

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

UDK 34/35

YU ISSN 0003-2565

АПФ



4

БЕОГРАД, 1992.

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 Владимир Водинелић. Чланови: др Стеван Врачар, др Предраг Шулејић, др Дејан Поповић, др Сима Аврамовић, др Драгољуб Поповић, др Боровоје Шундерић, др Мирјана Тодоровић, др Ђорђе Игњатовић (секретар Уређивачког одбора), др Љиљана Радуловић, др Милан Пауновић и Војислав Станимировић.

ИЗДАВАЧКИ САВЕТ

Председник: Радосав Ђосић. 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

КОМПЈУТЕРСКИ-СЛОГ: P.P. FONT, Zemun
Штампа: Завод за графичку технику
Технолошко-металуршког факултета,
Београд, Карнегијева 4

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

АПФ, година XL, Београд, бр. 4, јули–август 1992, стр. 209–368

UDK 34/35

YU – ISSN 0003–2565

ЧЛАНЦИ

UDK - 342.24 (73)

Прегледни чланак

James M. Klebba,

професор Правног факултета, Универзитета *Loyola, New Orleans, La.* SAD

СУДСКИ ФЕДЕРАЛИЗАМ У САД (1)

Развој федералног система правосуђа у САД датира од грађанског рата и одредби федералног устава које ограничавају суверенитет држава и њихове судове претпостављају федералним. Међутим, после јачања националних влада држава чланица САД, уследила су и компромисна ограничења у позитивним прописима. Значајно је поменути правна средства којима се преносе спорови на федерално правосуђе - право преношења и право на ревизију. Јасно је изражена, међутим, временска ограниченост федералног правосуђа, док је с друге стране, присутна сумња у њихову непристрасност због њихове унутрашње организације и састава. Присуство етничких и националних фактора у објективном пресуђењу су чиниоци који су применљиви не само на амерички систем судства. У установљењу надлежности федералних судова постоје и конгресна ограничења с обзиром на вредност спора који се износи пред федерални суд. Право на *habeas corpus* је једно од најзначајнијих грађанских права против арбитрарног лишавања слободе.

Кључне речи: Државна сувереност. – Отцепљење. – *Habeas Corpus*.

I. ТЕОРИЈА И ИСТОРИЈАТ

Историјска је чињеница да су Сједињене Државе настале од првобитних 13 држава. Оне су постојале пре него што је оформљена федерална власт. План Устава САД је био да се суверене државе уједине на принципу добровољности, предајући део свог суверенитета централној власти, али истовремено задржавајући аутономност своје суверене вла-

(1) Предавање одржано на Правном факултету у Београду 10. јула 1991. године.

сти. Зато се сматра да влада САД има ограничења садржана у Уставу САД.

Међутим, колика је пуноважност ове теорије у садашњости? Многи ће правити питање око употребе термина *сувереност*, као државне суверености Сједињених Америчких Држава. У ствари, према дефиницији суверености од стране многих политичких теоретичара и правника, државе у САД се не могу сматрати суверенима.

Амерички грађански рат је имао најважнију улогу у редефинисању односа између федералне власти и држава. Рат је сам по себи донео одлуку да ниједна држава нема право на једнострано *отцепљење*. Једном установљен, овај принцип је пренешен на правне односе између федералне и државних власти.

У погледу судства, можда још упечатљивије, уставни амандмани и законодавство донешено после рата, у периоду обнове, су много допринели субординирању локалне власти савезних држава, укључујући и судове, федералној власти.

Не може се, међутим, порећи да је динамичан развој америчког капитализма крајем 19. и у 20. веку, учинио много на консолидацији и јачању националних влада у односу на федералну. То је посебно очигледно код законодавних и извршних тела, која су повећала своја овлашћења ради контролисања и потпоре надлазеће снаге индустрије и финансија. Предмет историјског неслагања је да су закони донешени у америчком Конгресу били усмерени на контролу овог развоја и његово оснажење. Са марксистичког становишта, законски прописи донешени ради наводног контролисања великог бизниса, су имали праву намеру да га прошире. Општеприхваћено је правило да овакви привредни трендови, у циљу централизације и законске одговорности, доприносе јачању федералних судова.

Упркос снажном јачању овлашћења федералне владе и надлежности федералних судова, *теорија и стварност ограничене судске надлежности* федералних судова су још увек јаки. Мора се уважавати чињеница да су федерални судови, судови *ограничене надлежности*, да би се разумео често сложен и понекад споран однос између државних и федералних судова у Сједињеним Државама.

II. ОГРАНИЧЕНА СУДСКА НАДЛЕЖНОСТ ФЕДЕРАЛНИХ СУДОВА

Судска надлежност федералних судова, иако ограничена, представља врховну надлежност у свој подручју утицаја. Ова судска надлежност може бити проширена доношењем нових закона у америчком Конгресу. С друге стране, судови савезних држава имају *општу месну надлежност*. *Претпоставка* месне надлежности судова држава важи, уколико не постоји афирмативни основ за искључиву надлежност федералног суда. На овај начин, чињенице у прилог постојању надлежности савезног суда морају бити садржане у судском поднеску којим се тужилац, или тужени, обраћа федералном суду, иначе је њихов захтев предмет *одбацујуће пресуде*, донешене одмах од стране судије.

Члан III, одељак 2, Устава САД одређује ограничења. Ради поједностављења, може се рећи да постоје две основне области судске на-

длежности федералних судова: (1) спорови са питањима од *федералног значаја*, (2) спорови са *сукобом држављанства*.

Основ постојања федералне судске надлежности је у предметима који укључују тумачење Устава САД, међународне уговоре којима су приступиле САД и закони донешени у Америчком конгресу.

Судска надлежност за спорове са сукобом држављанства испољава се у случајевима лица са различитим држављанством савезних држава, између савезне државе и странаца, између две савезне државе и њихових држављана са страном државом и случајеви који обухватају стране амбасадоре, или припаднике страних држава са јавноправним овлашћењима (последње две категорије могу потпадати и под искључиву федералну судску надлежност).

III. ПИТАЊЕ УСТАНОВЉЕЊА ФЕДЕРАЛНЕ СУДСКЕ НАДЛЕЖНОСТИ

Важно је установити разлику између основа постојања федералне судске надлежности, за питања од федералног значаја, у односу на њихову надлежност у споровима са сукобом држављанства. Општеприхваћен је основ, имплициран у Уставу САД у циљу стручног тумачења федералних закона, жељом за постојањем правосуђа које ће адекватно тумачити федералне законе и ради осигурања супремације федералних закона, што је и сврха тумачења. Прихваћено је да ће федерални суд бити меродавнији за доношење одлука у оваквим предметима него суд савезне државе, зато што национална влада именује, континуирано плаћа и пружа заштиту федералном судији.

Кратко ћу истаћи да федерални судови нису једини овлашћени субјект за тумачење федералних закона. У већини случајева судови држава имају конкурентну надлежност са федералним судовима. Судови савезних држава, као судови опште месне надлежности, овлашћени су да одлуче о примени савезног статусног и уставног права *уколико* не постоји специфична забрана донета одлуком америчког Конгреса, којом се предвиђа искључива надлежност федералних судова. Најважнији примери искључиве федералне судске надлежности су: адмиралитет и поморско право, банкротство, право на патент и ауторско право и федерални анти-труст прописи.

Међутим, шта је са осталим случајевима где не постоји искључива федерална судска надлежност? Много важних области, укључујући федерално уставно и грађанско право, као и подручја великог привредног значаја, потпадају под категорију *конкурентне* судске надлежности. Како ће се постићи федерална супремација објективности, стручног, непристрасног тумачења када постоји толико конкурентне надлежности између савезних судова и судова држава?

Два су одговора: прво, право преношења и, друго, могућност ревизије одлуке државних судова од стране Врховног суда.

Право преношења (делегације) обухвата право туженог, суду савезне државе, у случају када се на предмет спора примењује федерални закон, да пренесе спор на федерални суд. Када се размотри да је и тужилац имао право да поднесе тужбу федералном суду због федералног закона као основа за доношење одлуке, јасно је да, у случају постојања

конкурентне судске надлежности, обе странке, и тужилац и тужени, имају *право избора суда*. На овај начин, парнице које странке не изнесу пред федерални суд означавају да ниједна странка није хтела да изнесе спор пред федерални суд ради позива на његово стручно, непристрасно тумачење.

Друго средство за одржавање интегритета федералног закона је чињеница да Врховни суд има право ревизије одлуке државних судова. У суштини, Врховни суд ће се огласити надлежним за жалбу на одлуку суда савезне државе, једино у случају када се предмет спора тиче тумачења федералног прописа, федералног Устава или федералног уговора. Даље, само они аспекти спора који обухватају федерални закон могу бити предмет ревизије Врховног суда.

Врховни суд прихвата веома мали број жалби као *дозвољене*. Све ревизије су под дискреционим правом Врховног суда, који позитивне захтеве за ревизијом, маркира у писмену са ознаком *certiorari*. Ово из разлога што много учесника хоће да спорове изнесе пред Врховни суд, који може да одвоји време за веома мали број веома важних случајева. Међутим, још увек Врховни суд не разматра велики број важних федералних спорова покренутих пред судовима држава. Ово првенствено из разлога што је способност федералног суда да осигура *једнообразност и супремацију* федералног закона временски веома ограничена.

IV. НАДЛЕЖНОСТ ФЕДЕРАЛНОГ СУДА НА ОСНОВУ СУКОБА ДРЖАВЉАНСТВА

Сада ћемо се вратити на друго подручје судске надлежности федералних судова. Судска надлежност по основу сукоба држављанства је укључена у Устав САД, ради заштите странака од пристрасности и дискриминација, могућих када је странка у спору лице са различитим држављанством од територије друге државе на којој суд има седиште. Федерални судови су надлежни за спорове који укључују примену само државних прописа, без обавезе укључивања савезних, због постојања претпоставке веће објективности и неутралности суда, као основ за непристрасно доношење одлуке и правилно пресуђење.

Наглашавам да је постојање ове судске заштите применљиво и на странце. Нпр. држављанин Југославије, учесник саобраћајног удеса у Луизијани, има алтернативну могућност да поднесе тужбу федералном суду (радије) уместо суду државе Луизијане. Слично томе, уколико је Југословен тужени у суду Луизијане, може да пребаци (или пренесе) спор пред федерални суд.

Поставља се питање да ли су федерални судови стварно објективнији, неутралнији, мање пристрасни у пресуђењима која обухватају држављане САД и странце. Мада је ово питање неслагања правних школа, судија, конгресмена, правника и адвоката, извршено је кратко истраживање искуства које би било прихватљиво као пуноважно за социологе. Напоменуо бих, да у ангажовању професора на пословима искуствених истраживања изостаје подршка њихових правних факултета.

Зашто се сумња у непристрасност федералних судова? Прво, зато што је састав пороте, на суђењу у федералним судовима, географски исти као да је порота изабрана на суду државе суђења. Разлог је у подели, по географским подручјима, надлежности федералних судова и правилима извршног поступка федералних судова. Федерални судија би, исто тако, у сваком случају могао бити становник исте државе, па би представљао само копију из државног суда у коме је донешена одлука у спору.

Ипак, федерални судија треба да има мање разлога да буде наклоњен етничким или регионалним предрасудама. Зашто? Из разлога што се федералне судије именују трајно (од стране председника уз одобрење Конгреса) и не могу бити опозвани, осим у случајевима грубе злоупотребе службеног положаја. С друге стране, већина судија државних судова су демократски изабрани у својим државама, имају периодичан мандат и кандидатуру за поновно именовање. На тај начин, *барем постоји могућност* за судије државног суда, да потпадну под утицај општег мишљења средине, код пресуђивања.

Као пример пристрасности овакве врсте, бројни посматрачи се слажу да је сумњива примена одлуке Врховног суда на крајњем Југу, у спору *Brown* против Образовне катедре, којом је пресуђено одвајање школе према уставном начелу забране расне дискриминације, од стране судија државног суда, које је народ изабрао демократским путем.

Годинама је било прихваћено схватање да су федерални судови саосећајнији према заштити грађанских права и слобода од државних судова. Међутим, не може се убудуће аутоматски прихватити да ће федерални суд бити "слободнији" или "прогресивнији" у односу на конкурентни државни суд. Постоје два разлога за овакав став. Десет година после именовања, за време председника Регана и Буша, веће федералног суда је постало упадљиво конзервативније. С друге стране, доста државних судова је постало "либералније", у појединачним предметима, услед јачања гласачког тела мањина, као што су Афро-Американци и Хиспано-Американци.

Оваква промена идеолошке структуре федералних и државних судова је одражена у бројним правним областима. Као пример може да послужи чињеница да савремени правници и адвокати у Луизијани, који су пуномоћници тужилаца за случајеве телесних оштећења, скоро увек претпостављају државне судове федералним за подношење тужбених захтева. Пре осам до десет година, опредељујући фактор за пуномоћнике тужилаца био је на страни федералних судова у односу на државне.

V. ПРАВО ПРИМЕНЉИВО У СПОРОВИМА СА СУКОБОМ НАДЛЕЖНОСТИ

Морам нагласити да у суђењу на основу сукоба држављанства федерални суд пружа само могућност избора различитог места суђења или суднице, без избора различитог важећег права. Према закону по имену Правила доношења судских одлука (*Rules of Decision Act*), федерални суд је овлашћен да примени позитивно важеће право (нпр. кривица, уговор о праву својине), државе места седишта федералног суда

(*Lex fori*), иако федерални суд не примењује државна правила поступка. Правила поступка, укључујући и доказни поступак, су једнообразна за све федералне судове.

У односу на овај основни принцип, федерални судови у случају сукоба надлежности примењују државно позитивно важеће право, мада тако није било одувек. Све до 1938. федерални судови су примењивали државно *статусно право*, али не и судске прецеденте. Према томе, федерални судија у Пенсилванији, од кога је захтевано да примени државни пропис Пенсилваније, који је директно примењен на претходни случај, не мора да донесе исту одлуку на основу судске праксе из претходног случаја. Федерални судија је имао слободу избора "општег права", што практично значи, избор права који судија преферира. Дакле, федерални судија у Пенсилванији је могао да игнорише одлуке државних судова Луизијане и да нађе право државе Илиноис или чак Србије, које је применљиво по његовом мишљењу и уколико је то право спадало у "опште право" по предмету и садржају.

Ова правна празнина у Правилима за доношење судских одлука датира од поштоване одлуке Врховног суда из 1842. године у спору *Swift против Тајсона*. Ова одлука не би била необична за континенталне системе грађанског права који, као што је познато имају покушаје да на погодан начин кодификују целокупне позитивно важеће прописе *грађанског права*. Међутим, од есенцијалног значаја је била таква одлука у *Common law* систему, зато што се главна начела грађанског права *Common law* система, не налазе у кодификацијама и писаним изворима, него једино у судским прецедентима судова такве надлежности.

(Ауторова држава, Луизијана, је изузетак, пошто је једина од свих 50 држава која има порекло свог грађанског права у начелима континенталног система, иако је држава прихватила *Common law* систем. Сада се правилно сматра системом мешовитог правосуђа. Међутим, вероватно није ни потребно рећи како спор *Swift против Тајсона* није имао одјека у Луизијани као у осталим државама.)

Шта се десило 1938. што је променило стање? Врховни суд је, у једном веома значајном спору, *Erie R. R. против Tomkinsa*, поново тумачио значење Правила доношења судских одлука, да би захтевао од федералних судова да примењују, не само државне прописе него и судијске одлуке државних судова, као судске прецеденте.

Одлука о овом спору је била веома значајна за развој и реafirмацију начела судског федерализма у САД. Ова пресуда је донешена за време важења Новог споразума (*New Deal*), у доба када су Конгрес и председник Рузвелт нагло повећавали улогу федералне владе у регулисању бизниса и финансија. Следствено томе, ово је довело до великог јачања судске надлежности федералних судова. Овакви нови и далеко-сежни федерални прописи довели су до додатних спорова, који су настали управо из самих прописа. Ове парнице су имале предмет који, према претходним околностима, не би потпадао под надлежност федералних судова. На тај начин, са гледишта таквих околности, одлука *Erie* је допринела одржању равнотеже снага између федералних и државних система правосуђа. Државним судовима је вратила део овлашћења за које се сматрало да их имају од доношења Устава: то је овлашћење за

пун развој позитивно важећег права у оним областима која нису одобрена у надлежности федералне власти.

VI. ЈЕДАНАЕСТИ АМАНДМАН И СУВЕРЕН СУДСКИ ИМУНИТЕТ ДРЖАВЕ

Постоји још једно специфично ограничење федералним судовима садржано у Уставу. Једанаести амандман Устава, који је ступио на снагу 1798. године предвиђа да, "Правосуђе Сједињених Америчких Држава неће бити примењено да омогући судску заштиту у споровима или на начелу једнакости, покренутих у поступку против једне од Сједињених Држава од држављана друге савезне државе и држављана или других субјеката из било које стране државе".

Овај амандман, граматички, не забрањује држављанину да тужи своју државу. Без обзира на то, Врховни суд је установио да је у спору Ханс против државе Луизијане, тужба била забрањена управо по XI амандману. Зашто? Из разлога што је, упркос специфичној језичкој формулацији, XI амандман само начело Common Law система судског имунитета државе - да су државе, осим уставно гарантованог судског имунитета према федералној власти, задржале традиционалан судски имунитет према физичким лицима, као тужиоцима.

Концепција и значење XI амандмана су веома спорни због различитих схватања америчких правних школа и судова. Спорно је и зато што курентно тумачење Врховног суда умањује концепцију супремације федералног права у области у којој је установљено.

Једна школа академског тумачења сматра да је XI амандман донешен са намером и да га треба тумачити само тако да забрани парницу тужиоца против државе, чији је правни основ *клаузула сукоба држављанства*, али да искључује судски имунитет државе за спорове чији је основ федерални Устав, закон или уговор. Теоријски аргумент лежи у томе, да су државе одустале од сувереног судског имунитета, у истим областима у којима су пренеле и законодавну функцију на федералну власт. Ова теорија има присталице у академским круговима, али није прихваћена од стране Врховног суда САД.

У супротности са наизглед широким предметом XI амандмана, јасно је изражена његова изузетна примена у пракси. Наиме, постоји "рупа" у његовом примењивању. У случају колизије државног и федералног закона или Устава, физичко лице које има правни интерес да принуди државну службу да ради у складу са федералним прописима, у поднетој тужби као туженог означава не државу, већ одговорну особу за примену државног закона, државну установу или државно предузеће. Према томе, уколико тужите одговорно лице за примену државних прописа, а не државу као правно лице, избегавате забрану садржану у XI амандману и доктрину сувереног судског имунитета државе.

"Правна фикција" која дозвољава ову врсту парница има извор у прастаром судском прецеденту. Познато је да првобитна правна верификација сувереног судског имунитета државе датира из средњовековног мита, да је краљ увек у праву, према божанском праву. Ипак, судови Енглеског Common Law система дозвољавали су писмена *мандамуса* и *прохибиције*, у којима су означавани краљеви министри као тужени, а

не директно краљ. Теорија која је ово објашњавала је имала основ у следећем: министар би могао да изигра краљеву вољу која је представљала закон, тако да су писмено *мандамуса* и писмено *прохибиције* правна средства помоћу којих је судија наређивао краљевом министру сагласност са законом, који је у ствари, "права" краљева воља. Ова правна фикција је важећа и у данашњим условима. Једина разлика је што се уместо термина "краљ" употребљава супститут "држава".

Практичан ефекат XI амандмана, у односу на суверен судски имунитет државе пред федералним судовима, се поједностављено огледа у следећем: физичко или правно лице може поднети тужбу, уколико је основ у федералном закону, да спречи државу да обавља одређене радње (нпр. конфискацију моје куће), или да је приволи на чињење одређених радњи (враћање незаконито одузете куће). Само, федерални суд не може да принуди државу на новчану исплату, нпр. да исплати вредност куће која је одузета.

Пошто је ово повезано са бројним другим темама које укључују однос између федералног и државног суда, тумачење XI амандмана је предмет бројних компромиса којима се задовољава интерес обе стране - и државе и федерације.

VII. КОНГРЕСНА ОГРАНИЧЕЊА

До сада је било речи само о уставним ограничењима овлашћења федералних судова. Треба напоменути да Устав овлашћује Конгрес да још више сузи надлежност федералних судова. Конгрес је, својим статутарним одредбама многоструко ограничио судовима овлашћења, тако да су ова њихова овлашћења много ужа него што се закључује из читања уставних одредби.

Најважније ограничење ове врсте, према броју случајева који су се појавили у судској пракси, односи се на судску надлежност у споровима са сукобом држављанства. Чак и када је спор оквалификован као надлежност федералног суда, нпр. уколико је његов предмет саобраћајни удес између држављанина Луизијане и Њу Јорка, или између држављанина Југославије и држављанина Луизијане, Конгрес поставља додатни услов, да је најмања вредност спора 50000 USD. Према томе, за парнице са сукобом држављанства, у којима је вредност спора мања од 50000 USD, надлежан је искључиво државни суд.

У време када је аутор дипломирао (1967), минималан износ спора за парнице са сукобом држављанства износио је само 3000 USD. Може се приметити да је овим ограничењем Конгрес заштићен од инфлације, јер ограничава надлежност федералног суда у споровима са сукобом држављанства, само на важније спорове веће вредности. Конгрес је на овај начин бар делимично удовољио захтевима многих федералних судија, који су се жалили да су презапослени.

VIII. УЗДРЖАНОСТ

Осим уставних и конгресних ограничења, постоји још једна група важних ограничења надлежности федералних судова. Општи назив за

ову врсту ограничења је *уздржаност*. Уздржаност је повезана са ограничењима федералним судовима од стране самих судова, као и Врховним судом САД, као главним субјектом за наметање ограничења.

Спорна је правна природа уздржаности у судској пракси и између правних школа. Једно гледиште полази од схватања да је уздржаност избегавање, или одбијање законских и уставних одговорности. Поборници побијања доктрине уздржаности цитирају чувену изреку председника суда, Џона Маршала, на суђењу у случају *Коенс против Вирџиније*, која гласи: "Немамо право да узурпирамо надлежност неовлашћено, као ни да оспоримо надлежност за коју смо овлашћени. И једно и друго би било изигравање Устава".

Простор ограничава описивање свих врста уздржаности и сложених односа који из тога произилазе. Уколико је лице ухапшено од стране локалне полиције за одржавање говора на јавном месту, то би била повреда Првог амандмана и основних уставних права грађана. Међутим, фактичко је питање, да ли је лице ухапшено повредом права на слободу говора, што хапшење чини незаконитим, или из другог разлога који нема везе са слободом говора.

На пример, један човек је ухапшен због прокомунистичког говора који је држао на soap box (кутија или камен који служе као јавне говорнице у парковима, на улицама и другим јавним местима, где је наступ слободан). Тврдио је да га је полицајац ухапсио зато што мрзи комунисте. Полицајац је тврдио да је ухапшени држао говор на месту где је блокирао саобраћај и да је одбио да се помери ради омогућавања нормалног регулисања саобраћаја. Оптужени се бранио да није сметао нормалном одвијању саобраћаја, јер је стајао на тротоару.

Федерални закони о заштити грађанских права би, својим текстом, дали право овом лицу као говорнику са прокомунистичким схватањем, право да се обрати федералном суду за заштиту свог права и да добије писмену одлуку којом се локалне власти изузимају из даљег решавања предмета. Мада, по општим прописима, федерални суд није надлежан за овакве предмете. Боља је могућност да се парница покрене пред државним судом, где ће оптужени бранити своје право на слободан говор из Првог амандмана, са надом да ће државни суд поштовати чињенично стање и његово право на слободу говора. Уколико изгуби пред првостепеним судом, мора поднети жалбу другостепеном државном апелационом суду и државном Врховном суду. Иако има право жалбе Врховном федералном суду у крајњој инстанци, то је правни лек којим ће странка бити далеко мање задовољна, него тренутни налог од федералног апелационог суда.

Ове врсте уздржаности имају основ у следећа три начела: равноправност, "comity" и федерализам. Историјски, Енгелски Врховни Суд (Суд једнакости), не би донео налог уколико постоји адекватан правни лек. Федерални судови су генерално усвојили да је одбрана према уставним принципима, неадекватан правни лек за одбрану пред државним кривичним судовима, иако неке судије и правне школе имају другачије схватање. "Comity" је начело према коме суд, у већини случајева, без постојања важног разлога, неће преузимати предмет у започетој парници пред другим судом (слично као литиспенденција). Федерализам је

заснован на сличним принципима, али у основи предвиђа јединствену везу између држава и федералне владе, са жељом да се избегне сувишно сукобљавање и супротност између федералних и државних судова.

У наведеном примеру уздржаност представља усвојено правило да ће се државни суд повиновати начелима Устава САД. На пример, уколико је лице незаконито ухапшено, повредом коришћења права слободе говора, државни суд треба одмах да га ослободи оптужнице и нареди ослобађање.

Да би се схватила суштина уздржаности, сликовито ћемо се вратити на пример хапшења човека који је држао прокомунистички говор. Променом околности ситуације, претпоставимо да лице није ухапшено, већ да му полицајац прети како ће га стрпати у затвор сваки пут када држи говор. Зависно од природе претње, говорник може да га тужи федералном суду, који би донео налог којим се полицајцу наређује да престане с претњама. Разлика између ове ситуације и првобитне (у којој је тужени ухапшен), је у томе што је тужени онај коме су претње упућене, али нема правно средство за одбрану свог грађанског права, по начелима федералног Устава пред државним судом. Зато има право да поднесе захтев федералном суду који доноси налог којим се наређује престанак кршења његових основних уставних слобода. То је чињеница, чак и када је тужени сматрао да има могућност избора да захтева овакав налог од државног суда.

Ово добровољно ограничење у употреби овлашћења је врло карактеристично за федералне судове САД. Понекад је основа овог принципа у дуго одржаним принципима, а понекад (код мишљења која критикују тип ограничења на примеру доктрине уздржаности), из простог разлога да се избегну контроверзни и тешки судски спорови. Међутим, могуће је да је ово ограничење из разлога инстинктивне, трајне самоодбране федералног правосуђа. Ово ограничење је неопходно, јер се федерални судови налазе у изразито парадоксној позицији.

С једне стране, федерално правосуђе и посебно Врховни суд, имају велику правну моћ, овлашћења за поништај, проглашавање неуставним аката донесених од стране Конгреса, државних правосудних органа, као и извршне пресуде државног председника или гувернера. С друге стране, правосуђе је само огранак власти који није демократски изабран, зависан је од Конгреса за висину оперативних средстава и од председника за принудно извршење одлука. У том погледу, овлашћења федералних судова су мала. Мада федералне судије нису изабране и не зависе директно од подршке народа, не могу супротстављати велики број бирачких група и обезбедити сталну подршку друга два огранка власти.

Слично као и у многим другим ситуацијама, постоји несагласност између идеје о поштовању овлашћења државног система судства и потребе за верним одржавањем функција ради којих су федерални судови установљени према Уставу. Ови сукоби резултирају свакодневним променама у врстама судских одлука, а понекад и озакоњењем. Професори права су активно укључени у тај процес, састављањем чланака и књига којима означавају правац развоја права у будућности.

IX. HABEAS CORPUS

Изнешени принципи судског федерализма условљавају да спор који може бити изнешен пред државни или федерални суд, остаје у његовој надлежности до окончања. Уколико је првостепени поступак одржан пред државним судом, али се спор може пренети на Врховни суд, онда све врсте жалби пред првостепеним судом морају бити исцрпљене.

Писмено habeas corpus је важан изузетак од овог правила. Теорија правну природу овог писмена објашњава као правно средство управљено против илегалног и арбитрарног лишења слобода (обично у затвору, болници за ментално здравље или армији). Из разлога што је писмено, као правно средство, управљено против лишења слободе, а не као жалба на првостепену одлуку, у *правно-техничком смислу*, оно не поништава првостепену одлуку.

Сагледавањем стварности, уочава се следеће: претпоставимо да је лице у поступку пред државним судом осуђено због убиства. Подноси жалбу на пресуду државном Врховном суду, који је одбија. Годину дана касније, у току издржавања казне, нађе новог адвоката. Нови адвокат, преслушавањем оригиналних трака са суђења, установљава да су неки делови доказног поступка изведени у супротности са IV амандманом Устава САД.

Подноси писмено habeas corpus Окружном суду САД, за подручје где осуђеник издржава казну. Овај суд има овлашћења да ослободи затвореника, уколико федерални суд установи да су повређена уставна права осуђеног у првостепеном поступку пред државним судом. Ово *практично* значи да један федерални судија има овлашћења за поништај одлуке донешене од стране седам судија Државног Врховног суда.

Очигледно да ова врста процедуре може да повреди понос државних судова и један је од најспорнијих аката између државних и федералних судова. Иако је право на habeas corpus гарантовано федералним Уставом, Конгрес има овлашћење за дефинисање услова под којима ће бити дозвољено. Велики број федералних судија, когресмена и правних школа сматра да би требало увести још процесних ограничења. Председник Буш је предложио Конгресу доношење закона са одразом на суважање коришћења могућности права на *habeas corpus*.

ЗАКЉУЧАК

Одржавам наставу у области федералног судства и њихове надлежности. Однос између федералних и државних судова је једна од интелектуално најинтересантнијих и најсложенијих области права. Сматрам да би било нереално очекивати да амерички систем надлежности федералних судова пружа било какво решење за несрећну ситуацију у данашњој Југославији. Без обзира на то, мислим да сам успео да изнесем разлоге сврсисходности, због којих је студија о систему федералних судова интересантна тема разговора о процесу наставе и подучавања.

Превео и обрадио
Петар Крчмар

James M. Klebba,

Proffesor of the School of Law, University of Loyola, New Orleans, LA, USA

JUDICIAL FEDERALISM IN THE UNITED STATES

Summary

The author's study with the federal courts and federal jurisdiction. The relationship between the federal and state court system is one of the most intellectually interesting and presumptuous of him to say that the American system of judicial federalism provides any answers to the unfortunate situation which Yugoslavia find itself in today. However, he hopes that he had succeeded in stating some of system to be such an interesting topic for teaching and scholarship.

The development of the US federal jurisdiction dates from the civil war and US Constitution, which limit the state's sovereignty to the federal government. The legal remedies for the delegation and control of the state's judicial system are known as Right of Removal and the US Supreme Court review of the state court decision acts. In view of residual jurisdiction of the state courts, except the exclusive federal jurisdiction, it is clear that the citizens own their sovereign rights and liabilities in their states, besides the questions of federal significance, which they accomplish at the federal levels. However, the federal jurisdiction has Congressional limitations and alternative authority for the Diversity of citizenship, so that all relevant facts have to be included in the court's decision.

Key words: *Sovereignty. – Secession. – Habeas corpus.*

prof. James M. Klebba,

faculté de droit Université Loyola, New Orleans, L.A., Etats-Unis

LE FÉDÉRALISME DES TRIBUNAUX AUX ETATS-UNIS

Résumé

La présente étude traite des tribunaux fédéraux et de leurs compétences. Le rapport entre les tribunaux fédéraux et les tribunaux d'Etat est un des domaines intellectuellement les plus intéressants et les plus complexes du droit. L'auteur considère qu'il serait irréaliste de s'attendre à ce que le système américain de justice fédérale fournisse quelque réponse que ce soit à la situation malheureuse des tribunaux dans l'actuelle Yougoslavie. Il considère qu'en dépit de ce fait, il est parvenu à exposer les raisons pour lesquelles le système des tribunaux fédéraux est un thème intéressant pour le débat dans le processus de l'enseignement. L'évolution de la justice fédérale aux Etats-Unis date de l'époque de la guerre civile et de la promulgation de la Constitution des Etats-Unis qui limite le souveraineté par rapport au pouvoir fédéral. Les moyens juridiques de la délégation et du contrôle du système des tribunaux d'Etat sont le droit du transfert de la compétence et la révision de la décision des tribunaux d'Etat par le Tribunal suprême des Etats-Unis. En ce qui concerne la compétence locale générale des tribunaux d'Etat, sauf dans les cas d'une compétence exclusive des tribunaux fédéraux, il est évident que ce sont les citoyens qui sont les détenteurs des droits et obligations souveraines dans leurs unités fédérées, sauf pour ce qui est de questions d'une importance fédérale, qu'ils réalisent au niveau fédéral. Cependant, la compétence des tribunaux fédéraux a des limitations de Congrès et un plein pouvoir facultatif sur le plan de la collision des nationalités, de sorte que toutes ces circonstances doivent être importantes pour la prise des décisions des tribunaux.

Mots clé: *Souveraineté d'Etat. – Habeas corpus.*

Јаков Радишић,
редовни професор Правног факултета у Крагујевцу

ЕКСПЕРИМЕНТИ НА ЧОВЕЧИЈЕМ ЕМБРИОНУ КОЈИ ЈЕ СТВОРЕН IN VITRO - ГРАНИЦЕ ДОПУШТЕНОГ

Полазећи од чињенице да се човечији ембриони створени *in vitro* користе у експерименталне и друге сврхе, аутор поставља питање: треба ли људи да се према ембриону односе као према ствари, или као према људском бићу?. Потом следи опсежно излагање двају опречних становишта о томе у медицинској и правној литератури. Аутор се приклања гледишту да је ембрион вредност која заслужује правну заштиту, па се стога упушта у испитивање да ли је таква заштита могућа по општим важећим прописима кривичног и грађанског права. Долази до уверења да то није могуће, па стога указује на тенденцију развијених земаља да изграде засебно право о вештачком оплођењу људи. У одвојеном одељку излаже немачко и британско право о вештачком оплођењу и указује на њихове супротности: док немачки законодавац забрањује научне огледе на ембриону, британски их дозвољава, али у року од четрнаест дана после оплођења. Очигледно је да најављена и започета унификација права унутар Европске економске заједнице није успела на овом правном подручју зато што грађани тих земаља имају различите религије и поглед на свет, који се успешно одупиру унификацији.

У закључку писац се опредељује за становиште немачких правника, сматрајући да научна истраживања у медицини не смеју себи подредити људско достојанство и живот ембриона *in vitro*. Он се залаже да и Југославија донесе посебне прописе о вештачком оплођењу, у којима би се одвојило дозвољено од недозвољеног. Садашње стање потпуне правне неизвесности најгоре је решење, јер омогућује и најекстремнија просуђивања: да је све и допуштено и забрањено. Зато би и југословенски законодавац требало што пре да се огласи.

Кључне речи: Ембрион. – Вештачко оплођење. – Медицински експерименти. – Одговорност.

А. УВОД

1. Прошло је безмало пуних четрнаест година како је рођена прва "беба из реторте", Louise Brown. Био је то медицинско-технички успех који је узбудио цео свет, али ће се узбуђење убрзо стишати сазнањем да се тај подухват, много пута и на много места, понавља. За само нешто више од десет година, тј. до краја 1988, у свету је рођено 15.000 вантелесно зачете деце (1). Међутим, њихово рођење има своју цену, плаћену

(1) Krebs, Honecker, Coester-Waltjen, у: Eser, Lutterotti, Sporken (редактори), *Lexikon Medizin Ethik Recht* (Freiburg, 1989), стр. 564.

другим људским материјалом. До доласка на свет Louise Brown, у експериментима је "потрошено" 200 човечијих ембриона произведених *in vitro* (2). И Louise и сва доцније тако рођена деца, имају за свој живот да захвале свим оним ембрионима који су претходно "употребљени" ради проучавања оплодне *in vitro*. Али, то није једина потреба коју та мала људска створења данас задовољавају. Осим жртвовања због даљег побољшања вештачког зачећа, ембриони се користе у циљу истраживања наследних болести, узрока рака и биолошких процеса развоја, па чак и за производњу лекова и козметичких средстава (3). Вештачко оплођење *in vitro* пружа, дакле, широке могућности употребе ембриона у експерименталне и друге сврхе.

2. Сазнање да су рани човечији ембриони постали жртве на путу медицинског напретка, изазвало је много нелагодности у јавности и покренуло низ питања етичке и правне нарави. Уместо великог задовољства због успеха вештачке репродукције људи, пажња ће све више бити усмеравана на моралне и правне проблеме што их узрокују нови поступци. У центру тих проблема стоји питање допуштености огледа са ембрионом и на ембриону. Тачније речено, треба ли људи да се спрам ембриона односе као спрам ствари, или као према човечијем бићу? Да ли је експеримент на ембриону чисто приватна ствар појединих истраживача, или се они морају придржавати одговарајућих правила која важе и за рођене људе? Има ли ембрион *in vitro* исти статус као и *nasciturus* у мајчиној утроби? Је ли ембрион човек коме припада право на људско достојанство, право на живот и телесни интегритет? Ко треба да одлучује о судбини вештачки створеног ембриона? Сва та питања могла би се свести на једно опште питање: сме ли се човечија јајна ћелија вештачки оплодити ради нечег другог осим у циљу изазивања трудноће код жене?

3. Пре било каквог покушаја да одговоримо на назначена питања, неопходно је да разјаснимо медицинске појмове које смо досад употребили и које ћемо користити до краја овог рада. Реч је о медицинском експерименту, о човечијем ембриону, и о вештачком оплођењу *in vitro*. Разјашњење тих појмова нужно је, пре свега, због читалаца који немају медицинско образовање, а делом и због условног значења које неким од дотичних појмова придајемо.

Б. ПОЈАМ И ВРСТЕ МЕДИЦИНСКИХ ЕКСПЕРИМЕНАТА НА ЉУДИМА

1. Медицина је искуствена и примењена наука која служи одржавању човековог здравља и лечењу болесних. Она се, међутим, не задовољава достигнутим, него стално настоји да унапреди своје дијагностичке, терапијске и превенцијске могућности. Али, напредак у медицини није могућ без медицинских експеримената са људима и на људима. После

(2) Heribert Ostendorf, *Experimente mit "Retortenbaby" auf dem rechtlichen Prüfstand*, Juristenzeitung, бр. 13/1984, стр. 595.

(3) Albin Eser, *Forschung mit Embryonen in rechtsvergleichender und rechts-politischer Sicht*, у: Günther - Keller (редактори), *Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik - Strafrechtliche Schranken?* (Tübingen, 1987), стр. 264; Владимир Водинелић, *Право на људско достојанство*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 5-6/1989, стр. 717.

огледа у лабораторији и на животињама, испробавање новог лека или новог медицинског поступка мора се ризиковати на човеку. Тек после систематских провера на довољно великом броју људи, резултат се сматра веродостојним (4). Тако се превазилазе ствари и досежу нови стандарди у медицини. Просто речено, стање науке данас темељи се на експериментима од јуче, па било да су они допуштени или недопуштени (5). Експеримент или оглед јесте сваки медицински поступак који није типичан, тј. уобичајен и признат, а коме је циљ да се задобије нови стандард лечења, утврђивања или предупређења болести. Само је по себи разумљиво да нови стандард подразумева ефикасније методе у односу на дотадашње. Међутим, битно је својство сваког огледа да је његов исход неизвестан, а сам чин ризичан.

2. Треба разликовати две врсте медицинских експеримената: *лечеће* и *научне*. Лечећи или *терапијски* експеримент је онај који се предузима ради непосредне помоћи одређеном пацијенту који у њему учествује. Научни или *хумани* експерименти имају чисто научни циљ, без непосредне дијагностичке или терапијске вредности за лице са којим се, или на коме се оглед обавља (*probant*) (6). Они се спроводе ради задобијања одређених научних сазнања у општем интересу. Код лечећег огледа постоји могућност да се одмере корист и ризик за пацијента, док се код научног огледа одмеравају корист за друштво и ризик за *probanta*. У оба случаја корист и ризик морају бити у подношљивој сразмери. Пацијент има право на лечење према најновијем стању науке, али нема право да захтева лечење методом која клинички и експериментално није осигурана (7). С друге стране, суделовање у медицинском експерименту није нипошто обавезно, него зависи од слободног пристанка дотичног лица (8). Уколико је оно пословно неспособно, потребан је пристанак законског заступника, сагласно националном праву (9). Учеснику у научном експерименту мора се отворено рећи истина о огледном карактеру поступка и о ризицима који га прате. У противном, његов је пристанак неважећи. Сем тога, пристанак не важи ни у случају кад се ради о огледу од којег *probantu* прети опасност смрти или тешке телесне повреде (10). Најпосле, уколико се испостави да ризик надмашује могуће користи, лекар је дужан да експеримент прекине (11).

3. Пошто медицински огледи служе добру човечанства, они су начелно допуштени. Да би схватио своје нормалне телесне функције и

(4) Staudinger-Eser; у: Eser, Lutterotti, Sporken (редактори), *Lexikon Medizin Ethik Recht* (Freiburg, 1989), стр. 336.

(5) Erwin Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, 2. Auflage (Berlin, 1991), стр. 272.

(6) Видети Предговор у измењеној *Хелсиншкој декларацији* Светског савеза лекара, од 1989, чији је текст, на немачком, објављен код Deutsch; *исто*, стр. 467.

(7) Deutsch, *исто*, стр. 273.

(8) Члан 26, ст. 3. *Устава Републике Србије* прописује: "Забрањено је вршити на човеку, без његове дозволе, медицинске и друге огледе".

(9) Видети тачку 11. измењене *Хелсиншке декларације*.

(10) Видети тачку 5. *Нирнбершког кодекса*.

(11) Тачка 7. измењене *Хелсиншке декларације*.

одступања условљена болесним стањем, човек је принуђен да постане "објект" истраживања. Потпуно је легитимно да човек - "субјект" истражује човека - "објекта". Међутим, слобода истраживања није безгранична, него се мора кретати у оквирима правног поретка. Њене границе бивају прекорачене чим истраживач повреди неко правно добро "објекта" истраживања, као што су: човечије достојанство, живот, телесни интегритет, и право самоодређења. Ма колики био научни интерес за неко питање и вредност његове спознаје, они не оправдавају употребу експерименталних средстава којима се, без правно ваљаног пристанка, излажу ризику нечији живот или здравље. Слобода научног постављања одређених медицинских питања не оправдава без даљег и проверу тих питања. Напротив, провера се мора извршити тако да се не вређају права и легитимни интереси других (12). С обзиром на то, за медицинске огледе са људима и на људима не може се унапред рећи нити да су апсолутно са осуду, нити да су безусловно допуштени. Све зависи од тога у ком се циљу, којим средствима, под којим условима и с каквим ризицима они обављају.

Ц. ПОЈАМ ЧОВЕЧИЈЕГ ЕМБРИОНА

1. Познато је да развој човечијег зачетка, од постанка до рођења, тече непрекидно. Упркос томе, биолошка наука дели тај развој на три одсека: преембрионални, ембрионални, и фетусни. Преембрионални ступањ траје од оплођења до краја треће недеље, ембрионални од почетка четврте до осме недеље, а фетусни - од девете недеље до порођаја (13). Међутим, извесни лекари разликују само два ступња у развоју зачетка: ембрионални (до осме недеље) и фетусни (14). У општој говорној употреби под ембрионом се, такође, подразумева зачетак од тренутка зачећа до преласка у следећи ступањ (фетус) (15), али се у неким општим речницима не прави разлика између ембриона и фетуса, него се они обухватају заједничким називом: *зачетак* или *плод* (16).

2. У овом раду није реч о зачетку који борави у утроби мајке, него *in vitro*. Стога појам "ембрион" не користимо у строго биолошком смислу, већ у посебном значењу. Под њиме подразумевамо најранији ступањ човечијег зачетка, почев од оплођења јајне ћелије (17) па до угнежђивања плода у ендометриум материце (*nidacija*). Мисли се, дакле, на ембрион који се не налази у симбиотичном односу према мајчиној

(12) Staudinger- Eser, *исто* (фуснота 4), стр. 341.

(13) О томе видети Стеван Поповић, *Ембриологија човека*, IV издање (Београд, 1988), стр. 51.

(14) На пример, Вјекослав Даунчић, у: *Медицинска енциклопедија*, књига 3. (Загреб, MCMLIX), стр. 571.

(15) *Речник српскохрватског књижевног и народног језика*, издање Српске академије наука и уметности, књига V (Београд, 1968), стр. 202

(16) *Речник српскохрватског књижевног језика*, издање Матице српске, књига 1 (Нови Сад - Загреб, 1967), стр. 849.

(17) Antoine Suarez, *Darf man dem Embryo den verfassungsrechtlichen Schutz der Menschenwürde absprechen?*, Schweizerische Juristenzeitung, бр. 12/1990, стр. 207.

утроби, али је претпоставка да се ради о ћелијским творевинама које, начелно, могу непрестано да се развијају у одраслог човека. Ћелијске творевине са јаким аномалијама, из којих се не могу непрекидно развијати тела са одлучујућим обележјима врсте, имају биолошки исти значај као и неоплођене јајне ћелије или као партеногенетичне ћелијске творевине. Стога их не треба ни називати ембрионима (18). Међутим, ако приметку недостају повољни услови за развој, он и поред тога има својство ембриона (19). Такав је управо случај са свим замецима који су настали *in vitro*; јер ако се за неколико дана не пренесу у материцу жене или не замрзну, они угину. У томе се састоји њихова биолошка инфериорност у односу на ембрион који је зачет *in vivo*. Да ли из те разлике треба међу њима да проистекне и разлика на етичком и правном плану?

Д. ОПЛОЂЕЊЕ *IN VITRO* И ТРАНСФЕР ЕМБРИОНА

1. Оплођење људи врши се не само природним начином, него и вештачки, уз помоћ техничких средстава. Један од вештачких начина јесте и оплођење *in vitro*, тј. изван организма мајке. Користи се као облик лечења невољног стерилитета жене, условљен сметњама у јајоводу које не допуштају да се оплођење обави нормалним путем. Сем тога, као индикација долазе у обзир и извесни андролошки узроци на страни мушкарца (20).

Суштина је овог поступка у томе што се женске јајне ћелије оплођују мушким семеним ћелијама у стакленој посуди. Ако се при томе користе ћелије супружника или сталних партнера, реч је о тзв. *хомологеном оплођењу*. Уколико се, пак, употребе оплодне ћелије лица изван те две категорије, у питању је тзв. *хетерогено оплођење* (21). Након 15-20 часова после спајања семених и јајних ћелија у стакленој посуди, помоћу микроскопа се може утврдити да ли је оплођење јајне ћелије обављено. Ако се покаже да јесте, тада се следећа 24 часа врши *култивисање* оплођене јајне ћелије, тј. покушава се створити око ње миље који је сличан месту оплођења у јајоводу. Другог дана по оплођењу, ембрион, делећи се, достиже ступањ развоја од 4-8 ћелија. Тада је погодан за уношење у материцу жене код које се жели изазвати трудноћа (22). Сам чин уношења у материцу назива се *трансфер* ембриона, а обавља се помоћу танког и меканог балона. Потом ембрион мора још три дана да се даље развија и дели у материчној средини. Тек после тога може се вршити његово *имплантирање* у ендометријум материце (23).

2. Искуство је, међутим, показало да се трудноћа путем имплантације ембриона постиже само у 20% случајева. Сем тога, код трудница

(18) Suarez, *исто*, стр. 208.

(19) *Исто*.

(20) Krebs, Honecker, Coester-Waltjen, *исто* (фуснота 2), стр. 561.

(21) Deutsch, *исто* (фуснота 5), стр. 221.

(22) Krebs, Honecker, Coester-Waltjen, *исто* (фуснота 2), стр. 560-563.

(23) *Исто*, стр. 564.

бива око 15-20% побачаја, тако да се максимално роди 15% вантелесно зачете деце. Лекари сматрају да већи проценат рођења не би требало очекивати ни у будућности (24). Уз то, ваља рећи да само 8-10% ембриона произведених *in vitro* има прилику да буде имплантирано. То значи да је проценат губитка у раној ембрионалној фази, од оплођења до имплантације, веома висок (преко 80%) (25). Томе треба додати и чињеницу да није могуће тачно проценити које су јајне ћелије подесне за оплођење, а које нису. Да би се повећали изгледи за изазивање трудноће по једном третману, уобичајено је да се од жене, у једном циклусу, узме по више јајних ћелија и произведе већи број ембриона. По правилу, ни у материцу исте жене не уноси се само један ембрион, него два или три. Али, у том случају постоји ризик да се роди двоје или троје деце, о чему супружници треба унапред обавестити (26).

3. Сама технологија вештачког оплођења омогућује, дакле, продуковање ембриона за које не долази у обзир да буду трансферирани, утолико пре што се може десити да жена, после зачећа *in vitro* а пре трансферирања ембриона, буде унесрећена или да трансфер постане објективно немогућ из неких других разлога. Напослетку, могућно је да се жена једноставно предомисли и одбије вештачку трудноћу. У свим тим ситуацијама настају тзв. "прекобројни" или "преостали" ембриони, па се зато поставило питање шта се са њима може чинити. У обзир долази више могућности: препустити их властитој судбини, замрзнути их и конзервирати ради доцније имплантације или експериментисања на њима, или употребити их одмах у експерименталне сврхе или као "сировину" за индустријске производе. То јасно показује да је живот ембриона потенцијално угрожен код сваког вантелесног оплођења. Стога се одавно наметнуло питање може ли се са ембрионом *in vitro* поступати произвољно, или се и он налази под извесном моралном и правном заштитом.

Е. ДА ЛИ ЈЕ ЕМБРИОН САМО "ГОМИЛА ЋЕЛИЈА" ИЛИ ЈЕ ВЕЋ ЧОВЕК?

Полемика о допуштености истраживања на ембриону своди се, већином, на питање има ли ембрион квалитет човека. Из тога питања произилази нужно и друго, правно питање: има ли ембрион право на живот. У опширној дискусији о томе показало се да постоје и потпуно опречна становишта.

1. Ембрион као ствар

По једном гледишту, ембрион произведен *in vitro*, све до тренутка имплантације у материцу жене, има својство ствари којом господаре људи, исто онако као што господаре и свим другим стварима. Ембрион нема право на живот, као што га нема ни домаћа животиња. Он је, дакле, само објект човечије власти. Рођени људи имају власт над егзистенци-

(24) Исто, стр. 565.

(25) Исто, стр. 566.

(26) Исто.

јом ембриона и власт располагања њима (27). Плашећи се свих могућих последица тог схватања, извесни писци предлажу да се ембриону призна барем статус *ствари изван промета*, како би се сачувао од самовољних диспозиција лица која су овлашћена да о њему одлучују. Чак и неки писци који га не третирају као ствар служе се стварноправном аргументацијом, сматрајући да је ембрион средство за одређене циљеве својих родитеља и да нема властиту вредност (28).

II. Ембрион као човек

Велики број биолога и правника сматра да је становиште по коме људи имају власт над ембрионом етички и правно неприхватљиво. Другим речима, они мисле да ембрион представља човечији живот, да није само "гомила ћелија" нити само некаква "малинаста творевина". По њима, ембрион има своју индивидуалност, право на живот и људско достојанство. Такво схватање је изродило други проблем: како одредити када започиње нови човечији живот.

а) Почетак новог човечијег живота

Позитивни правни прописи не утврђују време отпочињања живота људи (29). За то су меродавне природне науке, посебно биологија. Међутим, показало се да и ту постоје разлике у мишљењима, које збуњују правнике.

1) *Материјалистичка дефиниција*. Међу научницима који се баве природним наукама раширен је материјалистички начин посматрања, који рани ступањ човековог развоја дефинише као "гомилу ћелија", или "комплексан органски спој" (30). Други опет верују да се са становишта генетике човек може дефинисати као одређени "молекуларни низ", који се састоји из атома угљеника, водоника, кисеоника, азота, и фосфата (наследна супстанца DNS) (31). Таква квантификација човека као "биомасе" води, наравно, у морални ћорсокак. Јер, ако се у ембриону препознаје само "гомила ћелија" или нешто комплекснији "органски спој", тада он може имати само онолико права колико и "чаша јогурта" (32).

2) *Дескриптивна метода*. Она се своди на описивање телесних и духовних способности човека које чине "битна" обележја његове егзистенције. Међу више предложених "тачака везивања", критеријум развоја мозга има посебну тежину. Његови поборници тврде да је човечије

(27) О томе видети Walter Selb, *Rechtsordnung und Reproduktion des Menschen* (Tübingen, 1987), стр. 42. и тамо наведена литература.

(28) *Исто*, стр. 42-43.

(29) Немачки *Грађански законик*, у § 1, одређује једино да *правна способност* човека започиње у тренутку завршетка његовог рођења.

(30) О томе видети Reiner Beckmann, *Embryonenschutz und Grundgesetz*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, br. 3/1987, стр. 82.

(31) *Исто*, и тамо наведена литература.

(32) *Исто*, стр. 83. и тамо наведена литература.

постојање повезано са уочљивим развојем мозга (што пада око седме недеље трудноће), као што се квалитет човека губи кад наступи "можда на смрт" (33).

3) *Нидација као одлучујуће мерило.* Под утицајем филозофско-антрополошких гледишта, многи сматрају да *нидација* оплођене јајне ћелије има одлучујућу улогу за "постанак човека". Под тиме се подразумева коначно учвршћење (угњежђивање) ембриона у материци жене, што се збива око тринаестог дана развоја заметка. Све до тог тренутка, постоји начелна способност ембриона да се самостално развија и дели, па се зато не може још говорити о његовом "индивидуалном" и "личном" животу (34). Разуме се, кад се ради о заметку који се развија изван утробе мајке, тада се не мисли на нидацију у правом смислу, него на степен развоја ембриона који њој одговара.

4) *Природни или биолошки начин гледања.* Он има пресудан значај за одговор на питање о почетку човечијег битисања. Поборници овог схватања сматрају да се почетак индивидуалног човечијег живота може одредити искључиво са становишта природних наука, односно биологије. По њима, човечији живот започиње са тренутком оплођења и развија се непрекидно, али без квалитативних скокова. Оплођена јајна ћелија има све генетске информације за даљи развој, и ништа што се после тога збива није у стању да измени њену индивидуалност (35). Она се развија према законима властите структуре у особену личност. Стога нема живота "у настанку" нити развоја у човека, него се живо биће развија као човек (36). Другим речима, човек не постаје човек, него је већ то у свакој фази свога развитка. Разликовање ембриона, фетуса, нерођеног и рођеног живота, има данас још само толико смисла колико и разликовање детета, одраслог човека и старца (37).

б) Људско достојанство ембриона

1. Признање да ембрион има квалитет човека нужно доводи до тога да му се признају и извесни основни атрибути човечије личности. На првом месту, ту спада људско достојанство које има сваки човек као припадник одређене врсте. За разлику од индивидуалног, опште људско достојанство је трајна вредност човекова и оно се не може изгубити нити одузети (38). Њега поседује свако, без обзира на властита својства, свој рад и свој социјални статус. Достојанство се не може изгубити ни услед "недостојног" понашања; оно је својствено и душевним болесницима и злочинцима (39). У том смислу оно је "недодирљиво", али је

(33) Исто.

(34) Исто.

(35) Исто.

(36) Исто.

(37) Исто.

(38) О разлици између општег и индивидуалног достојанства видети опширније W. Wachsmuth - H.L.Schreiber, *Die Würde des Menschen ist jedes Menschen eigene Aufgabe*, Deutsche Gesellschaft für Chirurgie - Mitteilungen, бр. 5/1986, стр. 154. и даље.

(39) Исто, стр. 154.

”додирљиво” право на уважавање које из општег људског достојанства произилази. То право треба да штите устави сваке земље, јер они не садрже само опис стања, него и захтев (40).

2. Свако ко прихвата основне принципе савремене биологије, мора прихватити и став да је сваки човек, у сваком тренутку свога живота, па према томе и човечији ембрион (било да је једно или вишећелијски), такође личност (41). Као личност и ембрион ужива уставноправну заштиту свога људског достојанства. Јер, ембрион и одрастао човек, у којег ембрион, начелно, непрестано може да прелази, јесу једно исто живо биће (42). Ако је ембрион једнако човек као што су и остали људи, тада нема аргумента против људског достојанства ембриона који није у исти мах и аргумент против достојанства одраслог човека. Питање статуса ембриона јесте питање статуса сваког од нас: или је одрастао човек личност и тада је и ембрион личност која ужива уставноправну заштиту људског достојанства, или ембрион није личност и тада нико није личност па нема ни смисла говорити о људском достојанству (43). Ембрион је човек и у смислу *Опште декларације о људским правима*, па му зато припада исти лични респект као и одраслом човеку. У разумном правном поретку није могуће раздвојити биолошко битисање човека од његове личности. Као што је одрастао човек личност и док спава, тако је и ембрион личност. Иако изгледају потпуно различито, човечији ембрион и одрастао човек јесу само два стања у извођењу *програма* истог човека (44). У прилог томе говори убедљиво једна одредба из пруског *Општег земаљског права* (I, 1, 10): ”Општа права човека припадају и још нерођеној деци, већ од тренутка њиховог зачећа” (45). Сличан пропис садржи и § 22. аустријског *Општег грађанског законика*.

3. Садржину људског достојанства многи немачки писци тумаче позивајући се на Кантово учење. По Канту, човек стоји изнад свих могућих циљева, па стога не може бити средство за неке друге циљеве, чак ни за своје властите. Он је циљ сам по себи, тј. поседује достојанство, као ”унутрашњу вредност” (46). Човечије достојанство значи да су човек и његов живот највеће вредности, да његов развој и слобода стоје у средишту државног и друштвеног живота. Оно не допушта самовољно убиство, осим у нужној одбрани (47). На тој је линији и став који је изрекао немачки Савезни уставни суд: ”Тамо где егзистира човечији живот, њему припада и људско достојанство; није одлучујуће да ли је носилац тог достојанства њега свестан и да ли га уме сам чувати” (48).

(40) Исто.

(41) Suarez, исто (фуснота 17), стр. 211.

(42) Исто, стр. 207. и 211.

(43) Исто, стр. 211.

(44) Исто, стр. 208. и 211.

(45) Наведено према Herbert Tröndle, *Der Schutz des ungeborenen Lebens in unserer Zeit*, Zeitschrift für Rechtspolitik, бр. 2/1989, стр. 55.

(46) Wachsmuth-Schreiber, исто (фуснота 43), стр. 155.

(47) Исто.

(48) Наведено према Adolf Laufs, *Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen*, Juristenzeitung, бр. 17/1986, стр. 774.

ц) Моралне и правне последице става о достојанству ембриона

1. Признање да ембрион има своје људско достојанство, независно од тога да ли је носилац и субјективних права, повлачи значајне последице на моралном и правном плану. Јер, достојанство ембриона захтева од људи да се према њему односе са уважавањем и респектом. Противно је достојанству ембриона да се он подвргава поступцима који његов квалитет субјекта доводе у питање. То бива увек кад он постане средство за неки други циљ мимо њега самог. Треба допустити само оне експерименте са раним ембрионима, који служе одржавању његовог живота. Другим речима, стварање ембриона *in vitro* оправдано је само ради имплантације у тело жене и изазивања трудноће. Свако друго располагање човечијим животом треба сматрати недозвољеним. Многи мисле да није за то битна квалификација ембриона као "готове личности" или као "потенцијалног субјекта", него чињеница да се ради о живоме бићу човечије врсте, које заслужује "морални статус" и правну заштиту (49).

2. Међу савременим правницима постоји безмало потпуна сагласност да треба забранити вантелесну производњу ембриона ради експериментисања са њима, или "трошења" у неке друге сврхе. Јер, ако је човечији живот игде унижен до чистог објекта, онда је то у случају кад је већ у тренутку његовог зачињања постојала намера да буде уништен и да му се тиме унапред ускрати могућност да постане човек (50). И експеримент са "сувишним ембрионима" сматра се да није у складу са њиховим "моралним статусом" (51). У Норвешкој је то чак забрањено и кривичним правом (52) али се иде и даље од тога па се захтева забрана продуковања "прекобројних" ембриона и њихова селекција, макар да се тиме умањује успешност вантелесног оплођења (53).

Ф. ТЕОРИЈСКО ОПРАВДАЊЕ И ОДБАЦИВАЊЕ НАУЧНИХ ЕКСПЕРИМЕНАТА НА ЕМБРИОНУ

І. Општи поглед

1. На питање треба ли уопште допустити научне експерименте на ембриону дају се два различита одговора. Једни сматрају да такво истраживање треба омогућити, па стога већ унапред поричу могућност да ембрион има квалитет човека. Други опет мисле да истраживање на

(49) Albin Eser, *Humangenetik und Recht. Thesen zur modernen Reproduktionsmedizin und Gentechnologie aus rechtlicher und sozialpolitischer Sicht*, у: Freiburger Universitätsblätter, бр. 95/1987, стр. 40-41.

(50) Исто, стр. 52.

(51) Видети тачку 7. Медициноско-етичких смерница за оплођење *in vitro* и трансфер ембриона, које је издала Швајцарска академија медицинских наука, а које су објављене у: Schweizer Aerztezeitung 1985, стр. 1127. и даље.

(52) Albin Eser, *Neuartige Bedrohungen ungeborenen Lebens. Embryonenforschung und "Fetozid" in rechtsvergleichender Perspektive* (Heidelberg, 1990) стр. 19.

(53) Beckmann, исто (фуснота 30) стр. 86.

ембриону ваља спречити и да је то могућно спровести само ако се њему, од тренутка оплођења, призна индивидуалност и персоналитет човека, са самосталним правом на уставноправну заштиту (54).

2. Неки угледни немачки правници не пристају да следе ниједно од ова два екстремна становишта, држећи да она нису нужна и да одводе на погрешан пут. По њима, чак и да се прихвати став да ембрион поседује квалитет човека, самим тим он не би био изузет од сваког захвата, као што није ни рођени човек. Живот човечији није заштићен апсолутно, као нешто "свето" што се нипошто не сме жртвовати нечему другом (55). Због сличног промишљања настале су и теорије које оправдавају смртносне експерименте са ембрионима.

II. Право на убиство

1. Захват у живот човеков у првим фазама његовог развика, неки би хтели да оправдају чињеницом да је, у извесним прописима, држава признала и право на убиство. Пре свега, имају се у виду прописи о дозвољеном побачају, који допуштају могућност уништења невиног људског живота. Затим, ту се убрајају и прописи који дају слободу држави да у ратним сукобима, бранећи властити опстанак, располаже животима својих грађана. Напокон, исти карактер препознаје се и у прописима о смртној казни. Сви ти правни прописи показују да држава легализује убиство, насупрот уставној гаранцији права на живот (56). Другим речима, држава своју уставну обавезу гаранције права на живот не извршава у потпуности ни према рођеним људима, па што би је онда извршавала према ембрионима.

2. Они који се супротстављају таквом схватању тврде да се "трошење" вештачких ембриона ради истраживања не може упоређивати са било којим обликом лишења живота који је правно допуштен. Тако на пример, легални побачај отклања или предупредује једно *неподношљиво* стање труднице, док се захватом у вантелесни ембрион директно не спасава ничији живот (57). Још мање се усмрћење ембриона може поредити са убиством у нужној одбрани, или са излагањем ризику при вршењу службене дужности која је својевољно прихваћена (58).

III. Циљ који посвећује средство

1. Може се прочитати и аргументација да је "употреба" ембриона допуштена због тога што стоји "у служби стварања и одржавања новог живота" (59). То опет поставља старо питање: да ли добар циљ посвећује свако средство? Као одговор на њега вреди навести гледиште да ниједан

(54) Eser, *исто* (фуснота 3), стр. 284-285.

(55) *Исто*, стр. 285.

(56) Rainer Beckmann, *Embryonenschutz und Grundgesetz*, Zeitschrift für Rechtspolitik, бр. 3/1987, стр. 85.

(57) *Исто*.

(58) *Исто*, фуснота 66.

(59) *Исто*, стр. 85. и тамо наведена литература.

циљ није још толико добар да би могао оправдати уклањање темеља свих добрих циљева, тј. егзистенције човечије личности. До каквих опасних последица може да нас одведе супротан став, то најбоље показују "свети" циљеви марксизма да се изгради "бескласно друштво", коме су узалуд жртвовани милиони људи (60).

2. Међутим, одговорност истраживача не управља се према највишим, оптимистичким и недефинисаним очекивањима спасења света или "здравља човечанства" у будућности, него према данас и овде важећим етичким односима. Такав однос постоји између истраживача и његовог "човека-кунића". Медицинар је дужан да штити ембрион који је свесно произвео и који, као човек у развоју, има изворно право на живот. То право има апсолутну предност у односу на научно-истраживачку радозналост (61). Није стога допуштено да се због "општер добра" умањи вредност заштите индивидуалног човечијег живота. Тај живот не сме бити подређен никаквом општем интересу (62).

IV. Аналогија са природом

1. Становиште да огледе са ембрионима не треба спречавати извесни писци оправдавају биолошком чињеницом да, у првим недељама трудноће, велики број природно оплођених јајних ћелија, спонтано и неприметно, ишчезне пре *нидације*. Проценат тог губитка процењује се различито (63), али је вероватно већи од 50%. Из тога се изводи закључак: ако ни природа не брине даљу бригу за тај живот, онда се треба запитати на какву смо бригу за њега ми обавезни. Кад "употребљавамо" ембрионе, ми чинимо само оно што и природа "чини" (64).

2. Противници овог схватања сматрају да позивање на природу није уопште у стању да оправда људске поступке, па ни оне који се тичу ембриона. Висок проценат природних побачаја није аргумент из којег се може извести право на убиство ембриона. Јер, посматрано на дужи рок, природно умирање људи је стопроцентно, али се ни из те чињенице не може изводити право на убиство (65).

Г. НЕМОГУЋНОСТ ЗАШТИТЕ ЕМБРИОНА ПО ОПШТИМ ПРАВНИМ ПРОПИСИМА

1. Сви модерни устави света гарантују човеку право на живот (66). али се у њима не каже да ли се та гаранција односи само на рођене људе. Стога се нужно наметнуло питање: важи ли она и за човечији ембрион.

(60) Исто.

(61) Reinhard Löw, *Leben aus dem Labor* (1985), стр. 146, 153. и даље (наведено према Beckmann, исто).

(62) Beckmann, исто.

(63) Исто, стр. 86 (фуснота 72).

(64) Sass, u: Flöhl (редактор), *Genforschung - Fluch oder Segen?* (1985), стр. 44 (наведено према Beckmann, исто). Такође и Wachsmuth-Schreiber, исто (фуснота 43), стр. 156.

(65) Beckmann, исто

(66) Устав Републике Србије, у члану 14. каже: "Живот човека је неприкосновен".

Тачније речено оно гласи да ли је ембрион човек у смислу уставног права и ужива ли уставноправну заштиту? Ако јесте човек, треба видети преко којих се инструменталних прописа та заштита остварује, јер сама уставна прокламација није за то довољна, као што није довољна ни за рођене људе. Нажалост, у већини земаља не постоје неки посебни правни прописи о заштити ембриона који су створени *in vitro*. Стога се ваља ослонити на опште прописе којима се штите човечији живот и телесни интегритет.

2. Од општих прописа долазе првенствено у обзир прописи кривичног и грађанског права, али је питање је ли њихова примена могућа ради заштите нерођеног живота. Одредбе кривичних законика о недозвољеном прекиду трудноће претпостављају да "трудноћа" већ постоји и да се она насилно прекида одстрањивањем плода из утробе бремените жене. О томе, међутим, не може бити ни говора кад се ради о ембриону зачетом у реторти и који није имплантиран у материцу. Сем тога, нема места ни кривичном делу телесне повреде, јер оно претпоставља рођеног човека. Најпосле, утрошак ембриона у експерименталне сврхе не може се третирати ни као оштећење ствари, тј. као кривично дело против имовине (67).

Није прикладно ни грађанско право и поред тога што оно, у начелу, признаје извесну заштиту нерођеног живота. Јер, право на надокнаду штете по основу деликта претпоставља да је вештачки оплођена јајна ћелија имплантирана и да човек, који је потом рођен, трпи штету која је узрокована у његовом ембрионалном стадијуму (68). На пример: ако лекар начини стручну грешку приликом вантелесног оплођења или трансферисања ембриона, па то изазове доцније штету на телу или здрављу човека, постоји одговорност лекара (69). Право на обештећење не долази, међутим, у обзир у случају кад ембрион умре услед експерименталног захвата, или због тога што није трансфериран у материцу. То практично значи да општи правни прописи не пружају никакву заштиту вантелесно створеним ембрионима који нису имплантирани. Истраживачи би могли са њима поступати како им драго, будући да им право допушта "птичију слободу" (70). Пошто општи прописи о заштити живота и телесног интегритета нису формулисани тако да држе корак са напретком модерне медицине у области вештачког оплођења људи и манипулације ембрионима. У извесним земљама тек се чине напори да се та проблематика правно регулише на адекватан начин (71).

(67) Albin Eser, *Forschung mit Embryonen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht*, у: Günher - Keller (редактори), *Fortpflanzungsmedizin und Human-genetik - Strafrechtliche Schranken* (Tübingen, 1987), стр. 266.

(68) Hans-Joachim Mertens, у: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3: *Schuldrecht, Besonderer Teil*, 2. Halbband (München, 1980), § 823, стр. 1160, маргинални број 60.

(69) То је становиште немачког Савезног суда (Haribert Ostendorf, *Experimente mit "Retortenbaby" auf dem rechtlichen Prüfstand*, *Juristenzeitung* бр. 13/1984, стр. 597).

(70) Eser, *исто* (фуснота 28), стр. 267.

(71) *Исто*, стр. 269.

Х. ЗАШТИТА ЕМБРИОНА ПО ПРАВУ САВЕЗНЕ РЕПУБЛИКЕ НЕМАЧКЕ И ВЕЛИКЕ БРИТАНИЈЕ

Током 1990. године, Савезна Република Немачка и Велика Британија донеле су своје посебне законе којима се, између осталог, уређује и статус човечијих ембриона. Пошто су полазне тачке и садржина тих закона битно различити, биће најбоље да их одвојено и укратко изложимо.

1. Немачки Gesetz zum Schutz von Embryonen

1. Немачки законодавац полази од преовлађујућег схватања својих лекара и правника да људски живот настаје са оплођењем женске јајне ћелије семеном мушкарца. Држава је дужна да тај живот и његово достојанство правно заштити, признајући му виши ранг вредности у односу на слободу истраживања. Закон се ограничава на прописивање чисто забрањујућих норми и утврђивање кривичноправних санкција, у облику лишења слободе у трајању до пет година и новчаних казни. У њему су изостале норме о административно-процедуралним питањима и о породичноправним последицама вештачког оплођења, иако су првобитним планом биле предвиђене. Нема ни одредбе о кривичном делу лакомисленог наношења штете ембриону (на пример, медикаментима или рендгенским зрацима), која је иначе постојала у *Нацрту* закона (§1). Та ће празнина бити попуњена законом о измени важећег *Кривичног законика*, чија је припрема у току (72).

2. У набрајању забрањених радњи законски текст је веома детаљан, што јасно показује да немачки законодавац није имао поверења у грађане и установе за медицинска истраживања (73). Централна је одредба закона којом се забрањује вештачко оплођење јајне ћелије у неке друге сврхе осим ради изазивања трудноће код жене од које ћелија потиче (§1, ст. 1, тачка 1). Тиме је истраживање на живим ембрионима безусловно забрањено, осим експеримената који служе одржавању њиховог живота и под условом да се очекивана сазнања не могу прибавити на други начин (74). Сем тога, Закон забрањује вантелесно оплођење више јајних ћелија него што унутар једног циклуса жене треба на њу пренети. Тиме се спречава настанак "прекобројних" ембриона. Вреди споменути и забрану вештачког одређивања пола детета, самовољно оплођење и трансфер ембриона, клонирање, образовање химера и хибрида од човека и животиње. Напослетку, Закон не допушта ни ове поступке: поклањање јајних ћелија другоме; оплођење јајних ћелија ради доцнијег поклањања ембриона или ради његове имплантације у тзв. *сурогат-мајку*; оплођење јајне ћелије жене која је унапред изразила спремност да своје дете после рођења препусти неком трећем. Адресати

(72) Видети образложење Владиног *Нацрта закона о заштити ембриона*, Drucksache 417/89, стр. 11.

(73) Erwin Deutsch, *Embryonenschutz in Deutschland*, Neue Juristische Wochenschrift, бр. 12/1991, стр. 724.

(74) Rolf Keller, *Das Recht und die medizinische Forschung*, Medizinrecht бр. 1/1991, стр. 12.

свих законских забрана јесу претежно истраживачи из области природних наука и лекари.

II. Британски *Human Fertilisation and Embryology Act*

1. За разлику од немачког законодавца који је вештачко оплођење омеђио, пре свега, казним санкцијама, британски законодавац је желео да га првенствено регулише, а само ретко да забрани. У складу са англо-америчким поимањем "приватности" као "аутономије рађања", основно питање није било "шта се сме дозволити", него "да ли је посезање за забранама легитимно" (75).

2. Британски Закон не полази од става да ембрион *in vitro* представља биће са већ постојећим људским достојанством. Стога допушта извођење експеримената на раном ембриону до 14 дана старости, тј. да се он "утроши" ради туђе користи. Дозвољено је, дакле, стварање вантелесних ембриона ради истраживачких циљева, као и употреба "прекобројних" (76). Штавише, Закон прописује да се ембрион који је намењен за истраживање не сме употребити у друге сврхе, па ни за изазивање вештачке трудноће. Поименично се дозвољава истраживање са ембрионима ради развоја контрацептивних и абортивних средстава, као и због унапређења индустрије лекова. Сем тога, британски Закон допушта замрзавање и конзервирање ембриона у циљу доцније имплантације, или употребе у истраживачке сврхе и то у трајању до десет година. Забрањено је једино имплантирање животињских ембриона у утерус жене и човечијих ембриона у животињу (77).

III. *Ius commune* није на делу

Тенденције у немачком и британском законодавству очито су различите, упркос најављене и започете унификације права унутар *Европске економске заједнице*. Несклад није могла да спречи ни *Одлука Европског парламента о вештачком оплођењу in vivo и in vitro*, а наговештено и очекивано усклађивање националних законодавстава на томе плану очигледно не полази за руком. Немачку и Велику Британију обавезује подједнако и *Европска конвенција о људским правима*, али оне потпуно различито поимају "слободу размножавања", "људско достојанство" и друге параметре из те конвенције. Треба рећи да немачки узор прихватају, већином, још аустријски и швајцарски правници. У Аустрији је, још 1990, израђен Нацрт закона о вештачком оплођењу који се у основним ставовима поклапа са одговарајућим немачким правом, док је швајцарски Савезни суд, у својој пресуди од 15. маја 1989, изрекао овај став: "Али, с обзиром на околност да је са оплођењем јајне ћелије одређена човечија индивидуалност и да оно може водити ка рођењу

(75) Erwin Bernet, *Forpflanzungsmedizin und Recht - Bemerkungen zum Stand der Gesetzgebung in Österreich, Deutschland und Grossbritannien*, *Medizinrecht*, 6p. 6/1991, стр. 314.

(76) Исто, стр. 315.

(77) Исто.

човека, правна заједница не може бити равнодушна према судбини ембриона *in vitro*" (78). И XIV Међународни конгрес за кривично право који је одржан у Бечу 1989, изјаснио се, већином, у прилог немачком ставу (79). Међутим, разлике у религији и у погледу на свет, које постоје међу грађанима европских и ваневропских земаља, опиру се правној унификацији у овој области. Зато је већ извесно да неке велике земље света неће следити немачког законодавца и да сличне законе неће донети (80). И неки немачки правници сматрају да је њихов законодавац сувише "истрчао" испред осталих, те да претерано ограничава научна истраживање у односу на друге земље света. То најбоље илуструје ова заједљива опаска: "Подела рада у модерноме свету; једне нације истражују, а друге развијају потребан морал" (81). У исти мах, незадовољници налазе себи утеху у чињеници да немачки Закон не важи за дела учињена у иностранству, надајући се да ће тиме бити онемогућен велики раскорак између Немачке и осталих развијених земаља (82).

И. ЗАКЉУЧАК

1. Стварање ембриона *in vitro* у циљу изазивања вештачке трудноће изборило је свој морални и правни статус, али су сви остали његови циљеви изложени озбиљном сумњичењу. Свакојако поступање са ембрионом нема више готово никакву подршку стручног јавног мњења које чврсто стоји на становишту да није дозвољено све што је научно-технички могуће. До нових научних истина у медицини не сме се долазити по сваку цену, јер ни племенит циљ није у стању да оправда сваки поступак. Да би било и остало у служби човека, научно истраживање не сме себи подредити људско достојанство и људски живот.

2. Питање је ли рани ембрион човек или ствар није право питање и оно нужно одводи расправу на погрешан пут. Сигурно је да се ембрион као ћелијска творевина која се налази тек у процесу прве деобе, не може нипошто поредити са рођеним животом, са човеком који осећа и мисли, нити са човеком у његовом физичком облику. Али је сигурно да се не ради ни о ствари која безусловно служи другоме, него о нерођеном људском животу. Ако исти такав живот у мајчиној утроби ужива извесну правну заштиту, немогуће је да ембрион *in vitro* буде лишен сваке заштите, поготову ако се има у виду чињеница да нека правна заштита припада чак и животињама и мртвој природи. У најмању руку, не би се смело допустити стварање вантелесних ембриона који треба да послуже искључиво у експерименталне сврхе. Унапред постављени циљ продуковања ембриона треба да буде само вештачко изазивање трудноће. Од медицинских огледа са вантелесним човечијим

(78) Наведено према: Suarez, *исто* (фуснота 17), стр. 205.

(79) Hans-Ludwig Günther, *Strafrechtliche Verbote der Embryonenforschung*, Medizinrecht, бр. 4/1990, стр. 163.

(80) Видети: Deutsch, *исто* (фуснота 58), стр. 724.

(81) *Исто*, стр. 725, фуснота 33.

(82) *Исто*, стр. 724.

зачетком треба допустити једино лечеће, јер су они огледи за ембрион, нису *на* ембриону.

3. Ембрион не поседује право самоодређења, нити неко друго субјективно право; стога није у стању да своје учешће у експерименту оправда властитим пристанком. Његов пристанак не може надоместити ни сагласност генетских родитеља, јер нико није овлашћен да располаже туђим животом. Родитељи имају једино право да располажу властитим оплодним ћелијама, али немају право да одлучују о опстанку ембриона који је из њих проистекао.

4. Без сумње, ембрион треба да ужива извесну правну заштиту јер је вредност која то заслужује. Али, заштита није могућа на темељу општих правних прописа који већ постоје, будући да су они намењени готово искључиво рођеним људима. Стога су нужни посебни правни прописи о вештачком оплођењу *in vitro*. Тим прописима не треба, разуме се, онемогућити даље усавршавање вештачке оплодне људи, него одвојити дозвољено од недозвољеног.

5. Југославија још нема правне прописе о вештачком оплођењу, иако се тај поступак и код нас примењује. Време је да се и о тим прописима размишља, јер су многе земље својим одговарајућим законима прокрчиле и нама пут. Од свих могућих решења најгоре је решење које задржава стање потпуне правне неизвесности. То стање представља повољно тло и за најекстремнија просуђивања: да је све и допуштено и забрањено у исти мах. Зато се и југословенски законодавац мора што пре огласити.

(Примљено 20. IV. 1992)

Jakov Radišić,
professor of the Faculty of Law in Kragujevac

EXPERIMENTS WITH THE HUMAN EMBRYO CREATED *IN VITRO* - THE LIMITS OF PERMITTED

Summary

While beginning with the fact that human embryos created *in vitro* are used for experimental purposes, the author raises the question: should we refer to the embryo as being a thing or a human being? This is followed by a thorough review of two opposed standpoints regarding this issue in medical and legal literatures. The author holds that embryo is a value deserving legal protection and continues to discuss the possibilities of such protection according to existing criminal and civil law regulations. The answer to that controversy is negative, so that efforts in developed countries to design a special law concerning artificial insemination at humans deserves every attention.

A section of the article is dedicated to German and British laws concerning artificial insemination which start from different conceptions. While German law-maker prohibits scientific experiments with embryo, the British one permits them, but only within a fourteen day time limit after the fertilization. It is obvious that announced and effected unification

of law within the European Economic Community is not successful in that particular area, one of the reasons being the fact that citizens of these countries are of different religions and conceptions about life in general - which are in fact opposed to such unification.

In his conclusions the author opts for German solution while considering that scientific research in medicine should not disregard human dignity and life of the *in vitro* embryo. The author insists that Yugoslavia, too, enacts special legislation covering artificial insemination which should separate the permitted from the prohibited. The present situation of total legal uncertainty is the worse solution, since it makes possible even the most extreme conclusions, namely, that everything is at the same time permitted and prohibited.

Key words: *Embryo. – Artificial insemination. – Medical experiments. – Responsibility.*

Jakov Radišić,
professeur à la Faculté de droit de Kragujevac

LES EXPÉRIENCES SUR L'EMBRYON HUMAIN CREE IN VITRO - LIMITES DU PERMIS

Résumé

Partant du fait que les embryons humains créés in vitro sont utilisés à des fins expérimentales et autres, l'auteur soulève la question suivante: faut-il se comporter envers un tel embryon comme s'il s'agissait d'une chose ou bien comme s'il s'agissait d'un être humain? Suit un exposé détaillé des deux positions prises opposées à ce sujet, dans la littérature médicale et juridique. L'auteur opte en faveur de la position que l'embryon représente une valeur qui mérite la protection juridique, et c'est pourquoi il examine les possibilités d'une telle protection aux termes des règlements actuellement en vigueur du droit pénal et du droit civil. Il aboutit à la conclusion que cela n'est pas possible et signale de ce fait la tendance de pays développés d'élaborer un droit spécial qui s'occuperait de l'insémination artificielle des hommes. Dans un chapitre spécial, il expose le droit allemand et britannique ayant trait à l'insémination artificielle et dégage les points au sujet desquels ils divergent: alors que le législateur allemand interdit les expériences scientifiques sur l'embryon, le législateur britannique les permet, mais uniquement dans un délai de 14 jours après l'insémination. Il est évident que l'unification annoncée et amorcée du droit à l'intérieur de la C.E.E. n'a pas abouti dans ce domaine, car les différences de religions et de concepts des citoyens de ces pays s'opposent de manière efficace à cette unification.

Dans sa conclusion, l'auteur opte en faveur de la position des juristes allemands considérant que les recherches scientifiques en médecine ne doivent pas soumettre à leurs intérêts la dignité humaine et la vie de l'embryon *in vitro*. Il s'engage en faveur de l'adoption, en Yougoslavie, des règlements spéciaux sur l'insémination artificielle, par lesquels on définirait ce qui est permis et ce qui ne l'est pas. La situation actuelle d'incertitude juridique complète est la pire des solutions, car elle autorise même les réflexions extrémistes, à savoir que tout est permis et que tout est interdit. C'est pourquoi les législateurs Yougoslaves devraient se mettre à l'oeuvre le plus rapidement possible.

Mots clé: *Embryon. – Insémination artificielle. – Expériences médicales. – Responsabilité.*

др Марија Драшкић,
доцент Правног факултета у Београду

ПОРОДИЧНОПРАВНИ АСПЕКТИ АРТИФИЦИЈЕЛНЕ ИНСЕМИНАЦИЈЕ

Хуманизација правила породичног права, у том смислу да се утврђивање и оспоравање очинства деце зачете помоћу хетерологне артифицијелне инсеминације што више приближи поступку који се примењује на природно зачету децу, треба да допринесе да се укине дискриминација између деце која су природно зачета и рођена и деце чије је рођење резултат ове врсте вештачког оплођења. Стога, ако је реч о хетерологној артифицијелној инсеминацији, правна правила треба дефинисати тако да овакав поступак буде доступан свакој жени која из медицинских разлога не може остварити жељу за потомством, односно која живи у браку или стабилној и дуготрајној ванбрачној заједници. Оспоравање очинства детета које је рођено у браку, исто као и утврђивање очинства у судском поступку за дете које је рођено ван брака, не треба да буде допуштено, будући да се на тај начин обезбеђује у потпуности да концепт социолошког родитељства постане правно и друштвено верификован једнако као и биолошко родитељство. Најзад, у складу са тим, анонимност донора треба да остане правило, као што је то и сада случај у већини правних система, како би фактичка породица могла успешно да одбрани принцип највеће добробити детета у конкуренцији са породицом по крви.

Кључне речи: *Породично право. – Вештачко оплођење. – Оспоравање очинства. – Анонимност.*

Спектакуларан развитак нових репродуктивних технологија - артифицијелна инсеминација, фертилизација *in vitro*, трансфер ембриона, криоконзервирање, ембриобиопсија, супституција нуклеуса, клонирање, *trans species* фертилизација, ектогенеза - навео је неке правне писце да закључе како ће се, уместо класичне дихотомије на брачну и ванбрачну децу, ускоро моћи говорити о подели на децу која су природно зачета и рођена и на децу чије је рођење резултат неке врсте вештачког оплођења. (1). Међутим, за разлику од осталих поменутих техника, артифицијелна инсеминација је поступак који не изазива позорност јавности због своје оригиналности (2) или сложености медицинског

(1) М. Алинчић, *Поријекло дјетета - регулатива и дилеме*, "Анали Правног факултета у Београду", бр. 6/1988, стр. 644.

(2) Први документовани случај артифицијелне инсеминације код људи приписује се енглеском хирургу John-у Hunter-у и потиче из 1790. године. Видети: W. Finegold, *Artificial Insemination*, 2nd ed, Springfield, 1976, стр. 6.

захвата који га прати (3), већ пре свега због чињенице да се, према озбиљним проценама, у свету роди годишње између 10.000 и 20.000 деце зачете на овај начин (4). Како поступак артифицијелне инсеминације у неким случајевима доводи до раздвајања правног статуса родитеља од биолошке основе родитељства, неопходно је извршити прилагођавање традиционалних правила породичног права новонасталим односима, или, евентуално, дефинисати и нова правила.

Постоје два основна начина артифицијелне инсеминације. Један је инсеминација спермом мужа, односно ванбрачног друга жене која се подвргава интервенцији и он се у литератури обично назива хомологна инсеминација, или се означава акронимом АИН (скраћеница енглеских речи "artificial insemination by husband") (5). Будући да је у овом случају дете биолошки потомак својих родитеља, извесно је да нема проблема који би са правног, моралног или психолошког становишта представљали значајнију препреку за вршење оваквог захвата (6).

Други начин артифицијелне инсеминације обавља се спермом даваоца који није брачни или ванбрачни друг жене која се подвргава интервенцији, те се отуда назива хетерологна инсеминација, односно АИД (скраћеница енглеских речи "artificial insemination by donor") (7).

(3) Поступак артифицијелне инсеминације је медицински крајње једноставан. Састоји се у уношењу семене течности у вагину или директно у материцу жене која се подвргава интервенцији. Видети: J. S. Metters, *Artificial Reproduction Techniques in use and likely to be developed*, у: "Procréation Artificielle, Génétique et Droit", Colloque de Lausanne des 29 et 30 novembre 1985, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1986, стр. 19.

(4) W. Finegold, *op.cit.* (у прим. 2), стр. 121.

(5) Постоји неколико медицинских индикација за примену АИН методе: физичка или психолошка немогућност остварења нормалног сексуалног односа, цервикални отпор, субфертилност мужа и васектомија. Видети: J. S. Metters, *op. cit.* (у прим. 3), стр. 19.

(6) Изузетак представља могућа примена АИН post mortem, што значи оплођење које би се извршило замрзнутом спермом мужа након његове смрти. На овом месту, међутим, неће бити речи о таквим проблемима, због тога што они нису специфични за артифицијелну инсеминацију, већ се морају решавати у зависности од општих начела о правном статусу замрзнуте сперме, јајних ћелија и ембриона. Иначе, судска пракса у неким земљама већ се суочила са истим питањем, доказујући да проблем никако није само теоријски. У чувеном француском спору Pargalaix, тужиљин супруг, сазнавши да болује од карцинома тестиса и да предстојеће лечење хемотерапијом може проузроковати стерилитет, одлучио је да депонује своју сперму у Центру за проучавање и конзервацију сперме (С.Е.С.О.С.) 7. децембра 1981. године. После његове смрти његова супруга је затражила од Центра да јој преда замрзнуту сперму како би је употребила за артифицијелну инсеминацију. Центар је такав захтев одбио. Виши суд у Кретеју је донео одлуку 1. августа 1984. године у којој је стао на становиште да се у овом случају ради о једном посебном уговору према коме се Центар обавезао да, са једне стране, конзервира сперму а, с друге стране, да је преда на захтев донаора или било које друге особе коју он одреди. Стога је наредио туженом Центру да на захтев удовице преда сперму лекару кога она изабере. Уколико такав захтев не буде постављен у року од шест месеци, Центар је овлашћен да уништи сперму. Видети: E. Deutsch, *Pargalaix et al. v. C.E.C.O.S.* "Medicine and Law", бр. 47/1985, стр. 299.

(7) Медицинске индикације за АИД су: стерилитет или субфертилност мужа, озбиљна наследна болест мужа и тешки случајеви резусинкомпатибилности. Видети: J. S. Metters, *op. cit.* (у прим. 3), стр. 20. У неким правима, о чему ће надаље бити више речи, медицинским индикацијама се придодају и неке социјалне индикације, какав је случај са артифицијелном инсеминацијом неудатих жена.

Овакав поступак релативизира традиционална правила о претпостављеном брачном очинству, односно о утврђивању ванбрачног очинства, изазивајући недоумице о томе на који начин треба извршити прилагођавање постојећих правних правила новонасталим односима. Управо тим породичноправним дилемама је посвећен овај рад (8).

1. ПИТАЊЕ ДОПУСТИВОСТИ АРТИФИЦИЈЕЛНЕ ИНСЕМИНАЦИЈЕ

а) "Против" допустивости артифицијелне инсеминације

У правној литератури подељена су мишљења о допустивости или недопустивости артифицијелне инсеминације. Према једном ставу, артифицијелна инсеминација је поступак који деперсонализује, деградира човека на објект (9). Хетерологна инсеминација вређа нарочито његово биолошко порекло, а достојанство човека подразумева и јединство његовог духовног и биолошког бића: један елемент тог бића и људског достојанства је и тај што човек, за разлику од животиње, зна своје порекло и има свест о свом пореклу (10). Најзад, давалац сперме не поштује ни своје људско достојанство, јер концепција човека од које полази устав подразумева одговорно биће, а у овом случају давалац себе редукује искључиво на биолошку улогу, на инструмент (11). Приговара се, даље, да се хетероложном инсеминацијом у животну и полну заједницу брачних другова увлачи неко трећи, што није прихватљиво у моралном погледу (12). Хетерологна инсеминација означава се и као акт који је противустан (13), или у најмању руку, правно сумњив (14). Није непознато ни страховање да би инсеминација спермом даваоца отворила пут многим еугенетичким захватима који, нажалост, нису били страни разним тоталитарним идеологијама које се нису устручавале да их спроведу (15).

(8) Разуме се, артифицијелна инсеминација се може вршити и *in vitro*, али у даљем тексту о таквом захвату неће бити речи, јер су правни проблеми везани за *in vitro* фертилизацију нешто другачије нарави у односу на поступак артифицијелне инсеминације која се обавља *in vivo*.

(9) G. Dürig, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde*, "Archiv des öffentlichen Rechts", 2, 1956, 127. Цитирано према: В. В. Водинелић, *Право на људско достојанство*, "Зборник Правног факултета у Загребу", бр. 5-6/1989 (Supplement), стр. 716.

(10) C. Enders, *Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung*, "Neue Juristische Wochenschrift", 14, 1989, 881. Цитирано према: В. В. Водинелић, *op. cit.* (у прим. 9), стр. 717.

(11) G. Püttner - K. Brühl, *Fortpflanzungsmedizin, Gentechnologie und Verfassung*, "Juristenzeitung", 11, 1987, 529. Цитирано према: В. В. Водинелић, *op. cit.* (у прим. 9), стр. 716.

(12) D. Giesen, *Probleme künstlicher Befruchtungsmethoden beim Menschen*, "Juristenzeitung", Vol. 40, 1985, стр. 654.

(13) D. Giesen, *Die künstliche Insemination als ethisches und rechtliches Problem*, Bielefeld, 1962, стр. 169; H. Heiss, *Die künstliche insemination der Frau*, München, Berlin, Wien, 1972, стр. 280.

(14) E. W. Hanack, *Die künstliche Insemination*, у: "Die juristische Problematik in der Medizin", Bo. III, München, 1971, стр. 168.

(15) G. Raymond, *La procréation artificielle et la droit français*, "La Semaine juridique", Vol. 57, 1983, No. 3114.

Ставови које је заузимала судска пракса у неким земљама сводили су се на осуду артифицијелне инсеминације, као поступка супротног јавном поретку и добрим обичајима, а деца која су тако рођена проглашавана су ванбрачним. За Апелациони суд из Лиона артифицијелна инсеминација је понижавајући и увредљив поступак који оправдава развод на штету супруге, чак и ако је муж дао пристанак (16). Једна одлука Врховног суда Јужне Африке изјаснила се у прило ванбрачног статуса детета, које је рођено у браку путем хетерологне артифицијелне инсеминације, када се после развода брака муж мајке успротивио да дете буде усвојено од трећег лица (17). У канадском спору *Orford v. Orford* жена која је била подвргнута хетерологној инсеминацији без сагласности мужа, окривљена је за прељубу (18). Сличну одлуку донео је и суд у америчкој држави Илиноис у спору *Doornbos v. Doornbos*, и поред тога што је утврђено да се муж сагласио са поступком инсеминације (19). Један енглески суд је, штавише, уважавајући захтев за поништење брака због немогућности његове конзумације, прогласио ванбрачним дете које је рођено у том браку уз помоћ хомологне инсеминације, и поред тога што је дете генетски несумњиво потицало од свог оца, односно мужа мајке детета (20).

Законска забрана артифицијелне инсеминације је, ипак, реткост. Такву одредбу познаје, рецимо, Кривични законик Либије (21), или *Закон о медицинској етици Бразила* (22), али раније није била непозната

(16) Cour d'appel de Lyon, 28 mai 1956, 646, note Breton.

(17) V. V. R. 1979 (3) SA 1006. Опширније: S. A. Strauss, *Artificial "Donor" Insemination: A South African Court Declares the Child Illegitimate*, "Medicine and Law", бр. 2/1983, стр. 78; R. Zimmermann, *Die heterologe künstliche Insemination und das geltende Zivilrecht*, "Zeitschrift für das gesamte Familienrecht", бр. 10/1981, стр. 929.

(18) *Orford v. Orford*, 58, D. L. R. 251, 49 Ont. L. R. 15 (1921). Опширније: K. Frey, *New Reproductive Technologies: The Legal Problem and the Solution*, "Tennessee Law Review", Vol. 49, 1982, стр. 312; W. Wadlington, *Artificial Conception: The Challenge for Family Law*, "Virginia Law Review", Vol. 69, 1983, стр. 478.

(19) "Становиште је овог суда да свако дете чији природни (генетски) отац није ожењен његовом мајком јесте ванбрачно, без обзира на брачни статус мајке". Видети: *Doornbos v. Doornbos*, 12 Ill. App. 2d 473, 139 N.E. 2d 844 (1956). Опширније: K. Фреј, *op. cit.* (у прим. 18); K. Venturatos Lorio, *Alternative Means of Reproduction: Virgin Territory for Legislation*, "Louisiana Law Review", Vol. 44, 1984, стр. 1644.

(20) *L. v. L* (1949) и *All. E. R.* 141 (P). Слично становиште заузео је и њујоршки суд у предмету *Gursky v. Gursky*, 39 Misc. 2d 1083, 242, N.Y.S. 2d 406. Оцењујући да не постоје законске претпоставке да се AID деца сматрају усвојеном, овај суд је нашао да се морају сматрати ванбрачним. Опширније: K. Venturatos Lorio, *op. cit.* (у прим. 19), стр. 1644.

(21) Чланови 304. А и 304. Б Закона о допуни Кривичног законика Либије од 28. октобра 1971. забрањују предузимање артифицијелне инсеминације под претњом казне затвора за жену, њеног мужа или треће лице које обави овакав поступак. Опширније: A. E. Mayer, *Libyan Legislation in Defense of Arabo-Islamic Sexual Mores* "American Journal of Comparative Law", Vol. 26, 1980, стр. 287.

(22) Видети: чл. 53. Закона о медицинској етици од 30. септембра 1957. који забрањује само хетерологну инсеминацију; хомологна инсеминација може се предузети ако постоји изричита сагласност оба брачна друга. Цитирано према: "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 357.

ни неким европским законодавствима (23).

б) "За" допустивост артифицијелне инсеминације

Према другом ставу, који изгледа да је данас владајући, артифицијелна инсеминација не сматра се поступком који је неспојив са људским достојанством, нарочито ако је у питању АИН процедура. Но, појављују се другачији погледи и када је реч о хетерологној инсеминацији. Тако се, на пример, истиче да се повреда људског достојанства не може сагледавати у сваком техничком захвату у људско тело и психу (24). Напротив, такви захвати треба да буду оправдани у етичком смислу, и то на основу сазнања да је неплодност болест коју треба лечити у оквиру расположивих медицинских могућности (25). Ако је жена сагласна са хетероложном инсеминацијом, тада није повређено њено људско достојанство (26). Не трпи ни људско достојанство детета које захваљује своје постојање вештачкој оплодњи; поступком свог зачињања оно не може бити повређено у свом људском достојанству (27). Најзад, ни давалац сперме не поступа противно свом људском достојанству, јер он дела по слободној одлуци. Стога, ако он не жели да преузме никакву одговорност за дете, његов поступак се може квалификовати као неморалан, али не и противан његовом људском достојанству (28).

Еволуција у пресуђивању спорова који се тичу артифицијелне инсеминације је, такође, очигледна. Сасвим је напуштен став да је жена која је подвргнута оваквој интервенцији починила прељубу, јер је суштина прељубе у сексуалном акту, а не у чињеници да је дошло до вештачког повезивања јајне и семене ћелије (29). Либералније становиште усвојено је и у низу судских одлука које су прогласиле брачном

(23) У Нацрту Кривичног законика Немачке из 1962. хетерологна инсеминација била је пенализована као кривично дело. Опширније о томе: H. Lüttger, *Die humane artifizielle Insemination-Entstehung und Untergang eines kriminalpolitischen und legislatorischen Problems* у: "Jahrbuch 1977 der Berliner Wiss. Gesellschaft", Berlin, 1978, стр. 150-185.

(24) A. Eser, *Thesen zur Reproduktionsmedizin und Humangenetik aus rechtlicher und sozialpolitischer Sicht*, у "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 308.

(25) Departement of Health and Social Security: *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* ("Warnock Report"), London, 1984, § 2.3. i § 2.4.

(26) E. Deutch, *Des Menschen Vater und Mutter (Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen)*, "Neue Juristische Wochenschrift", 32, 1986, 1973. Цитирано према: B. B. Водинелић, *op. cit.* (у прим. 9), стр. 728.

(27) I. v. Münch, *Grundgesetz*, Kommentar, Bd. I, München, 1985, marg. 32. Цитирано према: B. B. Водинелић, *op. cit.* (у прим. 9), стр. 728.

(28) *Ibid.*

(29) *People v. Sorensen*, 68 Cal. 2d 280 P 2d 495, 66 Cal. Rptr 7, 13 (1968). Опширније видети: K. Venturatos Lorio, *op. cit.* (у прим. 19), стр. 1645; K. Freq, *op. cit.* (у прим. 18), стр. 313. У истом смислу и: *MacLennan v. MacLennan*, 1958. S. L. T. 12. У британској правној књижевности радо се наводи овај други случај као илустрација става шкотске судске праксе, која никада није посегнула за тим да хетерологну инсеминацију прогласи за прељубу. Видети: S. Cretney, *Principles of Family Law*, London, 1984, стр. 118.

децу рођену уз помоћ хетерологне инсеминације. Врховни суд Њујорка изразио је становиште да се сагласност мужа код примене AID методе мора сматрати актом позаконења детета (30). У предмету *In re Adoption of Anonymous*, суд је већ без икаквих ограда прогласио брачним дете чији су се родитељи сагласили са применом AID методе (31). Слично је поступио и Врховни суд Калифорније у предмету *People v. Sorensen*, налазећи решење у томе да пренесе појам "отац" од биолошког оца на мужа мајке детета (32).

2. КО ИМА ПРАВО НА АРТИФИЦИЈЕЛНУ ИНСЕМИНАЦИЈУ?

У упоредном праву није спорно да право на подвргавање артифицијелној инсеминацији имају брачни другови који природним путем не могу остварити жељу за дететом (33), као и, евентуално, мушкарац и жена који живе у стабилној и дуготрајној ванбрачној заједници (34).

Нема, међутим, јединственог става када је у питању артифицијелна инсеминација неудате жене. У упоредном праву могуће је пронаћи и примере законодавстава која дозвољавају да жена која живи сама, без секусалног партнера, оствари своју жељу за дететом помоћу артифицијелне инсеминације (35).

(30) *Strnad v. Strnad*, 190 Misc. 768 N. Y. S. 2d 390 (1948). Опширније: S. Smith, *The Razor's Edge of Human Bonding: Artificial Fathers and Surrogate Mothers*, "Western New England Law Review", Vol. 5, 1983, стр. 642.

(31) *In re Adoption of Anonymous*, 74, Misc. 2 d 99, 345 N.Y.S. 2d 430 (1973).

(32) Видети: *People v. Sorensen*, *op. cit.* (у прим. 29).

(33) Тако, на пример, за чешко право видети: чл. 3: "Обавезујућих инструкција" Министарство здравља Републике Чешке, "Vestník Ministerstva zdravotnictví", No 11/12 од 29. децембра 1982; за швајцарско право видети: C. Hegnauer, *Die familienrechtliche Problematik in der Schweiz*, у: "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 207; за грчко право видети: чл. 1471. тачка 2. Грчког грађанског законика (амандман усвојен Законом бр. 1329 од 15. фебруара 1983.); за холандско право видети: чл. 201. ст. 1. Холандског грађанског законика; итд.

(34) У том смислу изјашњава се, на пример, чл. 2. шведског Закона о инсеминацији бр. 1140 од 20. децембра 1984: "Инсеминација се може обавити само под условом да је жена удата, или да живи у ванбрачној заједници која је слична браку. Писмена сагласност мужа, или ванбрачног партнера, мора бити прибављена". Цитирано према: "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 335. Проширење права на артифицијелну инсеминацију у корист жене која живи у ванбрачној заједници предвиђа и неколико аустралијских држава. Видети: с. 3 (1) Закона о артифицијелној концепцији Новог Јужног Велса, с. 10ц Закона о породичним односима Јужне Аустралије и с. 2 (а) (и) Закона о медицинском третману инфертилитета Викторије. Цитирано према: "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 358-362. Артифицијелну инсеминацију жене која није у браку дозвољава и с. 28(3) Закона о хуманој фертилизацији и ембриологији Велике Британије. Према том закону, додуше, није потребна никаква посебна квалификација ванбрачне заједнице, већ је довољно да жена затражи да буде подвргнута третману заједно са мушкарцем који није донор сперме. Цитирано према: Blackstone's Guide to the Human Fertilisation & Embryology Act 1990, London, 1991, стр. 203.

(35) Тако, на пример, америчке државе Арканзас, Калифорнија, Колорадо, Илиноис, Њу Хемпшаир, Њу Џерси, Њу Мексико, Охајо, Орегон, Вашингтон, Висконсин и Вајоминг не постављају никакве законске препреке да и неудата жена затражи од овлашћеног лекара да је подвргне артифицијелној инсеминацији. Будући да лекари који

У правној теорији износи се као аргумент чињеница да свака особа, без обзира да ли је у браку, може имати користи од оснивања породице. Стога, ако једна метода репродуктивне технологије чини могућим да и неудата жена добије своје дете, дискриминаторски је и друштвено непожељно одрицати таквој особи право на прокреацију само због тога што није била у прилици да нађе одговарајућег партнера, није желела да закључи брак, или није пристала на хетеросексуалну везу (36). Разлози да се има дете - волети и бити вољен, васпитавати и преносити сопствене идеале и вредности, допринети делом свог бића будућим генерацијама - не зависе од брачног статуса (37). Но, не изостају ни супротна мишљења. Тако се износи да АИД поступак представља лек за мушки или женски брачни стерилитет, због чега неудатој жени треба забранити да му се подвргава (38). Није за занемаривање ни чињеница да би дете, коме је његова мајка наменила да живи у једнородитељској породици, у случају њене смрти и непостојања ближих сродника који би били спремни да се о њему старају, било упућено у социјалну установу. (39) Позивати се на аналогију са усвојењем од стране особе која није у браку није исправно, јер се код усвојења ради о већ рођеном детету које је напуштено од својих биолошких родитеља. За такво дете пожељно је да има бар једног родитеља, за разлику од детета које тек треба да буде рођено захваљујући артифицијелној инсеминацији (40).

Када је реч о југословенском праву, ово питање отвара могућност да буде протумачено на два различита начина.

Према једном могућем тумачењу, право на примену поступка артифицијелне инсеминације имала би свака жена, без обзира на свој брачни или ванбрачни статус. У прилог оваквог става могу се навести следеће чињенице.

имају приватну праксу могу одлучити да ли да изведу интервенцију и коју пацијенткињу могу да приме, многи од њих у прилици су да одбију, из моралних разлога, да изађу у сусрет неудатим женама. Напротив, ако је лекар запослен у државној установи распрострањено је уверење да би одбијање овакве интервенције, позивањем на брачни статус пацијенткиње, представљало одрицање једнаке заштите права на прокреацију и повреду 14. Амандмана Устава САД. Видети: K. Venturatos Lorio: *op. cit.* (у прим. 19), стр. 1650; J. A. Robertson: *Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy and Childbirth*, "Virginia Law Review", Vol. 69, 1983, стр. 418; *Developments in the Law - Medical Technology and the Law*, "Harvard Law Review", Vol. 103, 1990, стр. 1534. Врховни суд САД јасно је потврдио да је право на прокреацију једно од фундаменталних људских права за особе које су у браку. Правни писци, међутим, сугеришу да се пажљивом анализом таквих одлука може закључити да је исто право имплицитно признато и свим другим особама. Опширније о таквим одлукама и аргументима: Note, *Reproductive Technology and the Procreation Rights of the Unmarried*, "Harvard Law Review", Vol. 98, 1985, стр. 678-680.

(36) J. A. Robertson, *op. cit.* (у прим. 35), стр. 424.

(37) *Reproductive Technology*, *op. cit.* (у прим. 35), стр. 679.

(38) G. Raymond, *op. cit.* (у прим. 15); J. Rubellin-Devichi, *Les procréations assistées: état des questions*, "Revue trimestrielle de droit civil", бр. 3/1987, стр. 462.

(39) G. Cornu, *Mélanges offerts à Pierre Ravnaud*, Paris, 1985, стр. 135.

(40) *Droit de la filiation et progrès scientifique*, sous la direction de C. Labrusse et G. Cornu, Paris, 1982, стр. 104.

Прво, Устав СФРЈ прокламује да је право човека да слободно одлучује о рађању деце, као и да се ово право може ограничити само ради заштите здравља (41). Из такве одредбе произлази, дакле, да и неудата жена, као и жена која не живи у ванбрачној заједници, има право да захтева да буде подвргнута артифицијелној инсеминацији како би могла остварити своје уставно право на слободно одлучивање о рађању деце (42).

Друго, сва југословенска породична законодавства познају одредбу којом се забрањује утврђивање очинства детета зачетог вештачком оплодњом мајке (43). Интерпретацијом такве норме долази се до закључка да се она може односити и на дете које је зачето вештачким путем и које је родила неудата жена, односно жена чији је брак престао пре више од три стотине дана од дана рођења детета, што значи да је законодавац несумњиво имао у виду и артифицијелну инсеминацију жене која није у браку (44).

Истом тумачењу, најзад, иде у прилог и одредба хрватског Закона о здравственим мјерама за остваривање права на слободно одлучивање

(41) Чл. 191. Устава СФРЈ.

(42) Правну садржину овог уставног начела најпотпуније је одредио професор М. Стеванов. Оно се, по његовом мишљењу, састоји од неколико овлашћења: права на слободу љубави, права на контрацепцију (укључујући и право на стерилизацију), права на зачеће, права на прекид трудноће и права на рађање детета. Право на зачеће детета, пак, обухвата право на зачеће природним путем, право на зачеће вештачким путем, право на лечење стерилитета и право на пресађивање гонада у циљу рађања. Видети: М. Стеванов: *Право на слободно родитељство*, "Зборник радова Правног факултета у Новом Саду", бр. 11/1977, стр. 49. Но, и међу осталим правним писцима прилично је распрострањено уверење да ову уставну норму треба тумачити у том смислу да сваком, па и жени која нема сексуалног партнера, припада уставно право на слободно одлучивање о рађању деце. Таквој особи треба дозволити да оствари жељу за властитим потомством помоћу семена непознатог даваоца. У том смислу видети: М. Alinčić - А. Bakarić-Mihanović: *Породично право*, Загреб, 1986, стр. 156; М. Младеновић, *Породично право у Југославији*, Београд, 1988, стр. 58; О. Цвејић-Јанчић, *Правни аспекти екстракорпоралне фекундације*, "Анали Правног факултета у Београду", бр. 5/1986, стр. 480; Јб. Ђуровић: *Утврђивање порекла вештачки зачете деце*, "Правни живот", бр. 8-10/1989, стр. 1335; З. Поњавић: *Очинство детета и биолошка истина*, "Наша законитост", бр. 6/1988, стр. 751.

(43) Видети, на пример, чл. 101. Закона о браку и породичним односима (Службени гласник СР Србије, бр. 22/1980).

(44) Норму, међутим, ипак не би требало схватити као апсолутну забрану за утврђивање очинства, већ само као забрану утврђивања очинства у судском поступку. Другим речима, ванбрачно очинство могло би и у овом случају бити утврђено признањем, будући да ни признаваоца, нити мајку детета која даје сагласност са признањем очинства, нико не испитује о околностима под којима је дошло до зачећа детета. Тако и: М. Alinčić - А. Bakarić-Mihanović: *op. cit.* (у прим. 42), стр. 156. До истог закључка доводи и једно тумачење одредбе чл. 101. Закона о браку и породичним односима Републике Србије, према коме: "Није допуштено истраживање очинства детета које је зачето вештачком оплодњом мајке". Из околности да законодавац употребљава термин "истраживање очинства", а не "утврђивање очинства" у овом члану, закључује се да је неспорно да се забрана и може односити само на судски начин утврђивања очинства, будући да утврђивање очинства признањем излази из терминолошког оквира речи "истраживање" очинства. Видети: О. Цвејић-Јанчић: *Утврђивање и оспоравање очинства детета зачетог путем артифицијелне инсеминације*, "Зборник радова Правног факултета у Новом Саду", бр. 1-3/1988, стр. 212.

о рађању дјете, према којој се *"умјетно може оплодити пунољетна и здрава жена у старосној доби погодној за рађање"* (45). Како о брачном статусу жене није ништа речено на овом месту, а из дикције законског текста је јасно да је набрајање услова исцрпно, оправдан је закључак да се медицински захват не може условљавати никаквим додатним претпоставкама, па ни оном о постојању брака или ванбрачне заједнице (46).

Супротно тумачење полази од тога да право на подвргавање поступку артифицијелне инсеминације може имати само жена која живи у браку и, евентуално, жена која живи у ванбрачној заједници сличној браку. Оно се ослања искључиво на медицинско-правне прописе који регулишу право на вештачко оплођење у хрватском и словеначком праву.

Прво, према изреци законске норме право на медицинску помоћ имају жена и мушкарац који не могу остварити жељу за властитим потомством (47). Другим речима, то значи да се артифицијелна инсеминација примењује само у *медицински* индикованим случајевима који једино могу бити обухваћени појмом *"медицинске помоћи"*, а не и у неким другим ситуацијама у којима би се пре радило о психолошким или социјалним индикацијама, као што је случај жене без сексуалног партнера. Законодавац је, притом, појам *"медицинске помоћи"* одредио као *"лијечење које обухваћа утврђивање узрока смањене плодности и уклањање здравствених разлога смањене плодности."* (подвукла М.Д.) (48).

Друго, одређујући примену хетерологне инсеминације хрватски законодавац прецизирао је да се такав захтев примењује *"само ако брачни другови не могу на други начин остварити жељу за властитим потомством"*. (подвукла М.Д.) (49). Отуда јасно произлази да хетерологна инсеминација није приступачна жени која нема брачног или ванбрачног друга, будући да би за њу, по природи ствари, само такав метод долазио у обзир (50).

(45) Чл. 33. ст. 1. Закона о здравственим мјерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању дјете (Народне новине, бр. 18/1978). Исто је решење и истоименог закона Републике Словеније. Видети: чл. 34. ст. 1. Zakona o zdravstvenih ukrepih pri uresničevanju pravice do svobodnega odločanja o rojstvu otrok (Uradni list SR Slovenije, бр. 11/1977).

(46) Још више такво тумачење подупире други став овог истог законског члана: *"Ако је жена у браку, умјетна оплодна сјеменом другог мушкарца може се извршити само уз сугласност њезиног брачног друга"* (чл. 33. ст. 2. Закона о здравственим мјерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању дјете.) Интерпретацијом ове правне норме помоћу аргумената а *contrario* долази се, такође, до закључка да се вештачка оплодна може односити и на неудату жену којој тада, по природи ствари, није потребна сагласност брачног друга.

(47) Видети чл. 29. ст. 1. Закона о здравственим мјерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању дјете и чл. 31. Zakona o zdravstvenih ukrepih pri uresničevanju pravice do svobodnega odločanja o rojstvu otrok.

(48) Чл. 29. ст. 2. Закона о здравственим мјерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању дјете. Слична је и одредба словеначког права: *"Смањена плодност се отклања лечењем (стручно саветовање, лекови, хируршки захвати и вештачким оплођењем"* (чл. 32. Zakona o zdravstvenih ukrepih pri uresničevanju pravice o svobodnega odločanja o rojstvu otrok).

(49) Чл. 30. ст. 2. Закона о здравственим мјерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању дјете.

(50) Стриктно гледано, ни жена која живи у ванбрачној заједници не би могла

Није, дакле, спорно да би се по нашем праву могла са успехом бранити оба тумачења (51). Ипак, имајући у виду све што је до сада речено, у будућем нормирању права на артифицијелну инсеминацију могло би се питање разрешити на следећи начин: Право да буде подвргнута хомологној или хетерологној инсеминацији имала би несумњиво свака жена која је у браку, под условом да за такав третман стерилитета говоре медицинске индикације. Исто право могло би се, такође, признати и жени која живи у стабилној и дуготрајној ванбрачној заједници. О таквом статусу жене обавестио би се, на основу података из анамнезе, лекар који треба да обави интервенцију, будући да се лечењу стерилитета из медицинских разлога приступа тек пошто протекну три године нормалног сексуалног живота партнера (52). Тај рок може бити сасвим задовољавајући и за правну квалификацију ванбрачне заједнице као стабилне и дуготрајне. Најзад, право да буде подвргнута артифицијелној инсеминацији не би имала жена која је без сексуалног партнера, јер за њу овај поступак не представља медицинску помоћ у уклањању здравствених разлога неплодности, већ једну од могућности остваривања уставног права на слободно родитељство. За такво тумачење права на слободно родитељство, међутим, изгледа да нема довољно аргумената. Будући да уставноправна норма говори о праву човека да слободно одлучује о рађању деце, као и да се то право може ограничити само ради заштите здравља, она установљава само правне претпоставке ради обезбеђења тог права човека. Тешко је замислити да би интерпретација овакве одредбе могла да обухвати и фактичну немогућост рађања, каква је ситуација особе која без сексуалног партнера жели да постане родитељ. Другим речима, гарантовање права на оснивање породице не значи и гаранцију да ће то право бити остварено (53). Исто тако, ово право је апсолутно у том смислу, што може бити правно ограничено само ради

захтевати примену АИД методе према овој законској норми, али би се, можда помоћу систематског тумачења могао бранити став да се значење овакве одредбе може протегнути и на стабилне и дуготрајне ванбрачне заједнице. Разуме се, такво тумачење отвара допунско питање о томе ко би био овлашћен да одлучује о природи ванбрачне заједнице у овом случају.

(51) Сличне недоумице рађа и мађарско право. Наиме, према чл. 1. Декрета бр. 12 о артифицијелној инсеминацији Министарства здравља, поступак артифицијелне инсеминације обавиће се на захтев сваке жене која је млађа од 40 година, која има пребивалиште у Мађарској, која је ментално и физички здрава и која, према медицинском мишљењу, не може да роди здраво дете природним путем. Међутим, у чл. 6. истог Декрета, прописано је да се хетерологна инсеминација може применити једино ако медицинска документација указује да би употреба мужевљеве сперме тешко могла резултирати рађањем здравог детета. Цитирано према: *International Digest of Health Legislation*, Vol 33, 1982, стр. 493.

(52) У том смислу: Д. Младеновић, *Гинекологија и акушерство*, Београд, 1989, стр. 139.

(53) У сличној ситуацији налази се, на пример, и законито осуђена особа на издржавању казне затвора или муж који жели да спречи супругу у легалном прекиду трудноће. Дакле, и ова лица имају уставно право на слободно родитељство, али то још не значи да могу стварно и бити родитељи.

заштите здравља, али то не значи да титулар тога права мора у свако доба имати стварну могућност за прокреацију потомства (54).

3. ПОРОДИЧНОПРАВНИ СТАТУС ДЕТЕТА ЗАЧЕТОГ АРТИФИЦИЈЕЛНОМ ИНСЕМИНАЦИЈОМ

а) Брачни статус детета

Према ставу који се без изузетка заступа у југословенској теорији породичног права, дете се сматра брачним уколико су истовремено испуњена три услова: 1) да дете потиче из брака (брачно порекло); и 2) да дете потиче од мајке која је била у браку у време његовог рођења или зачећа (брачно материнство); и 3) да дете потиче од оца који је био у браку са његовом мајком у време рођења или зачећа (брачно очинство). Исти принцип примењује се и на дете које је зачето артифицијелном инсеминацијом.

Што се тиче правног режима за оспоравање очинства детета које је зачето артифицијелном инсеминацијом, југословенска породична законодавства, као и решења упоредног права, не садрже унифицирана правила. Изузев општег принципа да се оцем детета, исто као и у случајевима природног оплођења, сматра муж мајке детета, у погледу остваривања права на тужбу постоје три приступа.

Према ставу који преовладава у већини наших права (заправо у свим, осим македонског и словеначког), право на тужбу за оспоравање брачног очинства има само муж жене која је родила дете у браку, или у року од три стотине дана од дана престанка брака, а вештачки је оплођена семеном другог мушкарца за које муж није дао сагласност (55). Другим речима, да би муж имао право на оспоравање свог брачног очинства морају бити испуњене две претпоставке: (1) да је извршена хетерологна инсеминација и (2) да муж за такав начин оплођења није дао сагласност (56).

(54) У том смислу тумачи се у правној теорији и чл. 12. Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, коју су усвојиле европске земље чланице Европског савета 1950. године, а којим се гарантује право човека да закључи брак и оснује породицу, у складу с националним законима који регулишу вршење тог права. Видети опширније: P. Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Oxford, 1984, стр. 203.

(55) Такво решење прихватају и нека страна права. Видети: чл. 256. ст. 3. Швајцарског грађанског законика (амандман усвојен Законом од 25. јуна 1975.) и с. 5а(а) Закона о реформи породичног права Аустралије из 1983. године. Цитирано према: "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 337. и 358. Исто и: с. 28 (1) и (2) Закона о хуманој фертилизацији и ембриологији Велике Британије. Цитирано према: *Blackstone's Guide to the Human Fertilisation & Embryology Act*, London, 1991, стр. 202.

(56) Видети, на пример, чл. 110. ст. 1. Закона о браку и породичним односима Републике Србије. Ниједан од домаћих породичноправних прописа не предвиђа посебне услове за пуноважност сагласности мужа, осим македонског права у коме се захтева да сагласност буде дата у писменој форми. Дакле, могло би се поставити питање, да ли сагласност треба да задовољи одређену форму? Или, колико дуго важи једном дата сагласност? Или, како се доказује постојање сагласности? У америчком праву, у шеснаест држава захтева се писмена сагласност мужа, а само у девет од њих уређује се посебно и начин на који се чува дата сагласност. Опширније: K. Venturatos Lorio: *op. cit.* (у прим.

То, надаље, значи да, ако је извршена хомологна инсеминација, оспоравање очинства није допуштено, без обзира на то да ли се муж сагласио или се није сагласио са предузимањем АИН поступка за оплођење (57). Рок за тужбу износи шест месеци од дана сазнања за чињеницу да је дете зачето вештачким путем оплодним ћелијама другог мушкарца, а најкасније у року од десет година од рођења детета (58). У хипотези да је муж сазнао за хетерологну инсеминацију одмах након зачећа детета (на пример, тако што је изричито одбио сагласност), морало би се, међутим, сматрати да субјективни рок почиње да тече тек од дана рођења детета. У противном, будући да се очинство може оспоравати само рођеном детету а не и зачетку, субјективни рок за тужбу истекао би пре него што би се право на тужбени захтев за оспоравање очинства могло остварити (59).

Према другом решењу, које је усвојено у праву Републике Македоније, муж има право на тужбу за оспоравање брачног очинства детета које је родила његова жена, ако је до зачећа дошло вештачким путем без његове сагласности. То значи да је за право мужа на оспоравање очинства прописана само једна претпоставка, а то је чињеница да је до вештачког оплођења дошло без његове писмено изражене сагласности (60).

19), стр. 1646. Писмену сагласност предвиђају, на пример, и: чл. 2. Шведског Закона о инсеминацији, *op. cit.* (у прим. 34), стр. 335, и чл. 33. бугарског Породичног законика.

(57) У том смислу и: М. Алинчић - А. Бакарић-Михановић: *op. cit.* (у прим. 42), стр. 157.

(58) Видети чл. 110. ст. 2. Закона о браку и породичним односима Републике Србије. Објективни рок износи пет година према чл. 133. ст. 2. Породичног закона (Службени лист СР Босне и Херцеговине, бр. 21/1979) и чл. 112. ст. 2. Породичног закона (Службени лист СР Црне Горе, бр. 7/1989).

(59) Тако и: М. Алинчић - А. Бакарић-Михановић, *op. cit.* (у прим. 42), стр. 157; Д. Храбар: *Правни проблеми умјетне прокреације*, "Југословенска гинекологија и перинатологија", бр. 1-2/1987, стр. 51. Настојећи да поправи текст ове правне норме у смислу о коме је управо било речи, Закон о измјенама и допунама Закона о браку и породичним односима Републике Хрватске дефинисао је исту одредбу на нови начин: "Тужба ради оспоравања очинства подноси се у року од шест мјесеци од рођења дјетета, односно од дана сазнања за зачеће дјетета умјетном оплодњом сјеменом другог, без сугласности мајчиног мужа, а најкасније до навршене десете године дјетета" (чл. 17. ст. 2. Закона о измјенама и допунама Закона о браку и породичним односима, Народне новине, бр. 45/1989).

(60) Видети: чл. 18. Закона за односите на родитеље и децата (Службен весник на СР Македонија, бр. 5/1973). Супротно тумачење ове одредбе, у том смислу да ни у македонском праву муж не може оспоравати очинство ако је примењен АИН поступак без његове сагласности, објашњава се чињеницом да је муж мајке природни отац детета у претпостављеном случају, а да ни дете зачето природним путем није увек жељено од стране оба родитеља. Видети: О. Цвејић-Јанчић: *op. cit.* (у прим. 42), стр. 487. То је несумњиво тачно, међутим, исто је тако несумњиво да је интерес друштва да се што је могуће већи број дече рађа без конфликта њихових родитеља у погледу њиховог статуса и порекла. У том смислу, настојање права да се прецизно и детаљно нормирају односи између страна које би евентуално могле бити у спору, тамо где је то могуће, требало би начелно поздравити. Стога, захтев за постојањем писмене сагласности мужа, чак и када је у питању хомологна инсеминација, треба у македонском праву тумачити као претпоставку од које зависи право на тужбу за оспоравање очинства.

Ирелевантна је, другим речима, околност да ли је спроведена хомологна или хетерологна инсеминација (61). Што се тиче рока за тужбу, он није посебно одређен, као што није означено ни лице које има право на тужбу, па би се морало сматрати да право припада истом кругу особа које иначе имају право на тужбу за оспоравање брачног очинства у македонском праву (62).

Најзад, према трећем решењу, које је усвојено у праву Републике Словеније, не постоји никакав посебан режим који би се примењивао на оспоравање брачног очинства детета рођеног уз помоћ артифицијелне инсеминације, већ и даље важе општа правила. Према тим правилима, муж мајке може без икаквих ограничења оспоравати своје очинство, доказујући да није могао бити отац детета, па то вреди и када је у питању дете зачето путем артифицијелне инсеминације (63). Овакво решење прихваћено је и у француском и у немачком праву (64), али је у оба ова правна система, за разлику од нашег права, изазвало бурне реакције правне теорије и судске праксе. Тако је, на пример, Виши суд из Нице у једној својој одлуци заузео становиште да сагласност мужа са артифицијелном инсеминацијом не може спречити тужбу за оспоравање очинства, будући да по француском праву, према чл. 311-9. Француског грађанског законика, одрицање од права на тужбе које се односе на порекло није допуштено (65).

(61) Такво решење преовладава и у упоредном праву. Видети, на пример: чл. 1471. тачка 2. Грчког грађанског законика (амандман усвојен Законом бр. 1329 од 15. фебруара 1983); чл. 201. ст. 1. Холандског грађанског законика; чл. 1839. ст. 3. Португалског грађанског законика (амандман усвојен Законом бр. 496/77 од 23. новембра 1977.); чл. 6. Закона о родитељима, стараоцима и деци Шведске (амандман усвојен Законом бр. 1139 од 20. децембра 1984); чл. 586. Грађанског законика Квебека; чл. 33. Породичног законика Бугарске од 18. маја 1985; чл. 52. ст. 2. Закона о породици Чешко-Словачке (амандман усвојен Законом бр. 132 од 10. новембра 1982); чл. 43. ст. 1. Закона о браку, породици и старатељству Мађарске, итд. Цитирано према: "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 331-352. Исто и: чл. 318. § 4. Белгијског грађанског законика. Цитирано према: М. Т. Meulders-Klein, *Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées*, "Revue trimestrielle de droit civil", бр. 4/1988, стр. 651.

(62) То су: супруг, мајка и дете, у смислу чл. 13, 15. и 16. Закона за односите на родитеље и децата.

(63) Видети: чл. 96. Закона о zakonski zvezi in družinskih razmerjih (пречишћен текст) (Uradni list SR Slovenije, бр. 14/1989).

(64) Видети: чл. 312. Француског грађанског законика и § 1594. Немачког грађанског законика.

(65) Tribunal de grande instance de Nice, 30 juin 1976; J.C.P, 1977, II, 18597, note Harichaux-Ramu. Исто и: Tribunal de grande instance de Paris, 19 février 1985 D, 1986, I, 233, note E. Paillet. У француској литератури се овакве одлуке коментаришу као исправне са становишта важећег права, али се, истовремено, оцењује да је законодавна интервенција неопходна и ургентна. Недопустиво је, другим речима, а није ни у интересу жене, детета или друштва, да се толерише "издајство" једног човека, који се претходно сагласио са AID своје жене, путем тужбе за оспоравање очинства. Видети: G. Raymond, *op. cit.* (у прим. 15). Слично и: М. Т. Meulders-Klein, *op. cit.* (у прим. 61), стр. 652. Супротно, према једном другом мишљењу, законска забрана оспоравања очинства у овом случају донела би још горе решење, јер би дете било у потпуности свесно разлога због кога његов наводни отац не може да га се одрекне. Уместо тога судијама се предлаже да искористе опште принципе грађанске одговорности и да осуде на накнаду штете онога ко је дао своју сагласност за

Слично је поступио у једној одлуци и Савезни врховни суд Немачке, чврсто бранећи став да не постоји никаква могућност да се искључи право на оспоравање очинства мужу мајке детета у смислу § 1591. Немачког грађанског законика, чак ни онда када се муж претходно сагласио са поступком хетерологне инсеминације (66).

Најзад, право на оспоравање брачног очинства не би требало доводити у сумњу, без обзира на то о коме од претходно поменутих правних решења је реч, уколико се докаже да до зачећа уопште није дошло путем артифицијелне инсеминације, него на неки други начин (67).

б) Ванбрачни статус детета

Наше позитивно право нема одредби о томе која се деца сматрају ванбрачном. Међутим, на основу породичноправних норми о брачној деци, закључивањем помоћу аргумента *a contrario*, може се једноставно рећи да су ванбрачна деца она која нису рођена у браку, или у року од три стотине дана од дана престанка брака. Ванбрачни статус детета, међутим, за разлику од брачног статуса, не указује ни на какву правну претпоставку помоћу које би се могло утврдити или оспорити порекло детета у односу на његовог оца. Отуда за утврђивање и оспоравање ванбрачног очинства важе посебна правила. Сва та правила се могу применити и на децу зачету путем артифицијелне инсеминације, са једним изузетком.

Наиме, у свим југословенским породичним законодавствима, изузев у праву Републике Македоније, изричито је забрањено судско утврђивање ванбрачног очинства детета које је зачето вештачком оплодњом мајке (68).

хетерологну инсеминацију, да би, потом, оспорио своје очинство. Износ накнаде са припадајућим каматама могао би бити близу суме која је потребна да се подигне дете. Видети: J. Rubellin-Devichi, *op. cit.* (у прим. 38), стр. 464.

(66) BGH, Urt. v. 7. 4. 1983 - IX 3P 24/82 (КГ). Опширније о овој одлуци видети: D. Coester-Waljen, *Die Vaterschaft für ein durch künstliche Insemination gezeugtes Kind*, "Neue Juristische Wochenschrift", 37, 1983, стр. 2059. Слично и: LG Duisburg, Urt v. 10. 10. 1986. "Zeitschrift für das gesamte Familienrecht", бр. 2/1987, стр. 197.

(67) Супротно томе, у америчком спору *State ex rel. H. v. P.* један њујоршки суд стао је на становиште да једном дата сагласност мужа чини одрицање породичне везе са дететом врло тешким. У овом случају, мајка детета покренула је поступак за оспоравање очинства свом мужу. Иако је било неспорно да је она подвргавана артифицијелној инсеминацији, уз сагласност мужа, барем десетак пута пре него што је дошло до зачећа детета, она је тврдила да је природни отац детета мушкарац са којим се упознала на службеном путу. Суд је одбио њен захтев, сматрајући да је естопирана у праву да оспорава очинство. Видети: *State ex rel. H. v. P.* 90. A.D: 2d 434, 457 N.Y.S. 2d 488 (1982). Да би се отклонила могућност оваквог приговора, Закон о родитељима, стараоцима и деци Шведске садржи одредбу према којој се забрана оспоравања очинства детета зачетог путем артифицијелне инсеминације односи само на ситуацију "када је према свим околостима вероватно да је дете зачето путем инсеминације" (чл. 6). Слично обезбеђује и Закон о породици Чешко-Словачке: "Очинство се, ипак, може оспорити, ако се докаже да је мајка детета затруднела на неки други начин, а не путем артифицијелне инсеминације". (чл. 52. ст. 2. in fine). Цитирано према "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 335. и 341.

(68) Видети, на пример, чл. 101. Закона о браку и породичним односима Републике Србије. Судско утврђивање очинства ванбрачног детета које је рођено уз помоћ артифицијелне инсеминације није могуће ни у неким страним правима. Тако, рецимо, у францу

Иако се у литератури може срести мишљење да је та одредба логична (69), изгледа да она ипак заслужује додатно објашњење.

Према првој хипотези, ако је дошло до хомологне инсеминације, истиче се да нема сумње ко је биолошки отац детета, па нема смисла оптерећивати судске органе поступком чији је исход изванредно познат (70). Другим речима, порекло ванбрачног детета зачетог артифицијелном инсеминацијом његове мајке помоћу семена њеног ванбрачног партнера је чињенично познато. Но, то још увек не значи да је и правно-технички могуће утврдити очинство таквог детета (71).

Да би, дакле, порекло од оца ванбрачно рођеног детета могло бити и правно потврђено, будући да је оно биолошки несумњиво, поменуто законску одредбу требало би изменити тако што би утврђивање ванбрачног очинства у судском поступку, у оквиру хипотезе о хомологној инсеминацији, било дозвољено. На тај начин би се усклађивање правног и фактичког стања извршило у оним случајевима, када ванбрачни друг мајке није спреман да учини признање очинства, односно када се мајка или дете не сагласе са признатим очинством. Штавише, има смисла и размишљање да би утврђивање ванбрачног очинства требало учинити могућим увек онда када је давалац семена познат, јер је за порекло вештачки зачете и ванбрачно рођене деце, исто као и за порекло природно зачете ванбрачне деце, пресудно само то да ли је њихово порекло од оца могуће установити, или то није могуће (72).

У другој хипотези, када се артифицијелна инсеминација неударе жене не обавља семеном њеног ванбрачног друга, него семеном непознатог даваоца, признањем очинства од стране ванбрачног партнера мајке утврђује се очинство детета једнако као и да је реч о хомологној

ском праву такве могућности нема захваљујући чињеници да се утврђивање ванбрачног очинства у судском поступку може обавити само у законом изричито прописаним случајевима (чл. 340. Француског грађанског законика), међу којима нема артифицијелне инсеминације, односно да су законом посебно одређене околности у којима је изричито забрањено судско утврђивање очинства (чл. 340-1 Француског грађанског законика), а које, такође, не обухватају поступак артифицијелне инсеминације. Опширније: G. Raymond, *op. cit.* (у прим. 15).

(69) А. Коран, *Етички и правни аспекти нових репродуктивних технологија с посебним освртом на законодавство СР Хрватске*, "Правник", бр. 2/1987, стр. 253.

(70) *Ibid.*

(71) Разуме се, то се не односи на признање ванбрачног очинства. Као што је већ речено (у прим. 44), према владајућем тумачењу у нашем праву, мушкарца који признаје очинство, као ни мајку детета која даје сагласност са признатим очинством детета, нико не испитује о околностима под којима је дошло до зачећа детета, па се то односи и на околност да признавалац јесте или није биолошки отац детета. У том смислу: М. Алинчић - А. Бакарић Михановић, *op. cit.* (у прим. 42), стр. 156. Слично, у немачкој правној књижевности се тумачи §1600а Немачког грађанског законика, као право на признање ванбрачног очинства које не одговара биолошким чињеницама. Видети: D. Coester-Waltjen, *op. cit.* (у прим. 66), стр. 2059; R. Frank, *Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung*, "Zeitschrift für das gesamte Familienrecht", бр. 2/1988, стр. 115.

(72) Истом идејом руководили су се, очигледно, амерички судови у два до сада објављеним одлукама, које су се обе односиле на помало бизарни начин артифицијелне инсеминације спроведене од стране самих жена које су биле оплођене. Видети одлуке: C. M. v. C. C. i Jhordan C. v. Mary K. (у прим. 89 и 91).

инсеминацији. На тај начин омогућава се особама које живе у стабилним и дуготрајним ванбрачним заједницама да дођу у исту ситуацију у којој се налазе брачни другови у погледу њихове деце зачете применом АИД методе. Но, у том случају, сагласност мужа са применом хетерологне инсеминације имала би свој симетричан одраз у праву ванбрачног друга да призна очинство детета које није његов биолошки потомак, само ако би претпоставка о очинству ванбрачног детета зачетог хетерологном инсеминацијом, коју садржи изјава о признању очинства, била учињена неоторивом, како би породичноправни статус ванбрачног детета и његова материјална егзистенција били једнако заштићени као и брачног детета (73).

Напротив, забрана треба да остане када би се радило о судском утврђивању очинства, јер откривање идентитета донора сперме не би било у складу са принципом тајности који је у овој области прихваћен у нашем праву.

4. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ДАВАОЦА СЕМЕНА

а) Анонимност донора или право детета да зна истину?

У упоредном праву постоје два различита одговора на ово питање.

Према ставу који је владајући у нашем законодавству, али и у већини страних права, откривање идентитета донора није допуштено (74).

(73) То би се постигло, са једне стране, изричитом забраном поништења изјаве о признању очинства, као и изјаве о сагласности са признатим очинством, уколико је ванбрачно дете зачето хетерологном инсеминацијом. Ratio legis такве забране био би исти као и у случају одредбе о забрани оспоравања брачног очинства од стране мужа мајке који је за хетерологну инсеминацију претходно дао свој пристанак. И у једном и у другом случају претпостављени отац детета прећутно пристаје да преузме сва родитељска права и дужности у односу на дете са којим није у крвној вези. Са друге стране то би се постигло забраном оспоравања ванбрачног очинства које је утврђено признањем, ако је до зачећа дошло путем артифицијелне инсеминације. Тиме би био отклоњен и приговор, изнесен у литератури, да примена општих правила о признању очинства не долази у обзир, с обзиром да по њима лице које себе сматра оцем детета има право да оспорава очинство мушкарцу који је учинио признање. Видети: О. Цвејић-Јанчић: *Утврђивање и оспоравање очинства детета зачетог путем артифицијелне инсеминације*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1-3/1988, стр. 212.

(74) Хрватски Закон о здравственим мјерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању дјете о овом питању каже у чл. 32: *"Радници здравствене организације удруженог рада која проводи умјетну оплодњу дужни су податке из којих би се могао утврдити давалац сјемена, умјетно оплођена жена и њезин муж, чувати као тајну. (1) У случају хетерологне инсеминације давалац сјемена не смије знати за коју жену је кориштено његово сјеме, а умјетно оплођена жена не смије знати ко је давалац сјемена". (2) Исто и: чл. 36. Истименог закона Републике Словеније. Амерички Модел закон о родитељству препоручује да се сви документи који се односе на инсеминацију чувају као тајна, те да могу бити прегледани само на захтев суда ако су за то наведени оправдани разлози. Видети: §5 а Модел закона о родитељству (у прим. 87). Закон о медицинском третману неплодности аустралијске државе Викторија предвиђа да се приступ информацијама које откривају идентитет донора може дозволити само ако постоји писмена сагласност даваоца о приступу таквим информацијама. Видети: s 22 (3) Infertility (Medical Procedures) Act 1984, No. 10163. У прилог очувања тајности и: "Wamock Report", op. cit. (у прим. 25), 3.2; чл. 7. "Обавезујућих инструкција" Министарства здравља Републике Чешке.*

Аргументи који се наводе у прилог оваквог решења могу се систематизовати на следећи начин. Нема оправдања да се детету призна право да сазна истину о свом биолошком пореклу; штавише, такво право представљало би незамислив напад на приватност породичног живота и углавном би било неоствариво (75). У слободном друштву мора бити препуштено само родитељима да одлуче да ли ће информисати своје дете о томе да је његово зачеће било остварено захваљујући некој врсти потпомогнуте репродукције (76). Сазнање о пореклу проузроковало би код детета снажно огорчење и стање озбиљног психолошког и емоционалног шока (77). Штавише, вредност сазнања о пореклу није нарочито велика на биолошко-генетској равни, будући да не постоји правило из кога би се могло закључити која би родитељска својства - доминантна и рецесивна - могла да пређу на дете; која су прешла, али нису дошла до изражаја; најзад, која својства настају комбинованим дејствима различитих наследних особина (78). Право детета да зна своје генетско порекло не може се темељити ни на заштити људског достојанства, јер анонимност донора није у супротности са људским достојанством детета (79).

Супротно становиште промовисано је, за сада, као законско решење само у шведском праву (80).

Аргументација за овај став не заостаје за аргументима противника. Несумњив је интерес, мотивисан медицинским разлозима, да се трасира

"Вестник министарства здравотништва", бр. 11/12 од 29. децембра 1982, стр. 143; чл. 6. Декрета бр. 12 о артифицијелној инсеминацији Министарства здравља Републике Мађарске, *International Digest of Health Legislation*, Vol. 33, 1982, стр. 493.

(75) J. Haderka, *Artificial Reproduction in Czechoslovak Law With Special Reference to Other European Socialist Countries*, "International Journal of Law and the Family", Vol. 1, 1987, стр. 85.

(76) M. J. Stepan, *The Legal Regulation of Assisted Reproduction in European Socialist Countries*, u: "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 184; J. Rubellin-Devichi, *op. cit.* (у прим. 38), стр. 463.

(77) R. Snowden - G. D. Mitchell & E. M. Snowden: *Artificial Reproduction: A Social investigation*, London, 1983, стр. 109; "Warnock Report", *op. cit.* (у прим. 25), §4.12.

(78) B. Hassenstein, *Der Wert der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung*, "Zeitschrift für das gesamte Familienrecht", бр. 2/1988, стр. 121.

(79) R. Frank, *op. cit.* (у прим. 71), стр. 118.

(80) "Дете чија је концепција резултат инсеминације у смислу чл. 3. овог закона, има право да буде обавештено о садржини протокола који се чува у болници и односи се на донора сперме, под условом да је дете достигло задовољавајућу зрелост." (чл. 4. Закона о инсеминацији бр. 1140 од 20. децембра 1984.) У правној књижевности подељена су мишљења о томе какав učinака може имати оваква одредба шведског права. Према једном мишљењу, упркос страховањима да би се број донора могао рапидно смањити са почетком примене новог закона, има наговештаја да би се могло догодити баш супротно. Наиме, као донори појавили би се сада ожењени мушкарци који имају своју децу и који са одобрењем својих супруга желе да постану даваоци. Видети: M. T. Sverne, *The Swedish View of Artificial Insemination by Donor*, u: "Procréation Artificielle", *op. cit.* (у прим. 3), стр. 177. Но, има и супротних закључака. Према једном од њих, постало је већ изванредно тешко наћи у Шведској погодног даваоца, тако да девет од десет банака сперме треба да буде ускоро затворено. Видети: E. Bernat, *Familienrechtliche Probleme infolge medizinisch assistierter Zeugung*, "Medizinrecht", 5, 1986, стр. 251; R. Frank, *op. cit.* (у прим. 79), стр. 118.

пут од једне особе до њених биолошких предака. То не само да је корисно приликом постављања праве дијагнозе у неким ситуацијама, већ је нужно за онога ко планира да има своје дете и жели да избегне преношење тешких наследних болести, као што су хемофилија и Хантингтонова болест (81).

Емпиријска истраживања показала су да код свих људи постоји психолошка потреба која се манифестује углавном међу онима који су одрасли далеко од својих породица, да знају о свом пореклу, о својој генеалогии и о својој породичној историји, ако желе да се формирају као комплетне личности (82). Штавише, има мишљења да проблем и није само психолошки, већ да је пре културолошки феномен. Слично као и код усвојења, свака особа којој не буде допуштено да захтева такву информацију, неминовно ће се суочити са осећањем социјалне маргиналности (83). Дете треба да зна истину о свом пореклу и то што је могуће раније. Недостатак отворености у односу родитеља и детета може бити узрок осећању несреће код детета. Случајно сазнање о околностима под којима је рођено може, нарочито код млађег детета, проузроковати конфузију, сумњу и узнемиреност (84).

Недопустиво је предвидети анонимност донора, јер то не би било у складу са правом детета на слободни развој његове личности и његовог људског достојанства (85). Најзад, није занемарљив ни материјални интерес који може имати дете у погледу наслеђивања имовине својих биолошких родитеља. Овај интерес се, међутим, признаје само ванбрачној деци зачетој артифицијелном инсеминацијом, будући да брачна деца уживају заштиту својих правом признатих родитеља (86).

(81) K. O'Donovan, *A Right to Know One's Parentage*, "International Journal of Law and the Family", Vol. 2, 1988, стр. 30. Исти овај аргумент изнесен је и у Извештају Ворнок, у коме се каже да "дете, када достигне узраст од осамнаест година, треба да има приступ основним информацијама о етничком пореклу и генетском здрављу донора". Видети: "*Wamock Report*", *op. cit.* (у прим. 25), 4.21. Но, и у овом случају идентитет донора треба да остане тајна. Видети: *ibid*, §4.22.

(82) J. Triseliotis: *In Search of Origins*, London, 1973, стр. 38.

(83) E. Haines, 'Secrecy': *What Can Artificial Reproduction Learn From Adoption*, "International Journal of Law and the Family", Vol. 2, 1988, стр. 59.

(84) J. Holland, *Adoption and Artificial Insemination: Some Social Implications*, "An Interdisciplinary Journal", Vol. 50, 1971, стр. 305. Психолози који раде у С.Е.С.О.С., отуда, саветују родитељима да детету истину откривају постепено, одговарајући на питања која оно само поставља, како се не би догодило да дете о томе сазна случајно или од страних особа. Видети: J. Rubellin-Devichi, *op. cit.* (у прим. 38), стр. 463. Исправно је, међутим, указано на чињеницу да, иако отвореност у породичним односима треба заговарати, то још не значи да ће дете сазнати за идентитет својих генетских родитеља. У највећем броју случајева, социјални родитељи детета и не познају донора, осим што су у време инсеминације можда обавештени о његовом психолошком или соматском профилу. Стога, у дискусији о праву на информацију треба добро разликовати информацију која би могла бити доступна, будући да се чува као тајна, од информације која је недоступна, јер не постоји. Видети опширније: K. O'Donovan, *op. cit.* (у прим. 81), стр. 28.

(85) *Bericht der Arbeitsgruppe In-vitro - Fertilisation, Genomanalyse und Gentherapie* ("Benda Bericht"), Bonn, 1985, стр. 24.

(86) K. O'Donovan, *op. cit.* (у прим. 81), стр. 33.

б) Права и обавезе донора

У оним правима у којима је анонимност донора један од кључних принципа за правно уређење артифицијелне инсеминације, правни положај даваоца семена требало би да је неспоран. Ипак, нека законодавства изричито уређују и ово питање.

Ако се ради о инсеминацији удате жене, прописана је правна норма - уосталом, комплементарна са одредбом према којој се муж мајке сматра оцем детета иако није његов биолошки отац - којом се давалац семена јасно ослобађа било какве одговорности, права и обавеза према детету које је његов биолошки издана. У америчком праву, тако, девет од двадесет и осам држава које уопште имају законска решења у вези са артифицијелном инсеминацијом, прихватиле су верзију Модел закона о родитељству који је усвојила Национална конференција пуномоћника за доношење једнообразног законодавства (87).

Таква одредба, укратко, треба да елиминише могућност утврђивања двоструког очинства, о чему сведоче примери из америчке судске праксе (88). Њен крајњи ефекат, међутим, једнак је оном који се у европском праву постиже забраном оспоравања брачног очинства деце зачете хетероложном инсеминацијом.

Више недоумице изазвала је, у америчком праву, хетероложна инсеминација изван брака. Предложена одредба америчког Модел закона о родитељству, наиме, не говори ништа о правном положају даваоца семена којим је оплођена неудата жена. Право судске праксе, пак, само у две до сада објављене одлуке третирало је питање права и обавеза

(87) Одговарајући текст тог Модел закона гласи: (а) "Ако, уз надзор овлашћеног лекара и уз сагласност њеног мужа, жена буде вештачки оплођена семеном добијеним од мушкарца који није њен муж, муж се у праву сматра као да је природни отац детета које је на тај начин зачето. Сагласност мужа мора бити дата у писменој форми и потписана од њега и његове супруге. Лекар ће потврдити њихове потписе и датум инсеминације и архивирати мужевљево сагласност код Министарства здравља, где ће она бити чувана као тајна у запечаћеном досијеу. Пропуштање лекара да тако поступи не утиче на однос оца и детета. Сви документи који се односе на инсеминацију, било да су део судских списа или су архивирани код овлашћеног лекара односно на неком другом месту, могу бити прегледани само на захтев суда ако за то постоје оправдани разлози. (б) Донор семена којим је снабдевен овлашћени лекар за употребу у артифицијелној инсеминацији удате жене која није супруга донора, у праву се сматра као да није природни отац детета које је на тај начин зачето" (§5. Uniform State Laws Model Parentage Act ("UPA"). Модел закон о родитељству прихваћен је у: Калифорнији, Конектикату, Монтани, Невади, Орегону, Тексасу, Вашингтону и Висконсину. Опширније: D. Kaiser, *Artificial Insemination: Donor Rights in Situation Involving Unmarried Recipients*, "Journal of Family Law", Vol. 26, 1987/88, стр. 796.

(88) Законодавства неких држава, као што је рецимо Луизиана, не познају поменућу одредбу о томе да се донор не сматра оцем детета зачетог артифицијелном инсеминацијом. Отуда се могло догодити да судови дозволе детету да доказује родитељски однос према свом биолошком оцу, иако се муж мајке сматрао законитим оцем детета, захваљујући његовој сагласности са артифицијелном инсеминацијом своје супруге, на основу чл. 188. Грађанског законика Луизиане, и није оспорио своје очинство. Видети: In Succession of Levy, 428, So 2d904 (1983). У америчкој правној теорији се, стога, заступа став да законодавство треба, у циљу заштите и детета и даваоца семена, јасно да одрекне било какву правну везу између детета и донора. У том смислу K. Venturatos Lorio, *op. cit.* (у прим. 19), стр. 1648.

даваоца семена. У спору *C.M. v. C.C.* (89) суд је одлучио да је давалац семена природни и законити отац детета, иако није било спорно да је до оплођења дошло артифицијелном инсеминацијом неудате жене коју је она сама обавила семеном свог пријатеља. Одлука је заснована на уверењу суда да је "у најбољем интересу детета да има оба родитеља кад год је то могуће" (90). Други спор *Jhordan C. v. Mary K.* (91) односио се на слично чињенично стање, јер је утврђено да је до зачећа детета дошло аутоинсеминацијом неудате жене помоћу семена које јој је, по заједничкој одлуци, уступио њен познаник. Спор се појавио у оном тренутку када је природни отац детета затражио да буде утврђено његово очинство. Мајка се успротивила, наводећи да би тиме било угрожено њено уставно право на једнаку заштиту и приватност у односу на удату жену којој закон гарантује да утврђивање очинства даваоца семена није могуће (92).

Упркос томе, суд је, исто као и у претходном случају, прогласио тужиоца законитим оцем детета. Одлука је била заснована на потврди принципа Грађанског законика Калифорније којим се донору семена забрањује да утврђује своје очинство без разлике да ли се ради о удатој или неудатој жени. Међутим, одредбе које и неудатој жени пружају заштиту од нежељеног захтева за утврђивање очинства донора могу, по мишљењу суда, бити у складу са јавним поретком само ако је до инсеминације дошло уз ангажовање овлашћеног лекара. Будући да се мајка детета у овом спору сама подвргла поступку инсеминације, она се не може позивати на одредбе о забрани утврђивања очинства донора (93).

У америчкој правној теорији, међутим, обе одлуке протумачене су на основу суштинског разликовања артифицијелне инсеминације семеном познатог даваоца, без обзира да ли је жена која се подвргава интервенцији удата или не, од истог таквог поступка који се обавља семеном непознатог даваоца. Судови су, наиме, у оба случаја пронашли начин да одредбе о забрани утврђивања очинства не буду примењене, у првом случају позивањем на интерес детета да има оба родитеља, а у другом везивањем законских правила за процедуру коју обавља овлашћени лекар. Другим речима, мада то ни у једној одлуци није изричито речено, оба суда прећутно су се

(89) *C.M. v. C.C.*, 152 N.J. Super. 160, 377 A. 2d 821 (1977).

(90) *Ibid.*

(91) *Jhordan C. v. Mary K.*, 179 Cal. App. 3d 386, 224 Cal. Rptr. 530 (1986).

(92) Грађански законик Калифорније, наиме, на следећи начин уређује правни положај даваоца семена: "Донор семена којим је снабдевен овлашћени лекар за употребу у артифицијелној инсеминацији жене која није супруга донора, у праву се сматра као да није природни отац детета" (§ 7005 б). Ова одредба преузета је из § 5 (б) Модел закона о родитељству, али је калифорнијски законодавац, према преовлађујућем уверењу коментатора, једном малом изменом проширио њену примену и на неудату жену. Упоредити ову одредбу са текстом § 5 (б) Модел закона о родитељству (у прим. 87). У америчкој правној теорији наилази се, додуше, и на супротно тумачење. Према њему, законодавац у Калифорнији је, просто, испустио реч "удате" испред речи "жене" у § 7005 (б), па стога треба сматрати да артифицијелна инсеминација неудатих жена ни у Калифорнији није допуштена. У том смислу G. P. Smith - R. Iraola, *Sexuality, Privacy and the New Biology*, "Marquette Law Review", Vol. 67, 1984, стр. 270.

(93) *Ibid.*

изјаснила да се све поменуте законске одредбе о забрани утврђивања очинства односе само на непознате даваоце. Дакако, највећи број инсеминација се заиста и обавља помоћу анонимних давалаца, који не очекују нити имају жељу да утврде своја родитељска права. Њихова једина веза са дететом јесте биолошка, а не породична. Анонимност донора, тако, функционише као заштита, како за биолошког оца који не жели да преузме одговорност за дете, тако и за мајку која жели да се ослободи уплитања природног оца (94). Напротив, у ситуацији када је донор познат, без обзира на то што је мајка неудата, забрана утврђивања очинства била би бесмислена. Родитељска веза између оца и детета у таквим околностима неупоредиво је јача, као и искушење да се такав однос и правно потврди (95). Иако је ризик очигледан, велики број жена пристаје да га преузме из различитих разлога (96).

5. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЛЕКАРА

Поступак артифицијелне инсеминације поставља, најзад, и питања у вези са оспособљеношћу, овлашћењима и одговорношћу лекара који предузима поступак оплођења.

Пре свега, несумњиво је да процедуру артифицијелне инсеминације може практиковати само лице које је завршило медицински факултет. Хрватски *Закон о здравственим мјерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању дјете* захтева и посебне услове који се тичу медицинске установе у којој се спроводи поступак (97). Такви захтеви нису предвиђени због евентуалног ризика по здравље, јер је техника артифицијелне инсеминације крајње једноставна и не проузрокује опасност од физичких повреда мајке или детета (98). Они више служе томе да обезбеде јасну правну ситуацију из које произилазе значајни правни ефекти за сва лица која учествују у поступку артифицијелне инсеминације.

(94) G. Eisenman, *Fathers, Biological and Anonymous, And Other Legal Strangers: Determination of Parentage and Artificial Insemination by Donor Under Ohio Law*, "Ohio State Law Review", Vol. 45, 1984, стр. 396.

(95) D. Kaiser, *op. cit.* (у прим. 87), стр. 806.

(96) Познавање или бирање донора, сматра се, помаже да се избегне проблем ограниченог приступа неопходној медицинској документацији, омогућава мајци да одлучи о типу оца каквог би желела за своје дете и осигура детету сазнање о његовом пореклу од оца. У том смислу: Note, *Artificial Insemination by Donor*, "Woman's Rights Law Reporter", Vol. 7, 1982, стр. 256.

(97) "Умјетна оплодна се може извршити у здравственој организацији удруженог рада коју за вршење таквих захвата одреди републички орган управе надлежан за послове здравства" (чл. 31). Слична је и одредба чл. 35. истоименог закона Републике Словеније.

(98) Скоро је сасвим напуштено и страховање да деца која су зачета путем артифицијелне инсеминације могу бити психолошки оптерећена или друштвено стигматизирана чињеницом да је изостао природни пут зачећа. Напротив, нема ни једног разлога да оваква деца пате више него што је то случај са децом која су усвојена. Штавише, деца чије је рођење било вештачки потпомогнуто, имају потврду да њихово рођење није било случајно, већ је резултат одлучних напора оних који су се посветили идеји заснивања породице. У том смислу: Note, *Reproductive Technology, op. cit.* (у прим. 35), стр. 683.

Најзначајније овлашћење лекара тиче се избора даваоца семена за поступак артифицијелне инсеминације. Једна студија која је начињена у САД показала је, што је веома значајно, да селекцију донора врше лекари, а не пацијенткиње (99).

Највећи број донора има натпросечну интелигенцију и здравље, а најчешће су студенти медицине или лекари на специјализацији (100). Скоро сви лекари који обављају артифицијелну инсеминацију узимају податке из породичне анамнезе, обично у облику листе породичних болести (101).

Но, будући да се донори по правилу плаћају, спремност да се обелодани непожељна генетска прошлост није велика (102). У медицинској пракси у нашој земљи, нажалост, нема овако детаљних истраживања (103). Словеначки Закон о здравственим мерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању деце предвиђа само да давалац семена мора бити душевно и телесно здрав и да не сме бити у оном степену сродства са женом подвргнутом инсеминацији који је сметња за закључење брака (104). Отуда, у будућем уређењу артифици-

(99) Према том истраживању 91,8% лекара који су се нашли на листи Америчког друштва за фертилитет као лекари који у пракси обављају AID процедуру, не дозвољавају пацијентињама да бирају даваоца семена. Истраживањем је био обухваћен 471 лекар. Видети: Curie-Cohen - Luttrell & Shapiro, *Current Practice of Artificial Insemination by Donor in the U.S.*, "New England Journal of Medicine", бр. 300/1979, стр. 586. Артифицијелна инсеминација, међутим, некада се описује и као идеална еугенетичка шанса за људску врсту. Пре више од пола века један амерички еугенетичар сковао је израз "eutelegensis" да би описивао усавршени систем артифицијелне инсеминације који би употребљавао само сперму генетски супериорних давалаца. Недавно је његова идеја остварена и у пракси. Банка сперме позната под именом Спремиште за ембрионални избор (Repository for Germinal Choice) скупља сперму од добитника Нобелове награде, замрзава је и доставља према избору, начињеном на основу анонимних карактеристика донора, женама које су укључене у пројекат на основу високог постotka интелигенције. Према подацима доступним америчким писцима, најмање три жене оплођене су на овај начин, а један од добитника Нобелове награде открио је свој идентитет и признао да учествује у поступку. Опширније: *Note, eugenic Artificial Insemination: A Cure for Mediocrity*, "Harvard Law Review", Vol. 94, 1981, стр. 1850. Супротно, о опасностима од еугенетике која је ударац достојанству човека, видети: G. Raymond, *op. cit.* (у прим. 15).

(100) Curie-Cohen - Luttrell & Shapiro, *op. cit.* (у прим. 99), стр. 586.

(101) *Ibid.* Клиника за фертилитет Талан Универзитета у Њу Орлеансу, Луизиана, прикупља податке о имену, висини, тежини, боји очију и косе, крвној групи, породичним болестима, склоностима за спорт, музику или уметност код донора. Осим тога, користи се упитник који обухвата осам конгениталних фактора и 28 стечених фактора здравственог стања самог донора, или чланова његове породице. Ако давалац одговори позитивно на неко од питања, мора потврдити свој степен сродства са особом код које такав фактор постоји, њено стање и године. Видети детаљније: K. Venturatos Lorio, *op. cit.* (у прим. 19), стр. 1651.

(102) Curie-Cohen - Luttrell & Shapiro, *op. cit.* (у прим. 99), стр. 582.

(103) У разговору који сам водила са др Радмилом Војводић, шефом Одсека за ендокринолошко испитивање стерилитета Гинеколошко-акушерске клинике Универзитетског клиничког центра у Београду, саопштено ми је да је хетерологна артифицијелна инсеминација готово потпуно напуштена у овој установи, а да је слична ситуација и у осталим београдским болницама које су је некада спроводиле. Разлог томе је у недостатку донора, нарочито од када се захтева тестирање сперме на AIDS, које донори не радо прихватају.

(104) Видети: чл. 34. ст. 2. и 3. словеначког *Zakona o zdravstvenih ukrepih pri uresničavanju pravice do svobodnega odločanja o rojstvu otrok*. Истоимени закон Републике Хрватске гласи: "Давалац сјемена може бити само здрав мушкарац" (чл. 34. ст. 1).

јелне инсеминације у нашем праву треба свакако предвидети могућност да се од давалаца семена захтева да се подвргну генетском тесту пре извршене инсеминације, који би обухватио неколико медицински кључних показатеља генетских поремећаја и наследних болести (105).

Најзад, одговорност лекара који примењују артифицијелну инсеминацију, односи се на њихову обавезу да ограниче број жена за чију инсеминацију употребљавају семе истог даваоца. На тај начин умањује се реална опасност од случајног инцеста међу потомцима истог оца. Међутим, на том плану изгледа да ни у законодавству, нити у медицинској пракси нису постигнута задовољавајућа решења (106).

Свакако да би учесталост употребе семена донора била боље контролисана ако би лекари водили протоколе према имену донора, а не према имену пацијенткиње коју подвргавају третману, као што то до сада углавном чине (107). Међутим, изван сваке правне регулативе остала би и у том случају пракса, да један исти мушкарац понуди своје семе великом броју лекарских ординација, нарочито у оним правима у којима се за донацију семена плаћа (108).

(105) Можда би се могла, штавише, установити и пракса да лекар, бирајући донора, води рачуна о усклађивању физичког изгледа даваоца са изгледом мужа, бар када је реч о артифицијелној инсеминацији удате жене. Такву праксу, према поменутом америчком истраживању, неки лекари обављају рутински, а неки само на захтев брачних другова. Видети: Curie-Cohen - Luttrell & Shapiro, *op. cit.* (у прим. 99), стр. 586. Један од лекара са Клинике за фертилитет Талан Универзитета каже: "Треба учинити такав избор да буде немогуће за околину да каже како дете генетски не припада брачном пару". Видети: K. Venturatos Lorio, *op. cit.* (у прим. 19), стр. 1652.

(106) У поменутом америчком истраживању са забринутости се коментарише податак, да 84% лекара који су учествовали у анкети не спроводи никакву политику која се тиче максималног броја употребе семена једног даваоца. Остали су одговорили да ограничавају употребу семена истог донора на шест, или чак мањи број успешних трудноћа. Један лекар је признао да семе истог даваоца користи чак педесет пута. Curie-Cohen, Luttrell & Shapiro, *op. cit.* (у прим. 99), стр. 589. Клиника за фертилитет у Њу Орлеансу, на пример, саопштава да не употребљава семе донора више него у једној до максимално три успешне трудноће. Видети K. Venturatos Lorio, *op. cit.* (у прим. 19), стр. 1652. Пракса С.Е.С.О.С. ограничава употребу семена истог донора на највише пет трудноћа, осим ако пар који је добио дете од одређеног донора захтева да и наредно дете буде од истог донора. На тај начин се, такође, минимизира опасност од мешања крви. Видети: D. Jones, *Artificial Procreation, Societal Reconceptions: Legal Insight from France*, "The American Journal of Comparative Law", Vol. 36, 1988, стр. 537. Извештај Бенда препоручује законодавцу правило да се сперма истог донора употреби у највише десет успешних трудноћа. Видети: Benda Bericht, *op. cit.* (у прим. 85), стр. 25. Са друге стране, у литератури се наводи да је страх од могућег инцеста претеран, односно да је опасност од инцестуозних веза далеко већа када су у питању "прељубничка деца" у мањим местима. У том смислу: R. Frank, *op. cit.* (у прим. 79), стр. 119.

(107) Curie-Cohen, Luttrell & Shapiro, *op. cit.* (у прим. 99), стр. 589.

(108) Истина је, међутим, да су таква права реткост. У нашем праву давалац семена нема право на накнаду за дато семе. Видети: чл. 34, ст. 2. хрватског Закона о здравственим мјерама за остваривање права на слободно одлучивање о рађању дјете. Исто и: чл. 37. истоименог закона Републике Словеније. Слично је и у неким странним правима. Бесплатност је правило у пракси коју спроводи С.Е.С.О.С. Опширније: J. Rubellin-Devichi, *op. cit.* (у прим. 38), стр. 462; D. Jones, *op. cit.* (у прим. 106), стр. 534. Извештај Warnock, такође, препоручује да донори семена не буду плаћени за своје услуге. Видети: "Warnock Report", *op. cit.* (у прим. 25), §4.27. Исто и: Concil of Europe, *Draft Recommendation of Artificial Insemination of Human Beings*, Directorate of Legal Affairs, Strasbourg, 1979, чл. 6.

ЗАКЉУЧАК

Нема сумње да је родитељство интегрални део живота који за себе предвиђа највећи број људи. Таква визија је дубоко укорееена у култури хришћанске цивилизације, али се и непрекидно обнавља кроз социјалне норме. Биолошка веза између родитеља и деце јесте фундаментални део овакве визије - највећи број људи претпоставља да ће једнога дана постати родитељи. Жене се васпитавају да себе виде у будућности како рађају потомство: мушкарци, пак, да схвате фертилитет као кључни фактор мушкости. Као резултат овакве социјализације, највећи број људи сматра биолошко родитељство суштинском компонентом испуњености живота.

Међутим, не може свако "природно" остварити оваква очекивања. Према процени највећег броја студија у развијеним земљама, око 20% партнера који су у репродуктивним годинама има тешкоћа у остваривању родитељства. Физиолошка осујећеност жеље за дететом у стању је да психолошки опустоши личност. Усредсређене да испуне своју "очајничку жељу" да постану родитељи, инфертилне особе са страшћу траже "нове репродуктивне технологије" за које се тврди да нуде ону последњу могућност за биолошко родитељство. Паралелно с тим, у друштвима која су преокупирана пренасељеношћу и напорима да се ограничили рађање, права оних парова који покушавају да постану родитељи релативно су игнорисана. Један разлог може бити у томе да је онима који имају децу тешко да стварно разумеју дилеме особа које су противно својој вољи без деце. Оно што је, међутим, од суштинског значаја, то је захтев да социјални, правни и морални аспекти нових репродуктивних технологија морају бити брижљиво испитани. Одбацити нове технологије као застрашујуће или ексцентричне, било би нехумано. Напротив, дозволити им да се развијају без контроле значило би тешко оштетити не само партнере и децу која се на тај начин рађају, него и друштво у којем се та деца рађају. Дакле, иако је жеља да се оствари биолошко родитељство разумљива, она мора бити пажљиво процењена у односу на многе друге факторе и интересе које погађа развој репродуктивне технологије. У том смислу, врхунско руководио начело ни за ординирајућег лекара не сме бити људска жеља за дететом по сваку цену, нити безгранична жртва коју је жена по правилу спремна да поднесе за своје будуће дете, већ разложна процена најоптималнијег односа између очекиване користи и могућег ризика предузетог поступка.

Са друге стране, ниједну методу репродуктивне генетике, па ни артифицијелну инсеминацију, не би требало схватити као начин да се додатно увећа важност генетских веза на рачун могућности које пружа концепт социолошког родитељства. Друштвени притисак који осећају инфертилни парови, а који развој нових метода рађања и те како подстиче, промовише институционалне предрасуде у корист биолошког родитељства. То, надаље, девалвира значај усвојења и, у крајњој линији, штети деци чија добробит зависи од тога да ли ће бити нађени погодни усвојоци. Стога, да би се осигурало да технологија служи, а не да диктира социјалне потребе, законодавство и судска пракса требало би да темељно испитају све претпоставке које тренутно дозвољавају употребу

сваког појединачног вида вештачког оплођења. Истовремено, међутим, правни поредак би требало да учини све да заштићено право буде право на родитељство. На тај начин би установљивање биолошке везе у родитељству престало да буде од централног интереса. Смањеним истицањем важности биолошке везе у односу родитеља и детета, право би трасирало пут теорији о породици која се мора заснивати једнако пожељно и на неболошком односу између њених чланова. Правно одустајање од потенцирања биологије могло би затим одиграти важну улогу у широком друштвеном покрету према "поновном изражавању родитељства", подстичући све људе да се усуде да направе избор ослобођени снажних социјалних притисака.

(Примљено 10. II 1992)

*dr Marija Draškić,
assistant Professor of the Faculty of Law in Belgrade*

ARTIFICIAL INSEMINATION - FAMILY LAW ASPECTS

Summary

The humanization of family-law as far as determining and contesting the paternity of children conceived by way of heterologous artificial insemination are concerned, and its making more similar to the procedure otherwise applied to naturally conceived children - should contribute to abolishing of discrimination between children who are naturally conceived and those whose birth is a result of this kind of artificial insemination. Therefore in case of heterologous artificial insemination legal rules should be defined so as to make possible the application of that procedure to every woman medically unable to make her wish for an offspring come true - meaning the one otherwise living in marriage or in a stable of long-term out-of-wedlock community. Contesting the paternity of a child born in marriage, just as determining the paternity of a child born in an out-of-wedlock community should not be allowed, because in such a way the conception would be completely admitted according to which sociological parenthood would be legally and socially verified, having a treatment equal to that of biological parenthood.

Finally, in keeping with the above, the anonymity of a donor should remain the rule - as the case is in the majority of legal orders, so that factual family could efficiently defend the principle of highest benefit of the child in competing with the blood-related family.

Key words: *Family law. – Artificial insemination. – Contesting the paternity. – Anonymity.*

dr Marija Draškić,
chargé de cours à la Faculté de droit de Belgrade

LES ASPECTS FAMILIAUX ET JURIDIQUES DE L'INSÉMINATION ARTIFICIELLE

Résumé

L'humanisation des règlements du droit de famille dans le sens que l'établissement et la contestation de la paternité chez les enfants conçus à l'aide de l'insémination artificielle hétérologue se rapproche au maximum du procédé appliqué aux enfants conçus de manière naturelle doit contribuer à éliminer la discrimination entre les enfants qui sont conçus et nés de manière naturelle et ceux dont la naissance est le résultat de ce type d'insémination artificielle. C'est pourquoi, sur le plan de l'insémination artificielle hétérologue, il faut définir les règlements juridiques de manière à rendre cette procédure accessible à toutes les femmes qui, pour des raisons médicales, ne peuvent pas réaliser leur désir d'avoir des enfants et qui vivent dans un mariage ou dans un concubinat stable et de longue durée.

La contestation de la paternité de l'enfant né dans le mariage et l'établissement de la paternité par une procédure devant le tribunal pour l'enfant né hors du mariage ne doivent pas être permis, étant donné qu'on assure complètement de cette manière que le concept de paternité sociologique devienne légalement et socialement vérifié, tout comme la paternité biologique. Et enfin, conformément à cela, l'anonymat du donateur doit demeurer une règle comme cela est le cas, d'ailleurs dans la plupart des systèmes juridiques, pour que la famille de facto puisse défendre avec succès le principe du bien-être suprême de l'enfant dans la concurrence avec la famille de sang.

Mots clé: *Droit de famille. – Insémination artificielle. – Contestation de la paternité. – Donateur anonyme.*

др Витомир Поповић,
судија Основног суда у Бањалуци

ОДРЕЂИВАЊЕ ЦИЈЕНЕ КОД УГОВОРА О ПРОДАЈИ У ПРИВРЕДИ

Према већини законодавстава цијена представља битан елеменат код уговора о продаји. Неки законици изричито захтијевају да цијена буде одређена. Модернији законици предвиђају да је довољно и то ако у уговору постоје елементи на основу којих се цијена може одредити.

Када уговорне стране одређивање цијене препусте трећем лицу, онда оно треба на стручан и непристрастан начин извршити своју процјену.

Упоредноправним прегледом може се установити да постоји тенденција новијих законодавстава да прошире случајеве "одредљивости" цијене и на неке друге ситуације кад не постоје изричито дати елементи у уговору за њено одређивање.

У нашем позитивном правном систему цијена у уговорима о продаји у привреди може бити одређена као фиксна и као промјенљива. Клаузула уговора о продаји којом се предвиђа промјенљива цијена може да буде састављена без формуле и са формулом. Клаузула о промјенљивој цијени представља један вид клаузуле *rebus sic stantibus*.

За одговор на питање шта све улази у цијену робе мјеродавно је оно што је уговорима одређено или трговачким обичајима. Ако то није одређено онда се у свим правима сматра да се она односи на нето тежину робе.

У многим земљама предвиђено је да се од утврђене цијене одбијају извјесни износи кад је плаћање успиједило тачно о року или чак пре рока (сконто).

У нашем привредном праву, ако није другачије уговорено, цијена важи за нето тежину без сконта.

Ако није другачије уговорено, у цијену су укључени трошкови са испоруком робе.

Кључне речи: Купопродаја. – Одређивање цене. – Нето тежина. – Трошкови испоруке.

ОДРЕЂИВАЊЕ ЦИЈЕНЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВРЕДНОМ ПРАВУ

Према већини националних законодавстава цијена представља битан елеменат код уговора о продаји. То значи, да би се уопште могло говорити о настајању уговора продавац и купац би се морали усагласити о висини цијене (*sine pretio nulla est venditio*) (1).

(1) Члан 1583. Француског грађанског законика; члан 1450. Шпанског грађанског законика; § 1054 Аустријског грађанског законика.

Неки законици изричито захтијевају да цијена буде одређена (2).

Ипак примјена ових одредби није ригорозна. Напротив, правна пракса тежи да их шире протумачи и да сматра да је овај захтјев задовољен и кад цијена није прецизно одређена али се на основу елемената уговора може одредити (3). Довољно је, да је цијена на основу уговора одредива, то јест да у уговору постоје елементи на основу којих се она може одредити (4). Модернији законици то изричито предвиђају. Закони неких земаља и судска пракса чине чак претпоставке о висини цијене; ако су странке пропустиле да је одреде (5).

Италијански грађански законик сматра уговор о продаји потпуним, иако цијена није одређена под следећим претпоставкама:

1) да је предмет уговора ствар коју "продавац обично продаје", тада се сматра да су странке имале у виду цијену коју продавац редовно примењује,

2) да се ради о стварима које имају берзанску, односно тржишну цијену; тада су мјеродавне ове цијене у мјесту продаје, и

3) да су странке предвидјеле у уговору праведну цијену; тада се примјењује за одређивање један од горња два критерија (6).

За примјену правила да "без цијене нема продаје" има у италијанском праву, као што се види, веома мало мјеста, нарочито кад се ради о трговинским продајама.

Неки закони (7) претпостављају чак, кад у уговору нема елемената за одређивање цијене да ту цијену може да одреди продавац, односно да важи цијена коју је он наплаћивао у доба закључења уговора од других купаца исте робе. Продавац мора по тим правилима правично одредити цијену и на њему лежи терет да правичност своје цијене и докаже.

Може се десити да уговорне стране одређивање цијене препусте и трећем лицу. При томе се полази од претпоставке, ако уговором није другачије одређено, да то лице треба да на стручан, непристрасан и правичан начин изврши своју процјену. Ако треће лице одреди цијену на такав начин, онда та цијена обавезује странку. Све док она то не учини, уговор није пуноважан, већ се - према претежном мишљењу - сматра да је закључен под одложним условом. Ако ипак, треће лице не одреди цијену или није у стању да то учини или је одреди на пристрасан начин, онда се уговор, према старијим законима (8) сматра ништавим.

(2) Члан 1591. Француског грађанског законика.

(3) Витомир Поповић, *Доцња купца код купопродајних уговора у привреди*, докторска дисертација, Правни факултет Београд, 1991. године, стр. 35.

(4) Члан 184. Швајцарског закона о облигационим односима.

(5) *Ibid.*, члан 212. став 1 (сматра се да у случају кад цијена није одређена у уговору а ради се о роби са тржишном цијеном, да је уговор закључен према средњој тржишној цијени која важи на дан извршења у мјесту извршења).

(6) Члан 1474. Италијанског грађанског законика.

(7) Параграф 5. Скандинавског закона о продаји.

(8) Члан 1492. Француског грађанског законика; параграф 1056. Аустријског грађанског законика; члан 1447. Шпанског грађанског законика.

У модернијим законима (9) нарочито трговачким, предвиђа се у овом случају рјешење које је више у корист одржања уговора (*in favorem contractus*). Наиме, сматра се у том случају да важи било разумна цијена или арбитражна цијена на дан закључења уговора или цијена коју одреди арбитража.

Према Италијанском грађанском закону председник суда мјеста гдје је уговор закључен, именоваће ново лице да одреди цијену, уколико лице које су одредиле странке, то не учини (10).

Кратак упоредноправни преглед решења националних права изражава тенденцију модерних законодавстава да прошире случајеве "одредљивости" цијене и на неке друге ситуације кад не постоје изричито дати елементи у уговору за њено одређивање. Ипак, и поред свих ових ублажења у тумачењу у континенталним правима остаје на снази принцип да је уговор пуноважан само ако су се странке споразумјеле и о цијени. Претпоставке, о којима је горе било ријечи, судови могу примјенити само пошто претходно утврде да ли су странке, упркос несагласности о цијени, сматрале уговор као закључен. Ако су се странке споразумјеле приликом закључења уговора да ће цијену одредити каснијим споразумом, тада уговор неће бити пуноважан све док тај споразум није постигнут. Англосаксонска права заузимају у овом погледу другачија становишта (11).

Чињеница да стране нису поменуле цијену, да се касније нису сложили у цијени, или да једна од њих (када је била овлаштена) није фиксирала цијену, не треба да значи да стране нису хтјеле да се обавезу уколико то из текста уговора, трговачког обичаја, из тока пословања или других околности јасно не произилази (12).

Енглески и амерички закони (13) додуше предвиђају да споразум о цијени не мора бити прецизно цифарски одређен, већ да цијена може бити одредива, на примјер на основу "редовног тока пословања" ("*course of dealing*") али ако не постоји никакав споразум о цијени, онда се за разлику од континенталних права - сматра да продавац има право на "разумну цијену" (*reasonable price*).

Једнообразни Закон о међународној продаји прихвата рјешење англосаксонских права утолико што не сматра цијену битним елементом уговора, али, за разлику од ових права предвиђа много прецизније рјешење за случај да цијена није уговором одређена; тада је купац обавезан да плати цијену коју је продавац редовно наплаћивао за исту робу у вријеме закључивања уговора (14).

(9) Члан 2-305/3 Америчког јединственог трговинског закона; члан 465. нашег Закона о облигационим односима.

(10) Члан 1473. ст. 2. Италијанског грађанског законика.

(11) *Ibid.*, Витомир Поповић стр. 38.

(12) Stockten I, стр. 16. цитирано по Врлети Круљу, *Дејство уговора о купопродаји*, стр. 168.

(13) Члан 8/1 Енглеског закона о купопродаји добара; члан 2-305. америчког Јединственог трговинског закона.

(14) Члан 57. Закона међународне трговине ЧССР (параграф 276. ст. 2. је у том погледу још експлицитнији кад каже директно да "уговарање одређене куповне цијене не чини битан састојак уговора о куповини и продаји").

Наш Закон о облигационим односима усваја за уговоре о продаји у привреди рјешење Једнообразног закона о међународној продаји уз једну корисну допуну: "ако не постоји цијена коју је продавац наплаћивао у вријеме закључивања уговора, биће мјеродавна разумна цијена". Под разумном цијеном сматра се текућа цијена у вријеме закључења уговора, а ако се она не може утврдити, онда цијена коју утврђује суд према околностима случаја (15).

Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године садржи у погледу цијене као битног елемента уговора два рјешења која су међусобно у извјесној мјери контрадикторна (16). У члану 14. се цијена сматра битним елементом понуде, с тим да цијена у понуди не мора бити прецизно одређена, већ је довољно да она садржи елементе за њено одређивање. Међутим, у члану 55. се предвиђа помоћно правило о цијени које се примењује ако су странке ваљано закључиле уговор, а цијена није у њему одређена ни изричито ни прећутно. Тада се по овом члану Конвенције сматра да су стране прећутно пристале на цијену која се у тренутку закључења уговора редовно наплаћивала у односној трговачкој струци за такву робу продату под сличним околностима (17).

У неким континенталним правима (18) дозвољен је споразум којим се једна од странака овлашћује да накнадо овјери цијену. У пракси се то правило сматра да овлаштена странка не може при том поступати према свом слободном нахођењу, већ да цијену мора одредити по "правичним" мјерилима. При том одређивање тржишне цијене постаје мјерило.

Могућности утврђивања цијене једне од странака предвиђају такође англосаксонска права (19), под условом да при том нема никакве злонамерности.

За разлику од горе наведених права нека континентална права романског правног круга, не дозвољавају да одређивање цијене буде уговором препуштено једној од странака. Такав је на примјер случај са Шпанским грађанским закоником (чл. 1449), а то усваја и правосуђе у Француској и Италији (20).

Према члану 466 нашег Закона о облигационим односима одредба уговора којом се одређивање цијене оставља на вољу једном уговарачу сматра се да није ни уговорена и тада купац дугује цијену као и у случају кад цијена није одређена (21).

(15) Члан 462. Закона о облигационим односима.

(16) Младен Драшкић, *Међународно привредно уговорно право*, Савремена администрација, Београд 1984, стр. 220.

(17) Конвенција Уједињених нација о међународној продаји роба.

(18) Параграф 315. Њемачког грађанског законика.

(19) Kraus V. Knecheler, 15 NE br. 2 d 207 (Mass, 1938).

(20) Ernest Rabel, *Die Heager Konferenz über die vereinhe i trichung Robels Zeinischrift*, Ithrg, 1952.

(21) Члан 466. нашег Закона о облигационим односима.

У трговинским уговорима о продаји робе често се при одређивању цијене употребљавају трговачки термини, као на примјер "цијена коштања" (22), "фабричка цијена" (23).

Ако је уговорена "текућа цијена" купац дугује цијену утврђену званичном евиденцијом на тржишту мјеста продавца у вријеме кад је требало да улиједи испуњење. Ако нема такве евиденције, онда се текућа цијена одређује на основу елемената помоћу којих се, према обичајима тржишта, утврђује цијена (24).

Промјене које могу настати у појединим елементима цијене (висина надница цијене сировина) повећање пореза и сл. или у вриједности уговорене валуте у међувремену између закључења уговора и његовог извјештаја чине ризичним за продавца фиксно одређивање цијене при самом закључењу уговора. То нарочито важи код уговора код којих продавац има и да изради ствар и код којих је, према томе, рок испоруке по правилу дужи. Да би избјегао ту опасност, продавац у уговору задржава у таквим случајевима за себе право да цијену повиси, ако се околности које су од значаја за висину цијене у међувремену промијене (25).

Начин и степен повишења првобитно уговорене цијене странке одређују уговором. Постоји читав низ метода којима се утврђује ово повишење. Врло често се, нарочито при продаји инвестиционе опреме, предвиђају читаве математичке формуле, које обезбјеђују да крајња цијена изрази, на објективан начин, промјене које су настале у разним елементима цијене (у висини надница, цијенама репродукционог материјала итд.). Те математичке формуле, као и други начини којима се обезбјеђују ове промјене цијене (упућивање на статистичке извјештаје, на тржишне цијене итд.), познати су под називом "клизних скала" (26).

Поред тога у току трајања извршења уговора може доћи до промјена вриједности валуте у којој је цијена уговорена (девалвација или ревалвација валута). Да би се избјегли ризици који одатле могу произаћи за уговорне стране, у уговорима се предвиђају посебно заштитне (монетарне клаузуле), којима се обезбјеђује еквивалентност узајамних давања (27).

ОДРЕЂИВАЊЕ ЦИЈЕНЕ У НАШЕМ ПРАВУ

У нашем позитивном правном систему цијена у уговорима о продаји у привреди може бити одређена на два начина:

- као фиксна цијена и
- као промјенљива цијена

(22) Овим изразом се означава цијена по којој произвођач продаје робу трговини на велико или посреднику

(23) Цијена која обухвата укупне трошкове продајног мјеста за припремање робе без урачунавања добити.

(24) Члан 464. Закона о облигационим односима.

(25) То се чини помоћу клаузуле о повећању цијене.

(26) *Ibid.*, Младен Драшкић, стр. 221.

(27) *Ibid.*, Витомир Поповић, стр. 42.

Фиксна (непромјенљива цијена) може бити одређена непосредно или посредно.

Непосредно одређена фиксна цијена је таква цијена која је у уговору одређена бројем новчаних јединица за укупну количину продате робе или за јединицу количине робе (за сваки килограм робе нпр.).

Посредно одређена фиксна цијена, или одредива цијена, постоји, ако у уговору о продаји није одређен износ цијене али је предвиђено на који начин ће цијена бити одређена (28).

Различите су ситуације кад се може сматрати да је цијена одредива.

Може се уговорити да ће купац бити дужан да плати продавцу текућу цијену.

Кад је уговорена текућа цијена, купац дугује цијену утврђену званичном евиденцијом на тржишту мјеста продавца у вријеме кад је требало да услиједи испуњење. Или купац и продавац могу одређивање цијене повјерити неком трећем лицу. У таквом случају купац ће бити дужан да плати продавцу ону цијену коју је одредило то треће лице. Ако треће лице коме је повјерено одређивање цијене неће или не може да је одреди, а уговарачи се не сложе накнадно о одређивању цијене нити уговор раскину, сматрат ће се да је уговорена разумна цијена.

Сматра се да је цијена одређена и кад је прописана од надлежног органа (29).

У таквом случају није неопходно да уговор садржи одредбе о цијени, јер уговорне стране за одређену робу уговоре цијену већу од највише прописане, уговор није ништав али треба сматрати да је уговорена цијена (30).

Узанса број 163 прописује да се цијена може уговорити и да ће цијена зависити од квалитета робе, који ће бити утврђен према извађеном узорку. У таквом случају цијена се обрачунава према резултату узорака (31).

Цијена може бити одређена и као оријентациона цијена. У таквом случају, према нашој судској пракси, цијена ће у коначном износу бити утврђена у зависности од околности које су уговорне стране имале у виду приликом закључивања уговора (32). При томе, разумије се, треба водити рачуна и о цијени коју су уговорне стране утврдиле као оријентациону цијену.

О могућности да једна уговорна страна има право да сама одреди цијену постоје два схватања:

а) према једном схватању, које је данас важеће у нашем праву, одредба уговора којом се одређивање цијене оставља на вољу једном

(28) Ивица Јанковец, *Привредно право*, Београд, 1981. год., стр. 258.

(29) Узанса бр. 6. став 5. Општих узанси за промет робом.

(30) Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 2160:68 од 4.3.1969.г.

(31) Узанса бр. 163.

(32) Рјешење Врховног привредног суда, Сл. 1084/56 од 19.6.1957. године, Збирка судских одлука, Књига II, свеска 2, 1957. година, Одлука бр. 531.

уговарачу сматра се као да није ни уговорена и тада купац дугује цијену као у случају кад цијена у уговору није одређена (33).

б) према другом схватању, које је прихваћено у америчком праву (став 2. члана 2-305. Једнообразног трговачког законика САД), може бити закључен и такав уговор о продаји у којем је одређено да ће цијену одредити једна уговорна страна, купац или продавац. У таквом случају страна којој је повјерено да одреди цијену мора то радити у доброј вјери (34).

Треба напоменути да је и у нашој правној теорији раније постојало слично схватање (35).

С друге стране, у уговору о продаји у привреди може, под одређеним условима, бити уговорена промјенљива цијена. Наиме, у уговорима у којима се једна страна обавезује да изради и испоручи одређене предмете (а то значи у уговорима о продаји будуће ствари у којима је продавац ствари истовремено и њен произвођач), дозвољено је уговорити да ће цијена зависити од цијена материјала и од рада, као и од других елемената који утичу на висину трошкова производње, у одређено вријеме на одређеном тржишту (36).

Промјенљива цијена постоји ако је у уговору о продаји одређен износ цијене, али с тим што је уговорено да се тај износ касније може промијенити, уколико се промјене околности на основу којих је одређена цијена. Клаузула уговора о продаји којом се предвиђа промјенљива цијена може да буде састављена на два начина:

- без формуле, или

- са формулом.

У клаузулама без формуле описно се одређује како ће се уговорна цијена прилагођавати новонасталим околностима.

У клаузулама са формулом даје се математичка формула помоћу које ће се израчунавати дефинитивна цијена коју купац дугује продавцу.

Клаузуле о промјенљивој цијени често се називају "клаузуле о клизној скали".

Једна од таквих формула о промјенљивој цијени гласи (37):

$$P_1 = \frac{P_0}{100} \quad a = b \frac{M_1}{M_0} + c \frac{S_1}{S_0}$$

При чему је

P_1 = дефинитивна цијена коју плаћа купац

P_0 = почетна (уговорена) цијена

M_1 = просјек цијене материјала који је потребан за израду робе у питању на дан када се израчунава дефинитивна цијена

M_0 = просјек цијена истих материјала на дан закључења уговора

(33) Члан 466. Закона о облигационим односима.

(34) Члан 2-305 Једнообразног трговинског законика САД.

(35) Winter V., *Трговински закон*, Осијек 1912. год., стр. 400.

(36) *Ibid.*, Ивица Јанковец, стр. 258.

(37) Ова формула се налази у: "Општим увјетима за добаву постројења и опреме у извозу" који су изграђени под окриљем Економске комисије УН за Европу, Женева, март 1953. године. У нашем преводу објављени су у књизи проф. др Александра Голдштајна, "Међународно трговинско право", стр. 187.

S_1 = просјек личних доходака радника који су радили на изради робе у питању, према стању на дан када се израчунава дефинитивна цијена

S_0 = просјек истих личних доходака на дан закључења уговора

a = проценат фиксних (непромјенљивих) трошкова у цијени робе

b = проценат вриједности материјала у цијени робе

c = проценат учешћа личних доходака у цијени робе.

Пошто a , b и c представљају проценте, њихов збир мора да даје 100. Другим ријечима, вриједност робе треба рашчланити на део који одговара фиксним трошковима који се морају учинити за производњу робе, на део који одговара вриједности материјала потребног за израду робе, и на део који одговара уложеном раду за производњу робе.

Клаузула о промјенљивој цијени представља, у ствари, један вид клаузуле о измјени уговора због промјењених околности (клаузула "gebus sic stantibus").

Специфичност клаузуле о промјенљивој цијени је у томе што су купац и продавац том клаузулом разрадили и прецизирали услове под којима ће бити измјењена уговорна цијена. При томе су ти услови редовно блажи од услова под којима по закону једна уговорна страна из уговора о продаји може захтијевати измјену цијене. Чак и мање промјене околности, на које се по закону ни купац, ни продавац не би могли позвати, могу примјеном клаузуле о промјенљивој цијени довести до тога да ће купац бити дужан да плати цијену различиту од оне која је као основна предвиђена у уговору.

Сам начин постизања споразума о цијени није важан и наша судска пракса стала је на гледиште да је уговор право-ваљан и кад се у уговор не унесе одредба о цијени која је усмено постигнута (38).

Код одређивања цијене се могу појавити и неки други проблеми. Тако нпр. код робе која се шаље у амбалажу поставља се питање да ли цијена важи за бруто или нето тежину, ако то странке нису уговором ријешиле (39).

Поред наведеног у трговини се може појавити и проблем сконта, то јест да ли је означена цијена са сконтом или без сконта. Под "сконтом" се подразумијева одбитак од цијене који се признаје купцу, кад се роба плаћа одмах или у кратком року. Уколико то странке уговором нису ријешиле сматрат ће се "цијена" важи без сконта (40).

ШТА СВЕ УЛАЗИ У ЦИЈЕНУ РОБЕ?

Ако се цијена обрачунава према тежини робе, онда се у свим правима (41) сматра да се она, уколико уговором или трговачким

(38) Пресуда Врховног привредног суда Сл. 142/70 од 2. јула 1970. године.

(39) Члан 21. ст. 2. и 3. Швајцарског закона о облигационим односима; члан 58. Хашког Једнообразног закона о међународној продаји тјелесних покретних ствари.

(40) Узанса број 160. Општих узанси за промет робом.

(41) Узанса број 161. Општих узанси за промет робом. Параграф 380. Њемачког грађанског законика. Члан 352. Аустријског грађанског законика. Члан 212. Швајцарског закона о облигационим односима. Параграф 8. Скандинавског закона о продаји.

обичајима није друкчије одређено, односи на нето тежину робе. То рјешење прихватају и Једнообразни закон о међународној продаји и Конвенција УН о међународној продаји робе.

Тежина амбалаже (тара) се у принципу не урачунава и треба је стога одбити од бруто тежине (42). Ипак ако се ради о ситној амбалажи, која је по правилу неодвојива од робе, сматра се да је она урачуната у цијену робе.

Кад је цијена уговорена према тежини испоручене робе, важи - у случају да ризик сноси продавац - искрцана тежина. При продајама уз клаузулу ЦИФ мјеродавна је по правилу тежина установљена приликом утовара (shipping weight) (43).

У многим земљама је трговачким узансама предвиђено да се од утврђене цијене одбијају извјесни износи кад је плаћање услиједило тачно у року или чак пре рока (skonto, diskount, escompte). Сконто се најчешће уговара код продаје са краткорочним кредитом. Њиме се купцу, који плати пре истека кредита, пружају извјесне користи ("премије за плаћање" - "cask premium") (44).

Поред утврђене цијене купац је дужан да плати и извјесне трошкове који настану у току извршења уговора. То су најчешће и по правилу трошкови који су везани за пријем робе. (45).

У међународној продаји је од посебног значаја питање промјене у висини царинске тарифе. Ако је царина урачуната у цијену, онда се по њемачком правосуђу сматра да евентуално повишење последије закључења уговора пада на терет странке, чија је држава повисила царинску тарифу (46).

Француско правосуђе узима као мјеродаван тренутак преласка својине, што значи да при продаји генеричних ствари повишење царине пада на продавца све до индивидуализовања ствари а последије тога на купца. Напротив, при продаји индивидуално одређених ствари, повишење царине последије закључења уговора пада на терет купца који је са закључењем уговора постао власник према француском праву.

Према енглеском праву (47) продавац је овлаштен да тражи од купца да му заједно са цијеном плати и повишење царине, а купац може смањити цијену ако је у међувремену наступило смањење царине у корист продавца. Разумије се, све ове одредбе не важе ако је до повишења царине дошло за вријеме доцње продавца.

Чланом 69. Хашког пројекта Једнообразног закона о међународној продаји, је предвиђено да, ако увозне царине и друге дажбине падају на терет продавца и ако се оне повећавају последије закључења уговора, ово повећање се додаје цијени. Али ако је испорука погођена овим по-

(42) Извјестан изузетак представљају ОУИ Југопол (тачка 9.3) по којима цијена наведена у понуди обухвата и паковање.

(43) *Ibid.*, Ernest Rabel, стр. 16.

(44) *Ibid.*, Младен Драшкић, стр. 222.

(45) Параграф 448. Њемачког грађанског законика. Члан 1510. Италијанског грађанског законика. Члан 1465. Шпанског грађанског законика.

(46) Параграф 449. Њемачког грађанског законика.

(47) *Ibid.*, Младен Драшкић, стр. 223.

већањем, била у закашњењу услед неке радње продавца или лица које њему одговара, повећање сноси продавац сваки пут кад купац може да докаже да повећање не би наступило да је испорука уследила у уговореном року. У сваком случају смањење ових дажбина доводи до смањења цијене. Ово правило је, међутим, искључено из коначног текста Једнообразног закона као противно трговинским обичајима и правилима тумачења - *incoterms*, а не налази се ни у тексту Конвенције УН (48).

У југословенском привредном праву, ако није другачије уговорено, цијена важи за нето тежину без сконта (49). То значи, да се приликом обрачунавања цијене неће узети у обзир тежина амбалаже у коју је роба упакована.

Купац је дужан да плати цијену само за нето тежину робе, а не и за амбалажу. Осим тога цијена робе не обухвата сконто, дакле, одбитак од цијене који према обичајима у привреди продавац одобрава купцу ако купац изврши своју обавезу плаћања цијене пре доспјелости. Ако су испуњени услови да продавац одобри купцу сконто (понекада се назива и каса - сконто), износ сконта треба одбити од уговорене цијене. Кад је купац само дио цијене платио у краћем року од уговореног или уобичајеног сконта се обрачунава само за тај дио цијене (50).

Ако купац није платио амбалажу, купац је дужан да је врати продавцу. Али, изразом "амбалажа урачуната", "амбалажа гратис" или неким другим сличним изразом може се уговорити да купац не мора амбалажу ни платити ни вратити. Исто тако, уобичајено је да купцу остају без посебне накнаде таква амбалажа која је намијењена само за једнократно паковање и која се више од једанпут не може употребити.

Међутим, приликом закључивања уговора о продаји робе купац и продавац се могу споразумјети да ће по уговореној цијени за јединицу тежине купац бити дужан да плати амбалажу. У таквим случајевима у уговор о продаји уноси се клаузула: "цијена износи ... динара за један килограм бруто за нето", или нека друга слична клаузула. Купац тада није дужан да амбалажу у којој је роба била испоручена врати продавцу (51).

Ако није другачије уговорено, у цијену су укључени трошкови са испоруком робе. Продавац мора сносити трошкове у вези са припремањем робе за испоруку и не може те трошкове посебно зарачунати купцу уз цијену (52).

Са своје стране, купац је дужан да изврши све радње у вези са пријемом испоруке (53). Трошкови у вези с тим радњама падају на његов терет. Купац нема право да трошкове које је имао у вези са пријемом испоруке одбије од цијене коју је дужан да плати продавцу.

(48) *Ibid.*, Младен Драшкић, стр. 222-223.

(49) Узанса 160. Општих узанси за промет робом.

(50) Сл. 620/73 - Пресуда Вишег привредног суда у Загребу од 16. априла 1973. године, Преглед судске праксе у години 1973. број 3, прилог "Наше законитости", Одлука бр. 305, стр. 56.

(51) *Ibid.*, Ивица Јанковец, стр. 260.

(52) Узанса бр.78. Општих узанси за промет робом.

(53) Узанса бр.70. Општих узанси за промет робом.

Увозне царине и трошкове увозног царинења сноси купац, а извозне царине и трошкове извозног царинења сноси продавац (54). Значи, ако није другачије уговорено, уговорена цијена обухвата и извозну царину.

Трошкове око ослобођења робе од царине сноси она уговорна страна која би морала да плати царину (55).

Ако купац тако захтијева, продавац је дужан да прибави и преда купцу легализовано увјерење о поријеклу робе. Трошкове прибављања и легализовања увјерења о поријеклу робе сноси купац (56). То значи да ови трошкови нису обухваћени уговореном цијеном робе.

Чланом 298. Закона о облигационим односима је прописано да трошкове у вези са плаћањем цијене сноси купац. Купац нема право да ове трошкове одбије од уговорене цијене (57).

С обзиром да се у конкретном случају ради о врло значајним питањима купац и продавац их у великом броју случајева регулишу уговором о продаји. Они могу у уговор унијети једну од тзв. транспортних клаузула, и на тај начин, уз низ осталих питања регулисати и питање судбине одређених трошкова.

(Примљено 21. III 1992)

*dr Vitomir Popović,
Judge of the General Court in Banja Luka*

DETERMINING THE PRICE IN THE CONTRACT OF SALE

Summary

According to the majority of legislations the price is an essential element of the sale. According to some codes the price should be determined specifically. More modern codes allow - as sufficient - the existance of elements in the contract according to which the price can be determined.

When contracting parties determine a third person to fix the price, such person should make his evaluation in a professional and impartial way.

Comparative law shows that there is a tendency in new legislations of widening the cases of "determinability" of price onto some other situations - when there are no expressly given elements in the contract necessary for determining the price.

In our positive legal system the price in the contracts of sale in the sphere of economy may be determined as the fixed one and changeable. The clause providing the latter kind of price may be composed without a formula or with a formula. The changeable price clause is a kind of the *rebus sic stantibus* clause.

(54) Узанса бр.164. и 165. Општих узанси за промет робом.

(55) Узанса бр. 166. Општих узанси за промет робом.

(56) Узанса бр. 169. Општих узанси за промет робом.

(57) Члан 298. Закона о облигационим односима.

The answer to the question of elements of the price of goods is found in the contract clauses relevant to the matter or in usages of trade. If this is not specified, in all legal systems it is considered that the price refers to the net weight of the goods. In many countries some amounts are deducted from the fixed price if payment was effected on time or before time.

In our economic law the price refers to net weight without reduction for timely payment - unless otherwise provided in the contract. The price includes delivery expenses, unless otherwise provided by contract.

Key words: *Sale. – Determining the price. – Net weight. – Delivery expenses.*

*dr Vitomir Popović,
juge du Tribunal communal, Banja Luka*

DETERMINATION DU PRIX DANS LES CONTRATS D'ACHAT-VENTE DANS LE SYSTÈME ÉCONOMIQUE

Résumé

Suivant la majorité de pouvoirs législatifs le prix présente un élément essentiel dans les contrats relatifs aux ventes. Certaines codes exigent catégoriquement que le prix soit déterminé. Les codes plus modernes prévoient comme suffisant s'il existe, même, dans le contrat, certains éléments qui puissent contribuer à la formulation du prix.

Quand les parties contractuelles laissent la question de la détermination du prix à un tiers, dans ce cas-là cela doit être fait à une façon toute professionnelle et impartiale.

Par une revue comparative des lois il est possible de conclure qu'il existe une tendance dans les législations d'une date plus récente à dilater les cas de la "détermination" du prix aussi aux certains autres situations où il n'existe aucuns éléments stipulés explicitement dans le contrat pour définir le prix en question.

Dans notre système positive juridique le prix dans les contrats achat-vente dans le domaine économique peut être formulé comme fixe et variable. La clause du contrat de vente, prévoyant un prix variable, peut être défini sans formule et avec formule. La clause sur la variabilité du prix présente un aspect de la clause *rebus sic stantibus*.

En ce qui concerne la question sur les éléments qui entrent dans le prix des marchandises, c'est réglé à façon compétente par les contrats ou par les coutumes commerciales. Au cas dans lequel cela n'était pas défini, alors, selon toutes les lois on considère que le prix se rapporte au poids net de la marchandise.

Dans bien des pays on prévoit que certains montants soient déduits du prix déterminé si le paiement a été effectué précisément au terme requis, ou même avant le terme. Dans notre loi économique, sauf autrement stipulé, le prix comprend le poids net sans escompte.

Sauf les stipulations contraires, le prix comprend les frais couvrant la livraison de la marchandise.

Mots clé: *Achat-vente. – Détermination du prix. – Poids net. – Frais de livraison.*

др Милутин Ђуричић,
адвокат у пензији из Пећи

ЖЕНА КАО СРЕДСТВО ИЗВРШЕЊА У ОБИЧАЈНОМ ПРАВУ АЛБАНАЦА

Жена је најдрагоценија ствар код Албанаца, посебно на селу. Све до педесетих година XX века сељаци су продавали имања да би купили жену. Жена није субјект, већ је објект албанског обичајног права. Будући да је објект права, жена се употребљава као средство принудног извршења. Помоћу жена се врши притисак на мушке особе да праштају дугове у крви и одричу се крвне освете. Претњом контакта са женама врши се принуда на господаре кућа да изврше своје грађанскоправне обавезе.

Кључне речи: *Жена – Мирење завађених – Извршење имовинских обавеза*

Сви известиоци из Северне Метохије (Пећ, Дечани, Ђаковица, Клина, Исток) категорично тврде да је жена кључ за схватање обичајног права Албанаца. У својој студији *Положај жене у шиптарском обичајном праву* (1) доказао сам да је жена у албанским обичајима ствар, без својине и слободе. У другој студији, *Женска беса и крвна освета* (2), доказано је да је крвна освета код Албанаца у 90% случајева последица недозвољених односа са женама.

Истраживање порекла пречег права прибављања непокретности показује да је страх од недозвољених односа са женама главни узрок установљењу пречег права куповине непокретности од рођака и помеђаша, пречег права залоге непокретности (алб. *rëng*), наполице, итд. Мушкарце је страх од недозвољених односа странаца са њиховим женама. Из недозвољених односа може да се роди подметнути наследник, који ће убити легитимног оца да би присвојио његову имовину. Тако је и убиствима због некретнина прави разлог страх од недозвољеног контакта са женама. Дакле, блуд је основни узрок делинквенције којом се ремети арбанашка беса.

Но, жена је и средство у примени обичајног права код Албанаца. Она је најзаштићенија ствар (алб. *gja*, римски *res*), јер се налази под

(1) Виша економско-комерцијална школа у Пећи, *Зборник радова*, књ. II, Пећ 1965, стр. 117-156.

(2) Црногорска академија наука и умјетности, Гласник Одјељења друштвених наука 4/1983, стр. 101-175.

двоструком заштитом - рода и дома. Жену штите њен фис и њена домовина. "Муж је бранич жене и дјетета". Када неку обавезу треба изнудити од мушког пола по било коју цену, крајње средство принуде је жена. О употреби жене у поштовању бесе говори чланак *Беса жене и дјетета* (3). У њему је изложено да је жена симбол заштите као пратиља дужника крви да не изгуби главу. Овде ће бити показано како се жена употребљава као средство принуде за праштање дугова у крви и њихово претварање у накнаду штете. Даље ће бити речи о томе како се жене употребљавају као средство извршења наплате имовинских потраживања.

ЖЕНА КАО СРЕДСТВО ПРИНУДЕ ЗА ОПРОШТАЈ ДУГОВА У КРВИ

Када међу људима дође до свађе и убистава, нарушава се беса па је треба поново успоставити. "Без бесе се не може живети", правно је арбанашко гесло.

Посебно је опасно када се међу собом заваде рођаци и братственици, људи из истог племена. Тада родовско-племенске заједнице доносе одлуку о мирењу завађених страна. Такве одлуке диктира родовско-племенска солидарност у нападу и одбрани. Повређени се обично супротстављају мирењу, претећи крвном осветом.

Да би изнудила пристанак повређене стране, родовско-племенска заједница у крајњем случају може да се послужи оштећениковим женама. Како то изгледа, види се из примера који је саопштио 21. децембра 1970. године Таћ Зогај Незир (78 година) из Пећи.

– Ближи и даљи рођаци окупе се у кући повређеног и не напуштају његово огњиште док не добију обећање о опроштају. Тако, док сам био у Лапчеву код Ораховца, покушах да помирим неке своје братственике. Беху се потукли момци из куће Хацијине с момцима из Хисенове куће. Окупих људе на скупштину и нисмо се мицали с огњишта оштећеног четири дана. Давали смо га убеђивањем о потреби опроштаја. Досађивали смо му. Да бих му што више досадио, излазио сам у двориште резервисано за жене, наређивао домаћици да пусти жене у двориште, разговарао са његовим женама, питао их јесу ли боље од својих мужева, на кога им личе деца. Тиме досадих оштећеном, па он опрости кривцима, а ја се ангажовах као чувар бесе за његову обавезу.

Било је, дакле, неопходно да известилац ступи у контакт чак и са женама оштећеног да би га приволео да опрости својим рођацима. Тиме је уразио оштећеног.

Женама као средством принуде служили су се и католички свештеници у Северној Албанији све до краја другог светског рата. Шаља Кољ Демо (74 године) из села Бец код Ђаковице саопштио је 6. маја 1970 године:

– Пре 30 година, док сам живео у Северној Албанији, погиге Зеф Паљ од свог рођака Зеф Нуа, који западе у дуг крви. Пред страхом од освете није један мушкарац старији од 12 година није смео изаћи из куће.

(3) "Одвјетник", Загреб, 1977, стр. 397-454.

Сваке треће године католички свештеници ишли су по селима да мире крви. Дође ред и на наше село. Прво су ишле жене са колевкама, за њима фратри, па народ. Пред кућом Зефа Паља жене преврнуше колевке, наста писак одојчади, народ је молио, фратри преклињали. Повређени се смиловаше, дозволише нам у кућу и господар поклони дуг у крви. Ми затражисмо да за његову поштену реч буду чувари бесе Љуљаш Ђељош и Пренк Нуо из фиса Шаља, рођаци покојника из јаких кућа које су имале по десетак наоружаних момака. Они пристадоше.

Док су људи у кући на скупштини која моли за опроштај дуга у крви, мушке особе с оштећене стране се налазе у некој врсти кућног притвора - не могу оставити туђе мушкарце са својим женама. Под таквим притском се обично испослује или опроштај дуга у крви, или привремена дозвола за слободу кретања делинквента из кућног притвора (беса). Тако је говорио јануара 1970. године Емин Госка (70 година) из Пећи.

ЖЕНЕ КАО СРЕДСТВО ПРИНУДЕ ЗА ИЗВРШЕЊЕ ИМОВИНСКИХ ОБАВЕЗА

Сваки теретни уговор треба извршити. Уговоре обично извршавају чувари бесе. Они узимају ствари из руку дужника и предају их повериоцима. Ако дужник нема средстава да плати дуг, чувар бесе га плаћа из своје имовине. Чувар бесе је својим животом гарантовао повериоцу да ће му тражбина бити подмирена. Пошто чувар бесе подмири повериоца, може настати регресно потраживање од дужника. И регресни дужник одговара чувару бесе да ће га подмирити целокупном својом имовином па и својим животом.

И жене су ствари (римски *res*, алб. *gja*) дужника па чувар бесе може запретити регресном дужнику задржавањем код жене, одузимањем жене, ложењем ватре пред његовом кућом. Обичајни судија Брахим Хоца из Јуника 8. јуна 1970. и Бајрам Хусај из Шкреља у Ругови саопштавају да чувар бесе може доћи на огњиште дужника и контактирати са његовим женама. Они кажу: "Срамота је због пара задржавати чувара бесе у својој кући. Свак' ће рећи да је дужник пустио странца код својих жена. Поштен човек не би дозволио за целу Ругову да му чувар бесе турише по кући. Свак' може прекорети дужника питањем: "Јеси ли пустио чувара бесе код жена?"

Дешава се да чувар бесе по неколико месеци остане у кући дужника, све док не наплати тражбину. Седамдесетих година један известилац, чијег се имена више не сећам, саопштио је да је неки сељак из околине Ђаковице провео целу зиму код дужника, док није наплатио дуг. За то време је имао бесплатан смештај и исхрану код дужника.

И до дан-данас се дешава да поверилац запрети дужнику да ће му на име дуга отети жену. То се види из исказа М.М. Ђуричића из Београда, који је 1989. године саопштио пример:

"Седамдесетих година овог века продадох своју кућу у Приштини неком професору Албанцу. Оверисмо уговор код суда и кућу предадох у посед купца. Рок за исплату цене беше накнадно утврђен. После запоседања куће, купац ме упита шта ћу радити ако ми цена не буде плаћена о

року. Питање није било наивно; претпостављао сам да ће ме купац изиграти за цену. Зато му одговорих: "Ако цену не платиш како смо се договорили пред људима, отећу ти жену а тебе убити револвером". Купац је платио цену 15 дана пре рока".

Поверилац може да изврши притисак на дужника и ложењем ватре пред његовом кућом. Тада се цело братство дужника брине како ће бити подмирено потраживање. Обичајни судија Брахим Хоџа из Јуника саопштава 8. јула 1970. године: "Чувар бесе може да се обрати братству дужника за помоћ. Ако братство занемари тај захтев, чувар бесе може да га принуди ложењем ватре у дужниковом селу, чиме спречава женскадију да се слободно креће. То је срамота за цело братство и село. Тада се рођаци морају скупити и договорити да плате дуг".

Известилац Демуш Цури из Горњег Стреоца код Пећи саопштава 24. јула 1968. године и следећи пример:

– За време турско неки Салија из Горње Луке код Дечана, заједно са два наоружана момка, наложио је ватру пред кућом К. Шаље у истом селу. Рођаци дужника прикупише средства и предадоше их чувару бесе.

Ложењем ватре поверилац прети да ће се населити у селу или у кући дужника.

ЗАКЉУЧАК

На основу изложених чињеница се може закључити да Албанци у изнуђивању примене обичајног права употребљавају жене. Контактирањем са женама изнуђавају мирење завађених. Контактима са женама повређеног добијају опроштај од дуга у крви. Претњом да ће се контактирати са женама дужника врши се принуда за плаћање имовинске обавезе.

Срамота од могућности макар само визуелног контакта поверилаца са женама дужника почива на бојазни од подметања наследника и отмице жена. Претња отмицом жене, па убиством мужа представља последње средство принуде за наплату потраживања. То је, у ствари, двострука претња: узимање најдрагоценије ствари - жене - и најдрагоценијег природног својства - живота. Зато Албанци по цену живота не дозвољавају извршење над женама.

(Примљено 24.XI.1991)

Milutin Đuričić,
retired Practising Lawyer in Peć

WOMAN AS THE EXECUTION EMANS IN THE CUSTOMARY LAW OF ALBANIANS

Summary

In Albanian villages woman is considered a thing (in Roman law - *res*, Albanian term - *gja*). It is a most precious thing which is used only as ultimate means to exert pressure against the offended party to pardon the debt in blood and to consent to material compensation.

A woman is a thing (object) which is appropriate, in the final analysis, to be the means of execution in order to effect payment of a property claim. By threatening to effect execution over women, the creditors, and more particularly the custodians of the so-called *bessa* (Albanian word of honour guarantying the fulfilment of an obligation), or the guarantors, are sure to be able to collect their claims.

By effecting the execution over women in fact means the abduction of women and the murder of their husbands. Therefore the Albanians do not allow the execution over women even if they would loose their life.

Key words: *Woman. – Peaceful settlement of those in quarrel. – Execution in the sphere of property obligations.*

dr Milutin Đuričić,
avocat à la retraite de Peć

LA FEMME COMME MOYEN D'EXÉCUTION DANS LE DROIT DE COUTUME DES ALBANAIS

Résumé

Chez les Albanais, vivant à la campagne, la femme est considérée comme une chose (lat. *res*, alb. *gja*). C'est la chose la plus précieuse qui est utilisée comme moyen ultime de pression sur la partie lésée pour qu'elle pardonne la dette de sang et consente à un dédommagement matériel.

La femme est une chose envers laquelle on peut en dernière instance appliquer l'exécution en vue du recouvrement des créances de bien. Par la menace qu'ils réaliseront l'exécution sur les femmes, les créanciers, surtout les gardes de "bessa" peuvent recouvrer avec certitude leurs créances.

La réalisation de l'exécution sur les femmes signifie le rapt des femmes et l'assassinat de leurs maris. C'est pourquoi au prix de leur vie, les Albanais ne permettent pas l'exécution sur leurs femmes.

Mots clé: *Femme. – Réconcilisation des parties en litige. – Exécution des obligations de biens.*

РАСПРАВА О РАДНОЈ ВЕРЗИЈИ УСТАВА СР ЈУГОСЛАВИЈЕ

На Правном факултету је на Велики петак, 24. априла 1992. одржана расправа о Радној верзији устава СР Југославије.

Скуп је отворио декан Правног факултета, професор др Обрад Станојевић, који је указао на традицију Правног факултета у одржавању оваквих скупова. Професор Станојевић је подсетио присутне и на неповољан исход дискусије вођене у овој истој сали поводом Нацрта Устава 1974, после чега је више колега удаљено из наставе и са Факултета, а један од најугледнијих наставника, проф. др Михаило Ђурић, био је и осуђен на казну затвора.

Значајно је да Правни факултет у овом послу учествује и да своје мишљење без обзира на то да ли ће то имати непосредно дејство.

После тога, вођење скупа преузео је шеф Катедре за правно-политичке науке.

ПОЗДРАВНА РЕЧ ПРОФ. ДРАГОЉУБА КАВРАНА

Поштоване колегинице и колеге,

Молим вас да примите наше извињење што смо вас, заједно са Управом факултета, замолили да са нама радите данас на празник и непосредно после објављивања текста о којем ћемо расправљати. Није нам пружена друкчија, повољнија, могућност да реагујемо.

Уводно излагање поднеће проф. др Павле Николић, колега чија се реч много пута чула на угледним скуповима и међународним форумима на којима се расправљало о проблемима уставног права.

Дубоко изненађује оцена да знање и дугогодишње научно и педагошко искуство проф. Николића није било потребно у овим судбоносним тренуцима, као, уосталом, ни било ког другог са овог факултета, сем једног изузетка. Изгледа, по нечијој процени, да се наука и знање налазе негде другде или да се до њих мало држи. То се опет може показати као штетно и опасно, као 1974. На жалост, противно пракси насталој још у прошлом веку, логици рада у професији правника других земаља и интересима нашег народа, Правни факултет у Београду, највећа и, претпостављам најугледнија установа која окупља научнике који се баве правом у нашој земљи, садржину решења која се уставом предлажу сазнаје - из дневних новина.

Историја се, нажалост, понавља са злосрећном правилношћу. Слично се дешавало и пред доношење Устава 1974. Нека лица су овде иста, неких, међу најврснијима, нема. Дилеме о којима смо расправљали 18, 19. и 22. децембра 1971, у истој овој сали и о којима данас на Велики петак расправљамо, веома су сличне. Изгледа да дух, ако не дикција 1974,

преживљава све наше напоре да га се коначно ослободимо, с тим што нам данас није дато ни пристojно време да текст пажљивије проучимо. Зато неки од дискусаната и неће бити у стању да допринесу онолико колико би у редовним приликама било могуће, а неки неће ни учествовати, можда и због одбијања да на овај начин уопште расправљају о тако значајном тексту. И методи којима се до текста Преднацрта - Радне верзије дошло - опет су слични; опет непоштовање речи научника који се тиме специјализовано и једино баве, опет неко поседује беспризивни монопол на истину, опет непоштовање историјских чињеница и неприкладно интерпретирање тежњи генерација, као да историја почиње 1943. године. Очигледно је и потцењивање значаја кондензованог упоредно правничког искуства у припреми устава. Не могу се овако, надохват, користити институти који су негде виђени, без довољно поштовања за националну традицију, културу и богатство домаће правничке мисли.

Узмимо за пример начин на који се формирају веће република и веће грађана, са својим петинама и шеснаестинама гласова. Одбојност у нашем народу према таквом обрнутом апартхејду, са којим се није сусретао никад у својој историји, поготово не на овај начин, биће очитим чим прође анестезија којој је подвргнут помоћу масмедија.

Оно што смо рекли - и објавили - у забрањеном броју "Анала Правног факултета" о Уставу 1974, било је, како се показало, тачно. И било је - узалуд. Чини се да ће и све, или готово све, што данас будемо говорили бити, бар на изглед, без дејства. Подударност понашања и става према Правном факултету и тада, као и сада изазива велику тескобу. Нешто слично десило се и 1990, када је донесен нови Устав Србије. Тада је, такође, упозоравано на последице до којих може доћи због концентрације власти на начин на који то Устав Србије чини.

Надамо се да се лекције из правне и политичке историје или из теорије политичког одлучивања и међународних односа не могу учити бесконачно. Стога, верујемо да није узалудан наш данашњи покушај да укажемо и на потпуну нелегалност поступка доношења овог устава, као и на могуће катастрофалне последице неких решења по српски народ и његову државу.

У сваком случају, несумњива је наша обавеза да о уставу, као највишем правном акту земље, расправљамо.

Анализи услова у којима треба припремити нови и битно друкчији текст устава, надам се да ћемо ускоро приступити. Делим ваше жеље да се то догоди у оквиру рада на елементима друкчије, правне дражве са облицима државног уређења и владавине који одговарају богатим традицијама и култури нашег народа. Тиме ће се природно наставити двовековно залагање предака и потомака за изградњу слободне и демократске заједнице. Поново ћемо се вратити у Европу и свет чувајући своје наслеђе и идентитет на који смо поносни. Може се, разуме се, десити, да на том послу раде други људи. Недавно смо славили 150-годишњицу рада Правног факултета. Правни факултет није почео са нама, неће без нас ни нестати. Од значаја је да данас чинимо оно што нам је дужност, а надамо се да ће оно што ћемо овде рећи имати извесно дејство у времену које долази.

Колеге које је обрвало незнање, осећај узалудности, апатија или тешка одбојност која их спречава да говоре треба да разумемо, а њихова осећања да поштујемо.

Присетимо се, на крају, речи нашег великог Иве Андрића: "Знамо да је Дрина крива. Знамо да је не можемо исправити. Никад не смемо престати да је исправљамо".

Молим уваженог колегу, професора и доајена на предмету Уставно право, др Павла Николића, да одржи уводну реч.

Такође молим све учеснике у дискусији да ауторизују текстове својих дискусија како би они могли бити објављени у "Аналима Правног факултета" што пре.

*др Павле Николић,
редовни професор Правног факултета у Београду*

СУДБИНСКИ ПРОМАШАЈ УСТАВА САВЕЗНЕ РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ (1992) - уводно излагање -

Расправу о Нацрту устава Савезне Републике Југославије водимо у крајње неуобичајеним околностима.

Расправљамо о уставном тексту који је, како ствари стоје, практично већ усвојен, који није ни био стављан на јавну дискусију и о којем српски народ и сви грађани Србије нису могли да се изјасне, па ни о основном питању које чини суштину устава - удруживање Србије и Црне Горе и стварање заједничке државе.

Осим тога, што је још чудније, у ствари трагично, данас расправљамо о уставу који ће, по окончању процедуре, бити ништав. Наравно, вољом (боље рећи самовољом) оних који држе власт у обема републикама, овај текст ће играти улогу правога устава и бити фундаментални акт нове државне творевине и основ будућег законодавства. Тиме је идеја владавине права и правне државе, коју, иначе, сам тај устав изричито прокламује, доведена до своје таоталне негације. Међутим, онај који октроише устав, а овде је управо случај једне специфичне врсте октроисања устава, за то очигледно најмање мари.

I

Разлози који намећу категоричан и сасвим недвосмислен закључак о ништавости устава Савезне Републике Југославије су вишеструки, мада је сваки од њих довољан за доношење овог закључка.

1. Позивање на непрекинути субјективитет Југославије и одређивање органа који учествују у доношењу новог устава, јасно указују да доношење овог устава треба да се обави по ревизионом поступку који је прописао Устав СФРЈ од 1974. године.

Одступања од тог поступка су, међутим, очигледна. Директно су прекршене уставне одредбе о појединим елементима ревизионог поступка (нпр., чл. 400, 401, ст. 1, 2. и 3, чл. 402, ст. 1), а редослед фаза овог поступка је потпуно испретуран, док су неке фазе једноставно прескочене (нпр., наведени чланови: 400, 401, ст. 1, 2. и 3, чл. 402, ст. 1). Ако је то тако, а јесте, онда је то довољан разлог - и то разлог формалне повреде Устава - који дисквалификује Устав чије се доношење приводи крају и изазива његову ништавост.

2. Други разлог је, такође, одлучујући по свом дејству. Данашње Савезно веће Скупштине СФРЈ, које треба да усвоји и прогласи Устав, нема ни легалитет ни легитимитет да изврши тај чин.

Савезно веће као дом Скупштине СФРЈ је апсолутно нелегално, јер је мандат његових посланика истекао још 1990. године, а одлука о другом продужењу мандата донета 15. новембра 1990. нема основа у Уставу, па се може донети закључак о нелегалном постојању Савезног већа после истека предвиђеног датума. Тиме је престало да постоји и његово овлашћење да учествује у процедури доношења устава.

Савезно веће је и нелегитимно, јер су његови делегати изабрани на једностраначким изборима 1986. године. У условима постојања вишестраначког система, задржавање једностраначке скупштине у лику Савезног већа је, разуме се, апсурдно. Такво тело је, према томе, апсолутно нелегитимно за доношење устава нове државе, чак и када би имало уставног основа за своје легално постојање у систему организације власти федерације.

3. Трећи разлог се везује за питање легалности доношења устава са становишта Устава Србије (и Црне Горе, такође).

Наиме, Устав Републике Србије од 1990. године уопште не предвиђа ситуацију у којој се Србија нашла због удруживања са другом републиком (државом) и намераваног доношења устава будуће Југославије. Прецизно говорећи, Устав Србије уопште не предвиђа могућност удруживања Србије са неком другом државом, нити мењање статуса Србије, па тиме ни поступак којим би се то учинило. Отуда, сам чин доношења Устава будуће државе је, сам по себи, апсурдан. Осим тога, не постоји ни уставни основ за акције које су влада и председник Републике предузимали у протеклом периоду у циљу доношења Устава.

Дакле, са становишта Устава Србије, као и уставних докумената Црне Горе, стварање нове државе и усвајање устава те државе апсолутно је нелегално. Колико је у питању невештина уставотворца, толико је у питању и самовољно понашање актера који воде целу ову акцију.

II

1. Међутим, све ово је само један аспект ствари. Други и битнији јесте питање суштине и садржине новог устава.

У целини гледано, устав, са становишта суштинских интенција које жели да оствари, представља груби, судбински промашај. Он је то због тога што је идеју о уједињењу Србије и Црне Горе засновао на погрешној и са погубним последицама спроведеној титоистичкој политици о националном питању у односу на Црногорце и Србе уопште, тј. на лажном ставу о два различита народа. То је став који је своју политичку и државноправну афирмацију доживео у току полувековне владавине бившег режима. Нови устав Савезне Републике Југославије управо од тога полази и томе даје нову уставноправну потврду.

Нацрт устава полази од изричите одредбе о држави Србији и држави Црној Гори које се добровољно удружују (преамбула Нацрта). На тај начин српски народ, разједињен и затворен у вештачке "државне" границе бивших република авнојевске Југославије, остаје и даље разје-

дињен конструкцијом нове државе коју установљава устав Савезне Републике Југославије. Тако, овај устав постаје устав уједињења Србије и Црне Горе ради њиховог дефинитивног раздвајања. Ово тим пре што се и Србији и Црној Гори, што је својеврстан апсурд, намеће заједнички назив Југославија који није њихов, химна која није њихова и застава која није њихова. Није ми познато да ли у историји постоји земља која се одрекла свог имена, химне и заставе.

Према томе, идеја о уједињењу српског народа у Србији и Црној Гори је морала да нађе своје полазиште у једном другом, једино истинитом ставу који је заступао велики Његош, ставу који је изричито записан у Законику Књаза Данила Првог из 1855. године, а то је став о Црногорцима као припадницима једног јединственог српског народа. Тако није поступљено и у томе је неопростиви промашај новог устава, утолико пре што је улазак у ову и овакву уставну "авантуру", којом се врши "удруживање" државе Србије и државе Црне Горе, извршен без консултовања и пристанка српског народа и свих грађана Србије. Иако, додуше, не постоји стриктна правна обавеза, с пуним правом се могло очекивати расписивање референдума у Србији о овом "удруживању". То, међутим, није учињено, те цела акција остаје без потребног легитимитета.

2. Промашај овог устава огледа се и у томе што идеју о уједињењу Србије и Црне Горе спроводи на неприхватљив начин изражен у успостављању једног хибридног федеративно-конфедеративног уређења. Погубне последице Кардељеве концепције о тзв. новом виду југословенског федерализма из 1974, нису послужиле као горко, негативно искуство, већ - каквог ли апсурда - као узор и пример.

Елементи уставне концепције из 1974. године уграђени су у биће нове заједничке државе, те то не говори ништа добро о уређењу те нове државе. Пажњу привлаче нарочито следећи елементи:

прво, право републике чланице да самостално утврђује организацију власти својим уставом (члан 6, ст. 3 Нацрта);

друго, право републике чланице да одржава међународне односе, да оснива сопствена представништва у другим државама и да се учлани у међународне организације, као и да, наравно у оквиру своје надлежности, закључује међународне споразуме (члан 7);

треће, учешће председника република чланица у Врховном савету одбране у својству чланова тог савета који, иначе, доноси одлуке на основу којих председник Републике Југославије командује војском у рату и миру (члан 137, ст. 1 и 2);

четврто, право републике чланице да учествује у поступку и да даје сагласност која има карактер вета на промену извесних битних делова устава (чл. 142. и 143).

Ако се овоме дода да устав прихвата теорију о подељеној суверености, која је, узгред речено, превазиђена, онда идеја конфедерализма (републике се проглашавају такође сувереним, члан 6, ст. 2), постаје основа и за низ других погрешних решења.

Тако, препушта се републичкој регулативи да уреди питање избора и мандата посланика у већу република (члан 81). Даље, непримерено је федерализму да се у случају сукоба домова савезног парламента привремено примењује закон изгласан у већу република (уколико је реч о

законима набројаним у уставу, члан 92). Неравноправност представљања грађана у већу грађана (члан 80, ст. 2) је пример и доказ више о недоследности уставотворца у извођењу идеје федерализма, али и демократије, итд..

Тако, уједињење Србије и Црне Горе добија сасвим неадекватну форму у виду уређења које оживљава погубну конструкцију Устава СФРЈ од 1974. године. Остаје да се закључи да то уједињење треба да пође од друге основе и да буде остварено на други начин. Ако би то било тако, а јесте, онда је заиста исправан закључак о судбинском промашају устава Савезне Републике Југославије. Стога он и не представља излаз из трагичне ситуације у коју су запале Србија и Црна Гора као преостали делови раскомадане Југославије.

III

Да ствар буде још жалоснија побринуо се и сам уставотворац, направивши, у целини гледано, један рђав текст устава.

Досадашња јавна расправа је, на жалост, била спорадична и самоиницијативна, па и није била јавна расправа у правом смислу речи јер није ни била омогућена таква расправа већ су истакнуте бројне слабости, конфузије, недоследности па и противуречности у самом тексту устава. Све је ово дошло до изражаја у различитим сферама - у области права и слобода, владавине права, организације власти, итд.

Тако, примера ради, могу се поменути одредбе устава којима се забрањује деловање политичких, синдикалних и других организација, које је усмерено на насилно рушење уставног поретка или изазивање националне, расне, верске, али и на изазивање "друге нетрпељивости и мржње" (члан 42, ст. 1). Исто тако, проглашава се противуставним и кажњивим свако подстицање на "другу неравноправност" и распиривање "друге мржње и нетрпељивости" (члан 50), а право на штрајк се може ограничити савезним законом када то захтева "природа делатности, јавни интерес" (члан 57, ст. 2), итд. Оваква и слична уставна решења отварају пут самовољи и тешким злоупотребама.

IV

На крају, остаје да се закључи да устав, чије се усвајање приводи крају, представља потпуни промашај и судбоносну грешку у тражењу пута у будућност Србије и Црне Горе. Отуда се и намеће једини и логичан закључак - одустати од његовог доношења и предати га што пре забораву.

Србија се налази (Црна Гора такође) на историјској прекретници. Изабрати прави пут је *conditio sine qua non* опстанка српског народа у Србији и Црној Гори, части и достојанства тог народа. Тај пут води расписивању избора за уставотворну скупштину која би, пре свега, после толико година, оснажила Резолуцију Подгоричке Српске Велике Народне Скупштине у Црној Гори од новембра 1918. године, а затим донела нови устав заједничке, уствари, јединствене државе српског народа у којој би, разуме се са статусом потпуно равноправних, живели и припадници других народа, одн. националних мањина.

*др Момир Милојевић,
редовни професор Правног факултета у Београду*

НЕУСТАВНОСТ УСТАВА И МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ СУБЈЕКТИВИТЕТ ЈУГОСЛАВИЈЕ

I. ПРЕТХОДНЕ НАПОМЕНЕ

Уставно преуређење Југославије изазива највећу пажњу грађана који с правом негодују што се о питањима од најширег значаја расправља и одлучује на састанцима у уским круговима, најпре у Председништву СФРЈ, затим на састанцима шест председника република, односно председништава република, да би се све свело на договор двојице председника, на основу којег је сачињена "радна верзија" новог устава. Најшира јавност се с пуним правом пита зашто издавачи и часописи делују незаинтересовано; зашто штампа, радио и телевизија угошћују само оне који су познати по политичком ангажовању. Стручне и научне установе и удружења намерно су по страни. Ко је позванији од Правног факултета да се изјасни о највишем правном акту земље? У Југославији су се често мењали устави али је, колико се сећам, на нашем Факултету расправа вођена само 1963, 1971 (о амандманима) и 1988, када је иначе сваки грађанин могао да достави своје примедбе.

Из породичних разлога нисам могао да присуствујем расправи 1971, а да јесам ко зна шта бих рекао и како бих прошао, без обзира на то што не бих могао да се сложим са свим што је тада речено. Сада је неприлично да кажем да се никада нисам бојао могућих последица јавно изреченог мишљења. Када кажем да сам и сада приправан на све што може да се деси није то због тога што су ризици мањи, већ што је ситуација битно другачија. Недостатак слободе говора могао је нанети штету скоро искључиво појединцима (уз евентуалну забрану појединих листова или часописа), а недостатак минималне слободе штампе данас онемогућава да се чују усамљени гласови разума који упозоравају на могуће последице (неке од њих смо синоћ чули у Народној скупштини Србије). Значај слободе штампе данас је неупоредиво већи него 1971. или 1974, јер тада је тек почињао процес уставног рушења Југославије, док данас, односно кроз три дана, тај процес треба да се заврши укидањем Југославије и то - уставом. Какве ли ироније, каквог поигравања с правом. Због тога је последњи час (ако већ није прошао) да се чује глас оних који не би смели да ћуте пред оним што се данас дешава.

Када то кажем сећам се како је Адвокатска комора, 26. априла 1941, устала против приступања Југославије Тројном пакту, који је држави

наносио највише моралну штету, а формално јој (макар привремено) гарантовао опстанак. Данас је ситуација неупоредиво тежа јер треба да се укине држава. Пре више од пола века Југославија је, макар формално, имала савезнике, данас нема никога (како би их могла имати када сопственим одлукама себе укида). Данашњи скуп је због свега овога изузетан. Мора бити изузетан и по ономе што ће бити изречено. Ни ја нећу моћи да одолим емоцијама, иако изражавам своје давнашње уверење. Као и многи, испуњен сам великим незадовољством због начина рада највиших савезних, а нарочито републичких руководилаца, који од њега не одступају ни у овим за нашу земљу најтрагичнијим данима. Уместо да су окупили најспособније људе за тражење излаза из најдубље кризе у којој се ова напаћена земља нашла, жури им се да је што пре докрајче. Ово незадовољство се меша с дубоким болом због немоћи да се спречи општа катастрофа пред којом се налазимо. Има ли веће срамоте од укидања државе? Наша генерација треба да прими одговорност пред будућим нараштајима за пропаст државе у којој су рођени сви овде присутни. Моја одговорност неће бити нимало умањена тиме што ћу бар присутне (а преко "Анала Правног факултета у Београду" и читаоце) обавестити да сам, у границама својих могућности, покушао преко најпознатијих београдских листова (1) у последње две године, а нарочито последњих месеци (тачније од краја јуна 1991. до пре десетак дана), да скренем пажњу најшире јавности на могућности да се избегну неизбежне тешке последице. На жалост, уредници су из само њима познатих разлога непрестано одлагали објављивање ових текстова. Због тога је овао моја прва (2) и можда једина прилика да изнесем своје мишљење. Кажем и једина, јер је ово можда мој последњи јавни наступ. Када изгубим државу биће касно и неће бити ни прилике ни сврхе да о томе говорим. Стога молим за разумевање ако ово моје излагање буде дуже него што за ову прилику допуштају време и простор у часопису. Не бих понављао оно што је рекао професор Павле Николић, с чим се слажем, али сматрам потребним да се задржим на неким основним питањима, посебно оним о којима имам другачије мишљење.

II. УСТАВНОСТ УСТАВА

То је пре свега питање уставности устава чији је "предлог" синоћ утврђен у скупштинама Србије и Црне Горе. Потпуно се слажем с професором Николићем да ће такав устав бити ништав, али бих (свестан како на сваком па и нашем језику звучи када се говори о уставности устава) допустио себи да додам да је ништавост последица материјалне или формалне неуставности устава.

(1) "Политика", "Политика експрес", "Борба", "Вечерње новости".

(2) Не рачунајући покушај од пре више од годину дана у раду *Уставност и уставна криза у Југославији* ("Гледишта", 1991, бр. 3-4, стр. 65-78) да се укаже на кретања у Европи, из којег су уредници брижљиво изоставили предлог о расписивању вишестраначких избора као средству за очување Југославије, као и мој став да није правна држава она која излаз из кризе тражи неуставним путем.

1. Устав ће бити формално неуставан због непоштовања правила поступка за његово доношење. Поступак је прописан у Делу петом важећег Устава од 1974 (чл. 398-403), чије се све одредбе морају применити јер чине целину, а не само члан 403. И то се намерава применити нешто измењено. Наиме, док у члану 403. јасно пише да Савезно веће Скупштине СФРЈ "проглашава" промену устава (не правећи разлику између измена у уставу и доношења новог устава), дотле у "радној верзији", а сада "предлогу", стоји да Савезно веће "усваја и проглашава" устав. Усвајање је свакако додато да би се надокнадио недостатак због непримењивања одредаба из чланова 400-402. Стога поштовање правила поступка није излишни формализам већ гаранција регуларности. Није случајно предвиђено више фаза у више органа: поред оних наведених у Уставу, ту су и помоћна тела Скупштине или њених већа, затим јавна расправа. Сврха овога је да се сваки предлог темељито претресе и нађе најбоље решење. Не каже се узалуд: "сто пута мери, једанпут сеци". Доношење устава се намерно убрзава, прескачу се важне фазе и најгрубље игнорише мишљење грађана. Чему то? Никада ситуација није била деликатнија, а никада већа журба. Лако је рећи да ситуација захтева брз рад. Не треба одуговлачити, али ни олако одлучивати. Зар немамо довољно искуства са пребрзо донетим законима? Сада на брзину хоћемо и државу да укинемо. Због тога предлог који је синоћ усвојен не треба да буде ништа више од предлога из члана 399. Устава, без обзира на жељу да му се да већи значај него нацрту из члана 401. Устава. Уз све поштовање рада две републике, не може се мимоићи поступак по одредбама чланова 400-402, а републике врло брзо могу да одговоре у смислу члана 401, ст. 2, пошто Савезно веће утврди нацрт по члану 401, ст.1. Ако је предлог република толико добар да одговара потребама модерне савезне државе (3), не треба сумњати у то да би га надлежна тела Скупштине усвојила у релативно кратком року. Тако би рад био неупоредиво квалитетнији, без дезавуисања република и, што је најважније, у складу са Уставом.

2. Формална уставност не значи само поштовање надлежности органа, већ подразумева и њихов правилан састав. Неучествовање делегата из неких република у раду Скупштине представља фактичку, али не и правну сметњу. Ако је овоме нађено решење, онда нема оправдања да се о уставу савезне државе не расправља у Скупштини СФРЈ и њеним телима, или да та расправа буде одржана само привидно, реда ради. Разуме се да расправљају и одлучују они који присуствују и учествују у раду. Запрепашћује вест у данашњој "Политици" да су на седницу Савезног већа у понедељак позвани само делегати из Србије и Црне Горе (4), иако су, како се истиче, до сада долазили и делегати из Босне и Херцеговине. Објашњење се налази да ће Југославију убудуће чинити само Србија и Црна Гора, а да остале републике могу да јој приступе и ваљда у зависности од тога учествују у раду Скупштине. Без обзира на дилему

(3) Не знам да ли је и колико коришћен својевремено у Председништву СФРЈ израћен Нацрт устава Савезне Републике.

(4) В. Чапјак, *Свечано проглашење устава нове државе, "Политика"*, од 24. априла 1992, стр. 10.

да ли је то званично тумачење или мишљење новинара, запањујуће је неразликовање између садашње и будуће скупштине. Никакво посебно знање није потребно да би се схватило да устав може да прогласи само Скупштина или Савезно веће у *садашњем саставу* и ни у каквом другом. Непозивање једног броја делегата је тешка повреда правила и озбиљан разлог да се прогласи ништавим сваки акт који би донело тело у којем се не омогућава свима да раде (5).

3. Када је реч о Савезном већу не бих се могао сложити с прилично раширеним схватањем о његовој нелегитимности (које заступа и професор Николић) јер не произлази из вишестраначког система. У том је погледу врло јасна разлика између републичких и савезних органа, изабраних по различитим системима. Сви савезни органи су изабрани по тада важећем, једнопартијском систему (изузев Већа република и покрајина у које су, прошле године, вишестраначке републичке скупштине послале нове делегације), па су сви они са тог становишта једнако легитимни или нелегитимни. Како теоријски објаснити да су они до пре годину дана били легитимни а сада нису? Савезном већу се морао продужити мандат јер није било могуће организовати изборе по истеку мандата, а није се смело допустити да држава остане без највиших органа (скупштине и владе). Ако би се највиши савезни органи сматрали нелегитимним, били би ништави сви њихови акти, донети не само у последње две године, већ за протеклих 47 година! Какав би тек хаос настао када би се то схватање доследно применило. Као да нам је мало и хаоса у којем смо, нарочито последњих годину дана. Сасвим је јасно да највећу одговорност за то сносе републике, а савезни органи у мери у којој нису били довољно предузимљиви у обављању дужности, посебно у погледу обезбеђења услова за проглашење амандмана "замрзнутих" у републикама још од августа 1990. године.

С тим у вези треба рећи да је још пре више од годину дана на седници Савезног већа (од 20. марта 1991) речено да скупштине (тада једностраначке) Словеније и Србије нису дале сагласност на амандмане, па им је дат рок од месец дана да се изјасне о Амандману LXV, којим би се омогућили вишестраначки избори за Савезно веће (6). Неколико месеци касније нова вишестраначка Скупштина Србије дала је сагласност на амандмане, али је Скупштина Словеније одбила да се изјашњава о њима да не би продужавала својостанак у федерацији. Ако је несагласност једне републичке скупштине представљала сметњу за усвајање амандмана, питање је како неучествовање више републичких скупштине у изради устава није сметња за његово проглашавање у Савезном већу. Рећи да су се оне отцепиле није умесно, јер је опште познато да су до сада сва надлежна тела била на становишту (укључујући Уставни суд) да је једнострано отцепљење актима република неуставно. Фактичко понашање не може да произведе никакво правно дејство, а нема никаквог основа да се противуставно и противправно

(5) С тим не треба мешати спречавање делегата из појединих република да учествују у раду. То је фактичко и морално питање сваког појединца, што показује понашање делегата из Босне и Херцеговине и из других република.

(6) Б. Чпајак, *Најзад укорак са стварношћу?*, "Политика" од 24. марта 1991, стр. 7.

призна уставним и сагласним праву. Стога је једино исправно решење да устав прогласи Савезно веће у оптимано могућем саставу (што претпоставља позивање на седницу свих делегата чије оставке нису уважене), наравно после расправе спроведене по члановима 400-402.

Ако се жели заиста легитимно Савезно веће требало би да се претходно усвоји Амандман LXV на постојећи Устав. Ако може да се прогласи устав, зашто не би могли амандмани? На основу тога би требало донети потребне одлуке за расписивање и одржавање вишестраначких избора за Савезно веће, наравно на целој територији Југославије. Јасно је, избори би били одржани тамо где је то могуће, али је лако предвидети да би и у непотпуном Савезном већу били представници грађана који желе да и даље живе у Југославији, што значи већине становника већег дела Југославије (7). Такво Савезно веће би сигурно имало већи ауторитет од садашњег. Први задатак нове скупштине био би да организује рад на изradi новог устава.

4. Из тих разлога апсолутно сам против расписивања избора за "некакву" уставотворну скупштину. Не разумем због чега је потребна уставотворна скупштина, ако је за доношење устава надлежна редовна. Уставотворна скупштина је морала донети први устав нове државе (28. јуна 1921), а после другог светског рата то је постало нужно, јер хибридна Привремена народна скупштина апсолутно није била подобна за доношење устава (8).

Прилике ни сада нису редовне. Председништво СФРЈ је 1. октобра 1991. утврдило да постоји непосредна ратна опасност (9) али, можда због реаговања јавности, рад Скупштине није ограничило. Пошто је таква одлука још на снази логичније би било чинити мање а не више, а то су амандмани уместо устава, избори за савезно веће а не за уставотворну скупштину. Подсећам да, колико ми је познато, ниједна држава није донела устав за време рата или сличног стања. Први устави после првог светског рата донети су 1919, 1920. и 1921, а после другог 1946 (не рачунајући Аустрију која је 1945. задржала устав од 1920). Савезно веће је квалификовано да разматра поднете предлоге и да из њих изостави све што је суштински супротно нашем систему у целини.

5. Реч је о неким основним решењима и начелима која будући устав унапред одређују као неуставан. Има много таквих одредаба на које је већ указано. Поменуо бих само оне које се тичу одређивања државе, њене територије, међунационалних односа, језика и писама, закључивања међународних уговора, одржавања међународних односа и чланства у међународним организацијама. Ове одредбе у толикој мери мењају основна начела сваке државе да се питање њихове уставности најозбиљније поставља. Теоријски и политички лако је говорити о слободи уставотворца, али и слобода мора имати границе. Ако би скупшти-

(7) Непопуњена места би се накнадно могла попунити, макар после решења кризе.

(8) Правно је требало да нови устав донесе скупштина изабрана 1938. сходно одредбама члана 115. Устава од 1931. и његове измене Уредбом о Бановини Хрватској. За могуће решење в. Р. Лукић, *Члан 116. Устава и Уредба о Бановини Хрватској*, "Архив за правне и друштвене науке", 1940, књ. XL(LVII), бр. 2. стр. 126-130.

(9) "Службени лист СФРЈ", 1991, бр. 75.

на могла да ради све што хоће био би то слом права. У Француској се више од једног века сматра да ниједан акт, па ни устав, не сме да буде у супротности с Декларацијом о правима човека и грађанина (1789). По Уставу Немачке (1949) основна начела из чланова 1. и 20. не могу се мењати ни уставом (свакако да би се избегла жалосна искуства Вајмарске републике). Такве одредбе не би морале да буду апсолутно неуставне јер постоји могућност да их грађани референдумом прихвате. На тај начин се одлучује о најважнијим променама као што су, на пример, облици државе (владавине, уређења, политичког режима). Утолико пре би сви грађани морали да се изјасне о промени државне територије (10), а да се не говори о стварању, очувању или укидању државе као што се сада предвиђа.

III. МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ СУБЈЕКТИВИТЕТ ЈУГОСЛАВИЈЕ

Ако ишта може да збуну просечног човека то је смисао доношења устава. Слушање изјава политичара и читање новина га само још више збуњују. Месецима је засипан вестима о опредељењу за Југославију, а сада изгледа да су за њу само становници Србије и Црне Горе. ЈНА је послата да раздвоји сукобљене стране, а онда је то препуштено снагама Уједињених нација; "ослобођен" је Вуковар, а сада се не зна чији ће бити. Почетком ове године у Београду је одржана "Конвенција" о Југославији, а Скупштина СФРЈ је почела рад на закону о остваривању права народа на самоопредељење, међутим ни тај посао није окончан. Уместо свега сада се нуди устав који повећава општу забуну или сва ранија питања практично скида с дневног реда, у зависности од тога шта је на речима а шта на делу. Један од примера је тумачење исхода референдума у Црној Гори. Иако су се грађани изјаснили да *наставе* да живе у заједничкој држави, њихови руководиоци то тумаче као жељу да *створе нову државу*, неки чак као жељу народа за уједињењем. Очигледно је не само "прескакање" стварности (јер није познато да се икада Црна Гора одвајала од Југославије), већ и оно што се назива "замена теза". Изгледа да неко намерно говори о новој држави иако је реч о старој, тј. садашњој. Није потребно нарочито познавање матерњег језика да би се знало да се нешто може *наставити* само у *истој*, што значи у постојећој држави, док се у *новој* може само *почети*. Врхунац немогућих склопова може се видети у саопштењу с једног састанка у којем се говори о очувању Југославије и стварању нове југословенске државе, о изради новог устава нове државе. Како тек може да звучи наслов на првој страни угледног листа да ће Југославија наследити (Социјалистичку Федеративну Републику) Југославију, тј. саму себе. Такође, може се прочитати да ће нова држава наставити или обезбедити континуитет Југославије. Иако сам још 17. фебруара т. г. послао редакцији тог листа кратак текст са жељом да се отклони појмовна или политичка збрка, он до данас није објављен. Чему и коме служи тај лист? Питање да ли је држава стара или нова није

(10) С тим не треба поистовећивати мењање међудржавних граница које је у надлежности Скупштине СФРЈ (чл. 283, ст. 1. т. 4), односно Савезног већа (чл. 285, ст. 1. т. 6), док се границе између република могу мењати њиховим споразумима (чл. 5, ст. 2. 4).

академско, као што ни употреба појединих израза не може да буде ствар личног укуса или komodитета. Од тога како се схвата Југославија зависи како њен међународноправни субјективитет (укључујући положај у међународним организацијама), тако и правни положај и, усуђујем се да кажем, судбина милиона њених грађана. Жалосно је што у овом тешком часу морамо да понављамо оно што говоримо студентима.

1. *Стара* је држава која остаје и поред свих унутрашњих промена, а *нова* је држава која се први пут ствара. Пошто данас нема људских заједница ван држава, нова се држава може створити само одвајањем једног дела постојеће државе, или њеним распадом. Југословени могу да створе нову државу само ако претходно укину државу коју имају. Шта ће учинити требало би да зависи од њиховог опредељења, што претпоставља познавање свих могућих последица, како очувања постојеће, тако и стварања нове државе.

Неспоразуми око тога да ли је реч о старој или новој држави могу да проистичу и из неразликовања државе (државности) и државног уређења или политичког система. Због тога се велике промене представљају као стварање нове државе. За своје потребе политичари су говорили о старој и новој Југославији; последњих година о првој, другој и трећој. Борба Запада против комунизма претворила се у борбу против неких држава у којима су комунисти били на власти. Треба мењати све оно што је потребно, али не рушити државе које су људима неопходне. Французи су до сада више пута имали монархију и пет република (које су се смењивале, а од треће је стално република), али је Француска увек била и остала само једна, иста, стара држава. Током другог светског рата Коминтернини ученици су говорили да стварају нову државу, али је наметнутим споразумима Тито - Шубашић (који су Черчилу били потребни да би решио неке друге проблеме) сачувана Југославија као стара држава, што јој је омогућило да као члан антифашистичке коалиције учествује у оснивању више међународних организација, укључујући Уједињене нације (11). Политичари се поводе за помодарством, у чему се политика и право битно разликују. У политици нешто добија вредност уколико је ново, савремено. Колико је политика савремена, толико је право по својој природи конзервативно. Вредност једног правила је већа што је оно старије, више укорењено у пракси и свести људи. Зато је немачки теоретичар Лоренц фон Штајн (Lorenz von Stein), чије је неке ставове прихватио и наш Глигорије Гершић, писао да је најстарији легитимитет најчвршћи легитимитет. То је друга противречност која код нас постоји поред већ наведене између једнопартијске федерације и вишепартијских република. Да ли то наши политичари не знају или имају различите ставове?

2. У нашој пракси се мање говори о старој и новој држави, а више о очувању Југославије и о новој заједничкој држави. Иако је јасно да се очување или опстанак може везивати само за стару или постојећу државу, из изјава се не може разазнати које становиште преовлађује. Председник Србије је с правом реаговао у Хагу што се у првом предлогу

(11) Такав експеримент нису поновили писменији управљачи у Бугарској, Румунији, Мађарској, Пољској и Чехословачкој.

лорда Карингтона (у ствари Европске заједнице) за решење југословенске кризе не помиње постојање Југославије. Касније је у том погледу нешто измењено, али изгледа недовољно, јер и могућност да се створи заједничка држава полази од претпоставке о њеном непостојању. Према новинским вестима став да Југославија постоји изражен је и у документу који је Србија недавно поднела Конференцији у Бриселу (12). У свим изјавама министар иностраних послова Србије, господин Владислав Јовановић, говори о очувању Југославије и о томе да не може бити речи ни о каквој новој држави. Овај његов став је добио подршку на највишем месту - генералног секретара Уједињених нација. Иако је ограничен на чланство у Уједињеним нацијама (а тиме практично и у другим међународним организацијама) значајан је због тога што чланство могу да очувају само старе државе, док нове државе морају да траже да у њих буду примљене. То би требало да буде довољно јасан знак свим политичарима у Југославији да та држава може правно да опстане и поред свих унутрашњих промена које се међународне заједнице не тичу. Упркос томе, у последње време се, чак и с државног врха, све чешће говори о стварању нове државе, са забрињавајућим занемаривањем тешких последица укидања, односно нестанка постојеће државе.

3. Ни политички ни правно није свеједно да ли ће Југославија као држава остати или ће се створити нека нова држава. У пракси је више пута доказано да је било лакше очувати постојећу државу него створити нову. Случај Југославије то у потпуности потврђује. У свом капиталном делу академик Милорад Екмечић је показао како је Југославија стварана скоро 130 година, а сви видимо да се руши много брже. Међународне прилике данас јој нису наклоњене, али се и у њима могу назрети промене набоље. Потребно је само мало више одлучности и мудрости да се издрже тренутне тешкоће. Несумњиво је да добар знак представља предлог ЕЗ о обнављању привредних веза између југословенских република. На жалост, он је дошао после признавања независности неких република (па је то нашло одраза и у тексту прихваћеном у Бриселу, иако се бар у њему није морало говорити о везама између држава), уместо да је био повезан с мораторијумом на примену свих одлука које се односе на отцепљење. Тако измењени ред потеза знатно је отежао излазак из опште кризе, али не треба одустати од његовог тражења и налажења.

У нашем случају очување Југославије је важно због права на самоопредељење народа који живе у разним републикама. Они се најлакше могу изјашњавати за опстанак у постојећој држави, много теже желе да се припоје некој другој, али не могу да учествују у стварању нове државе. Збивања у Босни и Херцеговини, нарочито у последње три недеље, најјасније показују шта значи непоштовање воље једног народа изражене на референдуму новембра 1991, а то важи и за становнике Крајине који су се о свом животу изјаснили још 1990. Иако је Скупштина СФРЈ донела закон којим се проширује примена Устава и савезних закона на Крајину, Крајишници с правом страхују да не буду избачени из Југославије, па траже да буду представљени и у Скупштини (13). То је најважнији разлог, не потцењујући друге, против стварања нове

(12) "Политика" од 28. марта 1992. стр. 2.

(13) *Откуд Крајишници у Савезној скупштини*, "Политика" од 20. марта 1992. стр. 10.

државе од стране република. Било би логично да се прво реши југословенска криза, да се тачно зна да ли ко излази из Југославије, а они који у њој остају касније могу да мењају постојећи устав или да донесу нови.

Исто тако је не мање важно питање положаја неких савезних установа или организација које делују на целој територији Југославије, индустрије итд. Стварањем нове државе оне ће се аутоматски наћи у "иностранству" иако су на свом тлу. Исто важи и за ЈНА као део оружаних снага и за њене припаднике (из свих република) с породицама. О слободи кретања, настањивања и рада нема ни говора, као ни о испуњавању међународних обавеза уопште.

4. Питање да ли ће Југославија бити стара или нова држава има, такође, велики значај са становишта међународног права. Промене у држави су њена унутрашња ствар, али опстанак, нестанак и појава нове државе производе одређене правне последице на међународном плану. Због тога је много значајније да једна држава остане него да се створи нова.

Само држава која остаје задржава свој правни, а самим тим и међународноправни континуитет. Реч "континуитет" или непрекидност у праву сама по себи не значи ништа, а терминима "правни континуитет" и "међународноправни континуитет" жели се истаћи непроменљивост у правном погледу, упркос политичком дисконтинуитету до којег може доћи услед неуставних промена (на пример, револуцијом, државним ударом, пучем и сл.). Јасно је да тога у Југославији нема, наравно под условом да она остане као држава.

Међутим, ако се ствара нова држава поставиће се правно замршено питање сукцесије или наслеђивања, тачније ко треба да наследи несталу југословенску државу. Нека ме исправе они који боље познају ово питање, али правни континуитет и сукцесија не иду заједно. Не могу ићи заједно јер се међусобно искључују пошто се јављају као правне последице различитих фактичких ситуација. Важно је да се зна да ли Југославија као држава постоји или не, да ли ће уставним променама остати или нестати. Ако је нестала, или ако буде нестала, биће брисана из чланства у међународним организацијама. Европска заједница, на жалост, већ сада стоји на становишту да Југославија као држава више не постоји. Претње прекидом дипломатских односа или искључивањем из рада КЕБС треба да омогуће да се избегне изјашњавање о државности Југославије и то питање учини беспредметним. Стога није свеједно како том питању прилази устав, чије се проглашавање припрема.

5. На жалост, будући устав не даје задовољавајући одговор на то питање. Са становишта начина израде и усвајања устава, могло би се закључити да је Савезна Република Југославија и стара и нова држава. Стара је по томе што њен устав проглашава постојећа Скупштина СФРЈ, односно њено надлежно веће. Нова је по томе што устав није рађен по поступку предвиђеном у члановима 398-402. важећег Устава, већ од стране две републике. Неким својим одредбама (нпр. чл. 2) показује се као нова држава. Постоји оправдана бојазан да и пропратни акти (уставни закон и др.) буду тако сачињени као да се ствара нова држава. Не знам колику утеху може да нам пружи мишљење једног учесника у изради текста, да се Југославија није угасила и да се супротно може тврдити

само ако се решење жели наметнути силом (14). Међутим, ни он није сигуран да ли ће ЕЗ прихватити став да је Југославија стара држава, вероватно имајући у виду нека решења из уставног текста. Због свега овога питам се како можемо да убедимо свет да Југославија и даље остаје стара држава, а бројним изјавама и уставом истичемо да је нова. То је најдрагоценији поклон Геншеру и другима и дезавуисање сопствених напора да се Југославија очува. Остаје утисак да не знамо шта хоћемо. Морамо да знамо које су могуће последице решења за које се опредељујемо.

IV. ЗАКЉУЧАК

Из тих разлога моја критика устава је строжа него што би била да сам раније имао прилику да о томе говорим, или да је бар оно што сам рекао објављено. Тада би, бар теоријски, постојала нада да се, ако се већ не одложи доношење устава, из њега уклони све оно што би могло дати повода да се постави питање опстанка, а тиме и међународноправног субјективитета Југославије.

Имајући то у виду, предлажем да се уместо устава неодложно прогласи амандман LXV на још увек важећи Устав и донесу акти потребни за расписивање и одржавање непосредних избора за савезно веће. Истовремено Председништво СФРЈ би требало да размотри своју одлуку од 1. октобра 1991. о проглашавању стања непосредне ратне опасности, а други надлежни савезни органи обезбеде услове за одржавање избора на целој територији Југославије.

У погледу устава сложио бих се с професором Николићем да од њега треба одустати јер није време за доношење устава. Ако би требало да будем скромнији и мање радикалан, предложио бих да се доношење устава одложи и препусти новој вишестраначкој скупштини, пошто буде решено основно питање које је узрок ове кризе. Неки зрачак оптимизма могао би да буде текст предложеног устава у којем има више конфедералних елемената, у којем је мања надлежност федерације а већа република него у садашњем Уставу. Да је пре годину дана предложен, на пример, члан 7. будућег устава, верујем да ниједна република не би тражила отцепљење јер би имала више него што је тражила. Све су ово разлози да се са уставом сачека до решења кризе. Устав донет на брзину може само да изазове нове тешкоће (нарочито у међународним односима) уместо да отклони постојеће. Журба амбициозних политичара, чак и када су добронамерни, може да буде фаталнија од досадашње журбе Европске заједнице, те да докрајчи тешком муком створену Југославију. Тако бисмо уместо расплета имали још веће заплете са несагледивим последицама. Ово би се морало спречити по сваку цену, да се на прагу 21. века не бисмо вратили у далеку прошлост уместо да са другим народима идемо у будућност.

(14) "Политика" од 21. марта 1992.

др Стеван Лилић,
ванредни професор Правног факултета у Београду

УСТАВ НЕПОСРЕДНЕ РАТНЕ ОПАСНОСТИ (1)

Што се грбо роди, вријеме не исправи
Валтазар Богишић

I. *Историјска памет.* - Као много пута до сада и у овим тешким тренуцима морамо се окренути себи и у помоћ призвати нашу "историјску памет". У нашој законодавној мисли и пракси, ненадмашни узор и сигуран путоказ представља *Општи имовински Законик за Књажевину Црну Гору*, Валтазара Богишића. У посебној Глави VIII, Законик садржи (чл. 987-1031) "Неке закоњачке (правничке) изреке и поставке које, и ако не могу закона ни преиначити, ни замијенити, могу му, ипак *објаснити разум и смисао* (подвукао С.Л.) (2). Чувени члан 1006. гласи: "**ШТО СЕ ГРБО РОДИ, ВРИЈЕМЕ НЕ ИСПРАВИ** - што је с почетка незаконито, то самим временом законито не постаје". Илустрације ради, ево како се у то време види значај и улога правничке струке у "правилном развоју народа и држава".

"МИ НИКОЛА ПРВИ, ПО МИЛОСТИ БОЖЈОЈ, КЊАЗ И ГОСПОДАР ЦРНЕ ГОРЕ, дајемо на знање и објављујемо:

Пошто се посљедњи рат - у коме још једном у потпуном сјају заблиста несакрушено црногорско јунаштво - сврши миром који Црној Гори донесе, уза знатно раширење граница, и коначно опште признање самосталности, као потуно независне јевропске државе;

пошто Влада Наша, преузе привлачне мјере да умножи производњу Земље у свијем главнијем изворима њеним;

пошто се постара да се проведу путеви, и уреди други начини којима се олакшава саобраћај између појединих крајева државе, и са иностраним свијетом;

пошто се у свим готово гранама државне управе уведоше нове напредније уредбе, или се усавршише пређашње;

Увјерени будући:

(1) Редиговано и допуњено

(2) Валтазар Богишић: *Општи имовински Законик за Књажевину Црну Гору*, Државна штампарија, Цетиње, 1988. Посебно фототипско издање, Обод, Цетиње, 1980.

да ништа тако не унапређује правилан развитак народа и држава, да им ништа тако не утврђује благостање, како добро уређено, свуд и за сваког једнако правосуђе.

- *нађосмо се побуђени, да, у законотворној радњи Нашој, обратимо особиту пажњу правосудној струци* (подвукао С. Л.)" (3).

II. *Пет дана на Жабљаку*. - Осим што по природи ствари буди професионалну и општу радозналост због бројних политичких и правних дилема које отвара, тзв. Радна верзија устава Савезне Републике Југославије (текст објављен у дневној штампи 13. априла) заинтригирала је стручну и ширу јавност и због једне неуобичајене околности на коју је пре пар дана на телевизији указао члан "Српско-црногорске експертне групе са Жабљака". На питање новинарке колико је времена било потребно да се изради текст званичне Радне верзије, дат је децидирани експертни одговор: "*пет дана*".

Пошто је за очекивати да ће текст Радне верзије Устава, заправо текст Предлога устава (након усвајања Радне верзије у скупштинама Србије и Црне Горе) бити, као и до сада, стављен на јавну расправу, то се у наредном периоду могу очекивати занимљиве стручне правничке расправе и политичке полемике (округли столови, трибине и сл.), на којима ће се изложити детаљне и прецизне (мада често и замарајуће) садржинске и правно-техничке анализе одредаба и ставова из овог документа. Уз претпоставку да у вези са јавном расправом о Предлогу устава (као што је био случај са временом израде Радне верзије) не буде неких неуобичајених околности (нпр. да "јавна расправа" траје свега два-три дана (4), резултати ових расправа моћи ће се наћи у уобичајеним стручним публикацијама и зборницима радова, уместо да се, као сада, "стручне расправе" воде преко дневних листова, штампе и ТВ.

III. *Јавна расправа*. - Како су се, осим чланова експертне групе (др Ратко Марковић (5), др Владан Кутлешкић (6), Његован Кљајић из Србије, односно мр Зоран Жижић, др Ранко Миловић, Милан Вешовић,

(3) *Ibidem*.

(4) *Nota bene*: управо се ова прогноза и остварила, тј. Радна верзија устава СРЈ прихваћена је на седници Народне скупштине Републике Србије, односно Скупштине Црне Горе (четвртак) 23. априла 1992. године, а проглашење Устава заказано је за (понедељак) 27. априла 1992. године. Дакле за "јавну расправу" о коначној верзији Предлога устава остављено је буквално три дана: "Велики петак", "Велика субота" и "Ускршња недеља".

(5) *Ратко Марковић* је објаснио да "одсуство уставне могућности за територијалне аутономије, треба да регулишу републички устави. За Црну Гору је рекао како је "осетљива на евентуалне посесивне аспирације Србије, па се стога искључује могућност доношења устава на Уставотворној скупштини, јер и Црна Гора жели да у текст устава буду записани и њени предлози" (В. Илић: *Прихваћена радна верзија*, "Борба", Београд, 14. април 1992, стр. 7).

(6) *Владан Кутлешкић* (саветник Председника Републике Србије - примедба С. Л.), један од тројице уставописаца из Србије, истакао је да Уставотворна скупштина није једини демократски начин доношења Устава, додавши да је у предвиђеној процедури "легалитет на страни Савезног већа", док републичке скупштине "имају и легалитет и легитимитет". Није оспорио да су устав писали експерти једне партије, али је затражио да му се "покаже иједна одредба идеолошке садржине" (В. Илић: *Прихваћена радна верзија*, "Борба", Београд, 14. април 1992, стр. 7).

Миодраг Вукотић и Драган Шоћ (7) из Црне Горе) (8), поводом објављивања текста Радне верзије устава аргументовано и убедљиво јавно већ огласили неки наши еминентни и светски признати конституционалисти и врхунски правни стручњаци (између осталих: В. Коштуница (9), К. Чавошки (10), В. Василијевић (11), М. Јовичић (12), П. Николић (13),

(7) "Јуче је Комисија за уставна питања Скупштине Црне Горе разматрала радну верзију устава која је у неким детаљима другачија од оне која је објављена јуче у "Борби". Члан радне групе из Црне Горе који је учествовао у писању радне верзије устава на Жабљаку, *Драган Шоћ* из Народне странке, скренуо је пажњу члановима Комисије да је по том питању имао другачије мишљење. Шоћ је, полазећи од политичких одређења своје странке, био незадовољан одредбом "суверена" уз републике чланице, држављанством и начином бирања посланика у Већу република" (Д. Вуковић: *Прецизирати појам суверености*, "Борба", Београд, 14. април 1992, стр. 7).

(8) "На Жабљаку су, минуле седмице, експерти заиста експертски обавили посао: само за пет дана саставили су оно за шта је обично потребно више месеци, па и година - Радну верзију устава нове Југославије, у десет одељака и 140 параграфа". До тог документа дошло се у рекордном року, не само због стручног умећа др Ратка Марковића, др Владана Кутлешића, Његована Кљајића (из Србије), мр Зорана Жижића, др Ранка Миловића, Милана Вешовића, Миодрага Вукотића и Драгана Шоћа (из Црне Горе), већ понајпре због неопходности да Србија и Црна Гора што пре уобличи своју тежњу за наставком заједничког живота, али и због јасних политичких одредница. Оне су биле записане у Основама уређења и функционисања Југославије као заједничке државе, прихваћеним у обе републике. Уставописци су и сами рекли да им на основу тог предстоји само нормативна разрада, односно преношење политичких одређења у правни језик какав је потребан највишем закону једне земље" (Биљана Чпајак: *Отклоњене многе уставне дилеме о новој држави - Још се не зна ко ће командовати војском*, "Политика", Београд, 5. април 1992, стр. 9).

(9) *Војислав Коштуница* (Народни посланик Демократске странке - примедба С.Л.) сматрао је да су Србија и Црна Гора у потпуно новој уставној и политичкој ситуацији, због чега би устав морала да донесе Уставотворна скупштина, а не "нелегитимно и нелегално тело као што је Савезно веће Скупштине СФРЈ". Замерио је и на непоштовању важећег Устава Југославије који предвиђа другачију процедуру промене највишег правног акта, затим што у писању устава нису учествовали представници свих, већ само једне политичке странке, чиме је доведена у питање сувереност уставотворне скупштине. Коштуница је упозорио да се "поново враћа право вета", тако да у скупштинском одлучивању пресудну улогу имају федералне јединице (В. Илић: *Прихваћена радна верзија*, "Борба", Београд, 14. април 1992, стр. 7).

(10) "Нема, дакле, никакве сумње да су творци српског Устава из 1990. године, не само "рационализовали", већ изопачили парламентаризам, дајући председнику Републике тако рећи цезаристичку власт. Да су само тај устав написали, још бисмо им веровали да су то учинили ваљаним и јаким разлозима и да је тај тип председничког "парламентаризма" ствар њиховог начелног и постојаног уверења. На наше велико изненађење, за мање од две године наши уставотворци су радикално променили свој став према облику државне власти, па су уместо председничког, односно "рационализованог" парламентаризма, како би то рекао проф. др Ратко Марковић, нацртом устава тзв. треће Југославије предвидели мање-више класични парламентаризам у савезној држави" (Коста Чавошки: *Закон многих недоумица*, "Борба", Београд, 15. април 1992, стр. 13). "Нова држава под старим југословенским именом треба да прикрије војни и дипломатски пораз Слободана Милошевића и војске на коју се ослањао и учини безболнијим губитак државе у којој су живели скоро сви Срби" (Коста Чавошки: *Црногорци шеснаест пута равноправнији*, "Борба", Београд, 16. април 1992, стр. 13).

(11) "Јавља се и несклад између одредаба члана 9. Међународног пакта о грађанским и политичким правима, и члана 24. Устава СРЈ. Реч је о лишењу слободе у кривичном поступку. У међународном документу тражи се брз поступак: за извођење пред суд предвиђено је најкраће време. По Уставу СРЈ то може да траје и до шест месеци, што се тешко да уклопити у стандарде, а отвара пут и бројним злоупотребама, како упозорава и ранија пракса" (Владан Василијевић: *Слободе у неозбиљним декларацијама*, "Борба", Београд, 17. април 1992, стр. 15).

Љ. Мацар (14), К. Обрадовић, Р. Стојановић и др.), чини нам се целисходније да овим поводом не улазимо у детаљније анализе појединих одредаба самог документа, већ да се ближе осврнемо само на ову, чак и за наше прилике необичну, констатацију да је за израду Радне верзије било потребно свега пет дана. Осим тога, даће се осврт и на нека претходна питања с тим у вези (15).

Пре тога, као куриозитет и могући индикатор наших прилика интересантно је запазити да је дневни лист "Политика", иако један од водећих дневних листова у Србији још од 1905. године, на дан 15. априла својим читаоцима у наднаслову објавио да је "*Усвојен Устав Савезне Републике Југославије*" (подвукао С. Л.) (16). Ова информација је очигледно *нетачна* јер, као што је познато, Народна скупштина Србије усвојила је Радну верзију 23. априла, док је сам Устав усвојен на седници Савезног већа Скупштине Југославије 12 дана касније, тј. 27. априла 1992.

IV. *Претходна питања* - У вези са Радном верзијом устава, међутим, постављају се и нека претходна питања. Тако се, с обзиром на неке спорне околности у вези са изработом Радне верзије, јавља и једна начелна дилема: тј. да ли је могуће водити мериторну (стварну) расправу о решењима из Радне верзије Устава пре него што се реше поједина спорна питања у вези са политичким легитимитетом, правним овлашћењима и правилима процедуре.

(12) "Одредбе Нацрта устава очигледан су корак назад у односу на Устав од 1974. године. Препун конфедералних елемената, овај устав ипак није давао федералним јединицама право да утврђују дужину мандата својих представника у Већу република и покрајина, нити начин на који ће их одредити. Све је то, као и у већини федерација, било уређено савезним уставом на једнообразан начин. Сада се, из необјашњивих разлога, од тога одступа и Веће република концептира, попут неке дијете, највишег (и по правилу јединог) органа конфедерације" (Миодраг Јовичић: *Кардељ над Жабљаком*, "Борба", Београд, 20. април 1992. стр. 11).

(13) "Данашње Савезно веће Скупштине СФРЈ које треба, како је изричито предвиђено, да усвоји и прогласи нови Устав, не ужива ни легалитет ни легитимитет за тај чин. Пре свега, мандат делегата у Савезном већу је истекао још 1990. године, а друга одлука о продужењу тог мандата (да се занемари она прва) нема уставни основ, те се са разлогом поставља питање легалног постојања уопште Савезног већа, па тиме и његовог овлашћења да усваја Устав. Осим тога, Савезно веће је потпуно нелегитимно, с обзиром на то да су делегати били бириани на једностраначким изборима 1986. године. У данашњим, промененим политичким приликама, једностраначки карактер Савезног већа га до краја дисквалификује и чини нелегитимним" (Павле Николић: *Уједињење ради раздвајања*, "Борба", Београд, 21. април 1992, стр. 11).

(14) "Не оријентишући се на отворену дискриминацију ниједног облика својине, Устав би морао да створи простор за далекосежене промене власничке структуре, што у садашњој верзији није учинио. Штавише, у нужним променама које следе он би могао да се покаже као прилична сметња. Целисходнија уставна формулација била би да се нова држава у економској сфери ослања на институционално заокружену тржишну привреду са приватном својином као носећим обликом власништва" (Љубомир Мацар: *Сметње модернизације*, "Борба", Београд, 22. април 1992, стр. 13).

(15) У јавној расправи изнет је и наш прилог. Види: Стеван Лилић: *Устав за ратну опасност*, "Борба", Београд, 23. април 1992, стр. 13.

(16) Упореди: Ивана Анојчић, *Усвојен Устав Савезне Републике Југославије - Компромис за федерални устав*, "Политика", Београд, 15. април. 1992, стр. 9.

1. *Легитимитет*. - У вези са спорним питањима око легитимитета истакнуто је да је за полазни основ израде Радне верзије устава узета тзв. *Београдска декларација* која је предвиђала неку врсту федералне заједнице између најмање три републике (Босне и Херцеговине, Црне Горе и Србије), са очекивањем да ће се тој заједници прикључити и четврта (Македонија). Као што је познато, ова иницијатива не само да политички стварно никада није ни заживела, већ се оцењује да она данас више и није реална (те се, између осталог, по том основу и оспорава политички легитимитет Радне верзије).

2. *Овлашћења експертне групе*. - У вези са спорним питањима око овлашћења експертне групе, истакнуто је да нису утврђени нити објављени критеријуми за утврђивање састава експертне групе. Посебно од стране политичких партија и правних стручњака, указивано је на околност да се, осим доказане стручности, при утврђивању састава експертне групе за израду текста Устава мора водити рачуна и о поштовању начела политичког плурализма и ванстраначког опредељења стручњака. Осим тога, указано је и на околност да се процедура кандидовања и одлучивање о именовању чланова експертне групе мора учинити "транспарентном", тј. да у сваком тренутку буде могућ јавни увид у све релевантне чињенице и околности у вези са предлагањем и избором чланова експертне групе. Транспарентност подразумева и јавно образложење зашто су баш именовани кандидати (а не неки други) стручно и политички квалификованији од других за израду Радне верзије устава.

С тим у вези, уобичајено је да се при утврђивању састава разних експертних група посебно води рачуна и о тзв. "*fair*" политичким односима између странке на власти и осталих политичких субјеката. Ово из разлога што када се у експертној групи, стицајем прилика, нађу само политички и страначки истомишљеници, логично се намеће закључак да владајућа странка не поштује принцип "*pro bono publico*", тј. да политичке послове не обавља у општем интересу, већ *своје* страначке интересе пројектује као опште интересе грађана, народа и државе.

У садашњем политичком тренутку не може се уочити ниједан посебан разлог због којег би се Социјалистичка партија Србије (СПС), као владајућа странка и политички генератор и инспиратор актуелне уставне промене, требало устручавати у вођењу рачуна о политички "*fair*" односу према осталим политичким субјектима у Србији и факторима из међународне заједнице. "*Fair*" политички односи не проистичу само из опште личне и политичке културе, већ и из околности што ће по логици вишестраначког парламентаризма и владајућа странка (тј. СПС) кад-тад морати да положи политички рачун и јавно објасни свом чланству, симпатизерима, као и свим грађанима Србије и међународној заједници, све околности у вези са вођењем политике у свом мандату. Ако је већ то случај, боље је јавну подршку (нпр. путем превремених избора) тражити пре, а не касније (као што је то, уосталом, недавно успешно учинила владајућа странка у Британији). У супротном, даје се основ за легитимно постављање политички "незгодних" питања са могућим озбиљним импликацијама (нпр. како то да Социјалистичка партија *Србије* своје напоре усмерава ка очувању тзв. крње Југославије, чиме интересе Србије објективно ставља у други план, односно ако су

СПС-у интереси Југославије "изнад" интереса Србије, зашто не промени име у Социјалистичка партија *Југославије* и сл.). У оваквом контексту, владајућој странци може се приговорити и то да није реално и целисходно проценивати актуелне и перспективне политичке ситуације, јер се за "праву ствар залагала у погрешно време" и обрнуто (17).

3. *Процедура*. - У вези са спорним питањима око правила процедуре, ситуација је нешто сложенија. Тако, уобичајено је да се при формирању нових, односно при реструктурирању постојећих државних заједница, обавезно примењују савремени демократски стандарди и форме директног изјашњавања грађана будуће државе (нпр. референдум, плебисцит и сл.). Као што је познато, грађани Црне Горе су се о томе недавно на референдуму (позитивно) изјаснили, док грађанима Србије за то није пружена (макар и формална) прилика. Услед ових околности, истиче се да су грађани Србије у будућој држави *a priori* стављени у битно неравноправан положај у односу на своје сународнике у Црној Гори. Такође се истиче да је оваквом "процедуром", према савременим светским и европским правним стандардима, учињена повреда не само личне слободе сваког грађанина Србије, већ и колективног права српског народа (односно права националних мањина). Индикативно је, међутим, да су се у неким јавним иступањима јавила и одређена тумачења према којим су се грађани Србије по овом питању "практично" већ изјаснили (18) истовремено када су се средином јула 1990. године на референдуму (чији се легитимитет такође оспорава) (19)

(17) С тим у вези, конкретно СПС мора водити рачуна, да као Социјалистичка партија Србије по дефиницији стоји на позицијама *националне* и *социјалистичке* провенијенције. Истовремено, то значи да се СПС програмски и оперативно битно разликује не само од других националних странака, већ посебно и од "световних" грађанских странака. Консеквентно, како је логично да СПС не може своје политичке платформе легитимно градити на политичким програмима странака грађанске (нпр. реформске) оријентације, предимензионирано залагање за нови устав "по сваку цену" и код добронамерних посматрача, у најмању руку мора изазвати резерве према искрености политичких мотива који стоје иза иницијативе за доношење новог устава, односно израде овакве радне верзије.

(18) Између осталих и потпредседник Народне скупштине Србије, Вукашин Јокановић, у политичкој емисији "НТВ пакет" на Независној телевизији "Студио Б".

(19) Према изјави др Будимира Кошутића, професора Правног факултета у Београду, члана Уставне комисије Југославије и посланика у Скупштини Србије, идеја о оваквом референдуму има научну подлогу: "Истина, на једној расправи која је вођена на научном семинару Правног факултета у Београду, доцент Томић је изашао управо са таквим једним предлогом - да се народ претходно изјасни на референдуму да ли је прво за доношење устава, па за одржавање вишестраначких избора (...) " (Милорад Вучелић: *Разлози за референдум, разговор са др Будимиром Кошутићем*, НИН, 29. јун 1990, стр. 14). На конференцији за штампу лидера трију најзначајнијих опозиционих странака (тј. Српски покрет обнове, Демократска странка и Народна радикална странка), одржаној непосредно пред референдум (27. јуни 1990), представници опозиције оценили су да "... опозиција нема ништа против референдума, али оног на којем ће народ одлучити да ли жели да прво изађе на вишестраначке изборе, па онда да добије устав прављен у вишестраначкој уставотворној скупштини, или прво жели да добије комунистички устав, па тек онда да изађе на вишестраначке изборе. (...) Дилема око референдума погрешно постављена и да право питање гласи - ко треба да донесе устав, више странака или само једна" (извор: "Борба", Београд, 28.VI 1990, стр. 4).

изјаснили за нови Устав Србије. Нема потребе посебно истицати да су оваква тумачења веома политички штетна по интересе и углед Србије, јер једноставно нису тачна.

V. *Аналитичке опције*. - Иако сумарни осврт на нека од претходних питања даје допринос бољем резонувању при разматрању дилеме да ли је пет дана за израду Радне верзије устава мало или много, принципијелности ради (иако је јасно да ни студенти не могу спремити испит из Уставног права за пет дана), објективан приступ налаже да се по овом питању поставе најмање две начелне опције.

1. *Опција А*: Претпоставимо да је реч о изради нацрта уставног документа чији су елементи у свим параметрима познати и неспорни (нпр. унутрашњи легитимитет, међународни субјективитет, прецизност граница, чврстина валуте, стабилност политичког система, професионалност оружаних снага и сл.). Дакле, претпоставимо да је реч о "конститутивној предситуацији" која је мање-више политички јасна и правно дефинисана и која претходно не захтева посебно одређивање. У том случају, логично је да за израду оваквог документа нема потребе ангажовати посебну "експертну групу", с обзиром на то да је израда једне овакве "радне верзије" пре свега ствар компилаторског и редакторског карактера, која не захтева више од "једног радног дана" неколико озбиљнијих и искусних референата из службе за правна питања.

2. *Опција Б*: Насупрот томе, претпоставимо да је реч о уставном документу који се односи на једну, ако не потпуно нову, оно сигурно у квалитативном смислу битно другачију политичку и правну конституционалну реалност од постојеће (нпр. уместо тзв. скупштинског система јединства власти, треба увести начело поделе власти; уместо политичког система друштвеног самоуправљања и удруженог рада, треба увести систем вишестраначког парламентарног плурализма и слободног тржишта; уместо социјалистичке федерације коју је чинило шест социјалистичких република и две социјалистичке аутономне покрајине, треба устројити односе између два "парадржавна" ентитета, итд.). Из упоредне и историјске уставно-политичке праксе види се да се уставним реформама приступа веома брижљиво и темељно, уз широке консултације са свим политичким субјектима, уз обавезну препоруку да се употреби сва расположива домаћа и страна "памет" бројних научних институција и стручњака. (С. Дедијер). Као последица тога, уобичајено је да се рад на изради новог устава једне државе организује као рад на садржински и временски сложене "пројекту".

VI. *Могуће експликације*. - Као одговор на питање да ли је пет дана за доношење устава мало или много, могуће су, природно, различите експликације.

1. *Објашњење Одбора за уставна питања*. - Могуће објашњење узрока доношења устава за свега пет дана чуло се на седници Одбора за уставна питања Народне скупштине Србије (13. априла), на којој је, између осталог, истакнуто: "Србија и Црна Гора се не уједињују, већ се Црна Гора удружује са Србијом" (20), па у том смислу (уколико у ширем

(20) "Марковић (мисли се на члана експертске групе др Ратка Марковића - примедба С.Ј.) је затим рекао да се Србија и Црна Гора не уједињују, већ да се Црна Гора удружује

контексту добро тумачимо дату констатацију) нема ни потребе овом питању (тј. изради текста Радне верзије Устава), посвећивати више времена од оног које му је и посвећено (тј. пет дана). Међутим, ова "олака брзина доношења устава" има и својих очигледних омашки.

Тако, примера ради, узмимо две конкретне илустрације из Радне верзије устава које говоре да је ипак у већој мери требало (у смислу инструкције Књаза Николе) *"обратити особиту пажњу правосудној струци"*:

а) Одељак II Устава СРЈ носи наслов: "Слободе, право и дужности човека и грађанина" (чл. 19-67). Одредба Члана 57. конкретно предвиђа: "Запослени имају право на штрајк ради заштите својих професионалних, економских и друштвених интереса, у складу са савезним законом. Право на штрајк може се ограничити савезним законом кад то захтева природа делатности и јавни интерес. *Запослени у државним органима, професионални припадници војске и милиције немају право на штрајк* (подвукао С.Л.)". Не улазећи у оправданост оваквог решења (нпр. зашто се овим лицима не би гарантовало право на штрајк под посебним условима), логичка контрадикторност непосредно проистиче из околности што се једна *забрана* (тј. *забрана права на штрајк*), квалификује као "слобода, право и дужности човека и грађанина".

б) Одредба тачке 6, члана 100. говори о томе да "Савезна влада (...) образује и укида министарства и друге савезне органе и организује и утврђује њихову организацију и делокруг рада". Овакво решење је у најмању руку "необично", с обзиром на то да се Влади, по правилу никада не поверава генерално овлашћење да образује и укида савезну администрацију, већ то право припада законодавном телу, тј. парламенту (скупштини) који устројство управе уређује својим законима, а нису ретки случајеви да се устројство (савезне) управе непосредно уређује уставним нормама.

2. *Непосредна ратна опасност.* - Наравно, могућа су и другачија виђења ствари. Од мноштва могућих објашњења и одговора, из методолошких разлога, изнећемо, илустрације ради, једну тзв. песимистичку варијанту (као противтежу постојећој оптимистичкој варијанти), према којој је не само *ирелевантно* колико је времена потребно за израду оваквог текста, већ је небитно и каква је стварна садржина тог уставног документа. Ова опција полази од околности да је (тзв. крње) "Председништво СФРЈ на седници одржаној 1. октобра 1991. године, оцењујући актуелну политичко- безбедносни ситуацију у земљи, *утврдило постојање непосредно ратне опасности*" (Службени лист СФРЈ 75/91), чиме је практично суспендован Устав СФРЈ (21).

са Србијом. Црна Гора је веома осетљива на аспирације Србије и неће пристати да са уставотворном скупштином иде у неизвесност (Ивана Анојчић: *Почела расправа о Уставу СРЈ - Федерација отоврена и за друге републике*, "Политика", 14. април 1992, стр. 9).

(21) Према форми и језичкој формулацији текста о увођењу стања непосредне ратне опасности, није јасна правна природа тог "акта", тј. да ли је реч о "општем правном акту" (уредби, наредби и сл.) или о "појединачном правном акту" (указу, наређењу и сл.), односно да ли је можда реч о тзв. "материјалном акту" (фактичка радња). С обзиром на

3. *Правни вакуум*. - У условима "правног вакуума", по природи ствари, не само да је правно ирелевантно дејство принципа легалитета у свом супстанцијалном и процедуралном смислу, већ су правно ирелевантне и све последице које одговарајући правни акти евентуално произведу. И, као што је у привреди која почива на постулатима тзв. удруженог рада у основи небитно да ли је робни произвођач економски ефикасан и тржишно конкурентан, тако је и у правном и политичком систему који почива на "суспендованом правном поретку" објективно небитно да ли један нови уставни документ има ваљан политички легитимитет и валидан правни основ (легалитет). Према поставкама оваквог сценарија, Устав Савезне Републике Југославије, *de facto* и *de iure* своди се на "Устав непосредне ратне опасности" са јединим циљем да се неке конкретне актуелне ситуације (нпр. политичко одлучивање, мобилизација војних обвезника, концентрација фискалних ресурса и сл.), што пре регулишу и учине оперативним у административно-техничком смислу; све остало је правно и фактички ирелевантно.

VII. *Турбуленција посткомунистичких система*. - Изради уставног документа једне државе суочене са свим "контингентностима турбулентног социо-политичког реструктурирања посткомунистичких државних заједница у Европи" (22) мора се приступити уз референтно коришћење богатог светског и европског (сада већ и Албаније) политичког искуства, као и уз пуно уважавање уобичајених правила демократске уставотворне процедуре и строгих стандарда стручности. Стога се и у конкретном случају израде уставног документа морају уважити не само све опште претпоставке реструктурирања једне социјалистичке (партијске) државе у постсоцијалистичку (правну и социјалну) државу, већ и све специфичне околности формирања једне нове "компаративне" државне заједнице на остацима једне друге (сада већ политички, правно и територијално декомпоноване) државе.

Иако је као илустративан пример узета једна екстремна песимистичка (али могућа) варијанта, као противтежа једној екстремној опти-

ове правне и формалне околности, као и будући да је реч о (тзв. крњем) Председништву, које је истовремено и "врховни командант", не могу се искључити ни спекулације да је реч о посебном модалитету "меког" државног удара.

(22) У том смислу, као референца најчешће се наводи тзв. "ажурирана" шема "посттоталитарног развоја" из 1989. године *Збигњева Бжежинског* (специјалног саветника за националну безбедност председника САД *Jimmy-a Carter-a*), у оквиру које се, између осталог, истиче:

"Фаза 3: Посткомунистички ауторитаризам (Југославија) - Ауторитарни режими углавном засновани на национализму; цивилно друштво постаје политичко друштво; политичка супрематија над економијом ширих размера. Транзиција ка Фази 4: највероватније веома турбулентно при крају Фазе 3, иако су мирољубива решења у неким изузетним случајевима могућа;

- алтернатива, уколико се промене блокирају, систематска фрагментација.

Фаза 4: Пост-комунистички плурализам - Политички и социо-економски системи постају плуралистички" (наведено према - *Adam Podgorecki: Social Oppression*, Edited for "Pluralism in Legal Thinking", International Seminar (Warsaw, September 1991), Ottawa University, Department of Anthropology and Sociology, Ottawa, 1991, стр. 79-80).

мистичкој варијанти, остаје да се надамо да ће овакав песимистички сценарио у вези са израдом новог Устава остати само у домену "могуће варијанте" и да се неће појавити као "реална опција" нове државе, тј. да се нови Устав Југославије неће јавити као "Устав ратног стања".

др Коста Чавошки,
редовни професор Правног факултета у Београду

ТРЕЋА ЈУГОСЛАВИЈА У НОВОМ УСТАВНОМ РУХУ

Састављање општих правних аката, нарочито оних најважнијих - устава и органских закона, релативно је ретка вештина којом располажу само изузетни правници. У нас су они толико изузетни да су исти стручњаци - као да других није било - састављали нацрте и најновијег Устава Србије од 28. септембра 1990. и будућег устава тзв. треће, више него крње, Југославије. Кључну улогу и у једном и у другом подухвату, по свој прилици, имао је проф. др Ратко Марковић. Остале и не вреди спомињати.

ПИСАЊЕ НОВОГ УСТАВА

Доношење потпуно новог устава је, иначе, ретка прилика за умног творца која се врсном правнику указује једном или ниједном у животу, да своје особене погледе на државно уређење и основне правне и политичке установе отелови у највишем закону земље. Ту ретку срећу имали су, рецимо Џејмс Медисон (James Madison), главни творац америчког Устава из 1787, и Ханс Келзен (Hans Kelsen), творац првог аустријског Устава из 1920. године. Нарочито је Медисон добро искористио ову прилику. Утеловио је федерализам као средокраћу између конфедерализма и унитаризма и особену поделу власти оличену у председничком систему. Већ тим новинама стекао је бесмртну славу.

Наши су творци устава, изгледа, још већи миљеници судбине. За мање од две године они ће сачинити чак два устава, што њихове америчке колеге нису имале прилике ни током последњих двеста година. И, што је најважније, то нису обични, свакидашњи уставни донети у неком дугом, непрекинутом трајању једне државе, већ потпуно *нови* уставни без премца и ослонца у дотадашњем, највећма озлоглашеном, уставном поретку. Први устав тзв. *уједињене* Србије је, по речима проф. Ратка Марковића, *особен* у односу на наше досадашње уставе (1) како по стилу и језику, тако и по својој садржини. А и како не би, када је то за Србију, по замисли њених уставотвораца, био почетак *новог* и, мање-више, *јединственог* и *самосталног* државног живота. Други, устав тзв. *треће* Југославије, још је особенији јер ће то бити устав *потпуно нове*

(1) Ратко Марковић, "Предговор", *Устав Републике Србије*, Београд, "Савремена администрација", 1992, стр. III.

државе, која сем имена, прерушених комуниста на власти и неспособних и грамзивих генерала на челу војске, неће имати много заједничког са претходном другом Југославијом. А када се доносе уставни који означавају *нови* почетак у животу Србије и тзв. треће Југославије, то је прилика за њихове уставотворце да, уколико их имају, овековече своје особене правне и политичке замисли.

ОБЛИК ДРЖАВНЕ ВЛАСТИ

Пробни камен у овој расправи биће облик државне власти, односно начин на који је, по овим уставима, уређен однос између законодавне и извршне власти. То се чини у вери да ће наши уставотворци бити доследни, то јест да ће на мање-више исти начин уредити однос између ове две власти. Питање је да ли је баш тако.

Приликом утврђивања облика власти обично се бира између парламентарног и председничког система, или се, пак, налази неко прелазно решење. По речима проф. Ратка Марковића, Уставом Србије од 28. септембра 1990. године, "вршење законодавне и извршне функције државне власти организовано је на премисама парламентаризма, али у *рационализованом облику*" (2). При том је класични парламентаризам британског типа "рационализован", тако што је изузетно ојачана председничка власт која је скоро равна Народној скупштини јер се бира на исти начин - општим и непосредним изборима. Отуда, вели проф. Ратко Марковић, "институција председника Републике...служи као "модераторна власт", која *арбитрира* на линији односа Народна скупштина - Влада. Уз то, председник Републике, поред функција шефа државе и врховног команданта оружаних снага, има овлашћења за предузимање мера у случају ванредног стања, које проглашава на предлог Владе" (3). Проф. Ратко Марковић је само заборавио да дода да председник Србије има и право суспензивног вета на законе Народне скупштине, а може, на образложен предлог Владе, одлучити да се Народна скупштина распусти.

То, међутим, није све. По Уставу из 1990. године, председник Србије располаже изузетним, тако рећи диктаторским овлашћењима у стању државне нужде. По својој иницијативи, или на предлог Владе, за време ратног стања или непосредне ратне опасности, он доноси акте о питањима из надлежности Народне скупштине. Тим председничким декретима са законском, односно уставном снагом, могу се ограничити поједине слободе и права човека и грађанина и изменити организација, састав и овлашћење Владе и министарстава, судова и јавних тужилаштва.

Нема, дакле, никакве сумње да су творци српског Устава из 1990. године не само "рационализовали", већ и изопачили парламентаризам, дајући председнику Републике изузетну, тако рећи цезаристичку власт. Да су само тај устав написали још бисмо им веровали да су то учинили

(2) *Ibid.*, стр. IV.

(3) *Ibidem*.

са ваљаним и јаким разлозима и да је тај тип председничког "парламентаризма" ствар њиховог *начелног и постојаног уверења*.

УОБИЧАЈЕНИ УМЕСТО "РАЦИОНАЛИЗОВАНОГ" ПАРЛАМЕНТАРИЗМА

На наше велико изненађење за мање од две године наши уставотворци су радикално променили свој став према облику државне власти, па су уместо председничког, односно "рационализованог" парламентаризма, како би то рекао проф. Ратко Марковић, Нацртом устава тзв. треће Југославије предвидели мање- више класични парламентаризам у савезној држави. То се може лако показати.

Председника Републике Србије бира народ непосредно, што га чини скоро равним Народној скупштини. Председника тзв. треће Југославије бираће Савезна скупштина.

Председник Србије располаже суспензивним ветоом на законе Народне скупштине, док председник Југославије тим правом неће располагати.

Председник Србије може, на образложен предлог Владе, да распусти Народну скупштину. Председник Југославије ће бити лишен тог права, пошто се Савезна скупштина искључиво распушта на захтев Савезне владе.

Председник Србије, по прибављеном мишљењу председника Владе, утврђује постојање непосредне ратне опасности или проглашава ратно стање. По предложеном савезном Уставу то ће чинити Савезна влада, пошто саслуша мишљење председника Републике и председника већа Савезне скупштине.

За време ратног стања или непосредне ратне опасности, председник Србије, по својој иницијативи или на предлог Владе, доноси декрете са законском и уставном снагом, док ће у трећој Југославији то чинити Савезна влада пошто саслуша мишљење председника Републике и председника већа Савезне скупштине.

Још је већа разлика у начину на који се смењује шеф државе. Док је за смењивање (*impeachment*) америчког председника у класичном председничком систему довољна већина од две трећине *присутних* (дакле, не свих) сенатора, за опозив српског председника потребно је много више. Да би се само покренуо поступак за његов опозив потребно је да се о томе изјасни две трећине *од укупног броја* народних посланика, а да потом за опозив гласа већина *од укупног броја* уписаних бирача, што је, иначе, двоструко већи број гласова од минимума који је неопходан за сам избор српског председника. Смењивање будућег председника треће Југославије биће лако и једноставно. Њега може да разреши дужности Савезна скупштина већином гласова на исти начин на који ће га и изабрати.

УСТАВ ПО НАРУЦБИНИ

Овако различита решења истог уставног питања изазивају велике недоумице. Ако су оба решења дело истих уставотвораца, поставља се питање чиме су се они руководили приликом битно различитог инсти-

туционалног уобличавања истог огранка власти. Како се нису могли руководити *постојаним и начелним* разлозима, очигледно су посреди прагматички, да не кажемо приземни, разлози. И један и други устав рађени су по наруџбини, као што се шије одело по жељи муштерије која заузврат може поштено да плати.

Нови Устав Србије од 28. септембра 1990. наручио је Слободан Милошевић, па су се тадашњи уставотворци својски потрудили да му угоде. Због тога су функцију председника Републике обликовали према Милошевићевој слици и прилици. Како, пак, први председник тзв. треће Југославије *неће бити* Слободан Милошевић, није било никаквих разлога да тај први председник располаже неким већим и далекосежним овлашћењима. Стога је, Нацртом савезног устава, тежиште власти пребачено у Савезну скупштину и њену Владу која може, ако је Скупштина за то власти, и у редовним приликама доносити уредбе са законском снагом.

Захваљујући оваквом подилажењу и угађању наручиоцима посла, тзв. трећа Југославија имаће необичан облик државне власти. Сама федерација имаће парламентарни систем, док ће Србија, као претежни део те исте федерације, имати хибридни председнички систем, или како би то рекао проф. Ратко Марковић, парламентаризам "у рационализованом облику". Ваља рећи да је у овој ствари Јосип Броз био много доследнији. За себе је приграбио положај неприкосновеног газде у федерацији, али је допустио да му потчињени сарадници буду *истоврсни* сатрапи у својим републикама и окрузима.

РАВНОПРАВНИЈИ ГРАЂАНИ ЦРНЕ ГОРЕ

Када се већ крене овим путем угађања сујети и жељама наручиоца, прибегава се и решењима која се не могу оправдати никаквим рационалним разлозима. Већ првим чланом овог нацрта устава тзв. треће Југославије изричито је утврђено да се она заснива на равноправности грађана и равноправности република чланица. Ова друга равноправност обезбеђена је потпуно једнаком заступљеношћу држава чланица (са по 20 посланика) у Већу република. Како, међутим, Црна Гора има шеснаест пута мање становника од Србије, то би значило да су у Већу република црногорски грађани шеснаест пута равноправнији од грађана Србије. Ма колико то изгледало нелогично, да се само на томе остало била би то логична последица федерализма.

Невоља је, међутим, у томе што појединим наручиоцима овог посла потпуна равноправност држава чланица у Већу република није била довољна. Стога се приступило вишеструком нарушавању равноправности грађана у Већу грађана. Иако се, у духу члана 1. Нацрта, ово веће морало заснивати на начелу равноправности грађана, предвиђен је један "мали" изузетак - савезни посланик се бира на 65 хиљада бирача, али ни једна република не може имати мање од 30 посланика у Већу грађана. То се искључиво односи на Црну Гору која ће, уместо шест или седам посланика колико би имала сразмерно броју својих бирача, имати 30 посланика. Тако ће грађани Србије бирати једног посланика на 65 хиљада бирача, док ће црногорски грађани бирати једног посланика на

13-14 хиљада бирача, што значи да ће грађани Црне Горе бити пет пута равноправнији од грађана Србије.

Не треба, ипак, претеривати у истицању чињенице да ће грађани Црне Горе у вршењу савезне власти бити вишеструко равноправнији од грађана Србије. Потоњима остаје утеха да ће бити потпуно равноправни у служењу војног рока, а можда и равноправнији када ваља плаћати порез.

СЛОБОДА У ЗАМЦИ БЕЗОБАЛНИХ ПОЈМОВА

Најосетљивија уставна материја су људске и грађанске слободе и права. Зато се њиховом формулисању прилази са највећом пажњом, а и најмањи пропусти до којих при том дође изазивају велико подозрење.

Као неприхватљив пример могу се навести одредбе којима се ограничавају слобода кретања и настањивања, право да се напусти земља (члан 30) и тајност писама и других средстава општења (члан 32), *ако је то неопходно за одбрану земље*. Нема никакве сумње да су овакве забране инспирисане данашњим стањем необјављеног а ипак стварног рата, због којег се пунолетним мушкарцима забрањује напуштање земље без посебне дозволе, а тајност општења подвргава самовољи војних и полицијских власти. Оне, међутим, нису оправдане. Нацрт устава (члан 100. тачка 10) већ допушта ограничавање ових и других слобода и права *за време ратног стања*. И то је довољно, а уз то приморава Савезну владу да стварно објави рат ако је то неизбежно, а не да води *необјављен* рат како то сада чини.

Израз "одбрана земље" практично је неодређен, безобалан појам, јер се свака околност, и у рату и у *миру*, може подвести под њега. Због тога га као опасну претњу неприкосновености уставних слобода и права треба избацити.

Други пример је још очигледнији. Чланом 42. (слична одредба налази се и у члану 50) забрањено је деловање политичких, синдикалних и других организација које је усмерено на насилно рушење уставног поретка или изазивање националне, расне, верске и *друге* нетрпељивости и мржње. Споран је појам "*и друга* нетрпељивост и мржња", јер је потпуно неодређен. Ако су наши уставотворци на још неку нетрпељивост и мржњу помишљали, то су морали и *јасно* да саопште. Овако, то могу бити *било каква* нетрпељивост и мржња, па и нетрпељивост према Слободану Милошевићу и комунизму.

Стога се израз "и друге" мора избацити.

ПРИВИДНА НЕЗАВИСНОСТ СУДСТВА

Очигледан пример неспремности наших уставотвораца да институционално зајемче оно што су у уводним уставним начелима обећали јесте владавина права. Чланом 9. став 1. утврђено је да се Савезна Република Југославија заснива на владавини права. У нади да је нашим уставотворцима познато значење овог појма, мање обавештеним читаоцима ваља рећи да она, додуше, подразумева уставност и законитост, али и више од тога. Владавина права претпоставља одређена својства прав-

ног поретка и одговарајуће атрибуте важећих закона. Она, такође, обухвата и одговарајућа процедурална јемства и институционална решења, попут одговарајућег правног поступка (due process of law) и независности судства.

Нарочито је важна *потпуна* независност судства, која се пре свега обезбеђује *сталношћу* и *непокретношћу* судија. Или, како је то утврђено енглеским Законом о наслеђивању престола (Act of Settlement) из 1701. године, судије остају на положају све док се добро владају (*quamdiu se bene gesserint*). То је управо оно што овај нацрт устава пориче. Чланом 111. утврђено је да се судија Савезног суда бира на девет година и да не може поново бити биран. Тиме се у начелу руши независност судије јер он мора водити рачуна о томе шта ће као правник радити по истеку мандата, ако више не може бити судија. Уз то је предвиђено да чак и судија Савезног суда може бити разрешен дужности ако "нестручно и несавесно обавља судијску функцију" (члан 112. став 2). Ако, дакле, ни судије највишег суда нису уистину независне, како то могу бити судије нижих судова. А без независности судства не може бити говора о било каквој владавини права.

МАЊКАВЕ И НЕПРОМИШЉЕНЕ ОДРЕДБЕ

Како је наручилац посла био нестрпљив, наши уставотворци су понешто и смандрљали, уместо да добро промисле и одмере. То се лако може показати.

Чланом 33. Нацрта устава сваком човеку је зајемчено право да буде упознат са прикупљеним подацима о својој личности, као и право на судску заштиту у случају њихове злоупотребе. То, међутим, није довољно. Делотворна заштита приватности и личности не претпоставља само право човека да зна шта о њему пише у овом или оном полицијском досијеу, већ и право на исправку нетачних података и уништење оних података (фотографија, снимака разговора и сл.) који су незаконито прибављени у намери да се дата личност компромитује.

Пример недовољно промишљене одредбе је члан 94. којим се предвиђа привремено финансирање савезних органа према буџету из претходне године, уколико нови буџет не буде благовремено усвојен. Ово је, иначе, веома корисна одредба, али само у земљама у којима годишња инфлација не прелази 5%. У нашој земљи, при овако високој инфлацији, ова одредба је смешна и бесмислена.

Сличан пример је и одредба (члан 105) о броју потписника предлога за изгласавање неповерења Савезној влади. Предлог треба да поднесе најмање 20 посланика једног већа, дакле и већа република, док је у овом већу за само изгласавање неповерења Савезној влади довољна већина од 21 посланика. Тако мала разлика од само једног посланика између броја предлагача и броја посланика који доносе одлуку напосто је смешна.

Коначно, може се поставити и питање целисходности трочетвртинске већине у једном или оба већа, неопходне за измену савезног устава. Тиме ће овај устав постати не само практично неизменљив, већ

ће по свој прилици представници националних мањина држати кључ устава у својим рукама, јер ће сигурно имати близу 25% посланика.

СВРХА И ИМЕ "ТРЕЋЕ" ЈУГОСЛАВИЈЕ

После свега што нас је снашло с правом се можемо питати: чему "трећа" Југославија? Ако уопште има разлога да се савез двеју, у историјском и етничком смислу, *српских* земаља назива Југославијом, онда то једино може бити очекивање да ће та "трећа" Југославија бити призната као легитимни наследник оне друге Југославије, чиме би се избегле велике неугодности (статус Арбанаса на Косову, Мађара у Војводини и сл.) које би снашле Србију ако би као *нова* држава тражила међународно признање. Та очекивања су највећма изневерена, па ваља потражити неки други разлог због којег Срби и Црногорци, несумњиво српског порекла, треба да се уједине под већ озлоглашеним југословенским именом. Објашњење је једноставно. Нова држава под старим југословенским именом треба да прикрије војни и дипломатски пораз Слободана Милошевића и војске на коју се ослањао и учини безболнијим губитак државе у којој су живели скоро сви Срби.

Да не буде неспоразума, ми нисмо против државне заједнице Срба и Црногораца, која је и те како потребна, али смо против тога да се она назива Југославијом, ако ни због чега другог, оно због тога што је чак мања од негдашње Краљевине Србије која је, после присаједињења Црне Горе и Српске Војводине, 1. децембра 1918. створила Југославију.

ЗАНАТСКА РУКОТВОРИНА ЗА ПРЕПОЗНАТЉИВУ МУШТЕРИЈУ

Својевремено је један старији професор Правног факултета озбиљно тврдио да је прављење устава посао попут кројења одела. Најпре кључни људи у власти, или само један моћан појединац, доконају какав им устав одговара, а онда нађу неког професора права, са одговарајућим правно-техничким знањем, да им изради нацрт устава по њиховим упутствима и жељама, баш онако како то вешт кројач шије одело пробирљивој муштерији.

Нацрт устава који је пред нама управо је таква занатска рукотворина која је, истини за вољу, чак релативно добро урађена. Једино што је незгодно - а тако је увек са занатским производима - што се у тој рукотворини њен творац не може препознати, али се може осрамотити.

Има нечег у пориву стваралаштва што се противи сваком устаљеном или наметнутом обрасцу и што у дело које се ствара утискује печат непоновљиве индивидуалности његовог творца. Поучан пример је кинеска легенда, коју је у нас први навео Никола Милошевић, о даровитом вајару који се заљубио у мандаринову кћер и она у њега. Како до брака није могло доћи због вајаревог ниског порекла, двоје младих одлуче да побегну, ризикујући смрт, и да се негде сакрију у тој огромној Кини. Како се од нечега морало живети вајар је и даље израђивао кипове, тако да се увек могло утврдити где се крије јер је своја дела обликовао на препознатљив начин - утискивао је у њих свој особен индивидуални печат. Зато су му мандаринове уходе непрестано биле на трагу, па су

двоје младих морали да беже из места у место. Једног тренутка, да би се решио ове беде, вајар одлучи да се ода занату, тј. да обликује своје кипове на уобичајени, стандардизован начин. Потрају тако две године, а онда му неки други мандарин наручи богињу од жада. Вајар за тренутак заборави на опрез па у ово своје дело утисне непоновљив печат своје индивидуалности. То се одмах примети, а уходе дојаве мандарину где се крију двоје младих. Убрзо их ухвате, мандаринову кћер врате оцу, а несрећног вајара, који није одолео свом стваралачком пориву, убију.

Наши уставотворци, иначе добре занатлије свог посла, нису имале шта да ризикују. Отуда и њихово дело нема по чему да се препозна. Јер, како је то својевремено Русо (Rousseau) упозорио: "Ништа снажно, ништа велико не може потећи из пера које се продаје" (4).

(4) Жан-Жак Русо, *Исповести*, Београд, "Просвета", 1950, том други, стр. 156.

*др Златија Ђукић-Вељовић,
ванредни професор Правног факултета у Београду*

ПРОТИВРЕЧНОСТИ УСТАВНОГ МОДЕЛА НОВЕ ФЕДЕРАЦИЈЕ

Ситуација у којој се налазимо веома је тешка, у сваком погледу драматична. Историчарима остаје да утврде и објасне шта се и због чега догодило овој трагичној земљи. Деценијама смо уверавани у "светлу будућност" и "огроман међународни углед Југославије", да бисмо дочекали њен крах какав се није могао ни замислити. Оно што је већ данас сасвим јасно, то је да је распад Југославије дуго и плански припреман, а седамдесетих година успостављена је сигурна платформа разбијања већ начете федерације.

У овом тренутку треба да искажемо свој став о овоме што се сада догађа, са становишта наше струке, као што смо то и раније чинили. Налазимо се пред усвајањем устава Савезне Републике Југославије, па би требало да изнесемо своје мишљење о најважнијим питањима везаним за формирање нове федерације.

Прво што бих истакла је моје уверење да из историјских и етничких разлога стварање заједничке државе Срба и Црногораца представља логичан и неспоран чин. Управо исти разлози налажу да се темељно и вишестрано размотре кључна питања везана за уједињење два народа истог порекла, а у првом реду за облик будуће државе. Искуство неуспеле "авнојевске" вештачке творевине, такозване друге Југославије, и њени трагични исходи, опомињу и упозоравају да би понављање грешака значило увод у још теже ситуације с непредвидивим последицама. Идеја о уједињењу је, дакле, неспорна, али облик тог уједињења који се предлаже јесте споран и о њему треба разговарати, с обзиром на историјске и етничке моменте.

Стварање нове државне заједнице сложен је и значајан процес. Уставотворац инсистира на брзини при доношењу устава, објашњавајући то околностима у којима се налазимо, посебно потребом очувања континуитета и међународноправног субјективитета Југославије. Уколико би се на овај начин могао очувати државноправни субјективитет Југославије, уставотворчева журба би се могла разумети и подржати. Међутим, професор Милојевић, као стручњак за међународно право, тврди да за то нема основа. Уколико, заиста, нема шанси да се наглашени циљ оствари, поставља се питање оправданости не само прешироких тумачења важећих уставних принципа, већ и кршења како правила уставне процедуре, тако и неких општедржавних начела уставног права. Са становишта будућег функционисања заједничке државе пропусти

који се учине при њеном утемељењу представљају судбинско питање. Када све ово имамо у виду, долазимо до закључка да није добро што се с оваквом брзином ишло на доношење овог устава. Није добро ни што он није припремљен у ширем кругу стручњака. Исто тако, као велико оптерећење нове државе остаје чињеница да се српски народ није непосредно, референдумом, изјаснио о државном облику у којем ће реализовати своју давно признату државотворност. Уколико наведеним чињеницама придружимо и нека решења која предвиђа овај устав, морам да искажем своје страховање у погледу могућности рационалног функционисања нове федерације. У циљу обезбеђивања стабилнијих темеља и извесније перспективе те заједнице требало је, по мом мишљењу, ићи другачијим, сигурнијим путем у њеном стварању. Грешке учињене на почетку одредиће даље токове.

Теорија федералне државе компромис сматра њеним својством. Федерацији је страна идеја доминације, истиче један познати уставно-правни теоретичар. Ако се пође од ових својстава федерације, могло би се, по мом мишљењу, закључити да је код стварања федерације СР Југославије дошло до одступања од наведених постулата федералне државе. Компромиса има више него што је уобичајено у федералним државама, а доминација мањине прожима низ уставних решења којима се разрађује федерално начело. Компромиси су резултирали елементима конфедерализма, а доминација решењима која значе неправедност грађана и федералних јединица које конституишу будућу федерацију. Процес стварања ове федерације, како се то отворено говорило од стране одговорних субјеката, карактерисало је условљавање у погледу уставних решења и то од мањине, тако да се стиче утисак да није постојала иста спремност за уједињење код обеју страна (1), што је веома неповољно за будући живот федералне заједнице. Искуства федералних држава то потврђују.

Како се нови Устав налази пред непосредним усвајањем, пошто у понедељак треба да буде проглашен његов текст усвојен у две републичке скупштине, чини се да би шира расправа о конкретним решењима била несврсисходна. Стога бих само у најкраћим цртама означила решења која сматрам спорним са становишта стандарда федералне државе.

Пре свега, сматрам чудним и индикативним уставно решење којим се прокламује подељена сувереност у федерацији. Сувереност је, иначе, превазиђени критериј дефинисања федерације, и то сувереност у правном значењу. Чему враћање на овакво решење и какав је то федерација у којој мора да се њеним чланицама гарантује сувереност; да ли је то потврда нашег става о неједнакој спремности за уједињење. Елементима конфедерализма сматрам и решења којима се федералне јединице непосредно укључују у међународне односе. Наше претходно искуство и цена таквих уставних решења добро су нам познати.

Принцип једногласности код промене федералног Устава у појединим питањима има свој узор у канадском Уставу. Ипак, и у том

(1) На то упућују и неке изјаве које су се чуле на Уставном одбору Скупштине Србије.

погледу имамо сопствено искуство, довољно да га уставотворац далеко заобиђе. Има и других, очигледних или прикривених елемената конфедерализма, који су оставили дубоке трагове на нашем простору и које је требало што пре заборавити. Састав домова федералног парламента, као и начин одлучивања у њему, потврђују став о нарушавању начела равноправности субјеката федералне државе - грађана и федералних јединица. Ако се иде даље, па се претпостави прикључивање других потенцијалних јединица федерацији, дилеме и спорна питања око изгледа и функционисања ове федерације постају још озбиљнији и сложенији.

Уставотворац је очигледно уздржан и компромисан у утврђивању компетенција федерације. Листа федералне надлежности је рестриктивна, што не одговара тенденцијама у савременим федерацијама. Пажњу, поред осталог, привлачи чињеница да федерација не располаже правом да уређује бар основе федералних јединица, или, пак, да је у делокругу федерације само део кривичног законодавства. Да не бисмо даље илустровали, јер за то у овом тренутку нема потребе, закључили бисмо да је листа федералних компетенција у поређењу са савременим федерацијама рестриктивна и индикативна.

Посебну пажњу побуђује поступак промене савезног устава који се сада предвиђа. Једноставно речено, уставотворац се враћа непроменљивом уставу. Наиме, не предвиђа се решење за случај да предлог за промену устава не добије предвиђену већину савезних посланика у већима Скупштине, као и за случај да се не постигне сагласност скупштина република у питањима за која се та сагласност тражи. Уставом су предвиђена само одлагања промене за годину дана и то унедоглед. Несхватљиво је да се не предвиђа уставотворни референдум као познато демократско средство за промену устава.

Укључивање Савезног већа Скупштине СФРЈ у поступак доношења овог устава сматрам неприхватљивим, неуставним и нецелисходним решењем из низа разлога. У уставу нема основа за такво решење, те би стога истрајавање на њему значило негативно оптерећење за будућу државу у самом њеном старту. Има других познатих начина да се донесе нови устав. Било би прихватљивије и то да се поступак завршио усвајањем Предлога у републичким скупштинама, ако се већ није ишло путем уставотворне скупштине или уставотворног референдума. Ако нема времена за прихватање наших предлога у погледу других решења, остаје нам да упутимо поруку уставотворцу да одустане бар од проглашења Устава у Савезном већу.

На крају овог сумарног излагања, имајући у виду одређена решења која о облику будуће државе Југославије садржи Предлог устава, морам да искажем своје песимистичко осећање у погледу могућности успостављања стабилне и ефикасне федерације. Уосталом, нека од предвиђених решења оспорили смо и 1971. и, на жалост, живот је показао да смо били у праву.

др Драгољуб Поповић,
ванредни професор Правног факултета у Београду

НАПОМЕНА О ОРГАНИЗАЦИЈИ ВЛАСТИ ПРЕМА ОДРЕДБАМА УСТАВА СР ЈУГОСЛАВИЈЕ

Суштина једног устава огледа се у начину на који тај устав организује власт. Због тога нам се чини да се суштина устава СР Југославије може пронаћи у одредбама чланова 81. и 101. тог устава. Рашчлањивањем ових одредаба долази се до одговора на питање коме овај устав додељује власт и чему, уопште узев, треба да послужи.

Устав предвиђа дводомну структуру представничког тела које назива савезном скупштином. Савезна скупштина се састоји од већа грађана и већа република. Савезни посланици у већу грађана бирају се непосредно из народа, док се о избору посланика већа република устав није изреком определио, већ је то питање препустио републичком законодавству. О томе је надлежна одредба чл. 81. устава, *in fine*, где овако читамо: "избор и престанак мандата савезних посланика у Већу република Савезне скупштине уређује се законом републике чланице".

Занимљиво је да управо наведена одредба уставног нацрта не поставља оgradu републичком законодавцу у погледу образовања горњег дома савезног законодавног тела. Намеће се одмах мисао о томе да би се неки од два републичка законодавца, или можда оба, могао одлучити за такво решење којим ће мандат савезних посланика у Већу република учинити доживотним. Тиме бисмо у југословенској републици добили једну врсту Дома лордова.

Писац ових редова је овако говорио приликом расправе о нацрту устава, одржане на Правном факултету у Београду на дан 24. априла 1992. године.

Следећег дана одржана је на трибини *Forum iuris*, у организацији Удружења правника, расправа на исту тему. У тој расправи је академик Миодраг Јовичић имао исту овакву примедбу на уставну норму о којој је реч.

Данас је писац дужан да упозори да је критика изгледа постигла изванредан учинак, свакако захваљујући угледу проф. Јовичића. У последњи час је у текст чл. 81. устава унет први став који прописује да се савезни посланици бирају на четири године. Ако исправно тумачимо ову одредбу она би се морала односити на посланике оба већа Савезне скупштине. Због оваквог поступка уставотвораца отпада онај део изречене критике који се односи на рок. У свему осталом критика остаје, јер републички властодршци

савезним уставом добијају власт без обзира на исход савезних избора. До тога доводи чл. 81. устава.

Наравно, могу сачинитељи овог устава рећи како решење, понешто слично оном које подсећа на британски Дом лордова, постоји, рецимо, у Канади. Могу рећи и то да су се угледали на актуелни швајцарски устав, који кантоналном законодавству препушта надлежност за уређење питања о избору посланика кантоналног већа. Ипак, уз све то, они нас врло мучно могу уверавати у то да им није било познато ко држи власт у двома југословенским републикама. Онима који држе власт у републичким скупштинама одредба чл. 81. савезног устава оставила је могућност да мандат за управљање државом, дакако на савезном нивоу, истину стекну и пре одржавања савезних избора.

Читаво ово питање о уређењу горњег дома савезног законодавног тела не би било тако тешко када не би постојао чл. 101. став 3. устава. Тек када се одредба чл. 81. *in fine* повеже с оном из управо поменутог чл. 101. став 3. и систематски проучи, открива се права и потпуна слика о организацији власти каква је овим уставом предвиђена. Одредба чл. 101. став 3. чини устав који је пред нама унеколико особеним.

Чл. 101. став 3. устава гласи: "Савезна влада је образована кад Савезна скупштина изабере председника Савезне владе, већином гласова свих савезних посланика у сваком од два већа, тајним гласањем". Ова одредба је, дакле, однос савезне владе и дводомне савезне скупштине уредила тако да влада истовремено одговара и доњем и горњем дому. Овакво уставно решење заслужује опсежнији коментар.

Правило настало у Енглеској, колевци парламентарне владе, казује да одговорност владе, као и појединачна одговорност сваког од министара, постоји само пред доњим домом. Влада одговара доњем дому - то је постала догма парламентарног живота.

Догма о одговорности владе пред доњим домом остала је непромењена и онда када је парламентарни систем био примљен на европском континенту. Ово решење је прихватио и белгијски устав од 1831, који је дуго сматран класичним уставним моделом парламентарне монархије. Организација горњег дома доживела је у европским парламентарним државама промену у односу на Енглеску утолико што су, за разлику од острвског случаја где су лордови доживотни и наследни, чланови горње куће у континенталним државама постали изборни. И даље се, међутим, у парламентарној теорији сматрало да народом изабрани горњи дом садејствује у законодавству, али да пред њим министри не могу политички одговарати, односно да тај дом не може оборити владу.

Преокрет у овом погледу донео је уставни поредак француске Треће републике. Тамо је чувени и много дискутовани чл. 6. закона од 25. II 1875. лапидарно прописао да су министри, како солидарно тако и појединачно, одговорни пред домовима за политику коју воде. Овај члан поменутог уставног закона изазвао је многа спорења међу писцима. Неки су, попут Есмена, упркос постојању овакве норме, упорно доказивали да министарска одговорност постоји само пред доњим домом. Све је то било узалуд, нарочито после једног преседана од 1896. године, кад је Сенат потиснуо владу и принудио је на оставку. Ипак су и после установљевања овакве праксе неки писци, међу којима Редслоб, тврдили

како је законско решење нелогично и како парламентарни домови не могу у овом погледу бити равноправни...

Нелогично по својој природи, споменуто француско решење је живело под Трећом републиком, а (што је занимљиво) прихваћено је и у неким парламентарним републикама које су се на Француску угледале. Пример за ово пружа члан 94. садашњег италијанског устава, који садржи исто решење као и француски закон од 1875, само боље формулисано. И по италијанској и по француској варијанти норме о којој је реч, владу може својим изјашњавањем оборити било који од парламентарних домова.

При свему овом ваља приметити да такве норме, које дају право и једном и другом дому да обори владу, не затичемо у уставима федералних држава које примењују парламентарни систем. Тога нема, примера ради, ни у индијском уставу, ни у немачком, ни у аустријском... Федерални дом, гласило би правило изведено синтетичким путем из упоредног права, нема овлашћење да руши владу. Влада одговара само доњем дому. Није тешко одгонетнути вероватни мотив наших уставотвораца за усвајање оваког уставног решења. Већем република господаре, према савезном уставу, републичке скупштине. У овима опет, садашња власт има комотну већину. Одговорност савезне владе пред Већем република значи њену одговорност пред фактичким носиоцима власти у југословенским републикама.

Услед кратког излагања у расправи о нацрту устава, писац је изоставио појачање аргументације за тезу коју је заступао. Он ипак осећа обавезу да овом приликом укаже на одредбу чл. 104. став 4. устава, која гласи: "Неповерење Савезној влади је изгласано кад је за то гласала већина од укупног броја савезних посланика у сваком од два већа".

Ово је већ један упоредноправни изузетак. Наш устав, дакле, не само да прописује да се без пристанка садашњих носилаца републичке власти не може образовати савезна влада, већ се ова, и када је једном створена, не може оборити без пристанка поменутих субјеката. Француска и италијанска норма, о којима је било речи, дозвољавају пад владе пред било којим од домова. Југословенска норма из чл. 104. устава захтева сагласност домова за обарање владе. Ускраћивање сагласности од стране једног дома одржава владу у функцији.

Из свега што је речено рађа се питање о томе шта ће бити ако се ставови већина у једном и другом дому не поклопе? Дође ли до тога онда када треба образовати владу, било би у начелу немогуће да се изврши њено образовање. Још је горе ако се то деси онда када је једна влада у функцији, јер би из оваког система произлазило да влада не може пасти, али да не може ни управљати јер ће се дом који би хтео да је обори вазда супротстављати њеним предлозима. Нека нам уставотворци опросте, али ово је већ потпуна бесмислица! Утолико страшније је ово решење јер може довести до успостављања какве фактичке власти без обзира на устав, будући да по овоме власт уопште не би могла функционисати.

Покушајмо, најзад, да одговоримо на питања која смо у почетку поставили. Овај устав додељује власт њеним садашњим носиоцима на републичком нивоу и треба да послужи овековечењу њихове власти. Не буде ли којим случајем послужио овој сврси, биће то устав вечне и непрекинуте политичке кризе, зато што овако склопљене установе у парламентарном поретку не могу функционисати.

др Стеван Ђорђевић,
редовни професор Правног факултета у Београду

ПРИВРЕМЕНОСТ УСТАВА, ПРАВО НА САМООДБРАНУ И МЕЂУНАРОДНОПРАВНИ КОНТИНУИТЕТ ДРЖАВЕ

На почетку ћу рећи, и мислим да је то часније, да нисам сагласан са основним порукама својих претходника у досадашњој расправи. Истовремено не желим да оповргнем оне критике које су оправдане са становишта правне технике доношења устава. Овај нама предочени уставни текст ценим и посматрам у склопу трију полазишта:

1. Овај устав је *привремени*, настао у посебним нередовним условима у којима се налазимо. Чини ми се да је то требало рећи у самом тексту устава *јасно* и *отворено*. Тиме би се бар донекле амортизовала критика, а његово коначно уобличавање оставило за касније. Рађен на брзину, изражава прелазно стање у којем се ствара трећа југословенска држава, у почетку федерација република Србије и Црне Горе, те отвара могућност за касније приступање (у различитим облицима) других делова раније југословенске државе, али пре свега српског народа ван територије новопроглашене Савезне Републике Југославије. Можда је било могуће да се и другим актом (нпр. свечана декларација и сл.) пружи правни основ за расписивање савезних избора и конституисање највиших савезних органа (скупштина, шеф државе, влада и др.). Журба која се при том показује је, по мом мишљењу, политички оправдана, а правно основана и утемељена. Разлоге ове врсте досадашњи учесници у расправи су пренебрегли, те уставни текст одбацују *a limine*, не водећи рачуна о објективном стању. Не браним уставни текст као дуговечан, али је још горе чекати и оставити нову југословенску државу, за један још неизвесан период, без легитимних органа.

2. По мом мишљењу, хитњу у доношењу устава, са свим манама које такав рад прате, правдам јер произлази из *права рада и државе на самоодбрану*, општеприхваћеног начела међународног права. На то имају право републике Србија и Црна Гора и српски народ (Срби и Црногорци) у њима, чије су улога и жртве поднете у првом и другом светском рату за стварање југословенске државе познате. То је *право нужде*, право да се брани своја држава, своје постојање. Уверен сам да две трећине народа у републикама Србији и Црној Гори одобравају и подржавају овако срочени Устав у његовим основним одредбама и опредељењима.

3. Трећа напомена односи се на међународноправни континуитет југословенске државе. Случај је хтео да сам пре безмало 30 година у овој

кући бранио докторску дисертацију на ову тему, под насловом: *О континуитету држава с посебним освртом на међународноправни континуитет Краљевине Југославије и ФНРЈ*. Уверен сам да ће за неколико година опет бити брањена теза о међународноправном континуитету друге и треће југословенске државе, тј. да ће Савезна Република Југославија, без обзира на све сметње које јој се чине и које ће се тек чинити, бити настављач и наследник досадашње југословенске државе. Чини ми се да се недовољно уочава чињеница да неко жели стање *tabula rasa*, тј. да се брише историја, да се у корену затре помен на југословенску државу, да све републике почну отпочетка. Ту се, по мом мишљењу, поред осталих битних елемената (спољни и унутрашњи чиниоци), налази кључ проблема. То је могуће за неке југословенске републике - новостворене субјекте међународног права - које тај међународни персоналитет до тада нису ни имале. Зашто би историја Србије и Црне Горе била брисана; оне су још давне 1878. године на Берлинском конгресу признате. Не желим овде да Вам одузимам време навођењем на стотине међународноправних аката, двостраних и вишестраних међународних уговора, успостављених дипломатских и конзуларних односа, учешћа на хашким мировним конференцијама пре првог светског рата и др., које су имале Краљевина Србија и Краљевина Црна Гора. То је реалност. И, као што смо имали међународни континуитет између Краљевине Србије и њој присаједињене Краљевине Црне Горе и прве југословенске државе после првог светског рата, па се то поновило за југословенску државу пре и после другог светског рата, овај устав о којем данас расправљамо, и чије битне одредбе браним, основни је акт којим се проглашава основно државно устројство и правно санкционише континуитет југословенске државе, без обзира на њен територијално скраћени део. Њиме се ствара мост и, независно од наших субјективних критика појединих одредби, овај устав, као такав, треба прихватити. Не може се брисати историја Србије и Црне Горе и свака веза са досадашњом југословенском државом зарад неких нама туђих светских посебних интереса.

При руци су ми и показујем овом приликом *Анале Правног факултета* из 1971. и 1973. године, посвећене уставним расправама, на шта желим да подсетим учеснике у расправи. Ту заиста има много тога што баца светло на наше данашње прилике.

Три напомене које сам у почетку назначио су: привременост савезног устава од 1992, право на самоодбрану којим се правда његово доношење и међународноправни континуитет југословенске државе. У том светлу гледам на манљивости текста који је пред нама, на које су с правом у неким појединостима указали досадашњи учесници у расправи.

На крају бих рекао и то, не упуштајући се у ближа објашњења, да се у уставном тексту нашло места и за поједина позитивна решења о хијерархији унутрашњих и међународних правила, тј. о односу унутрашњег и међународног права, о људским правима и њиховом поштовању и сл., што смо ми, који се професионално бавимо том облашћу, одавно предлагали у досадашњим југословенским уставима после другог светског рата.

др Југослав Станковић
ванредни професор Правног факултета у Београду

ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУИСАЊА И ФУНКЦИОНИСАЊА НОВЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ

Ја нисам специјалиста за уставноправну проблематику, као што су то колеге који су пре мене говориле, зато и не мислим да расправљам о финесама правних решења која један устав може да садржи. О томе много више и боље могу да говоре они којима је то ужа специјалност. Ипак, пошто уставна проблематика није само правно питање, хтео бих и ја, можда из нешто друкчијег угла него што је то до сада чињено, да додам неколико речи. Овим не мислим да кажем да је било ко од учесника у досадашњој расправи говорио само са формалноправног становишта, што у оваквој дискусији није ни могућно. Уставноправна материја, која уз то доводи и до формирања једне нове заједнице (без обзира на претензије одржавања правног континуитета са досадашњом заједницом), нужно обухвата политичке и, уопште, социјалне елементе. Зато се и у овој нашој расправи мешају политички ставови са правном аргументацијом, а сасвим конкретне политичке опције добијају форму општих правних принципа или формалне правне анализе.

Прво питање које се овде поставља, а о којем се највише и говорило, јесте питање легитимности и легалности новог устава. Ако се проблем легитимности не сведе на легалност поступка доношења устава, чему нека становишта чини се теже, онда се легитимност овог устава оцењује у зависности од политичких опција учесника у расправи, а зависи од признавања легитимности постојеће власти у Србији и Црној Гори. Ако се тој власти, пре свега скупштинама као представницима народа Србије и Црне Горе, признаје легитимитет, онда се легитимним сматра и доношење устава и формирање нове заједнице. Ово становиште се, када је реч о Црној Гори, поткрепљује и спроведеним референдумом.

Друго становиште, полазећи од претпоставке нелегитимности постојеће власти, сматра нелегитимним и доношење устава и конституисање нове заједнице, што се реализује акцијама постојећих органа власти. Неспровођење референдума у Србији сматра се крунским доказом нелегитимности читавог посла, пошто није добијена сагласност народа у Србији. Не уважава се контрааргумент да Србима није потребан референдум да би се определили за заједнички живот у заједници која обухвата Србе које је у овом тренутку могућно обухватити, без обзира на то што се та заједница зове Југославија. Србија, тврди се, мора

да буде центар окупљања и ослонац свих Срба, па је апсурдно питати Србе у Србији да ли желе да живе са својим сународницима.

И ту долази до кључног питања легитимности новог устава, пошто се поставља питање начина на који овај устав решава српско национално питање. У критици решења које даје устав тврди се да формирање Југославије као савезне државе која ће обухватити Србију и Црну Гору значи даље институционално продубљивање цепања јединствене српске нације на Србе и Црногорце као посебне националне ентитете. Због тога се сматра да је једино исправно формирање јединствене српске државе или савеза српских земаља.

Констатација да оваква решења доводе до цепања српске нације продубљује се прогнозом да ће овако формирана држава бити кратког века. Овакво закључивање се заснива на правној анализи новог устава и констатацији да овај устав садржи и федералне и конфедералне елементе, па се, на основу искуства са Уставом из 1974, предвиђа распад заједнице засноване на амбивалентној основи. Дакле, нелегитимност устава на основу оваквог схватања проистиче из основних опредељења од којих се полази и последица које би применом оваквих нормативних решења наступиле, што народ, пре свега српски, не може да прихвати.

Уз сву опасност погрешног закључивања због деловања бројних фактора, спољашњих и унутрашњих, политичких и социјалних, који се великом брзином мењају углавном погоршавајући објективну ситуацију, указао бих и на могућност испољавања другачијих тенденција, на битне разлике у односу на ситуацију у којој је деловао Устав од 1974. године.

Прво, са много се аргумената може бранити становиште да је на овај начин, стварањем савезне државе, због развоја у последњих педесет година и утицаја традиције самосталног постојања Црне Горе као државе, као и актуелних околности (без обзира на узроке који су довели до садашње ситуације), остварен максимум могућ у овом тренутку. Евентуално проглашење јединствене српске државе, која би обухватала садашњу Србију и Црну Гору, могло би довести до додатних проблема изазваних како спољним околностима, тако и унутрашњим односима. Референдум у Црној Гори је прихватио формирање овакве заједнице, па се и о томе морало водити рачуна.

Даље, не може се тврдити да се на овај начин прејудуцира и учвршћује постојање посебних нација. У том погледу Устав се не изјашњава изричито. Констатује се само да "Савезну републику Југославију сачињавају Република Србија и Република Црна Гора" (чл. 2, став 1), а нигде се не спомиње црногорска или српска нација. Устав полази "од равноправности грађана и равноправности република чланица" (члан 1), па за националну припадност не везује никаква права и обавезе, изузев посебног третирања права националних мањина. Дакле, ако појемо од оваквих уставних решења, могли бисмо претпоставити да је крајњи исход решења српског националног питања у оквиру антиномије Србин или Црногорац отворен, и зависи од фактичких околности.

С тим у вези поставља се питање у којој ће мери организација власти, однос надлежности федералних и републичких органа, у спрези са деловањем политичких снага и социјалних фактора, подстакнути

деловање центрифугалних, а у којој центрипеталних сила. Има прогноза да ће се посебни интереси, формирани и у националне, све више истицати, што ће довести до распада овакве заједнице. То нарочито подстиче начин одлучивања у Савезном парламенту. Предвиђа се, дакле, сличан процес који је у СФРЈ би омогућен решењима Устава из 1974. године, тим пре, тврди се, што и у овом Уставу није избегнута хибридна, федерално-конфедерална организација власти.

Упозорење је веома озбиљно и могло би се остварити у неповољним спољним и унутрашњим политичким околностима, али се оваквом анализом превиђају и неке битне чињенице. Иако су у неким сферама наглашени самосталност и посебна права држава чланица, устав је у основи конципиран као акт федерације, са битном надлежношћу савезних органа и могућношћу непосредног спровођења одлука донесених од савезних институција. Такве могућности у претходном Уставу није било. Још је битније што су објективни услови ове заједнице битно различити у односу на СФРЈ. Док су раније читаве нације сматрале Југославију нужним злом или успутном станицом до потпуног осамостаљења, сада то, изузев за неке националне мањине (што може бити фактор нестабилности), више није случај. Без обзира на то да ли се у овом тренутку Срби и Црногорци сматрају посебним нацијама или деловима јединствене српске нације, реч је о заједницама које су по многим битним факторима, који омогућавају већи степен друштвене кохезије, истоветне. То су групе истог етничког порекла, исте традиције, исте вере, истог језика, највећим делом исте или сарадњом повезане историје, у суштини истоветне културе. Осим тога, код великог броја људи због интензивних веза, склапања бракова и миграција, готово да није могућно, ако појемо од тога да постоје две нације, утврдити којој нацији припадају. Економско стање показује високи степен компатибилности и могућност да се преко сарадње и прожимања привреда у већој мери искористе посебне могућности. Још једном наглашавам да имам у виду да су самостална државност и деловање политичких фактора који су истицали посебност Црногораца током последњих педесетак година, довели до извесног одвајања и стварања колективне свести која прихвата постојање разлика, а код једног броја и постојање посебних нација. Ипак, може се очекивати да ће у условима деловања заједничке државе преовладати наведени бројни и значајни објективни фактори, што треба да доведе до повећања заједништва и већег степена друштвене кохезије. Једноставно, нова Југославија представља и у објективном и у субјективном смислу, и поред постојања значајних националних мањина (нарочито Албанаца), далеко хомогенију заједницу, па је то чињеница која ће објективно деловати ка остваривању већег степена заједништва. С правног становишта већа хомогеност омогућава већу ефикасност примене права, што, такође, може да буде веома значајно.

Друга чињеница која може довести до потискивања деловања посебних државних и (условно) националних интереса, јесте плуралистичка организација политичког живота, што савремену политичку сцену битно разликује од политичког система СФРЈ. Због постојања различитих политичких партија и различитих политичких опција, може се очекивати да ће се у парламенту водити борба између ра-

зличитих политичких групација, а не националних заједница. Временом ће бар неке политичке странке своју делатност проширити и на територију читаве Југославије, па ће и на тај начин национална опција бити потиснута у други план, а повезивање држава чланица бити интензивније. Политичко окупљање по националној основи биће, истина бар у једном периоду, изражено у оквиру националних мањина, али то по битне процесе у друштву, уз поштовање права националних мањина, не би требало да буде од великог значаја.

Наравно, и у односу на претходно изнете констатације лебди неизвесност како због заоштрене политичке ситуације унутар земље, непосредног оружаног сукоба са могућношћу његовог проширења, тако и због све већег спољног притиска. Деловање спољног притиска, економске и политичке санкције, па и претња непосредном војном интервенцијом, могу довести и до потпуно нове унутрашње ситуације.

Оспоравање легитимитета доношења Устава и на основу њега формирања Југославије, тврдњом да то изневерава националне интересе Срба и доводи до стварања мртворођенчета, у најмању руку је спорно, ако узмемо у обзир објективне показатеље. До супротних закључака се долази због неравнотеже институционалне политичке моћи и тензија заснованих на тој чињеници. Тако, за једне, независно од тога да ли то стварно представља национални интерес, конституисање Југославије постаје могућност продужења и, евентуално, учвршћења власти, а за друге остајање на маргини политичке институционалне моћи. Недостатак стварне демократије и поштовања правила демократске политичке борбе од стране готово свих учесника на нашој политичкој сцени, уз несагласност око битних вредности које друштво треба да афирмише, доводи до жестоких сукоба, што постаје значајан фактор друштвене нестабилности.

Друга врста приговора, конкретних и поткрепљених анализом правних прописа, односи се на проблем легалности доношења устава. Образлаже се да је устав ништав пошто је поступак по којем се доноси очигледно мањкав - није у складу ни са прописима Устава из 1974, а ни са Уставом Србије. Ова је констатација, бар када је реч о мањкавости поступка и, нарочито, учешћа савезних институција у њему, тачна. Ипак, овај приговор не води рачуна о једној битној чињеници: фактички је дошло, поступком који није водио рачуна о правним прописима и поступку, до растакања институција СФРЈ. Када су се из савезних институција повукли представници четири републике, створила се фактичка ситуација која онемогућава одлучивање било о којем питању на легалан начин, по Уставу од 1974. године, па тим пре није могућно, у оквиру постојећих прописа, донети нови устав. Поступак који је спроведен, усвајање Устава у републичким скупштинама и његово усвајање и проглашење у остацима савезних институција, представља нужно зло. Било који поступак да је реализован - не би био легалан.

Приговор о легалности има опет за циљ оспоравање права политички владајућој странци да, фактички својим одлукама, не консултујући оне који другачије мисле, решава веома значајна друштвена питања. Због тога се предлаже расписивање избора за уставотворну скупштину, па, у оквиру тако установљене скупштине, расправа о свим

значајним питањима облика политичког режима и организације власти и, на крају, усвајање устава. Овакав предлог се заснива на претпоставци да уставотворна власт припада сваком народу и да народ, због тога, треба непосредно да бира своје представнике који би донели устав.

Овакав предлог изгледа рационалан, допринео би легитимитету, па и легалитету по овом поступку донетог устава, мада се, у суштини, ослања на идеју о владавини и суверенитету народа као једној од битних вредности на које се ослања правна и демократска држава, а не непосредно на правне прописе. Ипак, и ја сам мишљења да би то било најбоље решење. Међутим, опредељујући се за ово решење као најбоље, не мислим да би, када би и било усвојено од свих значајних политичких субјеката – и владајуће странке и опозиције, његова реализација била лака и да не би доводила до проблема. Чак ми се чини да бисмо се нашли у истој (или бар приближно истој) ситуацији у којој се данас налазимо. Поново би се поставило питање поступка за расписивање избора за такву скупштину, изборног закона и начина и избора посланика, финансирања, представљања кандидата итд. Сва питања поново долазе на дневни ред. Округли сто, који се предлаже, тешко да би на задовољавајући начин решио сва питања када би о томе расправљали људи битно различитих политичких опција, са ослонцем, код једних на институционалну, а код других на ванинституционалну политичку моћ. Могло би се поставити и питање обима и садржаја овлашћења такве скупштине. Уставотворне скупштине 1918. и 1945, које се овде помињу, не би могле да буду узор демократског и слободног одлучивања. Године 1918. се уопште није расправљало о облику владавине, а краљ је, чак, могао да распусти скупштину. Мало ко би овде тврдио да су избори 1945. спроведени на фер и демократски начин, а да су одлуке тако формиране уставотворне скупштине биле образац демократског одлучивања.

Дакле, уставотворна скупштина сама по себи не значи стварно демократски начин одлучивања и не обезбеђује нужно стварни легитимитет својим одлукама. Све зависи од социјалних прилика и стварног односа политичких снага, као, уосталом, и код свих других избора, без обзира на то што ће поступак избора или функционисање скупштине имати неке специфичности.

Лоша страна оваког предлога је одлагање формирања органа власти СР Југославије, што је, за покушај предузимања било каквих мера, бар у економској сфери нужно. Мора се прекинути немогући положај савезних органа СФРЈ који су бирани у другим условима и по другим принципима, са надлежношћу која је другачија, уз немогућност да било коју одлуку донесу поштујући прописани поступак.

Дакле, начин реализовања идеје формирања нове заједнице резултат је политичког односа снага, а у постојећим условима практично је немогуће наћи апсолутно легалан поступак. Може се расправљати само о поступку који би изазвао мање политичких несугласица у земљи, а који би био прихваћенији од међународне заједнице. Међутим, у условима бескомпромисне борбе за власт и обостране, иако на различите начине, апсолутне дисквалификације, компромис готово да није могућно наћи.

У заоштреној ситуацији, која доводи до ставова којима се оспорава Устав у целини, релативно је мало конкретних примедби, оне готово да

су депласиране, што је можда и последица брзине доношења устава и немогућности да се детаљно анализирају његове одредбе, а и чињенице да расправа неће утицати на његово побољшање - он ће такав какав је бити усвојен.

Међутим, у овом тренутку може се указати на неке системске слабости које могу довести до негативних последица по демократски поредак или заштиту права и слобода грађана. Једна од таквих слабости је одредба којом се регулише положај судија Савезног и Савезног уставног суда.

Примедба која се овде чула – да је већа пажња посвећена, судећи према броју одредби којима се њихова надлежност регулише, Савезном уставном него Савезном суду – пошто не улази у анализу садржине надлежности нема довољну тежину. Међутим, решење којим, у оба суда, није гарантована сталност судија већ се они бирају на одређени рок (истина нешто дужи – 9 година), не гарантује доследно спровођење идеје поделе власти и могућност да законодавна и извршна власт, посебно политичка делатност у целини, буде контролисана и у одређеној мери ограничена судском влашћу. Овакво решење може значајно утицати на реализовање идеје владавине права.

У тој области апсурдно је и решење којим се предвиђа могућност разрешења судија (истина сада само судија Савезног суда) "кад нестручно или несавесно обавља судску функцију" (чл. 112, став 2). Да ли је могућно очекивати нестручност од судија који су своју способност доказали радом у општинским и окружним судовима, па су, доказујући своје изузетне квалитет, бирани у Савезни суд. Овакво решење може да буде вентил који омогућава притисак на судију. Или се већ унапред сматра да за судију Савезног суда (по којим критеријумима?) може бити забрањено и нестручно лице.

Шта би било решење у овој ситуацији? Без обзира на све примедбе, оправдане или не, устав ће бити усвојен, а вероватно ће се убрзо конституисати и органи власти предвиђени уставом. Решење које би можда довело до консензуса око најбитнијих питања за друштво у целини, било би покретање од стране Савезне скупштине преиспитивања бар неких решења у уставу и одређивање релативно кратког рока за расписивање нових избора. То не би спречавало ни владу ни скупштину да предузму мере како би решавали ургентне проблеме.

*др Драгољуб Кавран,
редовни професор Правног факултета у Београду*

УСТАВ КАО НАСТАВАК, А НЕ НЕОПХОДНА ПРОМЕНА

Текст који је пред нама није прилагођен времену, не даје решења која могу бити трајна. Овај текст, у ствари, представља правно уобличен политички договор челника двеју истородних партија. Није, стога, требало посезати за уставом, могло се то постићи и неким другим актом. Вероватно би и ефекат био бољи. Велика ће бити збуњеност правника који треба да поступају по законима, у ситуацији када је основни правни акт земље - нелегално донет.

Није извесно да ће на основу оваквог акта доћи до брзог признања континуитета Југославије. То показује да се располаже - или да се примењује - због разлога које не могу да одгонетнем - само недозвољиво мала количина знања о начину на који функционишу највеће земље света и групације интереса које они представљају. Предвидивост је знатно већа него што се чини, па нам услед непознавања ситуације све изгледа хаотично (а није). Код нас нити постоје, нити раде тела, односно управне организације, слична нпр. Одељењу за општу политику (Public Policy Unit) у Великој Британији или саветничке службе Владе, као у многим другим земљама.

Чини нам се да није дошло до правовременог "постављања" (positioning) наше земље, до одређивања најповољнијег могућег плана, оптимизације кључних интереса нашег народа, имајући у виду услове, трендове и снаге које у нашем ближем и ширем окружењу делују. Одлуке се темељно и уз пуну употребу знања и науке морају припремити, стрпљиво и са алтернативама у случају наступања различитих исхода, а не доносити на основу интуиције и са закашњењем. Последице ћемо, дубоко разочарани, ускоро осетити.

Устав у земљи као што је данас наша увек је скуп политичких одлука, правних института и решења којима се делује и на промене унутар земље, али и одређује сопствени положај у односу на иностранство. Шаљу се што је могуће јасније поруке шта у ствари хоћемо; какав систем изграђујемо. Дакле, устав настаје после темељног испитивања потреба за променама и јачањем сопственог правног система, који се прилагођава и промењеним домаћим околностима, али и условима стварања међународног правног поретка.

Одређују се и критеријуми и инструменти за доношење општих правних аката којима се обезбеђује унутрашњи ред и мир, економија развија на нови, друкчији начин, кроз потпунију заштиту одређених

института (као што је, нпр., приватна својина). Ово води до политичке консолидације на друкчији начин, са друкчијим идејама и са новим људима. Ми идемо некаквим различитим путем у односу на остале европске посткомунистичке земље, иако смо у свету могли наћи доста добрих и код нас применљивих идеја како би то требало радити. Такве идеје би се, несумњиво, могле уклопити у нашу традицију и културу. Разуме се, уколико традиција и култура не почињу 1943, односно, када је о праву реч, од још важећег Закона о неважности правних прописа старе Југославије донетог 1946.

Није овај текст резултат дуготрајног напора стручњака у области теорије државе, уставног и управног права, који би требало да понуде јавности систематски уређен скуп основних начела о новим основама политичког режима, друкчијим облицима државног уређења и облика владавине. Писан је на брзину, те отуд толико много енонсијације - упућивања на закон.

Већ од седмог члана ове Радне верзије (неуобичајен назив за текст који ће већ за неколико дана постати устав на правно неприхватљив начин за државу која претендује да је правна) читање овог текста показује се као узалудан напор. Чињеници да је текст пред нама најављен као дефинитиван и да се могу очекивати само мање коректуре, треба додати и нешто што задире у питања етике. У повољнијем случају стиче се утисак да чланови групе која је устав припремила нису радили са довољном дозом искренности; у неповољнијем - да су били у стању да напишу или да се усагласе и око онога што ниуком случају, у овом тренутку историје, није могло бити добар организацијски и функционални основ за заснивање односа унутар српског народа. Овакво уређење односа између држава чланица може довести до даљег раскола, јер је логика и дикција овог текста опасно близу оној у Уставу 1974, а то је, доказано, погибљан пут. Резервисање права за републику чланицу да, у оквиру своје надлежности, може одржавати међународне односе, оснивати сопствена представништва у другим државама и учланити се у међународну организацију, да може закључивати међународне споразуме, али не на штету Савезне Републике Југославије или друге републике чланице, звучи цинично, имајући у виду чл. 76. текста. Може се посумњати да је свако при састављању текста овог устава имао на уму не оно што устав стварно каже, већ оно што се касније намерава, независно од овог устава. То није оно што се сада сме радити. Ово је текст пун замки, при чему су, како се чини, они који су у овом учествовали "ковертирали", многе своје потезе, а то нису добре основе за устав какав нам је потребан сада, у доба пуне мобилизације српског народа и покушаја да се коначно уједини, чврсто повеже и заштити своје интересе. Ово, пре или касније, може довести до угрожавања овако замишљене заједнице, јер пружа могућности за различита тумачења, а тиме даје шансу онима који ће, у за њих повољном тренутку искористити сваку могућност да овакву заједницу покушају да разбију. Треба се прибојавати да овакав начин уређивања међусобних односа неће бити дугог века и да је ово само израз пристајања на, иначе, у нормалним околностима - неприхватљиви минимум.

Овај је устав израз потпуне исцрпљености једног система, људи истог кова и једног начина мишљења у оквиру којег не постоји дубље

разумевање историјског изазова пред којим смо. Окружење није схваћено, нити се системом повратне спреге дошло, кроз одговарајуће одлуке, до процеса оптимизације интереса српског народа кроз организационе облике или дејство на свим просторима на којима живи. Овако магловито и несигурно срицање као, нпр., у чл. 2, 16. и другима, указује на одсуство чврсте стратегије, чијем се извршењу смишљено, мудро и упорно подвргавају све снаге, а услови у окружењу користе, а не потхрањују сумње. Стално се стиче утисак импровизације. Као да је важнији унутрашњи однос снага од уклањања страховите опасности која се над земљу наднела. Журба је бесмислена, не улива поверење, не даје решења и неће постићи циљеве; отвориће само нове проблеме. Излаз је на другој страни.

Међутим, наша расправа је нужна. Она показује да ниуком случају не смомо оставити народ и грађане у уверењу да су правници блокирани апатијом, да не схватају да је ово ипак договор двеју група на власти ради одржања контура "побољшане" варијанте административног социјализма, а не прави израз историјских интереса народа који треба напрегнутим и организованим радом да ухвати корак са светом. Развој науке и технологије и улога омладине и образовања, у уставу нису уопште поменути, нити су дате правне основе за стратегију националног напретка. Важније је било натезање око подељене суверености, што ће увек изазивати тензије и притиске у српском народу. Блек дефинише сувереност као "ничим контролисано право независне државе да своје послове уређује како за сходно нађе". Како ће која чланица интерпретирати сувереност, имајући у виду одредбе чл. 1. и чл. 6, остаје да се види, а наслућују се велики проблеми. Дошло је, опет, до самосаплитања и стварања опасних хипотека, као и 1974. године.

Ево и неколико директних примедба. Прва се односи на положај Цркве. У чл. 18. став 3. прописује се да се "... права Цркве у обављању других послова, уређују савезним законом". Који су то "други послови"? Не залажем се за теократску државу; међутим, сме ли се и помислити да нашој цркви треба старатељ у лику неког чиновника, или, можда, политичара? Невероватно је да се оваква одредба у уставу уопште и нашла. Оно што не предвиђамо за низ неупоредиво мање важних организација, не треба предвидети ни за Цркву - извор и основу духовности народа, најдрагоценију залог моралног одржања и препорода, без које нам нема напретка. Таква су ограничења недопустива. Овакав неприкладан став државе према Цркви мора се са индигнацијом одбити, а овај члан свакако изменити.

У глави о економском уређењу нема одговарајуће стипулације о приватној својини. Друкчије је у уставима многих других посткомунистичких земаља, што указује и на њихова друкчија опредељења, неупоредиво повољнија за сарадњу са земљама тржишне привреде и међународним организацијама као што су Светска банка, Европска банка за обнову и развој и друге институције. Ово може бити од виталног значаја. Порука која се овако шаље, дубоко смо убеђени, није у складу са интересима Србије. У чл. 71. исте главе, уставотворци прибегавају уређивању својинских права на непокретностима "зависно од природе и намене непокретности", упућујући да ће се режим утврдити савезним законом.

Пре свега, ово одмах буди сумњу да ће доћи до настављања ширег административног ограничавања својине него што је уобичајено у земљама тржишне привреде. То одговара духу дела новог законодавства у Србији. Уосталом, већ у следећем члану - чл. 72. ст. 1, предвиђа се да су "природна богатства и добра у општој употреби, као добра од општег интереса и градско грађевинско земљиште у државној својини". Како је у законодавству Србије градско грађевинско земљиште дефинисано недовољно одређено, могуће је и даље екстензивно тумачење, а тиме и ширење домена државне својине. Додајмо још и актуелни режим управљања јавним предузећима и фондовима за развој, па ће слика о карактеру система административног социјализма, који се, на жалост, жели, бити знатно јаснија. Тиме се пребацујемо на слепи колосек.

Члан 100. - сведочи о великим овлашћењима егzekутиве. Влада постаје јача од парламента, а премијер од председника Републике, док је у Србији обратно. Ово отвара многа питања: односа према чланицама, опште компетентности јаке управе која није пратила светски развој, а има обавезе, овлашћења и задатке које, оваква каква је, не може успешно обављати (доказ: већ усвојен скуп закона Србије и ефикасност три владе до сада). Друкчије људе неће имати ни савезна влада. Сем тога, услед паритета може доћи до даљег заоштравања проблема компетенције у појединим ресорима, јер и друга чланица мора имати представнике на важним местима, без обзира на стручне способности људи који су у овом тренутку доступни за таква места.

Нигде се не назире тело слично нпр. Саветодавном телу Владе В. Британије (Public Policy Unit), које би ангажовало умни потенцијал увек када потребе то налажу. Можда ће се тако нешто организовати доношењем уредбе владе на основу чл. 100. ст. 12, али остаје само да се нагађа, иако смо због неспособности да стратегију и одлуке добро припремимо већ жестоко кажњени.

Најзад, збуњује однос између Савезног и Уставног суда: Савезни се суд уређује са четири члана (чл. 109-112), а Уставни суд са десет чланова. Откуд ова несразмера у броју чланова; да ли се очекују конфликтне ситуације па се прецизније одређују овлашћења Уставног суда; да ли српски народ треба поново да троши енергију на усклађивања уместо на сарадњу и развој...

Овакве три државе које овим уставом настају није требало градити. Интерпретиран је политички тренутак а не историјски интерес. Представља више уговор о игри на срећу него устав и личи на тзв. "Sunset Laws" - "законе сунчевог заласка" у Америци, који трају тачно одређено време. Зато га треба сматрати само као скицу, пролог за будуће догађаје у којима морамо имати снаге, воље и енергије како би епилог био, држава која потиче са простора Рашке и Зете, која поштује своју традицију и културу, а не зачиње се у Јајцу. Та нова држава, на основама друкчијег устава, води нас у XXI век, међу друге народе Европе и света којем припадамо као слободна, снажна и демократска заједница.

ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА ЈУГОСЛАВИЈЕ

Република прописује услове под којима се користе, стављају у промет и јавно приказују страни филмови

Законом Републике Србије о кинематографији ("Сл. гласник РС", број 46/91) прописано је: да се видео-касете на којима су забележени страни филмови могу користити, стављати у промет и јавно приказивати само под условом да су увезене у складу и с прописима о спољнотрговинском пословању - што утврђује Министарство културе; да инспекцијски надзор над применом тога закона обавља Министарство културе које, у обављању тога надзора, врши преглед документације која се односи на увоз сваког филма и прописане су казне за прекршај одредби тога закона.

Грађанин сматра да су одредбама оспореног закона уређена питања која могу бити уређена само савезним законом и да оспорене одредбе наведеног републичког закона нису, због тога, у складу с Уставом СФРЈ.

Одредбом члана 281. став 1. тачка 5. Устава СФРЈ утврђено је да федерација, преко савезних органа, уређује систем спољнотрговинског пословања, девизног пословања и другог економског пословања с иностранством и обезбеђује извршавање савезних закона у тим областима. Сагласно тој одредби Устава, право је и дужност федерације, кад је реч о увозу страних филмова снимљених на видео-касете, да уреди, као и у другим случајевима, само режим увоза тих касета, односно страних филмова које те касете садрже. То право федерације не подразумева и њено право и дужност да уреди начин коришћења, стављања у промет и јавног приказивања тако снимљених филмова. Одредбама републичког закона уређена су, дакле, питања чије уређивање није право и дужност федерације, па оспорене одредбе републичког закона, нису, стога, противне Уставу СФРЈ.

(Одлука УСЈ, I-У број 11/1-92, од 11. марта 1992)

Концесија за коришћење необновљивог природног богатства или добра у општој употреби

Законом о општим условима за давање концесија страним лицима у Републици Србији ("Сл. гласник РС", број 6/90) прописано је да се, под условима које предвиђа тај закон, страном лицу може дати концесија за коришћење необновљивог природног богатства или добра у општој употреби на територији Републике - најдуже на дванаест година, не рачунајући у то раздобље време неопходно за обављање припремних радњи у одређеном виду; да се концесија дата страном лицу одобрава законом и да уговор о концесији чини саставни део закона, а да предлог уговора са страним лицем утврђује Извршно веће Скупштине Републике Србије.

Поступак за оцењивање уставности оспореног закона покренуло је Савезно извршно веће, које сматра да оспорени закон уређује питање које

може бити уређено само савезним законом и да, због тога, оспорени закон није у складу с Уставом СФРЈ.

Уставни суд Југославије оценио је да је оспорени закон у супротности са Савезним законом о страним улагањима. Тим савезним законом изричито је, наиме, прописано да се концесија за коришћење необновљивог природног богатства, или добра у општој употреби, може дати само под условима прописаним тим законом и да се о свакој појединој концесији која буде одобрена доноси савезни закон. Будући да је наведеним савезним законом изричито прописано да се концесија, у наведеним случајевима, даје само под условима прописаним тим законом, очито је да су оспорене одредбе републичког закона у супротности са савезним законом.

(Одлука УСЈ, I-У број 129/1-90, од 11. марта 1992)

Надзиђивање зграда и претварање заједничких просторија у станове - питање је које уређује република

Законом о надзиђивању зграда и претварању заједничких просторија у станове ("Сл. гласник СР Србије", број 24/88) прописано је да о надзиђивању зграда и претварању заједничких просторија у станове одлучује орган управе општинске скупштине, по прибављеном мишљењу носиоца права располагања зградом, односно заједничким просторијама, носиоца права својине и скупа станара.

Грађанин сматра да питања која су предмет оспореног закона могу бити уређена само савезним законом, по којем о надзиђивању зграде, односно о претварању заједничких просторија у станове, може одлучивати само власник зграде и да оспорени закон стога није у складу с Уставом СФРЈ, односно да је у супротности са савезним законом.

Федерација је, сагласно одредби члана 281. став 1. тачка 4. Устава СФРЈ, уредила основне својинскоправне односе. Није право федерације, дакле, да уређује сва питања својинскоправних односа. Федерација уређује, дакле, оно што се сматра основним у својинскоправним односима. Питање обима уређивања тих односа савезним законом ствар је о којој не одлучује Уставни суд Југославије. Законом о основним својинскоправним односима федерација није уредила питања која су предмет оспореног републичког закона. Тиме се федерација кретала, по мишљењу Уставног суда Југославије, у границама њених права и дужности, утврђених Уставом СФРЈ. Право је, дакле, и дужност републике да уреди она питања својинских односа која нису уређена савезним законом - као основна питања тих односа. Значење одредбе члана 82. став 1. Устава СФРЈ - по којој се право својине на непокретности може, уз правичну накнаду, ограничити ако то захтева општи интерес утврђен на основу закона - није, по схватању Уставног суда Југославије, у томе да се то чини савезним законом. Право значење те одредбе Устава СФРЈ састоји се, по мишљењу Уставног суда Југославије, у томе да право својине може бити ограничено само законом. Одговор на питање: да ли право својине може бити ограничено савезним законом, или републичким законом, произлази из наведене одредбе Устава СФРЈ по којој федерација уређује основне својинскоправне односе. Нема савезног закона којим је питање које је предмет оспореног закона друкчије уређено. Реч је, дакле, о питању које може бити уређено републичким законом. Због тих разлога, Уставни суд Југославије сматра да оспорени републички закон није противан Уставу СФРЈ.

(Решење УСЈ, I-У број 238/1-91, од 11. марта 1992)

Право да уређује управни поступак има само република

Одлуком Скупштине општине Д., о грађевинском земљишту, био је прописан посебан поступак за оцењивање доказа од значаја за примену те одлуке.

Будући да је, по мишљењу грађанина, поступак који уређује оспорена одлука већ уређен Законом о општем управном поступку и да није право општинске скупштине да својим прописом уређује питања управног поступка, грађанин сматра да је оспорена одлука општинске скупштине у супротности с наведеним савезним законом.

Оспорена одлука није, по оцени Уставног суда Југославије, у складу с Уставом СФРЈ. Та оцена заснована је на схватању да одредба члана 281. став 1. тачка 12. Устава СФРЈ значи да се управни поступак (посебни управни поступак), који, по тој одредби Устава СФРЈ, не уређује федерација, уређује републичким законом. Право републике да уређује посебни управни поступак исходи из тога што федерација уређује само општи управни поступак. Истовремено, то значи да управни поступак не може уређивати ни једна друга друштвенополитичка заједница, па ни онда кад је уређивање одређеног друштвеног односа по уставу њено право и дужност. Оспорена одлука не уређује само одређен друштвени однос: грађевинско земљиште на подручју општине Д., већ и питања поступка (оцена доказа). То значи да та одлука уређује, како питање које може бити уређено само Законом о општем управном поступку, тако и питање које може бити уређено законом републике. Будући да уређује нешто што је право и дужност федерације, односно републике, нешто што може бити предмет само законодавног уређивања, оспорена одлука није, дакле, у складу с Уставом СФРЈ.

(Одлука УСЈ, II-У број 74/90, од 11. марта 1992)

Припремио Ђорђе Ђурковић

ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ

Избор судија

1. Уставном суду је поднета иницијатива за оцењивање уставности члана 42. Закона о судовима ("Службени гласник РС", бр. 46/91).

Иницијатор у својој представи указује да је одредбама оспореног члана Закона о судовима поново прописана морално-политичка подобност за судије редовних судова, мада овај критеријум Устав Републике Србије не садржи. Закон је избегао појам морално-политичке подобности, али је у суштини овај исти критеријум увео кроз "друге услове за вршење судијске функције". Овако неодређена законска одредба ствара могућност за продужавање монопола на судијску функцију раније изабраних судија. Подносилац иницијативе сматра, поред осталог, да је Закон уместо објективних критеријума за избор кандидата за судијску функцију (нпр.: стручни радови, које оцењују стручне комисије) прописао давање мишљења колегијума суда, који не пружа гаранције да ће стручно најспособнији кандидати бити изабрани за судије.

2. Закон о судовима ("Службени гласник РС", бр. 46/91, 60/91 и 18/92) донет је 29. јула 1991. године и ступио је на снагу 7. августа 1991. године.

У поглављу V *Избор судија и судија поротника*, Закон уређује, поред осталог, и услове за избор судија.

Одредбама члана 38. Закона утврђени су следећи законски услови за избор судија: 1) да кандидат испуњава опште услове за рад у државним органима; 2) завршен правни факултет; 3) положен правосудни испит; 4) да

ужива углед за вршење судијске функције; и 5) да има одређено радно искуство на пословима правне струке.

Одредбама оспореног члана 42. Закона утврђено је:

"Министар правде прибавља мишљење о стручним, радним и другим условима за вршење судијске функције за све пријављене кандидате, од колегијума суда, органа или организације у којима су кандидати обављали послове правне струке.

Министар правде доставља мишљење из става 1. овог члана заједно са својим мишљењем, надлежном телу Народне скупштине".

Имајући у виду наводе из представке, у вези са ставом 1, члана 42. Закона, постављају се питања: прво, да ли се кроз одредбе о прибављању мишљења "о стручним, радним и другим условима за вршење судијске функције" на индиректан начин уводи (или задржава) морално-политичка подобност кандидата као услов за избор на судијску функцију, што би било несагласно уставним одредбама које онемогућавају увођење таквих - посебних услова.

Друго, да ли је сагласно Уставу уређено питање органа који даје то мишљење, односно да ли мишљење о "стручним, радним и другим условима за вршење судијске функције" може дати колегијум оне организације или органа у коме су кандидати обављали послове правне струке.

С обзиром на то да се у оспореним одредбама члана 42. Закона ради изричито о условима за вршење судијске функције, оне се морају тумачити у вези с одредбама чл. 38. Закона које утврђују те услове. Само члан 38. Закона прописује који су то услови, док члан 42. прописује начин на који се утврђује да ли су ти услови испуњени.

Сви наведени законски услови односе се на стручне и радне квалитете кандидата за вршење судијске функције, с тим што се испуњеност четири наведена услова може егзактно утврдити (нпр. школска спрема, радни стаж, и сл.). Остаје дилема једино начин утврђивања једног законског услова: да ли кандидат ужива углед за вршење судијске функције. Закон је то морао посебно да уреди, што је и учињено у оспореном члану 42. Закона. При томе, чињеница да је Закон предвидео у оспореним одредбама да се прибавља мишљење о испуњености свих потребних услова, а не само о томе да ли кандидат ужива углед за вршење функције, указује да се под општом одредбом "и другим условима" (пored стручних и радних квалитета) подразумева, односно обухвата услов да кандидат ужива углед за вршење судијске функције, утврђен у чл. 38. Закона.

Како Закон и у оспореним одредбама (члан 42) и у члану 38. говори о "условима за вршење судијске функције", из наведеног језичког и систематског тумачења оспорених одредаба члана 42. Закона, у вези са чланом 38. Закона, произлази да Закон тражи од кандидата тачно одређену врсту подобности - подобност за вршење судијске функције, која се не може сматрати морално-политичком категоријом. Предвиђени услови се не проширују оспореним законским одредбама јер оне по свом садржају, ни директно ни индиректно, не уводе морално-политичку подобност кандидата као неопходни услов за избор на судијску функцију, те су наводи и тумачење иницијатора са тим у вези неосновани. При томе, треба имати у виду да овај законски услов није "санкционисан" јер је мишљење колегијума факултативног, а не обавезујућег карактера за надлежно тело Народне скупштине.

Имајући у виду наведено, сматрамо да се уставност оспорених одредаба Закона не може оцењивати са становишта уставног начела о доступности сваког радног места и функције у друштву сваком грађанину под једнаким условима, како је то раније Суд чинио када се радило о увођењу "морално-политичких квалитета" као посебног услова за вршење одређених функција и послова. Односно, може се оценити да се у конкретном случају не ограничава уставно право грађана из члана 35, став 2. Устава РС који утврђује: "Свакоме је, под једнаким условима, доступно радно место и функција".

С уставноправног становишта, може се даље поставити питање да ли је за увођење посебног услова "да кандидат ужива углед за вршење судијске функције", који се подразумева под "другим условима", постојао посебан интерес друштва, о коме је законодавац морао да води рачуна.

Сматрамо да је према Уставу РС, такав интерес постојао. Посебан интерес друштва када је у питању вршење судијске функције изражен је како у овлашћењима Републике да уређује и обезбеђује уставност и законитост, организацију, надлежност и рад републичких органа (члан 72, тач. 2. и тач. 11. Устава РС), тако и у посебној одредби: "Организација, оснивање, надлежност и састав судова и поступак пред судовима уређују се законом" (чл. 102, ст. 1. Устава Републике Србије).

Полазећи од наведених уставних одредаба, може се оценити да се одређена питања у вези са саставом судова, и у тим оквирима у вези са условима за избор на судијску функцију, могу посебно уредити, па и онако како је то учињено у оспореним одредбама Закона.

Једино уколико би се пошло од другачијег тумачења члана 42. Закона - као од самосталне законске норме, која говори о условима за вршење судијске функције, могла би се јавити дилема да ли се одредбом "и другим условима", на неодређен начин, ипак, проширују законски услови из члана 38. Сматрамо да за овакво тумачење нема довољно основа јер оспорене одредбе уређују начин прибављања и достављања мишљења.

У вези са питањем органа или тела од кога се прибавља мишљење о томе да ли кандидати испуњавају потребне услове за вршење судијске функције, сматрамо да је ствар оцене законодавца које је решење најцелисходније. Закон је могао предвидети и неки други орган или тело које би се о томе изјашњавало. Како се наведеним одредбама не залази у односе и надлежности судских и других државних органа утврђене Уставом, што би Уставни суд кроз своју оцену могао да штити, то је у конкретном случају ствар законодавне политике како ће уредити то питање.

Суд је прихватио изложено тумачење оспорених законских одредаба и наведени приступ у вези са постављеним уставноправним питањима, па је донео решење којим није прихватио дату иницијативу.

(Решење Уставног суда Iу бр. 662/91 од 7. маја 1992. год.)

Рад државних органа доступан је јавности

1. Иницирано је покретање поступка пред Уставним судом Републике Србије за оцену уставности одредаба Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука и неуставности и незаконитости Пословника Уставног суда, којима је уређена јавност рада Уставног суда.

По мишљењу иницијатора, оспорене одредбе Закона и Пословника нису у складу са чланом 97. Устава Републике Србије, а одредбе Пословника нису у складу са чланом 8. Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука. Он сматра да је грађанину ускраћено право јавности у раду државних органа, а овде Уставног суда.

2. Уставом Републике Србије предвиђено је у члану 10, став 1. да је рад државних органа доступан јавности. У ставу 2. овог члана Устава прописано је да се јавност у раду државних органа може ограничити или искључити само у случајевима који се законом одређују.

Према члану 131. Устава, поступак пред Уставним судом и правно дејство његових одлука уређују се законом. Законом о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука уређено је, између осталог, како се обезбеђује јавност у раду Уставног суда. На основу овлашћења из овог Закона, Пословником о раду Уставног суда ближе су уређена нека питања која се односе на јавност рада Уставног суда.

У свом захтеву за покретање поступка ради оцене уставности и законитости, иницијатор се позвао на члан 97. Устава Републике Србије, али оне

нису основ за тражену оцену уставности. Наиме, одредбе члана 97. Устава налазе се у поглављу Устава које се односи на судове и јавна тужилаштва, а не на Уставни суд. Наведеним одредбама Устава предвиђено је да је расправљање пред судом јавно и оно се односи на остваривање судске власти која припада судовима, а није у питању начелна одредба која важи за рад свих државних органа, па и за Уставни суд.

Јавност рада Уставног суда, што је уређено у поглављу Устава које се односи на уставност и законитост, не подразумева присуство учесника у поступку, јер се у поступку не врши њихово саслушање и сл., већ увидом у нормативне акте и њиховим тумачењем, с тим да јавност о томе буде на одговарајући начин обавештена, што се обезбеђује присуством акредитованих новинара јавних гласила седницама Суда и извештајима са тих седница, одржавањем конференција за штампу и састанака са представницима јавних гласила, јавним објављивањем одлука Уставног суда и др.

Законом о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука предвиђено је да је рад Уставног суда доступан јавности и ближе је уређено како се обезбеђује јавност рада Уставног суда, као и када се изузетно може ограничити или искључити јавност из рада Уставног суда.

Према члану 8. наведеног Закона, јавност рада Уставног суда обезбеђује се:

- јавним расправљањем у поступку пред Уставним судом;
- објављивањем одлука Уставног суда;
- обавештавањем јавности о раду Уставног суда; или
- на други начин који одреди Уставни суд.

Пословником Уставног суда ближе су уређена нека питања остваривања јавности у раду Уставног суда и то на основу овлашћења из Закона.

Полазећи од изнетог, Уставни суд је оценио да спорне одредбе Закона о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука, као и одредбе Пословника Уставног суда нису несагласне с Уставом Републике Србије.

(Решење Уставног суда Републике Србије Iу бр. 58/92 од 21. маја 1992. године)

Услови за обављање послова возача-инструктора

Иницирано је покретање поступка пред Уставним судом Србије за оцену уставности члана 95, став 1. Закона о безбедности саобраћаја на путевима ("Службени гласник СРС", бр. 53/82, 15/84, 5/86, 21/90 и "Службени гласник РС", бр. 28/91).

Наведеним одредбама Закона прописани су услови које треба да испуњава лице које жели да полаже испит за возача-инструктора. Услови су: 23 године живота, најмање средња стручна спрема и поседовање возачке дозволе најмање три године за управљање оном врстом возила за коју се тражи инструкторска дозвола и да последњих пет година није правноснажно осуђено за кривично дело угрожавања безбедности саобраћаја.

Из навода иницијатора види се да он тражи оцену уставности оног дела одредбе који се односи на године живота као услов за обављање послова инструктора-возача, односно полагање испита за инструктора-возача, јер сматра да такво решење није у складу с Уставом Републике Србије, а ни са ранијим Уставом СРС. Он сматра да се тиме ограничава право на рад и слобода рада за коју је услов 15, односно 18 година живота. Поред тога, указује да се за 18 година живота стиче потпуна пословна и правна способност сваког лица за обављање свих послова у друштву, па како је онда могуће да тражи старост од 23 године само за обављање послова инструктора-возача.

Захтев иницијатора може се посматрати са два становишта. Са становишта права на рад, где се утврђује граница старости на 23 године живота, и са становишта права на образовање.

Са становишта услова за остваривање права на рад, стоји основ да је у питању повреда уставног права на рад, посебно у погледу потпуне пословне способности човека, јер је Устав стицање те способности везао за 18. годину живота. Тако гледано, прописивање услова у погледу година живота није у складу с Уставом. Међутим, да је законодавац прописао претходне услове у погледу стручне спреме и радног искуства, постигао би циљ којим се руководи законодавац - већа сигурност и безбедност у саобраћају.

Са становишта образовања, односно права на образовање, које Устав признаје свим грађанима, могуће је прописати потребне услове, па и године старости ако се ради о редовном образовању и до нивоа средњег образовања. Али, пошто овде није случај редовног или ванредног образовања, већ полагање одређеног испита за возача-инструктора, то је, по ошени Уставног суда, законодавац прекорачио уставно овлашћење па је утврдио да део спорне одредбе члана 95. Закона о безбедности саобраћаја на путевима није у сагласности с Уставом.

(Одлука Уставног суда Србије Iу бр. 635/91 од 21. новембра 1991. године)

Припремио др Томислав Вељковић

ОДЛУКЕ ВИШЕГ ПРИВРЕДНОГ СУДА СРБИЈЕ

Не може се тражити накнада штете у међународном превозу железницом уколико није поднет захтев за рекламацију

Првостепени суд је одбацио тужбу јер тужилац није поднео железници захтев за рекламацију.

Тужилац у жалби истиче да подношење захтева за рекламацију железници није услов за накнаду штете па је предложио да се решење укине, а предмет врати на наставак поступка и доношење одлуке.

Виши привредни суд Србије одбио је жалбу и потврдио првостепено решење.

Из Образложења:

"Из података предметног списка произлази да тужилац утужени износ потражује на име накнаде регресне штете, будући да је свом осигуранику за штету насталу на роби у току међународног превоза железницом исплатио 20.000 динара.

Међу странкама је спорна примена одредаба чл. 29. и 30. Споразума о међународном железничком робном саобраћају – СМГС-а, да ли се тужба у овој парници може сматрати преурањеном.

Првостепени суд је правилно поступио када је донео ожалбено решење јер је, правилно ценећи одредбу чл. 29. тач. 1. СМГС-а, утврдио да је тужба за наплату спорног износа по основу штете настале у међународном превозу робе железницом преурањена, па је сходно томе правилно применио материјално право када је тужбу одбацио.

Ово због тога, што је одредбом чл. 29. тач. 1. СМГС-а предвиђено да се тужба може поднети само ако је пре тога железници био поднет захтев за рекламацију, и ако је поступак по постављеном захтеву окончан".

Према томе, не може се тужбом тражити накнада штете ако претходно није поднет захтев за рекламацију железници и ако поступак по том захтеву није окончан.

(Решење Вишег привредног суда Србије ПЖ 628/92. од 6. априла 1992. године)

Одлука спољнотрговинске арбитраже не може се побијати пред судом због неутврђеног чињеничног стања

Првостепени суд је одбио тужбени захтев којим се тражи поништај одлуке спољнотрговинске арбитраже. Благовременом жалбом тужилац побија пресуду и истиче да је, при доношењу пресуде, повређено начело утврђивања материјалне истине јер чињенично стање није у потпуности утврђено, па је предложио да се пресуда преиначи и укине одлука спољнотрговинске арбитраже.

Виши привредни суд је одбио жалбу и потврдио првостепену пресуду.

Из Образложења:

"Предмет спора је поништај одлуке Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије у Београду Т. 39/87. од 17.10.1988. године.

По налажењу овога суда правилно је поступио првостепени суд када је донео ожалбену пресуду, одбио тужбени захтев за поништај арбитражне одлуке и тужиоца обавезао да туженом на име трошкова парничног поступка плати 5.080,00 динара.

За своју одлуку дао је довољно јасне и на закону основане разлоге, које у свему као правилне прихвата и овај суд, па налази да не стоје жалбени наводи из којих тужилац побија пресуду.

Не стоји ни навод жалбе да је повређено начело материјалне истине јер чињенично стање није у потпуности утврђено. Ово са разлога што се одлука арбитраже не може побијати због утврђивања чињеничног стања, већ само због повреде поступка и погрешне примене материјалног права.

Првостепени суд је правилно утврдио да не постоји ниједан разлог за поништај одлуке спољнотрговинске арбитраже, пошто је у поступку пред арбитражом правилно утврђено чињенично стање и правилно примењено материјално право, а да при томе није учињена ни битна повреда поступка на коју суд пази по службеној дужности.

Све друге околности и наводи на које се тужилац позива у жалби су без утицаја на доношење другојачије одлуке".

Према томе, одлука спољнотрговинске арбитраже не може се побијати због утврђивања чињеничног стања.

(Пресуда Вишег привредног суда Србије ПЖ. 4103/92. од 28. априла 1992. године)

Захтев за утврђивање ништавости уписа у судски регистар подноси се у року од 30 дана

Првостепени суд је одбацио тужбу.

Благовременом жалбом тужилац побија решење и предлаже да се исто укине, а предмет врати на поновни поступак јер сматра да је благовремено поднео захтев.

Виши привредни суд је одбио жалбу и потврдио првостепено решење.

Из Образложења:

"Правилно је првостепени суд утврдио, а што и жалилац не спори, да је тужба поднета по протоку законског рока од 30 дана па је правилно и поступио када је одбацио тужбу тужиоца. Није основан навод жалбе да тужба није неблаговремена. Како је протекао рок од 30 дана за подношење тужбе, рачунајући од дана када је подносилац тужбе сазнао за разлоге ништавости, то је првостепени суд правилно донео своје решење, а жалба се појављује као неоснована".

Према томе, тужба за утврђивање ништавости извршеног уписа у судски регистар може се поднети у року од 30 дана од дана када је подносилац захтева сазнао за радње ништавости, а према Закону о поступку за упис у судски регистар.

(Решење Вишег привредног суда Србије ПЖ. 4703/92. од 30. априла 1992)

Против решења о упису у судски регистар није дозвољена ревизија

Решењем првостепеног суда одбијен је захтев жалиоца за брисање предузећа из судског регистра.

Виши привредни суд Србије одбио је жалбу и потврдио првостепено решење.

Против решења другостепеног суда тужилац је изјавио ревизију.

Врховни суд је ревизију одбацио као недозвољену у складу са одредбом чл. 13. Закона о поступку за упис у судски регистар.

Наведеном одредбом прописано је да против правноснажног решења донесеног у поступку за упис у судски регистар није дозвољена ревизија нити понављање поступка.

Према томе, ревизија се не може изјавити против решења којим је окончан поступак у вези уписа у судски регистар.

(Решење Врховног суда Србије Прев. 48/92. од 28. априла 1992. године)

Последице недоласка на два рочишта

Првостепени суд је констатовао да се тужба сматра повученом.

Тужилац побија ово решење и истиче да је приступио на прво рочиште и да нема услова за примену чл. 465 ЗПП-а па је предложио да се решење укине.

Виши привредни суд је одбио жалбу и потврдио првостепено решење.

Из Образложења:

"Правилно је првостепени суд донео своје решење јер су за то испуњени услови из чл. 465. ст. 2. ЗПП-а. Ово са разлога што је одржано једно рочиште али странке нису приступиле на два каснија рочишта па се тужба сматра повученом како је то констатовао првостепени суд, па се жалба сматра неоснованом".

Према томе ако странке изостану са два узастопна каснија рочишта тужба се сматра повученом.

(Решење Вишег привредног суда ПЖ 45553/92. од 30. априла 1992. године)

Припремио др Јездимир Митровић

ОДЛУКЕ ОКРУЖНОГ СУДА У БЕОГРАДУ

Тужени дневни лист објавио је без сагласности и одобрења тужиоца, као аутора у виду фељтона у 18 наставака делове књиге тужиоца - аутора књиге и то под измењеним насловом.

Тужилац је пред Окружним судом тражио заштиту ауторских моралних и имовинских права и накнаду штете.

Окружни суд је у смислу члана 330. Закона о парничном поступку донео међупресуду и утврдио повреду ауторских права тужиоца и право на накнаду штете. Врховни суд одбио је жалбу туженог и потврдио међупресуду првостепеног суда. Судови су стали на становиште: Пошто је тужени оспорио и основ тужбеног захтева и висину, а да је у погледу правног основа ствар сазрела за доношење одлуке и да је доношење међупресуде целисходно како би се одлучило само о основу тужбеног захтева, а да се о висини тужбеног захтева застане до правноснажности међупресуде.

У поступку пред првостепеним судом утврђено је да је тужени у дневном листу објавио без сагласности и одобрења тужиоца, као аутора, у виду фељтона у 18 наставака делове књиге тужиоца, аутора књиге и то под измењеним насловом.

Аутори дела имају ауторска права утврђена законом (члан 1. Закона о ауторском праву - "Службени лист СФРЈ" бр. 19/78, измене и допуне 24/86. и 21/90). Ауторима дела припадају ауторска имовинска и ауторска морална права (члан 26), па у случају повреде тих права могу тражити заштиту тог права и накнаду штете која им је повредом нанета (чл. 95).

Ауторска имовинска права сачињавају права аутора на искоришћавање дела, па се то може вршити само по дозволи аутора, па аутору за свако искоришћавање од стране другог лица припада право на накнаду штете. Искоришћавање ауторског дела у смислу чл. 27. Закона врши се нарочито: објављивањем, прерађивањем, репродуковањем, умножавањем, обрађивањем, приказивањем, извођењем, преношењем и превођењем дела.

Међупресудом суд је утврдио да су морална права тужиоца повређена и то право из члана 28. наведеног Закона. Ауторска морална права у смислу члана 28. Закона о ауторском праву сачињавају: право аутора да буде признат и означен као творца дела, право аутора да се успротиви сваком деформисању, сакаћењу или другом мењању дела и право аутора да се успротиви свакој употреби дела која би вређала његову част или углед.

Извршеном фелетонизацијом и објављивањем делова књиге тужиоца, као аутора, а без његове дозволе, знања и сагласности, тужени је извршио повреду ауторских моралних и имовинских права тужиоца. Понашање туженог није у складу са цитираним законским прописима па тужиоцу, као аутору, припада право заштите ауторских права и накнада штете а у смислу одредбе члана 95. Закона. О висини тужбеног захтева суд ће донети посебну одлуку по правноснажности ове међупресуде.

(Међупресуда Окружног суда у Београду П. бр. 4037/90. од 12. септембра 1991. године и пресуда Врховног суда Србије Гж. 844/91. од 22. јануара 1992. године)

Јачи правни основ за државину сувласника

Предмет ове парнице је захтев тужиоца за утврђивањем својинског удела у имовини стеченој у брачној заједници са туженом, коју чини један двособни стан, а у смислу одредаба чл. 328. Закона о браку и породичним односима и предаји у државину својинског удела. Тужена је признала тужиоцу својински део 1/2 заједнички стечене имовине оспоравајући му право да у овом поступку добије у државину признати својински идеални део. Првостепени и другостепени суд заузели су правни став да тужилац иако сувласник са 1/2 у предметном стану не може с успехом да тражи и државину тог свог својинског идеалног дела пре извршене физичке деобе, при чему су се позвали на одредбе чл. 70, 80. и 81. Закона о својинско-правним односима.

Врховни суд је прихватио правно схватање изнето у пресудама нижестепених судова. Када од два сувласника само један држи целу непокретност, онда тај сувласник има јачи основ за државину. Други сувласник може своје право на државину остварити само пошто претходно у поступку физичке деобе изврши свој реални удео у спорној непокретности и потом тражи предају тог реалног дела непокретности у државину. Уколико физичка деоба није могућа, сувласник може тражити цивилну деобу ствари и тако остварити своје право на државину свог сувласничког удела.

(Врховни суд Србије Рев. бр. 2138/91. од 30. октобра 1991. године и пресуда Окружног суда у Београду Гж. бр. 8488/90. од 20. новембра 1990. године)

Конвалидација уговора

Током поступка пред првостепеним судом утврђено је да су продавац и купац закључили усмени уговор о купопродаји стана за цену од 41.000 америчких долара, па је прва рата плаћена током 1986. године, да је купац уведен у посед, да је потом плаћена купопродајна цена у целини, да је плаћен порез на промет, да није повређено право прече куповине и да продавац није оспорио садржину писменог уговора али је одбио да уговор потпише.

На основу наведеног утврђеног чињеничног стања пред првостепеним судом, а решавајући по ревизији, Врховни суд Србије стао је на следеће правно становиште: у случајевима када је касније сачињен писмени уговор о купопродаји који потпуно одговара постигнутом споразуму, па исти потпише купац, а продавац одбије потпис уговора због тражења доплате цене после њене потпуне исплате, сматра се да постоји писмени уговор.

Како је продавац доставио купцу бројеве својих рачуна на које је касније извршена уплата купопродајне цене, има се сматрати да то писмено представља једну целину купопродајног односа, па се има сматрати да се ради о перфектном уговору и да постоји потпис оба учесника о сунасталом купопродајном односу.

Садржина измене и допуне чл. 4. Закона о промету непокретности је да се разреши и спорни односи настали пре његовог доношења, како би се савесном купцу и држаоцу омогућило да уз испуњење услова из чл. 4, ст. 4. Закона о промету непокретности призна дејство уговора и уговор реализује како би се правно искључиле могуће штетне последице чекања савесног купца на протек времена потребног за одржај.

Наведена законска одредба простире се и на прошлост регулишући одређене правне ситуације које су раније биле мањиве са становишта форме, тако да се недостатак форме конвалидира кроз признање правног дејства таквог уговора. Несклад између фактичког и правног стања омогућавао је конвалидацију уговора до његове перфекције што је проузроковала измена и допуна Закона о промету непокретности, тако да се у новонасталој ситуацији фактички признаје правно дејство од тренутка фактичког настанка, чиме се постиже друштвена сигурност и правна стабилност. Ради тога, правилно је признати правно дејство наведених уговора.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 1441/91. од 26. јуна 1991. године и пресуда Окружног суда у Београду Гж. 62/91. од 6. марта 1991)

Нужни носиоци

Да би Законом одређено лице стекло право нужног наслеђивања, потребно је кумулативно да се испуне два услова: да је то лице трајно неспособно за рад и да нема средстава за живот.

Пок. С. М. умро је 17. маја 1985. године, оставио је тестамент сачињен у форми писменог тестаментa пред сведоцима, проглашен на записнику са рочишта пред судом. Тестаментом је сву своју имовину покретну и непокретну и од ауторских права оставио супруги С.М. Од позваних лица на наслеђе, сви су признали пуноважност тестаментa и његову садржину осим што је сестра оставиоца оспорила пуноважност тестаментa, па је упућена на парницу. Правноснажном судском пресудом одбијен је тужбени захтев тужиоцеве сестре оставиоца којим је тражила поништај тестаментa. У разлозима пресуде се наводи да је тужила, сестра оставиоца, тврдила да је тестаментом повређен њен нужни део, јер је као неспособна за рад и без средстава за живот она нужни наследник свог брата, а у смислу одредаба члана 25, став 2. Закона о наслеђивању. Суд је утврдио да тужила не испуњава наведене законске услове, јер је утврђено да је сувласник са 1/2 непокретности - куће у Београду, док је друга половина у сусвојини сада пок. С. М.

По схватању Врховног суда, Општински и Окружни суд правилно су применили материјално право када су расправили питања заоставштине пок. С. М. и за наследника огласили по тестаменталном основу наслеђивања супругу оставиоца С. М.

Да би сестра оставиоца у смислу члана 25, став 2. Закона о наслеђивању била његов нужни наследник, потребно је да кумулативно буду испуњена оба услова, да је трајно неспособна за рад и да нема средстава за живот, а што овде није случај, јер је она земљишно-књижни власник куће са 1/2.

(Решење Врховног суда Србије Рев. 2063/91 од 18. децембра 1991. године и Окружног суда у Београду Гж 5462/90 од 11. јула 1990. године)

Припремио судија Димитрије Милић

ОКРУГЛИ СТО "ПРОМЕНА ЗАКОНА О МЕРАМА БЕЗБЕДНОСТИ - PRO ET CONTRA"

У организацији југословенског удружења психијатријских радника "Јуко", Правног факултета у Београду и иницијативне групе форензичара, одржан је округли сто "Промене закона о мерама безбедности - pro et contra". У присуству око 40 учесника, правника и психијатара, округли сто је одржан у "Сава-центру" 21. II.1992.

За увод у расправу организатор је понудио материјал у којем је изнео своје ставове о мерама безбедности из чл. 63. и 64. КЗ Србије, а посебно је у 9 тачака издвојио предлоге за промену постојећег закона који би, након четири деценије примене мера безбедности, требало да буде квалитетнији и богатији.

У раду округлог стола реч је узело више учесника, али природа ове белешке не дозвољава детаљан осврт на сваки реферат или дискусију, већ само, ради илустрације, краће осврте на неке од њих.

Уводни реферат "Трајање мера безбедности медицинског карактера" З. Томић је поделио на два дела. Први део реферата посветио је прегледу врста и трајања мера безбедности медицинског карактера у неким савременим кривичним законикима, с циљем да осврт послужи као илустрација за аргументовану расправу о назначеним проблемима и, евентуално, понуди неку од идеја за другачије уређење ове проблематике у нашем праву. У другом делу је критички приказао мере безбедности у нашем праву, своје виђење постојећег стања и уређења материје ове проблематике са предлозима *de lege ferenda*. Као околности које су утицале да је концепција о мерама безбедности апсолутно неодређеног трајања нашла своју реализацију у позитивним кривичним законодавствима само изузетно, Томић издваја посебно две: 1. све гласније захтеве за заштитом личних слобода грађана и 2. продирање у теорији идеје да се извесна сразмерност, чији корени леже у одмаздној природи казне, проширује и на мере безбедности супротно њиховој чисто превентивној природи. Стога је апсолутно неодређено трајање у позитивним кривичним законодавствима прихваћено за сасвим мали број мера безбедности и то у Аустрији (смештај у установу за душевно абнормалне учиниоце), Савезној Републици Немачкој (смештај у психијатријску клинику) и Швајцарској (упућивање у установу за лечење и сигурносно чување). У нашем праву такво решење усвојено је само за меру безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, а у извесном смислу то је присутно и код обавезног лечења алкохоличара и наркомана. Имајући у виду неограниченост трајања мере безбедности из чл. 63. КЗ Србије, Томић сматра да о озбиљности размишљања и предлога да се у закону статуира обавеза суда да повремено врши преиспитивање да ли још постоје услови и потреба да се учинилац и даље задржава у заводу, довољно говори чињеница да ова мера, с обзиром на своју природу, може да значи, а понекад и стварно значи, доживотну хоспитализацију лица којем је изречена. Зато тај предлог сматра умесним и позитивним а као решење предлаже законско статутирање обавезе тимске експертизе личности учиниоца у одређеним временским интервалима. Изложивши најновија схватања правника и форензичких пси-

хијатара, заснована на најновијим сазнањима и спознајама о душевним болестима, као и феноменологије и дијагностике, предлаже заокрет у досадашњим гледиштима у правцу постављања питања о сврсисходности неограниченог трајања мере безбедности. Томић закључује своје излагање о овој мери залагањем за постојеће решење, базирајући га првенствено на недостатку прецизнијег предлога, недовољној аргументацији, стању у упоредном законодавству, као и најновијем предлогу за измене КЗ из 1991. године. Како је код обавезног психијатријског лечења на слободи једно од најспорнијих питања њено трајање, Томић, без обзира што њено ограничење на две године сматра значајним гарантом правне сигурности као оправданим и разумљивим разлогом њеног увођења, данас, 15 година касније, такво решење не сматра прихватљивим. У прилог томе износи аргумент да је опасност за околину основ и за ову меру безбедности исто као и код мере из чл. 63, што указује на неодређеност решења. Наиме, ова мера се углавном своди на замену лечења у установи, па су разлици за њено неограничено трајање исти као и код мере из чл. 63. КЗ Србије. Даље, суд у случају изостанка успеха лечења на слободи може изрећи лечење у установи које је неограничено трајања. И, најзад, рок од две године сматра понекад прекратким за постизање резултата лечења, па би болесник, уколико није изречено лечење у установи, остао без потребног медицинског третмана. Своје излагање Томић закључује ставом да је ова мера само једна варијанта лечења у установи, те као таква треба да буде неограниченог трајања у смислу да ће суд обуставити њено трајање када утврди да је престала потреба за лечењем.

II. Каличанин је учеснике упознао са чињеницом да је комисија за људска права УН 1989. године Влади наше земље упутила Нацрт принципа и гаранција за заштиту ментално оболелих и унапређење стања о менталном здрављу, на који није одговорено. Према његовом мишљењу ова питања захтевају да буду законски регулисана и да се обезбеде ефикасни критеријуми за примену у пракси ових закона у контексту њиховог остваривања. У даљем излагању изнео је своје предлоге за измене текста Закона о мерама безбедности, пре свега засноване на наведеном принципу. Издвајамо предлог да мера безбедности из чл. 63. КЗ Србије буде временски ограничена у зависности од тежине кривичног дела, исто као и код психички нормалних учинилаца кривичних дела, наравно уз детаљно процењивање потребе даљег задржавања у установи када рок протекне.

М. Костић је у својој дискусији као илустрацију за предлог за измену текста чл. 64. КЗ Србије изнео случај једног болесника, будући да сматра да је ова мера безбедности медицинског карактера, као и мера безбедности из чл. 63, те да оне не могу бити неограниченог трајања. По његовом мишљењу ове мере се у пракси реализују без потребне примене свих облика научних и здравствених услова, а дугим излагањем чувању учиниоци кривичног дела се деформишу, деперсонализују и претварају у артифицијелног хоспиталника.

П. Јакулић је, након што је дао своје мишљење да је нетачан став да су душевни болесници неизлечиви, изнео своје предлоге и примедбе на предложени текст: неограничено трајање мера безбедности је опасност; примена мера безбедности према битно смањено урачунљивим учиниоцима кривичних дела је дилема за коју не постоји одговор; затим се залаже за лечење на слободи; обавезну хоспитализацију сматра потребном само за неке категорије неурачунљивих лица у складу с чл. 12. ст. 1. КЗ Србије; сматра потребним подробно испитати опасност као услов за изицање и примену мера безбедности; предлаже реализацију ових мера у специјалним болницама за њихову примену; предлаже судско-психијатријске одборе као првостепену комисију на нивоу Врховног суда и, најзад, саглашава се са изнетом дилемом за примену мера безбедности из чл. 63. и 64. према битно смањено урачунљивим лицима.

М. Вујин је поставио питање да ли мере безбедности и даље треба третирати као кривичне санкције или не. У случају да треба, потребно је како

при њиховом прописивању, тако и при њиховом изрицању, правити разлику између душевних болесника и осталих учинилаца кривичних дела. Наиме као критеријум за разграничење у извршењу мера безбедности принудно лечење треба одвојити од чувања и лечења. Приликом изрицања мере безбедности из чл. 63. треба проценити опасност учиниоца кривичног дела за околину, те да ли је ради отклањања те опасности потребно лечење и чување или, ако је већ излечен, само чување.

Д. Вуловић је изнео мишљење да сваки закон, па тако и Закон о извршењу кривичних санкција, утврђује само основна питања. Стога је у пракси потребно направити потпунију разлику између установа у којима ће се извршавати казне лишења слободе и установа у којима би се извршавале мере безбедности. По његовом мишљењу тим установама би требало дати посебан статус, с тим што предлаже да таква установа буде јединствена за целу Србију.

В. Виденовић је нагласио да је вештачење опасности по околину несумњиво проблем. Стога се zaloжио за бољу едукацију вештака, као и ауторитативније комисије. Осврнуо се и на услове рада КП Домова и болница у Београду, за које сматра да су недопустиво лоши и да је и душевним болесницима - учиниоцима кривичних дела - потребно обезбедити савремене услове за извршење изречених им мера безбедности. У том смислу је предложио и измену Закона о извршењу кривичних санкција, у циљу оформљавања специјалне установе - болнице у којој би се по савременим методима и у савременим условима извршавале мере безбедности.

Р. Копачевић је изнео мишљење да решења КЗ нису толико лоша колико је лоша њихова примена у пракси. Ипак, без обзира на то, сматра да је неоправдано одређена дужина трајања мера безбедности, те предлаже ограничење на три до пет година. Поред тога, предлаже наметање обавезе психијатру да сваких 6 месеци извештава суд о стању душевног здравља учиниоца кривичног дела, с тим да се суд у року од месец дана изјасни о потреби даљег задржавања у установи. Уколико би одговор био негативан - да болесника упуту у другу установу, а уколико би се то десило два пута за одлуку би требало да буде надлежна комисија Врховног суда. Што се тиче трајања мера безбедности сматра да, ипак, треба оставити могућност и њиховог неограниченог трајања.

С. Пановић-Ђукић се осврнула на аутоматско одузимање пословне способности учиниоцима кривичних дела којима је изречена мера безбедности, чиме је омогућена злоупотреба. Неприхватљивим сматра временско ограничење лечења на слободи, јер је реч о медицинском третману чије трајање није могуће унапред прецизирати, при чему сматра да се у прилог неограниченом трајању ове мере безбедности може навести и одредба чл. 83. Стандардних минималних правила за поступање са затвореницима.

М. Кнежевић се у дискусији прво осврнуо на предлог о ограниченом трајању мере безбедности из чл. 63. на 5 година, који га изненађује с обзиром на научна сазнања да су одређене врсте душевних болести трајне или неизлечиве. Поред тога, изнео је и мишљење да психијатри морају дати рокове (1, 3 или 5 година), а никако произвољне оцене када треба извршити процену и контролу душевног здравља болесника како би се обезбедио научно заснован предлог за примену кривичног закона.

Ц. Игњатовић је подржао предлог о ограниченом трајању мере безбедности из чл. 63. КЗ Србије на 5 година, а у вези са лишењем пословне способности залаже се, чак, за радикалнији став од става изнетог у понуђеном предлогу, о чему би одлуку доносио суд у поступку изрицања мера безбедности.

Љ. Лазаревић је у својој дискусији прво приметио да се прелази преко правних питања мера безбедности. У прилог томе он је изнео став да је мера безбедности, као и свака друга мера, у основи кривична санкција којом се задира у слободу и права сваког човека, па то мора бити примењено и на душевног болесника. Приметио је да предлог за ограничење трајања мере

безбедности из чл. 63. КЗ Србије долази од лекара а не од правника, а управо су они били ти који су тражили да се унапред не ограничава њено трајање као неосновано и немогуће. Лечење и чување као законске формулације окарактерисао је као неспретне. Чињеница је да су услови за примену обе мере безбедности из чл. 63. и 64. исти, али уз диференцијални елемент за лечење у установи или чување на слободи, али не чување учиниоца кривичног дела, већ чување од њега оних које би он могао да угрози, уз изречену опаску да би чување и лечење требало, можда, да се избаци из законског текста. У вези с трајањем мера безбедности (ограничено или неограничено) изнео је став да је то само наизглед дилема. Наиме, уколико су остварени услови суд мора да обустави меру безбедности и то је њен лимитирајући фактор. У супротном, ако није испуњен услов за њу, ограничило би се њено трајање како би се применила одредба чл. 63. ст. 2. Најзад, изразио је чуђење податком да судови из социјалних разлога одбијају примену овог става, чиме се доносе незаконите одлуке, јер једино успеси лечења могу бити и јесу услови обуставе.

Нема сумње да су скупови овог типа корисни, посебно у тренутку који претходи промени кривичног законодавства, тј. доношењу нових кривичних закона СР Југославије. Овај скуп је указао на то да има доста нерешених питања код законског регулисања мера безбедности из чл. 63. и 64. КЗ Србије и њихова извршења, као и на мноштво предлога за евентуалне измене. Међутим, уз све похвале организаторима, ипак бисмо изнели примедбу да је један овакав скуп требало да окупи већи број еминентних правника и психијатара, како би својим примедбама, предлозима и напоменама обезбедили потребну сарадњу са законодавцем код израде новог текста закона.

др Маринка Цетинић

Драгољуб Кавран, НАУКА О УПРАВЉАЊУ - ОРГАНИЗАЦИЈА, КАДРОВИ И РУКОВОЂЕЊЕ, "Научна књига", Београд, 1991.

I. Недавним изласком из штампе књиге *"Организација, кадрови и руковођење"* (423 стране), аутора др Драгољуба Каврана, професора Правног факултета у Београду, стручна литература из веома динамичне области науке о управљању, обогачена је новим универзитетским уџбеником. Истовремено, изласком ове књиге, студенти на Правном факултету у Београду располажу новим уџбеником за истоимени предмет на четвртој години студија. Према речима аутора "Треба се ослободити опсесије да прорукујемо прошлост. То нигде не води. Треба да, упознавајући како се у иностранству ради, подвргнемо испитивању и критици своје досадашње искуство и постепено изградимо своје modele организације и сарадње који ће у свему носити печат наше културе и цивилизације чији су корени веома дубоки и значајни. Нема никаквог "западног човека" који је једини способан да дилигентно ради, брзо доноси одлуке и рационално поступа, насупрот "источњачкој" инерцији, импровизацији и лењости. То су стереотипи којима не треба поклањати пажњу. Треба, међутим, прегнути да се упознају бољи методи организације и руковођења, и да се прилагоде толерантном понашању у демократској држави с нормалном динамиком сукоба и сарадње, а нарочито сукоба старог с новим. Томе је посвећена ова књига".

II. Свако ко прати стручне радове из области науке о управљању, без напора може уочити да се књига професора Д. Каврана "Наука о управљању - организација, кадрови, руковођење", природно надовезује на претходно издање књиге "Наука о управљању у самоуправном друштву - кадровска функција у удруженом раду" (1976), које, међутим, садржински и концептуално битно превазилази. Поред осталих, у изради ове верзије књиге велику стручну помоћ при сређивању рукописа дала је доц. др Мирјана Дракулић.

1. У изради нове књиге професор Кавран полази од потребе да се организација анализира са позиција теорије организације, организационе социологије, теорије одлучивања, теорије и праксе руковођења, као и развоја кадровске функције. У том смислу у књизи се обрађују и различите технике и методи руковођења, менаџмента и начина организовања, јер нигде у свету увозни модели не успевају без прилагођавања домаћим условима. Радећи као истраживач, наставник и експерт Уједињених нација за питања јавне управе у многим земљама Европе, Америке, Африке и Азије (од САД и Велике Британије до Индонезије, Кине, Монголије, Јемена и Зимбабвеа), аутор је био у прилици да се, како у предговору сам каже: "неопозиво увери да никада не може бити довољно поштовања за домаћу културу и традицију". Треба, такође, истаћи да је аутор био и гостујући професор на мичигенском Универзитету у Ен Арбору (University of Michigan, Ann Arbor), као и на Универзитету Колумбија - Мисури (University of Columbia, Missouri).

2. Овај нови уџбеник који је настао у условима када се "наш народ понешто затечен технолошким развојем окреће уназад, не би ли кренуо у будућност са сигурним ослоном", осим "континуитета" са ранијим има и многа обележја "новог", како у концептуалном, тако и у структуралном погледу.

3. У концептуалном смислу при изради ове књиге узете су у обзир "нове реалности" нашег политичког и правног система. Тако, према речима аутора, "Облици организације које смо наследили из прошлости: породична задруга, кнежина, округ, срез или предузеће раног капитализма настали су - кроз историјски развој, дакле природним путем - или у ратном вихору - неприродним рушењем и наметањем туђих модела које прихватисмо као своје. И данас не желимо неизвесност али слутимо правац развоја који је једино могућ: на националном искуству, памћењу и грешкама, постепено, упорно и критички градити систем који светско цивилизацијско искуство једино може да одобри, прихвати и с њим широко сарађује: тржишно друштво у европској будућности".

4. У структуралном смислу материја обухвата три целине: основе савремене организације, кадровски процеси и принципи руковођења. Осим тога, као посебне садржинске целине издвојена су уводна питања и кадровски информациони системи.

III. Сумарни преглед изложене материје у књизи показује обраду нових тема (нпр. процедуре дизајнирања радног места при увођењу компјутеризације; оријентација новопримљених; омбудсман у привреди и др.), изостављање неактуелне и превазиђене проблематике (нпр. кадровски процеси и самоуправљање и др.), као и поновна обрада појединих тематских целина и/или питања (нпр. промене у суштини руковођења у тржишној привреди и слободном друштву; информатичка револуција и развој кадровских процеса; методи за израду кадровских модела и др.).

1. У првом делу (стр. 1-200) обрађене су следеће тематске целине: *Човек и организација* - стр. 1-25 (организација и кадровски процеси, статички и динамички елементи организације, нове методе и технике изучавања кадровског елемента организације, еволуција кадровске функције); *Модел кадрове структуре* - стр. 26-42 (основа савременог процесно-системског модела кадрова, дефиниција кадровског процеса, кадровски процес као део свих осталих процеса у организацији, управљање организацијом и положај руководиоца, нова кадровска функција у тржишној привреди, систем организације у тржишном друштву и кадрова структура, процеси у савременој тржишној организацији, општа слика организације, шире дефинисање кадрове функције); *Кадровски процеси* - стр. 43-67 (нормативни процес, подела рада, процес селекције кадрава, оријентација новопримљених, процес пријема кадрава, процес перманентног образовања и развоја, образовање руководиоца; *Руковођење, организација и кадровски процеси у тржишном друштву* - стр. 68-93 (о улози руковођења, динамика кадровских процеса, кадрова функција и развој организационих односа у тржишном друштву, процес остваривања одговорности, организациона ефикасност); *Организациони оквири кадровских процеса* - стр. 94-124 (врста организација); *Кадровски процеси и организовање* стр. 125-179 (управљање помоћу циљева, циљеви и кадрова функција, сукоб са традиционализмом, планирање, ефикасност и руковођење, процес доношења одлука); *Информатичка револуција и развој кадровских процеса* - стр. 180-199 (кадрови као основа информатичке револуције, запостављање образовања кадрава и менаџерске припреме руководиоца; промене у организацији и "дизајн" радног места, процедуре дизајнирања радног места при увођењу компјутеризације, елементи савремене кадрове технологије).

2. У другом делу (стр. 201-365) обрађене су следеће тематске целине: *Савремена организација, координирање и односи међу људима* - стр. 201-245 (проблеми савремене организације, елементи "научне организације рада", школа "међуљудских односа", структурални - системско-информатички - приступ организацији, професионализам, јавни сектор - државна управа - и улога кадрове функције); *Кадрова функција и оквири међуљудских односа* - стр. 246-282 (оквири међуљудских односа, руковођење и организациона контрола, улоге у организацији, процес одлучивања и руковођење); *Руковођење - психосоцијални аспект* - стр. 283-365 (људско понашање, састанци као

облик рада, демократска организација у тржишној организацији, систем комуникација, међуљудски односи и руковођење, промене у суштини руковођења у тржишној привреди и слободном друштву, елементи анализе и систематизације радних места и руковођење).

3. У трећем делу (стр. 367-419) обрађене су следеће тематске целине: *Кадровска функција и информациони системи* - стр. 367-374 (информациони подсистем кадрова - база података, полидисциплинарност истраживања и примене, хуманизација информационог система); *Принципи изграђивања информационог подсистема кадрова* - стр. 375-403 (носиоца информација о кадровима, одређивање вредности информација о кадровима, изградња информационог подсистема кадрова, структура информационог подсистема кадрова, систем пријема и праћења успешности радника, прикупљање и обрада података за кадрове, систем датотека, анализа података, обрада података); *Елементи за заснивање система праћења кадрова - СИПРАК* - стр. 404-419 (базе СИПРАК, методи за израду кадровског модела, елементи структурно-организационог модела СИПРАК).

4. На крају дат је и одабрани списак литературе (стр. 420-423), као и шематски преглед најзначајнијих теорија руковођења (теорија случајева; теорија бихејвиористичке оријентације; теорија социотехничког система; теорија одлучивања; математичке теорије; контингентне теорије, теорија улога, Макинсијева теорија "7-С", операциона теорија).

IV. По природи ствари разуме се да појава новог, па према томе и ове књиге, може и треба да отвори могућност расправе и полемике о одређеним стручним питањима и проблемима.

1. Садржински, стручна расправа би се, између осталог, могла отворити како у вези са питањима опште концепције науке о управљању (нпр. у вези са редоследом излагања и методологијом обраде основних тематских целина, тј. интеракција организације, кадрова и руковођења), тако и у односу на поједина конкретна схватања и ставове (нпр. о процесима у савременој тржишној организацији, стр. 40; о професионализму јавног сектора у државној управи, стр. 234-243; о хуманизацији информационог система, стр. 371-374, итд.). Међутим, као основна концептуална дилема може се поставити питање целисходности одређења за постојећу систематику; можда би целисходније било да једноставно сваки од три основна одељка обрађује конкретну тематику и да носи одговарајући назив (тј. "организација", "кадрови", "руковођење"). Не сме се, наравно, губити из вида да је композиција књиге ствар индивидуалне процене и привилегија сваког аутора понаособ.

V. Сумирајући речено може се без резерви констатовати да је ново издање књиге "Наука о управљању - организација, кадрови, руковођење", универзитетског професора др Драгољуба Каврана, значајан допринос актуелној обради материје науке о управљању. Као таква, књига "Наука о управљању - организација, кадрови, руковођење", као што је до сада и био случај са ранијим верзијама, треба да је "надохват руке" свакоме ко се код нас бави веома комплексном, а на моменте чак и веома конфузном, материјом "организација - кадрови - руковођење".

проф. др Стеван Лилић

Зоран Стојановић, ПОЛИТИКА СУЗБИЈАЊА КРИМИНАЛИТЕТА, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 1991, стр. 134

Невеликој уџбеничкој литератури о криминалној политици на јужнословенским просторима (Е. Милер, *Криминална политика*, Загреб, 1904; А. Maklєcov, *О ројту ип nalogah kriminalne politike*, Љубљана, 1934; М. Чубински, *Криминална политика*, Београд, 1937; Lj. Bavcon, *Kriminalna politika in njene tendence v socijalistični družbi*, Љубљана, 1958. и М.

Милутиновић, *Криминална политика*, Београд, 1984), додато је једно вредно дело чији је писац професор др Зоран Стојановић.

Пре свега, задржаћемо се на наслову. Назив рада је *Политика сузбијања криминалитета*, а не *криминална политика*. Политика сузбијања криминалитета схвата се као двојство - практична делатност ("рационална и организована делатност усмерена на сузбијање криминалитета") и научна дисциплина (бави се научним испитивањем, вредновањем и усавршавањем кривичног права и других средстава за сузбијање криминалитета). Ова дисциплина се бави криминалитетом у ширем смислу (свим друштвено опасним понашањима на која друштво реагује), а не само понашањима кажњивим у кривичном праву.

Глава два уџбеника посвећена је основним принципима политике сузбијања криминалитета. У њој се указује на ограничења друштвеног реаговања на криминалитет које полази од идеја правне и демократске (за разлику од партијске и полицијске) државе, начела легитимности, рационалности и хуманости. Посебна пажња посвећена је људским правима као лимитирајућем чиниоцу употребе репресивних средстава.

Следеће три главне књиге баве се различитим средствима за сузбијање криминалитета. Трећа и четврта указују на мере формалне социјалне контроле, док је пета глава посвећена "ванкривичноправним средствима и стратегијама" (неформална контрола). Међу свим овим средствима издваја се кривично право као средство контроле криминалитета (кривичноправна политика). Аутор се посебно бави функцијама кривичног права и границама зоне кажњивости, а излагање о легислативној делатности праћено је и примерима најновијих измена у југословенском кривичном законодавству.

Глава четири посвећена је органима кривичног правосуђа (полиције, тужилаштва, суда и установа за извршење кривичних санкција) и њиховом деловању на сузбијању криминалитета. У склопу излагања о деловању полиције, уз јасно указивање на ограничености и проблеме са којима се у раду срећу полицијски органи, указано је и на озбиљне критике које њеном начину ангажовања стављају представници "критичке криминологије". Аутор, са своје стране, указује на могуће злоупотребе и слабости које су последица приватизације или незаконитог деловања појединаца.

Главе шест и седам уџбеника могле би се, у односу на претходне, означити као његов *Посебни део*. Полазећи од потребе да се деловање на сузбијању једне тако дифузне и разноврсне појаве као што је криминалитет, представи па примеру неких њених конкретних облика, у књизи су изабрана два: малолетничка делинквенција и организовани криминалитет, који због опасности по друштво такав третман и заслужују.

Док је о самој малолетничкој делинквенцији у нашој литератури било радова, организовани криминалитет је (из различитих, чак и идеолошких разлога) био занемарен као истраживачки проблем. Стојановић, због тога, на почетку излагања указује на две (ужу и ширу) одредбе организованог криминалитета. По Стојановићевом мишљењу, било коју од дефиниција да усвојимо, у земљама које су се означавале као социјалистичке (укључујући и Југославију), било је појава организованог криминалитета. Проучене су и последице овог облика криминалитета, нарочито у односу на права човека у савременим друштвима, а указано је, на основу упоредних решења, на могуће (пре свега кривичноправне) облике његове контроле.

У глави осам излажу се перспективе сузбијања криминалитета. Аутор усваја у данашњој литератури преовлађујући став да контрола криминалитета има за циљ "да обим, динамика и форме криминалитета не пређу тзв. 'праг подношљивости'", односно да својим обимом и облицима не угрозе обављање основних друштвених функција.

Говорећи о кризи кривичног правосуђа, аутор додирује и питање перспективе кривичног права. Залаже се за одмереност. Супститисање кривичноправног реаговања алтернативним мерама (функционалним еквивалентима) не треба, по његовом мишљењу, вршити непромишљеним

радикалним корацима, већ на научним истраживањима заснованим дуго-рочним стратегијама и то узимајући у обзир специфичне црте појединих облика криминалитета.

Већ овај летимични приказ проблематике коју Стојановић третира у свом раду јасно указује на озбиљност примењеног приступа. То су, без сумње, главна питања савремене политике сузбијања криминалитета. Писац је вођен основном идејом о потреби изградње ефикасног, али и на праву и легитимности заснованог, одговора друштва на криминалитет. Написаном у књизи тешко да би се нешто могло одузети. У једном концентрованом облику, сви кључни појмови су дефинисани, а поделе доследно и на јасним критеријумима изведене.

О битним спорним питањима аутор увек износи свој став. То је мишљење познаваоца који се без тешкоћа креће у кривичном праву и криминологији. Најчешће, оно је плод студиозног проучавања и далеко од догматског мишљења, некртичности и идеологије. Управо овакав приступ данас је неопходан. Наша послератна криминална политика чешће је била у служби оправдања постојећег, него његовог критичког размаглања.

Ако желимо да из таквог стања изађемо, морамо се ослободити апологетике и престати да "изналазимо епохалне проналаске". Требало би се више окренути решењима која су другде дуго и студиозно проверавана због чега и у пракси дају резултате. Прва претпоставка за то је упознати се са ставовима оних који су у овој области у свету највише дали. Због тога у Стојановићевом раду коришћена литература заслужује посебну пажњу. Она је зналачки одабрана и то углавном у три важне кривичне књижевности: немачкој, англосаксонској и италијанској.

Као и у тим делима, и у Стојановићевом се највећа пажња посвећује деловању механизма кривичног права (вођењу казнене политике). Иако излагања абolicиониста, који се залажу за укидање кривичног права и његову замену мерама нерепресивног карактера, могу бити оцењена као интересантна, деловању органа формалне контроле ни данас, нити у блиској будућности, нема алтернативе. Не само да су многи покушаји да се грађани укључе у сузбијање криминалитета завршили као "контрола свих од свакога" или у "ескадронима смрти", већ је ова област од изузетног значаја и због поштовања људских права и кривца и жртве. Отуда се раду ограниченог обима, какав је *Политика сузбијања криминалитета*, не може замерити дубина разраде два основна вида социјалне контроле.

Иски од могућих приговора последица су усвојених ставова који су заступљени у литератури. Први се тиче мишљења да предмет политике сузбијања криминалитета чине сва друштвено опасна понашања на која заједница реагује - "криминалитет у ширем смислу". Потпуно је схватљива жеља аутора да (при одређивању предмета науке коју излаже) избегне везивање за тако променљиву категорију као што је инкриминисаност понашања у кривичном закону и потреба да задржи пажњу и на оним понашањима која још нису у кривичном праву кажњива, а по степену опасности за друштво то заслужују. Но, без прецизирања на која се од тих понашања мисли - могло би се погрешно закључити да се ради о "политичкој сузбијања девијација, односно делинквенције", што би веома проширило област проучавања.

Евентуалне друге замерке углавном би се могле односити на оно што у делу није речено. Пре свега, иако су поменути, теоријски приступи у криминалној политици, посебно они савремени, могли су у раду наћи значајније место. Истина, аутор ово изостављање у предговору објашњава тако што истиче да је уџбеник написан за студенте четврте године који већ знају криминологију, у чијем се склопу већина ових теорија изучава.

Овај приговор је упућен пре свега из разлога што књигу др Зорана Стојановића не схватамо првенствено и једино као уџбеник из једне од кључних кривичних наука. Она је, по нашем мишљењу, поуздан и вредан материјал за све оне који се на било који начин баве сузбијањем криминалитета или се за ову област интересују. Читав низ криминално-политичких

проблема обрађен је на такав начин да се убудуће о њима неће моћи писати а да овај рад при томе буде заобиђен. У томе је и највећа врлина вредних дела. Наука се развија и напредује, многа мишљења, често привремено, бивају напуштена, али се неким писцима и њиховим књигама увек враћамо као поузданим саветницима.

др Ђорђе Игњатовић

ПРАВНА ДРЖАВА - ПОРЕКЛО И БУДУЋНОСТ ЈЕДНЕ ИДЕЈЕ, Зборник радова, Правни факултет у Београду, 1991.

I. Правна држава - "*Rechtsstaat*" - као творевина класичне немачке правне мисли касног XIX и раног XX века, претпоставља остваривање функционалних процеса и организационих структура државе на основама устава и закона, тј. без произвољности и идеолошког утицаја на поступке и радње државних органа, јавних служби и службених лица: "Правне државе има чим је управна власт доведена у границе закона" (Слободан Јовановић). Стицајем многих околности, посебно након пада и распада тзв. партијских држава, оживљавају расправе о основним принципима и претпоставкама организовања савременог неидеолошког грађанског ("цивилног") друштва у турбулентном транзиторном периоду посткомунизма у земљама Источне Европе.

II. Иако је код нас у протеклих годину-две дана објављено више публикација и зборника са научних скупова са правном тематиком, између осталих: *Криза правног система* (ред. Слободан Перовић); *Правна држава* (ред. Владан Васиљевић); *Дело Слободана Јовановића* (ред. Стеван Врачар); *Један век правне филозофије на Правном факултету* (ред. Данило Баста); *Ново уставно уређење Републике Србије* (ред. Миодраг Јовичић) и др., за Зборник научних радова на тему "*Правна држава - порекло и будућност једне идеје*" може се рећи да представља неспорни допринос овој актуелној проблематици.

III. У Зборнику радова чија је промоција одржана крајем априла на Правном факултету у Београду (говорили: В. Васиљевић, М. Подунавац, С. Лилић, В. Водинелић), објављени су научни радови и прилози који су презентирани на истоименом симпозијуму који је 26-27. септембра 1991. године, у оквиру прославе 150-годишнице, одржан на Правном факултету у Београду у сарадњи са Гете Институтом, односно Културним центром Немачке у Београду. Како у напомени истичу најзаслужнији за организацију скупа и редактори зборника, проф. др Данило Баста и г. *Dieter Müller*: "у књизи се двојезично објављују саопштења и прилози (...) са жељом да се данас и овде, допринесе озбиљном, аргументованом, вишестраном, па и критичком разматрању питања о правној држави". Садржински, десетак радова реномираних аутора и правних експерата обрађује тематику правне државе, како са "традиционалних" (нпр. однос "правне државе" према "државном праву"); тако и са "савремених" становишта (нпр. правна држава и теорија система).

IV. У уводној речи на симпозијуму академик Радомир Д. Лукић, између осталог, истиче: "Ако се под правом разумеју норме које санкционише држава и ако држава саму себе организује тим истим нормама, онда је свака држава правна у том смислу, јер нема ниједне која не санкционише правне норме и није организована. Међутим, израз правна држава не употребљава се у том основном смислу, већ у неком другом. Углавном има два значења у којима се овај израз употребљава (...)"

1. Вернер Кравицец (*Werner Krawiecz*, професор, Катедра за правну социологију, правну и социјалну филозофију, Минстер), у раду *Друштвена правила игре и право у перспективи теорије система* (*Soziale Spielregeln und Recht in Systemtheoretischen Perspektive*) указује између осталог на околност да: "Није сваки политички систем који себе означава "правном државом" стварно

правна држава. С друге стране, могуће је да је реч о правној држави и онда када се односна држава не декларише као таква. (...) "На основу овде разматраног *"Multi Level Approach"*, како га ја разумем, после свега се могућности остваривања идеје правне државе релативирају, али се и постављају на реалистичну основу. Према утиску који имам, људима у државно организованом правним системима и регионалним друштвима Источне Европе тренутно није толико стало до правне државе колико до једног "нормалног друштва" (...) какво познају западни политички системи, чију друштвену структуру ипак не бих хтео да идеализујем".

2. *Стеван Врачар* (професор, Правни факултет у Београду), у раду *"Корелација 'правне државе' и 'државног права'"*, између осталог, указује на следеће: "Када је реч о југословенском 'самоуправном социјализму', мора се овом приликом подсетити на то да су његови протагонисти и идеолошки пропагатори с циничном оспорљивошћу одбацивали 'правну државу' у бесомучној кампањи о тобожњем 'одумирању државе', а синтагму 'државно право' само озваничили као обезвређујућу налепницу насупрам оног што је праћено хвалоспевима као 'самоуправно право'. А, у ствари, тако је рушен смисао 'државности' и смисао 'правности'. (...) Постепено и сложено консолидовање 'правне државе' и 'државног права', у виду модерног државноправног поретка, представља афирмисање његовог стварног бића и идентитета".

3. *Ердхард Денингер* (*Erdhard Denninger*, професор, Катедра за јавно право II и правну филозофију, Франкфурт на Мајни), у свом раду обрађује тему *Границе и угрожавања правне државе* (*Grenzen und Gefährdungen des Rechtsstaat*) и, између осталог, истиче: "Правна држава није никакав поклон природе, већ једна изузетно крхка уметничка творевина. (...) Технолошко/еколошко угрожавање правне државе (тј. њених категорија и механизма контроле, а не здравља и живота њених грађана!) најбоље се може демонстрирати на правном непревазилажењу таквих феномена као што су 'умирање шума' услед 'киселих киша'.. (...) Проблематика правне државе састоји се - грубо речено - у томе што законодавац, или законодавци, у области права о животној средини и техници на свим нивоима (...) стално каскају за научно-технолошким развојем".

4. *Един Шарчевић* (асистент, Правни факултет у Сарајеву), обрађује тему *Злоупотреба једног појма - правна држава и национал-социјализам*, у оквиру које, између осталог, истиче: "Национал-социјалистичка критика правне државе је усмерена ка политичком пропагирању државне моћи, што је, вјероватно, представљало њен основни задатак. У тој улози функционира и нови појам национал-социјалистичке правне државе. (...) То значи да се у појам правне државе уноси национал-социјалистички вриједносни систем, тако да доминирају материјални елементи. На мјесто рационалног, стабилног и формализованог устројства, ступа ирационална и мистична материјална структура државе и права".

5. *Јасминка Хасанбеговић* (асистент, Правни факултет у Београду), у раду *Реторицитет права и правност државе, или о неспојивости суверености и правне државе*, указује, између осталог, на околност да: "Ако би требало и дефиницијом изразити могући савремени појам правне државе, уз неизбежан ризик редукционизма који носи свако дефинисање, могло би се - изгледа - рећи: савремена правна држава или владавина права је владавина људских слобода и права у складу са њиховим повесно достигнутим универзалним нивоом као минимумом. Класичних државно-организационих елемената (демократске репрезентације и независног судства) у овом одређењу нема, јер су они и сами постали универзална људска права".

6. *Улрих К. Пројс* (*Ulrich K. Preuss*, професор, Катедра за правне науке, Бремен), у свом раду обрађује тему *Улога правне државе у трансформацији посткомунистичких друштава* (*Die Rolle des Rechtsstaates in der Transformation Post-kommunistischer Gesellschaften*) и, између осталог, истиче: "Друга могућност састоји се у томе да се догађаји који су довели до пада комунистичког

режима тумаче не као револуција, већ као вршење права на отпор, то јест, као радње грађана који желе да укину стање бесправља које им је постало неиздрживо и да се врате правној ситуацији која је претходила том стању бесправља. Укидање комунистичког режима у том случају било би 'поново успостављање' повређеног права".

7. *Јовица Тркуља* (доцент, Правни факултет у Београду), између осталог, у свом раду *Реал социјализам и правна држава*, истиче: "Међутим, принцип 'одумирања државе' није резултирао стварним одумирањем државе и права већ њиховим деградирањем на предмодерне облике. (...) У том контексту, све учесталији и радикалнији захтеви за успостављање правне државе у реалсоцијалистичким земљама израз су алтернативних трагања за излазима из свеколике кризе и евидентних блокада правног и политичког система и инсуфицијентности друштвених реформи и промена. На тај начин, теоретичари и стратеги реалсоцијализма прешли су дуг пут од потпуног одбацивања са индигнацијом свега што је имало везе са идејом правне државе, до његовог актуелног безрезервног, па и некритичког прихватања".

8. *Коста Чавошки* (професор, Правни факултет у Београду), у раду *Природно право, владавина права и тирански закони*, између осталог, истиче: "Неправични, изопачени и тирански закони су проклетство људског рода. Њих је одувек било, а и наша генерација, нарочито у Источној Европи, није их била поштеђена. (...) Исто се може рећи и за правду, односно правичност, без које се по Хјумовим речима не може одржати ниједно друштво. А испуњење, односно задовољење правде, пре свега је ствар права које би требало да буде умеће доброг и правичног (*ars boni et aequi*). Зато, по Улпијану, правници не треба да буду само тумачи важећег права, већ и свештеници или чувари правде и зналци истинске филозофије захваљујући којој могу да разликују праведно од неправедног. То опет, пре свих, морају бити судије, нарочито у време не само неправедних, већ и злочиначких закона који су били обичне заповести нељудских тирана".

9. *Драгољуб Поповић* (професор, Правни факултет у Београду), у раду *Појам правне државе према схватањима српских професора права у XIX веку*, између осталог, констатује: "Ако се на крају развитак српске мисли о правној држави обухвати једним погледом, могло би се казати да су се наши писци при одређивању тога појма поставили на два различита становишта. Једно је тежило да појам правне државе одреди полазећи од државног циља, док је друго полазило од начина вршења државне власти. Ово потоње схватање било је модерније и доцније се јавило, али је као и оно прво било плод утицаја немачке правне мисли на српску науку".

10. У оквиру дискусије, *Лидија Р. Баста-Посавец* (виши научни сарадник, Институт за европске студије, Београд), посебно се осврнула на тематику *Однос владавине права и правне државе* и истакла: "Док је довршени формални појам правне државе принципијелно одбацио, као ирелевантно, питање о томе може ли правна држава бити либерално-конституционална, дакле, "јуристичка форма демократије", теорија о владавини права никада није престајала да се пита за садржину и циљ правног поретка...". У дискусији су такође узели учешће и *Божидар С. Марковић* (емерит. професор, Правни факултет у Београду), који се осврнуо на проблематику *Однос деспотске, идеолошке и демократске државе*, као и *Славољуб Поповић* (емерит. професор, Правни факултет, Ниш), који се осврнуо на тему *Неке карактеристике појма правне државе узетог у материјалном смислу*.

V. На основу изнетог може се констатовати да се, осим похвала, на књиге ове врсте увек могу ставити и аргументоване садржинске (нпр. зашто нема неких аутора) и техничке (нпр. зашто је десна маргина "неравна" када се текст компјутерски обрађивао) примедбе. Ипак, поред свега тога, овај Зборник радова о правној држави, као "транскултурни стручни правни дискурс", заслужује да у овим временима буде при руци сваком (посебно правницима и политиколозима) кога интересују проблеми интеракције права, државе, политике, морала, у савременим друштвеним процесима.

Проф. др Милисав Чизмовић, ГРАЂАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО, Универзитет "Вељко Влаховић" у Титограду, НИО "Универзитетска ријеч", Титоград, 1984, стр. 332

Проф. др Милисав Чизмовић аутор је универзитетског уџбеника *Грађанско процесно право* који је 1984. године издала "Универзитетска ријеч" из Титограда. Уџбеник је прилагођен потребама Правног факултета у Титограду, где се настава из грађанског процесног права изводи само у летњем семестру треће године са три часа предавања и једним часом вежби недељно. За разлику од проф. др Б. Познића и проф. др С. Триве, чији уџбеници по садржају и обиму превазилазе оквире обичних уџбеника, др Чизмовић је покушао да направи један једноставнији и приступачнији уџбеник, из којег би студенти могли лакше да спремају врло сложену грађу овога предмета.

Целокупну материју аутор је поделио на седам поглавља.

Прво поглавље обрађује опште појмове из грађанског процесног права: предмет, структуру, метод, изворе и норме грађанског процесног права. Обрађен је и однос грађанског процесног права према кривичном поступку, као и однос према управном процесном праву. Одређен простор посвећен је и праву на судску заштиту, начелима рада и организације правосудја, као и парничним судовима и другим правосудним органима.

Друго поглавље представља централни део уџбеника и елаборира сва основна питања парничног поступка као основног поступка у оквиру грађанског процесног права. Овде се најбоље виде могућности аутора да категоријално посматра одређене институте и да за њих проналази одређено место у систему грађанског процесног права. Посебну теоријску вредност чини обрада питања везаних за правну природу парнице и за начела парничног поступка.

Треће поглавље обрађује посебне парничне поступке. Ови поступци имају одређене специфичности које их јасно одвајају од редовног парничног поступка. Међу овим поступцима посебно се истиче поступак у брачним и патернитетским споровима, поступак за заштиту поседа, поступак пред привредним судом, поступак издавања платног налога, као и поступак пред изабраним судом и поступак пред спољнотрговинском арбитражом.

Четврто поглавље се бави анализом ванпарничног поступка. Више пажње је посвећено његовим општим карактеристикама, а мање појединим врстама ових поступака.

Пето поглавље се односи на поступак пред самоуправним судовима. Дата је организација и састав ових судова, начин избора и положај судија судова удруженог рада. Презентиран је и појам странке у овом поступку, као и само покретање поступка пред судом удруженог рада. У вези са покретањем поступка, аутор разматра и питање да ли је предлог као акт иницијативе у поступку пред судовима удруженог рада адекватан суштини заштите пред овим судовима. Такође се говори и о карактеристикама поравнања и о другим посебностима овог поступка.

У шестом поглављу обрађује се извршни поступак. Прво се говори о појму и предмету извршног поступка, међу којима се посебно истиче начело социјалности. Износи се и врсте извршења, обустава поступка и одлагање извршења, као и правни лекови у извршном поступку. На крају се презентира и поступак обезбеђења као један од посебних видова правне заштите поверилаца од несавесних дужника. Од средстава обезбеђења анализирају се три средства која закон предвиђа: заложно право на непокретности; претходне мере и привремене мере.

У седмом, последњем поглављу, ради лакшег сналажења у парници и ради бољег разумевања поступка, дају се примери најтипичнијих радњи странака и суда (обрасци). Аутор посебно наглашава да се оне не могу и не смеју схватити као клишеи, јер тако бисмо заборавили да се специфичности испољавају од парнице до парнице. Није мање за критику ни да се ове радње

означавају као обрасци, јер је у тој речи садржана претпоставка одређеног шаблонизирања.

Иначе, уибеник је првенствено намењен студентима права, али и свима онима који желе да стекну основна знања из грађанског процесног права.

др Милорад Живановић

Sherman Elias, M.D. - George J. Annas, J.D., REPRODUCTIVE GENETICS AND THE LAW, Chicago London, BocaRaton, Year book medical publishers, INC. 1987, 323 стране

1. Упознавање са садржајем књиге, коју приказујемо несумњиво представља за правника цивилисту у нас одређени изазов, с обзиром на то да се она тиче материје потпуно неистражене у нашој правној литератури. Сам наслов указује да је реч о односу репродуктивне генетике, као дела медицине, и права. Аутори ове књиге у уводном делу упозоравају на одређене тешкоће које са собом носи одабрана тема. Наиме, у зависности од тога да ли се овом темом бави правник или лекар, постоји опасност да преовладају одређене професионалне предрасуде. Дошло би до тога да се, с једне стране, занемари медицински, а са друге, социјални, тј. друштвени аспект проблема. Зато се у овој књизи, користећи се методом двоструког упоредног разматрања, покушава да учини свеобухватна анализа оба ова аспекта. У излагању проблема пошло се од неколико општих поставки: а) медицинска, односно генетска интервенција је увек заједничка одлука лекара и пацијента; пацијент има право "да буде остављен на миру", тј. право да одбије интервенцију из разлога личног дигнитета или телесног интегритета; б) важи принцип плурализма интереса, тачније поштовања како аутономности појединца, тако и одређених друштвених законитости; в) увек се и првенствено имају у виду најоптималнији интереси будућег детета.

2. Целокупна материја изложена је у десет поглавља. У првом су обрађени молекуларни аспект испољавања гена, хромозомски основи наслеђа, Менделјејев закон наслеђивања и полигенско-мултифакторијално наслеђивање. Предмет другог поглавља је институција генетског саветодаваљштва у оквиру здравствене заштите где се износе дефиниције, циљеви, стратегије и психолошка и социјална схватања.

У трећем поглављу се говори о генетској заштити и то посебно о заштити новорођене деце и трудница. Један његов део посвећен је законској регулативи, којом се у појединим државама САД уређује овај вид медицинске заштите. При томе се нарочити акценат ставља на питања добровољности, односно обавезности заштите и одговорности здравствених установа, лекара или других фактора за причињену штету. Комисија председника САД, тзв. Председникова комисија за изучавање етичких проблема у медицини, биомедицинска истраживања и истраживања људског понашања у свом извештају из 1984. године потврдила је принцип добровољности генетских програма, али је истакла и обавезне програме, наводећи потребу законске интервенције и тамо где долази до избегавања, добровољних испитивања, а то озбиљно штети трудници или будућем детету.

Четврто поглавље се односи на индикације пренаталне дијагнозе, у оквиру чега се разматрају хромозомне абнормалности. Менделјејеви закони, ДНА варијације и полигенско-мултифакторијалне неправилности.

Следеће, пето поглавље се такође тиче пренаталних дијагноза, али је реч о дијагностичким техникама као што су амниоцентеза, фетоскопија и ултрасонографија.

О слободи репродукције говори се у шестом поглављу. Обрађују се проблеми контрацепције, абортуса и стерилизације. Реч је и о одговорности за штету услед медицинских пропуста у контроли рађања. То су случајеви

штета због "несрећног рођења" ("wrongful birth") и "несрећног живота" (wrongful life"). Дат је и преглед примера из судске праксе.

Третман хендикепиране новорођенчади изложен је у седмом поглављу, где је посебно место дато етичким проблемима. Искрпно је приказан тзв. "Baby Doe" случај из судске праксе САД, кроз анализу судске одлуке из 1983. године.

Осмо поглавље посвећено је тератологији и садржи обраду тератогених агенаса, односно узрока урођених мана детета, као, нпр. алкохола, разних хемикалија, радног места и сл.

Наредно, девето поглавље носи наслов - Ванматерична оплодња, а посебно има у виду законске аспекте проблема идентитета мајке и комерцијализације.

И последње, десето, поглавље обрађује проблеме феталне и генске терапије. Објашњава се значење хуманог експеримента, будући да се линија разграничења између терапије и експеримента не може увек потпуно јасно разлучити. Разматра се и питање тзв. "maternal- fetal" конфликта у примени одговарајућих терапија.

3. Развој медицинске науке несумњиво је увећао могућности да се контролише рађање и пренатално одреде генетска својства будућег детета. Као последица тога настаје и потреба да друштво, путем законске регулативе, изрази те промене на адекватан начин. У том смислу нужно је одговорити на бројна питања: Која обавештења треба пружити брачном пару о њиховом генетском саставу, генетским особинама њиховог фетуса и будућег детета. Треба ли право да захтева обавезну заштиту новорођенчади, трудних жена и одраслих од генетских обољења? Када треба приступити постављању пренаталне дијагнозе и да ли то значи и ограничење слободе рађања? Која права треба да уживају хендикепирана новорођенчад? Како заштитити трудну радницу од бројних тератогених фактора а да се то не протумачи као вид дискриминације. Да ли треба подстицати развој нових репродуктивних технологија које омогућавају рађање без секса? Шта би требало да представља законску суштину генетских веза између родитеља и потомства? Може ли се проводити фетална и генетска терапија а да се не доведу у питање права трудне жене? То су само нека од питања која су нашла своју конкретизацију у овој књизи. Наравно, она се бави америчким правом, али свакако може послужити као инспирација и подстицај теоретичарима у нас да се заинтересују за ову област медицинског права. Утолико је и њена информативна вредност за нас драгоценија.

мр Хајрија Мујовић-Зорнић

САДРЖАЈ

страница

ЧЛАНЦИ

др <i>James M. Klebba</i> , Судски федерализам у САД (прегледни чланак) -----	209-220
др <i>Јаков Радишић</i> , Експерименти на човечијем ембриону који је створен <i>in vitro</i> - границе допуштеног (изворни научни рад) -----	221-238
др <i>Марија Драшкић</i> , Породичноправни аспекти артифи- цијелне инсеминације (изворни научни рад) -----	239-264
др <i>Витомир Поповић</i> , Одређивање цене код уговора о продаји у привреди (прегледни чланак) -----	265-276
др <i>Милутин Ђуричић</i> , Жена као средство извршења у обичајном праву Албанаца (изворни научни рад) ----	277-281

ДИСКУСИЈА (Расправа о Радној верзији Устава СР Југославије)

др <i>Драгољуб Кавран</i> , Поздравна реч -----	282-284
др <i>Павле Николић</i> , Судбински промашај устава Савезне Републике Југославије 1992 - уводно излагање -----	285-288
др <i>Момир Милојевић</i> , Неуставност устава и међународни субјективитет Југославије -----	289-298
др <i>Стеван Лиличић</i> , Устав непосредне ратне опасности ---	299-308
др <i>Коста Чавошки</i> , Трећа Југославија у новом уставном руху -----	309-316
др <i>Златија Ђукић-Вељовић</i> , Противречности уставног модела нове федерације -----	317-319
др <i>Драгољуб Поповић</i> , Напомена о организацији власти према одредбама устава СР Југославије -----	320-323
др <i>Стеван Ђорђевић</i> , Привременост устава, право на само- одбрану и међународноправни континуитет државе ---	324-325
др <i>Југослав Станковић</i> , Проблеми конституисања и функционисања нове Југославије -----	326-331

др Драгољуб Кавран, Устав као наставак, а не неопходна промена -----	332-335
--	---------

СУДСКА ХРОНИКА

Одлуке Уставног суда Југославије - Ђорђе Ђурковић ----	336-338
Одлуке Уставног суда Србије - др Томислав Вељковић ---	338-342
Одлуке Вишег привредног суда Србије - др Јездимир Митровић -----	342-344
Одлуке Окружног суда - Димитрије Милић -----	344-347

БЕЛЕШКЕ

др Маринка Цетинић, Округли сто "Промене закона о мерама безбедности – pro et contra" -----	348-351
---	---------

ПРИКАЗИ

Драгољуб Кавран, Наука о управљању - организација, кадрови и руковођење, "Научна књига", Београд, 1991. - др Стеван Лилић -----	352-354
Зоран Стојановић, Политика сузбијања криминалитета, Правни факултет у Новом Саду, 1991. - др Ђорђе Игњатовић -----	354-357
Правна држава - Порекло и будућност једне идеје, Зборник радова, Правни факултет у Београду, 1991. - др Стеван Лилић -----	357-359
др Милисав Чизмовић, Грађанско процесно право, Универзитет "Вељко Влаховић" у Титограду, НИО "Универзитетска ријеч", Титоград, 1984 - др Милорад Живановић -----	360-361
Sherman Elias, M.D. - George J. Annas, J. D., Reproductive Genetics And The Law, Chicago, London, Bocaraton, "Year book medical publishers, INC. 1987 - mr Hajrija Mujović-Zornić. -	361-362

TABLE OF CONTENTS

page

ARTICLES

<i>Dr. James M. Klebba</i> , Judicial Federalism in the U.S.A. (review article) -----	209-220
<i>Dr. Jakov Radišić</i> , Experiments with the Human Embryo Created In Vitro - the Limits of Permitted (original study) -----	221-238
<i>Dr. Marija Draškić</i> , Artificial Insemination - Family Law Aspects (original study) -----	239-264
<i>Dr. Vitomir Popović</i> , Determining of Price in Sale Contracts in the Economic System (review article) -----	265-276
<i>Dr. Milutin Đuričić</i> , Woman as the Execution Means in the Customary Law of Albanians (original study) -----	277-281

DISCUSSION

(Discussion of the draft of the Constitution of the Federal Republic of Yugoslavia)

<i>Dr. Dragoljub Kavran</i> , Opening Address -----	282-284
<i>Dr. Pavle Nikolić</i> , Crucial Failure of the Constitution of the Federal Republic of Yugoslavia of 1992 - Introduction -----	285-288
<i>Dr. Momir Milojević</i> , Unconstitutionality of the Constitution and International Status of Yugoslavia -----	289-298
<i>Dr. Stevan Lilić</i> , A Constitution of Imminent Danger of War -----	299-308
<i>Dr. Kosta Čavoški</i> , Third Yugoslavia in a New Constitutional Attire -----	309-316
<i>Dr. Zlatija Đukić-Veljković</i> , Contradictions of the Constitutional Model of the New Federation -----	317-319
<i>Dr. Dragoljub Popović</i> , Few Remarks on the Organisation of Power According to the provisions of the Constitution of the FR of Yugoslavia -----	320-323
<i>Dr. Stevan Đorđević</i> , Temporary Character of the Constitution, the Right to Self-Defence and the International-Law Continuity of State -----	324-325
<i>Dr. Jugoslav Stanković</i> , The Problems of Constituting and Functioning of New Yugoslavia -----	326-331

<i>Dr. Dragoljub Kavran, The Constitution as a Continuation and not as a Necessary Change</i> -----	332-335
---	---------

COURT CHRONICLE

Decisions of the Constitutional Court of Yugoslavia - <i>Đorđe Đurković</i>	336-338
Decisions of the Constitutional Court of Serbia - <i>dr. Tomislav Veljković</i> -----	338-342
Decisions of the Superior Economic Court of Serbia - <i>dr. Jezdimir Mitrović</i> -----	342-344
Decisions of the District Court - <i>Dimitrije Milić</i> -----	344-347

NOTES

<i>Dr. Marinka Cetinić, Round Table - "Changes of the Security Measures Law - Pro et Contra"</i> -----	348-351
--	---------

BOOK REVIEWS

Dragoljub Kavran, <i>Nauka o upravljanju - organizacija, kadrovi i rukovođenje</i> (The Science of Management - Organisation, Personnel and Management), "Naučna knjiga", Belgrade, 1991 - <i>dr. Stevan Lilić</i> -----	352-354
Zoran Stojanović, <i>Politika suzbijanja kriminaliteta</i> (The Policy of Stamping out the Crime), Faculty of Law in Novi Sad, 1991 - <i>dr. Đorđe Ignjatović</i> -----	354-357
Pravna država - poreklo i budućnost jedne ideje (The State of Law - the Origin and the Future of an Idea), Collection of Works, The Belgrade Law School, 1991 - <i>dr. Stevan Lilić</i> -----	357-359
Milisav Čizmović, <i>Gradansko procesno pravo</i> (The Civil Procedure Law), "Veljko Vlahović" University in Titograd, published by "Univerzitetska riječ", Titograd, 1984 - <i>dr. Milorad Živanović</i>	360-361
Sherman Elias, M.D. - George J.J. Annas, L.D., <i>Reproductive Genetics and the Law</i> , Chicago, London, Boca Raton, Yearbook Medical Publishers, Inc., 1987 - <i>mr. Hajrija Mujović-Zornić</i> ---	361-362

TABLES DES MATIÈRES

page

ARTICLES

<i>Dr James M. Klebba</i> , Le fédéralisme des tribunaux aux Etats-Unis (article de revue) -----	209-220
<i>dr Jakov Radišić</i> , Les expériences sur l'embryon humain créé in vitro - les limites du permis (oeuvre scientifique originale) ----	221-238
<i>dr Marija Draškić</i> , Les aspects familiaux et juridiques de l'insémination artificielle (oeuvre originale) -----	239-264
<i>dr Vitomir Popović</i> , La fixation du prix cher les contrats de vente dans l'économie (article de revue) -----	265-276
<i>dr Milutin Đuričić</i> , La femme comme moyen de l'exécution dans de droit de coutume des Albanais -----	277-281

DISCUSSION

(Discussion du projet de la Constitution de la République Fédérale de la Yougoslavie)

<i>dr Dragoljub Kavran</i> , Allocution d'ouverture -----	282-284
<i>dr Pavle Nikolić</i> , L'échec fatal de la Constitution de la République Fédérale de Yougoslavie de 1992, expose d'introduction ----	285-288
<i>dr Momir Milojević</i> , La non constitutionnalité de la Constitution et la personnalité morale internationale de la Yougoslavie ----	289-298
<i>dr Stevan Lilić</i> , La Constitution d'un danger de guerre immédiat --	299-308
<i>dr Kosta Čavoški</i> , La Troisième Yougoslavie dans un habit constitutionnel nouveau -----	309-316
<i>dr Zlatija Đukić-Veljović</i> , Les contradictions du modèle constitutionnel de la nouvelle fédération -----	317-319
<i>dr Dragoljub Popović</i> , Une remarque sur l'organisation du pouvoir selon les dispositions de la Constitution de la République Fédérale de Yougoslavie -----	320-323
<i>dr Stevan Đorđević</i> , Le caractère provisoire de la Constitution le droit à l'autodéfense et la continuité juridique internationale de l'Etat -----	324-325

<i>dr Jugoslav Stanković</i> , Les problèmes de la constitution et du fonctionnement de la nouvelle Yougoslavie -----	32
<i>dr Dragoljub Kavran</i> , La Constitution comme poursuite et non pas comme changement nécessaire -----	33

LA CHRONIQUE DES TRIBUNAUX

Les décisions du Tribunal constitutionnel de Yougoslavie - <i>Đorđe Đurković</i> -----	32
Les décisions du Tribunal constitutionnel de Serbie - <i>dr Tomislav Veljković</i> -----	32
Les décisions du Tribunal suprême économique de Serbie - <i>dr Jezdimir Mitrović</i> -----	34
Les décisions du Tribunal du district - <i>Dimitrije Milić</i> -----	34

NOTES

<i>dr Marinka Cetinić</i> , La table ronde "Les changements de la loi sur les mesures de sécurité - pro et contra" -----	3.
--	----

COMPTE RENDUS DES LIVRES

Dragoljub Kavran, La science de la gestion - l'organisation, les cadres et la direction, "Naučna knjiga", Belgrade, 1991 - <i>dr Stevan Lilić</i> -----	3
Zoran Stojanović, La politique de la répression de la criminalité, Faculté de droit de Novi Sad, 1991 - <i>dr Đorđe Ignjatović</i> -----	3
L'Etat de droit - Origine et avenir d'une idée, Zbornik radova, Faculté de droit de Belgrade, 1991 - <i>dr Stevan Lilić</i> -----	3
<i>dr Milisav Čizmović</i> , Le droit de procédure civil, Université "Veljko Vlahović" Titograd, NIO "Univerzitetska riječ", Titograd, 1984 - <i>dr Milorad Živanović</i> -----	3
Sherman Elias, M.D. - George J.J., Annas, J.D, Reproductive Genetics And The Law, Chicago, London, Boca Raton, "Year book medical publishers", INC., 1987 - <i>mr Hajrija Mujović-Zornić</i> -	3

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: Божићар Јелчић, *Пораст и разлози пораста порезног оптерећења*, „Финанције и финансијско право”, ред. Божићар Јелчић и Владимир Срб, Осиек, 1982, стр. 37; Владимир Капор, *Купопродаја*, п. 37, „Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада”, том први, Београд, 1978, стр. 805.

10. Навођење судских одлука треба да садржи податке о врсти одлуке, суду, броју одлуке, датуму када је донесена и публикацији у којој је објављена, односно назначење да је коришћена из судске архиве. ПРИМЕР: Решење Уставног суда СР Србије III У бр. 82/72, од 31. маја 1972, „Зборник судске праксе”, бр. 7–8/1982, одл. бр. 29; пресуда Врховног суда СР Хрватске Гзз бр. 58/75, од 18. јуна 1975, „Збирка судских одлука”, књ. I, св. 4, одл. бр. 462.

11. Уколико се једно дело истог аутора цитира у више фуснота (које нису непосредно једна из 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, Dordrecht, 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. Поднасловe највишег реда обележавати римским бројевима и куцати великим словима. Уже поднасловe обележавати арапским редним бројевима и куцати малим словима, а још уже словима азбуке и такође куцати малим словима. ПРИМЕР: III. УТИЦАЈ ПОРЕСКЕ ПОЛИТИКЕ НА ПОНУДУ ЧИНИЛАЦА ПРОИЗВОДЊЕ; 1. Ефекти пореске политике на штедњу; (а) Ефекти пореске политике на штедњу становништва.

18. Моле се сарадници да после прекуцавања рукописа пажљиво прочитају текст и отклоне евентуалне дактилографске грешке.

Претплата за часопис "Анали Правног факултета у Београду" у 1992. години за целу годину износи:

1. За правна лица	_____	дин.	2500.–
2. За појединце	_____	"	1200.–
3. За студенте (редовне и ванредне)	_____	"	400.–
4. За један примерак	_____	"	500.–
5. За један примерак за иностранство	_____	US\$ 25 (у дин.)	

Претплата за иностранство износи 50 US\$ (плативо у динарима по курсу на дан уплате).

Ове претплатне цене важе за претплатнике који уплате претплату до 30. јуна 1992. године.

Претплату слати на рачун Правног факултета у Београду број,
60803-740-030-4356

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