђени Миодраг Д. Туцаковић који је дипломирао у школској 1933/1934. години са одличним успехом (оцена 9,68) и Радомир Д. Лукић, студент права III семестра, као одличан, а сиромашан ученик.

За 1935. годину награђени су: Радомир Д. Лукић, Јанко Ђ. Таховић, Глигорије Бугарски–Златић, Михаило Љ.Јездић, Боривоје П. Грујички, Ђорђе Ђ. Пуљо, Сталета М. Стефановић, Иван Н. Ђаја, Павле Д. Димитријевић, Војислав В. Петровић, Ратибор Ј. Јовановић, Андреја М. Пејовић, Ранко Брашић, Павле Алексић, Милија Јанићијевић, Михаило Рајковић, Миливој Суђић, Василије Суђић и Војна Чајкановић. Похваљени су: Милан Дамјановић, Лука Зечевић и Блажо Филиповић. Посебне награде за показани успех добили су дипломирани правници Сава Пантелић (оцена 9,81) и Војислав Грол (оцена 9,72), док је Ратибор Вељковић награђен као сиромашан, а ваљан ученик треће године права.

За 1936. годину награђени су: Михаило М. Рајковић, Јован М. Јовановић, Никола В. Николић, Владета Д. Божовић, Радомир Д. Лукић, Боривоје Познић, Иван Н. Ђаја, Марко Тодоровић, Андрија Х. Полети, Добривоје С. Протић, Душан М. Јузбашић Дојчин Љ. Бакић, Љубомир И. Ковачевић, Божидар К. Злоковић, Милан М. Маринковић, Богдан Т. Петровић, Момчило Николић, Никола Д. Мирковић, Босиљка Д. Кокановић, Лука Зечевић, Душан С. Марић,

Софија Ј. Пенић, Радомир Зуковић и Душанка Обрадовић. Похваљени су: Милан Ђурчин, Војислав В. Богић, Ангелина И. Савић и Илија М. Јоксимовић. Универзитетски Сенат је, исто тако, решио да се Павле Димитријевић и Глигорије Бугарски–Златић награде као студенти који су дипломирали са најбољим успехом (оцена 9,86), док је Ратибору Јовановићу, студенту IV семестра, додељена посебна награда као студенту сиромашног стања који је на време положио све прописане испите са општом оценом 8,90.

За 1937. годину награђени су: Душан Вуковић, Михајло Рајковић, Андрија Полети, Радомир Д. Лукић и Јурај Андрејев. У факултетским књигама је посебно истакнуто да се похваљује и награђује Радомир Д. Лукић, који је као најбољи студент једини са оценом 10 дипломирао на Правном факултету.

За 1938. годину одлучено је да се награде: Душан Л. Вуковић, Фрањо Ј. Бајец, Василије Скала, Војин Андрић, Александар Б. Анђелић, Радомир В. Васиљевић, Михаило М. Рајковић, Радоман М. Зуковић, Славко М. Петковић, Мирослав Д. Поповић, Чедомир Омчикус, Радивој П. Трњанчев, Александар Марков, Никола Гиљан, Андреја Полети, Јелисавета П. Влаховић, Војислав Бундало и Саво М. Вучковић. Награђени су похвалом: Војислав С. Зерменски, Бранко М. Драговић и Михаило С. Лаћевац. Посебно је награђен Славиша Б. Жижовић, који је дипломирао у школској 1937/1938. години са најбољим успехом (оцена 9,68).

За 1939. годину одлуком Савета Правног факултета награђени су: Милорад М. Драшковић, Александар Марков, Слободан Д. Вујковић, Хенрик Фингерхут, Михаило К. Стојановић, Боривоје Трњанчев, Драгослав Аврамовић, Босиљка Јанковић рођ. Кокановић, Љубомир Ј. Петровић, Александар Анђелић, Мило К. Меденица, Чедомир П. Омчикус, Јелисавета П. Влаховић, Петар Раткнић, Радомир В. Васиљевић, Алекса Ј. Тодоровић и Миленко Ристић. Похвалом су награђени следећи студенти: Јошко Ј. Симончић, Александар Б. Анђелић, Атанаско Радуловић и Десанка Сиришћевић.

За 1940. годину последњи пут, одлуком Савета Правног факултета награђени су: Драгослав Аврамовић, Десанка С. Сиришћевић, Сава Д. Боснић, Хајрудин А. Смаилагић, Бранимир М. Јанковић, Јусуф М. Сабљаковић, Боривоје П. Трњавчевић, Предраг Д. Михајловић, Милорад Максимовић, Стеван Ј. Сибер, Михаило С. Ступар, Десимир Д.Тошић, Бранислав Д. Мокић, Властимир Д. Црнчевић, Магдалена Сокић–Мићовић, Јован С. Хрњак, Никола Каменъев, Радослав М. Вукановић, Јелисавета П. Влаховић, Александар М. Ђокић и Војислав Т. Ћетковић. Похваљен је Миленко Ристић. Посебно су награђени Саво Вучковић, који је школске 1939/1940. године дипломирао са оценом 9,62 и Мирослав Павловић за најбоље урађени докторски рад из Међународног јавног права, на тему „Регионализам у међународном јавном праву".

III

У именима награђених и похваљених студената свакако ћемо и после толико година пронаћи познате научнике, јавне и културне раднике, који су значајан део историје Правног факултета и Београдског универзитета. Посебно место међу њима припада чувеним професорима Правног факултета у Београду.

Први у низу награђених професора Правног фалуктета, др Илија А. Пржић, професор Грађанског и Међународног права, два пута је награђиван Краљевом наградом: 1922. године за темат „Заштита мањина према уговорима о миру 1919–1920. и суверена права држава", и 1923. године за темат „Локалне Управе у Енглеској, Француској, Белгији, предратној Пруској и предратној Аустрији".

Горине 1930. награђен је академик др Јован Ђорђевић, професор Уставног права, наградом из фонда Луке Ћеловића – Требињца за темат „Закони радничке најамнице".

Године 1932. награђен је др Михаило Смирнов, професор Космичког и Ваздухопловног права, наградом из фонда Милутина Марковића, бившег председника Државног Савета, за темат „Судски поступак по Которском статуту".

Године 1933. награђени су: др Драгослав Јанковић, професор Опште историје и Историје државе и права и Историје државе и права народа Југославије, Краљевом наградом за темат „Правне прилике у Српским земљама од Цара Уроша до пада Деспотовине", и др Борисав Т. Благојевић, професор Грађанског права, наградом из задужбине Луке Ћеловића–Требињца за темат „Основна начела нашег општег управног поступка".

Године 1934. и неколико наредних година посебно су значајне за историју Правног факултета у Београду. То су године у којима је стасала генерација чувених професора и академика, који су својим знањем и умећем створили и обележили јединствен и непоновљив дух Правног факултета у којем и ми данас живимо.

Године 1934. награђени су: др Борисав Т. Благојевић, професор Грађанског права, наградом из фонда Стане Богојевић за темат „Егзекватура страних пресуда", и др Драгаш Ђ. Денковић, професор Управног права, наградом из фонда Роксанде Рајковић за темат „Побијање у стечају", док је награђен комплетом часописа „Архив" за 1933. годину др Јанко Ђ. Таховић, професор Кривичног права.

Године 1935. награђен је професор др Јанко Ђ. Таховић, наградом из задужбине Луке Ћеловића–Требињца за темат „Утицај социјалне средине на криминалитет", а 1936. године наградом из задужбине Марка Стојановића за темат „Утицај афективних стања на криминалитет".

Године 1936. награђени су: др Михаило Љ.Јездић, професор Међународног приватног права, наградом из фонда. Борислава– Баје Мијушковића за темат „Искључива надлежност појединих држава у међународном приватном праву", и др Павле Димитријевић, професор Управног права, за заједнички рад са Војиславом В. Петровићем, наградом из фонда Шемаја Демаја за темат „Историјско правни развитак и садашње стање законодавства социјалног осигурања у Краљевини Југославији".

Године 1937. награђен је др Боривоје Познић, професор Грађанског процесног права, наградом из задужбине Марка Стојановића за темат „Laesio enormis у нашем упоредном праву". Те године награђен је професор др Павле Димитријевић, заједно са Глигоријем Бугарски– Златићем као најбољи студент који је дипломирао са оценом 9,86.

Међу студентима овенчаним Светосавском наградом, посебно место припада академику др Радомиру Д. Лукићу, професору групе предмета из теорије државе и права као и филозофије права. Професор др Радомир Д. Лукић је 1934. године награђен као студент прве године права похвалом и комплетом часописа „Архив" за 1933. годину. Следеће, 1935. године, професор Лукић је награђен наградом из фонда Шемаја Демаја за темат „Постанак уговора као правне категорије". Те године професору Лукићу је додељена помоћ Српске Краљевске Академије из фонда др Николе Крстића, као одличном, а сиромашном студенту III семестра права. Године 1936. професор Лукић је награђен Краљевом наградом за темат „Ограничење способности удате жене у упоредном приватном праву" и наградом Општине града Београда за темат „Уређење Београдске општине по новом закону о општинама". Године 1937. професор Лукић је награђен наградом из задужбине Луке Ћеловића–Требињца за темат „Тумачење изузетака", а 1938. године наградом из

фонда Димитрија Илићановића, сенатора, за темат „Има ли морал утицаја на право?". Исте, 1938. године, професор Лукић је као једини студент права дипломирао са оценом 10, што је посебно истакнуто у књизи факултетских записника.

Године 1941, последњи пут, награђен је др Михаило Ступар, професор Грађанског процесног права, наградом из фондова др Душана Суботића и Слободана Јовановића, конзула, за темат „Повратна сила кривичних закона".

Поред професора Правног факултета у Београду, значајно место припада и професорима који су радили на правним факултетима у земљи или на другим факултетима.

Година 1926. и 1927. награђен је др Тихомир Васиљевић, професор Кривичног процесног права у Новом Саду. Исте, 1927. године, награђен је и академик др Владислав Брајковић, професор Саобраћајног и Међународног права у Загребу. Године 1930. похваљен је професор Миливоје Марковић. Четири године касније, 1934. године, награђен је др Славољуб Поповић, професор Управног права у Нишу, док је похваљен др Цветко Костић, професор Међународних односа на Правном факултету у Загребу. Година 1934. и 1935. награђен је академик др Обрен Т. Благојевић, професор економских наука у Београду и у Нишу, а 1935. године др Миодраг Д. Туцаковић, професор Енциклопедије права на Високој економско– правној школи у Београду, касније Економском факултету, као студент који је у школској 1933/1934. години дипломирао са оценом 9,68. Године 1939. награђен је др Војислав С. Зеремски, професор Економског факултета у Београду.

Значајно место, исто тако, припада и свима који су као правници по образовању на различите начине обликовали јавни и културни живот, постајући на тај начин важан део историје Правног факултета у Београду, без које није могуће разумети ни историју друштва са којом је испреплетана историја Правног факултета. У том смислу, готово да је непроцењива вредност сватосавских темата, о којој би требало и данас да размишљамо.

(Примљено 6.11.1990)

Dr Dragan Mitrović,
Assistant Professor of the Faculty of Law in Belgrade

SAINT SAVA PRIZE COMPETITIONS AT THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE (1921 - 1941)

Summary

Special place is reserved in the long and rich history of the Faculty of Law in Belgrade to the Saint Sava Prize Competitions, which were held in the 1921 - 1941 period annually for the law school students and for those from other faculties. The Saint Sava Circle gathered both the benefactors of the Faculty of Law and its most talented students. This gave rise to generations of famous professors of the Faculty of Law in Belgrade, of other schools and faculties, as well as other cultural and public figures. All of them even now make a part of once valuable spirit and times. The least we can do today is to remember this significant pre - war activity, and to recollect relevant names on the Saint Sava Day, including their works which won the prizes at the Faculty of Law in Belgrade.

Key words: *Saint Sava Prize Competition. - Faculty of Law in Belgrade. - Professors of law.*

Dragan Mitrović,
Charge de cours à la Faculte de droit de Belgrade

LES COMPOSITIONS ECRITES A LA FACULTE DE DROIT DE BELGRADE ENTRE 1921 ET 1941 A L'OCCASION DE LA FETE DE SAINT-SAVA

Résumé

Les compositions écrites chaque année de 1921 à 1941 à la Faculté de droit de Belgrade par les étudiants de cette faculté et deas autres facultés, à l'occacion de la fê de Saint-Sava occupent une place particulière dans l'histoire longue et riche de la Faculté de droit de Belgrade. La Societé de Saint-Sava rassemblait les donateurs de la Faculté de droit de Belgrade et les meilleurs étudiants. Ce milieu a créé de nombreuses générations d'éminents professeurs de la Faculté de droit de Belgrade, des proffeseurs connus qui enseignaient dans les facultés de droit et dans d'autres facultés en Yougoslavie et des préposés à la culture et des personnalités importantes de la vie publique du pays. Ils font partie d'un esprit précieux et d'une époque précieuse à laquelle nous vivons nous aussi. Le moins qu'on puisse faire, c'est de rappeler, à cette occasion importante, leurs noms et les contributions écrites des anciens étudiants de la Faculté de droit de Belgrade qui ont obtenu des prix à l'occasion de la fête de Saint-Sava.

Mots clés: *Compositions écrites à l'occasion de la fête de Saint-Sava. - Faculté de droit de Belgrade. - Professeurs du droit.*

UDK — 347.4
Изворни научни рад

др Миодраг Орлић,
ванредни професор Правног факултета у Београду

CONSIDERATION И ОПОЗИВОСТ ПОНУДЕ

Правило да је понудилац дужан да одржи понуду ушло је у навику нашим правницима те им стога супротно правило енглског права изазива недоумицу. Опозивост понуде у енглеском праву објашњава се тиме што јој недостаје consideration, а ова изузетно важна правна категорија дефинише се као корист за обећаоца или уштрб за другу страну, или, пак, по другом схватању, као цена за обећање. Доктрина о considerationu пресудно утиче на три правила којима је регулисна понуда у енглеском праву: а) понуда се увек може опозвати; б) одређивање рока у понуди не значи одрицање од опозивости и в) изречна изјава понудиоца да ће одржати понуду не утиче на њену опозивост. Сва наведена правила произлазе из основног начела да обећање за које није дата consideration не обавезује. Стога једина могућност да понуда постане неопозива, у енглеском праву јесте да понуђени плати извесну своту новца или, како се другачије каже, да купи опцију.

Кључне речи: *Consideration. – Понуда. – Опозивост. – Опција.*

1. Правило по коме је понудилац дужан да понуду одржи[1] постало је у тој мери навика југословенских правника и привредника да они често превиђају како би га и они сами могли преокренути када би то хтели. Многи међу њима су уверени да понуда као изјава воље којом једна страна предлаже закључење уговора одређеном лицу мора да обавезује, да би до закључења уговора уопште могло доћи. Уз то преовлађује схватање да је наведено правило резултат једног дубљег моралног начела „да се људи речју везују"[2] у чију се основаност, иначе, не сумња[3]. Стога није мали број правника којима супротно правило енглеског права да понуда као једна врста обећања не обавезује изгледа прилично чудно, а изведено правило по коме се понуда може опозвати чак иако је понудилац изречно изјавио да ће је одржати изазива потпуну недоумицу.

(1) Видети: чл. 36, ст. 1. Закона о облигационим односима од 1978. године: „Понудилац је везан понудом изузев ако је своју обавезу да одржи понуду искључио, или ако искључење произлази из околности посла".

(2) Упоредити:чл.906, ст. 1. Општег имовинског законика за Црну Гору: „Пословица је: кам из руке, ријеч из уста. И доиста, управ је темељ свакоме људском саобраћају и друштвеном живљењу правило да се људи ријечју везују".

(3) Свеједно, међу пословицама које је Вук сакупио стоје једна поред друге ове две изреке: „Обећање је дужност, али и: „Обећање је лудому радост", што баш не потврђује становиште о неопорецивости обећања. (Вук Стефановић Караџић, *Српске народне пословице*, Сабрана дела, књига IX, „Просвета", Београд, 1965, стр. 218)

2. Ако се пажљивије размотри супротстављеност правила о позивости, односно неопозивости понуде, запазиће се дубља разлика између нашег и енглеског права у гледању на смисао понуде као изјаве воље и на њену улогу у закључењу уговора. Наиме, у нашем, као и у другим европским правима, основано питање јесте да ли понуда као изјава воље обавезује, док је у енглеском праву главно питање због чега је понуда учињена или – шире говорећи – зашто је обећање дато[4]. Ако је разлог ваљан, или – другим речима – ако постоји considertion, обећање обавезује, и обрнуто, ако considertion не постоји, што значи ако је обећање дато без ваљаног разлога, оно не везује. С обзиром на то да је понуда обећање коме недостаје consideration, сматра се да она не ствара обавезу и стога је понудилац може опозвати све до тренутка прихватања. Опозивост понуде у енглеском праву објашњава се тиме што јој недостаје consideration. Шта је, дакле, consideration?

I. ПРЕТХОДНЕ НАПОМЕНЕ

3. Consideration је особена правна категорија енглеског права[5], прихваћен у Сједињеним Америчким Државама као и у оним земљама које су са британском владавином примиле у Common Law. Она обухвата бројна и разграната правна правила које се једним именом називају доктрина consideration–а[6]. Али, њена обележја и функције толико су разнородни, да је један истакнути амерички правник рекао како је доктрина о consideration у ствари више доктрина[7].

4. Без претензија да се прецизно утврди појам consideration, треба рећи да се у основи ове терије налази замисао о узајамности[8] обавеза или уопште давања или чињења. Отуда нам се чини да се consideration најприближније може одредити као противнакнада (или противуслуга) коју једна страна даје или обећава другој због онога што јој је ова обећала.

5. Енглески писци су једнодушни у схватању да је доктрина о considerationu настала као резултат историјског развоја. Уосталом, и многа друга правила савременог уговорног права у Енглеској могу се исправно схватити само у светлости историје[9]. За данашње право није спорно да је consideration мерило према коме се одређује да ли ће судови пружити правну заштиту захтеву тужиоца да тужени испуни своје обећање. Да би успео у спору, тужилац мора доказати да је у накнаду за туженикoво обећање нешто дао или учинио, или да је понудио противобећање[10]. Иначе, ако consideration не постоји, туженикoво обећање се не може утужити[11].

(4) Patrick Selim Atiyah, *Promises, Morals, and Law*, Clarendon Press, Oxford, 1981, стр. 3.

(5) Појам consideration није прихваћен у шкотском праву. Енглеско и шкотско право ваља, дакле, пажљиво разликовати у овом погледу.

(6) G.H.Treitel, *The Law of Contract*, 6. Edition, Stevens & Sons, London 1983, стр. 51.

(7) Arthur Linton Corbin, *Contracts* , West Publiching Co, St. Paul, 1952, стр. 162.

(8) Упоредити:G.C. Cheshire, C.H.S.Fifoot, M.P.Furmston, *Law of Contract*, 8. Edition, Butterworth London, 1972, стр. 10; G.H.Treitel, The *Law of Contract*, 6. Edition, London, 1983, стр. 51; Corbin, Contracts, стр. 221–222; René David, *Cause et Consideration*, in Mélanges Maury, vol. II, стр. 117.

(9) Упоредити: Anson's Law of Contract, 24. Edition by A.G. Guest, Clarendon Press, Oxford, 1977, стр. 8.

(10) Cheshire, Fifoot, Furmston, *Law of Contract*, стр. 60.

(11) *Anson's Law of Contract*, стр. 90–91.

II. ПОЈАМ

6. Колико год да су сложни у ставу да је consideration неопходан елемент за закључење уговора[12], енглески и амерички правници се разилазе у мишљењима када одређују његов појам. Међу бројним гледиштима о начину на који се може дефинисати considertion особито важна су следећа два: а) схватање по коме се consideration одређује као корист за обећаоца или уштрб за другу страну и б) схватање да је consideration цена за обећање.

а) Корист и уштрб

7. У Енглеској је у току деветнаестог века преовлађивало схватање да се consideration може састојати или у користи (benefit) за обећаоца или у уштрбу (detriment) који погађа другу страну. Када захтева од туженог да испуни своје обећање, тужилац треба да докаже да му је пружио неку корист у накнаду за дато обећање, или, пак, да је сам тужилац сносио неки уштб који би требало да компензује обећање туженог[13] Погледајмо, уосталом како је наведени захтев био изражен у појединим судским одлукама:

„Consideration, правно посматрано означава неку вредност која долази од стране тужиоца. Она може представљати корист за туженог или уштрб за тужиоца, али у сваком случају мора потицати од стране тужиоца"[14] или:

„Опште је правило да у уговору, којим се тужилац обавезује да нешто учини, под условом да тужени учини нешто друго, може бити правно санкционисано, ако оно на шта се тужилац обавезао представља корист за туженог или тегобу или штету за тужиоца"[15]. И на крају, најјезгровитије изражено правило у једном случају из 1875. године:

„Ваљана consideration у правном смислу може се састојати у неком праву, интересу, добити или користи једне стране или у неком трпљењу, уштрбу, губитку или одговорности које даје, подноси или предузима супротна страна"[16].

8. Најчешће су корист и штета само два изгледа једне исте појаве посматране са различитих страна. Тако, на пример, исплата цене од стране купца представља противнакнаду за продавчево обећање[17] да ће предати ствар купцу и може се посматрати било као уштрб (detriment) на страни купца, или као корист (benfit) на страни продавца и обрнуто – предаја од стране продавца је противнакнада за купчево обећање да плати цену и може се описати било као уштрб на страни продавца, било као корист за купца. Посматрано са овог становишта, реч је о противнакнади (consideration) за обећање сваке стране понаособ, а не о consideration уговора као целине.

---

(12) Упоредити: Anson's *Law of Contract*, стр. 90.

(13) Cheshire, Fifoot, Furmston, *Law of Contract*, стр. 59.

(14) Thomos v. Thomos (1842) 2, Q.B.851 (Patteson J.), наведено према; Cheshire Fifoot's Cases on the *Law of Contract*, 7. Edition by M.P.Furmston, London, 1977, стр. 27.

(15) Bolton v. Madden (1873) L.R.9. Q.B. 55 (Lord Blackburn), наведено према: Cheshire, Fifoot, Furmston, Law of Contract, 8. Edition стр. 59 напомена 1.

(16) Curriei v. Misa (1875) L.R. 10 Exch 153 (Lush J.) наведено према: *Anson's The Law of Contract*, 24. Edition, стр. 88

(17) Treitel, *The Law of Contract*, стр. 52.

б) Цена за обећање

9. Према другом схватању, consideration је цена за обећање[18]. Наиме, у новије време појавиле су се критике ранијег става схватања који је описивао consideration или као benefit (корист) за обећаоца, или као detriment (штета) за другу страну. Критичари су приметили да је само друга грана у наведеном излагању неопходна, прва (benefit) може бити изостављена без веће штете. За consideration је, наиме, мање важно што је прва страна нешто добила, много је значајније што друга страна напушта неко своје право или што ограничава своју правну слободу акције да би прву страну навела на обећање. Стога, према овом схватању: „Чињење или уздржавање једне стране или њено обећање су цена којом је купљено обећање друге стране и стога се овако учињено обећање, дато за неку вредност, може утужити"[19].

10. Ваља напоменути да наведено гледиште не раскида у потпуности са традиционалним схватањем. Од два елемента којима се, по ранијем схватању, може алтернативно изразити consideration, а то ће рећи или корист за обећаоца или штета за другу страну, новије схватање придаје важност само овом потоњем елементу, жтети[20]. Цена за обећање једне стране, јесте уштрб који трпи друга страна. Разлика између наведених схватања није велика, што је и нормално јер се оба заснивају на истим судским одлукама. Али, новије схватање дефинише consideration на једноставнији начин него што је то чињено раније.

11. Истина и новије схватање појма consideration као цена за обећање, изложено је критици и у Енглеској[21] и у Сједињеним Америчким Државама[22]. Наводи се да је овакво изражавање, додуше, сликовито и упечатљиво, али му недостаје одређеност и прецизност, те због тога не може да послужи као поуздано мерило за просуђивање да ли у конкретном случају consideration постоји или не.

12. Ипак, наведено схватање се одржало и има и данас низ присталица. Њему у прилог може се истаћи да је лако разумљиво, да успешније изражава нормалну размену обећања и да наглашава трговачки карактер уговора у енглеском праву[23]. Уз то, оно има још једну велику предност јер указује на једноставност овог појма. Истина, consideration је веома сложена и разуђена установа о којој постоје бројна и разграната правнотехничка правила. Али, када се дефинише као цена за обећање, онда читава доктрина не оставља више утисак ни извештачености, ни ирационалности, Она тада представља само слику и симбол размене.

III. CONSIDERATION И ПОНУДА

13. Доктрина о considerationu пресудно утиче на три правила којима је регулисана понуда у енглеском праву: а) понуда се увек може опозвати; б) одређивање рока у понуди не значи одрицање од опозивости и в) изречна изјава понудиоца да ће одржати понуду не утиче на њену опозивост.

(18) Упоредити: Cheshire, Fitoot, Furmston, *Law of Contract*, стр. 60.

(19) Frederick Pollock, *Principles of Contract*, 13. Edition, стр. 133.

(20) Упоредити: *Anson's Law of Contract*, стр. 88.

(21) За енглеско право упоредити: Treitel, *The Law of Contract*, стр. 53 – 54.

(22) За америчко право упоредити: Samuel Williston, George J. Thomson, *Law of Contract* , Revised Edition, Baker Voorhis & Co., New York, 1938, стр. 138–139–

(23) Упоредити: Cheshire, Fifoot, Furmston, *Law of Contract*, стр. 60.

а) Опозивост

14. Опште је правило у енглеском праву да понуда не обавезује понудиоца и да је он може опозвати у сваком тренутку, све до прихватања. Тек од тренутка прихватања понуде, ситуација се мења и понудилац је више не може опозвати. Али, немогућност опозивања не произлази из тога што се карактер понуде променио, него отуда што је прихватањем понуде закључен уговор, те сада више није реч о опозивању понуде него о немогућности понудиоца да својом једностраном изјавом воље опозове уговор. Понуда се, дакле, може увек опозвати, а не може се опозвати уговор. Разлика је у томе што код понуде, као једностраног обећања, не постоји consideration, док– кад је реч о уговору – consideration постоји.

15. Ево како се наведено правило објашњава у једном уџбенику: „Правило је у енглеском праву да обећање да се одржи понуда мора бити дато уз consideration да би обавезивало, а тако ће бити само ако понудилац добије извесну корист, или ако понуђени трпи какву штету (detriment) због тога што је дато обећање да се понуда одржи. Али, ако не добије consideration за своје обећање да одржи понуду, понудилац у ствари говори ово: Ви можете прихватити понуду у оквиру одређеног рока, али рок је одређен у моју корист и ја не чиним обећање које би ме обавезивало да у међувремену на опозовем понуду[24]. Наведено правило је било критиковано, али изгледа да уз два изузетка[25] и данас важи у енглеском праву".

б) Рок за прихватање

16. Занимљиво је да понудилац има право да опозове понуду и када је у њој оставио рок за прихватање. У европским правима је другачије. Ако је понудилац оставио рок у понуди, онда се понуђени и у оним системима у којима се понуда иначе начелно опозива, прећутно одриче права на опозив. Насупрот томе, у енглеском праву понудилац је овлашћен да понуду опозове и у оквиру рока који је сам одредио за прихватање. Како се ово правило објашњава? Иза њега налази се дубље, основно начело енглеског права о нужности да обавезе постоје и на једној и на другој страни. Ако би се због тога што је одређен рок сматрало да је понуда постала неопозива, на понудиочевој страни би постојала обавеза, док би понуђени био слободан. Како ова ситуација прети да наруши равнотежу између страна, начело о узајамности обавеза захтева да се поменута аномалија уклони из правног система и стога, као што смо видели, енглеско право садржи правило да одређивање рока не претвара опозиву понуду у неопозиву. А што се самог рока тиче, сматра се да је он установљен у интересу (користи) обе, а не само једне стране: „Ако је шест недеља дато једној страни за прихватање понуде, онда и друга страна има рок од шест недеља у коме може да оконча важност понуде[26].

---

(24) *Anson's, Law of Contract*, стр. 51 – 52.

(25) Први изузетак односи се на понуде које су дате у нарочитој форми (under seal), а други је уведен законом о трговачким друштвима (Companies Act) из 1948. У чл. 50, стр. 5. Закона предвиђено је да се понуда приликом куповине акција у извесним околностима не може повући пре истека рока од три дана рачунајући од тренутка објављивања уписних листа. Упоредити: *Anson's Law of Contract*, стр. 52.

(26) Одлука о спору: Routledge v. Grant, Common Pleas (1828) 4. Bing 653, наведено према: Smith, Thomas, *A. Casebook on Contract*, стр. 74–75.

в) Изречна изјава о неопозивости

17. Треће правило, у коме се у пуној мери испољавају особености енглеског права, огледа се у томе што се понуда може опозвати и онда када је понудилац изречно обећао да ће је одржати одређено време[27]. Понудиочева изјава да неће опозвати понуду не производи правно дејство по енглеском праву и понуда задржава карактер опозивности упркос изречном обећању[28].

18. Овим обележјем енглеско право се највише удаљава од осталих великих правних система. Тако, на пример, у француском праву у коме је, као и Commom Law-у, понуда начелно опозива, понудиочева изречна изјава мења природу понуде и претвара је у неопозиву. Наиме, ако понудилац изречно изјави у самој понуди да ће је одржати извесно време, понуда се неће моћи опозвати до истека рока јер је на основу изјаве самог понудиоца постала неопозива. Наведено правило је блиско уобичајеном схватању права не само у европским земљама него и шире[29]. Да бисмо се на нечију изјаву боље могли ослонити, потребно је да оно што је у њој речено важи. Ако је у понуди речено да она везује понудиоца десет дана, потребно је да у ту изјаву можемо да се поуздамо да бисмо предузели извесне радње које су непходне за нашу одлуку о прихватању понуде (да испитамо тржиште, пронађемо произвођаче, прикупимо новац итд. већ према природи посла). Ако се, напротив каже да је понуда опозива упркос чињеници што у њој изречно пише да је неопозива, наш осећај права биће изневерен[30], а поуздање и у друге елементе понуде може бити доведено питање.

19. Имајући у виду наведена разматрања, занимљиво је погледати како енглески правници објашњавају правило да је понуда опозива и када садржи изречну изјаву понудиоца о неопозивости. Полазна тачка је начелни став да је понуда као обећање опозива ако на њу није дата consideration. У раздобљу од упућивања па све до прихватања понуде понудилац нема никакву правну обавезу[31]. Његова изречна изјава да ће одржати понуду извесно време нема правног значај[32]. Објашњење се састоји у томе што изречна изјава о неопозивости представља саставни део (part and parcel) понуде и као таква дели судбину целине. Другим речима, не може део који говори и о неопозивости да мења карактер целине, него обрнуто, оно што важи за целину примењује и на саставни део. Како је понуда као целина према основном правилу

(27) P.S. Atiyah, *The Law of Contract*, 2. Edition, Clarendon Press, Oxford, 1971, стр. 46; *Chitty on Contracts*, Vol I, 22. Edition, стр. 43 – 44; Cheshire, Fifoot, Furmston, *Law of Contract* стр. 47; *Anson's Law of Contract*, стр. 51.

(28) Uporediti sudske odluke:Payne v. Gave (1789) 3 Term Rep. 148; Cooke v. Oxley (1970) 3. T.R.; Routledge v. Grent, Commom Pleas (1828) 4. Bing. 653; Offord v. Davies, Commom Bench (1862) 12 C.B. (N.S.) 748; Dickinson v. Dodds, Court of Appeal (1876) 2. Ch. D.463.

(29) Упоредити критику овог правила у Енглеској: Lord Wright, *Ought the Doctrine of Consideration to be abolished from the Common Law*, 49 Harvard Law Review no 8/1936, стр. 1232 – 1233; у Сједињеним Америчким Државама: Grant Gilmore, *The Death of Contract*, Ohio State Univesity Press Columbus Ohio, 1974, стр. 30.

(30) Упоредити: *Lord Wright, Ought the Doctrine of Considertion to be abolished from the Common Law*, 49 Harvard Law Review H° 8/1936, стр. 1232–1233.,

(31) Упоредити: Cheshire, Fifoot, Furmston, *Law of Contract*, стр, 47; *Anson's Law of Contract* , стр. 51; *Chitty on Contracts* No84, стр. 43.

(32) Упоредити: Cheshire, Fifoot, Furmston, *Law of Contract*, стр, 47; *Chitty on Contracts*, H° 84 стр. 43;

опозива, и изречна изјава о неопозивости као њен саставни део постаје опозива[33]. Пресудно је то што и изјава о неопозивости представља пуко обећање за које није дата consideration[34]. Такво обећање је дато бесплатно, а бесплатна обећања правно не обавезују управо зато што не садрже consideration. Зато је и та изјава опозива иако садржи исказ о неопозивости[35].

г) Опција

20. Оно што није могуће учинити уношењем обичне изјаве о неопозивости у понуду, могуће је постићи ако се за неопозивост плати. „Нема ничег бесплатног", могло би се рећи да представља начелни став англосаксонског погледа на свет, па стога ни бесплатно обећање не обавезује. И понуда као обећање за закључење уговора, представља једну услугу у најширем смилу речи, којом се понуђени не може користити бесплатно. Али ако за њу плати, онда је може добити. Следствено и изјава о неопозивости понуде, ако је за њу нешто дато (у највећем броју случајева плаћена извесна свота новца), производи правно дејство. У таквом случају се каже да је понуђени купио опцију[36]. Свота коју понуђени плаћа да би понудилац одржао понуду, дакле, цена је за услугу неопозивости. Једна иста клаузула о неопозивости садржана у понуди нема никакву важност, ако је обећана бесплатно, али везује понудиоца ако му је понуђени нешто за њу платио.

21. Правно посматрано, клаузула којом се понудилац обавезује да одржи понуду, а понуђени за ту понудиочеву понуду плаћа одређену своту новца, производи правно дејство, али не као део понуде, него као посебан уговор који има сопствену садржину. Овакав споразум се зове опција или уговор о опцији. У случају спора, понуђени који се позива на опцију мора доказати постојање свих елемената уговора укључујући сагласност и consideration[37].

(Примљено 01.12.1990)

Dr Miodrag Orlić,
Professor of the Faculty of Law in Belgrade

CONSIDERATION AND REVOCATION OF AN OFFER

Summary

The author analyses the concept of consideration and its influence on the revocation of an offer.

(33) Cheshire, Fifoot, Furmston, *Law of Contract*, стр. 47.

(34) Овде је реч о посебној противнакнади (consideration) да би се обезбедила неопозивост. Њу треба разликовати од противнакнаде (consideration) која је предвиђена за главни уговор (на пример, размена куће у граду за вилу на мору). Упоредити: Gilmore, *The Death of Contract*, стр.29– 30 и напомена 66 на 177. страни.

(35) Упоредити: Atiyah, *The Law of Contract*, стр. 46.

(36) Упоредити: Cheshire, Fifoot, Furmston, *Law of Contract* стр. 47; *Anson's law of Contract*, стр, 51.

(37) Упоредити: Cheshire, Fifoot, Furmston, *Law of Contract*, стр. 47.

The first and traditional approach is to define consideration either as some benefit to the promisor or some detriment to the promisee. The second and more modern definiton has been proposed by sir F. Pollock in terms of the price for the promise.

The influence of the doctrine of consideration on the revocation of an offer may be seen through three rules: a/ an offer may be revoked at any time before acceptance, b/ an offer in revocable even if the offeror has expressly declared to keep it open for a given period and c/ there is but one possibility to make an offer irrevocable, according to English Law, and that is to pay for it. The offeree in such case is said to „purchase an option".

Key words: *Consideration. - Offer. - Revocation. - Option.*

Miodrag Orlić
Professeur á la Faculté de droit de Belgrade

CONSIDERATION ET REVOCATION DE L'OFFRE

Résumé

En droit yougoslave, l'offre est en principe irrévocable. Certes, il s'agit d'une règle supplétive mais elle est à ce point incrustée dans les moeurs qu'un juriste yougoslave concevrait difficilement la posiibilité de révocation, admise pourtant comme règle presque sans exceptions en droit anglais.

Selon l'analyse classique, la *consideration* consiste soit dans l'avantage *(benefit)* du pollicitant, soit dans l'inconvénient *(detriment)* du destinataire, tandis qu'une théorie plus récente la présente comme le prix de la promesse.

Quoique l'on puisse dire de la nature juridique de la *consideration*, il est évident qu'elle a profondément influencé les règles de la formation du contrat en Angleterre. C'est ainsi que l'offre reste librement révocable, faute de *consideration* jusqu'à son acceptation par le destinataire. Qui plus est, l'offre peut être révoquée même lorsque le pollicitant a expressément promis de la maintenir pendant un certain temps. Cette promesse secondaire manque elle aussi de *consideration* et par conséquent ne peut engager l'offrant.

C'est seulement lorsque la promesse est suivie par une somme d'argent en provenance du destinataire qu'elle peut être tenue comme obligatoire. Mais là, il ne s'agit plus de la simple pollicitation mais d'un véritable contrat d'option.

Mots clé: *Consideration - Offre. - Revocation. - Option.*

UDK — 340.11
Прегледни чланци

др Снежана Петровић,
доцент Правног факултета у Београду

ИНТЕРЕС И ПОЛИТИКА
- Законитост конфликата интереса у друштву -

Историја људског друштва и политички систем показују да се нормално друштвено стање испољава кроз стални сукоб интереса. Интерес је покретач свих човекових дела. Политика се јавља као посредник међу интересима који се условљавају и одржавају заједницу. Нужност политике показује историјско искуство. Политичку власт још увек не могу сви да имају нити се може подједнако владати у свачијем интересу. Борба за политичку моћ је у ствари борба за остварење или заштиту одређених, у првом реду, класних интереса. Теорија интереса представља мост према теорији класа и класне борбе.

Кључне речи: *Интерес. – Политика. – Држава. – Право. – Класна борба.*

Историја људског друштва и политички систем показују да се нормално друштвено стање испољава кроз стални сукоб интереса. Како су сукоби интереса увек сукоби људи, без обзира да ли се ти интереси зачињу и разрешавају у сфери материјалне производње или у сфери „надградње", можемо рећи да је интерес основна категорија у анализи друштвених, посебно политичких појава.

Проф. Ј. Ђорђевић, један од првих југословенских теоретичара који се бавио значењем и употребом категорије интереса у политичкој науци, указује на непрецизност у употреби овог појма (идеје) у политици... „Не само да је идеја интереса различито и супротно тумачена, већ је она у политичкој науци наслеђена, амбивалентна и двосмислена. Под интересом се подразумевају најразличитији појмови, појаве и тенденције, од вулгарног материјалистичког захтева којим се потврђује тежња за присвајањем и себичношћу, до извесних моралних и спиритуалних категорија[1].

Проф. Е. Пусић слично констатује дајући оцене засноване на анализи неколико основних група посебно неразрешених и контроверзних које се јављају при сваком покушају ближег одређивања самог појма интереса. Ако постоје речи створене да заведу, онда је то реч интерес[2], па је зато нужно одредити појам интереса. За политичку науку то одређење значи, пре свега, разматрање односа интереса и политичке моћи. Израз интерес (лат. interssum,

(1) Ј. Ђорђевић, *Прилог теорији и критици концепта интереса у политичкој науци и пракси*, реферат на Округлом столу, одржаном у Љубљани 21–22. децембра 1972. године.

(2) Види: Е. Пусић, *Разведеност и повезаност*, библ. „Енциклопедија Модерна", Загреб, 1974, стр. 22–26.

intersse), изражава нешто што заокупља човекову пажњу, човеков однос према некој ствари, личности или идеји. То је такође одређена вредност, важност, значај или корист што је човек жели заштитити или постићи. Интерес често означава себичну тежњу за сопственим благостањем.

„Но, без обзира на коју се сферу човековог живота односио, интерес је покретач свих његових дела, основна спона у свим односима међу људима"[3]. Може се направити мноштво класификација интереса, али је немогуће њима обухватити све интересе, чак ни све врсте интереса. Амерички социолог А. Смол је сматрао, нпр. да постоји шест основних људских интереса: интерес за здрављем, богатством, друштвеношћу, знањем, лепотом и праведношћу. По свему судећи, ови интереси углавном покрећу све људске поступке.

Највише забуна и неспоразума у политичкој теорији (наравно – и политичкој пракси) изазива категорија тзв. општег интереса. Он се често формално и користи као веома моћно средство идеолошке обмане и манипулације, проглашавањем неких посебних интереса за опште истовремено спутавајући друге посебне интересе.

То, међутим, не значи да интерес није и друштвени, да нема неку друштвену релевацију. Напротив – како је интерес увек однос (непосредно или посредно) према другим члановима заједнице, он је друштвени. О интересу је могуће говорити једино у контексту заједничког друштвеног живљења[4]. Када се говори о односу човека према природи, онда се не може говорити о интересу.

Човека не покрећу на акцију неки „општи интереси". Њиме, каже Хегел, управљају страсти и себичности: он је активан само онда када је лично заинтересован. Кад су на делу, потребна је велика вештина ума да људи створе илузију да раде само за себе, јер у ствари раде за сам дух као општост (заједницу).

Та вештина (лукавство) ума у ствари је политика као делатност заједнице, као посредник међу интересима који се условљавају и одржавају заједницу (општост). Ту исту мисао изражава и Маркс (крај IV главе првог тома *Капитала*): „Једина сила која повезује људе у грађанско–правном односу јесте сила њихове сопствене користи, њихових приватних интереса. И управо зато што се свако брине за себе, а нико за другога, испуњавају сви... заједничке користи и интересе".

То је могуће само помоћу посредника уз помоћ општег интереса – политике. Код неких марксистички оријентисаних писаца се може прочитати да је политичка сфера отуђена сфера, а политика „облик људског отуђења". Сматрамо да је политика нужна делатност заједнице, посредник међу људима који не могу у свему да се односе непосредно, дакле – сфера друштвености, а тиме и једна од најважнијих стваралачких делатности друштва. Незамисливо је да се у данашњем, сложеном људском друштву могу реализовати непосредне људске везе и тако обликовати заједницу. И не само да је немогућ човеков друштвени живот без посредника, већ је све више посредника и у сфери његовог личног живота. Због тога сматрамо да је излузорно у скорој будућности очекивати ишчезавање политике у интересу неког непосредног људског односа.

На основу свега до сада реченог може се закључити да не постоји дилема о томе да ли је политика нужна. Историјско искуство је показало да је немогућа заједница, начин заједничког живљења уопште, без посредовања

---

(3) Ј. Мирић, *Интересне групе и политичка моћ*, Загреб, 1973, стр. 35.

(4) Види: Н. Пашић, *Политиколошки појам интереса, Самоуправни плурализам интереса*, Београд, 1981, стр. 11–19; *Исто.*

међу интересима. И у том смислу би се политика могла одредити „као институционална друштвена моћ посредована међу интересима, али и као борба да се таква моћ задобије, или да се на њу делује"[5]. Тако одређен појам политике обухвата оба њена аспекта: статички (политика као систем, конституција, поредак, интеграција) и динамички (политика као процес, утицај на власт, борба за прерасподелу моћи). У животу се ова два момента не могу одвојити, јер се стално преплићу и узајамно условљавају. Политички систем није окамењен, већ се стално мења. Он одређује основне оквире у којима се одвија политички процес, али је изложен и подложан променама што их тај процес намеће. То се и разуме ако се политички процес схвати као борба међу интересима за другачије устројство и прерасподелу друштвене моћи.

Политика је, дакле, посредник међу људима. Посебни интереси су основни покретачи људи, не само у њиховом настојању да прибаве материјална средства преко потребна за живот, већ и у другим подручјима сложеног друштвеног живота. Тежња да се заштити или оствари посебни (лични) интерес, најчешће се не противи општем интересу, већ неком другом посебном интересу, који можда има доминантан положај. Уколико је то тако, онда се тај други интерес може прогласити „општим", а остали посебни интереси и захтеви се могу означити као егоистички и приватни (Мирић).

Не можемо прихватити тезу Е. Диркема да је човекова природа антисоцијална и да је друштво принуђено да принудом спутава ту природу, како би човек могао бити користан члан друштва[6]. Мислимо да друштво примењује принуду, не зато да би спутавало човекову антисоцијалну природу, већ да би успоставило, односно – одржавало одређену равнотежу моћи. Посреди су супротни интереси међу појединцима и различитим друштвеним групама које постоје у друштву. И сваки облик интеграције оваквих интереса, сваки облик политичке организације нужно почива на принуди. Посредничка улога без принудног карактера била би, у условима различитих интереса, улога немоћи.

Политика и принуда су најбољи индикатори да су непосредне људске везе покидане, односно да још нису успостављене и да су их заменили интереси супротстављених друштвених група. Истинску солидарност замењује принудна солидарност под којом тиња супротност интереса и стални конфликти међу различитим интересним групама. Политика се у таквим условима и може појавити једино као сила (моћ, власт, снага) изнад тих интереса, као моћна сфера која их не само привидно, него и стварно мора држати у равнотежи. Међутим, политика постаје и сила која је у стању да неким интересима осигура приоритет, да их прокламује као опште интересе и да их остварује на рачун других, посебних интереса.

Већина људских интереса има, у крајњој линији, свој извор у сфери материјалне производње[7]. Због тога је и већина акција интересних група усмерена ка задовољењу материјалних интереса. Међутим, то не значи да је већина тих акција усмерена на сферу производње, већ, напротив, на сферу политике пошто постоји уверење да се путем ње остварују економски захтеви. Треба истаћи и да интереси који се на било који начин појављују у сфери политике, већином добијају атрибут општих интереса. Тако преобучени у „опште рухо", они се представљају као елементи кооперације и интеграције

---

(5) Ј. Мирић, *Интересне групе и политички ситем*, Загреб, 1973, стр. 38

(6) Види: В. Милић, *Социолошки метод*, Београд, 1964, стр. 42.

(7) Види: Маркс–Енгелс, *Немачка идеологија*, Рани радови, „Напријед", Загреб. (Појаву различитих интереса, њихов сукоб и дијалектичку повезаност објашњавају реалним условима, посебно друштвеном поделом рада).

друштва, а не као неки сепаратни захтеви. То се дешава и са грађанима као носиоцима тих интереса.

Имовинска неједнакост претворила је јединство интереса у антагонизам, а потреба за богатством поделила је људе на богате и сиромашне[8]. Првобитна заједница се распала не због тога што су се људи искварили, већ због тога што је тежиште производње, усавршавањем средстава за производњу, прешло са човека на земљу и средство за рад. У складу с тим се и ауторитет појединца не заснива више на личним средствима, већ на његовој економској моћи.

Друштво чија је основна кохезиона сила била солидарност, непосредност, персоналност, неповратно се распало. Њега је заменило друштво засновано на земљи, територији. Територијални принцип постаје основа нове друштвене организације. И таквом друштву, разуме се, потребна је одређена кохезиона сила. Треба да се успостави нова врста солидарности и друштвене равнотеже. Требало је пронаћи друштвену институцију која би омогућила кохезију људи (и њихових посебних интереса) на одређеној територији. То је могла бити једино политичка власт која је имала довољно ауторитета и моћи да осигура јединство и друштвену равнотежу. Наравно да се тај прелаз од персоналне на територијалну организацију друштва није збио одједном, већ се тај процес одвијао хиљадама година, и можемо рећи, траје и до данас.

О карактеру политичке власти робовласништва (посебно грчког полиса) написано је мноштво радова и студија из готово свих подручја људског стваралаштва, посебно из подручја политичке филозофије, историје политичких доктрина и политикологије.

Политика се обично сматра сфером разјашњавања супротних интереса међу појединцима и друштвеним групама (или се бар у једном свом, интересном аспекту тако одређује). Политика тако схваћена увек је доказ да у друштву постоји супротних интереса. Људи живе, иако припадају различитим друштвеним групама, можда и класама у заједништву. „Онај ко не може да живи у заједници, или му она чак није ни потребна, јер је он сам себи довољан, тај није члан државе и према томе је звер или бог"[9].

Дакле, човек може бити само онај који је члан државе, члан политичке заједнице. Из тога следи да је политичка заједница људска заједница, а политика човеково самоодређење[10].

Држава је, уосталом, и настала као преко потребан инструмент рационалне организације друштва на одређеном степену историјског развитка, једини инструмент који је успевао да разреши противуречне интересе и да их искористи за даљи друштвени развитак. У каквим је то формама спровођено и по коју цену може бити морално питање, али се јавља *post festum*. Осуда појединих форми и средстава може послужити као опомена за будућност, јер би баш кад би се и хтело, било немогуће из многих разлога применити она средства која је историја већ анатемисала.

Држава и право су нужне последице приватне својине, нужне последице антагонизма интереса. Мада се често употребљава крилатица да је право заштићени интерес владајуће класе – оно ипак није само то. У историји су се неретко мењале на власти разне класе и политички облици, али је већина правних начела, па чак и норми остала непромењена. Тако, основни институти и начела римског права још и данас представљају темељ готово свих

(8) Види: Енгелс, *Порекло породице...*, стр. 164.

(9) Аристотел, *Политика*, „Култура", Београд, 1960, стр. 6. („Свака заједница је настала ради неког добра, јер ради онога што мисле да је добро људи све чине", стр. 9).

(10) Ј. Мирић, *Интересне групе и политичка* моћ, Загреб, 1973, стр. 47.

правних система. Свакако да се то не може објаснити једноставном инерцијом преузимања и преписивања, већ се ради о томе да у фундаменталним друштвеним односима и схватањима постоје неке подударности које онда налазе и свој адекватан правни израз. Ово поткрепљује тврдње о постојању извесног правног континуитета, и о томе да право није само и искључиво заштићен интерес владајуће класе.

За Хегела је приватна својина на неки начин човеково самоодређење. „Лице има право да своју вољу стави у сваку ствар, која је тиме моја, добија моју вољу као своју супстанцијалну сврху, будући да она таква нема у себи самој као своје одређење и душу – апсолутно право људи на присвајање свих ствари. „Питање је да ли „имати свој живот" значи располагати њиме „по сопственој вољи". Услови живљења вишеструко су детерминисани (биолошки, социјално, психолошки) и не зависе у већини случајева од наше воље[11].

Као што смо већ рекли, држава и право имају и велику интеграциону функцију. Држава није само организација власти већ и организација преко потребних друштвених служби. Мрежа тих служби се са развојем производних снага и друштва све више шири. Та дифузност државне организације и њених све бројнијих и све сложенијих функција нужно мења и форме њене политичке власти и доводи или до јачања њене моћи, на једној, или до одумирања њене функције, на другој страни.

Општи интерес није апстрактан у том смислу да би егзистирао изван свих појединачних интереса. Он може бити општи само утолико, уколико у себи садржи већи или мањи број појединачних интереса. Међутим, што је год тај општи интерес апстрактнији, што више има претензија да обухвати све већи број појединачних интереса, то постоји и све већа могућност да се одређени појединачни или групни интерес прокламује и наметне као заједнички (општи)[12].

Иако се често истиче супротност општих и посебних интереса, обично се не ради о таквом супротстављању. Најчешће су, у ствари, међусобно противречни посебни интереси. Чак и онда кад се посебан интерес привидно супротставља општем, он је преко општег политичког медијума супротстављен неком другом посебном интересу. Тако ни деловање интересних група на сферу политике не значи притисак на опште интересе већ (посредством општих) на друге посебне интересе. И докле год постоји могућност да се деловањем у оквиру политичке сфере или утицајем на њу мења однос интересних група, не доводи се у питање само политичко устројство (политички систем). Кад су, међутим, социјалне противуречности толико заоштрене да их постојећи политички систем више не може измирити, тада долази до изразитије поларизације снага, од којих неке више не желе утицати на систем, већ га желе променити, односно освојити. Али, како су то само изузетни преломни моменти, може се рећи да је стална конфронтација интереса у оквиру система релативно трајно стање.

Класни интерес пролетаријата, за разлику од свих других класних интереса, има своје специфично обележје у томе што је његово остварење уједно и његов последњи класни интерес[13]. Јер, пролетаријат не осваја политичку власт да би владао (када би то било тако, онда се то ни по чему не би могло разликовати од других класа), већ да би укинуо сваку класну владавину. Наравно, освајање политичке власти није коначни циљ. Једино

(11) Хегел, *Основне црте филозофије права*, Сарајево, 1964, стр. 59.

(12) Види: Х.Ласки, *Политичка граматика*, I стр. 260.

(13) Види: К. Маркс, Ф. Енгелс, *Манифест комунистичке партије*, стр. 45. и 60.

политички тоталитаризам има амбицију да носи епитет апсолутног и општег који апсорбује све посебне интересе. Он их и обухвата (у дословном смислу речи), па стога представља пре њихово спутавање него њихову афирмацију.

Остаје чињеница да политичку власт још увек не могу имати сви, и не може се владати подједнако у интересу свих. Зато је борба за политичку моћ, у ствари, борба за остварење или заштиту одређених и у првом реду класних интереса, па ће од тога ко и како политички делује, односно у чијим је рукама политичка власт, умногоме зависити карактер целокупних друштвених односа и смер њихове трансформације.

Однос између политичке власти и интереса увек је однос моћи, при чему је политичка моћ само један, али често најпресуднији елемент. Н. Пашић питање интереса везује више за класе. Марксова теорија интереса има изузетан значај за разумевање друштва и политике. Теорија интереса, експлицитно или имплицитно садржана је у његовим радовима и представља мост према теорији класа и класне борбе.

(Примљено 10.10.1990)

Dr Snežana Petrović,
Assistant Professor of the Faculty of Law in Belgrade

INTERESTS AND POLITICS
- Regularity of Conflict of Interests in Society -

Summary

The history of human society and political system shows that normal situation in society expresses itself through a permanent conflict of interests. The interest as such is difficult to determine. One may say that it is a specific value, significance, benefit desired by man and protected by him. Interest is a prime - mover of all works of man. General interest, on the other hand, is rather difficult to define, too, as a category, since it is frequently used, and in a formal way, as a powerful tool of ideological delusion and manipulation. This does not mean, however, that interest has no social character. Politics appears as a mediator between interests which are correlated and which maintain the community. Politics is necessary, and experience throughout history has shown that there is no community without mediating between the various interests.

Majority of human interests sources are found in the sphere of material production. The state and the law originated as a necessary instrument and form of rational organisation of society at the specific level of historical development, as well as a necessary consequence of the antagonism of interests. The state and the law have very significant integrative function.

Political power still can not be possessed by all and it is not possible to rule respecting equally the interests of all. The struggle for political might is in fact the struggle for the ralisation or protection of specific and primarily class interests. The theory of interest represents a bridge toward the theory of classes and class struggle.

Key words: *Interest. - Politics. - Law. - Class. - Struggle.*

Snežana Petrović,
Charge de cours à la Faculté de droit de Belgrade

LES INTERETS ET LA POLITIQUE (LA LOI DU CONFLIT DES INTERETS DANS LA SOCIETE)

Résumé

L'histoire de la société humaine et les systèmes politiques démontrent qu'une situation normale de la société se manifeste à travers un conflit permanent des intérêts . Il est difficile de définir l'intérê lui-même. On pourrait dire qu'il s'agit d'une certaine valeur, d'une certaine chose importante, utile, que l'homme désirae protéger ou réaliser. L'intérêt est le mobile de tous les acte de l'homme. La catégorie d'intérêt général provoque le plus de controverses et de malentendus dans la théorie et dans la pratique politiques, car elle est souvent utilisée formellement comme moyen très puissant de duperie idéologique et de manipulation. Cependant, cela ne signifie pas que l'intérê n'est pas aussi social. La politique intervient comme médiateur entre les intérê qui se conditionnent mutuellement et qui maintiennent la commuanuté. La politique est indispensable. L'expérience historique a démontré qu'il était impossible d'imaginer une communauté sans la médiation entre les intérêts.

La plupart des intérêts humains a, en fait, ses origines dans la sphère dea la production matérielle. L'Etat et le droit ont été créés comme instrument absolument indispensable et comme forme d'organisation rationnelle de la société à un niveau du développement historique, comme conséquence inévitable de l'antagonisme des intérêts. L'Etat et le droit ont une grande fonction d'intégration.

Il n'est toujours pas posible que tout le monde ait le pouvoir politique et il est tout aussi impossible de régner dans l'intérê de tous. La lutte pour le pouvoir politique est en fait la lutte pour la réalisation et al protection de certains intérêts, avant tout des intérêts de classe. La théorie des intérêts représente un pont allant vers la théorie de classes et de la lutte de classes.

Mots clés: *Intérêt. - Politique. - Etat. - Droit. - Lutte de classes.*

UDK — 343.2
Изворни научни рад

др Боривоје Познић,
редовни професор Правног факултета у Београду, у пензији

УТИЦАЈ КРИВИЧНЕ ПРЕСУДЕ НА ПАРНИЦУ

Од неколико могућих ситуација у којима се поставља питање односа кривичног и грађанског правосуђа, овде је истраживано само дејство кривичне пресуде на парницу. Да ли она делује својом обавезном снагом као правни акт или је тек једно од доказних средстава?

Изложена су становишта како теоретичара, тако и законодавстава и судске праксе већег броја земаља. Ти ставови се крећу од обавезне снаге и осуђујуће и ослобађајуће пресуде (међу којима је и Закон о парничном поступку СФР Југославије, члан 12, ст. 3), па до става о томе да кривична пресуда делује у парници као доказно средство са претпостављеном доказном снагом против којег је могуће употребити противдоказ.

Резимирајући дискусију, аутор супротставља два полазишта: оно које је резултат опште теорије права и оно које је резултат правно – политичких аргумената. Опредељујући се за прво, закључује да би кривична пресуда у погледу утврђења која садржи, требало да има значај доказног средства, уз пуну слободу парничног суда у његовој оцени.

Аутор закључује да је позитивноправно решење Закона о парничном поступку СФР Југославије недоследно пошто не постоји везаност парничног суда ослобађајућом кривичном пресудом, што ствара додатне тешкоће, па предлаже или прихватање аргумената против било какве везаности, или доследност у обавезној снази како осуђујуће, тако и ослобађајуће кривичне пресуде, у евентуалним будућим изменама Закона о парничном поступку.

Кључне речи: *Парница. – Кривична пресуда. – Позитивно право. – Теорија*

1. Правноснажна кривична пресуда утиче на парнични поступак у три ситуације. Прво могуће је да исход грађанског спора зависи од постојања једног кривичног дела. Тако, на пример, у случају застарелости потраживања на накнаду штете проузроковане кривичним делом (чл. 377. ЗОО)или опозивања поклона (чл. 126. ЗН). У таквом случају постојање кривичног дела има значај претходног питања, те је за утицај кривичне пресуде меродавна одредба ст. 1, чл. 13. ЗПП–а. То значи да је парнични суд везан како осуђујућом, тако и ослобађајућом пресудом. Друго, настанак или престанак једног права може зависити од постојања кривичне пресуде одређене садржине. У науци се овај њен утицај назива чињеничним дејством. Пример пружа настанак права неоправдано осуђене особе на накнаду штете пошто је, на основу поновљеног кривичног поступка, изречено ослобођење од оптужбе или је ова одбијена (чл. 541. ЗКП). Као пример може да се наведе и право странке на понављање парничног поступка на основу кривичне пресуде којом је утврђено постојање кривичног дела од одлучујућег значаја за пресуду донесену у том поступку (чл. 421, тач. 4–6. ЗПП). Најзад, кривична пресуда утиче и на парницу по тужби за накнаду штете учињене радњом која је била

предмет кривичног поступка окончаног пресудом. Овде се, дакле, не поставља питање да ли је учињено кривично дело, него да ли је понашањем туженог, које је у протеклом поступку оцењено са кривичноправног становишта, проузрокована штета за коју је он, по тврдњи тужиоца, одговоран. У правном животу то је најчешћи случај у коме се пред грађанског судију износи кривична пресуда од утицаја на текући спор. Излагање које следи посвећено је том случају. При томе нисмо себи ставили у задатак да из одредбе којом је у југословенском праву уређен однос кривичне пресуде према парници исцрпно изведемо консеквенце. Проблем је посматран са становишта правне политике. Служећи се упоредноправном методом, дали смо оцене супротних солуција у правним системима појединих земаља.

2. Теоријски посматрано, правилом о везаности грађанског суда кривичном пресудом прописује се утицај који та пресуда има као правни акт. У том својству она у парници *дејствује*. Пошто се тај утицај изражава у неоспоривости кривичносудских утврђења, о њему се често говори као о једном доказном правилу. Другим речима, обавезна снага кривичне пресуде схвата се као њена доказна снага, која јој припада као јавној исправи. Да се о таквом утицају не ради, види се најбоље по томе што би у таквом случају био могућ противдоказ, а обавезујући значај кривичне пресуде не може се доказивањем отклонити и суд га узима у обзир *ex officio*.

3. Правило да је кривична пресуда за грађанског судију обавезна не представља неку особеност југословенског права. Оно, без ограничења или са неким одступањима, важи и у правима неких других земаља. Обавезну снагу у парници имају како осуђујућа, тако и ослобађајућа пресуда, на пример, у Француској[1] Италији[2], Белгији и Совјетском Савезу. У СССР–у је обавезна снага кривичне пресуде прописана за објективне елементе дела, а не и за кривицу (умишљај, нехат)[3]. Само осуђујућа пресуда дејствује у СФР Југославији (чл. 12, ст. 3. ЗПП), Аустрији[4], Чешкој и Словачкој[5], Пољској[6],

---

(1) Ово дејство се у науци изражава старом максимом: *Le criminel emporte sur le civil.*

(2) „Грађанска тужба не може бити поднесена...грађанском судији...кад је на основу суђења утврђено да кривично дело не постоји или да га није учинио оптужени или да је кривично дело учињено у испуњењу неке дужности или у вршењу неког законитог овлашћења или кад не постоји довољан доказ да кривично дело постоји или да га је оптужени учинио"(Codice di procedura penale, art.25) „У грађанској парници... за повраћај ствари или за накнаду штете, која је покренута или спроведена после пресуде... пресуда има ауторитет пресуђене ствари у погледу постојања кривичног дела, његове противправности и одговорности осуђеног. Кад особа која је грађански одговорна није учествовала у кривичном суђењу, остаје непрејудицирано питање да ли она треба да одговара за штету проузроковану кривичним делом" (С.Р.Р.,art 27) Види Леоне, *Trattato di Diritto processuale penale*, I, Dottrine generali, 1961, стр 290 и след.

(3) „Правноснажна пресуда суда о кривичном предмету обавезна је за суд који расправља о грађанскоправним последицама радњи особе на коју се односи пресуда, само у погледу питања да ли су те радње извршене и да ли их је извршила дата особа"(чл.21. Основа грађанског законодавства и грађанског судског поступка СССР и савезних република и чл. 55, ст.3. Законика о грађанском судском поступку РСФСР). Види:*Совјетски грађански процес*, под редакцијом Добровољског и Кленнмана, 1970, стр. 147. Постоји и друкчије мишљење, по коме се у грађанском спору не доказује ни кривица осуђеног (Калистратова –Пучински, *Научно–практически коментариј ГПК РСФСР*, стр. 89)

(4) „Ако одлука зависи од доказа о кривичном делу и о одговорности за исто, судија је везан за садржину правноснажне осуђујуће пресуде кривичног суда која је о томе донесена" (Zivilprozessordnung, § 268).

(5) „Суд је везан сваком одлуком надлежних органа да је извршено кривично дело, кажњива радња или прекршај и ко их је извршио, као и сваком одлухом која се тиче личног

и Луксембургу[7] . Ослобађајућа пресуда не везује ни у Швајцарској, а осуђујућа је обавезна у погледу утрђења да је оптужени учинио радњу која му је стављена на терет и да је она противправна. Уколико се односи на питање висине штете и кривице, ни осуђујућа пресуда не ужива у парници неприкосновени ауторитет[8].

4. Поменуто правило је предмет дискусије која се не може сматрати закљученом. Оно је претресано нарочито у француском праву јер у тој земљи не постоји одредба којом је оно непосредно прописано. Иако је Касациони суд то правило 1855. коначно прихватио[9], у једном делу науке се још увек оспорава његова целисходност. С обзиром да је расправљање о том питању узроковано непостојањем изричне законске одредбе, требало је очекивати да таква одредба уђе у прописе донесене после другог светског рата. Необично је, међутим, да се о ауторитету кривичне пресуде у парници не говори у новим француским законицима о грађанском и кривичном судском поступку. Правило са таквом садржином није ушло ни у новелирани текст *Code civil* –а. Његови извори, дакле, остају у устаљеној судској пракси и у прихватању од стране једног дела науке[10]. Обавезна снага кривичне пресуде у парници није изрично прописана ни у белгијском законодавству. Оно је и овде створено судском праксом и усвојено у науци, при чему је снажно утицала француска правна мисао[11].

5. У савременом праву наводе се у прилог обавезне снаге кривичне пресуде нарочито следећи аргументи

а) Истражни принцип у кривичном поступку пружа максимум могућих гарантија за тачно утврђење чињеница од којих зависи и пресуда грађанског суда. Нема оправдања мишљење да би друкчије чињенично стање које би овај суд утврдио независно од кривичне пресуде, било ближе истини, поготово ако се има у виду да доказна средства употребљена у кривичном поступку губе временом своју вредност.

б) Иако се кривично и грађанско правосуђе у свом деловању разликују пошто су две гране судске власти, она образују јединство. Дужност грађанског суда да поштује пресуду кривичног правосуђа објашњава се, дакле, дужношћу једног органа да поштује акте другог органа донете у вршењу исте државне функције.

статуса"(Законик о грађанском судском поступку, чл. 135, ст.1).

(6) „Утврђење правноснажном осудом која је изречена у кривичном поступку обавезно је у погледу извршења кривичног дела за суд у грађанском поступку. Ипак, особа која није била оптужена може се у грађанском поступку позвати на све околности које искључују њену грађанску одговорност (Законик о грађ. судском поступку, §11).

(7) Beffort et Schaack, *Le principe de la chose jugée au pénal et son influence sur le civil,* Revue de Droit penal et de Criminologie 1967/7, стр. 677.

(8) Законик о облигацијама, чл. 53.Види: Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 1958, стр. 321.

(9) Тај став је изражен у познатом спору Quertier у коме је кривични суд донео ослобађајућу пресуду.

(10) Види: Valticos, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil,* 1953 (с исцрпним подацима о литератури и судској пракси до те године; Stefani—Levasseur, *Droit pénal général et procédure pénale, Tome II, Procédure pénale,* 1964; Vitu, *Le problème de la chose jugée au pénal et son influence sur le civil,* Révue de Droit pénal et de Criminologie", 1967/7.

(11) Franchimont—Jacobs—Masset, *Manuel de procédure pénale,* 1989, стр. 946. и 947.

в) Док се претходним аргументом истиче оно што је овим поступцима заједничко, дотле се супротним мишљењем као главни разлог за обавезну снагу кривичне пресуде истиче разлика у мисији једног и другог. У кривичном поступку суд има задатак да оцени да ли је оптужени крив и да одлучи о примени кривичног закона на чињенице које је у том циљу утврдио. Парнични суд је позван да цени грађанскоправне последице чињеница које су пред њега изнесене. Сваки је у својој области суверен. Из тога проистиче да свака осуђујућа кривична пресуда има у грађанском спору ауторитет пресуђене ствари како у погледу постојања кривичног дела за које је изречена, тако и у погледу кривице осуђеног. Према томе, ако оштећена страна поднесе, на основу чињеница које су биле предмет кривичног гоњења, тужбу за накнаду штете, за поништај уговора, за опозив поклона или сл. она је ослобођена доказивања тих чињеница, а грађански судија је дужан да их сматра постојећим. Из поменутог принципа следи и то да свака кривична пресуда којом је оптужени ослобођен има и у грађанском спору ауторитет пресуђене ствари у том смислу да грађански судија коме је поднесена тужба за накнаду штете или нека друга не може да утврди, супротно кривичној пресуди, да је кривично дело стварно учињено или да је ослобођена особа за то дело крива или, што је исто, да је учинила радњу која јој је стављена на терет[12]. У Француској науци је овај аргумент дуго времена снажно утицао на ставове у дискусији о проблему утицаја кривичне пресуде у парници[13].

г) Кривична пресуда дејствује *erga omnes*, па и према субјектима грађанског спора.

д) Ако је кривичном пресудом изречено ослобођење зато што суд није стекао убеђење да је оптужени учинио радњу кривичног дела које имплицира настанак штете, онда би ослобођење противречило досуђењу имовинскоправног захтева истом пресудом за ту исту штету. Зашто треба да буде друкчије ако је о том захтеву одлучено у парници после кривичне пресуде? Кад се једном, у име потпуне слободе одлучивања, сваком судији призна право да о правној ствари суди не водећи рачуна о одлукама донесеним о другим тачкама истог проблема, свршено је са идејом правосуђа[14].

ђ) Принципом везаности постиже се уштеда јер се пред грађанским судијом не води расправа о чињеницама, него се стање утврђено кривичном пресудом, уколико је битно за одлуку о тужбеном захтеву, узима за подлогу те одлуке.

е) Изложени аргументи су изведени из разлика и сличности између кривичног и грађанског суда у погледу њихове компетенције и принципа по којима остварују своје циљеве. По једном схватању, обавезну снагу кривичне пресуде треба видети у јавном поретку. И то мишљење полази од разлике која постоји између између двеју грана правосуђа, а односи се на њихову мисију. Та мисија се не посматра строго јуридички, него са становишта њихових друштвених задатака. Кривични судови одлучују у друштвеном интересу, а често и о слободи. Такав значај њихове улоге води закључку о нужности поверења у њихове одлуке. Да би се то постигло, мора се претпоставити „непогрешивост". Њом треба да буде искључена свака могућност нетачности, свака евентуалност сумње. Према томе, мора се забранити да кривични суд буде демантован одлуком другог суда који није кривични, јер би то било понижавајуће за углед оног првог. Тиме би јавни поредак био озбиљно

(12) Aubry et Rau(Bartin), *Cours de Droit civil francais tome douzième*, 1922, стр. 465–467.

(13) Valticos, *L'autorité etc.*, No 126;Vitu, *Le probléme etc.*, стр. 721.

(14) Vitu, *Le probléme* etc., стр. 731

компромитован. По неким ауторима, то би чак био скандал који се мора избећи по сваку цену. Између тежње да ауторитет кривичног суда остане у парници нетакнут и тежње грађанског суда да одлучује слободно, поготово кад он кривичну пресуду смара нетачном, превагу мора имати прва тежња. Данас је ово објашњење о основу прееминенције кривичног правосуђа заступљено у оном делу француске науке који се залаже за обавезну снагу кривичне пресуде. У литератури су забележене и неке одлуке које су, у недостатку законске одредбе, образложене тим основом[15]. Као обавезна снага кривичне пресуде у аустријском праву наводи се у материјалима мишљење да противречност између двеју пресуда треба да буде избегнута да се не би уздрмало поверење у правну сигурност и правно јединство[16].

6. Принцип обавезности кривичне пресуд имао је увек своје противнике. Још је шездесетих година прошлог века истакнуто да о противречности између кривичне и грађанске пресуде не може бити говора. Две одлуке су састављене на различитим језицима, свака од њих на другом плану. У једном случају се ради о противправној радњи по кривичном закону, а у другом о повређеном субјективном праву и обештећењу. Пошто оптужба и грађанска тужба изазивају поступак у различитим областима, пресуде које су поводом њих донесене не могу стварно бити противречне. Ради се о истим чињеницама које су предмет оцене са становишта правних норми различите врсте[17]. Замерке принципу везаности упућују се нарочито после другог светског рата[18]. Указујемо на неке од њих.

а) Проширење правноснажности на грађански спор супротно је дејству које правноснажна одлука има по општим принципима којима је регулисана пресуђена ствар. Наиме, по тим правилима дејство пресуде је ограничено на изреку суда о оптужби у кривичној ствари или о тужбеном захтеву у парници. Правноснажност се не простире на разлоге на којима је изрека заснована. Она, дакле, не обухвата убеђење суда образовано о спорним питањима која се тичу било постојања чињеница, било њихове правне квалификације. У правом смислу речи, одлука је само изрека и само је она снабдевена обавезујућим ауторитетом. Према томе, требало би да одлука о кривичном делу дејствује у парници само у тим границама, што значи у случајевима у којима је постојање или непостојање кривичног дела предвиђено законом као претпостака за настанак или престанак једног субјективног права[19].

б) Идејом јединства правосуђа не искључује се раздвајање надлежности и не налаже се признање дејства кривичној пресуди у парници. Осим тога, та идеја се супротставља преваленцији кривичног правосуђа јер она за претпоставку има суверености сваке од двеју грана правосуђа у области своје надлежности[20]. Кад би обавезна снага кривичне пресуде у парници била

---

(15) Види: Valticos, *L'autorité etc.*, No 131. i 141; Mazeaud, *Responsabilité civile*, No1745.

(16) Fasching. *Die Grenzen der Bindung des Zivilgerichtes an Erkenntnisse des Straffgerichtes* (Gutachten) (стручно мишљење на Трећем конгресу аустријских правника, 1967. год.), I Band, 1. Teil, стр.49.

(17) Faustin —Hélie, *Traité de l'instrucion criminelle*, 2e ed. 1866, т.II, No 1110 (цитирано код: Valticos , *L'autorité etc.*, No133, нап.(1).

(18) Vitu говори о моћној струји која се том принципу противи – *Le problème etc.*, стр. 721.

(19) Liebman, *L'efficacia della sentenza penale nel processo civile* (Реферат за дискусиони састанак италијанских правника одржан 5. и 6. окт. 1956. и објављен у материјалима са састанка под насловом *L'efficacia del giudicato penale nel processo civile + Il difensore* (relazioni e discussioni), 1960, стр. 21.

нужна последица јединства правосуђа, онда би између појединих грана те државне функције морала постојати узајамност. То значи да би утврђење садржано у грађанској пресуди морало везивати кривични суд. Тако, међутим, није. Правило је да кривични суд решава претходно грађанскоправно питање независно од грађанског суда[21].

в) Што се тиче веће веродостојности чињеничних утврђења у кривичном поступку, на састанку италијанских правника 1950. отворено је изражена сумња да су та утврђења веродостојнија од оних до којих суд долази извођењем доказа у парници. И у кривичном поступку је истина само релативна у том смислу што представља оцену са становишта вероватности као и у сваком другом поступку у коме се даје суд (у философском смислу речи) о чињеницама за које се тврди да су се догодиле у прошлости. Поред тога, не треба испустити из вида да су и у кривичном поступку постављене неке границе употреби доказа и њиховој оцени. Довољно је помислити на забрану судији да узме у обзир своје приватно знање о чињеницама, и на правила о ограничењу саслушања сведока. Оцена доказа је логичка активност у којој се кривични судија, исто као и грађански, излаже опасности да погреши[22]. Уосталом, нема сметњи да грађански судија за сопствене циљеве слободно цени резултате до којих је у утврђивању чињеница дошао кривични судија на основу својих овлашћења[23].

г) Није у реду ни значајан аргумент – тежња да се избегне противречност између двеју пресуда. Нема сумње да ту тежњу треба поштовати, али не преко граница које закон захтева у свим другим областима и у свим другим случајевима. Установа правноснажности – речено је – управљена је на избегавање практичног сукоба пресуда, што значи одлука о истом предмету поступка, а не теоријског и логичког сукоба који може да буде последица независних одлука у погледу истих чињеница и истих питања решаваних у различитом циљу и са различитим дејством[24].

д) Поводом аргумента да кривична пресуда треба да буде безусловно поштована зато што одлучује о већим вредностима него што су оне о којима се ради у парници, одговара се да су и у грађанским правним стварима понекад у игри веома значајни интереси, као што су они који се тичу права и обавеза у браку и породици. Али, и имовински спорови могу имати утицаја на судбину појединца[25]. Но, и ако се прихвати став о разлици у задатку два суда, грађански судија није спуштен „на улогу роба зато што његов кривични колега испуњава мисију битну за очување друштвеног поретка и због

---

(20) Изјашњавајући се против предности кривичног правосуђа, Scybez сматра идеју о једној јединственој државној вољи у поступку за илузију– *L'effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l'action civile*, 1976, стр. 94.

(21) За југословенско право:Грубиша, *Кривични суд и прејудицијална питања*, Зборник ПФ у Загребу, 1968, год. XVI, бр. 2, стр. 159 и след.

(22) Gionfrida, L'efficacia etc.(реферат), види напомену(18), стр. 65; у истом смислу: *Liebman, L'efficacia etc*, стр.23; Chavanne, *Les effets du procès pénal sur le procès engagé devant le tribunal civil*, Rapport présenté au IV^e Congrès International de Droit „Comparé", Revue de science criminelle et de Droit pénal Comparél,1954, No 2, стр. 246.

(23) Liebman, *L'efficacia*, стр.23;Chavanne, *Les effets etc.*, стр 247; Scyboz, *L'effet etc.*, стр.96. Супротно томе: Fasching за аустријско право сматра, имајући у виду ослобађајућу пресуду, да би слободна оцена од стране грађанског судије била супротна начелу непосредности, те се не може употребити као доказ – Die Grenzen usw., стр.30

(24) Liebmen, *L'efficacia etc.*, стр 23

(25) Gionfrida, *L'efficacia etc.*, стр.69.

тога понекад дира у интересе који су знатно више од приватних интереса"[26].

ђ) Ако се сматра да би углед кривичног правосуђа био окрњен тиме што би његова пресуда била демантована грађанском, намеће се закључак да би он још више трпео у случају у коме би нехотична грешка учињена првом пресудом била свесно потврђена другом због обавезног поштовања једног формалног правила. Али, схватање да би противречност двеју пресуда представљала скандал неки аутори просто одбацују сматрајући да чак ни у Француској, у којој је то схватање изражено, нико не би разумно оспоравао да странка, и кад је лаик, редовно узима да је ситуација пред два правосуђа различита[27].

е) Правило о везаности је поготово неодрживо ако се узме да кривична пресуда у парници дејствује и према трећој особи која није учествовала у поступку у коме је пресуда донесена, на пример, према оштећеном или осигуравачу. (Критика се односи на оне националне системе у којима то дејство према таквој особи није искључено.) Ако се и узме да кривична пресуда дејствује *erga omnes*[28], то дејство није довољно да објасни њен ауторитет у грађанском спору, у коме се дејство мериторне одлуке ограничава на странке. Правило да трећа особа која у кривичном поступку није учествовала не може у парници оспорити тачност пресуде изречене у том поступку, противно је праву странке на саслушање, које је гарантовано уставом[29]. На ову замерку се одговара да је трећи имао могућности да се у кривични поступак укључи са својим имовинскоправним захтевом. Ни овај одговор не може да обеснажи критику. Јер, да ли ће трећи заштиту за тај захтев остваривати у кривичном поступку или у парници, ствар је његовог избора, који он врши на основу оцене свог интереса. Али, тај избор не може повући неку штету за одбрану његових права[30]. Додајемо, са своје стране, да се оправданост поменуте замерке потврђује изричним одредбама пољског и италијанског закона, којима је прописано да пресуда нема обавезну снагу према особи која није била оптужена[31]. Ово ограничење, међутим, није у складу са владајућим становиштем да правило о обавезној снази кривичне пресуде спада у јавни поредак и као такво треба да дејствује према свима[32].

з) Није убедљив ни аргумент економичности. И у процесном систему у коме грађански суд слободно цени кривичну пресуду рационализација се постиже тако што судија има могућност да застане са поступком, уздржавајући се у највећој могућој мери од поновног доказивања, ако сматра корисним да се упозна са садржином кривичног поступка и пресудом којом је он окончан[33].

и) Није јасно зашто кривична пресуда треба да буде обавезна у парници, а није обавезна у другој кривичној ствари. Тако, на пример, осудом саучесника није прејудицирана осуда главног кривца и обратно, чак и кад из тога проистиче неотклоњива противречност[34].

---

(26) Scyboz, *L'effet etc.*, стр 96.

(27) Scyboz, *L'effet etc.*, стр96

(28) За југословенско право тако Трива–Белајец–Дика, 1986, *Грађанско парнично процесно право*, стр.69.

(29) Liebman,*L'efficacia etc.*, стр 24.

(30) Gionfrida, *L'efficacia etc.*, стр 69.

(31) Види напомене (2) и (4).

(32) Scyboz, *L'effet etc.*, стр 94.

(33) Scyboz, *L'effet etc.*, стр 99.

(34) Chavanne, *Les effets etc.*, стр 246.

7. Уз изложене критичке примедбе ваља истаћи још једну слабу страну принципа везаности кривичном пресудом: он има знатно уже границе него што би се то могло мислити. У тежњи да буде што независније према кривичној пресуди, грађанско правосуђе у Француској је изградило један концепт по коме је суд у парници везан само оним констатацијама те пресуде које су биле нужне за одговор на питање да ли је учињена радња кривичног дела, да ли се оно има приписати оптуженом и да ли он испуњава субјективне претпоставке кривичне одговорности (умишљај, нехат)[35].

Ако смо тачно разумели, у том смислу се изјашњава у својим одлукама и ВС Хрватске[36]. Поред ових елемената, грађански суд је везан и квалификацијом дела коју је дао кривични суд. Остале констатације садржане у кривичној пресуди не обавезују грађанског судију. Поводом овог схватања примећујемо да се примена правила о везаности сукобљава с тешкоћама приликом одређивања које су констатације биле неопходне за одлучивање у кривичној ствари, а од значаја су и за грађански суд. Ни суптилно резоновање није сигурна гарантија да ће се на свако такво питање добити само један одговор[37]. Ради илустрације, нека послужи овај пример: ВС Хрватске сматра да се осудом за нехатно кривично дело не искључује могућност да грађански суд у понашању туженог види намеру[38], док се, супротно томе, у француској науци и пракси чврсто стоји на становишту да је грађански суд везан за утврђење основног вида кривице[39]. Друго, што је много значајније, практичне консеквенце поменутог схватања, у коме неки виде подривање принципа везаности[40], нису мале. Утврђење да је оптужени кривичним делом проузроковао штету обавезује судију у парници само ако је штета законом изрично предвиђена као елемент кривичног дела за које је изречена пресуда, или ако је то дело по својој природи такво да се без штете не може замислити. Али, и кад је штета елемент дела, констатација кривичног суда о њеној величини није за грађански суд обавезна осим ако и та величина чини једно обележје. У каквој се ситуацији налази парнични суд ако му вештаци поднесу мишљење да штета проузрокована таквим делом не прелази законом прописану границу? Овај случај представља очигледну слабост правила о везаности грађанског суда. У југословенској судској пракси забележене су одлуке ВС Хрватске по којима суд не може у таквом случају узети да је штета мања од законског минимума[41]. Ограничење на оно што је у кривичном поступку било као неопходно утврђено, огледа се и у учешћу оштећеног у проузроковању штете. Према томе, констатацију кривичног судије да је дело учињено у прекорачењу нужне одбране (често, да би била изречена блажа осуда) грађански судија не мора поштовати. Он може одлучити да тужени сноси сву одговорност тамо где кривични суд није нашао да је дело учињено

(35) ...ce qui a été necessairement jugé...

(36) Види: Жувела, *Парнични поступак и кривични поступак*, „Наша законитост 1989/9," стр.1189 и след.

(37) Scyboz, *L'effet etc.*, стр 97.

(38) Гж–708/66 од 23.8.1966, из евиденције суда, цитирано у чланку Жувела, *Парнични поступак* итд. „„Наша законитост", 1989/9–10,стр.1190.

(39) Valticos, *L'autorité etc.*,No 381 i 389; Mazeaud, *Résponsabilité civile*, No 1791.

(40) Mazeaud, *Résponsabilité civile*, No 1766.

(41) Види: Жувела, Парнични поступак и кривични поступак, „Наша законитост",1989/9–10, стр.1191;Јаковљевић, Правно дејство кривичне пресуде у парници за накнаду штете, „Правни живот",1968/3, стр.42.

у нужној одбрани. Поводом изложеног схватања примећује се да је њиме кривична пресуда „огољена до костију". Она је, по речима једног правника процесуалисте, сведена на један костур и само се том костуру дугује поштовање[42]. Отуда се у науци оправдано поставља питање да ли таква кривична пресуда не противречи главном разлогу који се наводи као основ правила о њеној обавезној снази у парници, ако се узме да тај основ лежи у тежњи да се сачува углед кривичног правосуђа. Јер, вера у правосуђе не сме да буде пољуљана пре свега код лаика. Може ли се веровати – пита се један од критичара – да суптилна разликовања изграђена у судској пракси могу наићи на његово поверење? Мало је вероватно да ће дух који је далеко од правничког начина мишљења, препознати у поменутом скелету одлуку кривичног суда која је за њега имала смисла само са оним ликом који јој је био својствен и са цртама које су јој биле карактеристичне. Грађани који нису анатомисти – речено је – не могу веровати да су те особености, које одлуци дају боју и живот, само нека врста занемариве одеће. Оправдано је, дакле, сумњати да је за њих убедљива правосудна операција коју предузима грађански суд. Концепт по коме „неопходно пресуђено" значи да у грађанском спору морају бити поштована апстрактна обележја кривичног дела за које је изречена пресуда, разумљив је само правницима и зато га само они могу прихватити. То је, међутим, од секундарног значаја јер се ради о правилу којим се не изражава јуридичка нужност, него се тежи остварењу социјалног и политичког циља. Тешко да правило о обавезној снази кривичне пресуде постиже тај циљ управо код обичних људи којима је намењено, јер није извесно да су они у његову целисходност убеђени. У томе је парадоксални карактер ситуације која се ствара тим правилом[43].

8. Оправданост изложених аргумената против апсолутног ауторитета кривичне пресуде у парници види се најбоље по томе што се у низу земаља тај ауторитет не признаје. По процесним законима који су у немачким земљама важили пре доношења Закона о грађанском судском поступку од 1877, у погледу утицаја кривичне пресуде на парницу није било јединства. Неки закони су прописивали обавезну снагу те пресуде, док су други предвиђали слободу грађанског суда. У науци се водила дискусија о томе које од два становишта заслужује предност. Коначном ставу допринео је знатно *Планк* својим рефератом на Седмом конгресу немачких правника, 1868. Његов главни аргумент је био да се обавезној снази кривичне пресуде противи принцип слободне оцене доказа у парници у којој се расправља о грађанскоправним последицама кривичног дела о коме је одлучено том пресудом. На конгресу је закључено да кривична пресуда може у тој парници, под одређеним околностима, имати снагу довољног доказа, али одлука о томе мора бити препуштена слободној оцени грађанског судије у сваком поједином случају[44]. Доследно овом закључку, једном одредбом Уводног закона за поменути закон стављене су ван снаге одредбе свих партикуларних закона којима је прописана обавезна снага кривичне пресуде за грађанског судију[45]. Слично немачком је и шведско право[46]. По холандском праву, осуђујућа пресуда кривичног суда може се у парници поднети као доказ о кажњивој радњи.

(42) P.Esmein, note S.1933.1.57, цитирано у наведеном делу Valticos-a, No—320.

(43) Valticos, *L'autorité etc.*, No320.

(44) Scyboz, *L'effet etc.*, стр.90. Види и: Б. Грађански, *Утицај кривичне пресуде на грађанску парницу* (дисертација, необјављ.),1959, стр.58.

(45) Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung, §14.Види и: Rosenberg — Schwab, *Zivilprozessrecht,* 1986,стр.52.

(46) Ginsburg &Bruzelius, *Civil procedure in Sweden,* 1986,стр. 150,нап.133.

Допуштен је противдоказ[47]. За енглеско право је све до 1968. важило, с извесним одступањима у која се на овом месту не упуштамо, правило о слободи грађанског судије. Штавише, кривична пресуда није могла у грађанском спору бити употребљена ни као доказ да је оптужени учинио или да није учинио дело које му је било стављено на терет. У једној одлуци грађанског суда из 1943. речено је за ту одлуку да она не представља ништа више него „доказ да је други суд сматрао да је тужени крив". Понекад је као разлог за поменуто правило било наведно схватање да су кривични и грађански суд два сасвим одвојена органа без икаквог међусобног утицаја на исход правних ствари о којима се пред њима решава. У неким пресудама је невезаност грађанског суда образложена разликом између два поступка у погледу странака. Није, дакле, било битно што се пред оба суда расправља о чињеницама које су од значаја за одлуку и једног и другог[48]. Међутим, 1968. донесен је *Civil evidence act,* којим је принцип невезаности измењен. Уместо искључења сваке вредности кривичне пресуде, тим законом је прихваћено решење холандског права, по коме, као што је речено, та пресуда ужива известан ауторитет који се огледа у томе што је њом за грађански спор створена оборива претпоставка да су утврђења која она садржи, уколико су од значаја за одлуку парничног суда, тачна[49]. Становиште холандског и енглеског права представља уступак идеји ауторитета кривичне пресуде и може изгледати као неко средње решење. Практично, оно је ипак ближе принципу невезаности, јер је за грађанског судију кривична осуђујућа пресуда обавезна ако тужени не обара претпоставку да је она тачна.

У литератури се указује на тенденцију да се правило по коме кривична пресуда нема утицаја на грађански спор, због неповољних последица, измени и у другим земљама *common law—a*[50].

У права у којима кривична пресуда нема обавезну снагу спада и право САД. Главном сметњом за такво њено дејство сматра се – на првом месту – значај исхода доказивања. Кривична пресуда представља доказ којим се искључује свака разумна сумња, док грађанскоправна осуда може бити заснована на извесној вероватности. Из тога се изводи закључак да ослобађајућа кривична пресуда не може бити обавезна. Друга сметња за обавезну снагу кривичне пресуде лежи у захтеву да странке буду идентичне у оба поступка. Доследно томе, прихвата се као опште правило да кривична осуђујућа пресуда везује грађански суд у спору између истих странака у погледу свих питања о којима је у кривичном поступку одлучено. Али то има значаја само кад грађански спор покреће орган који је у кривичној ствари заступао оптужбу или кад је у тој ствари одлучено по приватној тужби особе која после тога у парници истиче захтев за накнаду штете. Оштећени у кривичном поступку који је вођен по принципу официјелности ретко је кад иста личност као и орган који је поднео оптужбу, те осуђујућа кривична пресуда редовно нема обавезну снагу у парници. Не постоји јединствена пракса о питању да ли је у случају обавезне снаге те пресуде дозвољен противдоказ. О дејству кривичне пресуде у грађанском поступку између осуђеног и треће особе, у појединим државама –чланицама америчке федерације различито се суди. Због непостојања идентитета странака, већина судова не допушта у таквом случају кривичну пресуду као доказно средство[51].

---

(47) Burgerlijk Wetoek, art.1955 (цитирано код: Fasching, *Die Grenzen usw.* стр.12.)

(48) R.J.Walker and M.G.Walker, *The english legal system,* 1965, стр. 16.

(49) Jolowitcz u: *International encyclopedia of comparative law,* volume XI, Torts, Chapter 13, Procedural questions, стр. 32.

(50) Jolowitcz, дело наведено у претходној напомени, стр.32, нап. 32 и стр.33.

9. Законом о парничном поступку од 1956. правило о обавезној снази осуђујуће пресуде и о невезаности ослобађајућом (данашњи ст. 3. чл.12) преузето је из предратног Законика о грађанском судском поступку(§ 268. *ZPO*). Приликом састављања закона од 1956. целисходност тог правила није дискутована. Мислимо да објашњење треба видети у томе што су редактори закона сматрали, просто, да се дејство кривичне пресуде у парници не поставља као проблем јер не може бити друкчије регулисано. Таквом ставу допринело је и то што је примена поменутог правила по аустријском закону од 1895, по Законику од 1929. и по прописима који су важили у Југославији пре рецепције, била потврда његове вредности. Није сувишно додати да то решење није противречило владајућим политичким назорима у оквиру идеологије у првим годинама послератне Југославије. Тим разлозима се објашњава и преношење поменутог правила без измена у ЗПП од 1976. С обзиром на изложене разлоге и противразлоге, оправдано је поставити питање да ли је решење које овај закон даје, најбоље могуће. Сматрамо да аргументи опште правне теорије против обавезне снаге кривичне пресуде имају већу вредност од оних којима се брани дејство те пресуде у парници. Важно је истаћи да целисходност решења прописаног у ЗПП–у није више неоспорна ни у аустријском праву из кога то решење потиче. На Трећем конгресу аустријских правника 1967. подносилац стручног мишљења (главни референт) изјаснио се за напуштање одредбе о обавезној снази осуђујуће кривичне пресуде и за прелаз на солуцију по којој у парници важи оборива претпоставка да је та пресуда тачна[52]. Од тројице осталих референата само се један определио за одржавање постојећег уређења[53]. Други је одлучно пледирао за слободу грађанског судије и тиме за успостављање стања какво је у Аустрији постојало пре 1895[54]. Трећи је сматрао да треба остати при досадашњем решењу, али, ипак, дати парничном суду овлашћење да допусти доказивање нетачности чињеница утврђених у кривичном поступку ако се код њега рађа знатна сумња против тачности тих утврђења, било свих, било само неких[55]. Ово последње је готово једнако невезаности парничног суда, јер се управо постојањем сумње у тачност кривично судских констатација често наводи као разлог који говори за слободу грађанског суда. Разлика се огледа у терету доказивања. Ако је грађански суд слободан проузроковање штете доказује тужилац (чл.154. ЗОО). На основу правила какво постоји у холандском и енглеском праву, на туженом је терет да обара претпоставку о постојању чињеница из којих проистиче његова одговорност за штету. Занимљиво је додати да су се у дискусији поводом реферата изјаснила за напуштање одредбе о везаности још четири учесника[56]. На састанку италијанских правника 1960, који је био посвећен истој теми оба референта су се изјаснила за напуштање принципа везаности[57]. Од једанаест осталих учесника у дискусији, само су двојица бранила постојеће уређење.

10. Предност коју смо дали принципу невезаности грађанског суда заснована је на оцени вредности јуридичких аргумената општег значаја. При томе полазимо од става да су ти аргументи исти у свим националним прав-

(51) Fasching, *Die Grenzen usw.*,стр.19.

(52) Fasching, *Die Grenzen usw.* ,стр.52.

(53) Elsigan, *Die Grenzen usw*,B.II,1.Teil, стр.17.

(54) Landau, *Die Grenzen usw.*, B.II,1Teil, стр. 28. и 29.

(55) Steininger, *Die Grenzen usw.*,B.II,1. Teil, стр. 42. и 43.

(56) Карактеристично је да су се са потребом измена сложили универзитерски људи, док су судије и државни тужиоци били за одржавање постојећег стања.

(57) Liebmen и Gionfrida. Види напомене под 18 и 21.

ним системима. (Остављамо по страни да они не морају свуда имати исти значај.) До друкчијег закључка може се доћи ако се два основна схватања посматрају са становишта правне политике. Овде одиста није неумесно поставити питање да ли треба дозволити неслагање између кривичне пресуде и разлога на којима је заснована грађанска. Упркос томе што такво неслагање може у појединим случајевима да изазове негативно реаговање правног осећања, мислимо да тежња за очувањем угледа кривичног правосуђа не треба за нашу средину да буде одлучујућа. Страх да би противречност двеју пресуда представљала јавни скандал, чини нам се претераним. Ако се подноси неслагање између двеју грађанских пресуда, није неоправдано допустити да грађанска одступи од констатација до којих је дошла кривична. На прејако наглашавање негативног значаја који би то одступање имало за углед кривичног правосуђа, указују сви противници везаности парничног судије. Полазећи од тога, мислимо да би за југословенско право требало напустити правило о неоспоривом ауторитету кривичне пресуде у парници. Уместо тога, требало би допустити могућности да њена тачност буде оспорена.

11. Међутим, сасвим је могуће да ће приликом будућег темељитог преиспитивања ваљаности ЗПП-а, на које се већ годинама оправдано чека, превагнути наведени разлог правне политике, те да ће се остати код данашњег уређења. Ако буде тако, упућујемо замерку да је проблем о коме дискутујемо недоследно решен, јер ослобађајућа кривична пресуда не везује парнични суд. У случају у коме је ослобођење изречено због тога што суд *није стекао уверење* да се оптуженом има приписати радња која му је оптужницом стављена на терет, слобода грађанског суда се објашњава тиме да пресуда не садржи утврђење. Суд је изрекао ослобођење јер је после одржаног претреса остала сумња да је оптужени учинио радњу за коју му се суди. Тај закључак, по истом мишљењу, не треба да буде сметња грађанском суду да о истим чињеницима, ако су спорне, изведе доказивање[58]. Нисмо спремни да то објашњење прихватимо. Прво, могуће је да се у наведеном случају ослобођење изриче управо зато што је суд *стекао убеђење* да оптужени није учинилац дела, а не због тога што у основаност оптужнице није уверен, него више или мање сумња. Друга, значајнија замерка је следећа: ако се прихвати да оправдање обавезне снаге кривичне пресуде којом је оптужени осуђен, треба видети у тежњи да се сачува углед кривичног правосуђа, онда исти разлог у подједнакој мери говори за поштовање ауторитета ослобађајуће пресуде. Јер, и кад је ослобођење изречено зато што суд није био чврсто уверен да је оптужени учинилац, треба поћи од тога да је пресуда проистекла из поступка у коме су узети у обзир сви докази које су странке изнеле и које је сам суд прибавио и да су сви они пажљиво изведени и савесно оцењени. Укратко, и ослобађајућа пресуда, као правосудни акт, има своју вредност. И из ње, а не само из осуђујуће пресуде, зрачи ауторитет суда. Ако је, на пример, у кривичном поступку одбрана успела да помоћу алибија осујети образовање уверења да је оптужени учинилац дела којим је проузрокована штета, на ауторитет кривичног правосуђа неповољно утиче и грађанска пресуда којом се захтев за накнаду усваја, пошто је тужилац успео да на расправи сруши алиби и увери суд да је тужени ипак учинилац радње за коју је у кривичној ствари био оптужен. Кад је ослобођење засновано на мишљењу да та радња не испуњава обележја кривичног дела јер законом није као таква предвиђена, углед кривичног правосуђа не би трпео ако би грађански суд дао тужиоцу за право, јер тамо где не постоји кривично дело може да постоји грађански

(58) Тако у југословенском праву: Грубиша, *Рјешавање преЈудиционалних питања из кривичног права у грађанском парничном поступку*, „Наша законитост", 1953/4;Zuglia, *Грађански парнични поступак*",1957. стр.35.

деликт. Али, овај би суд морао узети да је тужени учинио радње које су пресудом утврђене и оцењене као (кривичноправно) ирелевантне. То би важило и у случају у коме је суд нашао да у понашању оптуженог нема нехата. Пошто се нехат у грађанском праву цени строже него нехат у кривичном, тамо где не постоји овај други може да постоји онај први. Друкчије само ако се усвоји схватање да у погледу строгости мерила за нехат нема између две правне области разлике, што је владајуће схватање у француској судској пракси[59]. Ослобођење због неурачунљивости морало би да повуче искључење грађанске одговорности туженог који је својом радњом штету проузроковао. Везаност за ослобађајућу пресуду имала би за последицу да грађански суд мора да одбије захтев за накнаду штете после ослобођења по основу нужне одбране. Супротно мишљење могло би се бранити само ако би се узело да критеријум за оцену да ли постоји тај основ ослобођења није у грађанском праву исти као у кривичном[60] итд. Недостатак простора нам не допушта да се упустимо у извођење даљих консеквенци одредбе којом би било предвиђено да и ослобађајућа кривична пресуда има у парници обавезну снагу[61].

12. Упоредноправно вредновање које смо приказали показује довољно убедљиво да постојеће уређење у југословенском праву није једино могуће. Било би добро кад би приликом наредне ревизије ЗПП–а и друга решења била узета у обзир.

(Примљено 30.09.1990)

Dr Borivoje Poznić,
Retired Professor of the Faculty of Law in Belgrade

THE IMPACT OF CRIMINAL VERDICT ON THE LITIGATION

Summary

Among several possible situations giving rise to the issue of relationship between the criminal and civil judiciaries, the subject - matter of this article covers the impact of the criminal verdict on the litigation. Namely, whether it affects the above as a legal enactment or just as one of the possible pieces of evidence? Standpoints are exposed of both theoreticians and legislative approaches, including case law of a number of countries. These

(59) Види:Valticos, *L'autorité etc.*, No 417. Постоји и мишљење по коме кривични суд не проглашава оптуженог кривим за culpa levissima, тако да грађански суд мора одбити захтев за накнаду штете и кад је тужени за такву штету, по критеријуму грађанског права, одговоран – Chavanne, *Les effets etc.*, стр. 247

(60) У француској науци и пракси владајуће је становиште да се нужна одбрана у једној правној области не разликује од нужне одбране у другој, па је грађански судија везан тим разлогом ослобођења. Види:Valticos, *L'autorité etc.*, No 374; Mazeaud, *Réspon - sabilité civile*, No 1815.

(61) Уређењу овог питања у ЗПП–у упућује критику и Васиљевић, указујући оправдано на разлику која се намеће у погледу разлога ослобођења – *Систем кривичног процесног права СФРЈ*,1970, стр. 220.

views cover a wide range of opinions: from the compulsory effect of both convicting and acquitting verdicts of a criminal court, compulsory effect of only the convicting verdict, so that the acquitting is excluded (this is also the solution applied in Yugoslav Law on Litigation procedure, Art. 12, para. 3), and up to the standpoint according to which criminal verdict is only another piece of evidence supplied by assumed evidence effect and subject to counter - evidence.

Summarizing the discussion, the author confronts two starting points: the one which is the result of the general theory of law, and the other based on legal - political arguments. Opting for the first, he concludes that criminal verdict, relating to the affirmative elements it contains, should have the significance of evidence, followed by full freedom of the court in assessing it.

The author concludes also that the existing solution in the Law on Litigation Procedure of the SFR of Yugoslavia is inconistent, since there is no binding character of the acquitting criminal verdict. This creates difficulties in addition to the usual ones, so that the author suggests - either to accept the arguments against such binding character or to be concequent in the acceptance of both kinds of verdicts, namely the acquitting one, too. This solution could be adopted in the future amendments of mentioned Law on Litigation Procedure.

Key words: *Litigation. - Criminal verdict. - Positive law. - Theory.*

Borivoje Poznić,
Professeur à la Faculte de droit de Belgrade

L'INFLUENCE DE LA SENTENCE PENALE SUR LE LITIGE

Résumé

Parmi plusieurs situations possibles chez lesquelles se pose la question du rapport entrae la justice pénale eta la justice civile, l'auteur examine uniquement l'influence de la sentence pénale sur le procès. Agit-elle par sa force d'obligation en tant qu'acte juridique ou bien est-elle uniquement un moyen de preuve?

L'auteur présente les vues aussi bien des théoriciens que de la législation et de al pratique des tribunaux de plusieurs pays. Ces vues vont de la force d'obligation aussi bien de la sentence de condamnation que du jugement d'acquittement du tribunal pénal, en passant par les vues qui considèrent qu'il y a une obligation uniquement chez la sentence de condamnation et non pas chez le jugement d'acquittement (parmi lesquelles la Loi sur la procédure pénale de Yougoslavie, arat. 12, al. 3), jusqua'à la vue que la sentence pénale agit dans le procès comme moyen de preuve avaec une force de preuve supposée contre laquelle il est possible d'utiliser une contrepreuve.

En résumant la discussion, l'auteur oppose deux points de vue: celui qui est le résultat de la théorie générale du droit et celui qui est le résultat des arguments juridiques et politiques. En optant en faveur du premier point de vue, l'auteur conclue qu'en ce qui concerne les constatations qu'elle contient, la sentence pénale devrait avoir l'importance du moyen de prevue, tout en accordant au tribunal la pleine liberté d'évalution.

L'auteur conclue que la solution contenue dans la Loi sur la procédure pénale de Yougoslavie actuellement en vigueur est inconséquente, car il n'y a pas d'engagement du tribunal par le jugement pénal d'acquittement, ce qui crée des difficultés supplémentaires et

il propose ou bien l'acceptation des arguments contre tout lien, ou bien la conséquence d'introduction de la force d'obligation aussi bien de la sentence de condamnation que du jugement d'acquittement dans les éventuels changements futurs à apporter à la Loi sur la procédure pénale.

Mots clés: *Procès. - Sentence pénale. - Droit positif. - Théorie.*

UDK — 02:[378:34](197.11)„1941/1944"
Изворни научни рад

др Миодраг Симић,
ванредни професор Правног факултета у Београду

РАД БИБЛИОТЕКЕ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ У ОКУПАЦИОНОМ ПЕРИОДУ 1941–1944.

Библиотека Правног факултета стасавала је упоредо са развојем Факултета и правне мисли у нас. Организована је да шири и подстиче опште образовање и помоћ у развоју научног и стручног рада и да задовољава културне потребе полазника студија правне науке.

Пред априлски рат 1941. године Библиотека Правног факултета је имала импресиван књижни фонд од око 40.000 примерака.

Библиотека је била савремено и прегледно организована тако да су се информације врло лако добијале. Својим богатим фондом она је испуњавала мисију због које је и основана – служила је свима који су били или ће тек постати носиоци напретка правне мисли у нас.

У окупационом периоду од 1941. до 1944. године Библиотека је била затворена. Уништавање књижног фонда Библиотеке које су спроводили окупациони војници спречио је својом интервенцијом професор др Јован Ловчевић, коме генерације дипломираних правника дугују највећу захвалност.

Кључне речи: *Легат. – Теорија. – Окупација.*

Уочи другог другог светског рата Библиотека Правног факултета је имала импресиван књижни фонд који око 36.000 примерака(1). Међутим, априлски рат је донео велике штете имовини Правног факултета. Априлским бомбардовањем немачких ваздухопловних снага погођена је запаљивом бомбом зграда Правног факултета у којој је тек започела своје школовање прва студентска генерација школске 1940/41. године.

Уласком у Београд 12. априла 1941. године, трупе окупатора одмах запоседају зграду Правног факултета и у њој организују касару живота, оштећујући инвентар и књижни фонд који почињу да растурају, бацају и пале(2).

---

(1) Архив Србије, Фонд Г–205, Правни факултет, Општа архива, Година 1940–1941, Фасцикла XV, број 8075 од 4. октобра 1941.

(2) Забрана уласка у просторије Правног факултета односила се и на професоре и на студенте. У делу зграде који је излазио на Улицу краља Александра становали су секретар факултета Драгољуб Баралић и домаћин зграде, који нису имали приступа у просторије које је запосела окупациона војска. Домаћин зграде Недељко Станић и секретар Факултета Драгољуб Баралић остају све време окупације у згради Факултета, мада су им стамбене површине биле знатно смањене и поседнуте од окупационих трупа. Растурање књижног фонда први је уочио домар зграде Недељко Станић и о томе обавестио

Једна Комисија коју је образовао декан Правног факултета на основу захтева Ректората констатовала је штету нанету Правном факултету и о томе известила ректора Београдског универзитета. Штета нанета априлским бомбардовањем Правном факултету по ставкама је износила 2,703.006 динара. Рекапитулирајмо:

I. Општи инвентар Факултета 789.310. динара

II. Факултетска библиотека 55.000 динара

III. Криминалистички институт 1,852.507 динара

IV. Институт за међународне студ. 6.189 динара

Укупно динара: 2,703.006 динара

Међутим, морамо напоменути да наведена Комисија није имала потпуни увид у све начињене штете пошто обилазак целе зграде и свих просторија Правног факултета није био могућ јер је то забрањивала окупациона војска која је била стационирана у просторијама Правног факултета. Закључак Комисије је гласио: „...због боравка у згради немачке војске није било могуће извршити детаљан преглед свих књига Библиотеке и није искључено да Факултет из тих разлога претрпи још и нове штете како у инвентару, тако и у књигама библиотеке"[3].

Даље уништавање књижног фонда Библиотеке Правног факултета спречио је својим енергичним иступом пред немачким командантом војно посадног гарнизона у згради Правног факултета професор др Јован Ловчевић[4].

Његове заслуге су непроцењиве и углавном можемо њену бити захвални што је Библиотека Правног факултета спасена од даљег уништавања и растурања.

професора др Јована Ловчевића који га је често посећивао. На упозорење домаћина зграде да војници растурају и, бацају књиге и њима пале котлове, професор др Ловчевић је затражио пријем код команданта посадне јединице. Европских манира, тих али одлучан у заштити културних добара српског народа, успео је да обавеже команданта да књижни фонд заштити од даљег пропадања.

(3) Архив Србије, Фонд Г–205, Правни факултет, Општа архива, Година 1940–1941, Фасцикла XV, број 8075.

(4) Др Јован Ловчевић је рођен 1894. године у Београду где је завршио основну школу и гимназију. Школске 1913/14. године уписао се на Правни факултет. У првом светском рату је учествовао као ђак–редов. Пред крај рата је упућен на продужење студија у Рим, а окончао их је по завршетку рата, на Правном факултету у Београду. Докторат из области економско– политичких наука стекао је у Паризу 1924. године. По завршетку школовања, запослио се у Министарству финансија, у Одељењу државних дугова. За доцента за предмет Наука о финансијама на Правном факултету у Београду изабран је јануара 1926. године, и од тада, па све до пензионисања, предавао је овај предмет. Марта 1933. године изабран је за ванредног, а крајем 1940. године за редовног професора. Од 1933. године до краја 1937. године био је на функцији вицегувернера Народне банке у Београду, али није прекидао свој наставно–педагошки рад на Правном факултету, обављајући на њему све активности – од предавања до испита, без икакве новчане накнаде. Године 1941. и 1942. налазио се на дужности управника Библиотеке. На расписани конкурс за реизбор универзитетских наставника није се пријавио. Због тога га је окупаторски режим пензионисао. Одмах по ослобођењу и обнови рада Правног факултета враћен је на Факултет у звању редовног професора за предмет који је предавао у међуратном периоду – Науку о финансијама. Крајем 1964. године професор др Јован Ловчевић је испунио услове за пензионисање и по свом предлогу пензионисан, али је и даље хонорарни професор на Факултету. Пуне четири деценије наставнички и научни рад професора др Јована Ловчевића био је прожет настојањима да као научник, педагог и као човек испуни своје обавезе према студентима, према Факултету и друштву. Умро је у Београду 1984. године у деведесетој години живота.

Већ од првог дана окупације, све културно–просветне институције и установе у Београду биле су подвргуте „реорганизацији". Између осталог, почиње да се врши ревизија Библиотека, на првом месту школских, а затим факултетских, све у циљу уништења или уклањања из употребе „штетних књига".

Тако на захтев Деканата Правног факултета, а у вези с интервенцијом Ректората, Библиотека Правног факултета својим дописом број 42 од 9. јула 1942. године[5] извештава декана о својим фондовима и начину руковођења.

Извештај пружа информацију „да Библиотека Правног факултета има укупно 35.858 књига, да од овог броја није инвентарисано 3.500 књига... да Библиотека има само каталог по имену аутора и да је до сада Библиотеком управљао управник професор др Јован Ловчевић, са којим су непосредно сарађивали: Светислав Божовић и Драгомир Стојчевић, асистенти и Ђорђе Ступар, дневничар"[6].

У закључку информације се наводи да је један број књига код професора Факултета. Будући да је један број професора ван Београда, претпоставља се да ће књиге бити враћене у фондове њиховим повратком на дужност.

Декан Правног факултета извештава Ректорат Универзитета у Београду поводом захтева министра просвете I бр. 1241 од 13. јула 1942. године:

„1. На Правном факултету постоје 2 библиотеке: Библиотека Правног факултета као централна и Библиотека Института за међународне студије при Правном факултету, као посебна.

Ове библиотеке се налазе у згради Правног факултета у Улици краља Александра број 69;

2. Библиотека Правног факултета има 35.853 свеске (заједно са књигама Криминалистичког института, који се налази у Улици Топличин венац бр. 19);

3. Ниједна библиотека није отворена ни за студенте ни за друга лица (зграда заузета од стране немачке војске);

4. Саме књиге и једне и друге библиотеке нису оштећене бомбардовањем, односно пожаром, али је после слома известан број књига нестао;

5. Ниједна од наведених библиотека нема стручног особља"[7].

Библиотека Института за Међународне студије „нема особља сем управника др Милоша Радојковића, ванредног професора који врши и остале библиотекарске послове"[8].

Године 1942. окупаторске власти траже извештај факултетске Библиотеке о књигама непријатељске садржине. О тој активности окупатора, управник Криминалистичког института професор др Тома Живановић извештава декана Правног факултета у допису од 10. септембра 1942. године: „Комунистичких и бољшевичких књига у овом Институту нема. Књига непријатељске садржине према Немачком Рајху исто тако нема у овом Институту. Књиге јеврејских аутора издвојене су на засебном месту и на читање се неће издавати"[9].

---

(5) Архив Србије, Фонд Г– 205, Правни факултет у Београду, Општа архива, Година 1942, Фасцикла XVI, број 620, од 10. јула 1942. године.

(6) *Ibid*, број 668.

(7) Архив Србије, Фонд Г–205, Правни факултет у Београду, Општа архива, Година 1942, ФасциклаXVI,број 668.

(8) *Ibid*.

(9) Архив Србије, Фонд Г–205, Правни факултет, Општа архива, Фасцикла XVI,број 923, од 31, августа 1942.

Заступник Криминалистичког института Правног факултета др Душан Јевтић, универзитетски доцент, извештава Управу факултета; „...да је на основу захтева Универзитетске библиотеке број 504/42 издвојио 31 књигу, које доставља уз списак Деканату Правног факултета"[10].

На основу примљеног списка и достављених књига, Управа Правног факултета доставља Библиотеци Правног факултета списак књига, „с молбом да се ставе у орман издвојених књига библиотеке исте врсте и чувају до даљег наређења"[11].

У допису управника Библиотеке Правног факултета од 13. октобра 1942. године тврди се да се наредба окупационих власти стриктно спроводила. Наиме, допис који је упућен декану Правног факултета говори о раду Библиотеке, и о попису књига неподобних аутора у периоду од 22. јула до 5. октобра 1942. године, а по наређењу декана. У допису се даље наводи: „Као најглавније, извршено је издвајање књига јеврејских аутора и марксистичке и антинемачке садржине. Списак ових књига прилаже се. Ове књиге су издвојене у засебној просторији у магацину Библиотеке, а кључеви предати на чување управнику Библиотеке"[12].

Уз наведени допис налазе се два списка у дупликату са наведеним називима и ауторима дела.

Први списак књига јеврејских аутора има 10 куцаних страна. На свакој страници је наведено по 69 дела, а на последњој 48.

Други списак се састоји од 6 страница. На свакој страници је наведено по 70 назива дела и аутора књига марксистичке и антинемачке садржине.

Може се претпоставити, пошто потврде о предаји ових књига нема, да су сачуване на Факултету и да су остале у поменутом магацину за време окупације, да би ослобођењем Београда и почетком рада Факултета, поново нашле своје место у фондовима Библиотеке Правног факултета.

Управа Правног факултета у Београду је и у најтежим тренуцима по српски народ знала да води рачуна о свим облицима својине Факултета, па и о књигама које су под најтежим околностима очуване од пропадања и отуђења. То је путоказ како ваља радити да би се наводолазећим генерацијама очувало културно наслеђе. Тако је, у циљу даљег ширења културних утицаја на младе генерације, иако у тешкој ситуацији, Управа успела да испуни молбу Богословског православног факултета у Београду и да на коришћење спомен библиотеку епископа др Никодима Милаша коју је завештао Правном факултету у Београду.

С тим у вези, Теолошки факултет Београдског универзитета својим дописом број 156 од 5. маја 1943. године, упућеном Савету Правног факултета у Београду, моли Савет Правног факултета да се поклон – библиотека проф. др Никодима Милаша, завештана Библиотеци Правног факултета у Београду, додели на употребу Теолошком факултету у Београду. Допис упућен Савету Правног факултета у Београду потписао је декан Теолошког факултета Рад. М. Грујић[13].

Председник стручног одбора за факултетску Библиотеку, др А. Соловјев, редовни професор Правног факултета у Београду, у вези са упућеним писмом Богословског православног факултета Београдског универзитета,

---

(10) *Ibid*, број 1006 од 25.IX 1942.

(11) *Ibid*.

(12) Архив Србије, Фонд Г–205, Правни факултет, Општа архива, Фасцикла XVI, број 1625, од 13. октобра 1942. године.

(13) Архив Србије, Фонд Г–205, Правни факултет, Општа архива, Година 1943, Фасцикла XVII,број 824/43.

упућује допис Савету Правног факултета у коме извештава Управу Правног факултета: „На основу дописа Теолошког факултета Универзитета у Београду број 156 од 5. маја 1943. године подржавам захтев да се библиотека епископа др Никодима Милаша уступи Теолошком факултету на коришћење. Допис упућен Савету Правног факултета датиран је 18. маја 1943. године[14].

Декан Правног факултета у Београду, др Лазо Костић, с тим у вези, упућује допис под бројем 824 од 26. маја 1943. године Ректорату Универзитета у Београду, за Универзитетски сенат, са следећом информацијом:

„Деканат Богословског факултета својим дописом број 156 од 5. маја 1943. године доставио је овом факултету одлуку Савета Теолошког факултета којом моли Правни факултет да му се уступи на употребу Библиотека епископа др Никодима Милаша, с тим да Правни факултет при том и даље задржи право власништва.

Савет Правног факултета на својој седници од 22. маја 1943. године, како постоје разлози са којих би још сада требало омогућити наставницима Теолошког факултета и Правног факултета у Београду да се користе Библиотеком епископа др Никодима Милаша и пошто у садашњим приликама не може да буде искоришћавана, решио је да се Библиотека Епископа др Никодима Милаша уступи на привремену употребу Теолошком факултету *до даље одлуке Савета овог Факултета.*

Част ми је доставити предњу Одлуку Савета овог Факултета с молбом на даљи законски поступак[15].

Ректор Универзитета у Београду, др Ник. М. Поповић, дописом број 2486 од 31. маја 1943. године у име Ректората упућује Деканату Правног факултета у Београду информацију следеће садржине:

„Ректорату је част известити Деканат да је Универзитетски Сенат, на седници својој од 28. маја 1943. године одобрио одлуку Савета тога факултета да се Библиотека епископа др Никодима Милаша, која је у своје време поклоњена Правном факултету, уступи на употребу Теолошком факултету с тим да Правни факултет и даље задржи право власништва"[16].

Декан Правног факултета у Београду извештава Богословски факултет о донетој одлуци Савета Правног факултета о уступању Библиотеке епископа др Никодима Милаша на привремено коришћење у писму број 899 од 2. јуна 1943. године, које цитирамо:

„Савет Правног факултета на својој седници од 7. јуна 1943. године примио је к знању предњу одлуку Универзитетског сената о уступању на привремену употребу библиотеке епископа др Никодима Милаша Теолошком факултету из Београда".

Стога је уступање легата Библиотеке епископа др Никодима Милаша Богословском факултету у Београду од стране Управе Правног факултета представљало далековидо и корисно решење. Доношење овакве одлуке, која у другим приликама не би била умесна, нити разматрана, показало је своју сврсисходност. Јер, за разлику од Правног факултета, чије је просторије запосела окупациона војска, зграду Богословског факултета, која се налазила у Улици кнеза Павла, преко пута зграде Српске патријаршије, нису запоселе окупационе јединице. Тако су у згради Богословског факултета професори и студенти могли боравити и користити библиотеку, спремати испите и бавити се научним радом.

---

(14) *Ibid.*

(15) Архив Србије, Фонд Г.-205, Правни факултет, Општа архива, Година 1943. Фасцикла XVII, број 824.

(16) *Ibid.*, број 899.

Тако је Библиотека епископа др Никодима Милаша, познатог писца из области црквеног права, црквене и националне историје југословенских народа, била отворена за коришћење, како студентима Богословског православног факултета и њиховим професорима, тако и осталим студентима Београдског универзитета који су били заинтересовани за развој црквених дисциплина.

(Примљено 26.11.1990)

Dr Miodrag Simić,
Associate Professor of the Faculty of Law in Belgrade

THE ACTIVITY OF THE FACULTY OF LAW LIBRARY IN BELGRADE DURING THE ENEMY OCCUPATION 1941 - 1944

Summary

The Faculty of Law Library in Belgrade has been developing together with the Faculty and the legal thinking in Yugoslavia. It was organized in order to widen and stimulate the general education and to help in developing scientific and professional activities in this fiels, and at the same time to meet cultural needs of law school students.

On the eve of the April 1941 war the Faculty of Law Library had an impressive number of books - about 40.000 volumes.

The Library was rather well organized, providing an easy access to all interested, fulfilling thus its mission of serving all those to become protagonists of development of legal thinking.

In the period of enemy occupation (1941 - 1944) the Library was closed. Professor Jovan Lovčević intervened to prevent destruction of collections of books by the enemy soldiers, so that generations of students and faculty members owe him a highest gratitude.

Key words: *Legacy. - Theory. - Enemy occupation.*

Miodrag Simić,
Professeur adjoint à la Faculté de droit de Belgrade

LE TRAVAIL DE LA BIBILIOTHEQUE DE LA FACULTE DE DROIT DE BELGRADE AU COURS DE LA PERIODE D'OCCUPATION 1941-1944

Résumé

La Bibliothèque de la Faculté de droit de Belgrade se formait parallèlement à la formation de la Faculté de droit et de la pensée juridique en Yougoslavie. Elle a étaé organisée dans le but de propager et de stimuler l'éducation générale et d'aider le développement du travail des savantes et des experts et de satisfaire les besoins culturels des étudiants du droit.

A la veille de la guerre, en 1941, la Bibliothèque de la Faculté de droit possédait un fonds impressionant de 40 mille livres.

La Bibilothèque a été organisée de manière moderne et systématique, de sorte que toutes les informations étaient obtenus facilement. Grâce ses riches fonds, elle remplissait la mission pour laquelle elle a étaé fondée, elle servait à tous ceux qui étaient ou allaient devenir protagonistes du progrès de la science juridique.

Au cours de la période d'occupation (1941-1944), la Bibliothèque a été fermée. La destruction des livres de la Bibliothèque amorcée par les soldates de l'occupant a été empêchée grâce à l'intrervention du professeur Jovan Lovčević, auquel de nombreuses générations des juristes qui ont terminé leurs études à Belgrade doivent une grande reconnaissance.

Mots clés: *Légat. - Théorie. - Occupation.*

UDK — 34(091)
Прегледни чланак

Војислав Станимировић,
асистент Правног факултета у Београду

ПОЈАМ СУНЕ У ПРЕДИСЛАМСКО ДОБА

Појам предисламске суне дуго је времена био у сенци много познатије суне пророка Мухамеда. Међутим, прво Goldziher, а потом и Cchacht, допринели су да се у шахилијетској суни открије не само претеча, већ умногоме и садржај једног од најважнијих извора исламског права.

У овом тексту указано је на разлику између обичаја (адета) и суне. Свест о обавезности примене одређене суне долази од ауторитета њеног утемељивача. Племенски карактер арабљанског друштва пре Ислама довео је до тога да су корисни и прихваћени преседани своје творце доводили у легенду чиме су они постајали део бесмртне традиције племена. Преношење ове традиције са генерације на генерацију био је задатак песника, а заслуге за њен развој припадају и споразумно изабраним племенским арбитрима.

Успостављањем нове, Мухамедове суне и уједињењем племена у јединствену муслиманску заједницу (умму) предисламске суне полако ће заборавити своје порекло и преточиће се у обичај (адет).

Кључне речи: *Суна. – Обичај. – Арапи. – Ислам.*

Суна се најчешће дефинише као „све оно што је Мухамед у својству Божјег Посланика:

а) изричито допустио или забранио (kawl),

б) личним примером, својим начином живота разјаснио и уобичајио (*fil*),

в) прећутно одобрио (taqrir, sukut)"[1].

У литератури се срећу и многа поједностављена схватања овог појма, тако да се под суном подразумева: „Посланикова традиција"[2], „модел понашања Пророка"[3], „исламска традиција" [4], „Мухамедово тумачење свете

(1) Упореди: др Мехмед Алајбеговић „*О критици хадиса као подлоге за изградњу исламског права*", „Мјесечник", Загреб, 1941, бр. 1, стр 13.; Билал Хасановић (приредио)– „Ilmuddin", Сарајево, 1988, стр.126–127.; Абдулах Шкаљић – „*Турцизми у српскохрватском језику*" Сарајево 1989, стр.295.

(2) Хасановић, *op. cit.*, стр. 126. У том смислу и М.М.Схариф„*Историја исламске филозофије*", св.II, превод Х.Сушић, Загреб,1988, стр.71.

(3) Joseph Schacht — „*The Origins of Muhammadan Jurisprudence*" Oxford, 1953, стр.58.

(4) Мехмед Беговић, „*Настанак и развитак шеријатског права*", Balcanica XV, Балканолошки институт, Academie Serbe des sciences et des arts, Београд, 1984. стр.86.

књиге"[5], итд. Међутим, ниједан од ових понуђених одговора, који се, додуше, односе на најпознатији вид суне, не открива нам срж овог појма, нити указује на његово основно, првобитно значење.

Пре свега, у арапском језику, „*suna*" представља „*преседан, прецедент*", али и „*начин живота*". Голдзихер је доказао да је суна паганski термин кога ће ислам преузети и прилагодити својим потребама[6]. Ово поткрепљује и Кур'ан у коме су поменуте: „суна ранијих, неисламских генерација" – „*sunnat al —awwalin*"[7], и „Алахова суна", заслужена казна која стиже поштоваоце старе традиције[8]. Величајући Алаха (а самим тим и Мухамеда) и његову суну (читај: Мухамедову), одређујући је као лепу, добру, ислам у исти мах признаје постојање још једне, лоше суне претходних поколења коју ваља искоренити и у потпуности заменити овом првом.

У „*Посланици о опроштењу*" Abu'l—'Ale al —Maггija записано је:

„У Аллаха ја сам вјеровао, ходочашће ми је била Ка'ба још у оно паганско доба. Зар ниси чуо за моје стихове и у њима силне заклетве, за моју вјеру без двојбе икакве? Уосталом, ја Мухамеда нисам ни дочекао, ни видио, мене не терети што сам криво чинио, а Алах, сва му имена била света, велике гријехе малим дјелима опраштa"[9].

Овим речима, наводно, Набига Бану Зубјан, предисламски арапски поета, објашњава своје заслуге због којих га је Бог довео у рај (*џеннет*), иако није живео по правилима која ће, много година после његове смрти, утемељити Кур'ан и Пророк. Захваљујући цитираним стиховима не сазнајемо само то да је, ето, Алах свом добростивошћу наткрилио и појединце из прошлих времена. Нама је важно да откријемо нешто друго, да уочимо раскршће на коме почиње раздвајање између старе и нове ере, ере муслимаског друштва, између кривудавих лавиринатa племенских суна и исправног пута, „утабане стазе"[10]. Пророка и његових Другова (*ashaba*). И сам исламски израз под који се подводи доба пре Мухамеда – „*џахилијјет*", који потиче од активног партиципа „*џахил*" („онај који не зна") више је него препознатљива асоцијација на древне Арапе који „живе у незнању правог, божанског закона"[11].

Свако племе у старој Арабији дичило се суном својих предака. Преседани ранијих генерација, постајали су традиција за новије. Понашање по узору, угледање и имитирање тек успостављених суна, водило је њиховом прерастању у обичај. Међутим, требало би подвући разлику између обичаја и суне, јер ће она бити од пресудног значаја за стварање „другог стуба ислама" – Пророкове суне. Док обичај настаје дуготрајним истоветним понављањем одређених покрета, речи, понашања код којих се не зна њихов „праотац", први творац, нити је таква врста сазнања од било каквог значаја за ваљаност и ауторитативност самог обичаја, у појму суне јасно се оцртавају два његова саставна елемента: 1) (наводна) историјска чињеница понашања; и 2) њена обавезност, дакле, нормативност за будуће генерације[12]. Код суне се управо инсистира на томе да је одређени преседан потекао од добро позна-

---

(5) *Ibid.*, стр. 86. Занимљиво је да се ова два не сасвим подударна схватања суне налазе у истом пасусу.

(6) I. Goldziher —„*Muhammedanische Studien*", II вол., 1889 – 90.

(7) Види Кур'ан, 8:38, 15:13, 18:53, 35:41

(8) 17:79, 33:62, 35:42, 48:23.

(9) Превод: С.Гроздaнић, Сарајево, 1979, стр. 27.

(10) „*Утабана стаза*" представља литерарно значење појма суне.

(11) Неркез Смаилагић, „*Лексикон ислама*", Сарајево, 1990, стр. 137

(12) Фазлур Рахман, „*Дух ислама*", превод А. Гросбергер, Београд, 1983, стр.78.

те личности. Касније поступање по угледу на нечији пример, чиме се суна приближава обичају, ипак неће никада из свести оних који га следе избрисати уверење да то што раде треба да чине зато јер је тако делао њихов славни предак. Да бисмо ово објаснили, сматрамо да је неопходно истаћи неколико чињеница везаних за предисламску Арабију.

Шахт (*Schacht*) оштроумно примећује да Арапима „живот на танкој нити у ненаклоњеној околини није оставио довољно простора за експерименте и новотарије које би могле пореметити драгоцену равнотежу њиховог бивствовања"[13]. Отуда, све што је бивало прихватано као корисна новина, доводило је свог изумитеља у жижу интересовања читаве групе, чинило га је поглаварем заједнице, вођом племена и бивало је имитирано са нескривеним жаром, не би ли што пре било уроњено у традицију чим би стекло бесмртност. Славне личности тако остављају неизбрисив траг у својој средини и прибављају јој племенито порекло (*nasab*). Северни Арабљани, иако неписмени све до Мухамедовог времена, уз помоћ традиције, песама, легенди и пословица, развили су генеалогију до невероватних размера[14], а и то може бити доказ у прилог поштовању суне предака.

Велику улогу у очувању традиције арабљанских племена имали су њихови песници. У својој „Историји Арапа" *Хити* овако описује древне арапске поете: „Поред тога што је био пророк, вођ, говорник и представник своје заједнице, пјесник је био и њен историчар и научник... Као историчар пјесник је упућен у генеалогију и фолклор, он је добро познавао достигнућа и прошаста остварења његових чланова, био је у танчине упознат с њиховим правима, испашама и границама. Даље, њему као познаваоцу психолошких слабости и историјских неуспјеха ривалских племена, био је задатак да разоткрива те недостатке те да их изврга руглу"[15]. Ово чаурење племенских суна које су својим стиховима подстицали стари песници довело је до тога да се Мухамед у Кур'ану, а и у животу окоми на њих[16].

По избору новог „*šejha*" (старешине племена) водило се рачуна не само о његовом пореклу и годинама већ и његовој мудрости[17]. Захваљујући предањима сачуван нам је велики број имена домишљатих и умних мушкараца и жена из џахилијетског доба[18].

Када странке у спору око својине или наслеђа не би успеле да се нагоде, најчешће би споразумно одређивале неко треће лице да им пресуди. Овакав арбитар (*hakam*) изабран због свог угледа, поштења, порекла из породице већ чувене по свом умећу разрешавања сличних неспоразума, или, што је био најчешћи случај, због својих „натприродних моћи", почео је, индиректно попут претора у старом Риму, да сам ствара право. Ово обичајно право, са подршком читаве заједнице иза себе, Шахт назива суном коју ће нови арби-

(13) Joseph Schacht — „*An Introduction to Islamic Law*", *Oxford*, 1966, стр. 17.

(14) Попут Арапа и Маори, неписмен народ са Новог Зеланда успео је да, уз помоћ предања, сачува своје генеалогије које сежу 40 родова уназад.

(15) Филип Хити – „*Историја Арапа*", превод П. Пејчиновић, Сарајево, 1988, стр. 101.

(16) Примера ради наведимо податак да је после првог успеха ислама, после битке на Бадру, Мухамед великодушно поштедео све заробљенике осим двојице, од којих је један писао стихове против Пророка, а други је своје приче о Персијанцима упоређивао са Кур'аном. Више о томе – Montgomery W. Watt, „*Мухамед – пророк и државник*", превод М. Мандић, Сарајево 1989,стр.121.

(17) Мр Фикрет Карчић– „*Историја шеријатског права*", Сарајево 1987, стр. 16

(18) Хити, *op. cit.*, стр.97 и 101. Име Хатима ал–Та'ија (у 605.г.) остало је персонификација бедуинског идеала гостопримства. Да би нахранио изгладнеле странце у пролазу, млади Хатима је заклао три очеве камиле и због тога је био протеран од куће.

три не само следити већ и допуњавати и осавремењавати, а у овој заштити једном утврђене суне од стране целокупне племенске организације и у настојању хакама да се до договора стигне споразумно, он види онај концепт суне који ће бити „један од најважнијих, ако не и најважнији чинилац у изградњи шеријатског права"[19]. И сам Мухамед ће се послужити установом арбитра у спровођењу својих идеја. Пророк је постао хакам – законодавац–извршитељ –„онај који поставља судије различитих подручја и области"[20], али је, не заваравајући се својим положајем, свестан тренутних домета, своју свакодневицу мењао споро, несистематски задржавајући од прошлости све оно што је на било који начин могло, макар и уз непријатно жуљање, да назује сандалу ислама. Нова традиција, специфично исламска[21] створила је нову, „једину исправну", Мухамедову суну. Све предисламске суне изгубиле су тада своје порекло из најмање два разлога. С једне стране било је неопходно истаћи Мухамеда као Алаховог Посланика и затрти име родоначелника свих оних суна које нису биле надахнуте Алаховом Објавом док је, с друге стране и процес уједињавања племена која су примила ислам у јединствену муслиманску заједницу (*умма*) допринео да раније суне забораве своје порекло и да се полако преточе у обичај (*адет*)[22]. Ови обичаји, уколико нису били укинути или преиначени од стране Пророка, важили су и даље, јер су се теолози досетили да им као основ „продуженог живота" служи Абрахамова (Ибрахимова) Објава „на коју су се ослањали", а у шеријат су ушли као *urf* или *ma'ruf* – „оно што је добро познато " кур'анском терминологијом речено[23]. Захваљујући делу Баладхурија (у 892 г.) сазнајемо да је Абу Јусуф сматрао да халиф није позван да мења древни обичај, па и неарапски, који ислам није одбацио, чак ни у случају када његова примена народу причињава велике тешкоће[24]. И данашњи састав муслиманског становништва Индије сведочи о различитом односу секти према старим обичајима: а) ортодоксни верници у потпуности прихватају слово Шеријата; б) секте које нису подређене „Божјем закону" у свим стварима, те се понекад окрећу обичајима (Коџаси, Сунити, Бохораси Гоџарата); в) заједнице које се махом служе својим обичајним правом[25].

Сву опрезност којом се прилазило измени предисламске суне показује нам пример мут'е. Привремени брак (*мут'а*) био је уобичајен и раширен широм Арабије, још од давних времена. Детаљним проучавањем хадиса закључено је да је, у прво време, Мухамед толерисао овај вид „дозвољене про-

---

(19) Schacht, — „*An Introduction...* ", стр. 8.

(20) Више о томе, Emile Tyan— „*Historie de l'organisation Judicaire en Pays d'islam*", Париз 1938, стр. 89, 93 – 94.

(21) Abel Armand — „*La convention de Nedran et le developpement du „ droit des gens „* dans l'islam classique", Revue Internationale des Droits de l'Atiquite, 1949, св.2, стр.1.

(22) Адет (изворно:навика, обичај) заправо је правни термин и означава обичајно право које у исламским земљама постоји паралелно уз верско право. Види –Смаилагић, *op.cit.*,стр. 12.

(23) Карчић, *op cit.* стр. 27.

(24) Joseph Schacht — „*Foreign Elements in Ancient Islamic Law*", „*The Journal of Comparative Legistarion and International Law*", *sv. XXXII*, 3–4,стр.10–11. Малик и Шафи' су сматрали да је халиф позван да измени такав обичај, јер ако он мора, под истим условима, да забрани муслимански обичај, тим пре то може и мора учинити са адетом неверника, па макар то била и „суна из давнина".

(25) Asaf A.A. Fyzee „*Outlines of Muhammadan Law*", London, New York, Bombay, 1955, стр. 51.

ституције", да би га анатемисао и забранио тек касније, када је његов положај у друштву био окружен далеко већом влашћу и искренијим поверењем[26].

Иако промењеног садржаја, суна је наставила да живи. Једна од њених суштинских одлика која је красила и током џихалијетског периода, њена везаност за прошлост непрекидним ланцем подражавалаца и преносилаца, њено извођење важности од далеког, али тако битног творца, претвориће се у једну од најзначајнијих одредница Ислама и обезбедиће јој, уз Кур'ан, почасно место у низу извора Шеријата. Све што Пророк буде рекао, или урадио, биће слепо пресликавано на платно свакидашњег живота исламског света, али не због тога што ће се такви преседани и поуке њиховог воће честим понављањем потврдити као изузетно корисни и нужни за *умму* (мада ће неки од њих то заиста и бити), већ, бар највећим делом, само зато што ће тако чинити и говорити Алахов Посланик. Ауторитет будућих генерација зависиће од њихове умешности да својим примером што верније дочарају, примене и што достојније пренесу оно чему ће их подучити њихови преци који ће сезати све до асхаба или чак самог Мухамеда чија ће суна тако вековима наставити да живи. То је време, ипак, требало тек да наступи.

(Примљено 4.01.1991)

Vojislav Stanimirović,
Assistant at the Faculty of Law in Belgrade

THE NOTION OF SUNNA IN PRE - ISLAMIC PERIOD

Summary

The notion of pre - Islamic sunna has for a long time been in the shadow of the much more known sunna of the prophet Mohammed. However, Goldziecher and, later on, Schacht have contributed to discovery in the *dzahiliet* sunna of the contents which may be qualified as one of the most significant sources of the Islamic law.

Treated in the text is the difference between the custom *(adet)* and the sunna. The sense of binding character of application of a specific sunna comes out of the authority of its founder. Tribial character of the Arabian society before Islam made possible useful and accepted precedents created by some personalities which introduced them into the legend, so that these people became the part of an everlasting tradition of the tribe. Keeping that tradition through generations was the task of poets, while credit for its development has to be granted to elected tribal arbitrators.

By establishing the new - Mohammedan sunna and by uniting the tribes into a single Muslim community (ummu), the pre - Islamic sunnas gradually were forgotten as far as their origin is concerned. They, in fact, were transformed into customs (adet).

Key words: *Sunna. - Custom. - Arabs. - Islam.*

(26) *Ibid,* стр. 8.

Vojislav Stanimirović,
Assistant à la Faculté de droit de Belgrade

LE CONCEPT DE LA SUNNA À L'ÉPOQUE PRÉISLAMIQUE

Résumé

Le concept de la sunna préislamique a été pendant longtemps à l'ombre de la sunna beaucoup plus connue du praophète Mahomet. Cependant, tout d'abord Goldziher et ensuite Schacht, contribuesnt à ce que dans la sunna de la gahiliyya on reconnaisse non seulement le précurseur, mais aussi, dans une large mesure, le contenu d'une des plus importantes sources du droit islamique.

L'auteur souligne dans son texte la difference entre la coutume et la sunna. La conscience de l'obligation de l'application des sunnas vient de l'autorite de leur fondateur. Le caractère tribal de la société arabe avant l'Islam a aboutli à ce que les précédents utiles eta admis fassent entret leurs auteurs dans la légende, de sorte qu'ils devenaient partie intégrante de la tradition immortelle de la trabu. Les poètes avaient la tache de transmettre cette traditon d'une génération à l'autre et le mérite pour son développement revient aux arbitres tribaux élus par un commun accord.

Après l'instauration de la nouvelle sunna, celle de Mahomet et l'unification des tribus dans une communauté musulmane unie (umma), les sunnas praéislamiques oublieront peu à peu leur origine et se transformeront en coutume.

Mots clés: *Sunna. - Coutume. - Arabes. - Islam.*

UDK — 347.7:330.3
Изворни научни рад

др Владета Станковић,
редовни професор Правног факултета у Београду

ПРАВО ПРИВРЕДНОГ СИСТЕМА

У овом напису је реч о својеврсној појави савремене правне науке: право привредног система већ одавно постоји (садржано је у веома бројним „системским законома", као и другим општим правним актима), а још увек нема ове дисциплине у оквирима правне науке. Зато се – након наглашавања потребе за новом граном права и новом научном дисциплином – даје његова филозофска основа, дефинише појам права привредног система и подвлаче његове суштинске одредбе. Посебно се презентирају извори права привредног система (како материјални, тако и формални). Разматра се, најзад, сложен однос који постоји између права привредног система и других грана права које на одређен начин регулишу одређене привредне појаве и процесе (уставно право, привредно право, облигационо право, финансијско право и радно право).

Кључне речи: *Привредни систем. – Право. – Грана права. – Научна дисциплина. – Извори права.*

1. ПОТРЕБА ЗА НОВОМ ГРАНОМ ПРАВА И НОВОМ НАУЧНОМ ДИСЦИПЛИНОМ

Налазимо се пред својеврсном појавом савременог привредног живота и савремене правне науке: право привредног система већ одавно постоји, и код нас и у свету, мада у оквирима правне науке још увек нема ове дисциплине. У историји права је познат феномен неоглашавања правне науке о развијеној правној пракси, али он више одговара стационарним цивилизацијама, са мањом и краћом правном традицијом, или са мањом потребом за правним нормама. То су, пре свега, заједнице којима је својствен нижи ступањ привредног и научног развоја, односно неразвијеност друштвене надградње. Природно је, и историјски и логички оправдано, да одређен вид права, као посебна грана права, најпре настане у пракси или, пак, у њој назначи елементе своје физиономије, па да, након тога, уследи њена појава као одређене правне дисциплине у систему наука.

Да ово право увелико постоји, да се „системски закони" свакодневно помињу и примењују, доносе, допуњавају, мењају, и укидају, а да правна наука и даље то сматра само фрагментима својих класичних дисциплина, а не новом самосталном јавноправном граном, то се у савременим токовима разуђене легислативе (која укорак прати техничко–технолошке проналаске, масовну примену електронике и планетарну информацијску делатност), једва може и схватити.

Од самог почетка материја права привредног система није била незапажена, нити је била ван сфере интересовања науке. Напротив, бројни одно-

си производње, привредни субјекти и методи њиховог повезивања, били су, са становишта потребе нормирања, предмет проучавања већ раније оформљених правних наука, а пре свега, у оквиру облигационог права, уставног права, привредног права, радног права, финансијског права и других грана, а такође и са становишта економске суштине успостављања и функционисања привреде као усклађене целине – у оквиру садржине раније насталих економских наука (политичке економије, економске политике, науке о финансијама, економике предузећа, економике удруженог рада и других).

Први пут потребу за Правом привредног система, као посебном научном дисциплином, иницира једна од најмлађих економских дисциплина: Привредни систем Југославије[1].

Током времена, проблематика нормирања привредног система се до те мере усложила да је успела да промени своју квалитативну одређеност, и да се трансформише из нормирања у нормативизам[2], који норму, од „средства" за омогућавање функционисања и развоја привредног система, претвара у средство његове друштвене неефикасности и друштвено – економског и материјално–производног застоја.

Стога на самом почетку наглашавамо да се при конципирању ове нове научне дисциплине у систему правних наука, њеном појмовном устројењу и истраживању утврђује велики број теоријско релевантних и за научну кохерентност разноврсних питања и поставки. Ова питања се односе на фундаменталне категорије као што су: појам дате гране права, извори права и односи гране права о којој је реч према сродним правним дисциплинама. Друга група питања, оних која проистичу из специфичног предмета проучавања и методологије излагања научне дисциплине, предмет је посебне фазе истраживања, индуктивно–дедуктивног извођења и дефинисања.

Овом приликом ћемо се задржати на првој групи питања с циљем да прикажемо први, опсервацијско–истраживачки слој и пружимо најопштију представу о новој правној дисциплини. Наведена питања презентираћемо у најсумарнијем обиму.

2. ПОЈАМ ПРАВА ПРИВРЕДНОГ СИСТЕМА

Већ је истакнуто да се у садашњим техничко–технолошким токовима данашње цивилизације намеће потреба настанка нове гране права, а самим тим и нове научне дисциплине у систему правних наука: Право привредног система. Оно треба да добије своју посебну садржину, односно посебан предмет, који је условљен неопходношћу друштвеног регулисања привредних токова, како на макро, тако и на микро плану у циљу остваривања што вишег степена повезаности и усклађености привредних активности које обављају бројни субјекти привредног система, ступајући при том у међусобне односе.

Филозофска основа Права привредног система садржана је у захтеву за организованим друштвеним регулисањем и усмеравањем привредних активности великог броја разноврсних привредних субјеката у складну привредну целину која, у крајњој линији, треба да делује као економски ефикасан систем.

---

(1) Види: В.Станковић, *Привредни систем Југославије*, Издање Правног факултета Универзитета у Београду, 1987, стр. 2–4 и 163–164, као и друго измењено и допуњено издање од 1988. главу IV под насловом Нормативно регулисање привредног система, стр. 187–201.

(2) *Ibid.*, I издање, стр.269–271 и II издање, стр. 296– 298.

Право привредног система схватамо као укупност правних аката (устава, закона, уредби, одлука, правилника, узанси и многих других општих правних аката) којима се одређује ентитет система, омогућава настанак, и уређује садржина и облик односа производње, утврђује организациона структура привреде у виду бројних привредних субјеката и омогућава механизам повезивања привредних субјеката у привредну целину.

Регулишући нормативне услове егзистенције односа производње, право привредног система утврђује и биће привредних субјеката који ступају у владајуће односе производње релевантне за остварење привредног система схваћеног као усклађена привредна целина.

Омогућавајући најближи и најинтензивнији сусрет привреде и права чије међусобно преплитање и узајамно условљавање допире до својеврсног облика привидног идентификовања ових двеју области људског живота у савременим друштвима, Право привредног система је истовремено и комплексна и хетерогена правна дисциплина, што произлази из њене сложене природе.

Комплексност Права привредног система проистиче из потребе да се истовремено друштвено нормира привредни живот на разним нивоима његовог остваривања, усклађујући при том бројне временске, просторне и функционалне везе.

Хетерогеност односа је наметнута неопходношћу стварања правних услова за опстанак разнородних привредних феномена: 1) из сфере материјално–производних услова; 2) из сфере друштвено–економских услова и 3) из области нормирања организационе структуре и организационе повезаности друштвеног привређивања, која се огледа у постојању бројних институционализованих подсистема.

И комплексност и хетерогеност, чије је преплитање по природи симултано, дају Праву привредног система интердисциплинарни карактер. По својој суштини оно мора бити у тесној вези, не само с извесним бројем економских дисциплина (привредним системом, политичком економијом, економском политиком , науком о финансијама, економиком предузећа, организацијом предузећа, економијом и организацијом рада и сл), већ и у вези са дисциплинама које припадају правном систему као што су: уставно право, облигационо право, привредно право, радно право, финансијско право, право индустријске својине, право осигурања, међународно привредно право и сл. Претпостављамо да ће линија разграничења предмета и садржине нове научне дисциплине – Права привредног система – са конвенционалним дисциплинама, бити тешко сагледива, и да ће низ подручја бити „споран" са становишта припадности, што је и сасвим разумљиво, јер је то класична пропратна појава у односима старог и новог (узето у најопштијем смислу поимања).

Међутим, основни критериј разграничења биће друштвена функција ове научне дисциплине, а то је: обезбеђење нормативних услова за функционисање друштвене привреде као повезане и усклађене целине, састављене из многоврсних односа производње, привредних субјеката, привредних делатности и метода њиховог свеукупног повезивања, како привреда, због недовољног степена повезаности и усклађености подсистема из којих се састоји, не би доспела у нерегуларно стање.

Наравно, Право привредног система још није оформљено као посебан вид гране у правном систему, иако је пракса, поновимо, већ указала на потребу његовог постојања у степену позитивно–правно осамостаљеног утемељења као засебне научне дисциплине.

Ако је Привредни систем Југославије, као одређена научна дисциплина у оквиру система економских наука настао на Правном факултету у

Београду почетком шездесетих година овог века, онда је, сматрамо, сасвим природно да се Право привредног система зачне и утемељи, као посебна грана права и посебна научна дисциплина, на овом истом факултету.

3. ИЗВОРИ ПРИВРЕДНОГ СИСТЕМА

Како је привредни систем најзначајнији вид остваривања привредног живота, и у својој укупности представља мноштво привредно – системских подсистема и њихових елемената, као и веза између разних чинилаца, појава, процеса и законитости – то су извори права привредног система и бројни и разноврсни.

У навођењу и разматрању извора права привредног система треба поћи од већ усвојене и класичне дихотомне поделе свих извора права на: 1) тзв. материјални извор права (који означава друштвену појаву из које „извире" право, односно који проузрокује настанак права) и 2) формални извор права (схваћен као општи правни акт, којим се изражава друштвена суштина материјалног извора права, јер садржи општу правну норму на основу које настају појединачни правни акти). Оба вида извора права имају значаја за право привредног система.

Следећи приоритетну улогу материјалне производње над правном надградњом и њиховим међусобним односима[3], у нашем разматрању извора права привредног система поћи ћемо од тзв. материјалног извора права.

3.1. Материјални извори права привредног система

Не упуштајући се у биће материјалног извора права у најопштијем смислу речи, што је предмет опште теорије права[4], код оцене материјалног извора права привредног система – као посебне гране права – размотрићемо само оне појаве привредног живота, процесе привређивања и опште законитости друштвене производње, које својим свакодневним јављањем узрокују потребу за правним нормама које регулишу овај вид људског живота. То су, пре свега, следеће привредне појаве и процеси: материјална производња и њен друштвени карактер, материјално–производни подсистеми, друштвено–економски подсистеми, организациони системи (привредне организације разних појавних облика), управљачки подсистеми и слично.

3.2 Формални извори права привредног система

Најопштије узев, изворе права у формалном смислу представљају углавном сви општи правни акти који садрже општу норму, важећу за све случајеве и ситуације њоме предвиђене, а она је по својој природи двојака. Са становишта односа суштине и облика, она је пре свега израз материјалног извора права, јер је његово огледало, тј. нормативни израз. Са становишта њихове дијалектичке међузависности, она је много више од нормативног израза материјалног извора у ужем смислу, јер се њеним извршењем дефинитивно потврђује суштина и циљ норме. Наравно, у појединим случајевима ефекат извора права биће супротан жељеном циљу, који је мотивисао субјек-

(3) К. Маркс, *Предговор књизи Прилог критици политичке економије*, Београд, Култура, 1956, стр. 8–9

(4) Види: Р.Лукић, *Увод у право*, 1974, стр. 228. Иначе, уџбеничка илустрација овог проблема дата је и у истоименом уџбенику *Увод у право* који су писали Р. Лукић и Б. Кошутић.

те нормирања за његовим доношењем, док ће у другим ситуацијама степен његовог извршавања бити незадовољавајући, будући да често општу правну норму превазилазе потребе реалних животних токова. Ова околност је од значаја за право привредног система и каткад добија прворазредни значај. Но, то питање улази у други аспект посматрања извора права уопште, па тиме и права привредног система, у који овде нећемо улазити.

Право привредног система треба да регулише владајуће и друге односе привредних субјеката у које они ступају, као и њихове методе повезивања преко којих се остварују све привредне активности у друштву као релативно усклађеној целини.

Пошто су привредни процеси разноврсни и остварују се на разним нивоима и у разним моментима и фазама кружног кретања привредног живота, многим областима привредних делатности и територијама (као што су друштвено–политичке заједнице), то су извори права привредног система у формалном смислу разноврсни по облику и структурално. Са становишта њихове правне моћи, они у позитивно правним системима чине веома сложену хијерархијску лествицу савремених друштвених заједница.

Полазећи од правне моћи појединих врста извора права привредног система и њиховог места на структурној лествици међузависности и утицаја, могу се, у најопштијој класификацији, навести следећа три њихова облика: устав, закон и подзаконска општа акта (као што су уредбе, одлуке, упутства, узансе, наредбе, статути, правилници и сл.).

4. ОДНОС ПРАВА ПРИВРЕДНОГ СИСТЕМА ПРЕМА ДРУГИМ ГРАНАМА ПРАВА КОЈЕ РЕГУЛИШУ ПРИВРЕДНИ ЖИВОТ

Посебну методолошку тешкоћу представља разграничење права привредног система од грана права, које такође, регулишу поједине односе из области привредног живота. У ове спадају, пре свега, уставно право, привредно право, радно право, облигационо право, финансијско право, и сл. Гранична подручја између ових грана права немају исти значај нити обим. Једне карактеришу приближавања која иду понекад до преплитања и поклапања, тамо где је реч о сфери основних начела друштвене организације привређивања, а друге паралелизам у случајевима нормирања појединих области.

Будући да још увек не постоји право привредног система као аутономна грана права, многе „класичне" гране права регулишу појаве, процесе, односе, субјекте и активности, које по својој природи објективно припадају праву привредног система. Зато је нормално што ће у процесу разграничења и теоријског лоцирања појединих граничних области објективно долазити до неслагања због „присвајања" или „својатања". Често ће линија разграничења предмета бити нејасна, невидљива или неухватљива, јер је суштина бића (његова онтолошко–сазнајна регија посебно) привредног система друштвене, а не материјалне природе. И то је разумљиво пошто су реални привредни токови променљиви, па ће у једном тренутку бити потребна друштвена регулатива, док ће у наредном периоду престати потреба за њом, зато што ће друштвено–економска природа подсистема бити потиснута или замењена технолошким нормативом чији је субјекат научник–технолог, а не законодавац.

Односи права привредног система и других грана права су у овом тексту изложени само оквирно, како по опису грана права значајних за право привредног система и њихову међузависност, тако и дубини њихове анализе, што и одговара карактеру овог рада, који се може сматрати једним од

првих покушаја у формирању предмета и методологије *Права привредног система.*

4.1. Уставно право и право привредног система

Уставно право је основна грана правног система, што је логично с обзиром да је устав полазни правни акт, са највећом релативном правном снагом у датом друштву, којим се регулишу основе државне организације политичког система и друштвено-економског система. Пошто се њиме усклађује биће друштва у свим сферама његовог живота и појављивања, то и уставно право представља скуп норми које утемељавају целокупну друштвену, а посебно државну организацију одређене заједнице.

Како је привредни живот сфера обезбеђивања материјалних добара, уставно конституисање суштине привредног система има прворазредну улогу и заузима посебно место у „највишем правном акту друштва" - уставу. У уставним начелима посвећеним привредном систему морају бити јасно формулисани доминантни односи производње, економска суштина друштвене организације рада, основни облици привредних субјеката, адекватна врста својине или врсте својине - аксиолошка димензија привредног система, правац развоја привредног система у непосредној будућности - телеолошка димензија привредног система.

Што се тиче привредног живота, уставно право треба да садржи само темељна начела привредног система, те да у нормативном делу Устава означи искључиво друштвено–економски скелет привредног система. Сваки покушај конкретног уобличавања појединих институционалних посистема (материјално–производног, друштвено–економског, организационог и управљачког), било би неоправдано прекорачење функције Устава у организовању привредног живота, а тиме и сужавање права привредног система.

Право привредног система је скуп правних норми које регулишу привредни систем, а садржане су у свим врстама општих правних аката: уставу, законима, уредбама, одлукама, упутствима, правилницима, узансама, наредбама и др.

Норме права привредног система треба да садрже: (1) правила понашања и карактер односа производње у друштвеним комуникацијама привредних субјеката, (2) врсте привредних субјеката, њихову друштвену фукцију, њихов положај у богатој хијерархијској лествици организационе структуре, конкретизацију основних економских принципа пословања преко одређеног категоријалног система односа производње адекватних бићу привредног система, и, најзад (3) основне методе повезивања односа производње, привредних субјеката и привредних делатности на нивоу друштвене привреде и нивоу њених подсистема.

Највећи део права привредног система исцрпљује се у тзв. привредно–системским законима. Ови закони не треба, у принципу, да буду преобимни, као што је био Закон о удруженом раду, који је својом гломазношћу премашио смисао основног закона Система, јер је, са једне стране, залазио у простор Уставног права, преузимајући његове одредбе (најчешће понављајући до лексичке и синтаксичке истоветности поједине чланове Устава СФРЈ, а са друге стране регулисао поједине институте до њихових конкретних и коначних облика, преузимајући на тај начин предмет нормирања појединих грана права: привредног, имовинског, радног и др.). Критички осврт на ЗУР са становишта права привредног система дали смо још пре две године у уџбенику Привредни систем Југославије[5].

(5) Види: В.Станковић, *Привредни систем Југославије*, друго измењено и допуњено издање, 1988, стр 193.

Привредно–системски закони (што важи и за подзаконска општа акта) морају имати своју аутентичну физиономију која одговара нормираној области. Мада полазе од оцена садржаних у уставним начелима (као и одредбама у нормативном делу устава), они их не смеју понављати и дословно преносити, ма колико оне биле значајне. У случају такве потребе довољно је позвати се на Устав. Поред тога, системски закони не треба да преузимају ни функцију појединачних правних аката. Њихова садржина мора бити у квалитативном и квантитативном погледу, примерена мери и другим захтевима номотехнике, који одговарају природи области коју нормирају. То, свакако, претпоставља научну фундираност предвиђених правила понашања, прилагођену захтевима технолошког, економског или организационог аспекта нормиране институције.

4.2. Однос привредног права и права привредног система

Док се код односа између уставног права и права привредног система ради о класичном односу општег и посебног, у коме правила формалне логике представљају основу за разумевање дијалектике њихове међузависности, дотле се у односу привредног права и права привредног система иста логичка релација (опште - посебно) показује у другачијем светлу. Ту се ради о поступку нижег ступња апстракције, јер се тиче права једне области (привредне) друштвеног живота – привредног права, која због тога представља својеврсну општост (привредну) и посебности ове општости, посматране с аспекта нормативно усклађеног функционисања целине (привредни систем) – права привредног система.

Код разграничења привредног права и права привредног система, па самим тим и разумевања њиховог односа, не ради се само о формалној страни овог поступка. С једне стране постоји проблем промовисања права привредног система (у коме су готово сви аспекти нови, а тиме и недовољно проучени), а са друге, присутно је веома актуелно питање физиономије већ афирмисаног предмета привредног права. На пример, често се истиче, чак нас и збуњују, схватања да „у суштини и нема разлике између привредног и грађанског права"[6], будући да су у питању привредни односи привредно–правних субјеката имовинског карактера. Индикативан став налазимо и у дефиницији да је „привредно право скуп правних правила којима се регулише положај привредних организација удруженог рада (предузећа) и привредни послови"[7]. Наведене дефиниције намећу низ питања у која не можемо овом приликом улазити. Међутим, ако је у другом цитату дефинисање тачно с аспекта предмета нормирања (привредно–правних субјеката и њиховог привредног пословања), – онда је реч о ужем схватању привредног права. У том случају привредно право регулише правне аспекте основних организационих система (привредних организација и њихово привредно пословање). По томе би привредно право, сужено на правни простор привредних организација, било део права привредног система, јер, право привредног система поред нормирања, организовања и пословања организационих система (привредних организација), обухвата и нормирање других (ширих) видова пословања, повезивања и усклађивања на макро плану, и то, како са становишта организационих, тако и са становишта материјално-производних и друштвено–економских подсистема, чије је постојање услов функционисања привредног система као целине.

(6) Р. Лукић, *Увод у право*, стр. 423.

(7) *Правна енциклопедија*, 2. том, стр. 1320.

Поред овог ужег тумачења привредног права, оно се може посматрати и у ширем смислу, као скуп правних правила којима се нормира свеукупна привредна стварност. У том случају би право привредног система представљало део привредног права и тицало би се само правила понашања која регулишу усклађено функционисање привреде. Наравно, привредно право у ширем смислу још не постоји (бар не у правном систему заснованом на робној привреди), те је наведени однос између привредног права и права привредног система хипотетичког карактера.

4.3. Однос облигационог права и права привредног система

Облигационо право је у објективном смислу скуп правних норми које регулишу облигационе односе у којима је поверилац овлашћен да захтева од дужника да се на одређен начин понаша: да му преда неку ствар, да нешто учини или нешто не учини што би иначе имао право да учини, или да нешто трпи, што би иначе имао право да не трпи[8], или, краће речено, „облигационо право је скуп правних норми којима се регулишу" облигациони односи"[9]. Прецизније, његова је функција да правно регулише робно–новчане односе. „Оно представља један део грађанског права који је посвећен правном регулисању промета вредности, за разлику од других делова грађанског права који се баве правним регулисањем стечених вредности"[10]. Дакле, робно–новчана привреда је „терен на ком егзистира облигационо право"[11].

Норме облигационог права налазимо у најстаријим изворима права, а поједина правила понашања настала пре више миленија важе у континуитету све до данашњих дана. Заправо, настанак облигационог права везујемо за правно регулисање робног промета – најстаријег друштвено економског подсистема, чија суштина одолева свим променама, још од зачетака цивилизације, јер, како каже Маркс[12], робе не излазе саме на тржиште, већ их људи износе. И то кретање није однос између предмета (роба), већ друштвени однос међу робним произвођачима, регулисан облигационо–правним односима између купца и продавца. Те норме су по својој друштвеној суштини универзалне и прате робно-новчани промет од његовог настанка до данас, а крај му и не наслућујемо у непосредној будућности, јер се закони робне привреде све више умножавају, добијајући у садашњем времену обележја која у себи већ садрже елементе будућег времена. С временом долази само до модификације облика робног промета и правних правила, али суштина остаје неизмењена.

Овај економски реалитет је основ за став да се облигационо право јавља као незаобилазна нормативна основа друштвено–економских подсистема, који чине друштвено биће привредног система. Без примерених правних норми облигационог права, и њихове примене у економској стварности, нема стабилности привредног система. Оне су нужна претпоставка правног остварења робно–новчаних токова, односно правног регулисања свих

(8) *Ibid.*, стр. 964.

(9) С. Перовић, *Облигационо право*, „Привредна штампа", Београд, 1980, стр. 23.

(10) *Ibid.*, стр. 23.

(11) *Ibid.*, стр. 23.

(12) К. Маркс, *Капитал* I том, у издању Просвете; К.Маркс– Ф.Енгелс, *Дела*, књига 21) у првом одељку, Глава друга под насловом *Процес размене*, каже: „Робе не могу саме ићи на тржиште, нити се размењивати. Зато морамо потражити њихове чуваре, тј. њихове власнике. Робе су ствари, па се стога не могу одупирати човеку. Кад оне неће милом, човек може употребити силу, другим речима – узеће их", стр.85.

друштвено–економских подсистема савремених привреда који проистичу из робно–новчаног промета.

Из ове чињенице произлази и тесна веза између права привредног ситема и облигационог права. Односи између ових двеју грана правног система су вишеслојни и у сталној међузависности. Творац закона о облигацијама мора имати у виду објективни карактер закона вредности и осталих закона робно-новчане привреде, као и аксиолошке особине датог привредног система, и обрнуто, творац привредно–системских норми, при утврђивању телеолошке и онтолошке одређености датог система, мора имати у виду облигационо-правне норме на датом степену развоја цивилизације, (које економска стварност не може заобићи); и знати да се привредни систем не заснива на жељама појединаца, већ увек на постојећој материјално – производној основи. Другим речима: „Стање и карактер економских односа у једној друштвеној средини, а посебно степен развоја робно–новчаних односа и економских закона тржишне размене, у непосредној су вези са улогом и развојем облигационог права у тој средини. Разуме се, ово важи за цело право које представља надградњу над друштвено–економском основом, али тај конекситет базе и надградње у облигационом праву је непосреднији и очигледнији"[13].

О испреплетаности облигационог права и права привредног система, и пројектовању општих начела на робно–новчани промет одређене привреде, сведоче и следећи искази:

„Наша кодификација у виду Закона о облигационим односима од 1978. године изграђена је истовремено како на начелима и тековинама чија се старост у овој области утврђује бројем столећа, тако и на начелима и тековинама нашег уставног поретка и друштвеног уређења. Циљ и садржина Закона одређен је речима да се овим законом уређују основи облигационих односа (општи део) и уговорни и други облигациони односи у области промета робе и вршење услуга на јединственом југословенском тржишту у условима социјалистичке робне производње и за задовољавање материјалних и других потреба радних људи и грађана, као и ради обезбеђивања одговорности организација удруженог рада и других учесника у правном промету за извршавање њихових обавеза, а тиме и за остваривање и за развој социјалистичких самоуправних друштвено–економских односа. Као што се види, Закон је одредио свој циљ и садржину на тај начин што је, с једне стране, истакао социјалистику робну производњу и слободан промет роба и вршење услуга на јединственом југословенском тржишту, а с друге стране, такође, истакао остваривање и развој социјалистичких самоуправних друштвено–економских односа"[14]. Овим ставовима јасно је изражена међузависност облигационог права и права привредног система, као и дијалектика разрешења класичног, логичког односа између општег, посебног и појединачног на тлу одређеног подручја (подсистема) привредног система конкретне друштвене заједнице у одређеној фази њеног развоја.

Наравно, облигационо–правни однос није једностран и не исцрпљује се само у односу робе и новца или односом две робе различитих употребних вредности. Напротив, он је знатно сложенији јер захвата разне области имовинског права. У савременим условима налазимо га у специјалним гранама права, од којих (са становишта значаја за право привредног система) издвајамо: привредно право, право осигурања и финансијско право.

---

(13) С. Перовић, *Десет година примене и непримене Закона о облигационим односима*, „Правни живот", 10–12/88 стр. XVI.

(14) *Ibid.*, стр. XIX—XX.

4.4. Однос финансијског права и права привредног система

Финансијско право је скуп правних прописа који регулишу прикупљање, чување, расподелу и трошење средстава немењених задовољавању друштвених потреба. Током свог историјског развитка финансијско право је изградило своје посебне делове у облику монетарног, кредитног и банкарског права, права друштвених и државних расхода, права осигурања, и др. Сви ови делови финансијског права нису од подједнаке важности за привредни систем и право привредног система. Иако је корен њиховог настанка и опстанка у области расподеле (прерасподеле) и новчаног промета, с једне, и задовољавања друштвених потреба, с друге стране, за привредно системске норме су од значаја углавном институционализовани организациони и друштвено–економски подсистеми. Преко њих се остварују односи прерасподеле, односно кретање монетарних средстава до субјеката друштвене потрошње, што је општи услов остваривања усклађеног привређивања у облику привредног система. У одређеним условима поједини облици финансирања могу директно да утичу на пораст привредног развоја и стабилизовање привредног система.

Као што је познато, у области финансија настају бројни и специфични друштвено–економски и правни односи разних врста микро и макро субјеката, међу којима посебно место имају: (1) односи између друштвено–политичких заједница на разним нивоима, тј. односи између ужих и ширих друштвено–политичких заједница: (2) односи између истих друштвено–политичких захједница (на истој хоризонтално равни): (3) односи финансијских органа и грађана: (5) односи између појединих органа (скупштина друштвено– политичких заједница и њихових извршних органа) и (6) односи између друштвено–политичких организација са једне, и самоуправних интересних заједница (или других врста заједница), као и друштвених фондова, са друге стране.

Сви ови односи представљају предмет нормирања финансијског права, а њихову друштвено–економску суштину прати, критички проучава, анализира и указује на могуће правце даљег развоја – наука о финансијама. Пошто се њихови ефекти у великој мери одражавају на функционисање привредног система и одговарајућих друштвено – економских подсистема, то су обе дисциплине – наука о финансијама и финансијско право – од великог значаја за формирање и развој права привредног система.

Свему реченом треба на крају додати да наука о финансијама и финансијско право спадају у ред најстаријих научних дисциплина које се континуирано развијају на Правном факултету у Београду, још од периода Велике школе, вршећи при том одређени утицај на развој свих економских па и многих правних наука.

4.5. Однос радног права и права привредног система

Иако не постоји општеприхваћено мишљење о појму и предмету радног права, извесно је да оно представља ону грану права која садржи правна правила о радно–правним односима.

Ова грана права настаје и развија се укорак са развојем радно – правних односа у капитализму, када се јавља потреба за заштитом радног односа, односно интереса његових субјеката, нарочито радника и његових права која потичу из тог односа.

Веза између радног права и права привредног система је веома тесна, пошто право привредног система утемељује друштвену суштину комплексног система односа производње у које радник ступа. То су, пре свега, по-

ложај радника и његова историјска улога коју он у датом друштву треба да оствари (оплодњу вредности и стварање вишка вредности у капитализму и ослобођење радника од разних врста отуђења у социјализму).

У социјализму, суштину односа производње треба да представља друштвена организација рада коју означава слободно удруживање рада и активна и стваралачка улога радника, којима треба да се превладају не само наслеђени облици отуђења из претходних начина производње, већ и стечени односи отуђења у социјализму. Ову друштвено–економску суштину односа производње треба да омогуће поред осталих норми и норме радног права, водећи рачуна, пре свега, о следећем комплексу неизбежних елемената: праву на рад путем запошљавања; заснивању, трајању и престанку радног односа; праву и обавезама радника; и заштити права из радног односа.

Због све сложенијег карактера радно–правне материје, број извора радног права је у сталном порасту, што је одраз све веће актуелности комплексног феномена радно–правног односа. Он је давно прешао оквире права у вези са радом радника и ушао у сложеније сфере, од човекове личности до остваривања економске ефикасности привредног система. То представља критичну тачку утицаја односа радног права и права привредног система, јер је радни човек полазни субјект у сваком привредном систему. Сам по себи, он је природни основ свеколиког друштвеног живота, а без његове радне снаге нема процеса рада, независно од тога какав је конкретни облик друштвено–економског уређења дате заједнице и на каквом је техничком нивоу заснован.

(Примљено 04.12.1990)

Dr Vladeta Stanković,
Professor of the Faculty of Law in Belgrade

THE LAW OF THE ECONOMIC SYSTEM

Summary

Contemprary phenomenon in legal science - namely, the law of the economic system is found since quite a long time in numerous system - laws, as well as in general legal enactments, but there is still no corresponding course to cover this matter. Emphasizing the need for such a new branch in legal studies, the author elaborates its philosophical grounds, defines the notion of the law of the economic system, including its essential provisions.

Also elaborated are the sources of this new branch of law, both substantive and formal. Finally, the relationship is treated between the law of the economic system and other branches of legal studies, which is rather complex. These other branches include those regulating specific economic phenomena such as, constitutional law, economic law, the law of contracts and torts, finansial law, and labour law.

Key words: *Economic system. - The law of the economic system. - Branch of law. - Scientific discipline. - Sources of law.*

Vladeta Stanković,
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Belgrade

LE DROIT DU SYSTEME ECONOMIQUE

Résumé

Dans son travail, l'auteur se penche sura un phénomène spécifique dans la science juridique contemporaine: le droit de système économique existe depuis longtemps déjà (il est contenu dans de nombreuses „lois systémiques" et dans d'autres actes juridiques généraux) mais cette discipline n'existe toujours pas dans les cadres de al sciente juridique. C'est pourquoi - après avoir souligné la nécessité de fonder cette nouvelle branche du droit et cette nouvelle discipline scientifique - l'auteur expose sa base philosophie, définit le concept du droit du système économique et souligne ses dispositions fondamentales. Il présente tout particuliè les sources du droit du système économique (aussi bien matérielles que formelles). Il examine enfin le rapport complexe qui existe entre le droit du système économique et les autres branches du droit qui règlementent d'une certaine maniere divers phénomènes et processus économiques (le droit constitutionnel, le droit économique, le droit d'obligation, le droit financier et le droit du travail).

Mots clés: *Système économique. - Droit du système économique. - Discipline scientifique. - Sources du droit.*

UDK — 34:929
Изворни научни рад

др Обрад Станојевић,
редовни професор Правног факултета у Београду

ГЛИГОРИЈЕ ТРЛАЈИЋ – ПРВИ СРПСКИ ПРОФЕСОР ПРАВА

Глигорије Трлајић спада међу неоправдано заборављене учене Србе с краја XVIII и почетка XIX века. Он је један од првих доктора правних наука и, вероватно, први српски професор Универзитета. Предавао је Правну историју и Енциклопедију права у Харкову и Петрограду. Поред тога, бавио се поезијом и превођењем.

Рођен је у сиромашној породици у Молу (Војводина). Жељан знања, побегао је од куће и од оваца. Прихватио га је један имућни Србин из Сегедина и школовао. Завршио је најпре философију, затим право. Образованог Србина, који је знао четири страна језика, запазио је руски посланик у Бечу, кнез (le prince) Галицин. После смрти Галицина, одлази у Русију. У Петрограду му је понуђено место професора. Оне године када је у Србији почео устанак против Турака (1804), њему је припала част да својим предавањем отвори школску годину, у присуству цара Александра I. Сачувана је његова расправа на француском језику која се односи на природно право и на методологију правне историје. Она показује да је добро схватио и прихватио владајућа гледишта о праву и историји оног времена. Иако живи у једној феудалној царевини, Трлајић показује симпатије према новој Европи која широм света руши старе системе и уводи нове. Преводио је поезију и драме са француског, руског и немачког, а и сам писао поезију којом је соколио устанике у Србији и пледирао за слогу.

Мучен носталгијом, начетог здравља, он је 1811. године кренуо на пут да још једном види родни крај. Но, смрт га је претекла и он умире од туберкулозе у руском селу Ресное 1811. у својој четрдесет петој години.

Кључне речи: *Глигорије Трлајић. – Историја Правног факултета. – Правна филозофија.*

„Сви Срби треба да састављају један *род и грозд*, сви, душама једним и истим чувством, чувством сагласности и тесног сједињења... ово једино усрећујуће чувство преписује нам опит минулих векова и политика... Чије испуњење једино може нас учинити почитаним пред туђим очима и утврдити нашу срећу међу сродним народима на земљи" – писао је Глигорије Трлајић 1805. у време усхићења изазваним првим устанком и победама Срба. Он се љутио због употребе имена Србијанци „ружније име које у Угарској срећни Срби несрећним својим једнородним дају име Сервијанаца, што сматрам као ужасну обиду (увреду) имену Србаља, нарочито онда када долази од браће"[1]. Тако се он међу првима огласио против најгоре врсте шовинизма, оног који постоји унутар једног народа. Та комбинација средњевековног „кампанилизма" и „нарцизма маргиналних разлика" (Фројд) нанела је много

(1) У писму од 25. априла 1805. године пријатељу у Карловцима (*Скупљени списи Глише Трлајића*, Панчево, без године издања, стр.64)

зла на овом полуострву, а од нашег народа створила неколико, ризикујући да створи још два (Црногорце и Војвођане) да су ствари наставиле да се развијају онако како су почеле.

Ко је био писац ових тако пророчанских и још увек актуалних мисли?

Његова биографија подсећа на животопис Михаила Пупина, на варијанту приче о Пепељуги под насловом „Од чобана до професора универзитета".

Глигорије (Глиша) Трлајић је био један од најученијих Срба свог времена: доктор наука, професор универзитета, зналац неколико страних језика. Рођен је 1766. у Молу (Мохолу) у Бачкој, од оца Јоке (Јована) и мајке Пеле (Пелагије) где су живели, како чика – Јова каже, „све сами овејани Срби"[2] и где и данас има потомака те породице. Сиромашан отац, оптерећен бројном породицом (имао је шесторо деце), није могао да омогући школовање бистром сину, тако да је овај проводио детињство уз стоку и свиралу. Али је жеђ за знањем била јача од синовљеве послушности и Глиша бежи у Сегедин. Тамо га запажа један Србин трговац, прима у кућу и шаље у школу. Пошто је завршио гимназију и лицеј, одлази у Пешту. На препоруку руске кнегиње Александре Павловне, удате за мађарског племића, добија као одличан ђак стипендију. Прелази у Беч, где завршава најпре филозофију, а затим права. Поред немачког и мађарског, који је већ добро говорио, учи француски и руски. За образованог Србина чује кнез Гаљицин, руски посланик у Бечу, и понуди му место секретара. По смрти кнеза, Глигорије је однео његову заоставштину у Русију, где му је понуђен посао, али би он радије да служи своме народу. Једно време је радио при славено–сербској штампарији у Бечу, давао часове ђацима, преводио (посрбљивао) књиге за које је сматрао да ће користити његовом роду. Када је штампарија банкротирала, поново се нашао на улици решен да прихвати понуду из Русије. Тако 1796 одлази у Москву, одакле пише носталгична писма својим пријатељима у родном крају[3].

Глишина способност и образовање нису остали незапажени тако да му је понуђено место професора Опште историје и Штатистике (то је био назив за Науку о држави, према немачкој речи Стаат) на Педагошком заводу у Петрограду. Било је то оне исте године, 1804, у којој се раја у Србији дигла на устанак. Две године затим он је професор Енциклопедије права „свију древних и садашњих народа" (нека врста историје и филозофије права), предмета који захтева управо онакву ширину образовања какву је поседовао Трлајић. Већ исте године био је одређен да, у присуству цара Александра I, својим предавањем отвори школску годину, што је била велика част. Цар му је честитао и када је отишао, колеге су, уз здравицу загрмеле: „Да здравствујет оратор! Да здравствујет Терлаић" – саопштава раздрагани Глиша писмом својој мајци у Молу. Године 1811. прелази у Харков. Био је већ начетог здравља и вероватно желео да пређе у пределе са нешто блажом климом. Осећајући да му се ближи крај, кренуо је у родну Бачку, али на путу, у селу Ресноје крај Харкова, умире у четрдесет петој години од оне болести која је узела тако велики обол међу нашим људима од пера и науке. Из оно мало података о њему зна се да је био висок, сувоњав, нежног лика, предодређен за „јектику"[4]. „Тако је наш универзитет изгубио преполезнога члана, а ја пријатеља и друга, нација наша великог и ревносног патриоту" - јадиковао

(2) „*Невен*", бр. 15, 1885, стр.226

(3) У писму Косми Јосићу, учитељу, каже: „Остајући овде (у Русији), оставих драго отечество моје, оставих вас, драгоцене пријатеље моје, оставих сву утеху мојега расплаканога срца" (*Скупљени списи*, стр. 56).

(4) Таквим га описује Радонић (према: *Скупљени списи*, стр. 6)

је његов колега са универзитета у Харкову, Атанасије Стојковић, родом из Руме[5].

Сва настојања да дођем до неких података о овом нашем ученом човеку, на кога ми је скренуо пажњу др Жарко Поповић, професор Београдског универзитета, такође из Мола, остала су без резултата када сам 1989. боравио у СССР. Можда је десетак дана било премало и вероватно би подробније испитивање лењинградских архива дало неке резултате, уколико ти фондови нису уништени пожаром који је пре неколико година опустошио неке његове делове. Али, не треба замерити великој земљи што је заборавила једног „гостујућег професора" који је петнаест година свог недугог живота провео у њој. Трлајић се изгубио у „руском мору", као Исаковићи и други јунаци Црњанског из *Сеоба*. У прошлом веку браћа Јовановић (наравно не они из Њујорка, већ из Панчева) издали су *Скупљене списе Глише Трлајића*[6]. Приближно у то време, Змај–Јова је у свом „Невену" поставио својим читаоцима питање: „Јесте ли чули о Доситеју Обрадовићу? Јесте ли чули о Вуку Караџићу? О Бранку Радичевићу, Стјепану Митрову Љубиши, о Ђури Даничићу? Али о Глиши Трлајићу, не мање вредном и честитом Србину, сумњам да сте слушали... А да знају мали, да знају велики какав је Глиша марљив био, какав Србин, какво срце! Би га се, зацело, сећали, би волели, би славили И у два наставка, песнички занесено, изнео је животопис „српског сина, Бачванина Глише"[7], *Енциклопедија Југославије* му посвећује двадесетак редова, а *Општа енциклопедија* упола мање, али не постоји никаква студија, монографија, чак ни чланак посвећен Г. Трлајићу. Да ли је то данак оним временима када ниједан догађај из историје („Догодило се на данашњи дан") није био старији од 40 година? Или је томе крив наш урођен однос према својим најбољим људима. Свакако да је „завери ћутања" допринео и архаични „славеносербски" језик којим се Глиша служио, као и живот у туђини. Далеко од очију, далеко од срца. Језички и географски удаљен од матице, Глигорије Трлајић је прекривен велом заборава. А својим радом и делом он то не заслужује.

Трлајићев опус је разнородан и обухвата право, поезију, преводилаштво, и епистоларну књижевност.

У оно време романтизма и буђења нација, када су над Србијом „небом свеци војевали" и када се давњашњи сан о слободи примакао надохват руке, устрептали, нежни („женског лика")[8] и родољубиви Трлајић није могао да одоли. Он, који је у писму наручивао из родног краја бачванске свирале („праве, чисте, српске лозе")[9], латио се лире и спевао неколико песама. Једна од првих је *Зима у Русији* у којој, рекло би се, има не толико десетерачких колико „бећарских" примеса, али и утицаја великих руских песника оног времена. У *Скупљеним списима* нашле су се три песме, али у препеву у складу са Вуковом језичком реформом. *Песма у завичај* одише носталгијом за родним крајем, за „свирцима, снашама, колом у авлији" „највеће на свету и прво блаженство/Да ја скоро кући дођем у моју очину[10]. Он је, заиста, неколико пута из далеке Русије путовао у Мол, и на последњем путу стигла га је смрт.

---

(5) *Скупљени списи,* стр. 4.

(6) У Панчеву, без године издања

(7) *Животопис Глише Трлајића,* „Невен", 1885, бр. 15 (стр. 266-230) и 16 (стр. 242-246)

(8) Према речима Радонића (*Скупљени списи,* стр. 6)

(9) *„Невен",* бр 15,1885, стр. 245.

(10) *Скупљени списи,* стр. 10

Следећа песма упућена је Лукијану Мушицком. Наивно и патетично, Глиша позива „Луку" да не дрема, да се окрене свом роду и позива на слогу: „Ој, дакле, браћо, да сложимо руке/ Да из земље протерамо Турке/ Да грунемо својом српском снагом..."[11]. Из Петербурга је 1806. упутио песму устаницима и Карађорђу, славећи српско јуначко срце и бритке сабље. Написао је и драму *Всеблаг, или ретки супруг*, али она није објављена.

Истим таквим патриотским жаром надахнут је и његов преводилачки рад. Знајући више језика него било који његов сународник, осим Доситеја, хтео је да то своје умеће искористи и да приближи свом народу нека дела светске књижевности. Још као студент у Бечу је почео да преводи, али је, на жалост, већина тих превода остала у рукопису. Превео је и објавио 1793. моралистичку приповетку Лудвика Николаја:

„Идеа или моужеская и женская добродетель"[12] Исте године у Бечу штампао је препев швајцарског песника Геснера:

„Забавление единого Оугра оудиблениеестественым красо̀там"[13]. Нешто касније, 1801, у Будиму је објављен превод огледа руског философа Херескова о Нуми Помпилију: „Ноума или процветашыщии Римь"[14]. Превод Фенелоновог Телемака остао је у рукопису.

Од више његових писама са литерарним претензијама посебно је занимљиво оно упућено Доситеју Обрадовићу 1805. године. Ословљавајући га са „Дражајши друже мојега срца", Трлајић му се захваљује на писму које му је Доситеј упутио из Трста, као и на књизи о етици. „Твоју Етику јесам читао са величајшим душевним весељем и хвала ти за слатки дарак. Твој портрет краси моју собу и весели тужну душу моју. Жали се на носталгију и пророчански предвиђа да ће можда умрети „у растанку један од другога". На крају га „у мислима грли искрени пријатељ и обожаватељ"[15].

Огледао се Г. Трлајић и у дворској, тачније „удворичкој" литератури, што је био данак времену и положају који је заузимао. Сачуван је његов „славопој царици Александри Павловној"[16], као и „славопој" архимандриту Рајићу[17], као и беседа коју је на почетку школске 1804/5. године одржао у Петрограду у присуству цара[18]. У њој је показао ерудицију и ораторске способности. Велики присталица просвећености, он кличе свом веку и великанима историје цивилизације, Њутну, Франклину „који је истргао небу гром", Канту. После прегледа светске историје, доприноса Египћана, Грка, Римљана, Германа, Глиша Трлајић се осврће на позно, али веома успешно укључивање Русије у цивилизацијски ток, „на удивљење Европе", истичући да су просвећивање и знање основне силе и да захваљујући њима Европа,

(11) *Скупљени списи*, стр. 11

(12) Беч,1793.

(13) Беч,1793.

(14) Будим, Универзитетска штампарија 1800, стр.19.

(15) *Скупљени списи*, стр. 62–63.

(16) Трлајић Глигорије, Славопѣние еЯ императорскому высочеству милостивѣйшей государинѣ Александрѣ Павловиѣ. –Будим, Универзитет, штам., (1800).

(17) Трлајић Григорије, Славопѣние въ жертву њбащарњ благодарения пречестиѣйшему господину архимадриту Райчу, при случаи ттрудњбъєгњ въ дъєписании славянскихъ народњвъ на свѣтъ исшедшихъ принесенное родосыновнею благодарностию Григ. Терлайча мъсяца листопада 22 дне 1794. ' Беч, Ст. Новаковић, (1794).

(18) *Скупљени списи*, стр. 16–19

иако најмања, влада свим осталим континентима[19]. Занимљив је покушај да се нађе српски еквивалент: „душослов" за психолога[20].

Један општи поглед на право и правну историју сачуван је као прилог писму које је Трлајић послао мајци. Он је моли да му опрости што није имао времена да овај свој рад преведе, већ га шаље у француском оригиналу. Била је то студија Кратак преглед коју је поднео управи високошколске установе да би она могла да утврди његове способности за положај универзитетског професора Енциклопедије права: положитељних права и њиховога проискоћења. „Положитељно право" је био превод „позитивног права", као супротности историјском праву, корисног појма који је настао у раном средњем веку погрешним читањем једног фрагмента из Дигеста у коме је реч, не о *„ius positivum"*, већ о *„ius positum"*[21]. Овај невелики рад (шест страница средњег формата) показује да је Трлајић добро знао новине у историографији и праву. Он полази од „јестественог" (природног права), улоге права у моралном обликовању човека и друштва и даје преглед правне историје, истичући највећи допринос Римљана: „Таквим положитељним законодатељством прославили су се у древном свету посебице Египћани, Грци, а над свима Римљани који су дали најсавршеније дело законодатељства које је досад могао произвести разум човечанства. За њега је држава природни продужетак људске заједнице чију основу чини породица, а право је средство да се обезбеди унутрашња и спољна безбедност и благостање народа. „Природно право, по данашњем сазнању, представља скуп услова под којима произвољност једног, може да се сједини са произвољношћу другога по свеопштем закону слободе. „Разлика између цивилизације и природног стања првобитног друштва је у томе што друштвени односи захтевају извесна ограничења. Иако живи и ради у једној феудалној земљи, Трлајић показује наклоност према „крстносном"(крсташком) походу европских народа у Азију који је допринео уништењу феудалне анархије. И ову расправу завршава одавањем признања цару Александру „милосрдном оцу својих срећних поданика"[22].

У време када је из мрачних кутова историје наш народ тек ступао на светску позорницу, када су писмени људи били реткост, један доктор наука, дипломирани философ и правник, професор, зналац четири светска језика, ватрени родољуб, који је, колико су му здравље и живот у далекој Русији омогућавали, помогао свој народ, заслужује да не буде заборављен. У време када славимо јубилеј Правног факултета, ред је да се осврнемо на своје корене, на прве почетке правне науке у нашем народу, а ту почасно место припада Глигорију Трлајићу.

(Примљено 10.01.1991)

(19) *Op.cit.*, стр.28.

(20) *Op.cit.*,стр.22.

(21) Stephan Kuttner, *Sur les origines du terme „droit positif"*, „Revue historique du droit franqais et étranger", 1936,стр.728–730.

(22) *Скупљени списи* стр. 28.

Dr Obrad Stanojević,
Professor of the Faculty of Law in Belgrade

GLIGORIJE TRLAJIĆ - THE FIRST SERBIAN PROFESSOR OF LAW

Summary

Gligorije Trlajić is one of the unjustifieldy forgotten learned Serbs of the end of XVIII and the beginning of the XIX century. He was one of the first holders of a doctorate of legal sciences and, probably, the first Serbian university professor. His courses were legal history and encyclopedia of law at the universities of Harkov and Saint Petersburg. In addition he was interested in poetry and translation.

He was born in a needy family in the town of Mol in Voivodina. Eager to acquire knowledge, he run away from home and his sheep. After being accepted by a rich Serb in the town of Segedin, he graduated philosophy and then law. As a learned Serb, speaking four languages, he was noted by the Russians minister in Vienna - the count galicin. After Galicin's death he goes to Russia, Saint Petersburg. In the year of 1804 - namely the one of the uprising in Serbia against the Turks, he had the honour to deliver the opening lecture in the presence of Alexander the First, Russian emperor. We are in possession of his treatise in French relating to natural law and methodology of the history of law. It shows that he has mastered the ruling conceptions of law and history of his times. Although livin in a fedual empire, Trlajić sympathizes new ideas in Europe which destroy old systems and introduce the new ones.

He has done translations of poetry and drama from French, Russian and German, but also wrote poetry encouriging fighters in the Uprising in Serbia, while pleading for concord.

Tormented by nostalgia and with ailing health, he tried in 1811 to travel to his native land. However, he died of tuberculosis in Russian village Resnoe in 1811, when he was fourty five.

Key words: *Gligorije Trlajić. - The history of the Faculty of Law. - Legal philosophy.*

Obrad Stanojević,
Professeur à la Faculté de droit de Belgrade

GLIGORIJE TRLAJIĆ - LE PREMIER PROFESSEUR SERBE DU DROIT

Résumé

Gligorije Trlajić est un des Serbes savants injustement oubliés de la fin du XVIII e et du debut du XIX e siècles. Il a été un des premiers docteurs es sciences juridique et probablement le premier Serbe professeur à l'université. Il a enseigne l'Histoire du droit et l'Encyclopédie du droit à Harkov ert à Saint- Petersbourg. Il s'occupait aussi de poèsie et de traduction.

Il est né dans une famille pauvre à Mol (Voïvodine). Avide de connaissances, il a fui sa maison et les moutons qu'il devait garder. Il a été accueili par un Serbe riche de Szegeed qui s'est occupé de son éducation. Il a terminé tout d'abord la philosophie et ensuite le droit. L'émissaire russe à Vienne, le prince Galitzine a remarqué ce Serbe instruit qui parlait quatre langues étrangè Après la mort de Galitzine, Trlajić est parti en Russie. A Saint- Petersbourg un poste de professeur lui a été proposé. La même annèe où en Serbie commençait

l'insurrection contre les Turcsa (1804), il eut l'honneur d'inaugurer pa sa conférence l'année scolaire „en la présence du tzar Alexandre I". Son discouis écrit en français sur le droit naturel et sur la méthodologie de l'histoire du droit a été conservé. Il démontre qu'il a bien compris et adopté les positions sur le droit et l'histoire qui régnaient à cette époque. Bien que vivant dans un émpire féodal, Trlajić a des sympathies pour la nouvelle Europe qui renverse partout les anciens régimes et introduit les nouveaux. Il a traduit la poésie et les drames du français, du russe et de l'allemand et il écrivait lui-même de la poésie dans laquelle il encourageait les insurgés en Serbie et pladait en faveur de la concorde.

Tourementé par la nostalgie, déjà assez malade, il entreprend en 1811 un voyage pour voir encore une fois son pays natal. Mais, il meurt en cours de route, de tuberculeuse, dans le village russe de Resnoe, en 1811, à l'âge de 45 ans.

Mots clés: *Gligorije Trlajić. - Histoire de la Faculté de droit. - Philosophie juridique.*

UDK — 355.01
Прегледни чланак

Милојко Стојановић,
виши предавач на Правном факултету у Београду

ПСИХОЛОШКЕ ТЕОРИЈЕ О РАТУ

Три су групе психолошких теорија о рату.

Инстинктивистичке теорије тумаче човекову склоност ка рату као урођену, нагонску. Према С. Фројду, човеком владају инстинкти живота (Ерос) и смрти. Међу њима је вечита борба. Ратови су неизбежни. Према К.Лоренцу (етолошка теорија), агресивност је нагонска, али је у функцији живота јединке и врсте. Човеков нагон агресивности је, међутим, необуздан и опасан. Зато разум мора да га контролише.

Фрустрационе теорије (Долард, Милер, Берковиц и други) тумаче да су човекова агресивност и склоност рату изазване фрустрацијама средине. Да би били мирољубиви, људе не треба фрустрирати. Теорија има много приговора.

Бихејвиористичке теорије, класичног условљавања (Вотсон, Павлов, Бехтјерев) и инструменталног условљавања (Скинер и други), тумаче свако људско понашање, па и склоност ка агресивности и рату, као научено, као реакцију на одређене драži.

Закључак: још увек нема поуздане психолошке теорије о узроцима људске агресивности и склоности ка рату. Најближи смо истини ако прихватимо да је агресивност људи урођена, али да се јавља и на фрустрације и да се учи.

Кључне речи: *Рат. – Психолошке теорије. – Фројд.*

УВОД

Психолошке теорије о рату су у ствари превасходно теорије о људској агресивности, што је много шири појам од човекове склоности ка рату као једном, крајњем облику агресивног понашања.

Човек као биће, откако зна за себе, показује склоност ка насиљу и деструктивности (разарању). Али, та склоност је привукла већу пажњу научника, пре свих социолога, антрополога психолога и психијатара, тек после масовног насиља примењеног у првом светском рату, а затим и после другог светског рата, нарочито у време врхунца хладног рата између суперсила и реалне опасности од примене нуклеарног оружја и самоуништења не само људске врсте, већ и свег живог света на земаљској кугли.

Под појмом агресивности подразумева се понашање појединаца које се манифестује у нападу на друге особе са намером да им се нанесе штета[(1)]. Наравно, овако дефинисан појам агресивности се односи и на групе људи и

(1) Н. Рот, *Основи социјалне психологије*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1979.

на народе. Док се агресивно понашање појединаца у свим цивилизацијама контролише, обуздава и ограничава моралним нормама друштва и законским нормама и санкцијама државе, дотле агресивно понашање једних група и народа против других не само да не обуздавају и не спречавају националне државе и наднационалне организације (осим у последњим деценијама преко Организације уједињених нација), него их често и подстичу.

Овако дефинисана агресивност јасно је одвојена од другог облика агресивног понашања, од агресивног реаговања на агресивни поступак. Овде је реч о одбрамбеној агресивности или, једноставно речено, о одбрани, а не агресији. Зато Е.Фром[2], условно називајући обе форме понашања агресивношћу, прави оштру дистинкцију између ове две агресије. Прву назива малигном, злоћудном, чији је крајњи облик тежња ка уништавању других људи и то рационално безразложно, али зато разложно с ирационалног нивоа, из душевног задовољства. У блажим облицима појављује се као садизам или нагон за мучењем других (физички, психички), како би се, изазивањем патње код других, приуштило душевно задовољство.

Друга је бенигна агресивност, безопасна или одбрамбена, која се бори за одбрану и заштиту од агресије свог и живота своје породице, своје групе и сваког другог, али и своје части, поноса, слободе и свих других универзалних индивидуалних и групних вредности. Прва, малигна агресивност је деструктивна, разарачка, окрутна и искључива је одлика човекове врсте (не и других живих бића). Друга је дефанзивна и она отклања опасност од себе, бори се за одржавање живота и својих виталних интереса (индивидуалног, групног и националног интегритета – физичког, душевног и моралног; слободе и независности; за ослобађање од страха и патњи, итд).

Е.Фром као синоним за појам малигне агресивности нуди и појам некрофилије, као страсти за претварањем свега живог у неживо, за деструкцијом ради деструкције, као што су слављење рата, склоности ка масовном убијању, склоности одласка на сахране, мржња према женама, итд. наводећи као пример типичних некрофиличара Хитлера и Химлера. Он истиче да људска склоност ка некрофилији и садизму, тј. малигној агресивности, није урођена.

Супротна тенденција од некрофилије јесте биофилија и испољава се као љубав за животом, протест против рата, склоност према добру и несклоност злу, као тежња ка развитку индивидуе и друштва, љубав за друге људе, склоност ка стваралаштву и томе слично.

Кад је реч о рату, постоји теза да примитивније цивилизације мање ратују, односно да број ратова и њихов интензитет расте са развојем техничке цивилизације. Е. Фром се позива на К. Рајта (Q.Wright, 1965) који ову тезу илуструје следећим подацима:

Године	Број битака (ратова)
1480 – 1499.	9
1500 – 1599.	87
1600 – 1699.	239
1700 – 1799.	781
1800 – 1899.	651
1900 – 1940.	892

(2) Е. Фром, *„Анатомија људске деструктивности* I и II, „Напријед",Загреб, 1976. Такође: *War within man, A Psychological Inquiry into the Roots of Destructiveness, American Friends Service* Commite Philadelphia, 1976.

Тако се појављује парадокс да цивилизација што се више развија технолошки и културно, то више морално иде уназад, ако је ратовање ваљан критеријум моралности цивилизације.

Постоји већи број психолошких теорија о пореклу агресивности или, ако прихватимо да је то синоним, о психолошким узроцима и пореклу рата. Оне се по сродности могу сврстати у три групе:

1. *инстинктивистичка* (биолошка) схватања, која сматрају да је агресивност, према томе и склоност ка рату, урођена и фундаментална карактеристика човека, тј. да је нагон који генетски и безусловно одређује агресивно понашање;

2. *фрустрациона схватања*, која сматрају да иако је агресивни нагон урођен и агресивно понашање условљено биолошким факторима, средина, нарочито фрустрације, а делом и учење значајно утичу на развијање или сузбијање сгресивног понашања;

3. *бихејвиористичка схватања*, према којима је агресивно понашање искључиво или пре свега, научено и стечено у средини у којој се живи, учи, васпитава.

ИНСТИНКТИВИСТИЧКА (БИОЛОШКА) СХВАТАЊА УЗРОКА АГРЕСИВНОСТИ И РАТА

По овим схватањима, агресивност и склоност ка рату је урођен нагон – инстинкт. Два су главна представника ових схватања: С.Фројд и Конрад Лоренц.

Фројдово схватање агресивности и рата

По Фројду, човеково понашање је условљено инстинктима, које је у каснијим својим радовима[3] груписао у две групе: 1. инстинкт живота и 2. инстинкт смрти. Инстинкт живота (Ја–нагон и сексуални нагон или Ерос) служе одржавању живота јединке и врсте. Инстинкт смрти (касније назван Танатос) је тежња за агресијом и деструкцијом. Оба нагона су смештена у ћелије сваке живе материје. Док први нагон служи не само одржавању јединке и врсте, већ и развоју културе и цивилизаије, дотле други тежи разарању живота ћелија, јединки и саме културе. То је стална борба између ова два нагона, Ероса и нагона смрти, у којој жива материја под дејством нагона смрти тежи да се врати у првобитно, неорганско стање (тежи самодеструкцији). Јединка тежи, дакле, да уништи себе саму. Како се тај нагон коси са нагоном живота, организам, да би заштитио живот (и истовремено задовољио нагон за деструкцијом), окреће се од аутодеструкције ка деструкцији наког спољног објекта, тј. друге особе и њеног живота. Тако човек, да би поштедео свој живот од аутодеструкције, мора да уништава туђи живот. Тако човеку његов ближњи служи за задовољавање не само љубави, већ и агресивних, деструктивних нагона (да га сексуално искористи, да присвоји његову имовину, да га понизи, нанесе му бол и патњу, да га мичи и убије). *Homo homini lupus est*, закључује Фројд.

(3) Своја инстинктивистичка схватања човековог понашања и склоности агресивности С.Фројд је изнео у више својих дела: *Тотем и табу*, 1913; *Инстинкти и њихове променљивости*, 1915;*Мисли о времену рата и смрти*, 1915; *С оне стране принципа задовољства*, 1920; *Ја и Оно*, 1923; *Економски проблеми мазохизма*, 1924; *Нелагодност у култури*, 1930; *Зашто рат*, 1933.). Видети; С.Фројд, *Одабрана дела*, I—VIII, Матица српска, Н.Сад,1969.

Ова два нагона нису строго одвојена. Они иду у пару, као љубав и мржња, садизам и мазохизам и један не може без другога. Живот је стална борба између живота и смрти, између добра и зла у човеку.

Склоност ка агресији је неуништива страна људске природе. Њу ни комунизам, као економска једнакост међу људима, неће отклонити. Историја људског друштва је бескрајна серија убистава и ратова. Историја света коју деца уче у школама је само серија узајамног убијања људи.

Ратови су, дакле, неизбежни, јер народи и државе укидају морална ограничења (која важе за појединце у држави, као што је забрана „не убиј"), па су појединци ослобођени тих ограничења и одговорности пред државом, само сада у име баш те државе и у име новог морала да се убија.

Човек се не може ослободити агресивних импулса. Према томе, рат је вечита појава. Фројд је, дакле, песимистичан због такве фаталности људске судбине. Али, Фројд–човек се не мири са овом људском трагиком и покушава 1933[4] да пронађе начине обуздавања човекове склоности ка рату.

Прво што Фројд нуди је скретање (померање) агресивног нагона са рата на овладавање природом и на друге друштвено корисне циљеве, где би се он празнио или бар редуковао. Друго, главни начин супротстављања рату и агресивном нагону је јачање његовог супарника – Ероса, тј. развијање љубави према другима и идентификација са заједницом. Али, Фројд уочава да је прво тешко, а друго рађа нетолерацију према другим народима.

Фројд 1927[5] уводи први пут међу своје нагоне трећи фактор: диктатура разума, очекујући да ће разум коначно победити. Блиско томе је и Фројдово очекивање да ће и култура и морал социјалне средине (социјално Над–ја) учинити да се отклони највећа препрека културном развоју – човекова агресивност. Коначно, Фројд види могућност спречавања рата и успостављањем једног светског ауторитета који би признале све нације, као што је то било Друштво народа (а сада ОУН) и овластиле га да арбитрира у међународним конфликтима.

Подражавајући Фројдово схватање, Х. Хартман и Фројдова ћерка Ана Фројд 1949. истичу да се агресивна енергија (као и либидо, тј. енергија Ероса) стално акумулира у организму као вода у базену и када се она препуни, ако се не ослободи на социјално прихватљив начин, долази до провале деструкције, агресије на друге.

Фројдов биологизам, инстинктивизам и фатализам нису нови у људској цивилизацији. И пре њега је било мислилаца који су исто или слично говорили. Тако Хераклит из Ефеса (VI и V век пре нове ере) пише у Фрагментима: „Рат је отац свему, свему краљ" и „Рат је општа појава, правда је борба, све настаје борбом и по нужди". Емпедокле (V в. пре н.е.) мисли да постоје две покретачке силе у човеку: љубав и мржња, које управљају светом и смењују се: час љубав људе сједињује, час их непријатељство и мржња раздвајају". Томас Хобс[6] (XVI и XVII в.) такође припада овој оријентацији: људи су у основи нагонска бића, а главни нагон је за самоодржањем. Људи су зато нужно непријатељи, одузимајући један другоме власништво, па и живот. Кад не би било државе да одржава ред и мир, људи би стално међусобно ратовали, свако против свакога. *Homo homini lupus est* (Левијатан).

Фројдову конструкцију нагона смрти нису прихватили ни његови следбеници

---

(4) У есеју *Зашто рат*, видети у: *Будућност једне илузије и други списи*, Напријед: Загреб, 1986.

(5) У: *Будућности једне илузије*.

(6) Т.Хобс, *„Левијатан"*, Кутура, Београд, 1961.

Етолошка теорија Конрада Лоренца

Етологија је наука која се бави проучавањем понашања животиња, на основу којег се, аналогијом, покушава разумети и објаснити понашање човека.

Конрад Лоренц је оснивач ове науке који је за своја запажена истраживања добио Нобелову награду. Он је у својој књизи *О агресивности*(7) утврдио да су све јединке свих животињских врста несумњиво агресивне у односу на припаднике своје врсте, као и на припаднике других врста и да је агресивност урођени нагон, инстинкт. Али, док Фројд мисли да је тај нагон код човека деструктиван, Лоренц каже да је то погрешно. Напротив, он служи животу јединке и врсте. То важи како за животиње, тако и за човека. Тај закључак Лоренц изводи проучавајући понашање риба разних врста, птица, глодара и других животињских врста.

Најчешћи мотив агресивног понашања животиња је борба за (животни) простор, за своју територију, равномерно распоређивање јединки исте врсте у простору, одбрану младих и селекцију јачих. „Никада нисмо наишли да је циљ агресивности истребљење братских припадника одређене врсте... Налазимо да је агресивност далеко од тога да буде дијаболичан, деструктиван принцип, како га представља класична психоанализа, већ је неопходан део организације инстинкта за очување живота." Насупрот психоанализи, „мутација и селекција... одабрали су управо презрену грану агресивности у оквиру сопствене врсте да се на њој расцветају светови личног пријатељства и љубави". Инстинкт агресивности је, дакле, инструмент не разарања врста, већ њеног очувања.

Кад је реч о човековој агресивности, Лоренц је, међутим, врло забринут, јер налази да (технолошке) промене услова живота, с једне стране, и човекова неспособност да се на њих брзо прилагоди, с друге, могу да избаце из равнотеже овај урођени механизам (агресивног) понашања људске врсте. Зато људи, са хидрогенским оружјем у рукама, агресивним нагоном у срцу, наслеђеним од агресивних предака и разумом, који није у стању да га обузда, не смеју да стварају лажне наде. Лоренц нас упозорава да не смемо да се заваравамо како је агресивни инстинкт безопасан, јер је, наводно, само реактиван, изазван фрустрацијама. Права опасност од њега произлази из његове спонтаности која избија из дубине човековог бића. Није тачно, сматра Лоренц, да су животиње или човек агресивни пре свега зато што су на то изазвани, нити је тачно да се путем учења може неограничено обуздавати њихова агресивност.

Зашто се разумна људска бића понашају тако неразумно, огорчено се борећи међусобно, пита се К. Лоренц. Зато, одговара он одмах, што човековим друштвеним понашањем управљају не само разум и културне традиције, већ још увек инстинкти, који савлађују глас разума и који су неприступачни искуству и учењу. Лоренц пореди човека и његову друштвену организацију са сличном организацијом пацова, који су, као и човек, друштвени и мирољубиви у оквиру свог клана, али су сурови џелати према припадницима своје врсте, али другог клана.

Лоренц уводи и појам борбеног ентузијазма, који се може разумети као психолошка или морална спремност на агресивно понашање. Он каже да појављивање борбеног ентузијазма зависи од више фактора: 1) мора да постоји спољна претња; 2) мора да је присутан омражени непријатељ, од кога претња долази; 3) нужно је надахнуће личности вође; 4) можда најзначајније

(7) К. Лоренц. *О агресивности*, Вук Караџић, Београд,1970

је присуство многих јединки које су узнемирене истом емоцијом, а узнемиреност групе расте прогресивно са растом броја јединки.

Осећајући велику опасност од необузданости и деструктивности човекове агресивности, Лоренц се забринуто пита може ли се и како она обуздати, инхибирати, контролисати и каналисати. Он нуди многе привлачне идеје, које су све у основи – разумске. Тако Лоренц противречи самом себи, јер у највећем делу своје књиге тврди да је агресивност јача и од разума и од средине и од учења, да би се на крају, ипак, обратио и разуму и средини и учењу.

Један од начина овладавања својом агресивношћу, одавно познати захтев још из античких времена, јесте захтев: „Познај самога себе" (што ће рећи и своје нагоне). Други начин је избегавање агресивности унапређивањем пријатељства међу људима, нарочито супротних идеологија. Велика антитеза агресивности јесу љубав и пријатељство из којих проистичу милосрђе и благост. Зато човечанством треба да овладају љубав и пријатељство. Затим, у сузбијању агресивности Лоренц предлаже људима да стварају ритуалне навике (као што су и животиње изградиле своје), којима се агресивност одлаже, редукује, смирује (нпр. ритуал пушења луле мира код Индијанаца, па многе културне церемоније и љубазне речи и фразе, нпр. „драги мој пријатељу" и слична учтива понашања и пријатељске поруке). Потом, Лоренц указује на неке инхибиционе механизме које су изградиле животиње, а могу се срести и код људи, као што је инфантилно понашање, затим покоравајући и смирујући знакови, којима се спречава агресивност јачега или старијега. Коначно, Лоренц међу много начина редуковања и отклањања агресивности посебно препоручује пражњење човекове агресивности налажењем друштвених вентила, који омогућавају растерећење. Тако се борбени ентузијазам младих може контролисати и каналисати његовим преусмеравањем на друштвено корисне циљеве, тј. сублимацијом. У ту сврху Лоренц изузетну важност придаје спорту који омогућава катарзу агресије не само појединцима и малим групама, већ и целим народима. У том духу, мисли Лоренц, шансе за трајан мир расле би кад би се код младих будио борбени ентузијазам за хуманистичким образовањем, тј. за стицањем идеала културе, уметности, науке и научне истине, медицине, етике, итд. за идентификовањем са тим идеалима и за неговањем спремности да се они бране. На крају, Лоренц апелује да се користи дар неба, а то су хумор и смех, који подстичу животни оптимизам и социјализацију, тј. имају велику интегративну функцију.

Хумор и знање – две су велике наде цивилизације.

„Ја верујем у снагу људског разума", закључује Лоренц.

На крају приказа Лоренцове теорије треба скренути пажњу да ће се свако озбиљан, не само научник, упитати како је могуће методом антропоморфизма, тј. аналогијом са понашањем животиња, закључивати о човеку. На то питање, које задире у суштину и валидност етологије као науке и њених закључака, одговара сам Лоренц у свој књизи *О агресивности*. Он каже:„Сентиментални мизантроп исковао је често цитирани афоризам „Што више упознајем људе, тим више волим животиње". Ја тврдим сасвим супротно: само особа која стварно познаје животиње, укључујући и највише, као што су оне човеку најсродније, а која је стекла увид у еволуцију, биће у стању да схвати јединствени положај човека... Ми смо највише биће еволуције... али свакако не и последња реч... Од нас људи може настати још нешто боље и више. Стога тврдим или, ипак, скромније, верујем, да смо ми само толико тражена карика између животиња и правих хуманих људи".

ФРУСТРАЦИОНЕ ТЕОРИЈЕ АГРЕСИВНОСТИ

Представници ове теорије Долард (Dollard J.)[8] Милер (Miller N .E.), Берковиц (Berkowitz)[9] Бас (Bucs) [10] и други тврде да су средински услови (а не инстинкти), друштвени и културни утицаји, одговорни за укупно човеково понашање, па и за агресивност. Тај став није нов. Њега су изнели још филозофи просветитељи (нпр. Русо у писму Волтеру), који тврде да је човек по природи добар, али постаје рђав због лошег васпитања и лоших институција друштва. Једино што је потребно је добро друштво које ће допустити човеку да испољава своју добру природу.

Под фрустрацијом се подразумева широк појам који обухвата више у основи непријатних стања, као што су: ускраћивање задовољавања неког мотива; одбијање или спречавање задовољења мотива; прекидање неке радње која води жељеном циљу; изолација (бојкот, затвором; самицом); одбацивање (од родитеља, пријатеља, групе); лишавање љубави, пријатељства, подршке, сигурности; лишавање економске сигурности; строгост и суровост у васпитавању деце; уопште, све друге животне тешкоће. У свим наведеним и сличним случајевима долази до осећања фрустрираности, које изазива и нагомилава агресивност. Та се агресивност може (а често се тако и догађа) усмерити на извор фрустрације, али такође се (можда још и чешће) помера и усмерава на појединце или групе људи који нису извор фрустрације, али су погодни за искаљивање агресије, јер не смеју да узврате својом агресијом – то су „жртвени јарци", као што су разне етничке, расне, верске и друге мањинске групе.

Према овој теорији, узрок сваке агресивности јесте нека фрустрација (Долард). По овом мишљењу, фрустрација увек води у агресију. И обрнуто: свака агресија је фрустрацијом изазвана. Две године касније, 1941, Милер је одбацио први део хипотезе, допуштајући да фрустрација може довести до агресије, али не мора, тј. она може одвести и у друге облике понашања. Бас *(A. H. Buss,* 1961) сматра да су ту теорију прихватили сви психолози. Он сматра да фрустрација претходи агресији, али да она није једини њен претходник, па ни најснажнији.

Према једном тумачењу (В. Јеротић)[11], фрустрација у раном детињству и агресивност као њена последица, у неким случајевима воде у психијатријску болест (неурозе, психопатија и психозе), а у другим случајевима „онакав несрећник може лако да постане плен разних анархистичких и терористичких група које имају сличан састав чланова, а које постављају себи за циљ свесно и организовано рушење и насиље у свим могућим видовима", уз напомену да су данашња насиља све безобзирнија и све мање имају потребу да буду рационализована".

Теорији фрустрације поставља се више приговора.

Први, фрустрација није довољно честа појава у животу да би могла да објасни све агресивности или њихов већи део.

Други, не доводе све фрустрације до агресивности. Људи су често фрустрирани, а не реагују агресивно.

Затим, може се бити агресиван и без фрустрације. За то постоји добар пример америчког експеримента одгајања деце без фрустрација (ако је експе-

---

(8) J. Dollard ., et al., *„Frustration and Aggression"* ford Univ. Press, 1968.

(9) L. Berkowitz, *Aggression:* Social Psychological Analysis New York, 1962.

(10) A. H. Buss *The Psychology of Aggression,* New York, London, 1961.

(11) В. Јеротић *Човек и његов идентитет,* Дечје новине, Г. Милановац, „Медицинска књига", Београд, 1990.

римент у пракси био валидан), према схватањима америчког педијатра, чувеног Бењамина Спока. Две–три деценије таквог васпитавања деце створило је неподношљиво агресивну децу, па се од тог васпитног пројекта одустало, а сам Спок је признао своју заблуду о фрустрацијама, сматрајући их сада неопходним и корисним.

Потом, теорија о фрустрацијама је непотпуна јер за појаву агресивности није увек довољна фрустрација, потребна је и драж. Фрустрација изазива само спремност на агресивност, а да би дошло и до ње саме, потребна је драж, нпр. особа или особе које изазивају фрустрацију или које су макар у некој вези са фрустрацијом или је потребна ситуација која подстиче агресивно понашање.

Коначно, као наставак претходне идеје да сама фрустрација по себи није довољна да би довела до агресивности, важно је психолошко значење фрустрације (осећање неправде, осећање одбачености итд.), и та значења су у ствари неподношљива и могу да изазову агресију. Шта ће, пак, за кога бити фрустрација, то зависи од карактера особе, јер иста фрустрација неће фрустрирати све људе. Нарцисоидну особу ће, на пример, фрустрирати ако је не хвале да је лепа и паметна, а ону која је превазишла стадијум нарцизма и која је сигурна у себе, то неће тангирати. Чак и истој особи у различито време и у различитом психолошком стању, иста фрустрација не мора увек изазивати агресивност и уопште исте реакције.

БИХЕЈВИОРИСТИЧКА ТЕОРИЈА АГРЕСИВНОСТИ

Једна од доста раширених психолошких теорија, бихејвиористичка, сматра да је учење једини или бар главни извор агресивности. Њена формула би се упрошћено могла свести на следеће: ако дете (или одрастао човек) на основу свог индивидуалног искуства примети да са једним или више агресивних поступака долази до жељених резултата или користи, оно (он) ће постати трајно агресивно. Тај принцип вреди и за све остале облике понашања, ако се покажу успешним. Ова формула захтева осврtање на теорију бихејвиоризма.

Класични бихејвиористи (Вотсон, Павлов, Бехтјерев), као и модерни, необихејвиористи (Скинер и други) сматрају да се човеково понашање не може разумети и објаснити нагонима (прошлошћу своје врсте) и емоцијама, већ друштвеним утицајима, којима је човек подложан (садашњошћу). Човек се, према овом тумачењу, понаша као црна кутија: на једној страни је драж (стимулус), која делује на црну кутију (тј. човека), а на другој је реакција на стимулус. Тај систем понашања познат је као стимулус –реакција понашања или S—R систем. Шта се догађа у црној кутији, тј. у организму који реагује, није познато, али није ни занимљиво. Оно што је занимљиво јесте реакција, понашање (*behavior*). По тој теорији, човеком је врло лако манипулисати пошто он губи своју активну улогу у свом понашању. Ако се он понаша на очекивани начин на одговарајућу драж, биће награђен (похвалом, напредовањем, итд.) и тиме стимулисан да изнова понавља радњу, да је учвршћује (Скинер, Берковиц, Бас). Ако се не понаша очекивано, биће кажњен (покуђен, деградиран, итд.) и тиме принуђиван да промени понашање према очекивању, како би избегао непријатности казне (Вотсон, Павлов). То је позната теорија о условном рефлексу као методи учења и васпитавања (класични бихејвиоризам) и о инструменталном рефлексу (необихејвиоризам). Примењено на агресивност као начин понашања и на ратовање, то би могло да се представи овако: рат подразумева пуцање у непријатеља. То је очекивана реакција, понашање или R. Оне који имају намеру да покрену људе да се боре у рату једино то занима. За њих постоји само проблем како човека навести да

пуца. Бихејвиористи мисле да се за учење таквом понашању није неопходно обраћати нагонима, ни емоцијама, потребама, мотивима, свести и савести. Довољно је само створити стимулус, драж, а то је: дати човеку пушку у руке, довести га на бојиште и издати му наредбу да пуца. Ако пуца, има шансу да остане жив и биће похваљен, одликован, итд. Ако не пуца, погинуће или ће бити ригорозно кажњен. Тако је човек сведен на машину, на робота, на црну кутију. Оно што је битно у овој ситуацији јесте учење човека послушности, како би добио награду или избегао казну. Понашање немачких војника у другом светском рату и многи други примери (спартански ратници) указују да бихејвиористички начин учења да се буде агресиван има значајну улогу у животу.

Бихејвиористичке теорије не улазе у изворе, у порекло агресивности и насиља, што је озбиљна примедба (Е.Фром).

Међутим, нека скорија етнолошка истраживања у западној Африци међу тамошњим племенима (Parin—Morgenthalera) и нека ранија слична истраживања на Новој Гвинеји међу америчким Индијанцима (М. Мид, Р. Бенедикт) представљају снажну критику бихејвиористичке теорије учења и потврду фрустрационе теорије. Та су истраживања показала да разлике у васпитавању деце до три године живота имају за последицу разлике у каснијем агресивном понашању одраслих. У племенима где су деца дуго дојена и где су до пубертета расла у топлој емоционалној атмосфери са родитељима, браћом и сестрама и шире, по одрастању су своју агресивност испољавала на контролисан и друштвено прихватљив начин. Тамо, пак, где су деца рано одбијана од дојења и где су емоционалне везе са родитељима биле сиромашне, а сукоби (фрустрације) са старијом браћом и сестрама, другом родбином и у племену били претежан облик социјалних односа, по одрастању ти потомци су испољавали неупоредиво већу агресивност, па и са повременим патолошким облицима.

ЗАКЉУЧАК О ПСИХОЛОШКИМ ТЕОРИЈАМА О АГРЕСИВНОСТИ У РАТУ

Данас још увек нема поуздане психолошке теорије о узроцима човекове агресивности и његове склоности ка насиљу и рату. Ипак, према мишљењу већине научника, а на основу многих истраживања, нарочито етолога, са поузданошћу се закључује да постоји урођени нагон ка агресивности. Његово јављање има за циљ заштиту опстанка јединке и врсте, када осећају да су угрожене. Међутим, агресивност се јавља и на одређене фрустрације и непријатне драži. Такође, агресивност се и учи.

Иако урођен, агресивни нагон је подложан социјализацији. Његово јављање, учесталост и интензитет зависе од личног искуства у судару с околином и од социјалног учења. Према томе, учењем се агресивни нагон може и кочити и подстицати. Такође и подстицањем помоћу одређених драži. На то указују споменута етолошка истраживања, али и разлике у обиму и степену агресивности међу разним народима, као и историјске чињенице да разорна, деструктивна агресивност није континуирана током људске историје, већ је повремена и са дугим периодима мира међу народима.

Судбина и опстанак човека на земљи зависе од његове мање или веће успешности у контролисању и усмеравању агресивне енергије.

(Примљено 20.12.1990)

Milojko Stojanović,
Senior Lecturer at the Faculty of Law in Belgrade

PSYCHOLOGICAL THEORIES OF WAR

Summary

There exist three groups of the theories of war.

Instinctual theories interpret human inclination toward war as inborn and instinctive. According to S. Freud man is ruled by instincts of life (Eros) and death, and they are in eternal struggle. The wars are inevitable. According to K. Lorenz (ethological theory), the aggressiveness is inborn, but it is in the function of life of the individual and of the species. Man's instinct of aggressiveness is, however, unrestrained and dangerous, so that it has to be controlled by reason.

Frustration theories (Dolard, Mueller, Berkovic and others) explain that man's aggressiveness and inclination to war are caused by the frustration of the environment. In order to be peacable people should not be frustrated. This theory is challenged in many ways.

Behavioural theories of classical mutal relatedness (Watson, Pavlov, Behyerev) and of instrumental relatedness (skinner and others) interpret any human behaviour, as well as the tendency toward aggressiveness and war, as learned, namely as a reaction to specific stimulation.

The author concludes that there is still no adequate theory of the causes of human aggressiveness and inclination to war. Nearest to the truth would be to accept that aggressiveness of people is inborn, but that it appears also as a reaction to frustrations, as well as that it can be learned.

Key words: *War. - Psychological theories.*

Milojko Stojanović,
Enseignant supérieur à la Faculté de droit de Belgrade

LES THEORIES PSYCHOLOGIQUES DE LA GUERRE

Résumé

Il y a trois groupes de théories psychologiques de la guerre.

Les théories instinctivistes interprétent le penchant de l'homme pour la guerre comme un penchant inné, instinctif. Selon S. Freud, l'homme est dominé par les instincts de la vie (Eros) et de la mort. Il y a une lutte éternelle entre ces instincts. Les guerres sont inévitables. Selon K. Lorenc (théorie étologique) l'agressivité est instinctive, mais elle est fonction de l'individu et de l'espèce. Par contre, l'instinct d'agressivité de l'homme est difficile à freiner et dangereux. C'est pourquoi la raison doit le contrôler.

Les théories de frustration (Dolard, Miller, Berković et autres) disent que l'agressivité de l'homme et son penchant pour la guerre sont provogués par les frustrations du milieu. Pour qu'ils soient pacifiques, les hommes ne doivent pas être frustrés. On peut faire de nombreuses remarques sur le compte de cette théorie.

Les theories behavioristes du conditionnement classique (Watson, Pavlov, Bektjerev) et du conditionnement instrumental (Skiner et autres) interprétent tous les comportements

de l'homme, y compris le penchant pour l'agressivité et la guerre comme acquis, comme réactions à certains stimulus.

Conclusion: il n' y a toujours pas de théorie psychologique valable sur les causes de l'agressivité de l'homme et de son penchant pour la guerre. Nous nous rapprochons le plus de la verité si nous acceptions que l'agressivité des hommes est innée, mais qu'elle apparaît aussi comme réaction aux frustrations et qu'elle est aussi acquise.

Mots clés: *Guerre. - Théories psychologiques.*

UDK — 330.3
Изворни научни рад

др Светислав Табороши,
ванредни професор Правног факултета у Београду

О МАКРОЕКОНОМСКИМ ЦИЉЕВИМА

Подручје макроекономије има специфичности и посебне законитости којих је економска наука, у пуном смислу речи, постала свесна тек после велике економске кризе 1929. године. Социјализам је, међутим, наставши пре тог момента, развио макроекономске функције тако што је проблеме индивидуалне репродукције (додуше– обогаћене мноштвом нових метода) подигао на ниво друштвеног. Тако је економска политика постала „друштвена технологија" јер је оптерећена непосредним ангажовањем у сфери материјално – производних циљева. Последице су биле фаталне не само за самосталност предузећа и робну привреду, него и саму економску науку пошто је она морала да сама, према потребама одговарајуће поделе друштвене моћи, реконструише и друге друштвене подсистеме, укључујући и друштвене вредности.

Структура огромне друштвене промене пред којом стоје досадашња социјалистичка друштва је врло сложена: једну од њених битних димензија представља и промена схватања о највишем друштвеном циљу, средствима којима се он остварује и субјектима одговарајућег процеса. Аутор разматра ова питања са становишта економске науке и указује на потребу да се у новим условима развијене тржишне структуре другачије дефинишу не само циљеви, него и дисциплинарне границе између појединих економских наука. Посебну пажњу аутор посвећује потреби адекватнијег опредељивања макроекономског субјекта, извесном подруштвљавању субјекта економске политике, као и адекватнијој расподели друштвеног капацитета привредног одлучивања, од оне коју смо имали у тзв. социјалистичкој робној производњи. Аутор посебно скреће пажњу на околност да све форме етатистичке организације привреде истоврсно деформишу друштвену макроекономску функцију, без обзира на идеолошки предзнак.

Кључне речи: *Социјализам. – Друштвени циљеви. – Економска политика.*

Проблеми друштвене репродукције суштински се разликују од проблема индивидуалне репродукције једног привредног субјекта[1]. Уочавајући ове разлике, економска наука је свој интерес покушавала да ограничи на домен инструментализације, развијање метода за остваривање. У недостатку одговарајућег и општеприхваћеног вредносног система који би их прецизно дефинисао, економска наука је понекад била принуђена да на основу фрагментираних садржаја из друштвеног система вредности сама дефинише циљеве. У том поступку је наглашено уважавање оних околности које су аутентично економске, а наштрб оних опредељења којима се афирмишу виши друштвени циљеви. Због тога се са много основа може рећи да, иако је

(1) То се недвосмислено види и из структуре Марксовог, *Капитала* у коме су питања друштвене репродукције капиталистичког начина разматрања (II том, глава 18–21).

домашај економске науке у дефинисању макроекономских циљева врло ограничен, због непостојања других компонената друштвене свести (или, пак, због хипертрофирања ненаучног, идеолошког садржаја!), она често дефинише саме циљеве, а не друштвени механизам њиховог остваривања уз најмање трошкове. Тек би ово друго био аутентични предмет економске науке.

1. Без обзира што је економска наука током свог релативно кратког периода досадашњег постојања нудила лепезу радикално различитих концепција – метода остваривања задатих циљева, њу, исто тако, карактерише и непрестана тежња да синтетизује различите хетерогене елементе и очува сопствени интегритет. Стога би се покушај идентификације друштвеног значаја економске науке у савременом друштву на прелазу из система тзв. реалног сицијализма у систем развијене тржишне привреде морао да заснива на неколико битних захтева који произлазе из њеног досадашњег развоја. То су, по нашем мишљењу:

а) постојање свести о релативној самосталности оног њеног комплекса који се бави макроекономским димензијама друштвеног развоја, од подручја микроекономије, под којим првенствено подразумевамо тржишну оријентацију предузећа, односно захтеве њене оптимизације;

б) ова два подручја се, ипак, морају третирати и као елементи шире целине јер је њихова реинтеграција захтев друштвене репродукције, а не логичко – методолошки захтев научне дисциплине;

в) без обзира на којем нивоу посматрали привредну стварност, па конседквентно покушавали да у њему формулишемо очекиване правилности, неминовно је да се економски модел мора интегристи у целини у којој се налазе фрагменти различите етиологије историјске, логичке и дисциплинарне.

На бази овога несумњиво следи да се комплетна друштвена трансформација, пред којом се одговарајуће заједнице налазе, истовремено реперкутује како у сфери остваривања производних односа, својини и тржишној организацији привреде, тако и на подручју научне свести, културе и највиших вредности које друштво усваја.

У савременим заједницама је, уверени смо, немогуће извршити нову синтезу (попут оне Аристотеловог или Марксовог обима), уколико нам као њена основа послужи реална, дакле позитивна друштвена пракса. На такав екскурс се ипак усуђује само чиста нормативна наука, која у изградњи свог логичког система, неминовно врши насиље над чињеницама, те тако завршава у утопији[2]. Једини могући случај би било идентификовање позитивног стања као самосталног или највишег циља, али нам се то не чини вероватним због самог историјског и развојног карактера друштвеног живота. Но, то не значи да се такав циљ не може јавити у екстерно апологетским текстовима.

Као сведоци дебакла историјског модела који је, упркос својој утопијској природи, био у стању да мобилише и организује неслућене привредне потенцијале, могли бисмо да вредносним опредељењима у економији ускратимо сваку легитимност. Ако су се већ колективни циљеви насукали на камените обале економских закона тржишне привреде, има ли уопште смисла експериментисати са новим; зар није довољно једноставно „увести" готове елементе структуре оних друштава која сличан дебакл нису доживела?

---

(2) Непостојање или немогућност остваривања неког концепта промене још га не чини утопијским: има право Х. Маркузе кад каже да је „неки пројект друштвеног обрата утопијски ако противслови збиљски утврђеним и утврдивим знанственим законома. Само такав пројект је изванповијесан. (*Крај утопије – Есеј о ослобођењу,* Стварност, Загреб 1978. стр. 10).

Остављајући по страни околност што нам је (због веома искривљене диоптрије услед наших сопствених текућих тешкоћа) готово немогуће да објективно проценомо стварно стање и перспективе друштава развијене тржишне привреде, покушаји реформулисања макроекономског циља морају да проистекну из уверења да постоје само релативно адекватнији концепти, дакле ближи законитостима, од неких других, мање адекватних. Но, ни они који се у датом тренутку чине оптималним не могу да буду сматрани апсолутним и дефинитивним[3]. Зато је задатак далеко сложенији него што је на први поглед изгледао: макроекономски циљеви се, у одређеном обиму, морају „увозити" због тога што је интегрисаност светске заједнице све већа: али, не можемо да увозимо оне садржаје који су у матичном систему већ маргинализовани.

2. При дефинисању циљева суочени смо са још једним, ванекономским ограничењем. Робна привреда, са развијеним тржишним институцијама, има потпуно другачију раздеобу друштвене моћи од оног система који се у литератури обично означава као натуралан, а са каквим је досадашње социјалистичко друштво имало много сличности. Доминантна друштвена група, која пресудно утиче на формулисање друштвене циљне функције, није свој ауторитет заснивала на ефикасности тестираној економским законима, већ на другим критеијумима. Зато промена циља претпоставља и промену субјекта који га интерпретира.

Долазимо тако до кључног става да је макроекономски циљ производ макроекономског субјекта, односно, ова два социјална ентитета морају да буду аспекти дијалектичког јединства. Конкретна организациона решења у одговарајућој заједници проистичу из односа политичких снага, па се, нарочито на кратак или средњи рок, у равни циљева манифестују специфичности које су резултат посебности класне или стратумске свести групе са пресудним утицајем на органе који оличавају макроекономске субјекте. Друштвени макросубјективитет је, у ствари, фикција коју релативно успешно апроксимира носилац политичког суверенитета. Степен његовог специфичног утицаја на заједничку свест одређује да ли ће макроекомомски циљ имати претежно социјално–политичке и тзв. друштвено-економске компоненте, или, у случају да је знатнији утицај правих економских (макро) субјеката, у структури циља ће бити присутнији елементи класичног економског вредновања. Односи реалних друштвених снага опредељују начин институционализације макросубјеката, а ови селекционишу поједине фрагменте комплексног циља, легализујући их и подржавајући идеолошким апаратом.

Мада се, у суштини, субјекти налазе „испод" циљева, јер друштво најпре треба да усвоји извесне опште циљеве, па да их након тога, инструментализује[4], а то подразумева и опредељивање одговарајућих субјеката, повратан утицај субјеката на циљеве се никако не може занемарити. Циљеви су, ипак, идеолошко–вредносна опредељења која се не могу у чистом виду пројектовати у раван свакодневних односа. Зато се у поступку конкретизације циљева огледа наглашена улога макроекономских субјеката.

Макроекономски субјект је, првенствено, интеграл који обухвата главне субјекте политичког система (државне органе и политичке партије), са моћним бирократским апаратом у сенци, али и друге субјекте аутономног деловања на макро нивоу. Мада би се поједностављено могло претпоставити

(3) Историјску развојност највиших друштвених циљева разматра у својој изузетној студији: Р.Х.Тони, *Религија и успон капитализма*, Просвета; Београд, 1979

(4) То је само корелат принципа владавине права; читаоца упућујемо на тематски број „Гледишта", 10–12/89.

да су програмски циљеви странака са којима ове освајају власт, оквири стварних циљева које друштво прихвата, пракса свих парламентарних друштава показује да су изворна или програмска обећања флоскуле, неподобне за вођење реалне економске политике. А уколико се ипак и реализују, те држава започне утицај у одређеном правцу, границе су дате извесним темељима економског устројства друштва, који се, по правилу, не могу изменити. Њих не може да дефинише економска политика, будући да се њоме друштвена пракса приближава (или удаљава) од равнотеже. У дисциплинарном смислу, таква равнотежна ситуација привреде једног друштва је она коју дефинише привредни систем, дакле логички кохерентан модел међусобног утицаја свих категорија економских субјеката, повезаних заједничким вредносним, интересним и функционалним везама. Околност што такав логичко–теоријски модел није идентичан друштвеној пракси, (она непрестано представља различите пролазне ситуације „изнад" или „испод" равнотеже), налаже да се домен деловања макроекономског субјекта ограничи на подстицање реалних кретања ка равнотежи. То подстицање је, у суштини, економска политика, па се зато тешко може говорити о њеним сопственим циљевима.

3. Указивање на двострани карактер везе између институционалне структуре привреде и дефинисања друштвених циљева има, без сумње, општи значај, али је вероватно и најважнија појединачна детерминанта модела друштвених односа којим би се апроксимирала ситуација на прелазу из реал–социјализма у развијену тржишну привреду. Основна теза на којој градимо претпоставку о унутрашњој неконзистентности досадашњег модела може се определити кроз тврђење да су у њему нерепрезентативно формирани носиоци политичког субјективитета друштва, а да је због тога дошло и до поремећаја у структури макроекономског субјективитета. Наиме, макроекономски субјекти обухватају функционисање многобројних државних органа, али и низа других, недржавних, који фактички утичу на понашања основних привредних јединица. Предузећа су стављена у објективну ситуацију која се не исцрпљује у мерама државе, већ на њу утиче и постојање различитих монопола или монопсона, као и других елемената организације тржишта[5]. Сви субјекти који су у стању да једнострано изазову такве промене опште тржишне ситуације су макроекономски субјекти. Они то реално јесу, па их и друштвена свест као такве мора признати.

Објективност „равнотежне тачке" привреде, (модел друштвене организације рада, коју фиксирамо кроз привредни систем), управо проистиче из међусобног утицаја поменутих субјеката. Она је спонтани резултат међуигре њихових друштвено признатих и легитимних интереса.

Дефицијентност политичке репрезентације у реал–социјалистичком друштву је основ поремећаја у структури макроекономског субјективитета друштва у којем не постоје аутономни стабилизатори државног волунтаризма оличени у потенцијалима комплексних привредних субјеката. Зато се може успоставити идентитет између политичког и економског империјума, па из тога извести закључак да ће тако искривљена структура макроекономског субјекта имати реперкусије на искривљену самосвест о макроекономској функцији друштва, па тиме и на циљеве привређивања уопште.

4. Непостојање аутономних макроекономских субјеката је само спољни израз недостатка реалних микроекономских јединица. Такозвано социјали-

(5) С овим становиштем се слаже А.Вацић (*Економска политика Југославије*, Београд, 1988, г. стр. 15–18), али ћемо праву аргументацију наћи у дисциплинарним оквирима теоријске економије, на пример, код З. Пјанића (*Теорија цена*), И. Максимовића *(Политичка економија*) и других.

стичко предузеће, упућено да своју аутономију одлучивања и пословања докаже у оквирима институционално спутаног тржишта (сведеног само на тржиште средстава за живот, односно касније и друге робе), такође није носилац квалитетног субјективитета. Његови хоризонти нису само екстерно ограничени командном макроекономијом државног ексклузивизма, него и интерном неекономијом која произлази из немања услова за економски објективно вредновање фактора.

Последица непотпуног субјективитета предузећа је психолошка минимизација свести о потреби одржавања услова индивидуалне репродукције предузећа, односно одржавања квалитета пословања. Пошто је таква свест претпоставка свеколиког привредног делања и универзални захтев привређивања, то се она, уместо да се афирмише у свом природном амбијенту (микронивоу) мора појавити на неком другом. Одређене идеолошке поставке о колективном привређивању и социјализму, негирању приватне својине, и подруштвљавању су, буквално схваћене[6], довеле до тога да се суштински микроекономски циљеви појаве као домен испољавања макро субјеката. То је прва, вертикална раван унутрашње противречности социјалистичке привреде, али се њен хендикеп у овој не исцрпљује; нерепрезентативност макросубјекта, а у првом реду његова монистичка (политократска) природа, изрази су хоризонталне противречности политичке и економске репрезентације друштва, при чему друге нема, а прва и није репрезентација. Крајње поједностављено, ову противречност називамо доминацијом политике над привредом, и морамо је јасно одвојити од питања попут оних о демократском политичком систему, вишестраначким изборима и сличних. Наиме, текуће промене већ јасно показују да је питање политичког легитимитета власти одвојено од захтева за отклањањем противречности у хоризонталној равни, будући да се доминација сада непосредно институционализује кроз непримерени обим етатизације привреде.

5. Наведене противречности снажно утичу на друштвену свест о врсти и природи макроекономских циљева, па стога и на одговарајућу функцију. Монополизација одлучивања доводи до тога да се макроекономска функција не појављује као резултанта, већ самостални производ једног јединог субјекта[7]. Наравно, овако аподиктичан став треба примити с извесном резервом, јер тврдња о монополизацији никако не имплицира закључак о апсолутном непостојању других субјеката, односно њиховој немогућности да утичу на привредне токове. Но, неспорно је да су ови далеко од улоге какву имају у компаративним привредним системима.

Систем макроекономских циљева реал–социјалистичких друштава, које се обично изједначава са циљевима економске политике (мада то не могу да буду, јер су то елементи привредног система), дели их на три јасно раздвојене групе: а) материјално–производне; б) друштвено–економске и в) социјално–политичке[8].

Најизразитији логички проблеми јављају се поводом материјално–производних. Они се, наиме, своде на захтеве за коришћењем расположивих производних фактора, као и њихову економски оправдану употребу. На први поглед је аргументација која се наводи у прилог овако интерпретиране групе

(6) Потпуни недостатак историјског и развојног у мишљењу илустроваћемо несхватањем и негирањем концепта „друштво масовне потрошње" од стране службене социјалистичке теорије, мада је и то, ваљда, израз неког (новог) колективизма.

(7) Овог недостатка су свесни готово сви аутори који се баве социјалистичком привредом:тако, на пример, у обичној студији *Социјализам и тржиште*, И. Стојановић макроекономској анализи посвећује тек мали, пети део (Економика, Београд, 1986)

(8) А. Вацић, *op cit.*, стр. 5–15.

циљева прихватљива, јер се заиста не би никако могла правдати политика снижавања запослености домаћих фактора или она која би подржавала дезекономију. Но, у једном лигично развијеном моделу тржишне привреде питања запослености фактора се не посматрају самостално и независно од објективног механизма њихове квантификације[9]. Наиме, научно је легитимно само такво решење којим макроекономски субјект утиче на степен коришћења фактора кроз стварање индиректних услова за њихово запошљавање – на пример, јефтиним кредитима, припремањем одговарајућег фактора, субвенцијама[10]. Држава, дакле, утиче на цене фактора, стварајући тако објективну ситуацију у којој микроекономски субјекти, следећи сопствене интересе и крећући се у оквирима објективних захтева закона вредности (основно економије рада), истовремено постижу и виши ниво запослености фактора, и виши квалитет сопственог привређивања. Запосленост фактора, као ни остали материјално–производни циљеви нису, дакле, уопште макроекономски, већ аутентични елементи микроекономског одлучивања[11].

Конфузија циљева коју изазива лоцирање елемената микро економског субјективитета на нивоима који су превисоко у хијерархији друштвене организације, онемогућава ове субјекте да се концентришу на друге циљеве, овим нивоима далеко примереније. У таквој ситуацији се идеолошким апаратом подржава илузија о недостатку одговарајуће рационалне поделе рада у управљању друштвеном репродукцијом, па се на ниже хијерархијске нивое делегирају они типови циљева који су природни атрибути виших, који се уопште не могу адекватно валоризовати на нивоима посебног или појединачног у друштвеном бићу. То су циљеви везани за опстанак владајућег производног односа, за успостављање основне структуре развоја и друге захтеве друштвене репродукције. Парадокс је што се овакви циљеви атрибуирају привредним јединицама и њима привидно поверава старање о њиховом остваривању, иако је очигледно да су то преniско постављени нивои њиховог заговарања. С обзиром да предузећа не могу чак ни да партиципирају у остваривању макроекономских циљева, већ само да њихове фрагменте уважавају уколико су акцесорни уз основну привредну делатност, а да је, са друге стране, на вишим нивоима организације макроекономски субјект оптерећен материјално – производним циљевима, то се као неминовни исход погрешне расподеле капацитета одлучивања јавља релативно превелика регулисаност, пренормираност и негирање предузетничке слободе у остваривању материјално–производних циљева, па тиме изазива пад квалитета економије. Истовремено се друге две групе циљева (друштвено–економски и социјално–политички) препуштају стихији[12]. Да би се бар привидно укло-

(9) Један такав приступ у којем је нагласак на познавању логике понашања микро субјеката од стране макро субјеката, а приликом његовог „вођења" привреде, имамо чак и у уџбеничкој литератури: А.Бајт, *Основе економске анализе и политике*, „Информатор", Загреб, 1979

(10) Суштина интервенционизма је у томе што држава утиче, а сама није актер привредног одлучивања микроекономског типа. То је темељни постулат кејнзијанске економике, и срећемо је како у изворном, тако и савременом облику, како код неокејнзијанаца, тако и код представника других праваца, од Фридмана и Мусгрејва, до Галбрајта или заговорника supply side економије.

(11) Ово никаконије југословенски спецификум. Разматрајући питање рационалности макро одлука, (F. Perroux u *L'economie du XX ème siècle, (PUF)*, Paris, 1964, прва глава трећег дела, стр. 295-326) на макониво пројектује микроекономско резоновање, али нам се чини да је прави зачетник овога још С. Барон, са својим „министарством продукције..."

(12) Индиректну потврду овог схватања налазимо код А.Драгичевића *(Сутон со-*

нио евидентни парадокс, у овим доменима се врши наглашена идеологизација, па чак, у југословенском систему ЗУР–а формулишу и правне обавезе изградње читавог нормативног инструментарија подржавања макроекономских циљева[13] у оквирима сваког предузећа (десетине самоуправних споразума у сваком ООУР–у).

6. Друштвена организација реал–социјалистичке привреде почива, дакле, на неразликовању привредног система и економске политике, као што је, у претходним фазама (тридесетих година у СССР–у) то неразликовање било фатално за основну теоријску економску дисциплину–политичку економију, која је потпуно била потиснута садржајима економске политике. Но, оваква нелогичност на плану успостављања система друштвених наука није производ њихове неразвијености или неразвијености друштва чије законитости проучавају (што се често користило као алиби), већ је проистекла из потреба рационализације специфичне поделе друштвене моћи, на коју смо већ указали. Непосредни резултат погрешног дисциплинарног разграничења је недостатак консеквентно коципираног система макроекономских циљева, али истовремено и петрификација односа доминације који су такву поделу функција и изазивале.

Идентификујући материјално–производне циљеве као најважније подручје остваривања сопствене друштвене функције, политичка репрезентација је своју судбину везала за динамику квантитативних промена у друштвеној репродукцији. Једноставније речено, она је основ свог постојања идентификовала са тезом о супериорности социјализма, његовој способности да остварује више стопе раста друштвеног производа од алтернативног тржишног (капиталистичког) модела, и таквом предношћу образлагала своје изузетно високе захтеве друштву. То се односи не само на потпуну слободу у располагању читавом друштвеном акумулацијом, него чак и на сферу елементарних људских слобода, економских и политичких.

Историјски токови су у једном периоду заиста давали основа за уважавање овакве аргументације. Но, макроекономски субјекти по самој логичкој природи свог устројства нису подобни да квалитетно одлучују о питањима која су по природи микроекономска, па је стопа раста децелерирала. Томе нису помагале никакве пропагандно-статистичке манипулације, криви подаци и улепшавања. Већ крајем педесетих година почиње стабилан тренд који је до сада само успораван различитим реформама, али не и прекинут.

7. Од почетка седамдесетих година се, бар у Југославији, тежиште аргументације о супериорности једнопартијске социјалистичке државе помера са до тада уобичајених доказа на сферу друштвено– економских и социјално–политичких циљева. Таква тенденција би се са становишта економске науке стварно могла сматрати изразом „сазревања" система који улази у период своје релативне стабилности, да су циљеви опредељени на начин који је у свету уобичајен. Уместо да буду идентификовани преко најважнијих компонената општег циља – стабилности, попут запослености друштве-

---

цијализма), А. Цесарец, Загреб, 1990) који суштинским филозофским узроком кризе социјализма сматра недијалектично (дијаматовско) схватање начина производње (стр. 205 и даље).

(13) То је израз уверења о непостојању суштинске разлике између микро и макро нивоа друштвене организације рада у социјализму, што се као имплицитна дилема уочава и у најобимнијем теоријском делу о тзв. договорној економији – студији М. Корача *Социјалистички самоуправни начин производње* („Комунист", Београд, 1977–1981)

ног благостања, кроз прерасподелу националног дохотка[14] или чак преко прилично неодређеног појма друштвеног развоја[15] циљева су опредељени на организационо–институционалан начин. Нагласак је био стављен на начин успостављања друштвено–економских односа, а не на њихову садржину. Искази о њој су се задржавали на нивоу утопистичког с апсолутно пренаглашеним телеолошким елементом, па су се, у равни друштвене праксе, могли остваривати само формално, а тиме и привидно. Тако је истовремено и неутрализован сваки дугорочно стабилизирајући утицај оног дела економског самопоимања друштва који називамо привредним системом (јер је он схваћен као потенцијална друштвена пракса, а не просечна односно нормална), као и економске политике, јер је ова, лишена гравитационог средишта, препуштена сваковрсном волунтаризму. Чини нам се умесном оцена да је југословенска привреда седамдесетих и осамдесетих година слична једино толико критикованом периоду ратног комунизма до 1924. године.

8. Процес реструктурирања одговарајућих теоријских дисциплина је неодвојив од промена друштвене емпирије у целини. То подразумева радикално мењање оних садржаја који се односе на утицај макросубјеката на предузећа, али и вредносних опредељења друштва којима се таква деловања легитимизирају. У складу са већ истакнутим дилемама, то се никако не може изједначити са простом рецепцијом инструментаријума развијенијих друштава, дакле оног што та друштва данас мисле о себи, него оног што управо сада настаје као будући доминантни вредносни систем и механизам његовог подржавања. Када то не бисмо учинили, већ прихватили као неминовност развој привредног система на основу стихијног утицаја маргиналног капитала са светског тржишта капитала, врло брзо бисмо се суочили са чињеницом да је макроекономска функција друштва, превазилазећи стање у којем је уопште и није било (бар као реалистично и објективно концепиране), замењена опет другим стањем у којем је такође нема. Но, алтернатива, свакако, није ни привидна модернизација данас свакако компромитованих етатистичких концепата.

(Примљено 16.10.1990)

---

(14) Прерасподела националног дохотка је економска садржина концепта економи ке благостања, односно државе благостања. Као увод у ове проблеме и литературу, читаоца упућујемо на нашу студију *Планирање развоја друштвених делатности*, ИЦ Правног факултета, Београд, 1989.

(15) Развој је централни циљ групе економских теорија познатих као „теорије развоја". Од широке литературе о овом (доста контроверзном и неодређеном циљу), читаоца упућујемо на неколико наслова: С.Амин, *Криза светског система: интеграција или раскидање веза са светом?*„Марксизам у свету", 46/85; Ј.Аттали, *Три свијета*, „Глобус", Загреб, 1984; А. Емануел, *Неједнака размена*, Загреб, 1976, T.Szentes, *Theories of Imperialism and World System, Akademia, Budapest, 1986.*

Dr Svetislav Taboroši,
Associate Professor of the Faculty of Law in Belgrade

ON MACRO-ECONOMIC GOALS

Summary

The area of macro - economy has specificities and its own laws, and these were recognized by the economic science only after the great economic crisis in 1929. Socialism, however, taking place prior to that moment, has developed the macro - economic functions by raising the problems of individual reproduction (although enriched by a multitude of new methods) to the level of the social. Thus the economic policy has become „social technology", since it was burdened by direct engagement in the sphere of material - production goals. The consequences were fatal not only regarding the independence of enterprises and commodity production, but also for the economic science itself, since it had to reconstruct, in accordance with the needs of the corresponding distribution of social power, other social sub - systems, too, including social values.

The structure of the enormous social change facing the former socialist societies is rather complex: one essential dimension in this respect is also the change of the conception concerning the highest social goal, the means to achieve it, and the protagonists of the corresponding process. The author considers these questions within the framework of economic science, while pointing at the need to define, in a situation of a developed market structure, and in a new way, not only the goals, but also the border - lines between individual branches of that science. Particular attention is dedicated to the need of a more adequate designation of the macro - economic protagonist, certain socialisation of the protagonist of the economic policy, as well as to a more adequate distribution of social capacities of decision - making - as compared to the so - called socialist commocity production. All forms of statist organisation of economy deform the social macro - economic function in the same way, regardless of theri ideological conception.

Key words: *Socialism. - Social goals. - Economic policy.*

Svetislav Taboroši,
Professeur adjoint à la Faculté de droit de Belgrade

SUR LES OBJECTIFS MACRO—ECONOMIQUES

Résumé

Le domaine de la macro-économie possède des spécificites et des lois particulières dont la science économique est devenue pleinement consciente seulement après la grande crise économique de 1919. Cependant, le socialisme qui a été créé avant cette date, a développé des fonctions macro-économiques en élevant les problèmes de la reproduction individuelle (enrichis, il est vrai, de nombreuses nouvelles méthodes) au niveau du social. C'est ainsi que l'économie politique est devenue „la techologie sociale", car elle a été chargée d'engagement direct dans la sphère des objectifs matériels et de production. Les conséquences ont été fatales non seulement pour l'autonomie des entreprises et pour l'économie marchande, mais aussi pour la science économique elle-même, car elle a dû reconstuire seule, elon les besoins de la division du pouvoir social, les autres sous-systêmes sociaux y compris les valeurs sociales.

La structure de l'énorme changement social face auquel se trouvent les pays qui ont été jusqu'à présent socialistes est très complexe: une de ses dimensions essentielles est le changement du concept du but social suprême, des moyens par lesquels il est réalisé et des sujets du processus pouvant y aboutir. L'auteur examine ces questions du point de vue de la science économique et souligne la nécessite que dans les nouvelles conditions de la structure du marché développée, on définisse d'une autre manière non seulement les objectifs mais aussi les limites des disciplines entre diverses sciences économiques. Il accorde une attention particulière à la nécessité d'une orientation plus adéquate du sujet macro-économique, à une certaine socialisation des sujets de la politique économique et à une distribution de la capacité sociale de la prise des décisions économiques plus adéquate que celle qui a existé dans le cadre de la production marchande socialiste. L'auteur attire tout particulièarement l'attention sur le fait que toutes les formes de l'organisation étatique de l'économie déforment de la même manière la fonction sociale macro-économique, quelle que soit leur orientation idéologique.

Mots clés: *Socialisme. - Objectifs sociaux. - Politique économique.*

UDK — 321.01:342
Прегледни чланак

др Јовица Тркуља,
доцент Правног факултета у Београду

МАРГИНАЛИЈЕ О ПРАВНОЈ ДРЖАВИ, ПОЛИТИЧКОМ ПЛУРАЛИЗМУ И ЦИВИЛНОМ ДРУШТВУ

Текст представља прилог разумевању вишезначности контроверзних појмова: правна држава, политички плурализам и цивилно друштво. Поражавајућа искуства партијске државе у једном дугом периоду успела су да идеолошки дескредитују правну државу и анулирају еманципаторски потенцијал политичког плурализма и цивилног друштва. Међутим, ови концепти су актуелизовани током последње деценије поводом кризе реалног социјализма. У том контексту дошло је до легитимације и реафирмације ових кључних категорија модерног грађанског друштва које у склопу демократске трансформације реалсоцијализма имају приоритетно место.

Будући да су појмови „правна држава", „политички плурализам" и „цивилно друштво" улетели у политички оптицај без јасне свести о његовом пореклу, генези и савременом значењу, аутор сматра да је неопходно испитати како смисао сваког од њих понаособ, тако и њихове међусобне односе. Стога он настоји да, с једне стране, осветли појмовне аспекте и различита значења правне државе, политичког плурализма и цивилног друштва, и да, с друге стране, критички испита релевантност тих концепата за савремени социјализам и посебно за југословенско друштво.

Кључне речи: *Правна држава. – Политички плурализам. – Цивилно друштво.*

Појмови „правна држава", „политички плурализам" и „цивилно друштво" најједном су улетели, попут комете из далеких светова, у наш политички говор, фасцинирајући нас као некад наше претке у сусрету са НЛО (неидентификованим летећим објектима) у њиховој наивној вери да су се ти мистични објекти појавили само зато да их ослободе овоземаљских мука, а живот учине лепшим и срећнијим. Стога, будући да „правна држава", „политички плурализам", „цивилно друштво" и слични појмови–фетиши улазе у политички оптицај без јасне свести о њиховом пореклу, генези и савременом значењу – сматрамо да је неопходно испитати како смисао сваког од њих понаособ, тако и њихове међусобне односе.

I

1. Када је реч о правној држави, ваља приметити да она није једнозначан појам. Иако расправе о правној држави трају већ два века, она је у политичком и правном смислу била и остала вишезначна творевина. Настала упоредо·са буржоаским револуцијама, она је првобитно означавала полицијски органи-

зовану правну државу чији је првенствени смисао био заштита „светог права" приватне својине, а не универзалних, људских права. У том смислу формулисана је „специфично немачка језичка кованица правна држава (*der Rechtsstaat*)"[1], која је садржала елементе ауторитарности и бирократизма. У њој није постављено питање легитимности извора и носиоца власти, а теоријску потку тог концепта представљала је филозофија правног позитивизма и легализма. У овом смислу се може условно говорити о *ауторитарно–монархистичкој правној држави.*

Касније, током XIX века, уобличиће се либералистички концепт правне државе који је проширио ово изворно значење тако да је правна држава постала законом уређена држава власника која је унутар–друштвену регулацију препустила једном вандржавном начелу –тржишту. На тим темељима доћи ће до афирмације *либерално– индивидуалистичке правне државе* у два појмовно–теоријска значења: а) у смислу владавине права, уместо арбитрерности воље политичких и идеолошких монопола; и б) у смислу правног регулисања и ограничавања политичке власти, тј. стављања политичке власти као личне власти и олигархијске моћи у оквире права. Тежећи минималистичком правном регулисању друштвених односа (све је слободно, што изричито није законом забрањено) концепт правне државе поставио је у модерним демократским политичким системима универзална човекова права и слободе као реалну границу до које власт простире своје ингеренције.

Различита одређења правне државе претежно су програмске појмовне творевине. Главни елементи правне државе формално су: основна права, укључивање народних представника у доношење закона, укидање апсолутних форми администрације, правно обликовање административног подручја, судска контрола управе у њеној усаглашености са општим законима. Политички појам правне државе данашњице, насупрот томе, обухвата дефиницију уставних захтева за људска права, који су се појавили у нововековном индустријском друштву"[2].

2. Правни системи у реалсоцијалистичким земљама и Југославији у једном дугом периоду крилатицом о одумирању државе и права дискредитовали су правну државу. Међутим, принцип „одумирање државе" није резултирао стварним одумирањем државе и права, већ њиховим деградирањем на предмодерне државне облике. Поред тога, идеолошки ригидно истицане су мањкавости правне државе у односу на грандиозну визију комунистичке заједнице без права и без државе[3].

У таквим условима, социјалистичка држава уместо да одумире, све више јача, а уместо успостављања правне државе остварена је историјска инволуција на предграђанске облике и онемогућен развој у правцу модерне државе и модерног права[4]. Ничући, с једне стране, на политичкој традицији источњачког деспотизма и самодржавља на коју се накалемио бољшевизам, и с друге стране, потцењујући или анулирајући еманципаторска достигнућа грађанског друштва у погледу ограничавања и регулисања политичке вла-

---

(1) Franz L. Neuman, *Rechtsstaat, Gewaltenteilung und Sozialismus*, објављено у: Granz L. Neuman, *Wirtschaft, Staat, Demokratie*. Aufätze 1930—1954, hrsg.von A.Söllner, Frankfurt/Main, 1978, стр.125.

(2) Alfred Albrecht, *Rechtsstaat, Staatslexikon*, Bd. 4, hrsg, von der Görres *Gesellschaft*, Greiburg/Basel/Wien, 1988, c. 738.

(3) Вид: Владимир Гоати, *Политичка анатомија југословенског друштва*, „Напријед", Загреб, 1989, стр. 221.

(4) Упор.:Зоран Покровац, *Реалсоцијализам и право*, „Савременост", Нови Сад, бр. 12/1988.

сти, социјализам се у великој мери лишио одбрамбених механизама обуздавања насртљивости политичке власти и изложио се дејству њених алијенирајућих сила. Стога је социјализам изградио гломазне правне системе засноване на идеолошком и политичком монополу, у односу на које се појединац јавља само као безначајан детаљ у општем нацрту државно–партијског ума (Нови Ливијатан).

3. Основни извор слабости и инсуфицијенција у политичком систему Југославије произлази из тзв. примата политичког и на њему засноване доминације политичке власти и (све)моћи политичког слоја. У таквим условима уместо конституисања модерне правне државе на делу је њено деградирање на предмодерне облике недиференциране политике и господарске владавине у којој: нема правне контроле власти; нема правне сигурности; достојанство људске личности није постављено и признато као једно од основних начела целокупног правног поретка; доминира примитивна, нерационална и прескупа бирократија; влада правни релативизам и потпуно игнорисање природног права, итд[5].

Из тих разлога у актуелним демократским процесима у Југославији и источноевропским земљама као битан реформски захтев истиче се увођење принципа правне државе у правни систем и политички живот. Први корак на том путу је, свакако, развој демократије као систематске контроле носилаца политичке власти. У том смислу је неопходно развијање свих институционалних облика демократског одлучивања, као и корпуса грађанских политичких права и слобода. То подразумева легитимизацију и легализацију политичког плурализма, уважавање свачијих једнаких права и заштиту свих грађана без обзира на њихову националну, верску, па и идеолошку и политичку припадност.

Какве су могућности и перспективе правне државе у Југославији? Извесно је да конституисање модерне државе и модерног права у Југославији неће бити ни лако, ни једноставно. Важно је, пре свега, поставити јасан циљ: преображај ауторитарне, партијске државе у лаичку правну државу у оба њена појмовно–теоријска смисла, те на основу сазнања политичко–правне теорије и искустава модерних демократских држава – назначити прве кораке на том путу.

У том смислу је неопходно: прво, *конституисање грађанина* и његова еманципација од доминације апстрактних колективитета (радног народа, нације, ДПО, ДПЗ и сл.), као и доследно поштовање свих прокламованих права и слобода појединца. Друго, *напуштање концепта диктатуре пролетаријата* као „ничим неограничене власти радничке класе" и „класне суштине самоуправљања". Критички дискурс у којем се јасно ретуширају противречја и инсуфицијенције диктатуре пролетаријата, резултат је чињенице што се у пракси показало да се систем заснован на тој концепцији претвара у диктатуру у буквалном смислу речи, неретко над самим пролетаријатом. Политички системи базирани на концепту диктатуре пролетаријата законито се конституишу у ригидне политичке системе уске пропулзивне моћи за аутономне демократске иницијативе, а њихова је константа доминација државе над друштвом, политичке воље над владавином права, репресије над слободом избора, отуђених политичких структура над народом, партитократије над класом. Треће, *подела власти* као организационо начело које има за циљ очување слободе грађанина и сузбијање опасности да се политичка власт извргне у деспотизам. Четврто, *независно судство* и могућност судске и управне заштите сваког грађанина. И пето, *ослобађање тржишта од тутор-*

(5) Вид: Данило Баста, *Шта није правна држава*? „Гледишта", Београд, 10–12/1989, стр. 76–77.

ства политике, поштовање плурализма својинских облика и слободе индивидуалне приватне иницијативе.

II

1. Политички плурализам представља значајну цивилизациску тековину грађанског друштва у којој се кристалишу најважнији домети либералне традиције, али и социјалистичког покрета XIX и XX века. У том смислу политички плурализам представља битни елемент еманципаторске праксе (Маркс) и логике демократије (Хелерова), те као такав чини основу, полазиште социјализма. Зато, ако се основ социјализма утемељује у еманципаторској пракси грађанског друштва и логици демократије, онда се његова стратегија мора везивати за слободу, демократију и плурализам. Нема социјализма без слободе и демократије[6]. А слободе и демократије нема без могућности да се мисли другачије – без идејног и политичког плурализма. То је борбени *credo* социјалистичког покрета на Западу од Розе Луксембург и Грамшија до еврокомунизма и евролевице.

Након више деценија владавине једнопартијског политичког монопола, југословенско друштво се нашло у дубокој кризи суочено са плурализмом различитих путева (модела) друштвеног развоја, социјално–класних и политичких субјеката који у социјалном реалитету релативно слободно делују борећи се за превласт и утицај на политичке одлуке у управљању друштвом. Отуда се темељи захтев и кључна претпоставка разрешења кризе југословенског друштва: легализација политичког плурализма и, с тим у вези, радикални раскид са концептом тзв. класне авангарде која делује претежно у функцији преживелог концепта монополске партије власти.

2. Упркос чињеници да је концепт тзв. плурализма социјалистичких самоуправних интереса наишао својевремено на велики одјек и општу начелну подршку, он се у протеклој деценији свео на практичном плану на: октроисани плурализам (плурализма је онолико колико га центри отуђене политичке моћи дарују), а на идејно–теоријском плану на делу су бројне конфузије и дисквалификације.

Део одговорности за ове теоријске конфузије сноси и Кардељ који, кад је дефинисао плурализам самоуправних интереса као замену и једнопартијском монополу и вишестраначком политичком систему, није унутар тога довољно јасно ограничио досадашњи монопол партије и монополизираност тзв. самоуправних интереса. Позната је Монтескијеова мисао да се власт може ограничити само контравлашћу. Зато у плурализму политичких интереса постаје све нужније конституисање контравласти као аутономних политичких организација без туторства партије"[7].

Главни узрок поменутим теоријским конфузијама и дисквалификацијама је у чињеници да се југословенска теорија недовољно еманциповала од прагматско–политичких приступа у истраживању овог феномена и кретала строго у оквирима заузетих идеолошко–политичких ставова. При томе је често у теоријским расправама о политичком плурализму измицао научни дискурс, те се губила критичка дистанца спрам официјелне, крајње симплификоване критике политичког плурализма у виду формуле: политички плу-

(6) Оскар Негт, *Нема социјализма без демократије*, „Марксизам у свету", Београд, бр. 3/1977, стр 1–25

(7) Богомир Ковач, *Плурализам (самоуправних) интереса*, реферат за научни скуп: „Плурализам интереса и перспективе самоуправно–социјалистичког развоја југословенског друштва", Херцег–Нови, 27–28. I 1988.

рализам = страначки плурализам = буржоаска демократија= капиталистичко друштво= експлоатација + отуђење.

Као резултат ових теоријских конфузија и дисквалификација, с једне стране и, догматско–прагматских апологија и интереса снага status quo-a, с друге стране, формиран је постојећи политички систем чија је битна карактеристика ригидност и уска пропулзивна моћ за плурализам различитих интереса који фактички у друштву постоје, а који се у њему не могу легитимно артикулисати. У целини посматрано, југословенско друштво се у свом послератном развитку кретало од једнопартијског политичког монопола преко октроисаног плурализма до симулативног, квазиплурализма.

3. Кључно питање које се у изоштреном облику поставља пред друштвену праксу и теоријску мисао је следеће: на основу конкретно–историјске кризне ситуације, плурализма различитих па и опречних интереса артикулисаних у бројним субјектима, стратегијама и тенденцијама у југословенском друштву – какви су изгледи и могући облици политичког плурализма у Југославији?

У одговору на ово питање полазимо од тезе да Југославија нема претпоставке за политички плурализам као цивилизацијску (еманципаторску) тековину. Реч је о непостојању историјских, друштвено–економских, политичких и идејно–културних претпоставки политичког плурализма.

1) *Појединац није конституисан у нашем политичком систему као политички субјект* који на основу својих права и слобода ограничава и контролише државну власт. Утопљен у радни народ или „своју" нацију, класу, ДПО, ДПЗ и сличне апстрактне колективитете, он може да досегне само до њиховог поданика, гласача, делегата – „мини–грађанина" (В. Становчић) или „непунолетног грађанина (Н. Попов).

2) *Нема демократске и аутономне јавности.* Додуше, југословенска демократска јавност се последњих година рађа пред нашим очима, али у тешким порођајним мукама и са симптомима бројних „дечјих болести". Међутим, аутономна јавност не само да у југословенском друштву не постоји, него као да нам је све даља. Не само због генералног светског тренда манипулације: „индустрија свест" (Ензенсбергер) и „рибарење људским душама" (Шушњић), већ због чињенице да се југословенска јавност, пошто је дуго била под стакленим звоном строго контролисаних и селекционисаних информација, преко ноћи нашла на „брисаном простору" информативно–пропагандног рата и драстичних облика манипулације.

3) *Нема елементарних економских претпоставки политичког плурализма.* Политички плурализам подразумева одређену економску самосталност и сигурност – гаранцију да грађанска непослушност и „неподобни" политички ангажман неће бити санкционисани негативним економским и егзистенцијалним консеквенцама. Будући да се југословенска привреда налази у великој мери под туторством политике и партијског монопола, а привредни субјекти у вазалном односу са центрима политичко–партијско–финансијске моћи – очигледно је да још није досегнут степен економске самосталности и сигурности који би омогућавао слободу и аутономну активност политичких субјеката.

4) *Нема институционалних претпоставки политичког плурализма.* Поруке „дивље" плурализације политичког живота у последње две године упозориле су, између осталог, на уску пропулзивну моћ постојећег политичког система за иновације и различите интересе и иницијативе грађана. Реч је, пре свега, о непостојању односно инсуфицијенцијама закона о политичким странкама, изборног закона, закона о јавним гласилима и сл.

5) Најзад, *нема идејно–културних претпоставки политичког плурализма* јер су у југословенком друштву веома сужене могућности за толеранцију

и дијалог између различитих политичких оријентација и стратегија. У складу са борбеном балканском традицијом, дијалог се код нас још увек првенствено схвата као ратни реквизит или, у најбољем случају, као дипломатски манир, где се тражи, напада и доводи у питање најслабија страна опонента и на њој заснивају „предност" и „снага" властите позиције.

Дакле, док не постану ове претпоставке стварност југословенског друштва, илузорно је говорити о политичком плурализму као цивилизацијској тековини. У противном, тај говор ће нужно завршити у квазитеоријским спекулацијама и прагматско –политичким конфузијама и дисквалификацијама. Да би се те конфузије избегле, ваља теоријско–методолошки и терминолошки прецизније одредити дијагнозу политичког плурализма у савременом југословенском друштву: а) имали смо октроисани политички плурализам; Б) на делу је симуловани–квази или псеудоплурализам; в) још увек немамо политички плурализам као цивилизацијску (еманципаторску) тековину; и г) прижељкујемо политички плурализам трансстраначког типа.

4. Актуелна плурализација политичког живота у Југославији може да има два епилога. С једне стране, она нас може приближити модерним демократским друштвима западноевропског типа са више слободе, демократије и квалитетнијим начином живота. С друге стране, без поменутих претпоставки, политички плурализам у Југославији може се изродити у тројанског коња из којег ће као из Пандорине кутије покуљати сва зла југословенског друштва и довести у питање и ово мало крхких демократских тековина које су последњих година остварене. Стога се данас као битни услов опстанка и развоја југословенског друштва поставља: 1) непосредно и конкретно развијање политичког плурализма, али не национално–федеративног типа (што га је довело у историјски ћорсокак и на ивицу политичког амбиса), већ плурализам еманципаторско–демократског типа као плурализам идеја, програма, метода, субјеката и организационих облика изградње модерног, демократског и ефикасног друштва; 2) стратегијски да уозбиљује и развија претпоставке за легализацију политичког плурализма који би у перспективи омогућио сусрет разноликих еманципаторских тенденција и снага у југословенском друштву. При томе ваља увек имати у виду да је херојско доба једнопартијског политичког монопола као и вишепартијског политичког плурализма у савременим политичким системима прошло. Јер, и у једном и у другом случају реч је о олигархијским организацијама које су отуђене од својих чланова и које законито теже да суспендују и анулирају аутономне друштвене покрете и организације. Традиционална парадигма политичке партије одвећ је крута и ригидна да би изразила и апсорбовала све богатство нових алтернативних друштвених покрета и аутономних иницијатива који трансцендирају страначки плурализам. Међутим, трансстраначки плурализам као садржина политичког плурализма нама је толико далек да личи на метафоричну Андрићеву мисао о „Јелени жени које нема".

III

1. Цивилно друштво је појам у којем се, с једне стране, резимирају и афирмишу раличити механизми обуздавања примата политичког (свемоћи државе, политичке власти, партије). Наиме, аутономија економске сфере насупрот деспотизму власти, која се очитује у плурализму, слободама и правима грађанина–појединца као политичког субјекта, правна држава и независна сфера јавности у потпуности одговарају схватању цивилног друштва као демилитаризованог и демократског друштва у којем се у целини уважава ниво досадашнег цивилизацијског друштва и изражавају алтернативна трагања за излазима из кризе социјализма, евидентне блокаде социјал-

но–класних и политичких субјеката и инсуфицијентности њихових програма.

Феномен цивилног друштва је последњих година једна од најдискутованијих и најконтроверзније интерпретираних тема, тако да још увек није могуће дати теоријску елаборацију концепта цивилног друштва, његово разумевање у Западној Европи и научну апликацију на социјалистичко друштво. У току су уистину занимљиве, критичке и аргументоване расправе о овој проблематици[8]. За једне, то је „стара тема у новом руху", за друге, „нова могућност за пут у будућност". Једни у расправама о цивилном друштву виде подстицај за спас марксизма из његове кризе, за његову обнову, за друге су те расправе лабудова песма марксизма јер показују да он (марксизам) о релевантним проблемима нашег времена нема више шта рећи[9]. За једне је расправа о цивилном друштву можда политички актуелна, али је теоријски ирелевантна и неплодотворна. За друге су расправе о цивилном друштву поновно успостављање моста са теоријском и политичком баштином либерализма и демократије, у којој се појам цивилног друштва обликовао.

Не улазећи у аргументацију ових контроверзних приступа и теза, треба истаћи да је текућа расправа о цивилном друштву приступима и ерудицијом изузетно богата, теоријски солидно аргументована, те пружа панорамски увид у увек актуелну парадигму држава–друштво и власт – слобода човека. То је својеврсни позив на дијалог, на критичко преиспитивање и укрштање аргумената да би се напипао ослонац за излаз из кризе еманципаторских покрета и осујетила инвазија савремених поредака на личност појединца.

2. Кад је реч о односу цивилног друштва и социјализма, дајемо само једну теоријско–методолошку напомену. Наиме, упркос чињеници да су еманципаторска интенција и потенцијал цивилног друштва евидентни и апсолутно прихватљиви, чини нам се да су, у основи, залагања за цивилно друштво данас израз абдикације социјалистичких снага и социјалистичке теорије. Реч је о критичкој спознаји да је социјализам у узмаку, и с тим у вези о самосвести да су досадашњи главни покушаји да се социјалистички пројект реализује путем државе – диктатуре пролетаријата (бољшевичка алтернатива и традиција), или путем економије (социјалдемократска алтернатива и традиција) – завршавали, по правилу, у историјском ћорсокаку. Излаз из тог ћорсокака, спас социјалистичког пројекта покушава се пронаћи у спасоносном „еманципаторском потенцијалу цивилног друштва" који је нешто између. Шта је то „између", још је нејасно и теоријски неартикулисано, чак и у најбољим студијама о цивилном друштву.

---

(8) Вид: Зборник, *Социалистична цивилна дружба*, Љубљана, 1987; Зборник Института за социологију из Љубљане, „Дружбословне разсправе" бр. 5; *Цивилна дружба ин држава; Нове расправе о цивилном друштву*, „Погледи", бр. 1/1988; стр. 1–270; *Цивилно друштво и социјализам*, „Гледишта", бр. 5–6/1988, стр. 4– 151.

(9) У марксистичком дискурсу термин „цивилно друштво" се најчешће разумева у смислу: а) Марксовог поимања грађанског друштва као „огњишта и попришта целе историје" чији је највиши степен буржоаско друштво и чија је „анатомија" дата у политичкој економији, а његова крв и месо су у праву и историји; и б) Грамшијевог поимања дијалектичке везе међу паровима: грађанско друштво–политичка држава, где је грађанско друштво део надградње као и држава, али само њен други план који се спрам државе налази у извесној супротности и задржава одређену аутономију. (Вид. Љубомир Тадић, *Социјализам и цивилно друштво* (тезе) „Зборник", Љубљана 1987, стр. 170–76 Грамсци, *Цивилна дружба ин држава*, „Комунист", Љубљана, 1987, избор текстова и уводну студију написао Адолф Бибич).

Али, то никако не умањује епохални значај настојања да се у време плиме елемената племенског друштва, која прети да потопи многе социјалистичке земље, настоји држати главу изнад таласа и досегнути до „социјалистичког цивилног друштва" које би, без обзира на све недоумице и противречности, значило више могућности за аутономију и усправан човеков ход, више слободе и више демократије. Стога је, без обзира на коначни теоријски и конкретно-историјски исход ових расправа о цивилном друштву, извесно да ће оне представљати значајан интелектуални компас ка проширеним хоризонтима универзалне еманципације.

Да закључимо: предоаје за правну државу, политички плурализам и цивилно друштво у социјалистичким земљама израз су алтернативних трагања за излазима из свеколике кризе, евидентне блокаде правног и политичког система и инсуфицијентности друштвених реформи и облика. Данас су се социјалистичке земље нашле пред судбоносном дилемом: или радикално демократизовати политички систем, или доживети историјску инволуцију и цивилизацијски дебакл. То захтева обнову, иновацију и демократизацију теоријских концепата и постојеће праксе. У том контексту концепти правне државе, политичког плурализма и цивилног друштва имају приоритетно место.

(Примљено 15.09.1990)

Dr Jovica Trkulja,
Assistant Professor of the Faculty of Law in Belgrade

MARGINAL NOTES ON STATE OF LAW, POLITICAL PLURALISM AND CIVIL SOCIETY

Summary

Discussed here are the controversial and multidimensional notions of state of law, political pluralism and civil society. Disastrous experiences of a one - party state during a long period have ideologically discredited the state of the rule of law and abolished the emancipatory potentials of political pluralism and civil society. However, these concepts are revived in course of the last decade withibn the crisis of the real socialism. These key categories of the modern bourgeois society becam again legal and actual, plaing an important role in democratic transformation.

Since all three notions mentioned above are very much used in political life without sufficient knowledge as to their origin, genesis and contemporary importance, the author analyzes their contents and mutual relatedness. This analysis is followed by critical review of these concepts, as well as an elaboration of their relevance for contemporary socialism, including the situation in Yugoslav society.

Key words: *The state of the rule of law. - Political pluralism. - Civil society.*

Jovica Trkulja,
Chargé de cours à la Faculté de droit de Belgrade

LES REMARQUES EN MARGE SUR L'ETAT DE DROIT, SUR LE PLURALISME POLITIQUE ET SUR LA SOCIETE CIVILE

Résumé

Ce texte représente une contribution à la compréhension de la polysémie des concepts controversés: l'Etat de droit, le pluralisme et la société civile. Les résultats désastreux de l'Etat de parti au cours d'une longue période sont parvenus à discréditer idéologiquement l'Etat de droit et à annuler le potentiel d'émancipation du pluralisme politique et de la société civile. Cependant, ces concepts ont été actualisés au cours de la dernière décennie à propos de la crise du socialisme réel. Dans ce contexte, nous avons assisté à une légitimation et à une réaffirmation de ces catégories fondamentales de la société civile moderne qui occupent une place prioritaire dans le contexte de la transformation démocratique du socialisme réel.

Etant donné que les concepts „l'Etat de droit", „le pluralisme politique" et „la société civile" sont entrés en circulation politique sans une prise de conscience précise de leur origine, de leur génèse et de leur signification contemporaine, l'auteur considère qu'il est nécessaire d'examiner aussi bien le sens particulier en chacun de ces concepts que leurs relations mutuelles. C'est pourquoi il essaie d'élucider d'une part les aspects conceptuels et les différents significations de l'Etat de droit, et de l'autre, d'examiner de manière critique à quel point ces concepts sont-ils pertinents pour le socialisme contemporain, et notamment pour la société yougoslave.

Mots clés: *Etat de droit. - Pluralisme politique. - Etat civil.*

UDK — 340.11
Изворни научни рад

мр Јасминка Хасанбеговић,
асистент Правног факултета у Београду

ЈЕДАН ПОКУШАЈ ПРАВНЕ ОПЕРАЦИОНАЛИЗАЦИЈЕ ИДЕЈЕ ДА СЕ УРАЗУМИ ПРАВО

Филозофски аспект проблема постављања критеријума разумности норми, вредности и одлука – Један покушај његовог решења: универзални аудиторијум. Критички појам универзалног аудиторијума – Правна операционализација идеје универзалног аудиторијума у Организацији уједињених нација и њеним актима о људским правима. – Критика позитивноправних решења из угла овако схваћеног универзалног аудиторијума. - Домети такве критике.

Кључне речи: *Разум. – Универзални аудиторијум. – Организација уједињених нација. – Људска права. – Правна критика.*

„Није противно разуму када се одлучи да се радије разори цео свет него да се огребе свој прст.

Дејвид Хјум (David Hume) „Quod principi placuit, legis habet vigorem".— Ulpijan.

Задовољавајући филозофски одговор на питање могу ли се рационално ваљано (а тиме и општеприхватљиво) оправдати одлуке, и избори и судови о нормама и вредностима, није до сада пронађен. Одлучан негативан Хјумов одговор своди све позитивне одговоре на ово питање на пуке рационализације и привиде (без обзира на то да ли су религиозне или лаичке провенијенције), на идеологије и лукаве легитимације силе и интереса у сукобу, те у крајњој линији увек, на ирационално пристајање или непристајање (до побуне) на насиље било индивидуа или колектива, насиље које по типу може бити најразличитије: од психолошког, преко вербалног, интелектуалног, естетског до физичког. Наравно, велики је број филозофа нехјумовске и чак антихјумовске оријентације, дакле, оних који се не слажу да „није противно разуму када се огребе свој прст,"[1] а следствено томе не прихватају ни у праву да „оно што се владаоцу допада, има снагу закона"[2]. Као морални, политички, па и филозофски индивидуални избор, овакво стајалиште није спорно. Оно је потпуно легитимно, а многима и очигледно и утолико не захтева посебно образлагање. Међутим, проблеми искрсавају када се ово становиште покуша филозофски утемељити на тај начин да буде поопштено, тј. прихватљиво, уверљиво за све – а то значи и за оне који стоје на другим,

(1) David Hume: *Traité de la nature humaine*, trad. A. Leroy, Paris, Aubier, 1946, str. 525.

(2) Ulpianus: *Digesta;* 1.4.1.

чак и супротним позицијама. Потом, слични проблеми се појављују и у конкретизацији тог становишта на разне животне (и правне) ситуације. Сасвим поједностављено: и они који се слажу да је неприхватљиво разорити цео свет зарад поштеде од огреботине сопственог прста, разилазе се да ли треба зарад целог света жртвовати и живот или животе појединаца, или народа, или и читаво човечанство, не слажу се када треба одредити конкретне критеријуме – где у закон обучена владаочева воља прелази у самовољу, арбитрарност, те личну или колективну диктатуру. Неки ће у име доследности прихватити: *fiat iustitia, pereat mundus*[3], али ће им се други одмах супротставити да то не може бити правда, нити се тако што у њено име може захтевати, док ће трећи утврдити да није свет него (само) његов део у питању (и то незнатан или ионако неваљан).

Један савремени покушај да се овај проблем филозофски разреши јесте увођење универзалног аудиторијума као критеријума разумности одлука, извора и норми[4]. Преговори и критике који се том покушају могу упутити овде неће бити разматрани, јер филозофски аспект проблема није предмет овога текста. Овде ће бити речи само о могућој правној операционализацији овога решења у име уразумљивања позитивно–правних поредака, тј. увођења критеријума за разликовање владаочеве воље која претендује на законску форму, од његове пуке самовоље која ту форму злоупотребљава. Разлог да се баш ово филозофско становиште правно операционализује може се наћи у аргументу ауторитета и аргументу квантитета. Не, дакле, у идеалности тога решења које не би остављало места филозофским приговорима и критикама, него стога што је у савременој правној филозофији, методологији и теорији тешко наћи ауторитет који га не узима у обзир и који га не цени, ако му и ставља приговоре[5].

Универзални аудиторијум чине по Перелману сви одрасли и нормални људи, сва разумна бића, читаво човечанство. Аргументација која је усмерена ка овом аудиторијуму и која претендује да важи за њега и да има његову сагласност јесте уверљива, убедљива, а не само способна да наговори. Али, то није сагласност као чињеница која је експериментално доказана, нити универзални аудиторијум треба схватити емпиријски, па зато ни сагласност универзалног аудиторијума није чињенично питање, већ питање права[6]. Можда би било боље рећи – нормативно питање, као питање норме коју говорник ствара настојећи да убеди универзални аудиторијум као инкарнацију сопствене идеје разума. Но Перелман изричито одбацује безвременске, апсолутне концепције универзалног аудиторијума (попут Кантове, или картезијанске, или рационалистичке) и ставља га у функцију простора и времена (историје), али га не изједначава с аудиторијумом елите[7].

---

(3) „Нека буде правде, па макар свет пропао!" – девиза Фердинанда I, римско–немачког одн. краља Мађарске 1556–1564

(4) Chaïm Perelman, Lucie Olbrechts — *Tyteca: Traité de l'argumentation* — La Nouvelle Rhétorique, 3e éd., Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1963, str, 36—44.

(5) Листа аутора и њихових дела била би предугачка. Зато само илустрације ради треба навести пар темељних дела из ове области: Wolfgang Fikentscher: *Methoden des Rechts* , 5 Bände, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1978; Karl Larenz: *Methodenle - hren der Rechtswissenschaft*, V.Aufl., Berlin Heidelberg /New York/ Tokyo, Springer —Verlag, 1983; Henri Batiffol: *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, Librarie générale de droit et de jurisprudence, 1979; а са нашег говорног подручја: Љубомир Тадић: *Филозофија права*, Загреб, „Напријед", 1983.

(6) Chaïm Parelman, Lucie Olbrechts — Tyteca: *Ibid.*

(7) *Ibid., loc.cit.* и стр. 46

Овој конструкцији универзалног аудиторијума као критеријума разумности ваља додати још два елемента управо зато да би своју функцију боље вршио. Први: дијалог, и то садржински схваћен дијалог (што у Перелмана није случај)[8] као претресање, расправљање, свестрано аргументовање свих решења која се нуде као одговор на питање, а не само једног за које се настоји добити сагласност универзалног аудиторијума[9] Други: став да насиље није аргумент, који Перелман, истина, изричито заступа, али насиље схвата преуско, искључујући све облике вербалног насиља (информативно, образовно, пропагандно, идеолошко, манипулацијско, претеће и др.) и сводећи га на његове недискурзивне, нејезичке форме[10] (дакле, принуду као физичку принуду). С обзиром на савремени значај комуникација – нарочито из угла универзалног аудиторијума, о коме је реч – и имајући у виду резултата савремених теорија комуникације и језика, и ширину ових схватања (нпр. језик визуелних комуникација), чини се нужним да се насиље у забрани „насиље није аргумент" схвати много шире[11].

Када се овако ојачана конструкција универзалног аудиторијума суочи с правом, намеће се питање: будући да се глобално друштво, коме је право иманентно, не може изједначити с човечанством, значи ли то да је право осуђено на партикуларни аудиторијум, а тиме и на неразумност у овом смислу? На жалост, да, у највећем броју случајева. Саморазумевање[12] је најчешћи облик и домет правне аргументације и своди се у границе глобалног друштва – државе, које је, иако глобално, ипак увек партикуларно у односу на човечанство. Али, и на срећу, ова осуда на неразумност није неумитна. Наиме, може се замислити да се законодавац и (или) судија својим одлукама обраћају читавом човечанству и онда када доносе одлуке које обавезују само један његов део. Такве би правне одлуке могле претендовати на разумност, јер одговарају историјски (а тиме и цивилизацијски) одређеном и стога нужно увек отвореном универзалном аудиторијуму. Па ипак, такве су одлуке права реткост, јер операционализација идеје уразумљивања права мора бити ефикаснија, бар довољно ефикасна да се супротстави саморазумљивости позитивноправних поредака, отварајући их за критичка преиспитивања на начин који неће бити претежно или искључиво морални, идеолошки или сличан. Све ово, наравно, важи за практичан и догматички правни аспект, а не и за филозофскоправна или теоријско–критичка просуђивања права. Јер, ова друга немају таквих тешкоћа да се вину на универзални ниво а, у крајњој линији, њихове домете у том узлету одређују

---

(8) *Ibid.*, посебно стр. 46

(9) Перелманово одређење дијалога је формално и преуско, па стога ваља упутити на: Rolf Gröschner: *Dialogik und Jurisprudenz*, Tübingen, 1984; Guido Calogero: *Philosophie du dialogue*, Bruxelles, 1973; Francis Jacques: *Dialogiques — recherches logiques sur le dialogue*, Paris, 1979; а у нас на недавни тематски зборник „*О дијалогу*" часописа „Трећи програм Радио– Београда", прир. Ђорђе Вуковић.

(10) *Ibid.*, стр. 10–11, 72–78, 87–88 и 253, као и *Logique juridique*, стр. 106. и 108.

(11) Из мора ове врсте литературе треба издвојити: Милорад Пуповац: *Политичка комуникација*, Загреб, 1990; М. Пуповац, Д.Шкиљан: *Језик политике*, Загреб, 1987; Никола Висковић: *Језик права*, Загреб, 1989; Иво Паић: *Производња идеологије*, Београд, 1984; Јирген Хабермас: *Знаност и техника као идеологија*, Загреб, 1986; W.L.Riker: *The Art of Political Manipulation*, New Haven/London, 1986; Душан Симеуновић: *Политичко насиље*, Београд, 1989; Ђуро Шушњић, *Рибари људских душа: Идеја манипулације – манипулација идејама*, Београд, 1976.

(12) О саморазумљивости као друштвеном проблему, в. Stephan Wolff: *Der rethorische Charakter sozialer Ordnung — Selbstverstandlichkeit als soziales Problem*, Berlin, Duncker & Humbolt, 1976.

индивидуалне могућности и хтења оних који се универзалном аудиторијуму обраћају.

Док је, дакле, на практичном и догматичком плану унутрашње позитивно право окренуто партикуларном аудиторијуму и осуђено мање–више на неразумност, међународно право – бар онај његов део који се назива универзалним – има изгледа да се у овом смислу заснује на универзалном аудиторијуму, да својом аргументацијом оствари уверење, убеђење, а не само наговор у саморазумљивости појединачних државно–правних поредака те да тако постане критеријум разумности тих поредака и основ њиховог вредновања и критике[13].

Како је правно операционализована ова идеја у универзалном међународном праву? Пре свега, наравно, у Организацији уједињених нација и њеним многобројним актима (међу којима су они о људским правима свакако најважнији), отвореним на потпис и ратификацију[14]. Међу тим бројним актима, свакако најважнија су четири: Универзална декларација о правима човека, Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Међународни пакт о грађанским и политичким правима и Факултативни протокол који се односи на овај последњи пакт. Правна је карактеристика Универзалне декларације о правима човека, која је усвојена и прокламована резолуцијом Генералне скупштине УН 1948, да она не поставља правне обавезе у погледу људских права које садржи, већ да представља заједнички стандард који треба да се постигне. Тиме је у универзалном аудиторијуму постављен критеријум разумности појединачних државно–правних поредака. Пактови, међутим, представљају правни корак напред. Усвојени и отворени на потписивање и ратификовање или приступање 1966, они за државе уговорнице стварају правне обавезе у погледу права која садрже, па и за Југославију која их је ратификовала. Али, Факултативни протокол који се односи на Међународни пакт о грађанским и политичким правима, такође од 1966, којим се преко Комитета за људска права обезбеђује контрола и примена права садржаних у том пакту, разматрањем саопштења појединаца који тврде да су жртве кршења неког од тих права, Југославија, која је приступила веома великом броју међународних аката, потписала је тек јануара прошле године, али га још није ратификовала.

Пре него што се ближе погледа значај ова три акта као универзалних критеријума разумности појединих позитивноправних система, осврнимо се бар на један скорашњи пример наше правне неразумности с трагичним фактичким последицама. Међународни пакт о грађанским и политичким правима, који Југославију правно обавезује јер га је ратификовала, а чланом 50. се примењује на све јединице федеративних држава без икаквог ограничења или изузетка (дакле, и на Републику Србију), у члану 20. каже:

„Признаје се право мирног окупљања.

Вршење тога права може бити предмет само ограничења наметнутих у складу са законом и која су нужна у једном демократском друштву у интересу националне безбедности, или јавне сигурности, јавног поретка, заштите јавног здравља или морала, или права и слобода других лица".

А члан 43. Устава Републике Србије каже:

„Грађанима се јамчи слобода збора и другог окупљања и без одобрења, уз претходну пријаву надлежном органу.

---

(13) На сличан начин утврђује критеријуме процењивања правних система држава и заснива критику система претње насиљем и Војин Димитријевић: *Страховлада – Оглед о људским правима и државном терору*, Београд, „Рад". 1985, нарочито стр. 22–43.

(14) Преводи тих двадесетак најважнијих аката садржани у: Југословенска ревија за међународно право, 1989, бр. 1–2, стр. 151–260.

Слобода збора и другог окупљања грађана може се ограничити одлуком надлежног органа, ради спречавања ометања јавног саобраћаја, угрожавања здравља, јавног морала или безбедности људи и имовине".

Нити се ограничења овог права одређују законом као што Пакт налаже, нити Пакт допушта (и законско) ограничавање овог права ради спречавања ометања јавног саобраћаја, а Уставни суд – ваљда преоптерећен интерним неуставностима – ипак не реагује.

Штавише, закључком Извршног савета Скупштине Београда,[15] који се примењује као да је Одлука Скупштине, окупљање се допушта само на Ушћу, чиме се Уставом Републике Србије зајамчено право грађана обесмишљава и урбаним маргинализовањем практично укида у главном граду Републике Србије и Југославије, јер смисао окупљања јесте баш у томе да се јавно изрази став, најчешће политичког неслагања са ставовима оних који су на власти, а то значи могућност да и други чују то неслагање – иначе би се као истомишљеници окупљали у затвореном простору, што сходно својим политичким проценама најчешће и чине. При свему том, Уставни суд Србије, који треба да буде чувар „најдемократскијег Устава на свету", о овом закључку-одлуци Скупштине града ћути.

Очигледно, да би се право уразумило, није довољно само позивање оних на власти на универзални аудиторијум и самоквалификовање сопственог темеља правног система као „најдемократскијег на свету". Ово обесмишљавање права на окупљање – Ушћем – само је један вид, а драстично онемогућавање сваког јавног протеста води у крајњој линији окупљању у шуми, што је на Косову већ више пута био случај. А фактичке трагичне последице у оба случаја за сада су само делимично познате.

Може ли се уразумити право? Овај пример служи само као илустрација зашто прокламоване демократске слободе и права човека и грађанина, чак и кад мање–више одговарају универзалним критеријумима правне разумности, нису саме по себи гарант разумности правног поретка као целине. Да се обавезујућа разумна међународна норма не би претворила у не баш сасвим разумну уставну норму, а ова потом у неразуман закључак–одлуку градске скупштине, није довољно само прокламовати, ни на најбољи начин, слободе и права човека и грађанина, макар им био прокламован и надуставни карактер. Потребна им је – као комплементарни елемент – одговарајућа демократска организација власти, без обзира који она конкретни облик имала (председнички, парламентарни или скупштински). А то, у најкраћем, значи: без обзира на државни облик, такву организацију власти која омогућава остваривање основне фукције једног уставног правног поретка – функције ограничавања и контролисања политичке власти (поред функција њеног легитимисања и правног позитивисања њених одлука). Услови за остваривање ове основне функције су: 1) деконцентрација (и a fortiori демонополизација) сваке врсте моћи (економске, политичке, идеолошке, војне, информативне, културне, верске и др.); 2) слободно јавно мњење отворено за критику носилаца власти; 3) правно–техничка подела власти на законодавну, извршну и увек обавезно независну судску власт; 4) повремени општи, једнаки, непосредни и тајни избори за представничка тела; 5) сразмерни представнички систем који адекватније изражава плурализам друштва (дилема: већински или пропорционални систем јесте дилема прошлости); 6) сувереност законодавног представничког тела које једино може како ра-

(15) Закључак Извршног савета Скупштине Београда број 21– 824/90, који је, иако садржи препоруку, примењиван као одлука (наравно необјављена), тј. послужио као „правни" основ појединачним актима Министарства унутрашњих послова Србије 01 број –20/91 од 6. марта 1991. и 212–14/91 – 07/2 од 7. марта 1991.

зрачивати уставне одредбе о слободама и правима човека и грађанина, тако их и суспендовати проглашавањем ванредног стања.

Ако се Устав Републике Србије својим решењима у одељку о слободама и правима (без обзира на поједине мањкавости) приближио универзалним критеријумима правне разумности, то није довољно за разумност правног поретка у целини, јер му недостаје онај други, комплементарни елемент, демократска организација власти, који треба да обезбеђује остваривање првог. А разумност одлука у правном поретку који претендује на сагласност универзалног аудиторијума зависи непосредно од оба ова елемента. До тада су и Хјумова и Улпијанова максима могуће и као политичке максиме позитивноправног поретка.

(Примљено 27.03.1990)

Mr Jasminka Hasanbegović,
Assistant at the Faculty of Law in Belgrade

AN ATTEMPT OF MAKING OPERATIONAL THE IDEA OF BRINGING LAW TO SENSES

Summary

Although there is no satisfactory philosophical answer to the question of a thorough (and, thus, generally acceptable) founding, namely justifying of norms, values, decisions or choices - one contemporary attempt to settle the problem is the introduction of an universal auditorium, as a criterion of their reasonableness. The present article is dedicated to making operational the idea of bringing these to senses. First of all, the notion of universal auditorium is elaborated, to be followed by treating the way of its making operational in terms of law in so - called universal international law, and first of all in the United Nations Organisation and in its most significant enactments relating to human rights. This may serve as a criterion of bringing to senses the legal orders of individual states, namely of raising criticism of their positive law solutions. This analysis, however, is not sufficient if one disregards the political - legal environment where such norms have to be implemented and created.

Key words: *Reason. - Universal auditorium. - The United Nations Organisation. - Human rights. - Legal criticism.*

Jasminka Hasanbegović,
Asistant à la Faculté de droit de l'Université de Belgrade

UNE TENTATIVE DE L'OPERATIONALISATION DE L'IDEE D'INTRODUIRE LA RAISON DANS LE DROIT

Bien qu'il n'y ait pas de réponse philosophique satisfaisante à la question de savoir s'il est possible de fonder de manière valable (et par cela même généralement admise), c'est -à-dire de justifier les normes, les valeurs, les décisions ou les choix, une tentative contemporaine de régler ce probléme de maniére la plus acceptable est l'introduction de l'auditoire universel comme critère de son bien fondé. Le présent article est consacré à l'opérationalisation juridique de cette idée. C'est pourquoi l'auteur élabore tout d'abord le concept de l'auditoire universel, pour démontrer ensuite comment il est juridiquement

opérationalisé dans le cadre du droit universel international et avant tout au sein de l'O.N.U. et de ses actes les plus importants de ce point de vue - ceux qui ont trait aux droits de l'homme. A la fin, l'auteur démontre comment ils peuvent sevir de critére pour introduire la raison dans les systèmes juridiques de certains pays, c'est - à - dire pour la critique de leurs solutions juridiques en viguer, tout en signalant en même temps que cette analyse est insuffisante si l'on perd de vue le contexte politique et juridique dans lequel les normes juridiques sont créées et appliquées.

Mots clés: *Raison. - Auditoire universel. - O.N.U. - Droits de l'homme. - Critique juridique.*

UDK — 330.342.15
Изворни научни рад

др Драгутин Шошкић,
редовни професор Правног факултета у Београду

ЈЕДАН КРИТИЧКИ ПОГЛЕД НА РАЗВИТАК ПОЛИТИЧКЕ ЕКОНОМИЈЕ СОЦИЈАЛИЗМА

Да би се поједноставио поступак анализе развитка политичке економије социјализма код нас, уведен је низ методолошко – теоријских претпоставки. У таквим аналитичким оквирима означена су три магистрална правца са више различитих модалитета њеног стварања као самосталне научне и наставне економске дисциплине. Један приступ представља покушај мањег броја наших политеконом-ских писаца да изложе целовит, међусобно усклађен, логички повезан и самосталан систем економских категорија, принципа и законитости социјалистичког начина производње. Слична претходном начину концептуализовања политичке економи-је социјализма у нашој економској литератури, јесте њена појава у облику зборника радова насталог као механички скуп више посебних чланака и мањих студија, често писаних за друге намене, а не поводом стварања књиге Политичка економија социјализма. Трећи приступ њеном стварању је најчешће заступљен у уџбеничкој литератури и као такав представља делимично и узгредно, упоредо с анализом природе општих, посебних и специфичних економских закона, излагање само неких питања и проблема политичке економије социјализма у оквиру излагања предмета политичке економије капитализма, често их интерполира међу, иза или испред њених садржаја.

Кључне речи: *Политичка економија. – Економски закони. – Предмет и метод. – Аналитички модел.*

I

Сврха овог рада је пружање одговара на питање како се одвијао процес развитка политичке економије социјализма код нас, какво је садашње стање њеног развоја и колики је у свему томе допринос појединих теоретичара, писаца и економских школа којима су они припадали. До адекватног одговора на постављено питање могуће је доћи на основу употребне анализе појединих, конкретно датих решења и формулисаних „модела", методолошко–теоријских критеријума и формално–логичких прилаза, заступљених у проучавању садржаја предмета политичке економије социјализма. На основу ових критеријума, доследно спроведених приликом критичког разматања различитих путева њеног развитка, цениће се научна вредност сваког решења и доприноса понаособ. Код овог приступа треба имати у виду још неке конкретније формалне и садржинске напомене.

Прво, критички осврт на стање развитка политичке економије социјализма код нас обухвата само главне, магистралне правце развитка, путеве означене различитим садржајима њеног предмета проучавања, кругом ана-

лизираних проблема, обимом и значајем обухваћених питања, њиховим избором и систематизацијом. То конкретно подразумева разматрање, с једне стране, оног решења према коме се ствара целовит систем излагања политичке економије социјализма као самосталне научне и наставне економске дисциплине и, с друге стране, избор једног другачијег „модела" у коме се анализирају само нека општа и специфична питања и проблеми социјалистичке привреде. О томе ће бити опширније говора у делу критичког осврта на различите путеве развитка политичке економије социјализма код нас.

Друго, што се тиче временског момента извесних догађања и логичко–историјског критеријума сазнања, критички осврт на стање развитка политичке економије социјализма у нас, смештен је у временско раздобље друге половине двадесетог столећа, тачније обухвата период између педесетих и деведесетих година овог века. Управо то је раздобље почетних и неуједначених искорака, период концептуализације предмета истраживања, временски период у коме се траже одговарајућа решења за многа питања политичке економије социјализма.

У овом периоду је стварао велики број наших економских теоретичара и писаца који су несумњиво допринели стварању завидне научне баштине политичке економије социјализма. Додуше, било је и раније, пре означеног периода, узгредних и спорадичних покушаја, приликом излагања „начела и закона народне економије", теоријског формулисања неких економских феномена из домена предмета политичке економије социјализма. Међутим, то сасвим излази из оквира нашег критичког осврта, јер он нема веће, нити шире претензије осим да прикаже садашње стање њеног развитка. Отуда је ова критичка анализа усредсређена на краћи временски период, иначе веома богате и дуге традиције изучавања економских наука.

Треће, да би се постигао постављени циљ неопходно је изоставити из анализе све оне научне доприносе, настале током времена у нашој економској литератури, који несумњиво имају велики значај за целокупан развитак политичке економије социјализма, али који се налазе, из оправданих разлога, изван свих постојећих уџбеника политичке економије уопште и политичке економије социјализма посебно. То логички подразумева елиминисање из критичког разматрања научне вредности бројних чланака, студија, монографија и књига, претежно посвећених анализи, проучавању и теоријском формулисању различитиих појава, односа и економских активности социјалистичког облика производње, расподеле, размене и потрошње. Но, уколико ипак буду додирнута извесна питања, анализирана у неком од наведених извора сазнања, то има једино за циљ да градира и рангира њихов утицај на стање развитка политичке економије социјализма у нашој економској литератури.

Четврто, иако из друге аналитичке напомене следи логичан закључак да критички осврт, смештен у ово временско раздобље, на постојеће стање развитка политичке економије социјализма обухвата само оцену доприноса наше економске теорије томе развитку, сагласно тој чињеници неопходно је према томе, нагласити да се из оквира овог разматрања елиминише сваки други допринос општем стању развитка политичке економије социјализма. А то подразумева искључење сваког утицаја грађанске економске доктрине на њен развитак[1], изостављање доприноса совјетске економске теорије, и апстраховање доприноса осталих теоретичара, писаца и школа економске

(1) Др Иван Максимовић је у својој студији *Теорија социјализма у грађанској економској науци*, „Нолит", Београд, 1958, изложио теоријске расправе и дискусије које су вођене „у оквирима грађанске, постклаасичне и савремене економске теорије око" (Увод, стр. 3), неколико централних економских проблема социјализма.

мисли[2]. Овакав методолошки приступ не умањује ваљаност сазнања о стању развитка политичке економије социјализма код нас, јер постоји велика сличност, „униформност", па чак и подударност између наших и других путева стварања политичке економије социјализма.

Најзад, пето, осврт на стање развитка политичке економије социјализма код нас, у току посматраног раздобља, не обухвата излагање њеног категоријалног система, нити, пак, садржи критичко разматрање различитих схватања о томе како је формулисана суштина економских категорија, принципа и законитости, владајућих у оквирима социјалистичког начина производње. Уместо тога, одабран је лакши пут, пружа се један критички полед на она решења која су прихватили поједини писци и групе аутора у свом настојању да створе целовит и логички повезан систем излагања од почетка до краја, са свим „конститутивним" елементима (предмет, метод и функција), политичке економије социјализма, што представља једно од прихваћених решења. Други „модел" и приступ је излагање, у оквиру политичке економије уопште, односно политичке економије капитализма посебно, само неких парцијалних, недовољно систематизованих и класичних питања политичке економије социјализма.

II

Тек од почетка педесетих година чине се први покушаји стварања политичке економије социјализма код нас. Она се тада јавља и проучава у облику мањих брошура и студија[3]. Из овако оскудних извора сазнања, у којима се најпре разматра историјска трансформација капиталистичког у социјалистички начин производње, одређују његова битна обележја, а потом врши дескрипција и уопштавање једне конкретно дате социјалистичке праксе совјетског и нашег „модела" привреде, стичу се недовољна знања о економској природи општих и специфичних закона социјализма. С обзиром на такво стање ствари, пред економску науку поставља се захтев теоријске концептуализације и стварања политичке економије социјализма као самосталне научне и наставне дисциплине. У том циљу се јавља неколико тенденција и конкретних решења, претежно, у облику уџбеничке литературе, наравно остављајући по страни, како је то раније у уводним напоменама више пута наглашавано, сва она настојања бројних писаца да анализирају и формулишу извесна, изловано дата, теоријска и практична питања социјалистичке привреде.

Један од „модела" и начина стварања политичке економије социјализма представља покушај мањег броја наших писаца да изложе целовит, заокружен, међусобно кохерентан, логички повезан и самосталан, систем

(2) Значајан је допринос совјетске, пољске чехословачке и мађарске економске науке основама развитка политичке економије социјализма. О томе сведоче многи извори сазнања, као на пример: *Историја политическої економији социализма*, Издательство Ленинградского университета, 1972; Зборник радова чехословачких економиста, СЕЈ, Београд, 1965; *Пољски економисти о проблемима социјалистичке привреде*, „Нолит", Београд 1960. и др.

(3) По узору на редакцијско издање Мале економске библиотеке, „Напријед", Загреб, у којој се педесетих година објављује серија мањих брошура у којима се налазе преводи радова тада познатих совјетских аутора, појављује се негде у то време и *Популарна библиотека политичке економије*, „Рад", Београд, у којој неки наши аутори (др И. Максимовић, др З. Пјанић, др Р. Стојановић, др Ж. Булајић, др Р. Увалић, др Б. Јелић и други), објављују радове мањег обима, посвећене анализи појединих питања у области политичке економије социјализма.

економских законитости социјалистичког начина производње. У тим настојањима да се она целовито формулише, у облику засебне књиге–уџбеника, видљива су колебања и недоумице код појединих аутора из ове групе, и то како у погледу формалних тако, и садржинских питања. То је посебно уочљиво, са становишта форме, из прегледа назива предмета: *Политичка економија социјализма*, *Огледи из политичке економије социјализма*, *Основи политичке економије социјализма*, *Увод у политичку економију прелазног периода од капитализма у комунизам*, *Политичка економија - социјализам*[4], *Проблеми политичке економије социјализма*, *Социјалистички самоуправни начин производње*[5].

Иза овако испољених разлика у погледу назива предмета истраживања крију се велике садржинске, концептуалне и методолошке разлике. Наиме, једни писци политичке економије социјализма настоје да на традиционалан начин, по узору на класичан приступ стварању уџбеничке литературе из политичке економије уопште, изложе све контроверзе око њене природе, карактера и постојања као самосталне економске науке. Они чине напоре да означе предмет проучавања, дефинишу опште и специфичне економске законе, поставе логичке везе између појединих ужих делова и целине и све то методолошки и теоријски изведу из продубљене анализе суштине и основних обележја два историјски доминантна модела социјалистичких продукционих односа – централно-планског и самоуправног[6].

Други аутори одступају од оваквог начина теоријског концептуализовања политичке економије социјализма, јер не маркирају њен развитак, не дефинишу њен појам, циљеве и карактер, не утврђују предмет проучавања, круг интересовања и метод истраживања, нити, пак, стварају целовит систем излагања, што је најважније за њен развитак, већ они једноставно своје мање теоријске и стручне расправе и чланке, написане разним поводима и посвећене различитим питањима и проблемима социјализма, носећи „печат времена у коме су писани", механички повезују у једну целину и тако физички обједињене, објављују у облику књиге и под насловом политичка економија социјализма[7].

Трећа група писаца политичке економије социјализма код нас, слично као и претходне две, са теоријско–методолошког становишта, такође концептуализује целовит и међусобно повезан систем излагања критичке анализе

---

(4) Док овакав наслов стоји на спољним корицама скрипта, дотле унутрашња страница има назив *„Политичка економија социјализма"*, што сведочи о недоумицама аутора др М. Марковића како да формулише општи назив својих излагања економске проблематике социјализма.

(5) Наслов књиге I и II „Социјалистички самоуправни начин производње", апсолутно није адекватан и подобан, иако има претензије да то буде, да асоцира и упућује на предмет и значење политичке економије социјализма, због чега аутор стално употребљава други назив „политичка економија социјалистичког самоуправног друштва", што указује на његова колебања у вези с избором назива своје књиге.

(6) У ову групу писаца долази на прво место, по успешности стварања целовитог, од почетка до краја изведеног и унутар себе логички повезаног система излагања природе општих и специфичних закона социјалистичког начина производње, И. Максимовић са својом књигом *Политичка економија социјализма*, Београд, 1989.

(7) Представник оваквог начина стварања политичке економије социјализма код нас је др Д. Жарковић, о чему иначе сведочи садржина његове књиге *Огледи из политичке економије социјализма*, „Рад", Београд, 1979. Додуше, она се разликује, бар што се тиче формалне стране, од зборника радова више аутора објављеног под заједничким називом *Политичка економија социјализма*, по томе што се у њој налазе сабрани радови – расправе и чланци – само једног аутора, „Глобус", Загреб, 1984.

широког круга темељних, сложених и по тематици разнородних питања социјализма. Са њихове стране постављена скица књиге *Политичка економија социјализма* обухвата, поред неких економских проблема, врло бројна питања која, по својој природи, уопште не улазе у њен предмет проучавања, садржај и круг интересовања. Чак и под претпоставком да се примене и најблажи критеријуми њеног разграничења од осталих, са њом граничних, друштвених наука као што су: Друштвено–политички систем, Теорија и пракса самоуправљања, Историја, Филозофија, Општа социологија и сл. Према томе, из разлога што претежан део у њој теоријски разматране проблематике непосредно спада у политиколошке, историјске, филозофске, социолошке и њима сличне научне дисциплине, ова знатно шира друштвена питања не улазе у предмет проучавања политичке економије социјализма. Отуда оваква разуђеност предмета истраживања и пренаглашена мултидисциплинарност садржаја, који се анализира и теоријски уопштава озбиљно умањује претензије да одабрани приступ стварања политичке економије буде, заправо, политичка економија социјализма, као самостална теоријска економска наука[8].

Осим тога, сам писац признаје да „ова књига има најмање, (поред претходно изложеног), један велики недостатак: њена је институционална скица заустављa на границама националне државе. Социјализам је, међутим, светски феномен. Политичка економија социјализма не може бити заокружена ако не укључује социјалистичке односе у међународним размерама. То је особито уочљиво у савременом подељеном свету"[9]. Очигледно да аутор раније цитиране књиге увиђа, попут непогрешивог визионара, (можда много више наслућује скорашњи крах важеће социјалистичке праксе водећи рачуна о теоријским и методолошким постулатима), недостатак свог приступа стварању политичке економије социјализма. Јер, као што је више пута са наше стране наглашавано, Б. Хорват њене научне постулате и сазнања изводи из анализе суштине продукционих односа једног конкретно историјски датог модела социјализма. Мада се уочени недостатак не јавља само код њега, него мање–више код готово свих писаца политичке економије социјализма, који своја теоријска уопштавања објективне економске стварности, формулисане у облику категорија и закона, изводе из анализе основних карактеристика привредне праксе једног конкретно узетог модела социјалистичке привреде[10].

Такав приступ, заправо представља ограничавајући фактор теоријске концептуализације политичке економије социјализма, због чега она једног момента, када социјалистичка пракса постаје „драма социјализма"[11], када он долази на историјска беспућа и наступи „сутон социјализма[12], доживљава

---

(8) Овакав приступ теоријског постављања политичке економије социјализма највише је заступљен у књизи Бранка Хорвата *Политичка економија социјализма*, „Глобус", Загреб, 1984.

(9) Бранко Хорват, *исто*, стр. 13.

(10) А.М. Румјанцев, *Политичка економија социјализма*, Загреб, 1982, налази се негде између оног приступа, без сумње највише вредног, на који се излаже целовит систем свих „конститутивних" елемената појам и карактеристике, предмет и метод, систем категорија и економских законитости –политичке економије социјализма, и другог начина њеног стварања путем кога се све илустрације, провере и доказни судови изводе и формулишу из анализе битних карактеристика совјетског модела привреде, што сигурно представља његов озбиљан недостатак.

(11) Мирослав Печујлић, *Драма социјализма*, „УГОАРТ", Загреб – „ПРОСВЕТА", Београд, 1989.

(12) Адолф Драгичевић, *Сутон социјализма*, Загреб, 1990. Интересантно колико је

своје драматичне тренутке. У новонасталим социјалним и економским околностима, али без обзира на узроке њихове појаве, разграђивање па и распад целокупне друштвено–политичке и економске „грађевине" социјализма и његовог макар и привременог одласка у „музејске старине", поставља се питање сврхе даљег постојања политичке економије социјализма

Зашто она фактички долази у такав парадокс? Просто зато што је током свог развитка, тако како је иначе концепцијски постављена, доведена у непосредну зависност од конкретне економске праксе, па свака промена те важеће праксе одмах поставља захтев промене садржаја проучавања политичке економије социјализма. Какав је то само парадокс кад се зна да она „има ту чудну и изузетну особеност развоја, да настаје још далеко пре него што су се социјалистички економски системи оформили у пракси...још пре насанка социјалистичке економске праксе, политичка економија социјализма настаје као производ посебних фаза у развитку економске теорије као такве и њених социјалних проблема..."[13]. Да је она постављена више на теоријским уопштавањима, а знатно мање на дескрипцији емпиријске стварности појединачних процеса, односа и активности, била би далеко независнија од честих експеримената примењиваних у привредној пракси једне конкретне социјалистичке земље. Овако долази пред многа искушења. Док једном бива необично што политичка економија социјализма као теоријска економска наука настаје пре настанка социјалистичке праксе, дотле други пут бива још чудније што њена судбина постаје директно зависна од историјских раскршћа и искушења пред која је, током свог развитка, дошао социјализам као економски и социјални поредак.

О томе уверљиво сведоче они чести делови садржаја појединих књига и уџбеника политичке економије социјализма у којима се врши дескрипција, опис и нормативно разматрање–анализа основних карактеристика одређеног модела важеће социјалистичке економске праксе. Међутим, чим престане њено фактичко манифестовање и важење, одмах постаје сасвим безразложно да дескрипција те преживеле економске праксе остане и даље унутар предмета политичке економије социјализма. Тек тог момента постаје јасно од колико је значаја њено теоријско утемељење и формулисање научног сазнања високог степена теоријског уопштавања. Али, под условом да то нема за основу ниједан конкретан облик привреде, каквих примера безмало да и нема у постојећој економској литератури, што ставља под знак питања даљи опстанак политичке економије социјализма[14].

Други теоријско–методолошки приступ политичкој економији социјализма, најчешће заступљен у нашој уџбеничкој литератури, није систематско, нити целовито и логички повезано излагање економских законитости једног конкретно датог модела социјалистичке привреде, као што је то случај код првог приступа. Напротив, оно је делимично и узгредно, упоредно с анализом природе општих, посебних и специфичних економских закона, излагање не свих него само извесних карактеристика социјалистичких односа производње и расподеле. При томе се јавља више различитих модалитета, приступа и решења, мада се код тога истовремено запажа велика

упадљива сличност и подударност назива цитираних извора са насловима још неких недавно објављених књига код нас, које сугеришу закључак да је социјалистичка економска пракса стигла пред суноврат. Међу те књиге спада, пре свих, студија Љубомира Мацара *Сутон социјалистичких привреда*, Београд, 1990. и Драгутина Марсенића *Економска беспућа и излази...*, Београд, 1990.

(13) Иван Максимовић, *исто*, стр. 13.

(14) Иван Максимовић, *исто*, стр. 14.

сличност и подударност назива појединих тачака, поглавља и одељака, чије су илустрације приближно исте, а такође и број изложених чињеница, начин њихове интерпретације и теоријског образложења, обим структура и систематизација излагања појединих проблема социјалистичке привреде.

Према томе, један број писаца уџбеника политичке економије, за разлику од оних који, колико–толико, на целовит начин, од почетка до краја, излажу све релевантне елементе политичке економије социјализма, о чему је било раније речи, паралелно са систематским излагањем општетеоријских садржаја–појмова, економских категорија и закона, заједничких свим облицима привређивања, и са излагањем специфичних економских закона, важећих само за капиталистички начин производње (кроз све фазе његовог развоја), одређују један посебан део, лоциран и систематизован готово увек на крају књиге у коме се излаже примера ради: под заједничким називом *Социјалистички систем привређивања, Неке опште карактеристике социјалистичког начина производње, Робна производња у социјализму, Комунистички начин производње – социјализам као нижа фаза његовог развоја, Социјализам, Нека питања прелазног периода*[15]. Сви ови и њима слични наслови једног посебног одељка уџбеника политичке економије, посвећеног излагањима неких парцијалних проблема социјалистичког начина производње, нису никаква замена за општеприхваћен назив политичка економија социјализма. Поготову то нису онда кад поједини писци анализи ових проблема дају веома скучен простор, излажу их на неколико страница, као што је случај с анализом само једног питања *Улога политичке економије у прелазној епохи, или са неколико њих анализираних у оквиру једног мањег поглавља: Економске тенденције прелазне епохе*[16] *и Социјализам као прелазни период од капитализма ка комунизму*[17]. Због тога ови писци нису значајније допринели стварању политичке економије социјализма као самосталне теоријске научне и наставне економске дисциплине.

Друга, мање заступљена од прве, група писаца уџбеника политичке економије узима за свој методолошко–теоријски приступ паралелно, и синхронизовано излагање веома, бар са формалне стране, сличних питања из домена опште проблематике, заједничке свим моделима привреде, из предмета политичке економије капитализма и једног дела садржаја политичке економије социјализма[18]. Они то аналитички спроводе тако што приликом

---

(15) Група аутора, *Политичка економија*, Дио IV: *Социјалистички систем привређивања*, стр. 531–955, „Научна књига", Београд, 1976; др Пајазит Помак, *Основи политичке економије*, Део пети: *Неке опште карактеристике социјалистичког начина производње*", стр. 421–475, „Привредни преглед", Београд, 1979; др Ана Жилић–Јурин и др Смиљан Јурин, *Политичка економија*, V дио: *Робна производња у социјализму*, стр. 363–523, „Научна књига", Београд, 1977; др Драгић Стојадиновић и др Миленко Еремић, *Политичка економија*, V део: *Комунистички начин производње – социјализам као нижа фаза његовог развоја*", стр. 413–594, „Савремена администрација", Београд, 1987; др Грегор Почкар и др Ђорђе Милованчевић, *Политичка економија*, Трећи део: *Социјализам* стр. 342–376, „Задружна књига", Београд, 1970; др Драгоје Жарковић и др Радоман Божовић, *Политичка економија*, II, Део трећи: „*Нека питања прелазног периода*, стр. 165–340, Суботица, 1977.

(16) Др Живојин Ракочевић, *Политичка економија*, „Привредни преглед", Београд, 1978, стр. 39–41 и 365–378.

(17) Др Грегор Почкар, *исто*.

(18) Овај начин излагања први су најдоследније спровели др Миладин Корач и др Тихомир Влашкалић у коауторском раду *Политичка економија*, „Рад", Београд, 1982. и др Рикард Ланг у свом уџбенику *Политичка економија*, „Информатор" Загреб, 1977. Нешто касније, по угледу на ове писце, прихватили су исти метод излагања одређеног броја

излагања суштине, улоге и особености општих економских закона, одмах после тога разматрају и питање економских закона у социјализму, а општа расправа о предмету политичке економије садржи и дискусију о предмету политичке економије социјализма, док је дефинисање појма *Начин производње* праћено разлагањем појма *Начин производње у социјализму*. Такође, кад одређују специфична и општа својства историјских облика робне производње, исто то чине и са питањем социјалистичке робне производње. У оквиру расправе о различитим аспектима закона вредности као основног закона робне производње уопште, анализирају се природа, функција и облик преко којег се испољава закон вредности у социјализму[19]. После дела излагања о карактеристикама и законитостима производње у капиталистичкој робној привреди, следи одељак у коме се анализирају карактеристике и законитости производње у социјалистичкој робној привреди[20].

Код овог начина излагања предмета политичке економије социјализма понављају се готово исте оне грешке које су уочене код већине аутора уџбеника политичке економије, али се при томе јављају и неки други његови недостаци. Наиме, поред недостатака систематског, целовитог и међусобно логички повезаног излагања свих неопходних компонената политичке економије социјализма и, за потребе анализе, погрешног избора модела социјалистичке економске праксе, о чему је раније обављена шира расправа, јављају се још две негативне стране оваквог начина концептуализовања и стварања политичке економије социјализма

Једна његова мањкавост састоји се у томе што се свака општа карактеристика, економска категорија, начело и законитост аналитички изводе из својстава социјалистичког самоуправног начина производње. Социјалистичко самоуправљање узима се као фундаментала основа и централна одредница социјализма. На основу ове одреднице формулише се облик социјалистичке самоуправне својине, поставља самоуправно планирање као метод планског организовања социјалистичке привреде, одређује карактер социјалистичке самоуправне робне производње, уводи самоуправни систем социјалистичке расподеле, модификује начин деловања закона вредности у условима социјалистичке самоуправне робне производње, концептуализује самоуправни модел равнотежне цене социјалистичке привреде, утврђује економска природа општих и специфичних законитости просте и проширене друштвене репродукције у условима постојања социјалистичке самоуправне привреде, конституише самоуправно социјалистичко предузеће и сва остала питања из предмета проучавања политичке економије социјализма бивају „одевена у социјалистичко самоуправно рухо". Управо ова одредница представља велики аналитички недостатак излагања једног дела – извесног броја економских проблема, односно целокупног садржаја политичке економије социјализма. Социјалистичко самоуправљање није универзална појава, већ је друштвени феномен, манифестован кратко време и на малом привредном и културном простору. Тек са његовим престанком показује се колико је овај начин излагања садржаја политичке економије социјализма, мало допринео његовом стварном развитку.

Други недостатак упоредног и наизменичног излагања, прво специфичних закона и карактеристика капиталистичке, а потом социјалистичке

питања политичке економије социјализма др Драгољуб Драгишић, др Милован Павловић и др Богдан Илић у заједнички написаном уџбенику *Политичка економија*, Београд, 1983.

(19) Др Рикард Ланг, *исто*, стр. 24–28, 49–50, 174–180,217–221 и 239–246.

(20) Др Драгољуб Драгишић, др Милован Павловић и др Богдан Илић, *исто*, стр. 157–158, 245–311, 447–527, 567–571, 585–588, 603–606 и 638– 646.

привреде, чак под претпоставком да овај други облик производње и расподеле не губи универзално својство– социјалистичко самоуправљање, огледа се у томе што се садржаји политичке економије социјализма интегришу и стапају с предметом излагања политичке економије капитализма. Ово интерполирање, уметање анализе појединих питања и проблема политичке економије социјализма између, односно испред или иза, излагања њима сличних садржаја политичке економије капитализма, није допринело стварању политичке економије социјализма као самосталне и наставне економске дисциплине.

Трећи начин теоријско–методолошког концептуализовања политичке економије социјализма у нашој економској литератури сличан је (али између овог и раније изложеног метода постоји битна разлика), оном начину њеног формулисања који полази од целовитог, систематског и логички повезаног излагања одређеног круга питања од чије садржине, склопа и структуре зависи њен статус као самосталне теоријске економске науке. Сличност је у томе што овај приступ, с више испољених модалитета, у стварању политичке економије социјализма полази од научног става да она треба да садржи део посвећен прегледу стања економске доктрине–теорија школа и схватања о њеном развитку, и да обавезно има један одељак у коме се разматра њен предмет проучавања и метод истраживања природе, карактеристика и облика деловања економских закона у социјализму. Тек након излагања ових неопходних елемената политичке економије социјализма систематизован је, према редакторским критеријумима, низ посебних поглавља. У њиховим оквирима врши се анализа различитих обележја односа производње у социјализму, указује на нужност постојања социјалистичке робне производње, описује механизам деловања закона вредности, одређује суштина робе и новца, економска улога кредита, банака и камате, народног дохотка и привредног биланса. Такође је овде нађен простор и за излагање објективног карактера општих и специфичних законитости социјалистичке расподеле, проблема пољопривреде, села и земљишне ренте, законитости друштвене репродукције и питања социјализма као светског процеса.

Целокупан овај садржај, уосталом то је случај и код осталих решења стварања политичке економије социјализма, додуше с извесним одступањима, улази у круг њеног изучавања, анализирања и теоријског уопштавања. Испољене разлике су концепцијске природе и налазе се у „питањима изградње политичке економије социјализма". Премда је књига (Политичка економија социјализма, наша примедба) конципирана као целина, по природи ствари сваки аутор „стоји" иза своје материје"[21]. Управо у томе је разлика између релативно целовитог и континуираног излагања проблема политичке економије социјализма од стране појединих писаца и њеног стварања у облику зборника више самосталних радова, произашлих из пера оноликог броја аутора колико има самосталних прилога у објављеној књизи (зборнику радова). Изложени метод „изградње политичке економије социјализма" код нас јавио се од самог почетка њеног развоја[22]. То је била њена „изградња" у облику зборника радова, насталог као механички спој одређеног броја посебних чланака или мањих студија, често писаних за друге намене, а не поводом

---

(21) *Политичка економија социјализма*",Зборник радова у редакцији др Д.Саболовић, „Информатор", Загреб, 1976, стр. V.(Предговор)

(22) Међу прве покушаје целовитог и систематског излагања питања политичке економије социјализма код нас спадају ауторизована предавања др Радивоја Увалића, објављена у облику књиге *Увод у политичку економију прелазног периода од капитализма у комунизам*, Београд, 1953, која је одржао студентима на Економском и Правном факултету Универзитета у Београду у школској 1951/52. години.

стварања књиге *Проблеми политичке економије социјализма*, са „седам тема колико их је прва садржавала", а касније иста објављена под нешто измењеним називом *Политичка економија социјализма*, али са повећаним бројем „тема, тј. два пута више" него приликом првог издања[23]. Овим путем развитак политичке економије социјализма као самосталне теоријске економске науке такође није показивао никакав успон, чак се може рећи да је дошло до њене стагнације.

(Примљено 27.03.1991)

Dr Dragutin Šoškić,
Professor of the Faculty of Law in Belgrade

DEVELOPMENT OF THE POLITICAL ECONOMY OF SOCIALISM
- A Critical Review -

Summary

Series of methodological - theoretical prerequisites are introduced in order to simplify the procedure of the analysis of development of the political economy of socialism in Yugoslavia. Three principal directions are designed within such analytical frameworks which include several different approaches towards the creation of an independent scientific and economic discipline in this field. One approach is the attempt of several authors to propose a complete, coordinated and logical system of economic categories, principles and rules of the socialist way of production. Similar to mentioned attempt is, on the other hand, the concept which is visible in a series of collection of works which are more or less mechanical collection of articles and separate studies, frequently written for other purposes and not for the creation of a book with the title - Political Economy of Socialism. The third approach in the above respect is mostly found in the text books. It is also partial and presented parallel to other theories on general and specific economic rules and laws and it relates mostly to some problems of the political economy of socialism, but within the limits of the course of the political economy of capitalism.

Key words: *Political economy. - Economic laws. - Subject and method. - Analytical model.*

(23) *Политичка економија социјализма*, редактори: др Иван Максимовић и др Жарко Булајић, „Рад", Београд, 1966, стр. 5, (Предговор)

Dragutin Šoškić,
Professeur à la Faculté de Droit de Belgrade

UN APPERÇU CRITIQUE DE L'EVOLUTION DE L'ECONOMIE POLITIQUE DU SOCIALISME

Résumé

Pour simplifier la procédure d'analyse du développement de l'économie politique du socialisme en Yougoslavie, l'auteur introduit toute une série de suppositions méthodologiques. Dans de telles cadres analytiques, trois principales voies ont été tracées, avec plusieurs diverses modalités de sa naissance comme discipline autonome scientifique et d'enseigement. Une de ces approches est constituée par la tentative d'un petit nombre de nos auteurs politiques et économiques visant à exposer un système global, harmonisé, logique et autonome de catégories, de principes et de lois économiques du mode de production socialiste. Une apparition semblable de la conceptualisation de l'économie politique du socialisme dans notre littérature économique est sa parution sous forme de recueil de travaux crée comme rassemblement mécanique de plusieurs articles particuliers et études de moindre envergure, écrits souvent à d'autres fins et pas à propos de la création du livre „L'économie politique du socialisme". La troisième approche est présente le plus souvent dans des manuels et elle constitue - partiellement et de maniére accessoire, parallèlement à l'analyse de la nature des lois économiques, générales, particulières et spécifiques de l'économie, l'exposé de certaines questions et de certains problèmes de l'économie politique du socialisme dans le cadre de l'exposé de la matière de l'économie politique du capitalisme, avec des interpolations fréquentes parmi, derrière et devant ses contenus.

Mots clés: *Economie politique. - Lois économiques. - Objet et méthode. - Modèle analytique.*

UDK — 347.5
Изворни научни рад

др Предраг Шулејић,
редовни професор Правног факултета у Београду

КОНКУРЕНЦИЈА ДЕЛИКТНЕ И УГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ (ПРОБЛЕМ ИЗБОРА ОДШТЕТНОГ ЗАХТЕВА)

У случајевима у којима повреда уговорне обавезе истовремено представља и деликтну радњу поставља се питање да ли оштећени може бирати основ свог одштетног захтева и тако ставити у дејство механизам оне врсте одговорности која му више одговара. У упоредном праву у већини земаља прихваћен је систем слободног избора захтева. Присталице супротног решења истичу да се слободом избора захтева, нарушава режим уговорне одговорности и оставља уговор без дејства. Ипак, и у системима у којима се забрањује кумулирање захтева, допуштају се одступања у корист оштећеног (када је штета намерно проузрокована, када истовремено представља и кривично дело, када су у питању наследници оштећеног лица, итд.). Проблем се, осим тога, компликује и практичним тешкоћама у низу случајева (од којих се неки карактеристични наводе) у којима судови не могу са сигурношћу да утврде о којој је одговорности реч. Утврђивање основа одговорности често припада вишој инстанци.

Кључне речи: *Грађанска одговорност. – Одштетни захтев. – Кумулирање.*

О разликама између уговорне и деликтне (вануговорне) одговорности говори се у свим уџбеницима облигационог права. Оне нису само теријског карактера, него производе и значајне практичне последице, које се огледају: у терету доказивања, у предвидљивости штете, у могућности уговарања смањења или искључења одговорности, у последицама доцње, у застарелости, у надлежности, у избору меродавног права, итд. У савременом праву, међутим, запажена је тенденција да се ове традиционалне разлике између две врсте одговорности умањују, посебно у домену професионалне одговорности, где стриктна подела доводи до правних аномалија(1). Тешко је заиста, прихватити утицај поменутих разлика на садржину обавезе и висину накнаде штете у појединим случајевима одговорности тзв. даваоца услуга, као на пример: лекар не може на различит начин да лечи болесника који је њему непознат, од онога на који лечи свог пацијента; као што ни адвокат не може са мање заузимања да брани по службеној дужности. На обављање професионалне делатности према правилима струке и етике, не може да утиче врста одговорности. Такође и захтев о предвидљивости штете, као услов за обавезу из уговорне одговорности, некада може изгледати апсурдно, као на пример, код лекара у случају смрти болесника. Клаузуле о искључењу и ограничењу

(1) A.Tunc, *International Encyclopedia of comparative law*, Vol.XI, Torts, I, no 44;

одговорности код неких професија постају депласиране јер нарушавају однос поверења између даваоца услуга и његовог клијента.

С друге стране, познате су тешкоће на практичном плану у односу на квалификацију одговорности у конкретном случају што, опет, наводи низ писаца на указивање неоправданости, па чак и апсурдности довођења лица која на исти начин претрпе штету у различит правни положај[2]. Наиме, постоје случајеви где из саме природе делатности штетника произлази да је реч о уговорној одговорности –на пример: из делатности једног хотела може произаћи одговорност за штете које могу настати из изнајмљивања собе, пружања услуга (грејање, пеглање, чишћење..) продаје намирница, чувања драгоцености и других предмета предатих од стране гостију, итд. Али, постоје и случајеви у којима неће бити лако закључити да ли је у питању уговорна или деликтна одоговорност. Када болесник одабере болницу у којој ће се лечити, онда је болница са њим у уговорном односу; али, када га у несвесном стању донесу у одређену болницу где се предузме лечење, онда је већ теже закључити да ли је реч о уговорном односу. У Француској је чувен случај „пада на степеницама"[3]: зависно од тога да ли је оштећени закупац или члан његове породице, или је пак, странац, његов положај је радикално различит, јер, у првом случају, постоји уговорна одговорност закуподавца (заснована на његовој кривици одржавања степеница у исправном стању – дакле, може се ослободити одговорности ако докаже да те кривице нема), а у другом одговорност је деликтна за – опасну ствар, (то јест, одговараће без кривице). Проблем квалификације врсте одговорности поставио се и у низу других случајева [4]: када боца која се налази у радњи на полици експлодира и повреди купца који се налазио у пролазу (деликтна) и када иста боца експлодира у рукама купца који је исту узео у намери да је купи (уговорна одговорност); када се евентуални купац који је ушао у радњу, оклизне о неки предмет који се налазио на поду (деликтна) и када се гост у хотелу, ресторану, тоалету.. на сличан начин повреди (уговорна); када два лица на перону железничке станице буду повређена од стране службених кола, према лицу које је имало возну карту примењују се правила уговорне одговорности железнице, а према лицу које је дошло да га испрати (уколико и оно није имало перонску карту) правила деликтне одговорности. Истини за вољу, тешкоће квалификације основа одговорности могу постојати и у оквиру исте врсте одговорности, што се може видети из неких случајева из наше судске праксе: одржавање одређене температуре при превозу меса у колима – хладњачи, предвиђене уговором, суд није прихватио као обавезу из уговора о превозу, него као посебну услугу која представља самосталну обавезу, те је на потраживање накнаде штете која је настала услед недовољне температуре за време превоза применио рок застарелости од 3 године, а не од 1 године, који је предвиђен за уговор о међународном превозу робе[5]; становиште савезног јавног тужиоца у захтеву за заштиту законитости по коме дангубнина због чекања камиона при предаји робе представља вид штете за превозиоца, који не извире из уговора о превозу робе, него настаје поводом тог уговора. Савезни суд није прихватио, већ је истакао да потраживање због

---

(2) G.Viney, *Laresponsabilit, conditions, Trait* de droit civil, sous la direction de J.Ghestin, Paris, 1982, no.243; Y.Lambert, *Faivre, Assurance des entreprises et des professions,* Paris, 1979, нос 925–928.

(3) P.Esmein, *La chute dans l'escalier,* J.Ц.П.1956.I.1321.

(4) G.Viney, *op. cit.* no 239, стр. 284–5.

(5) Пресуда Врховног привредног суда, Сл 1334/71 од 29. фебруара 1972., Збирка судских одлука, књига XVII, свеска 2, бр. 265

неуредног испуњења уговора представља увек потраживање из уговора, чак и када таква обавеза уопште није посебно третирана међу странама – стога је применио рок застарелости по прописима за уговор о превозу[6].

Напред поменуте тешкоће разграничавања уговорне и деликтне одговорности, као и оправданост постојања различитих последица које производе ове две врсте одговорности, несумњиво су утицале на тенденције (у законодавствима и судској пракси) да се ове разлике умање. У појединим областима грађанскоправне одговорности стварају се, било на националном или на међународном плану, посебни режими одговорности у којима правила дуалистичког схватања све мање долазе до примене: уговор о превозу (поморски превоз, ваздушни, међународни железнички), одговорност за штете од производа, извођење грађевинских радова у иностранству, итд. На овај начин уклања се потреба да се у сваком случају грађанске одговорности, у потрази за одговарајућим правилима, неминовно чини сврставање у једну или другу категорију (уговорну или деликтну договорност). Ипак, ван ових посебних случајева, остају значајне разлике две врсте одговорности које чине да је положај повериоца накнаде битно различит када се позива на деликтну радњу свог дужника и када се позива на кршење уговорне обавезе из чега му је проузрокована штета. Ако би поверилац коме је нанета штета неизвршењем обавезе сауговорника могао да се позове на деликтну радњу друге стране уместо да се позива на повреду уговора, он би тада био у повољнијем положају, јер би могао да се позове и на штету која није била предвидљива, избегао би примену клаузула о искључењу одговорности, имао би дужи рок застарелости, могао би да подигне тужбу код суда у месту где је штета учињена. Питање је, међутим, да ли би он могао да заобиђе уговор и да се понаша као било које треће лице у односу на штетника који му је проузроковао штету? Овом проблему, који има одређени практични значај, посвећује се пажња у теорији, где је познат као проблем кумулирања, или тачније, опције између две врсте одговорности.

Постоје значајне разлике у упоредном праву у односу на ово питање. Најпре, постоје неспоразуми у самој терминологији. Уобичајено је у неким земљама да се говори о „кумулирању одговорности". Овај израз је погрешан, јер се не ради о томе да оштећени може два пута да захтева накнаду штете. Реч је пре о избору између два захтева, јер, ако оштећени оствари накнаду по тужби на основу деликтне одговорности, његово право се гаси[7]. Такође, сматра се да не може бити речи ни о неком хибридном захтеву, који би истовремено био и деликтне и уговорне природе, тако да би оштећени могао да користи неке предности уговорне одговорности и неке предности деликтне одговорности, према томе шта би му више одговарало[8]. Правила уговорне одговорности и деликтне одговорности, по овом схватању, не би се могла комбиновати. Могу се користити једна или друга. Но, остаје питање може ли оштећени да изабере примену једних од њих?

На тези о забрани „кумулирања" чврсто стоји француска јуриспруденција и претежан број правних писаца, који искључују могућност „контаминације режима уговорне одговорности режимом деликтне одговорности"[9]. Међутим, има се утисак да је мањи број земаља у којима је ово схваћено (Совјетски Савез, Бугарска, Аргентина, Етиопија), у односу на број земаља у

(6) Пресуда Савезног суда ГЗС Бб 31/80, од 23. јануара 1981. Савремена пракса, бр. 845/1981

(7) Ripert—Boulanger, Trait, *Droit de droit civil*, Paris, 1957, tome II, стр. 341.

(8) A.Weil—F.Terr, *Droit civil des obligations, Paris*, 1980, стр. 853.

(9) G.Viney, *op. cit.* стр. 261.

којима је прихваћено супротно становиште (Савезна Република Немачка, Италија, Швајцарска, Пољска, Турска, Египат, Либан, Грчка, Јапан Квебек)[10]. У земљама common law–а прихваћено је средње решење: у Енглеској, судови и без позивања на принцип, практично остављају оштећеном могућност да изабере шта му више одговара; у америчкој судској пракси постоје веома различита решења која не допуштају неку систематизацију[11]. У неким од ових земаља (као што су: Немачка, Аустрија, Холандија, Шведска и Швајцарска) не само да постоји право избора захтева на страни оштећеног, већ и могућност да се у истом поступку истакну и тужба по основу уговорне одговорности и тужба по основу деликтне одговорности. Наравно, у случају оваквог „стицаја" захтева реализацијом захтева по једном основу гаси се други захтев ако је усмерен на исти циљ.

Основни аргумент којим се оспорава право избора захтева (као и комбиновање различитих основа) полази од констатације да је режим уговорне одговорности неповољнији за оштећеног па, према томе, ако би поверилац (уговорна страна) могао по својој вољи да се, у случају штете проузроковане неизвршењем уговора од стране другог уговорника, позове на правила деликтне огвоворности, уговор би остао мртво слово на папиру. Сам принцип дејства уговора искључује спајање двеју одговорности: ако би уговорне стране постигле споразум да у одређеном случају неће постојати одговорност, а потом се једној од њих призна право да подигне одштетни захтев као да је у питању деликт, то би значило овластити ову страну да крши уговор искључивањем одредби које јој не иду у прилог[12].

Међутим, треба рећи да се и у земљама у којима се не допушта „кумулирање" у принципу, прихватају, у неким случајевима, одступања од тог правила у виду изузетка. Тако, сматра се да, када је у питању штета проузрокована намерно од стране одговорног дужника, онда ионако не долазе до примене правила уговорне одговорности којима се његов положај као дужника накнаде олакшава, па нема разлога да се не прихвати режим деликтне одговорности. Затим, када проузрокована штета представља истовремено и кривично дело, прихвата се квалификација одштетног захтева као деликтне обавезе, да би се омогућила надлежност кривичног суда који иначе, одбија да расправља о последицама уговорне одговорности). Допушта се правним следбеницима лица које је настрадало у току превоза да изаберу између одштетног захтева према превознику по основу уговора о превозу (уговор у корист трећег у коме се они појављују као бенефицијари) или, пак, ако уговор о превозу садржи за њих неповољне (ограничавајуће) клаузуле, да се позову на деликтну одговорност превозника која постоји директно у односу на њих.

Осим тога, постоје тешкоће и у самом начину примене схватања о забрани „кумулирања". Оне се појављују пред судом у различитим ситуацијама у којима дужник подносећи тужбу чини квалификацију одштетног захтева као захтева из уговорне одговорности, из деликтне одговорности, или, једноставно, уопште не даје никакву квалификацију у том смислу. У првој хипотези, када се тужилац поставља искључиво на терен уговорне одговорности, суд може констатовати две ствари: или је, по његовом уверењу, одштетни захтев заиста уговорне природе и према садржини тог уговора

(10) *Ibid*

(11) T.Weir, *International Encyclopedia of compartive law*, vol. XI Тротс, *no.47—72; J.Deprimoz, Les assurances de resbonsabilité civile générale* dans 16 pays d'Europe, Comité Européen des assurances, Paris, 1978, стр. 21.

(12) A.Weil—F—Terré, *op. cit.* 854.

може бити задовољен или одбачен; или је, пак, деликтне природе и тада га уопште неће разматрати јер се правила уговорне одговорности, на која се позива тужилац, неће моћи применити. Овакав закључак, који произлази из стриктне примене правила о забрани „кумулирања", међутим, не одговара општем правилу по коме суд везују само чињенице које му странке дају, а не и њихова квалификација. На сличан начин се питање поставља и у хипотези у којој је тужилац квалификовао свој одштетни захтев као захтев деликтне природе. Ако је тужилац свој захтев засновао на деликтној одговорности (можда и погрешно), а суд закључи да је реч о уговорној обавези, он не може да о захтеву не расправља, већ је дужан да га разматра по правилима која важе за уговорну одговорност. У трећој хипотези: када је тужилац квалификовао захтев истовремено и као захтев уговорне и као захтев деликтне природе, или, пак, није уопште дао никакву квалификацију, суд мора по службеној дужности да одлучи у прилог једне или друге квалификације. При томе, ако постоји уговор, он ће најпре да разматра да ли је захтев уговорне природе, то јест, има ли места правилима уговорне одговорности. У случају негативног одговора, он ће захтев да разматра по правилима деликтне одговорности. Међутим, и у случају када сматра да је реч о уговорној одговорности, суд не би могао да се, при расправљању на терену уговорне одговорности, ослања на правила деликтне одговорности (на пример, да комбинује правила о застарелости из деликтне одговорности са правилима о ограничењу и искључењу одговорности из уговорне одговорности).– Интересантно је да је и у Француској (земљи забране „кумулирања") Касациони суд ублажио строгост принципа забране „кумулирања" допуштајући могућност да суд у другостепенм поступку, када сматра да је првостепени суд дао погрешну квалификацију одговорности, измени ову квалификацију и обавеже нижи суд да о њој води рачуна[13]. О улози више судске инстанце у квалификацији основа одговорности говори и пример из наше судске праксе у коме је Савезни суд расправљао поводом захтева о заштити законитости у спору о одговорности произвођача за штету због недостатка ствари: поступајући по захтеву за накнаду штете до које је дошло услед фабричке грешке на унутрашњој аутомобилској гуми, што је узроковало саобраћајни удес у коме је возило знатно оштећено, првостепени суд је заузео становиште да нису испуњени услови из члана 501, ст.1. Закона о облигационим односима (одговорност произвођача и продавца за исправно функционисање ствари) у погледу замене оштећеног аутомобила, већ да тужилац може од произвођача, који је одговоран по основу гаранције, само тражити да му уместо неисправне гуме преда другу гуму која исправно функционише, а што се осталих оштећења на возилу тиче, да може, по општим правилима о накнади штете, да захтева одговарајућу накнаду од продавца или произвођача оштећеног аутомобила; другостепени суд, са своје стране, сматрао је да се не ради о функционалном недостатку на основу којег би се могла тражити замена ствари у смислу чл. 501, ст. 1. ЗОО, већ да је реч о скривеној мани на гуми, дакле, делу ствари због које се купљена ствар не може користити, па упућује на примену члана 478. ЗОО о одговорности продавца за материјалне недостатке ствари; Савезни суд, коначно, није прихватио становиште нижих судова да нема законског основа да тужилац тражи замену оштећеног аутомобила, које се становиште заснива искључиво на примени одредбе члана 501, ст. 1. ЗОО. Овај суд указује да, у овом случају, треба имати у виду и одредбу члана 179, ст.1. (деликтна одговорност) према којој произвођач, по основу објективне одговорности, одговара за штету насталу због недостатка ствари када тај недостатак представља опасност штете за лица и ствари.

(13) G.Viney, *op.cit.* стр. 274.

Савезни суд подсећа на правило да суд није везан за правни основ тужбеног захтева (члан 186, ст 3. Закона о парничном поступку), те да у овом случају нема значаја да ли тужилац свој захтев заснива на члану 501. или на члану 179. Закона о облигационим односима; битно је да се он заснива на истим чињеницама, а суд је дужан да примени одговарајућу норму материјалног права. На основу овога, у конкретном случају тужилац као оштећено лице, има право, по основу општих правила накнаде материјалне штете (члан 185. ЗОО, дакле, по правилима вануговорне одговорности) да захтева успостављање стања какво је постојало пре настанка штете, што подразумева и замену аутомобила уколико се оправком не би могла отклонити сва оштећења настала у саобраћајној незгоди[14].

Сви напори који се чине да се ублажи строгост схватања по коме је забрањено „кумулирање" уговорне и деликтне одговорности, у земљама у којима је то схватање прихваћено, имају за циљ да се избегне злоупотреба таквог принципа, на начин да се оштећеном онемогући да на један или други начин оствари накнаду штете коју је претрпео. Упркос томе, одлуке неких судова не наилазе на одобравање, како показују примери из неких земаља. У Белгији је Касациони суд једном одлуком изазвао недоумице[15], поступајући у спору између једне компаније за снабдевање електричном енергијом и њеног потрошача који је претрпео штету због неисправне електричне енергије. До тога је дошло тако што је електродистрибуција дала погрешна упутства једном грађевинском предузимачу о положају каблова, па је овај, изводећи радове, каблове покидао. Да би избегао примену једне клаузуле о ограничењу одговорности предузећа за дистрибуцију, оштећени је поднео тужбени захтев заснивајући га на деликтној одговорности предузећа. Касациони суд је заузео становиште да је тужбу требало одбити, јер „повређено право има искључиво и извор и дејства у уговору који је закључен између странака, па је и претрпљена штета настала једино услед неизвршења обавеза тужене стране (компаније) које произлазе из тог уговора, према томе, и последице неизвршења уговора имају се расправити према правилима о уговорној одговорности". Различита реаговања је изазвала и одлука којом је допуштена могућност избора захтева у случају у којем је, услед рушења зграде као последице грешке у конструкцији, повређено неколико лица, међу којима и наручилац радова[16]. У Француској је Касациони суд расправљао о случају штете до које је дошло када је у колима експлодирала боца компримираног гаса који служи за погон возила, а тужбу је поднео власник оштећеног возила против испоручиоца боце[17].

После свега, очигледно је да постоје тешкоће у примени принципа забране „кумулирања", са једне стране, као и могућност нарушавања сврхе уговорне одговорности широким тумачењем слободе избора одштетног захтева, са друге стране, Но, из свега овога види се и нешто друго. То је неприхватљивост постојања два правна режима за исту грађанско-правну одговорност, зависно од тога да ли је њен извор у деликту или у уговору. Постоји, како је добро речено, „воља да се избегне прекомерност формализма и догматизма у примени разлике између деликтне и уговорне одговорности"[18]. Уосталом, у појединим областима, као што је већ видљиво (било на основу законског уређења или вољом уговорних страна), формирају се по-

(14) Пресуда Савезног суда ГЗС 44/85, од 5. децембра 1985. године.

(15) Cass.4.VI 1971. ..Pas., 1971. I.940.

(16) Van Rijn, note, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1957, стр. 308.

(17) Cass. civ.13. B 1955, Д.1956, стр.53.

(18) G.Viney, *op.cit.* стр. 274

себна правила, која показују да ни режим деликтне, ни режим уговорне одговорности, какав сада постоји не одговара потребама живота. Довољно је поменути област извођења грађевинских радова, превоза робе и лица (регулисан бројним међународним конвенцијама), одговорност за производе са недостатком, вршење разних професионалних услуга, итд. Некорисно је и непотребно све ове случајеве уклапати по сваку цену било у област уговорне или у област деликтне оговорности. Постепено ће се у многим од њих формирати посебан, специфичан правни режим одговорности. Разуме се, као што је добро примећено[19], није пожељно отићи у другу крајност, у претерано уситњавање режима грађанске одговорности; треба задржати један општи и јединствени режим одговорности сводећи, међутим, разлике између деликтне и уговорне одговорности на минимум који захтева очување уговора.

Тенденција уклањања разлика између уговорне и деликтне одговорности запажена је и у југословенском праву: у Закону о облигационим односима (на пример, оборива претпоставка кривице уведена је и у домен деликтне одговорности); у неким областима уведен је специфичан режим одговорности, нарочито у областима регулисаним међународним конвенцијама, о чему је било речи (разне врсте превоза, штете услед коришћења атомске енергије). Изједначавање се постиже било тако што се нека правила уговорне одговорности примењују и на расправљање по основу захтева из деликта (на пример, у неким конвенцијама из области уговора о превозу садржана су правила по којима се одредбе о ограничењу одговорности примењују како на уговорне, тако и на вануговорне захтеве), било тако што се у целини два режима одговорности изједначавају – као што је случај у нашем Закону о поморској и унутрашњој пловидби, који у члану 568. предвиђа да се све одредбе о ограничењу одговорности примењују како на уговорне тако и на вануговорне захтеве), било тако што се у целини два режима одговорности изједначавају – као што је случај у нашем Закону о поморској и унутрашњој пловидби, који у члану 568. предвиђа да се све одредбе о одговорности бродара примењују на све уговорне и вануговорне захтеве који су на било којој основи постављени против бродара за оштећење мањак или губитак терета. На овај начин право избора повериоца између захтева из основа уговорне и из основа деликтне одговорности постаје без значаја.

(Примљено 10.10.1990)

Dr Predrag Šulejić,
Professor of the Faculty of Law in Belgrade

COMPETITION BETWEEN TORT AND CONTRACTUAL LIABILITIES
- The Problem of Choice of the Claim for Damages -

Summary

When a violation of a contractual obligation amounts also to an action in tort, the issue arises as to whether the person suffering damage should be entitled to choose the ground of his claim for damages, putting thus into effect that kind of liability which is more suitable to him. Comparative law mostly witnesses to the adoption of the system of free choice of the claim for damages. Those favouring the opposite solution claim that the freedom of

(19) G.Viney, *op.cit.* стр. 299.

choice disturbs the regime of contractual liability, while leaving the contract without effect. However, even in the systems where cummulation of claims is prohibited, departures are allowed which favour the person suffering damage (cases of wilful causing of damage which is also a criminal offence; successors of the person suffering damage, etc.).

The problems is complicated also by practical difficulties in a series of cases (some of which are reviewed as characteristic) where the courts can not positively determine the kind of liability at issue. Determining the ground of liability frequently falls within the competence of higher court.

Key words: *Civil law liability. - Claim for damages. - Cummulation of claims.*

Predrag Šulejić,
Professeur à la Faculté de Droit de Belgrade

LA CONCURRENCE DE LA RESPONSABILITE DE DELIT ET CONTRACTUELLE (LE PROBLEME DU CHOIX DE LA CREANCE RESULTANT DU DOMMAGE)

Résumé

Dans les cas où la violation de l'obligation contractuelle représente en même temps un délit, la question se pose de savoir si la partie lésée peut choisir la base pour sa créance résultant du dommage et déclancher ainsi le mécanisme du type de responsabilite qui lui convient le plus. Le droit comparé de la majorité des pays admet le systéme du choix libre de la créance. Les partisans de la solution opposée soulignent que le libre choix de la créance èbranie le système de la responsabilité contractuelle et laisse le contrat sans action. Cependant, même dans les systèmes dans lesquels on interdit l'accumulation des crémances, on autorise des exceptions au profit de la partie lésée (lorsque le dommage a été causé intentionnellement, lorsqu'il représente en même temps un délit, lorsqu'il s'agit des héritiers de la personne lésée etc.). Le problème se complique en outre en raison des difficultés pratiques dans toute une série de cas (parmi lesquels certains cas caractéristiques sont cités), cas chez lesquels les tribunaux ne peuvent pas établir avec certitude le type de responsabilité. Il appartient souvent aux tribunaux d'instance d'établir la base de la responsabilité.

Mots clés: *Responsabilité civile. - Créance résultant du dommage. - Accumulation.*

UDK — 347.9
Прегледни чланак

др Боривоје Шундерић,
ванредни професор Правног факултета у Београду

О РАДНОМ СПОРУ

Радни спор је карактеристичан за радне односе. Он настаје између странака радног односа поводом повреде права (обавеза) из радног односа, односно интереса непосредно заснованих на праву. Овом институту радног права аутор посвећује пажњу у свом чланку. Аутор радни спор посматра првенствено са материјално-правног аспекта док је организационо-формалном аспекту дато простора у оној мери у којој је то било неопходно. Поред обраде битних елемената појма радног спора, наведене су у теорији, законодавству и судској пракси познате поделе радних спорова и критеријуми на којима се оне заснивају. У теорији, законодавству и пракси, свакако, је најприсутнија подела радних спорова на индивидуалне и колективне радне спорове. Критеријум те поделе су странке и предмет спора. Неки писци сматрају да је најопштија подела радних спорова она подела која радне спорове дели на правне и интересне (економске, спорове о регулисању; спорове снаге). Међутим, аутор прихвата овакву поделу али истиче да је она више карактеристична за колективне радне спорове. Овај чланак аутор завршава деоном јединицом у којој указује како природа и специфичности радних спорова утичу на надлежност органа и поступак за разрешавање радних спорова.

Кључне речи: *Радни однос. – Странке радног односа. – Противречни интереси. – Радни спор. – Повреда права (обавезе) и интереса.*

I. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Радни однос као и друге врсте правних односа препоставља правно способне субјекте. Својство субјекта радног односа могу, дакле, стећи само лица која имају радно-правну способност. У радном односу она могу заузети један од два могућа положаја: или положај послодавца или положај послопримца (радници, службеници, чиновници, намештеници). Који ће од ова два положаја припасти субјекту у заснованом радном односу, зависиће од његовог односа према средствима за производњу. У положају послодавца, по правилу, увек се налази лице које је власник средстава за рад. Послодавац може имати статус правног или физичког лица. У положају послопримца увек се налази физичко лице које поседује радно-правну способност. Успостављање радног односа, као једне друштвене појаве објективно је условљено. Међутим, ако настанак радног односа посматрамо са аспекта сваког субјекта понаособ, онда се може тврдити да је он и субјективна појава условљена остваривањем њихових како појединачних, тако и групних интереса[1].

(1) Овде се термин „интерес" употребљава за ознаку усмерености његовог носиоца према одређеним добрима од којих зависи ниво егзистенције у друштву.

Радни однос се првенствено заснива и функционише као индивидуални однос између послодавца и радника. Међутим, ради заштите својих интереса, радници иступају према послодавцима не само као појединци, него и групно (од – Рок група; радни колектив предузеће; радници једне привредне гране на одређеној територији) или, пак, организовано (најчешће у синдикату) успостављајући са њима колективни радни однос. Овај однос има за свој предмет уређивање услова рада радника код послодавца и права и обавеза самих странака. Успостављањем колективних радних односа и њиховом институционализацијом, радници остварују такав обим материјалне и социјалне заштите који нису могли остварити као појединци у односу са послодавцем. У колективном радном односу они снагом свог организованог деловања обезбеђују заштиту својих интереса, не само на нивоу предузећа, него и на нивоу привредне гране, одређене националне територије (региона, општине, или на целој територији државе) као и у оквиру своје струке (професије). Оно што је посебно значајно истаћи када се води расправа о радном односу, а пре свега о овој теми, јесте то да су интереси његових субјеката међусобно противречни. Противречност интереса се изражава у томе што остваривање интереса једног субјекта значи истовремено немогућност остваривања интереса другог субјекта, тј. „условљено је немогућношћу да се оствари други интерес који је овом противречан[2]. Овде се, дакле, ради о сукобу интереса два субјекта (послодавца и радника). Интерес послодавца, као власника средстава за рад, састоји се у томе да уз што мање трошкове производње (а то значи нижу цену радне снаге и нижа остала давања за материјалну и социјалну сигурност радника) оствари што већу добит (профит). На другој страни – интерес је радника, као власника радне снаге, да оствари што вишу цену радне снаге, повољније услове рада и сталност запослења најкраће речено – интерес радника је да оствари што виши ниво материјалне и социјалне заштите). Очигледно је да од висине плата и других новчаних давања и улагања којима се обезбеђује материјлна и социјална сигурност радника (улагања у заштиту на раду, образовање, пензијске фондове, обезбеђење права у случају технолошких вишкова, отпремнине, давања за случај несреће на послу и др.) зависи висина не само добити него и улагања у репродукцију. Према томе, улагање у радну снагу, као и у све оно што је везано за њено обезбеђење и развој, а што се обезбеђује гарантовањем одређених права радницима, ограничава интерес послодавца, који се изражава у циљу да на основу што мањих улагања у субјективан фактор рада оствари већи профит. Из ових разлога послодавци настоје да било у непосредним преговорима са радницима, било преко државног механизма, и квантитативно (број) и квалитативно (висина и степен остварљивости) ограниче права радника. Ради се, дакле, о сукобу материјалних интереса између радника и послодавца који произлази из немогућности да се производњом обезбеди задовољење свих њихових потреба.

II. РАДНИ СПОР

1. Појам радног спора

Ниво задовољавања интереса није заувек дат, већ је условљен постојећим нивоом материјалног развоја и, разуме се, обимом и структуром потреба. Техничко – технолошки развој доводи не само до промена у области материјалне производње (промена у квалификацијама запослених, обиму

(2) Др Н. Јованов, *Интереси и самоуправљање*, М.М, бр. 6/1980.

њиховог рада, појава технолошког вишка, скраћења радног времена и др) него и у области потрошње, тј. у обиму и структури потреба (повећање трошкова живота – становања, трошкова облачења, образовања, здравствене и друге заштите итд.). Све ово утиче да радници повремено артикулишу своје интересе у форми одређених захтева (повећање плата, утврђивање нових права, заштите права и др.), а послодавци у форми одређених понуда на захтеве. Разуме се да манифестовање својих интереса у радном односу субјекти врше предузимањем одређених аката (материјалних или правних), тј. чињењем или напредузимањем прописаних аката, тј. нечињењем. Постављањем одређеног захтева другој страни, односно захтева поводом чињења или нечињења друге странке у радном односу и супротстављањем друге странке постављеном захтеву настаје спор. Радни спор (конфликт, сукоб) настаје између странака радног односа (индивидуалног или колективног) онда када једна странка чињењем или нечињењем онемогућава остваривање права или врши повреду права или, пак, интереса заснованог на праву друге странке за измену постојећих или утврди нова права и обавезе, односно услове рада. Уопштено речено, радни спор би могао применом дескриптивног метода да се одреди као конфликт (сукоб) који настаје између субјекта радног односа поводом повреде утврђеног права или интереса или поводом и у вези са уређивањем права и обавеза из радног односа. Према неким ауторима[3], два су битна елемента који одређују појам радног спора: први, да је дошло до повреде права или интереса који произлази из права, односно да је повређена утврђена обавеза из радног односа и други, да право, непосредни интерес и обавезе проистичу из радног односа, или да су у вези с овим односом. Међутим, по нашем мишљењу, ова два елемента нису довољна за обухватање свих врста радних спорова, тј. нису довољна да се радни спор одреди као глобални појам или, боље речено – нису довољни да се одреди генерички појам радног спора. Наиме, појам радног спра дат са ова два елемента не може да покрије једну од врста колективног радног спора тзв. интересне или економске спорове. Из наведених разлога у појам радног спора уградили смо и спорове који настану поводом утврђивања права и обавеза из радног односа, односно поводом регулисања радног односа (интересни спорови). Полазећи од нормативних решења, у теорији и судској пракси је извршена диференцијација радних спорова, с обзиром на странке, предмет, природу, органе и поступак решавања. С обзиром на субјекте и предмет спора, извршена је подела на индивидуалне и колективне радне спорове. Ова подела у теорији се сматра релативном, јер једно колективно право може бити од интереса за једну особу или због тога што индивидуална одлука може изазвати колективни радни спор, ако представља напад на права и интересе других радника (отпуштање радника због његове синдикалне активности)[4]. Полазећи од природе, тј. специфичних обележја спора, извршена је поделе на правне и интересне (економске) спорове. И на крају, с обзиром на органе и поступак за решавање спорова, извршена је подела на радне спорове који су подобни за решавање у поступку пред судом, као сталним органом, и на радне спорове који се не решавају пред судом већ у процедури преговарања, мирења, посредовања и у арбитражној процедури[5].

---

(3) Др А. Балтић, др М. Деспотовић, *Основи радног права Југославије*, Београд, 1978, стр. 307.

(4) Jean - Mourice Verdier, *Droit du travovil,* Paris, 1986, стр. 362; J.Rivero, J. Savatier, *Droit du travail*, Paris 1981, стр. 356.

(5) Joan - Maurice Verdier, *op. cit.*, стр. 362; G.h. Camerlunck, Géorard, Lyon — Caen, *Droit du travail*, Парис 1978, стр. 725.

2. Индивидуални радни спор

Под индивидуалним радним спором подразумева се спор који настаје између радника, као појединца, и послодавца поводом непризнавања или повреде каквог индивидуалног (појединачног, личног) права из радног односа или непосредног личног интереса заснованог на праву или поводом повреде радне обавезе из радног односа утврђене правним прописима. Из реченог произлази да су два елемента битна за појам индивидуалног радног спора. Први елемент се тиче субјекта, а други предмета или објекта. Субјекти који се споре су, с једне стране, радник, као појединац, и, с друге стране, послодавац. У питању је, дакле, спор између субјеката индивидуалног радног односа, тј. спор у коме се супротстављају један послодавац и један радник поводом извршавања уговора о раду закљученог између њих[6]. У позитивном праву Југославије то би био спор између радника, с једне стране, и организације, односно послодавца, с друге стране[7]. Термин „организације" законодавац употребљава да означи различите облике субјеката који врше привредну или неку другу делатност, а који могу бити странка радног односа. Тако у те субјекте спадају: предузећа, организације друштвених делатности, банке и друге финансијске организације, организације за осигурање, задруге и други облици сарадње и заједничког пословања са страним лицем. Термин „послодавац" такође подразумева различите субјекте који се могу појавити као странка радног односа према радницима. Као послодавци у радном односу се могу појавити следећи субјекти: радни људи који самостално обављају делатности личним радом, односно личним радом и средствима у својини, грађанско правно лице, физичко лице, пољопривредно газдинство, представништво страних фирми, дипломатско и конзуларно представништво у СФРЈ. Термин „радник" не обухвата сва лица која у организацији, односно код послодавца или за организацију, односно за послодавца врше неки рад, већ обухвата само она лица која извршавају рад на основу заснованог радног односа, тј. рад који има карактер радног односа. Овде, такође, треба напоменути да југословенски законодавац и за лица запослена у радним заједницама државних органа, друштвено-политичких организација, друштвених организација, удружења грађана и других организација и заједница употребљава термин радник. Према томе, и ова лица могу бити странке радног спора. У тзв. капиталистичким земљама (или земљама са развијеном тржишном привредом) радни односи службеника (чиновника) нису предмет регулисања радног права, него административног права, па самим тим су и њихови спорови одвојени од радних спорова. Поводом извршавања рада из радног односа или у вези са радом у радном односу, може настати спор између самих радника, па се може поставити питање да ли тај спор има карактер радног спора. Овај спор се не би могао сматрати радним спором из разлога што радници нису међусобно у радном односу, тј. они нису закључили уговор о раду, те према томе спор између њих не настаје нити, пак, може настати поводом или у вези са извршењем уговора о раду. Међутим, треба рећи да се наводи пример Француске у чијем се праву и судској пракси спорови између радника који су везани једним уговором о раду с истим послодавцем тзв. групни уговор о раду и који за њега врше један заједнички рад сматрају радним споровима. Неки писци заступају становиште да стран-

(6) J. Rivero, J. Savatier, *op. cit.*, стр. 354.

(7) Види члан 1. Закона о основним правима из радног односа, „Службени лист СФРЈ", бр. 60/1989. године.

ка у радном спору може бити и правни наследник умрлог или погинулог радника[8]. Према овом схватању, правни наследник може да постави или да покрене спор поводом неког потраживања из радног односа који је умрли радник имао или би имао (новчана потраживања и др.) да је жив. Ако се строго придржавамо појма радног спора, онда нам се чини да правни наследник не може бити странка у радном спору. Ово због тога што његово право да захтева одређена давања од послодавца нема основа у радном односу, тј. у његовом раду, већ он то право стиче као наследник умрлог радника, тј. по основу неке друге везе (сродство, брачне везе). Неспорно је да он има право на исплату новчаних потраживања, али при том његов спор са послодавцем није радни спор, него грађанско–правни спор. Такође, може се приметити да заступници овог схватања поистовећују спор са поступком за разрешење спора. Између наследника умрлог радника и послодавца нема радног спора, него наследник подношењем тужбеног захтева настоји да у поступку пред судом оствари своје наслеђено право.

Предмет спора може бити: 1. повреда субјективног права појединог радника; 2. повреда непосредног личног интереса који произлази из права; 3. повреда радне обавезе. Одмах треба рећи да се ради о субјективним правима и обавезама који су утврђени законом, другим нормативним актима, колективним уговором или уговором о раду. Повреда права постоји онда кад надлежни орган организације, односно послодавац у поступку остваривања права, донесе одлуку којом повреди конкретно субјективно право радника (незаконита одлука о плати, о престанку радног односа итд.). У таквом случају радник има право да у поступку за преиспитивање одлуке захтева утврђивање њене законитости од стране надлежних органа (у организацији и пред судом). Ако се утврди да је одлука незаконита, она ће бити поништена. Поништењем одлуке о престанку радног односа још увек није отклоњена повреда права на рад све док организација, односно послодавац не изврше одређене чинидбе које за свој предмет могу имати новчане или неновчане захтеве радника. Треба, такође истаћи да право радника може бити повређено и незаконитом фактичком радњом одређеног органа или послодавца (необезбеђивање мера заштите на раду, онемогућавање радника да користи одмор и др.). По нашем мишљењу, спор може да настане не само поводом повреде права које је радник већ користио, него и поводом његовог захтева за остваривањем права која он пре тога није користио. Као пример можемо навести радника који иновацијом, рационализацијом или другим видом стваралаштва доприносе повећању дохотка, односно добити. По том основу радник има одређена права и то не само на повећање личног дохотка него и друга права утврђена општим актом, односно колективним уговором (нпр. предност при упућивању на стручно усавршавање и друга права). Повреда непосредног личног интереса радника постоји онда кад је статус радника у радном односу несигуран, а несигурност произлази из радњи органа организације, односно послодавца. Према томе, код повреде личног интереса који је заснован непосредно на праву не ради се о повреди права него о његовој угрожености[9]. Покажимо то на једном примеру. Радник А. је засновао радни однос на одређено време због привременог повећања обима послова, а у међувремену, тј. после његовог ступања на рад, то повећавање обима послова постане трајно. Законом је прописано да радник који заснује радни однос на одређено време заснива радни однос на неодређено време ако је привремено повећан обим послова постао трајан. Надлежни орган организације, односно

(8) Др. А. Балтић, др М. Деспотовић, *ор, cit.*, стр. 308; др. Д. Перишић, *ор. cit*, стр. 58

(9) Др Б. Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1973, стр. 194.

послодавац то не саопштава раднику, а предузима припремне радње да то радно место јавно објави. У овом случају право радника, који је засновао радни однос на одређено време, да му се радни однос трансформише у радни однос на неодређено време, није још повређено али је угрожено и то изазива код радника несигурност за његов радно–правни статус. У оваквом случају радник А. има правни интерес који непосредно произлази из наведеног права да захтева (без обзира на то што још није истекло време за које је засновао радни однос на одређено време) од надлежног органа да утврди да је засновао радни однос на неодређено време. На овај начин радник, без сумње, постиже један значајан степен правне сигурности у радном односу. Повреда обавезе из радног односа може бити извршена чињењем кад се субјект радног односа понаша супротно од онога што му радна обавеза налаже, а нечињењем кад пропушта радњу или радње које је иначе обавезан да изврши (значи – он се пасивно понаша – тј. не предузима никакву радњу). Треба напоменути да се у теорији и законодавству, у вези с извршавањем радне обавезе, употребљавају термини „повреда радне обавезе" и „неизвршавање радне обавезе". Повреда радне обавезе се врши чињењем, а неизвршавање радне обавезе нечињењем.

Као битан елемената за постојање радног спора наводи се и постојање одређеног органа надлежног за решавање радних спорова[10]. Овим се радни спор поистовећује са поступком за његово разрешење. Поистовећивање радног спора са поступком за његово разрешење се нарочито јављало крајем шездесетих година у судској пракси.

Наше је мишљење да радни спор настаје у материјалном односу и да претходи поступку као процесно–правном односу у коме добија своје разрешење.

3. Колективни радни спор

Колективни радни спор настаје поводом повреде колективног интереса (заједничких), односно колективних права, тј. права радног колектива. У овом спору се колектив радника супротставља једном или више послодаваца[11]. Колективни радни спор настаје било поводом утврђивања права, тј. поводом стварања нових или измене или укидања постојећих права, или у вези с применом или интерпретацијом права утврђених важећим правним прописима (законом, другим нормативним актима, колективним уговором општим отказом, и др) чије су странке колектив радника, група радника или њихова организација (синдикат), с једне стране, и послодавац или више послодаваца или њихове организација, с друге стране. Према томе, колективни радни спор се разликује од индивидуалног радног спора по предмету (објекту) и по субјектима. Објекат колективног радног спора је повреда колективног права или колективног односно заједничког интереса групе радника. Странке овог спора су, с једне стране, колектив радника различито организован, најчешће у синдикат или као група радника (мада је то ређи случај) или као радници једног предузећа или одређене категорије радника у оквиру предузећа или једне гране економије у оквиру региона или ширег националног простора, а с друге стране један или више послодаваца, односно њихово удружење. У Француском праву се спорови између синдикалних организација око признања репрезентативности сматрају колективним спо-

(10) Др. А.Балтић, др М. Деспотовић, *op.cit.*, стр. 309; др. Д. Перишић, *op. cit.*, стр. 58

(11) J.Rivero, J. Savatier, *op. cit.* стр. 354.

ровима[12]. У законодавству, судској пракси и теорији разликују се с обзиром на предмет спора, два типа колективних радних спорова и то: спорови интереса или економски (интересни спорови) и спорови права (правни спорови). Неки писци истичу да је ова подела примењива само на колективне радне спорове, јер индивидуални радни спорови могу бити само правни[13]. Међутим, у теорији има мишљења да и индивидуални спорови могу бити и правни и интересни. Пре него што одговоримо које схватање сматрамо прихватљивим, неопходно је одредити појам правног и појам интересног спора. Правни спорови за свој предмет имају примену или интерпретацију права радника утврђених позитивним правним прописима, или – како неки кажу – примену и интерпретацију постојећег правног текста[14], односно спорови о постојећем правном стању[15]. Насупрот правном спору, интересни радни спор је спор који има за предмет стварање новог правног правила примењивог на колектив радника или спор (конфликт) проузрокован модификацијом постојећег уговора између послодавца и његовог персонала (односи се на радно време, плате, хигијену рада, одморе и др.)[16]. Према томе, интересни спор настаје поводом регулисања радних односа, тј. утврђивања нових права и обавеза (ревизије колективног уговора). Ако се интересни спор схвати у овом смислу, онда индивидуални радни спор не може бити интересни спор. Међутим, ако се индивидуални спор схвати као спор у коме радник има правни интерес да захтева утврђивање, постојање или непостојање одређеног права или радног односа, онда он може бити и интересни спор.

III. РЕШАВАЊЕ РАДНИХ СПОРОВА

Индивидуални и радни спорови не разликују се само с обзиром на субјекат и објекат, већ се разликују и с организационо–формалног аспекта, а то значи с аспекта надлежности органа пред којима се разрешавају и поступка у коме се разрешавају. Наиме, индивидуалне радне спорове решавају судови по поступку који је унапред регулисан. Упоредно–правно посматрано, индивидуалне спорове решавају: грађански судови по поступку који је прилагођен природи радног спора; посебна одељења за радне спорове организована у оквиру грађанских судова и посебни судови специјализовани само за радне спорове (радни судови). Према нашим прописима, а и према прописима неких других земаља, разрешење радног спора може се захтевати пред судом тек после неуспелог решавања у поступку интерне заштите у организацији, односно код послодавца. Решавање колективних радних спорова, с обзиром на њихову природу (они нису приватни спор појединца, већ изазивају последице ширих друштвених размера), врши се у посебној процедури. Они се разрешавају првенствено мирним методама као што су: непосредно преговарање уговорних странака, мирење, посредовање и пред арбитражом. Арбитража је од свих метода мирног решавања спорова најважнија. Постоје две врсте арбитраже с обзиром на спорове које решавају. Постоје тзв. арбитраже права које решавају спорове који настају у току примене колективних уговора односно поводом тумачења и примене законских и др. одредаба о колективним правима радника. Оне, дакле, решавају

(12) Jean — Maurice, Verdier, *op. cit.*, стр. 361

(13) Jean —Claude Javillier, *Les conflits du travail*, Париc 1981, стр. 93

(14) Jean Claude Javillier, *op. cit*, стр. 93.

(15) Др. Стојан Бојић, *Основи радног права*, Београд, 1937, стр. 160.

(16) P. Durand, *Traité de droit du travail*, Paris, 1956, стр. 951-952.

правне спорове, тј. оне спорове, које би решавали редовни судови да оне нису предвиђене. Насупрот овоме постоје тзв. интересне арбитраже које решавају спорове око одредаба које треба унети у колективни уговор. Код интересних спорова арбитар одлучује по принципу правичности и својом одлуком ствара право, док код правних спорова арбитар одлучује (решава спор) на основу позитивног прописа и на тај начин омогућује примену права. Арбитраже могу бити добровољне и обавезне. Данас у већини земаља функционише систем добровољне арбитраже. Поред система мирног решавања колективних радних спорова, постоји и систем решавања ових спорова, како неки кажу, применом „агресивних" средстава (штрајк, локаут и други облици).

(Примљено 15.10.1990)

Dr Borivoje Šunderić,
Associate Professor of the Faculty of Law in Belgrade

LABOUR DISPUTE

Summary

Labour dispute is characteristic of labour relations. It takes place between the parties of the labour relationship in connection with a violation of right (duty) our of labour relationship, namely of an interest directly based on a right. Labour dispute is predominantly reviewed through the substantive law angle, while the organisational - formal side is discussed up to a degree necessary for the subject treated. After elaborating essential elements of the notion of labour dispute, theoretical, legislative and judicial distinctions of the labour disputes are treated, including the relevant criteria for such distinctions. Most conspicuous is the division of labour disputes into individual and collective ones, the relevant criterion being the parties and the subject of dispute. Some authors consider that the most general division is the one which reduces labour disputes to legal and interest ones (economic disputes, those on regulation, and the disputes of power). However, although accepting such distinctions, the author emphasizes that they are more characteristic for collective labour disputes. There also exists a distinction unit pointing at the nature and specificity of labour disputes as being decisive in influencing the jurisdiction of agencies and the procedure for settling these disputes.

Kew words: *Labour relationship. - Parties to the dispute. - Conflicting interests. - Labour dispute.*

Borivoje Šunderić,
Professeur adjoint à la Faculté de droit de Belgrade

SUR LE DIFFEREND DU TRAVAIL

Résumé

Le différend du travail est caractéristique pour les rapports de travail. Il intervient entre les parties dans le rapport du travail a propos de la violation des droits (des obligations) découlant du droit du travail, c'est - à - dire des intérêts fondés directement sur le droit. C'est

à cet institut du droit du travail que l'auteur examine le différend du travail avant tout du pont de vue matériel et juridique, alors qu'il se penche sur l'aspect d'organisation et formel dans la mesure où cela a été nécessaire. Outre l'élaboration des éléments essentiels du concept du différend du travail, l'auteur cite les divisions des différends du travail connues dans la théorie, dans la législation et dans la pratique des tribunaux et les critéres sur lesquels elles se basent. Il ne fait pas de doute que dans la théorie, dans la législation et dans la pratique, c'est la division des différends du travail en différends individuels et différends collectifs qui est la plus présente. Ce sont les parties en litige et l'objet du différend qui sont les critéres de cette divison. Certains auteurs considèrent que la division la plus générale des différend du travail est celle qui divise ces différends en différends juridiques et différends d'intérêts (les différends économiques, les différends sur le règlement, les différends de force). Cependant, l'auteur accepte cette division, tout en soulignant qu'elle est caractéristique plutôt por les différerends du travail collectif. L'auteur termine son article par un chapitre dans lequel il démontre comment la nature et la spécificite des différends du travail influent sur la compétence des organes et sur la procédure du règlement des différends du travail.

Mots clés: *Rapport du travail. - Parties en litige. - Intérêts contradictoires. - Différend du travail.*

АПФ, година XXXIX Београд, бр. 1-3, јануар-јуни, стр. 1-367
UDC 34/35 YU - ISSN 0003 - 2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

страна

др Ратко Марковић, Повест факултетског часописа, (уводни чланак) ---------- 1–9

др Сима Аврамовић, Затвор у атинском праву и Исејево katoikodomeín, (изворни научни рад) ---------- 10–18

др Оливер Антић, Држава као наследник, (изворни научни рад) ---------- 19–28

др Драгољуб Атанацковић, Неки проблеми у вези с објективно - субјективним схватањем кривичног дела, (прегледни чланак) ---------- 29–35

др Данило Баста, Неколико запажања о Слободану Јовановићу и духовном стожеру његовог дела, (изворни научни рад) ---------- 36–40

др Влајко Брајић, Концепт радног односа у Основном закону о радним односима (1965) и његов утицај на праксу и теорију, (прегледни чланак) ---------- 41–47

др Мирко Васиљевић, Акционарско друштво, (прегледни чланак) ---------- 48–57

др Радмила Васић, Историјска школа права, (прегледни чланак) ---------- 58–65

др Владимир Водинелић, Интертемпорално грађанско право о повратном дејству грађанскоправних норми, (изворни научни рад) ---------- 66–75

др Стеван Врачар, Историчност државно - правног поретка, (изворни научни рад) ---------- 76–86

др Јелена Даниловић, Уговор о грађењу у Римском класичном праву, (изворни научни рад) ---------- 87–101

др Војин Димитријевић, Одредбе о недискриминацији у Међународном пакту о грађанским и политичким правима, (изворни научни рад) ---------- 102–108

др Стеван Ђорђевић, Потраживања Југославије према Немачкој на основу ратне одштете после другог светског рата, (изворни научни рад) ---------- 109–118

Ана Желчевић, Одрицање од наслеђа у југословенском и француском праву, (прегледни чланак) ---------- 119–127

др Милица Златић, Равноправност странака у кривичном поступку, (изворни научни рад) ---------- 128–135

др Ђорђе Игњатовић, Појмовно одређење компјутерског криминалитета, (изворни научни рад) ---------- 136–144

Гордана Илић - Попов, Фискална реформа и опорезивање дохотка грађана, (прегледни чланак) ---------- 145–151

др Душан Јаковљевић, Рехабилитација осуђеника, (прегледни чланак) ---------- 152–160

мр Владан Јончић, Историјско - еволутивни развој међународноправног схватања оружаних снага, (прегледни чланак) ---------- 161–170

др Миленко Крећа, Научно истраживање у територијалном мору у светлости конвенције о праву мора из 1982. године, (прегледни чланак) ---------- 171–179

др Стеван Лилић, Предмет и извори управног права: два концептуална питања, (изворни научни рад) ------ 180–188

др Радомир Лукић, Нормативност права, (изворни научни рад) ---------- 189–201

др Божидар Марковић, Односи између позитивног и праведног права, (изворни научни рад) ---------- 202–210

др Момир Милојевић, Миленко Веснић као преводилац, (прегледни чланак) ---------- 211–217

др Зоран Миловановић, Примена средстава за прислушкивање и тајно осматрање у кривичном поступку, (прегледни чланак) ---------- 218–225

др Драган Митровић, Светосавски темати на Правном факултету у Београду /1921 - 1941/ ---------- 226–233

др Миодраг Орлић, Consideration и опозивост понуде, (изворни научни рад) ---------- 234–241

др Снежана Петровић, Интереси и политика - Законитост конфликата интереса у друштву, (прегледни чланак) – 242–248

др Боривоје Познић, Утицај кривичне пресуде на парницу, (изворни научни рад) ---------- 249–263

др Миодраг Симић, Рад библиотеке Правног факултета у Београду у окупационом периоду 1941 - 1944, (изворни научни рад) ---------- 264–270

Војислав Станимировић, Појам суне у предисламско доба, (прегледни чланак) ---------- 271–276

др Владета Станковић, Право привредног система, (изворни научни рад) ---------- 277–288

др Обрад Станојевић, Глигорије Трлајић први српски професор права, (изворни научни рад) ---------- 289–295

др Милојко Стојановић, Психолошке теорије о рату, (прегледни чланак) ---------- 296–306

др Светислав Табороши, О макроекономским циљевима (изворни научни рад) ---------- 307–316

др Јовица Тркуља, Маргиналије о правној држави, политичком плурализму и цивилном друштву, (прегледни чланак) ---------- 317–325

мр Јасминка Хасанбеговић, Један покушај правне операционализације идеје да се уразуми право, (изворни научни рад) ---------- 326–332

др Драгутин Шошкић, Један критички поглед на развитак политичке економије социјализма, (изворни научни рад) ---------- 333–343

др Предраг Шулејић, Конкуренција деликтне и уговорне одговорности (проблем избора одштетног захтева), (изворни научни рад) ---------- 344–351

др Боривоје Шундерић, О радном спору, (прегледни чланак) ---------- 352–360

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

AFL, Year XXXIX Belgrade, No.1-3, January-June, 1991 pp. 1-367
UDC 34/35 YU - ISSN 0003 - 2565

TABLE OF CONTENTS

ARICLES

		page
Dr	*Ratko Marković*, The History of the Review of Faculty of law in Belgrade	1—9
Dr	*Sima Avramović*, Imprisonment in Athenian Law and Isaeus' *Katoikodomein*, (original study)	10—18
Dr	*Oliver Antić*, The State as Successor, (original study)	19—28
Dr	*Dragoljub Atanacković*, Some Problems of Objective - Subjective Conception of Criminal Offence, (review article)	29—35
Dr	*Danilo Basta*, Few Remarks on Slobodan Jovanović and the Spiritual Center of his Work, (original study)	36—40
Dr	*Vlajko Brajić*, The Concept of Labour Relationship in the Basic Law on Labour Relations of 1965 and its Influence in Practice and Theory, (review article)	41—47
Dr	*Mirko Vasiljević*, Joint - Stock Company, (review article)	48—57
Dr	*Radmila Vasić*, Historical School of Law, (review article)	58—65
Dr	*Vladimir Vodinelić*, Inter - Temporal Civil Law, (original study)	66—75
Dr	*Stevan Vračar*, Historicity of the State - Legal Order, (original study)	76—86
Dr	*Jelena Danilović*, The Contract of Construction in Classical Roman Law, (original study)	87—101
Dr	*Vojin Dimitrijević*, Non - Discrimination Provisions in the International Pact on Civil and Political Rights, (original study)	102—108
Dr	*Stevan Đorđević*, Claims of Yugoslavia against Germany on the Ground of War Damages after the Second World War, (original study)	109—118
	Ana Želčević, Inheritance Renunciation in Yugoslav and French Laws, (review article)	119—127
Dr	*Milica Zlatić*, Equality of Parties in Criminal Procedings, (original study)	128—135
Dr	*Đorđe Ignjatović*, Determining the Notion of Computer Criminality, (original study)	136—144

Gordana Ilić - Popov, Fiscal Reform and Taxing the Income of Citizens, (review article) ——— 145—151

Dr *Dušan Jakovljević*, Rehabilitation of the Convicts, (review article) ——— 152—160

Dr *Vladan Jončić*, Historical Evolution of International - Law Conception of Armed Forces, (review article) ——— 161—170

Dr *Milenko Kreća*, Scientific Research in Territorial Waters and the Convention of the Law of the Sea of 1982, (review article) ——— 171—179

Dr *Stevan Lilić*, The Subject - Matter and Method of Administrative Law: Two Issues of Conception, (original study) ——— 180—188

Dr *Radomir Lukić*, Normative Nature of Law, (original study) ——— 189—201

Dr *Božidar Marković*, Relationship between the Positive and Just Laws, (original study) ——— 202—210

Dr *Momir Milojević*, Milenko Vesnić as a Translator, (review article) ——— 211—217

Dr *Zoran Milovanović*, Applying Eavesdropping and Secret Observation Devicesd in Criminal Proceedings, (review article) ——— 218—225

Dr *Dragan Mitrović*, Saint-Sava Prize Competitions at the Faculty of Law in Belgrade (1921 - 1941), (review article) ——— 226—233

Dr *Miodrag Orlić*, Consideration and the Ratractability of Offer, (original study) ——— 234—241

Dr *Snežana Petrović*, Interests and Politics - Regularity of Conflict of Interests in Society, (review article) ——— 242—248

Dr *Borivoje Poznić*, The Impact of Criminal Verdict on the Litigation, (original study) ——— 249—263

Dr *Miodrag Simić*, The Activity of the Faculty of Law Library in Belgrade During the Enemy Occupation 1941 - 1944, (original study) ——— 264—270

Vojislav Stanimirović, The Notion of Sunna in Pre - Islamic Era, (review article) ——— 271—276

Dr *Vladeta Stanković*, The Law of the Economic System, (original study) ——— 277—288

Dr *Obrad Stanojević*, Gligorije Trlajić - the First Serbian Professor of Law, (original study) ——— 289—295

Dr *Milojko Stojanović*, Psychological Theories of War, (review article) ——— 296—306

Dr *Svetislav Taboroši*, On Macro - Economic Goals, (original study) 307—316

Dr *Jovica Trkulja*, Marginal Notes on State of Law, Political Pluralism and Civil Society, (review article) ——— 317—325

Mr *Jasminka Hasanbegović*, An Attempt of Making Operational the Idea of Bringing Law to Senses, (original study) ——— 326—332

Dr *Dragutin Šoškić*, Development of the Political Economy of Socialism - A Critical Review, (original study) ——— 333—343

Dr *Predrag Šulejić*, Competition between Tort and Contractual Liabilities (The Problem of Choice of the claim for Damages), (original study) ——— 344—351

Dr *Borivoje Šunderić*, Labour Dispute, (review article) ——— 352—360

Annales de la Faculté de Droit de Belgrade

APF, l'année XXXIX Belgrade, No.1-3, 1991, p 1-367
UDC 34/35 YU - ISSN 0003 - 2565

TABLE DES MATIERES

ARTICLES

		page
dr	*Ratko Marković*, Histoire de la revue de la Faculté de droit de Belgrade, —	1—9
dr	*Sima Avramović*, La prison dans le droit athénien et le katoikodomeín d'Isaia, (travail scientifique original) — — — — — — — —	10—18
dr	*Oliver Antić*, L'Etat comme héritier, (travail scientifique original)	19—28
dr	*Dragoljub Atanacković*, Certains problèmes liés au concept objectif et subjectif du délit, (article de revue) — — — — — — —	29—35
dr	*Danilo Basta*, Certaines remarques sur Slobodan Jovanović et le pilier spirituel de son ouevre, (travail scientifique original) — —	36—40
dr	*Vlajko Brajić*, Le concept du rapport de travail dans la Loi fondamentale sur les rapports de travail (1965) et son influence sur la pratique et la théorie, (article de revue) — — — — — — — — —	41—47
dr	*Mirko Vasiljević*, La société par actions, (article de revue) — —	48—57
dr	*Radmila Vasić*, L'école historique de droit, (article de revue) —	58—65
dr	*Vladimir Vodinelić*, Le droit civil intertemporal sur l'action réversible des normes du droit civil, (travail scientifique original)	66—75
dr	*Stevan Vračar*, L'historicité de l'ordre d'Etat et juridique, (travail scientifique original) — — — — — — — — — — — — — — —	76—86
dr	*Jelena Danilović*, Le Contrat de construction en Droit Romain classique, (travail scientifique original) — — — — — — — — —	87—101
dr	*Vojin Dimitrijević*, Les dispositions sur la non discrimination dans le pact international sur les droits civils et politiques, (travail scientifique original) — — — — — — — — — — — — — — — —	102—108
dr	*Stevan Đorđević*, Les créances de la Yougoslavie envers l'Allemagne sur la base des réparations de guerre aprés la deuxieme guerre mondiale, (travail scientifique original) — — — — — —	109—118
	Ana Želčević, La Renonciation á la Succession en Droit yougoslave et en Droit français, (travail scientifique original) — — —	119—127
dr	*Milica Zlatić*, L'égalite en droits des parties dans la procédure pénale, (travail scientifique original) — — — — — — — — — — —	128—135
dr	*Đorđe Ignjatović*, La définition conceptuelle de la criminalité informatique, (travail scientifique original) — — — — — — — — —	136—144
	Gordana Ilić - Popov, La réforme fiscale et l'imposition des revenus des citoyens, (article de revue) — — — — — — — — — —	145—151

dr *Dušan Jakovljević*, La réhabilitation des condamnés, (article de revue) — 152—160

mr *Vladan Jončić*, Le développement historique et évolutif du concept des forces armées dans le droit international — — — — — 161—170

dr *Milenko Kreća*, La recherche scientifique dans la mer territoriale à la lumière des conventions sur le droit de la mer de 1982, (article de revue) — 171—179

dr *Stevan Lilić*, L'objet et les sources du droit administratif: deux questions conceptuelles, (article original) — — — — — — — — — 180—188

dr *Radomir Lukić*, Le caractère normatif du droit, (article original) 189—201

dr *Božidar Marković*, Les rapports entre le droit positif et le droit juste, (travail scientifique original) — — — — — — — — — — — 202—210

dr *Momir Milojević*, Milenko Vesnić comme traducteur, (article de revue) — 211—217

dr *Zoran Milovanović*, L'application des moyens d'écoute et d'observation secrète dans la procédure pénale, (article de revue) — 218—225

dr *Dragan Mitrović*, Les thèmes à l'occasion de la fête de saint-Sava à la Faculte de droit de Belgrade (1921 - 1941), (article de revue) — 226—233

dr *Miodrag Orlić*, La considération et la révocabilité de l'offre, (travail scientifique original) — — — — — — — — — — — — — — — 234—241

dr *Snežana Petrović*, Les intérêts et la politique de la légalité des conflits d'intérêts dans la société, (article de revue) — — — — 242—248

dr *Borivoje Poznić*, L'influence du verdict penal sur la procéure pénale, (travail scientifique original) — — — — — — — — — — — — 249—263

dr *Miodrag Simić*, Le travail de la bibliothèque de la Faculté de droit de Belgrade au cours de la période d'occupation 1941 - 1944, (travail scientifique original) — — — — — — — — — — — 264—270

Vojislav Stanimirović, Le concept de la sunna à l'époque preislamique, (article de revue) — — — — — — — — — — — — — — — — 271—276

dr *Vladeta Stanković*, Le droit du système économique, (travail scientifique original) — — — — — — — — — — — — — — — — — — 277—288

dr *Obrad Stanojević*, Gligorije Trlajić, premier professeur Serbe du droit, (travail scientifique original) — — — — — — — — — — — 289—295

dr *Milojko Stojanović*, Les théories psychologique de la guerre, (article de revue) — 296—306

dr *Svetislav Taboroši*, Sur les objectifs macro - économiques, (travail scinetifique original) — — — — — — — — — — — — — — — — 307—316

dr *Jovica Trkulja*, Les margines dans l'Etat de droit, dans le pluralisme politique et dans la société civile, (article de revue) — — — 317—325

mr *Jasminka Hasanbegović*, Une tentative d'opérationnalisation juridique de l'idée visant à ramener le droit à la raison, (travail scientifique original) — — — — — — — — — — — — — — — — — — 326—332

dr *Dragutin Šoškić*, Un regard critique sur le développement de l'économie politique du socialisme, (travail scientifique original) 333—343

dr *Predrag Šulejić*, La concurrence de la responsabilité de délit et contractuelle (le problème du choix de la demande de réparation), (travail scientifique original) — — — — — — — — — — 344—351

dr *Borivoje Šunderić*, Sur le différend de travail, (article de revue) 352—360

Уредништво „Анала" моли своје сараднике да рукописе достављају, придржавајући се следећих правила:

1. Све радове (чланке, прилоге, дискусије, приказе, судску праксу итд.) куцати на пуном папиру (не на пелиру) и то на једној страни, са проредом и са довољно белине са стране (27 редова на страни и 60 словних места у реду).

2. Уз рад намењен рубрици „Чланци" истовремено доставити резиме највише до 25 редова, куцан на исти начин као што је предвиђено под тачком 1.

3. Уз сваки рад доставити следеће податке: тачну адресу, потпуне податке о звању, број жиро–рачуна, телефон на радном месту и у стану.

4. Сваки рад доставити потписан.

5. Прикази књига које су мање од 200 страна не треба да буду дужи од 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 издавања, година издавања, 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, *Пораст и разлози пораста порезног оптерећења,* „Финанције и финанцијско право", ред. Божидар Јелчић и Владимир Срб, Осијек, 1982, стр. 37; Владимир Капор, *Купопродаја,* n. 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 истакнути 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 1991. години за целу годину износи:

1. За правна лица _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _	дин.	1000.–
2. За појединце _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _	„	600.–
3. За студенте (редовне и ванредне) _ _ _ _ _ _	„	200.–
4. За један примерак _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _	„	200.–
5. За један примерак за иностранство _ _ _ _ _ _	УСА $ 25 (у дин.)	

Претплата за иностранство износи 50 УСА $ (плативо у динарима по курсу на дан уплате).

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