

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

UDK 34/35

YU ISSN 0003-2565

АПФ



5

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 „Анали”: 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 Боривоје Шундерић, др Мирјана Тодоровић, др Ђорђе Игњатовић (секретар Уређивачког одбора), др Љиљана Радуловић, др Милан Пауновић и Војислав Станимировић.

ИЗДАВАЧКИ САВЕТ

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

ИЗДАВАЧ: Правни факултет у Београду

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

ЧЛАНЦИ

UDK - 343.1.001

Изворни научни рад

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

ПРОБЛЕМИ ЧИЊЕНИЦА У ДОКАЗНОЈ ТЕОРИЈИ КРИВИЧНОГ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА

У раду се разматра проблем правилног дефинисања чињенице уопште, и у доказној теорији кривично-процесног права, посебно. Улази се у дискусију са разним дефиницијама чињенице.

Писац, затим, истражује институте доказног средства, доказних извора и доказа, те, на крају, испитује доказну чињеницу као информацију у кривичном поступку и њене релације са предметом доказа.

Кључне речи: Доказна чињеница. - Предмет доказа. - Доказни извор. - Сигнал.

У савременој науци, када је реч о чињеници, запајају се две тенденције.

Фактуалистички правац наглашава независност, аутономију чињенице од концепта, теорије, док концептуалистички смер заступа становиште да чињеница потпуно зависи од концепта.

Подједнако је погрешно супротстављати факт теорији (нпр. верзији), као и потпуно га концептуалистички растварати у теоретском мишљењу.

У науци кривичног процесног права ове две тенденције наилазе на својеврстан одјек, што доводи до неоснованих и често недовољно образложених дефиниција чињенице. *Влада општа нејасноћа у једном од најфундаменталнијих појмова кривично-процесне науке и кривичног поступка.*

Овај рад представља покушај налажења правилних ставова, уз примену сазнања теорије информације, системно-структурне теорије и савремене криминалистичке науке.

I. ПРОБЛЕМ ДЕФИНИСАЊА ЧИЊЕНИЦЕ

Проблем прецизног дефинисања "чињенице" привлачи све већу пажњу научних методолога, логичара, филозофа и правника. Највећи број процесуалиста, упркос несумњиво великом значају дефинисања тог појма управо за кривично-процесну науку и праксу, полази од интуитивног, веома варљивог утиска да је одговор лак и прост. *Заблуда је да је тај појам дат априорно.*

Већ саме речи "чињеница", "факт", вишезначне су, чак и у научном контексту. Анализа показује да се изразима "факт", "чињеница", придају различита значења. Једном је то радња, збивање, догађај из прошлости, који је престао да постоји или још траје, али се израз "чињеница" нигде и никада не употребљава као ознака за збивања у будућности. Други пут се овим изразом означава оно што је стварно, насупрот плодовима маште. Трећи пут се њиме обележава појединачно и конкретно, у супротности с општим и апстрактним. Четврти пут се тим изразом жели нагласити поузданост, сигурност, веродостојност неког збивања, пети пут поузданост нашег знања о догађајима, итд.

Говори се, даље, о објективно-реалним, логичко-мисаоним, језичким чињеницама. Праве се поделе и на физичке, хемијске, биолошке, економске, психолошке, историјске, експерименталне, емпиричке, научне, статистичке, социјалне, правне, естетске итд., чињенице. Најчешће се, поготово у правној науци, преузима представа о чињеници као само *реалном догађају*, појави, ствари, процесу, који је човек (судија) непосредно фиксирао у својој свести. Њих треба наводно подврћи само простом, непосредном посматрању и описивању (1). У ствари, овакав приступ доживљава и интерпретира чињеницу као непосредну датост људским осетима.

Речи "чињеница", "факт", најчешће се употребљавају у три значења.

1) Придаје им се значење неког догађаја, појаве, исечка објективне стварности (нпр. Косовска битка се збила на Видовдан 1389. год.; У стану Петра Петровића пронађена је одређена количина оружја, наркотика итд.).

Чињеница је појединачни догађај, појава, ствар, али је она многоструким односима повезана са другим чињеницама.

2) Реч "чињеница" употребљава се и у значењу емпиричких исказа, граматичких чињенично-фиксирајућих реченица, података, информација о објективно постојећем фрагменту стварности, објективној чињеници која је објект људске (овде кривичнопроцесне и кривичноправне) делатности.

Овоме је блиско значење "чињенице" као *материјала* који се концептуализује.

(1) И ране природне науке су у својој описно-емпиричкој фази углавном фиксирале спољна обележја биљака и животиња. "Чињенице - оно што је искуством потврђено да постоји или да се догађа, факт", *Речник српскохрватског књижевног језика Матице Српске*, књига шеста, С-Ш, Нови Сад, 1970.

3) У појединим контекстима израза "чињеница", чињенично, фактично (2) користе се као сининими речи "правилно, истинито". Такав придати смисао заснива се на спознаји да се као својство чињенично-фиксирајуће реченице. "Петар је пуцао на Павла", јавља њена истинитост. Није сваки податак, исказ, информација - факт, већ само онај који је провером утврђен као истинит.

Морамо себи поставити питање: ако је чињеница само догађај, појава објективне стварности, зашто је, упоредо са тим појмом, уведен посебан појам чињенице, зашто би била потребна два израза за појам истог. Када би чињеница била *искључиво* појава објективне стварности, коју бисмо, као чулну датост, могли непосредно спознати, било би немогуће и непотребно проверавати њену веродостојност, што ЗКП изричито тражи. Одговор се, по мом схватању, налази у томе што се ту једно исто разматра у разним релацијама.

Када говоримо о догађају, појави објективне стварности, разматрамо га онтолошки (онтологија је учење о бићу независно од његове спознаје), без и изван релације према спознајном субјекту, али у разним генетичким, структурним итд., односима са другим догађајима и појавама.

Међутим, када те исте догађаје и појаве називамо чињеницама, разматрамо их гносеолошки, са становишта опажања, описивања, верзија, једном речју - спознавања. Факт је гносеолошка категорија, корелативна са спознајом. Логичар и филозоф *K. Popper* тачно је дефинисао: "Запажања су увек интерпретације у светлости теорије". Статичар *Лес* зна: "Не постоји гола чињеница: она је увек фризирана". У једном свом раду сам написао: "...тумачење појма "чињенице" од стране највећег броја процесуалиста, одговара дефиницији *John Stuart Mill*-а, према којој су *чињенице* такве околности које су независне од човека, а то не постају тек појављивањем сведока. Ово учење идентификује стварност са чињеницом. Оно сасвим одговара тумачењу *човечијег* опажања као *пасивног* регистратора *опажајних* објеката. Међутим, *нека ствар, догађај, појава, процес, постају чињеницом само онда и управо тиме што их је субјект спознао, придајући им одређено значење* (интерпретацију)" (3). Чињеница је гносеолошки феномен, јединство објективног и субјективног, а нипошто искључиво објективна категорија. Не постоје чињенице "по себи", оне су увек повезане са тумачењем спознајног субјекта (суд), те је разлика између чињеничне подлоге (супстрата) и њене интерпретационе структуре веома условна, а често и неухватљива.

На тај начин се криминалисти и процесуалисти "чињеница" појављују као фрагмент објективне стварности (онтолошки појам чињенице као простог дела стварности му није довољан) - ствар, догађај, процес, који се нашао у орбити преткривичног поступка, постајући објектом његове спознајне активности. *Ова категорија реалности је концептуализована*, односно она је у релацији са судјиним мишљењем. Прво, имамо део објективног света (*status rerum*); друго, кривичару

(2) "Фактичко, чињенично" означава се као оно што одражава стварно стање.

(3) В. Водинелић, *Процесуални и криминалистички проблеми са судовима и закључцима у исказу сведока*, "Архив за правне и друштвене науке", 1/1991, стр. 55-85.

је задат предмет спознаје који он може концептуализовати само у оквиру и са садржајем судске праксе; треће, субјект судске спознаје интерпретира чињенице у виду мисаоно-логичких облика, разјашњавајући кривичну ствар. Судска спознаја се не бави светом по себи, већ објективним "светом", задатим кроз призму практичне делатности откривања истине у кривичном поступку - својства објективне реалности која су издвојена праксом и чине предмет судског (са)знања. Она, међутим, постају предметом судског знања само као резултат процедуре концептуализације кроз призму одређене категоријалне теоретске мреже. При томе је пресудно истаћи да се та концептуализација фрагмента стварности кривичног догађаја, тј. његових издвојених својстава, *не може односити на та својства онако како она постоје изван и независно од судске спознаје* (онтолошки). *Она значи превођење из материјалног у идеалну форму, тј. мисаону реконструкцију* и уврштавање у одређен категоријални систем. Чињеница није ни "чисто" онтолошки, нити "чисто" гносеолошки, логични феномен. С једне стране, чињеница је исечак стварности, који одражавамо у нашој свести, али, с друге стране, тај факт претпоставља неку мисаону, логичку интерпретацију, реконструкцију, осмишљавање запажене појаве. *То значи да у структуру чињенице не улази само тај чулни податак, већ и његово рационално тумачење.* У истинитост саме чињенице не можемо сумњати, будући да смо извршили процес њене провере и потврдили је аргументацијом. При томе се морамо чувати тзв. очигледности. *Anatol France* је написао да је фалсификат наоко најаутентичнија појава. Чињенице које леже на површини чине тек први слој спознаје (убачени усташки диверзанти, рачунајући са психологијом очитости, кретали су се неко време у позадини, обучени у униформу ЈНА) (4). Иза тог првог површног слоја морају се, међутим, открити много дубљи слојеви фактичког (са)знања. Управо због тога се у доказној теорији не бисмо смели задовољити одредбом чињенице која би се заснивала на површним утисцима. Савремена судска психологија и криминалистичка тактика доказале су и показале да се чињенице не јављају као резултат једнократног огледалског одражавања у свести, као што то мисли наивни реализам, нити простим описивањем појаве стварности. Чулно и рационално се испреплићу већ у најпростијем опажају, те се лик и његово тумачење сливају од почетка спознаје. Чулни и рационални, практични и теоретски аспекти аката спознаје, чине да *чињенице иступају као сложен систем спознајне делатности.* Тиме је откривена антиномија појма "чињенице". У процесу откривања факта у кривичном поступку, упоредо са чулно-практичним облицима спознаје, неизрециво значење имају начини анализе и синтезе, индукције, дедукције, редукције, генералишућег апстраховања(5) итд., помоћу којих интерпретирамо чињеничну основу (чињенични супстрат).

(4) В. Водинелић, *Криминалистика*, Београд, 1987, стр. 281-340.

(5) В. Водинелић, *Увиђај и планирање верзија*, "Наша законитост" 1982, 11-12, стр. 63-94; *Докази и верзије у кривичном поступку*, "Анали Правног факултета у Београду", 1984/1-4, стр. 150-162; *Постављање верзија у процесу оперативне делатности и истраге*, "Правни живот", 1984/1, стр. 1151-1164.

Открити и утврдити праву природу и суштину чињенице можемо само ако се не задовољимо тиме да је третирамо само као фрагмент објективне стварности, већ и као знање, интерпретацију, исказ, логичко рухо реалне појаве.

На гносеолошком плану чињеница је, поновимо, онај фрагмент објективне стварности који је, путем практичних радњи, као постојећи фиксиран у свести органа кривичног поступка. Први део овог појма каже нам да је факат сама стварност, а не просто наше знање о њему или наш исказ о томе. Други део појма "чињеница" одређује, тражи да о датом фрагменту објективне стварности постоји поуздано, извесно знање. Ако бисмо сада из тог појма чињенице избацили њен први део, произлазило би да кривичне науке не изучавају стварност кривичних дела, већ продукују "знање" о њима и дају исказе искључиво из свести, попут митолошке богиње мудрости Минерве, не заснивајући их на објективној стварности. Уколико бисмо, пак, из појма "чињеница" избацили њен други део - сигурно, чврсто знање - испало би да сама реална појава на волшѐбан начин улази у кривичне науке и судску пресуду. Јасно је да материјално не може ући у идеално. И једно и друго било би апсурдно. Неспозната стварност не може бити чињеницом. Она није то, јер се о њој не може рећи ништа, не постоји никакво знање о томе.

Произлази да је чињеница како извор (сигнал) информације о реалној појави из прошлости (кривичној ствари), тако и сама та информација као поуздано, истинито знање о појави или догађају. Стога није реч о логичној контрадикцији, већ о сложеном појму. То и јесте разлог што ћу у наставку овог рада користити симболе $\mathcal{C}_1$ за први део, а $\mathcal{C}_2$ за други део интегралног појма чињенице. $\mathcal{C}_1$ се односи на стварност, а $\mathcal{C}_2$ на концептуални аспект појма чињенице. Многи процесуалисти (6) редукују појам чињенице само на фактуалну, превиђајући њену обавезну концептуалну страну. Свакако је објективно реално постојање битна одлика чињенице, али не смемо превидети да не постоје "чисте" чињенице, независне од процеса и субјекта спознавања. Нико не може констатовати ни најпростију чињеницу без, или мимо, основних фактора сазнајног процеса, које чине пракса као предметно-чулна делатност и теорија као мисаона страна целовите делатности. Овај спознајни процес тече од чулно-конкретног преко апстрактног до мисаоно-конкретног (7).

(6) Тако, нпр., проф. др Загорка Јекић у својој вредној и лепо написаној монографији *Докази и истина у кривичном поступку* (Бгд., 1989) дефинише чињенице као "појаве, догађања, радње и "било да припадају прошлости или садашњости, стања и то како спољне... тако и унутарње чињенице (стање свести и воље)" (стр. 29). Она је чињеници порекла својство информативности, одвајајући је од доказа, који су, по овом писцу, фактички подаци, а не чињенице. Податак је "чињеница која може помоћи да се нешто дозна", тврди *Речник српскохрватског књижевног језика Матице српске*, Нови Сад, књига четврта, II-C, 1973.

(7) Б. Пешић даје правилну дефиницију: "Чињеница је мисаоно-чулном делатношћу утврђено објективно реално постојање извесне ствари, појаве, процеса, дешавања, особине или односа" (*Логика*, Београд, 1962. стр. 620. Видети од истог аутора и *Општа методологија*, Београд, 1971. стр. 270).

Не смомо се задржавати на дефинисању чињенице путем описа, које је на нижој степеници од дефинисања путем одређивања суштине. Први приступ обухвата само појавност, која је непосредно приступна искуству. Тек дефинисање путем одређивања суштине разоткрива ову испод појавности.

Чињенице могу бити просте и сложене, тренутачне и трајније, закономмерне и случајне. Оне се могу сазнати разним методама: посматрањем, експериментом итд. Оне су увек конкретне, појединачне, делимичне, посебне и индивидуалне, упркос могућности њиховог понављања. Емпирички факти имају својство поновљивости сложеним сједињавањем истородних елемената. Чињенице (природно-научне и историјске) запажамо увек у простору и времену као објективно реалне облике бића.

Чињеница је, међутим, такав догађај или појава која је разноврсним односима неминовно повезана са другим догађајима или појавама. Према томе, доказно значење чињеница не може се, и не сме, сводити на њихово фиксирање у изолованости. Чињенице се морају третирати у њиховој повезаности, у целокупности као система. Ово је методолошко правило у погледу метода описивања, обраде и уопштавања чињеница. При томе, чињеницу не можемо непосредно користити као неку врсту "сировине" догађаја, дефинитивно ишчезлих у таму, прошлости, већ посредно, путем $\mathcal{C}_2$, тј. елемента знања (у овај појам улазе и верзије).

Наши емпирички искази о $\mathcal{C}_1$ имају облик језичке употребе (природног или вештачког, тј. научног језика). То су чињенично-фиксирајуће реченице којима се описују $\mathcal{C}_1$ (појединачно или у њиховој укупности). Када се описују и закономмерности објективног света које владају тим чињеницама, приступамо теоретском описивању. Управо увођење појма $\mathcal{C}_2$, као фактично-фиксирајуће реченице (информације), одређује научно значење дефиниције чињенице. Будући да је та реченица опис по свом облику и садржају, $\mathcal{C}_2$, која је неодвојива од тог (природног или вештачког) језика (који, дакако, укључује и цртеже, скице, макете, математичке кемпјске и друге изразе) (8), путем којег се испољава $\mathcal{C}_1$, произлази да се већ на нивоу описивања (нпр. језиком криминалистике) *врши елементарно уопштавање*. Опис, који се стално предузима у свакодневном животу, знатно се разликује од описа који се врши криминалистичким и другим научним методама. Примера ради, учење о личном опису у криминалистици створило је научну језичку апаратуру и посебни метод описивања (9).

У саобраћајној криминалистици (10) елементи описивања чињеница су речи "маса", "убрзање", "трајекторија", "деформационе карактеристике колидираних возила", "кофицијент приањања пнеуматика у функцији проклизавања", "трагови вожње", "трагови блокирања", "примарни и секундарни трагови" итд.

(8) В. Водинелић, *Криминалистика*, стр. 375-400.

(9) В. Водинелић, *ibid.*, стр. 429-466.

(10) В. Водинелић и група аутора, *Саобраћајна криминалистика*, Београд, 1986, стр. 48-206, 255-543, 602-695.

За разлику од објективно реалних појава, које постоје независно од тога шта о њима зна и мисли спознајући субјект те нису и не могу бити ни истините ни неистините, Ч₂ (искази, информације) директно траже проверу и оцену њихове (не)истинитости. Појам чињенице и појам неистинитости међусобно се искључују. Чињенично-фиксирајуће реченице - описи - морају бити емпирички (искуствено) истините. Ова се истинитост утврђује практичним путем. У томе треба гледати специфичност Ч₂ као полазишних елемената знања о кривичном делу, учио-ницу и нападом објекту. Оне имају непосредну везу са праксом, искуством. Ч₂ могу бити теоријски истините или неистините, између њих и стварности кривичног дела може, али не мора, постојати однос адекватности. Није свака чињенично-фиксирајућа реченица - Ч₂ - добијена путем увиђаја, реконструкције догађаја, криминалистичког експеримента или вештачењем, исказом (сведока, оштећених, окривљених), истинита емпирична реченица. Ту и налазимо један од извора судских заблуда. При одражавању Ч₁ у људској свести (Ч₂), могуће су чак и честе деформације. Поједине чињенице, узете изоловано, нису довољан основ за спознају судске истине. Она тражи "изградњу" система чињеница. Пресудно је правилно разјашњење њихове унутрашње везе. Секундарност чињеница описа, у односу на "чињенице" као реалне догађаје (Ч₁), тј. њихов гносеолошки статус, доказује да међу њима не може бити простог, огледалског подударанја. Поврх тога, кривично дело као реални догађај (Ч₁) може се испољити у облику разноврсних факата у системима разних форензичких наука. Ако узмемо за илустрацију саобраћајну несрећу, у погледу Ч₁ могућа су саобраћајно-техничка вештачења, вештачења трагова стакла, лака, боје, честице гуме, прљавштине, тканина, расутог или просутог терета, дактилоскопска вештачења, испитивања докумената, избрисаних знакова слова и бројева, серолошка, алкохолметријска, комплексна криминалистичка и аутотехничка вештачења, комплексна криминалистичко-судско-медицинска, судско-психолошка вештачења, пожарно-техничка, ботаничка, и слична вештачења (11). Свака појава, па и кривично дело, има безброј чињеничних аспеката, страна и елемената. Тачно је и то да што за једну област знања може бити факт, за другу не мора (12).

Значајно је методолошко упозорење да се везе између Ч₁ не могу конструисати изван и вештачки их уносити у Ч₁, већ их, напротив, треба изводити из Ч₁. Ч₁ се конкретизује у духу девет златних питања криминалистике (13). А. Чехов је у новели "Шведске шибице" изванредно показао до чега доводи натезање Ч₁ на Прокрустов кревет Ч₂. У кривичном поступку су квазификати (неистините Ч₂), који се приказују као Ч₁, узроци кобних заблуда. У крај обогаћен шумском индустријом дошао је млади шумарски приправник, сиромашан досељеник. Случај је хтео да се заљуби у кћерку најбогатијег сељака који је грубо одбио његову просидбу, иако је кћи узвраћала љубав. Били су веома несрећни.

(11) В. Водинелић, *ibid.*, стр. 153-191, 355-716, 871-940.

(12) G. Margenau, *Open Vistas*, New Haven, 1961, p. 10.

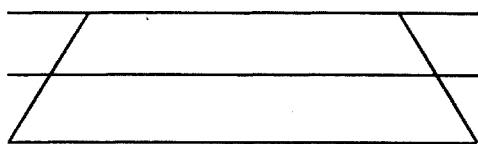
(13) В. Водинелић, *Криминалистика*, стр. 9-29.

Критичног недељног поподнева седео је шумарски приправник у сеоској кафани, очајнички гледајући у једну тачку. Уто је дошао несуђени таст, веома расположен, и частио све присутне. Пришао му је одбијени просац и наговарао га да не разара срећу своје јединице, али га је овај цинично одбио. Враћајући се за свој сто, несретник је, лупивши шаком по њему, викао: "Овај ће пас већ видети, нећу само ја него ће и он бити несрећан". Када је почео да пада мрак, богаташ је изашао из кафане, а једно двадесетак минута иза тога изашао је шумски приправник. Двојица бескућника, који су обављали нужду у сеоском јарку, пријавили су полицији да су видели када је шумар забио нож у леђа богаташу, затим га извукао, обрисао о жртвин сако и побегао преко њива. Претресом стана пронађен је на тавану сакривен нож са траговима крви покојникове крвне групе. Против невино окривљеног говориле су се индиције: средство извршења, мотив и претња (индиција испољавања воље за извршење убиства), те непосредни докази, искази два добронамерна сведока - очевица. Дуго испитиван, младић је рекао да је замишљен ишао сеоским друмом, када је, на своје запрепашћење и ужас, скоро нагазио на леш, из чијих је леђа вирио његов нож. Испрепадан, у самртном страху да ће га невиног осудити, извадио је нож, обрисао га о сако жртве и побегао главом без обзира. Из истог мотива је и сакрио нож на тавану. не уме објаснити како је тај нож, који је носио у џепу, ишчезао. Убица му га је, вероватно, украо. Предочавани су му тешки докази али је он данима упорно порицао, стално понављајући: "Ја сам невин". Када је издржао дванаест година казне лишења слободе, стварни је убица *in articulo mortis* (на самртној постељи) признао злочин. Сусељанин, којем је презадужено имање требало отићи на добош, седео је критичног поподнева за шумарским столом у кафани. Видео је да богаташ има новчаник набијен хиљадаркама, био је сведок свађе и претње, одлучио да изврши грабежно убиство, украо нож из џепа узбуђеног шумара и намерно га оставио у леђима жртве, да би унапред скренуо сумњу на шумара...

У овом се примеру, као у жижи, усредредила сва проблематика у вези са Ч_1 и Ч_2 . *Описивање чињеница јесте криминалистичко моделирање, које се по својој форми не може потпуно подударати са оригиналом, тј. Ч_1 .* Опис је структурна етапа такозваног криминалистичког мишљења, на којој се фиксирају својства елемената предмета доказа (14), али и оних чињеница путем којих се доказују ови први. Описати значи одговорити на питање каква је Ч_1 и шта она све може значити у конкрет-ној кривичној ствари. *Описивање у доказној теорији није исто што и фактологија.* Видови описивања дати су криминалистичком науком. Овај опис значи систематизацију и класификацију описаних својстава Ч_1 . Описивање мора служити разјашњавању. Разјашњавање се односи на откривање и утврђивање суштине. Ова није дата изван појава, али се не може свести на њих. Њене најважније особине су структура система и невидљивост. Човечанство се сусреће са последицама слободног пада (закона гравитације), али га нико никада није непосредно запазио. Суш-

тину нам не открива чулна датост, сама по себи, нити је можемо издвојити из појединих појава простим апстраховањем. *Једини могући пут је конструктивна активност мишљења*. Реални догађај (кривично дело) није целокупност појединих атомизираних појавности (чулних датости), већ систем у којем су појавност и суштина органски срасли. Не желим овде излагати криминалистичко учење о верзијама (15) које процесуалисти, по правилу, испуштају, из вида. Будући да између историјске и криминалистичке науке у методологији истраживања постоје сродне црте (кривично дело је, такође, "историјски" догађај за његове учеснике), цитирам, када је реч о верзијама, *L. Gershoy*-а: "Без тачне и доступне провере историјских факата не сме се ништа разјашњавати, али су без хипотезе чињенице слепе" (16) (потцртао В. В.). *G. Margenau* потпуно правилно упозорава: "Немојте питати о значењу чињенице или о њеном разјашњењу ако нисте спремни да као одговор добијете хипотезу" (17). (У криминалистици и кривично-процесној науци као хипотеза се јављају верзије (које англосаксонска криминалистика воли називати теоријама).)

Већ сама језичка кошуљица (природног или вештачког језика, свеједно) описивања чињеница уводи у њену структурну верзију, повезујући ову са њеним елементима и принципима доказне теорије. *Систематизација чињеница често није емпиричка процедура, већ сједињује искуствене и теоретске моменте на основу емпиричких информација*. Анализа постепено прелази од Ч_1 према закључцима, затим се проверава истинитост закључка обраћањем чињеницама 2 (које се никада потпуно не поклапају са чињеницама 1). Кретање од Ч_1 према Ч_2 помоћу мисаоних модела - конструката (верзија) - морало би бити неопходан начин судске спознаје ради доношења адекватне пресуде. Наивно реалистичко схватање не прави разлику између Ч_1 (објективно постојећег збивања) и Ч_2 (опис Ч_1), те такав судија неће применити криминалистичке и логичке методе педантног планирања верзија и провера Ч_1 и Ч_2 . Ту и јесте узрок судске заблуде у изнетном примеру. Инсистирам да се чињенице спознају методама три нивоа: прво се јавља Ч_1 , затим се врши описивање Ч_1 , дакле иступа Ч_2 , а на трећем нивоу се стварају и проверавају фактички системи путем верзија (18). Шема овог поступка изгледа овако:



Ч_1 (чињенични супстрат)

Ч_2 (опис)

Верзија о чињеницама

(15) *Криминалистика*, стр. 29-51.

(16) *Some Problem of Working historian*, New York, 1966, str, 93.

(17) *Op. cit.*, стр. 236.

(18) Од средине XX века целокупна наука је све више прожета системно-структурним приступом, те је и овај криминалистички приступ стварањем учења о планирању и провери верзија резултат тог општег тренда.

Ово се чини на основу искуства и научних сазнања. *G. Wickers* (19) је потпуно у праву када каже: "На свет се све више гледа као на хијерархију система". Само методом три нивоа може се остварити одабирање типичних и индивидуалних релативних чињеница, те откривање структурних и генетичких узрочно-последничних веза међу њима, дакле управо система конкретног кривичног дела. Важно је напоменути да чињенице ни на једном од описаних нивоа нису туђе и потпуно самосталне у односу на верзије. Видели смо да се већ на нивоу описивања (представљања чињеница путем описа) врши елементарно уопштавање, апстраховање. Осети, опажаји и мишљења су облици повезивања спознајног субјекта са објективним светом. Опажај није пасивна рецепција, како то мисле наивни реалисти, већ прерада у мислима, синтеза, генералисање. *Нема чулног опажаја без несвесног закључивања*. Операција несвесног закључивања не обавља се умовањем. Овај феномен данас обично називају *аперцепцијом*, чиме се означава зависност перцепције од општег садржаја нашег психолошког живота. Несвесно закључивање сведока тече аутоматски из срањивања сензомоторичких аката. Ово сазнање није ново. Теорију о несвесном закључивању створио је још арапски научник *Ибн-ал-Хаисама* (965-1038), а разрадио *H. Helmholtz*. У криминалистици и судској психологији овај је проблем још пре 86 година обрадио *H. Gross*, отац криминалистике и судске психологије (20). Правници, пак, мисле да чулно запажање не садржи закључке. У овом непознавању криминалистике и судске психологије (за које велику кривицу носе и правни факултети у нашој земљи, заражени предоминантним правно-догматским, позитивистичким, приступом) крије се један од снажних извора судских заблуда. У примеру са невинно осуђеним шумаром двојица сведока су, у ствари, запазила извлачење ножа из леђа жртве и несвесно закључила да је шумар прво забио нож а затим га извукао. Овај свој несвесни закључак презентирали су суду као тзв. голо запажање, што је суд и прихватио. Није било планирања верзија и истинског проверавања Ч₂. Сваку чињеницу суд би морао 1) издвојити из њеног окружаја, размотрити тако изоловану, анализирати психолошки и логички; 2) у погледу њеног постојања (доказним проверавајућим радњама), у логичком, али и у психолошком погледу, и то са становишта да је она аутентична али и, супротно, лажна (супротне верзије су обавезне); 3) сваку чињеницу Ч₂ разматрати у светлу верзија (а) да је окривљени невин, (б) да је вин; 4) после педантне провере сваке чињенице треба створити синтезу доказа, опет у светлу верзија о постојању, односно непостојању, кривичног дела и невиности, односно виности, учиниоца. На питање о вредности чињенице за сваку конкретну

(19) *Control, Stability and Choice*, in "General Systems". Yearbook of the Society for General Systems Research, Vols II. Ann Arbor Michigan, 1957, p. 1. Стварајући југословенску модификацију учења о верзијама, а и иначе, и у теорији доказа руководио сам се тим приступом.

(20) *Handbuch der Kriminalistik; Kriminalpsychologie*. Искрипно о том проблему В. Криминалистика, стр. 281-301. Видети и Водинелићев рад *Процесуални и криминалистички проблеми са судовима и закључцима у исказу сведока*, "Архив за правне и друштвене науке", 1/1991.

кривичну ствар прво морамо бити сигурни у генералну доказну вредност дотичне чињенице, а затим у исту, у оквиру предметног случаја.

У савременој науци појам чињенице је пренесен са једнократних појава или догађаја, на односе, процесе, целокупност међусобно тесно повезаних појава (нпр. први светски рат је историјска чињеница).

II. ДОКАЗНО СРЕДСТВО, ДОКАЗНИ ИЗВОРИ И ДОКАЗ

У светској кривично-процесној литератури постоји велика разноликост одговора на питање - шта је то доказ у кривичном поступку. "Појам доказа се различито одређује, односно доказу се придају различита значења" (21). Златарић (22) и Дамашка констатују да постоји "права појмовна збрка...". Велико неслагање и разноврсност погледа при одређивању појмова "доказно средство", "доказни извор" и "доказ", сами по себи знатно отежавају и замагљују сагледавање ионако већ сложених проблема и њихово решавање у доказној теорији.

У југословенској кривично-процесној науци уобичајена је употреба израза "доказ" за појмове "извори сазнања о чињеницама" и "доказна средства". *И у свету је, у складу са класичном теоријом, преовлађујућа појава да се доказни извори и доказна средства појмовно идентификују, што је терминолошка таутологија. Наиме, тврдити да је сведок, вештак, увиђај - доказно средство, да је доказно средство извор из којег се добија доказни основ (чињеница), исто је што и рећи да је сведок, вештак, окривљени, истовремено извор доказа и доказно средство, а ово је, опет, исто као када се каже: сведок служи као извор доказа, дакле доказ је извор самог себе. Оваква таутологија не открива прави садржај појма и не може извршити функцију одредбе.

По нашем мишљењу "доказно средство" је појам који је различит од појма "извор доказа". У нашем језику се под изразом "извор" сматра објект из којег нешто произилази. Увиђај не може бити извор доказа, нити сам доказ. Наиме, самим увиђајем - као таквим - не доказује се ништа. Доказује се само његовим резултатом - изналагањем и интерпретацијом трагова и предмета кривичног дела. Функција и природа увиђаја исцрпљују се у томе да буде радња изналагања, асервирања, фиксирања, провере и тумачења доказа. Увиђај је само процесно оформљена методика, систем средстава и начина откривања, прикупљања и асервирања стварних доказа. Судија обавља увиђајну радњу (низ предметно-практичних операција), служи се методиком увиђаја да би пронашао и фиксирао материјалне доказе и тако створио сазнање о постојању или непостојању спорних чињеница. Слажемо се са тврдњом да ствар - сама за себе и по себи - није доказ, већ су то по нашем, и не само

(21) Д. Димитријевић, *Кривично процесно право*, Београд, 1976, стр. 189.

(22) Б. Златарић, М. Дамашка, *Ријечник кривичног права и поступка*, Загреб, 1966, стр. 60.

Усп. Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд, 1970. стр. 299; Д. Димитријевић, *оп. cit.*, стр. 189; Извор:... оно из чега нешто проистиче...", *Речник српско-хрватског и народног језика*, Српска академија наука и уметности, Београд, 1973, књига, VII, стр. 367.

нашем, мишљењу - својства те ствари. Али, треба уважити да се та својства не могу одвојити од ствари која у кривичном поступку има функцију материјалног носиоца својстава (информација) која имају доказну вредност и значење: да је управо тај и ниједан други стол фигурирао у соби у време извршења крађе, да је услед наталожене прашине, глаткоће, масноће површине и слично одразио контуре починитељеве ципеле, штавише њена индивидуална обележја итд. Пример јасно показује да је то што класична школа назива доказним средствима, у ствари радња (методика, јединство адекватних средстава и начина) којом се остварује сам процес доказивања. Само је по себи разумљиво да се доказивање може вршити само путем доказа, дакле, резултата доказне радње увиђаја, што значи путем стварних доказа (трагова и предмета кривичног дела). Доказну информацију чини сам садржај доказа. Према томе, као извор сазнања кривичноправно релевантним чињеницама, појављују се трагови и предмети кривичног дела (стварни доказ). То су доказни извори које истражни (расправни) судија не фиксира ради себе (за своје непосредно чулно опажање и сазнање), већ и првостепено за остала судска већа, тужиоца, окривљеног, оштећеног, на крају за јавност која се мора уверити да је он правилно запазио и фиксирао доказне чињенице.

Доказна радња је и сам процес саслушавања сведока (сведочење по процесним правилима и правилима технике, тактике и методике саслушавања добронамерних свједока), извор доказа је ту сам сведок (као сигнал, "спремиште" доказне информације), а садржај добијеног исказа, вербална или писмена информација, је доказ. Ако је очевидац кривичног дела оболео од душевне болести (нпр. шизофреније) која онемогућује давање осмишљеног исказа, изгубили смо извор доказа, а тиме и доказну информацију, сам исказ, дакле доказ. У нашем поступку казивање сведока није доказ само по себи, самом егзистенцијом сведока, већ исказаном садржином, која се, дакако, цени и са стајалишта веродостојности сведокове личности. Најугледнији грађанин може дати лажни исказ, а проноснирани криминалац овога пута може рећи истину. Судско веће је дужно да ово има у виду. Када би сам сведок био доказ, суд би морао веровати непорочном и угледном грађанину. Исказа сведока нема без радње саслушавања сведока, сведок и његов исказ су нераскидиво повезани, али нису идентични, баш као што ни аутор неког дела није њему идентичан.

Код вештачења имамо аналогну ситуацију. Објекти вештачења (стварни и особни извори доказа) носиоци су доказне информације, само вештачење је доказна (процесна) радња, а налаз и мишљење вештака су докази (доказне чињенице, доказне информације). Као што се види, доказна радња је идентична с оним што класична концепција, не баш најсретливије, назива "доказним средством".

Наш законодавац је потпуно у праву када претресање стана и лица, привремено одузимање предмета, испитивање окривљеног, саслушавање сведока, увиђај и вештачење, дефинише као истражне (расправне) радње.

Подсистем "кривично-процесни објект - процесна техника (радња и средства) - процесни објект" сачињавају овлашћени субјект процесне

радње (у коју су, природно, инкорпорисана процесна и реална оруђа и средства), објект радње и њен резултат. Сврсисходна процесна делатност везује све ове карике.

Од природе предмета процесне делатности зависи систем специфичних средстава, оруђа и начина делатности (свега што процесну делатност и чини радњом).

Оруђа, средства и делатност творе синтетичан, сложен и разгранат систем "вештачких" органа процесног субјекта (индивидуалне особе као репрезентанта друштва - државе), помоћу којег он преображава објект делатности, у складу са захтевима ЗКП. Функције овог процесно-техничког система условљене су не само предметом процесне делатности, већ и процесним циљем. У својству средстава не јављају се само предмети, већ и физичка, као и духовна снага човека, коју он улаже у процесну радњу. Процесна радња се показује као посредничка карика између субјекта кривичног поступка и вањског света. Процесна радња се манифестује и као својеврсно (противречно) јединство циља са објектом. Природно, радња, средство и циљ радње, не могу се, у крајњој линији, одсечно одвојити. Средство је то само у процесу радње, а циљ налази могућност свог остварења тек у радњи кривично-процесног поступања. Захваљујући таквом односу, циљ и радња кривичног поступка у извесном смислу се сједињују. Изван циља нема ни радње ни средства, а *гносеолошки (спознајни) моменат је неодвојив од процесне радње*. Спознаја почиње тамо где је кривично-процесни субјект оспособљен да постави циљ и одабере адекватну радњу, користећи "оружа рада", која је, као и делатност (коју је могуће одвојити од процесних средстава), поставио између себе и објекта деловања. *Без циља процесна радња је слепа, а циљ без радње неостварив*.

Развој доказивања као процеса и способности доказног субјекта непосредно је повезан са функционисањем и развојем специфичног система оруђа, средстава и начина обављања процесне радње, који се показује као катализатор деловања субјекта на објект, као инструмент за остваривање процесних циљева. При томе није правилно да се чулно опажање једнострано предимензионира, већ акценат треба ставити на предметну делатност. Тако, не само да постоје средства која повећавају опажајну способност процесног субјекта, већ наука све више развија и оруђа која не само да омогућују фиксирање непосредно незапажљивих објеката, већ тотално одвајање човека од процеса посматрања (сеизмографи, фото-камере, микрографија итд.). Посредством таквих оруђа долази до раздвајања процеса непосредног фиксирања појаве путем апарата, од процеса опажања (путем вештака), кода те појаве, њеног "отиска".

Можемо закључити да процесна радња има свој субјект, објект, оруђа и начин обављања. Штавише, а ова констатација је пресудна, *процесне радње су управо начин постојања и развоја конкретног кривичног поступка*, кривично-процесне праксе, као узајамног деловања његових субјеката и објеката. Наиме, било би дубоко неправилно сав пребогати спектар процесних односа свести само на спознајни однос, али исто тако би било једнострано искључити га из процесне радње.

Праксу морамо третирати као основу спознаје, а кривично-процесну праксу као основу кривично-процесног спознавања.

Доказна радња посредује између ЗКП-ом постављене сврхе и оне која је практично остварена. Састоји се и исцрпљује у примени оруђа, средстава и начина које орган кривичног поступка (или други овлашћени кривично-процесни субјект) интерполира између сврхе и објекта поступка.

Доказна радња, према мом мишљењу, јесте систем кривично-процесно регулисаних средстава, начина и метода утврђивања и спознавања стварности, који се употребљава ради откривања, фиксирања, асервирања, провере, оцене и коришћења доказних информација одређене врсте. Ова делатност има наглашено практично-спознајну природу. Мислимо да је посреди јединство. Чланови 221, 232. и 233. ЗКП, примера ради, садрже свакако и упутство о методама спознаје, а не само "голо" регулисање процесне форме утврђивања чињеница. Потпуно одвајање метода спознаје, као гносеолошке категорије, од саме форме његове примене, није остварило, јер ту постоји јединствен однос форме и садржаја.

Као што се види, као "доказно средство" јавља се сама доказна радња. Овде покушавам да том изразу (који је подобан да изазове несугласице и недоумице, али је толико одомаћен у нашој и страниј кривично-процесној науци да би било бескорисно водити терминолошку битку) дам правилно тумачење које би било у складу с изложеним законодавчевим ставом. Израз "доказно средство" прихватам из поштовања према традицији. Не би ваљало, надаље, израз "средства" резервисати само и искључиво за материјалне предмете, јер постоји и изванредно богат дијапазон субјективних средстава. Подсећам да се, нпр., говори како су облици мишљења (индукција, дедукција итд.) субјективна средства. Ово не може бити случајна појава, већ се мора протумачити тиме што су *интелектуалне операције изнутра повезане са предметно-практичном делатношћу човека*. Закони и облици спознаје имају свој објективни аналогон управо у виду предметно-практичних операција које су у складу са својствима објекта. Надаље, говори се о средствима интензивирања научног знања, као што су процеси апстраховања, систематизација и сл.

Схватање средстава као елемената радње, заступа и отац праксеологије, пољски научник *Т. Котарбињски* (23), који пише: "Покушајмо сада утврдити однос између појмова "оруђе" "средство" и "начин". Ево неколико примера за средства...: *отварање прозора - средство спаса од загађивости, прање ране - средство заштите организма од инфекције, асфалтирање цесте - средство њеног уједначавања и прилагођавања за удобно кретање*. У овим и сличним примерима, указујући на средство, спомињемо оруђе или други саставни део апаратуре, *уједно указујући на неку остварену промену која за собом повлачи, допушта, или олакшава достигнуће циља*" (потцртао В. В.). "На пример, говоримо да ће мировање за болесника бити најбоље лековито средство. Уопштено

(23) *Трактат о хорошим работи*, (превод са пољског), М., 1975, стр. 61.

узев, може се рећи - средство датог циља је *догађај који се јавља као неки производ рада у облику промене или одржавања датог стања ствари, изазван ради достигнућа тог циља*".

У сваком процесу доказивања, у било којој животној сфери, доказна радња ("доказно средство") није сама по себи подобна ништа да каже, нити је то, по природи ствари, њен циљ. Тако, инструменти и методика медицинске операције (радње која се може извршити само по правилима и средствима медицинске науке), сами по себи не доказују исправност или неисправност постављених медицинских верзија - диференцијалне дијагнозе: малигни-бенигни тумор. Доказни извор је тек сумњиво место на телу, "инструмент" чијег откривања је управо операција (радња употребом медицинског инструментарија, без којег та радња не би била могућа нити замислива, као што ни медицински инструменти немају никаквог смисла, ни своју функцију, у лаичким рукама). Штавише, техника медицинске операције је иста без обзира на откривање извора доказа (здравог или болесног места на телу) или конкретну немогућност откривања било каквог доказа; она је, у том смислу, на неки начин индиферентна према доказу, баш као и у кривичном поступку. Саслушавање сведока врши се релативно подједнако, без обзира на резултат, знао сведок или не релевантне чињенице; увиђај се врши релативно подједнако без обзира на то да ли на лицу места постоје или не стварни докази, итд. Ова размишљања указују и на релативну независност доказа од свог извора, а не само на оправданост разликовања доказног извора од доказног средства.

Израз "доказ" добија у науци и практичном животу више различитих тумачења. Једно је схватање да се као доказ јавља било која чињеница, из чијег постојања можемо закључити да нека друга чињеница (не) постоји. Многи мисле (поготово у логици, али и међу правницима) да је доказ управо и само расуђивање, путем којег се утврђује (не) истинитост неке везе мисли, тврдње. У том значењу доказ је сама аргументација, тј. излагање разлога за потврду тврдње (верзије). Логика третира доказе као мисаоне процесе образлагања неког става.

Процесуалисти нису сложни. Једна група под доказом схвата само доказне изворе, друга сматра да се кривичном поступку као докази појављују чињенице, трећа, опет, мисли да докази могу бити само фактуални чињенични подаци), итд.

У концепцији коју сам изложио узимам у обзир специфичност свих социјалних чињеница (у које спадају и правне), која се састоји у нераскидивом јединству објективног и субјективног момента, које истражујем на релацији $\mathcal{C}_1$ и $\mathcal{C}_2$.

Докази у кривичном поступку, са логичког стајалишта, не разликују се од осталих чињеница, како у свакодневном животу (такозваних животних факата), тако и у науци (такозваних научних факата). Нема разлике ни под углом посматрања њиховог материјалног супстрата. У ствари, судски докази заправо и јесу те чињенице свакодневице, баш као што је и вршење кривичних дела, као реалних догађаја, чињеница тог истог живота. Те свакодневне чињенице, међутим, не постају самим својим настанком докази у кривичном поступку. Да би постале судски докази оне претходно морају испунити два услова: прво, морају посто-

јати (или се бар претпостављати) њихове одређене релативне везе са кривичним делом и (познатим или непознатим) учиниоцем и, друго, оне морају добити процесно рухо, морају бити фиксирани у процесно прописаном поретку. Дакле, специфични карактер чињеница у кривичном поступку огледа се и у томе што извори доказа могу бити само они које је ЗКП типски одредио (сведоци, вештачи, окривљени, ствари и трагови нпр.) и што они могу бити употребљени само путем оних "доказних средстава" (процесних радњи) које је законодавац прописао, односно није их забранио (увиђај, вештачење, саслушавање сведока, испитивање окривљеног итд.). Информације које би биле прибављене другим доказним средствима и њиховим начином не би постигле квалитет чињеница у кривичном поступку (нпр. применом наркоанализе, саслушавањем уз помоћ алкохола, хипнозе, тајним претресом итд.).

Можемо, дакле, рећи да је *доказна чињеница (доказ) увек промена релативно повезана са кривичним догађајем, фиксирана на начин и у форми који су процесно прописани*. Чињенице у кривичном поступку треба интерпретирати само на основу међу њима постојећих објективних веза, у њиховој целокупности а не изоловане - произвољно истргнуте из система. Само уз тај услов чињенице постају доказима у кривичном поступку.

III. ДОКАЗНА ЧИЊЕНИЦА КАО ИНФОРМАЦИЈА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Још у својој дисертацији (1969. год.), а и у каснијим радовима, заступао сам становиште да је дуготрајни спор о појму доказа решила теорија информације.

Захваљујући развоју гносеологије и теорије информације, могуће је доћи до правилне дефиниције доказне чињенице као *кривичноправно релативне информације садржане у особама и стварима, добијене на процесно прописани начин и употребом процесно предвиђених радњи*.

Г. Klaus (24) даје дефиницију информације која је потпуно у складу са схватањем доказне чињенице изложеним у овом раду: "Обавештење је јединство физичког носиоца (сигнала) и значења (семантике)". Чињеница Ч₂ је, према мом мишљењу, осмишљено обавештење о исечку стварности Ч₁, дакле јединство објективног и субјективног, изражено у информацији.

Као што је доказна чињеница релевантна промена везана са кривичним догађајима, одражена у свести кривичара, тако се и информација исцрпљује у садржају промена и њиховим везама. Промена се увек састоји у проструктурирању старих и настанку нових веза.

Још је R. H. Hartley приметио да неки објект може послужити као извор информације само ако адресат, који је с тим објектом у односу узајамног деловања, има могућности да разликује промене које су настале у првом објекту, односно да се информише.

(24) G. Klaus, *Die Macht des Wortes*, Berlin, 1966, стр. 20.

W. R. Ashby (25) истиче: "Најфундаменталнији појам кибернетике је појам "разлика", која значи да су две ствари различито доживљене или се једна ствар током времена променила. A. D. Ursul (26) наглашава: "По нашем схватању, појам информације конкретизира аспекте појма разлика у разним дисциплинама. Појам информације развија, даље, у одређеној вези једну стару филозофску категорију - категорију разлике". Сасвим је јасно да различитости нема без промене. Информација није доказна чињеница у сваком случају, свака информација није доказ. То може бити само *обавештење које о кривичном догађају и починитељу садржи нове, а релевантне податке.*

После извршења кривичног дела орган преткривичног поступка не мора, на жалост, увек да открије дело и починитеља. Многа кривична дела остају у такозваном "тамном појасу" ("тамној бројци"), а да, ипак, постоје бројни сигнали, који, међутим, нису пронађени, уочени и "прочитани". Та промена, коју називамо кривичним делом, остала је у таквом случају неоткривена и неразјашњена. Многе промене у стању, положају и облику материјалних објеката (као и стању особа које су оштећене кривичним делом, или су фунгирале као сведоци, очевици или починитељи), које су настале услед радњи (операција) предузетих у оквиру планирања, припремања, извршења, прикривања и уживања плодова кривичног дела - пропадају или се преображавају, губећи функцију (тачне) информације. *Промена нас обавештава о томе што се догађало, а веза тих промена са кривичним догађајем и учиниоцем може се открити путем садржаја промена, тј. информација. У промењеном стању материјалних објеката и људи, увучених у орбиту кривичног дела, налази се (кодирана, зашифрирана) информација о кривичном делу које је догађај из прошлости.*

E. H. Carr (27), резонујући са становишта историчара, о појму информације, пише: "Рубикон су прешли милиони људи пре и после Цезара. Они и данас прелазе Рубикон пешке, аутомобилима и возом, што је, свакако, чињеница, али не и информација". Ирелевантне чињенице не могу бити информације. Примера ради, чињеница да је Београд престоница Југославије није информација, али је, свакако, информација промена садржана у чињеници да он више није то за Словенију и Хрватску.

Уколико доказна чињеница - доказна информација - има облик вербалног или писменог исказа, она се проверава испитивањем садржаја и форме излагања, његовом судско-психолошком, логичком анализом, као и поређењем са другим доказима.

Када сигнал има материјални облик, његову доказну информацију треба дешифровати и прекодирати како би смисао обавештења добио облик погодан за субјективно разумевање предметних облика информација - материјалних доказа (ситуације на лицу места, трагова и предмета кривичног дела). Особе, или предмети, носиоци су некодиране (сваком

(25) W.R. Ashby, *An introduction to Cybernetic*, London, 1957, стр. 23.

(26) A.D. Ursul, *Information*, . Berlin, 1970, стр. 60.

(27) E. H. Carr, *What is History?*, London, 1964.

на први поглед приступачне) или кодиране (зашифроване), информације о кривичном догађају који се збио у прошлости и његовом почини-тељу. *Ursul* (28) објашњава: "У информационој теорији под сигналом се разумева неки процес или објект чијом помоћи се информација прено-си, а разлике могу да се коригују...; укратко она својства сигнала која могу да посредују разлике и у складу с мењањем (одн. разликама) објек-та, који се одражава, сама се мењају, јесу својства информације". Између стања објеката у међусобном, узајамном деловању, постоји одређена веза у виду *сагласности*. Мисаони или семантички садржај појма ин-формација исцрпљен је изоморфношћу догађаја, његових сигнала (29). Изоморфизам постоји када узајамно деловање између два објекта *репро-дукује* карактеристике првог објекта (ствари, процеса, појаве, човека) у одговарајућим адекватним карактеристикама другог објекта. Изомор-фна спознаја је адекватна пројекција објекта и његових веза у интерном моделу субјекта; она је *јединство објективног и субјективног*. Између множине информација, садржане у сигналу, мисаоног модела и са-општења, не постоји знак једнакости ни на самом почетку постојања информације, односно сигнала као њеног носиоца. Кривични догађај је прошао, остали су сигнали који значе само фрагменте догађаја, што значи да је слика кривичног догађаја, у најидеалнијој ситуацији, нужно ограничена, непотпуна. Тако и тумачим дефиницију *N. Wienera* (30) *da je informacija "sadržaj onoga što razmewujemo sa spoqnim svetom dok mi se prilagodavamo i dok utičemo na wega svojim prilagodavawem"*. *Ми из инфор-мације не бисмо могли искључити њену субјективну страну*. Субјек-тивна и објективна страна спознаје увек се прожимају, а *информација није само својство и стање објекта већ и субјекта, што значи да мора зависити и од субјекта*. У доказној информацији вањски материјални предмет "репродукује" се као идеалан одраз, а не као пренето физичко биће вањског предмета. *Информација није ни само материјална, нити само идеална категорија*. Доказна информација је обавештење које је, као елемент унутрашњег модела вањског света у свести, изоморфна, евентуално хомоморфна (подударна само у општим обележјима), иде-ална репродукција објекта, процеса, стања и односа. *Она се не може преносити адресату без помоћи свог материјалног носиоца - доказног сигнала (извора доказа), чији је она садржај*. Без сигнала не може да постоји ова мера везе догађаја и промена створених конкретним кри-вичним догађајем и, као таква, *има своју нераздвојну материјалну осно-ву, али се на њу не може свести, нити се с њом идентификовати - баш као што се извор доказа и доказ не могу појавити одвојено, што не значи да су исто*. Доказни извор се, тако, јавља као јединство материјалног носиоца информације и самог саопштења које је по свом садржају доказ. Објектом спознаје може се сматрати само исечак стварности који је ушао у сферу кривично-процесне делатности (предметно-чулне и споз-најне делатности) и само од момента када је укључен у ту делатност.

(28) Урсул, *op. cit.*, стр. 166.

(29) Усп. J.A. Poletajew, *Kybernetik*, Berlin, 1962, p. 25.

(30) Norbert Wiener, *Кибернетика и друштво*, Београд, 1973, стр. 32.

Сигнал (сведок, окривљени, материјални доказ нпр.) јесте, у неку руку, "тело" доказне информације (исказа сведока, исказа окривљеног, својстава материјалног доказа нпр.), јер информација настаје променом. Она је управо обавештење о промени у човеку или ствари (као носиоцу информације, информационог сигнала). И, као што не можемо круто одвојити информацију од сигнала (њеног носиоца), тако не можемо круто одвојити чињеницу као исечак стварности од њене интерпретације.

Тек су гносеологија и теорија информације дале објективну основу за превладавање антиномија доказ - доказно средство и доказно средство - доказни извор, што смо и покушали овим истраживањем.

Тако се, дакле, чињеница у кривичном поступку испојила као врло сложен резултат предметно-спознајне делатности, у којој се у јединству преплићу практични и теоретски аспекти и спознаје.

(Примљено 4. V 1992)

Dr Vladimir Vodinelić

Retired Professor of the Faculty of Law in Kragujevac

FACT-FINDING PROBLEMS IN THE THEORY OF EVIDENCE IN THE LAW OF CRIMINAL PROCEDURE

Summary

The problem of precise definition of "facts" attracts more and more attention of researchers in the sphere of methodology, but also in the ones of logic, philosophy and law. A thing, an event, a phenomenon, a process becomes a fact only if, and rightly because, the subject involved (a judge) has recognized it while ascribing to it a specific meaning (interpretation). This category of reality (F. 1) is conceptualized (F. 2). The structure of fact is composed not only of sensuous data but of relevant rational interpretation. Description of facts is a criminalistic modelling. Sytematyzing of facts is not a purely empirical procedure, but unites also experience and theoretical moments derived on the ground of empirical informations. The movement from F. 1 toward F. 2 is effected by means of models of thinking - i.e. constructs (namely, judge's versions).

A fact serving as proof (evidence) is always a change which is connected with the criminal events, and it is fixed in the way and in the form which are prescribed by procedure regulations. A fact serving as proof is a criminal-law-relevant information contained in the properties and things and the one obtained in the manner prescribed by the law of procedure, as well as by applying procedural actions as prescribed.

Key words: *Fact serving as proof. - The object of evidence. - Evidence source. - Signal.*

Vladimir Vodinelić, professeur à la Faculté de droit de Belgrade

LE PROBLÈME DES FAITS DANS LA THÉORIE PROBATOIRE DU DROIT DE PROCÉDURE PÉNALE

Résumé

Le problème de la définition précise du "fait" attire de plus en plus l'attention des méthodologues scientifiques, des logiciens, des philosophes et des juristes. De l'avis de l'auteur du présent article, une chose, un événement, un phénomène, un processus deviennent un fait uniquement au moment et par le fait que le sujet (le juge) les ait connus, leur accordant une certaine signification. Cette catégorie de réalité (art. 1) est conceptualisée (art. 2). La structure du fait se compose non seulement de la donnée perceptive, mais aussi de son interprétation rationnelle. La description des faits est un modelage criminel. La systématisation des faits n'est pas une procédure purement empirique; elle réunit en fait l'expérience et la théorie sur la base des informations empiriques. L'évolution de l'art. 1 vers l'art. 2 se fait à l'aide des modèles de pensées - des constructions (des versions des juges).

Le fait probatoire (la preuve) est toujours un changement lié de manière pertinente à l'événement pénal. fixé de manière et sous la forme qui sont prescrites par la procédure. Le fait de probation est une information pénalement et juridiquement pertinente contenue dans les caractéristiques et dans les choses, obtenue de manière prescrite par la procédure et par l'utilisation des actes prévus par la procédure.

Mots clé: *Fait probatoire. - Objet de preuve. - Source de preuve.*

др Зорица Кандић-Поповић,
редовни професор Дефектолошког факултета у Београду

ОГРАНИЧЕЊА ПРАВА ОСУЂЕНИХ У УСЛОВИМА ЗАТВОРСКОГ РЕЖИМА

Аутор са гледишта међународних стандарда разматра питање ограничења права осуђених у условима затворског режима. Анализи су подвргнути остваривање фундаменталних права у условима затворског режима, као и основи за ограничење тих права према међународним стандардима. Аутор указује на значај ваннационалне судске заштите права осуђених. Упркос томе што појединачне одлуке у овом домену нису усклађене са важећим стандардима при ограничењу права, ова врста судске заштите отвара сасвим нови простор за заштиту права осуђених.

Кључне речи: *Права осуђених. - Затворски режим.*

МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ

I

Осуђеничка популација, везана за режим пенитенцијарних установа је, по правилу, подвргнута ограничењима личних и других права. Обим таквих ограничења прописан је националним законодавством, али и међународним правилима успостављеним у овом домену. Изградњом међународних стандарда у правима осуђених лица и регулатива у националним оквирима све мање може бити изолована у смислу непримерених рестрикција права.

Међународни стандарди права осуђених лица обухватају три различита нивоа.

Први, *нормални* ниво, подразумева релативно уједначену регулативу на националном плану, када је реч о правима осуђених и основама за ограничење тих права. У том контексту треба споменути *Минимална правила о поступању са осуђенима у затворском режиму*, донета и на нивоу Организације Уједињених нација и на нивоу Савета Европе, као и друге међународне конвенције општијег карактера, попут *Међународног пакта о грађанским и политичким правима*, *Европске конвенције о људском правима* и др.

Други ниво међународних стандарда односи се на *прихватање надлежности међународног тела* у погледу појединачне заштите права осуђених, у свим случајевима када исцрпљена национална надлежност не даје осуђеном довољно заштите за евентуалну повреду права.

Једну од таквих могућности предвиђа *Факултативни протокол уз Пакт о грађанским и политичким правима*, на темељу којег сви појединци који долазе под јурисдикацију земље потписнице могу упутити појединачну представку Комитету за људска права (1). Међутим, одлука Комитета о постојању повреде права обавезна је само за земље потписнице Протокола, док за остале земље таква одлука има значај моралне или политичке санкције. С друге стране, постоји и механизам регионалне заштите људских права уопште, па и права осуђених, механизам који се може сматрати најразвијенијим системом појединачне заштите (2). Реч је о механизму који познаје Европска конвенција о људским правима. Сваки појединац који сматра да му је право повређено може упутити појединачну представку против сопствене државе Европској комисији за људска права, односно Европском суду за људска права, а пресуда стразбуршког суда обавезна је за државу која је пристала на такву процедуру. Ни то није гарант да ће појединачно право увек бити заштићено, с обзиром на флексибилност Европског суда *vis a vis* националног законодавства државе потписнице, већ нову перспективу отвара и могућност појединачне судске заштите ван националних оквира. Претпоставке за коришћење таквог механизма заштите јесу чланство земље из које жалилац потиче у Европском савету и потписан приступ Европској конвенцији о људским правима.

Најзад, трећи ниво тзв. међународних стандарда подразумева изградњу *релативно уједначеног поступања* у решавању појединачних представки на повреде права. Реч је о стандарду одлучивања, којим треба да се успостави сигурнија заштита појединачног права и избегне претерана толерантност или флексибилност према националној регулативи и одлукама. Овај, можда најзначајнији, захтев међународних стандарда, судећи према неким одлукама Европског суда за људска права, није увек испуњен (3). Препреку на том путу представља и прихваћена доктрина тзв. "*margin of appreciation*", која омогућава, посебно када је реч о осуђенима, значајна дискрециона овлашћења националних власти (4). О томе сведоче и поједине одлуке Европског суда поводом представки осуђених.

С гледишта међународних стандарда, од значаја је, дакле, успостављање одређене јединствености у нивоима заштите људских права,

(1) Вид.: В. Димитријевић, *Општи (међународни) стандарди људских права*, "Зборник радова о људским правима и њиховој заштити", Загреб, 1989, стр. 602.

(2) *Ibid.*, стр. 603.

(3) Вид., P. van Dijk - G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer, 1984.

(4) Доктрина "*margin of appreciation*", првобитно везана за тумачење чл. 15. Европске конвенције о људским правима, касније постаје општеприхваћен став Европске комисије. Доктрина омогућава да земље - потписнице Конвенције у нормирању ограничења права имају релативну слободу, али да ограничења поставе тако да она буду неопходна у демократском друштву. Та флексибилност *vis a vis* националног, најбоље долази до изражаја у једној одлуци Европског суда у којој се истиче да оцена о томе да ли је ограничење права неопходно, не може бити апсолутна; мора се узети у обзир природа права, пропорционалност степена ограничења с легитимним циљем, као и природа јавног интереса.

што подразумева и развијен механизам заштите у случају повреде појединачног права, који може ићи ван националних оквира.

Када је реч о нашим просторима, може се говорити о тенденцији да људска права на нормативном плану буду мање или више уклопљена у међународне стандарде. Ипак, до сада није отворен правни простор за признавање надлежности међународног тела за заштиту појединачног права, што је значајна препрека на путу интеграције у тзв. међународне стандарде људских права. Томе треба додати и чињеницу да у нашим оквирима не постоји развијена традиција личноправне заштите, што посебно важи за осуђена лица у условима затворског режима (5). Све се, по правилу, завршава на нивоу затворске установе, па изостаје контрола у домену остваривања права осуђених, изостаје објективна и ефикасна контрола у националним оквирима, што још више потенцира значај надлежности таквог међународног тела. С друге стране, како показује и пракса других судова, повреде права осуђених најчешће проистичу из неадекватно конципираних интерних правила затворских установа и прешироких дискреционих овлашћења одговорних лица у том домену. Све то указује на значај наднационалне контроле механизма остваривања права осуђених.

Посматрајући тзв. међународне стандарде права осуђених, посебно одредбе Европске конвенције о људским правима, уочљиво је да се на том плану изваја неколико питања.

Прво питање, начелне природе, а у оквиру нормативног аспекта међународних стандарда, тиче се општих услова који треба да буду испуњени при прописивању ограничења права осуђених. У том оквиру значајно је питање ранга и форме правног прописа у којем се могу предвиђати ограничења, што дотиче и проблем валидности успостављања рестрикција права осуђених појединачним одлукама или наредбама одговорних у затворским установама.

Поставља се и питање начелног обима ограничења појединачних права осуђених, посебно значења услова да таква ограничења буду "неопходна у демократском друштву", што предвиђа Европска конвенција о људским правима.

Најзад, занимљиво је и питање праксе Европског суда за људска права и других судова у међународним оквирима, поводом појединачних случајева повреда права осуђених у пенитенцијарним установама. Одлуке поводом појединачних представки осуђених указују да су у овом домену изграђени одређени стандарди, али да се ограничавају, понекад у неоправданом обиму, права осуђених. Можда је то најбољи показатељ да "затворска стигма" производи континуирано дејство и да се чак и у развијеним системима заштите права тешко превазилази.

(5) У том смислу вид. В. Водинелић, *Облигационоправна заштита личности* (Закон о облигационим односима 1978-1988, I том, издање часописа "Правни живот", Београд, 1988, стр. 568).

II

1. У више одредаба Европске конвенције о људским правима предвиђено је да поједина права уопште, па и права осуђених, могу бити ограничена, ако је то "предвиђено законом" и ако такво ограничење представља меру која је "неопходна у демократском друштву" (6).

Као општи услови које у националним оквирима треба испунити при прописивању ограничења права, наводе се "предвиђеност у закону" и "неопходност такве мере у демократском друштву". Ти захтеви се могу сматрати условима начелне природе, које државе потписнице треба да инкорпоришу у национална законодавства. Такви стандарди важе и при нормирању ограничења права осуђених лица у пенитенцијарним установама.

Разјашњење у погледу значења услова "предвиђеност у закону" значи одговор на питање ранга националног прописа у оквиру којег се могу нормирати ограничења права осуђених у затворским установама. Већ из саме формулације произлази да ограничења могу бити предвиђена у закону. Међутим, питање је могу ли се рестрикције права осуђених нормирати у прописима нижег ранга, попут интерних правила затворских установа или наредби лица која руководе установама. Реч је о питању правне сигурности осуђених, односно о проблему заштите од арбитрерности у прописивању ограничења.

"Предвиђеност у закону" у француској редакцији текста конвенције означава се термином "*prevue par la loi*", док се у енглеској редакцији текста Конвенције користи синтагма "*in accordance with law*" (7). Неподударност ових значења најбоље изражава дилему о могућем тумачењу општег услова за ограничења права осуђених. Реч је о опцији да ли закон у стриктном смислу представља једини акт у којем се могу предвидети ограничења права осуђених, или је, сходно енглеској редакцији текста, можда реч о пропису нижег ранга. Судећи по појединачним захтевима, које су осуђена лица упућивала Европској комисији за људска права, услов "предвиђеност у закону" схваћен је у уском значењу (8). У појединачним жалбама осуђених истицано је да се ограничења права предвиђају у прописима нижег ранга од закона, попут интерних прописа који важе у затворским установама.

Појединачни ставови Европске комисије, као и одлуке Европског суда за људска права, сведоче, међутим, о тумачењу услова "предвиђеност у закону" у ширем смислу (9). Ограничења права осуђених не морају бити садржана искључиво у пропису ранга закона, али морају бити у складу са законом и нормама унутрашњег права. Према томе, и

(6) Такви услови помињу се, на пример, у члановима 8-11. Европске конвенције.

(7) На проблем који у тумачењу може настати, с обзиром на такве разлике у формулацији услова "предвиђеност у закону", указују и van Dijk и van Hoof у публикацији "*Theory and Practice...*", *op. cit.*, стр. 424.

(8) Вид. В. Бергер, *Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Paris, 1989, стр. 189.

(9) *Ibid.*, стр. 191. Тако и у случају "Леандер" Европски суд узима да наредба (*l'ordonnance*), објављена у службеним новинама, испуњава услов "предвиђеност у закону". Такав услов испуњавају и творевине *common law*-а, попут "*contempt of court*".

појединачне жалбе за евентуалне повреде права осуђених решаваће се на темељу оцене о усаглашености посебног прописа релевантног у датом случају са националним законодавством, а у контексту одговарајуће одредбе из Европске конвенције, на чију се повреду жалилац позива. Европски суд је, поводом случаја "Silver and others", указао и на додатне критеријуме који треба да буду поштовани приликом ограничења права осуђених прописима нижег ранга од закона. Наиме, услов "предвиђеност у закону" треба тумачити тако да ограничења права имају основ у интерном праву, али и тако да норма примењива у конкретном случају буде довољно разумљива појединцу да може предвидети конвенције њеног непоштовања (10). Став је Европског суда да ограничења права осуђених могу бити предвиђена у пропису нижег ранга од закона, али такав пропис мора бити доступан појединцу - дакле објављен - и кохерентан са релевантним националним законодавством. У том контексту, поводом случаја "Silver and others", Европски суд је истакао да су ограничења права на кореспонденцију осуђених у пенитенцијарним установама легитимна, уколико су заснована на закону и правилима таквих установа. Услови су кохерентност и доступност прописа осуђеном да може сазнати за ограничења својих права. Услов кохерентности норми значи да прописи нижег ранга од закона, попут правила затворских установа, могу представљати разраду или прецизирање законских норми, али с гледишта рестрикција права осуђеног не могу бити неповољнији од релевантног закона.

Подједнако је значајан и услов да пропис у којем се предвиђају ограничења права осуђених буде доступан појединцу. Судећи по ставовима Европског суда, смисао овог услова је да се објављивањем прописа сазна за интерну норму ради заштите појединца од арбитрерности у ограничењу права и омогући коришћење расположивог средства заштите. Услов ће се сматрати испуњеним ако је ограничење права установљено на темељу закона или кохерентних правила затворских установа, али не и ако се заснива на интерним наредбама лица које управља затворских установом. У том смислу Суд се изјашњава поводом случаја "Silver and others", истичући: "Евидентно је да даља ограничења кореспонденције затвореника не могу бити установљена на темељу необјављених административних инструкција;... оне нису "закон" у смислу општег услова који Конвенција предвиђа".

Да је у спектру захтева везаних за услов "предвиђеност у закону" од посебног значаја баш закон који се тиче доступности прописа, сведочи и наведени став Суда. Тенденција је да *ad hoc* донете појединачне одлуке, које на уобичајен начин не могу бити довољно доступне нити верификоване, не могу бити ни основ за успостављење рестрикција права осуђених. На тај начин је омеђена граница у погледу значења услова "предвиђеност у закону" (11).

Захтев за кохерентношћу, доступношћу, као и разумљивошћу прописа којима се ограничавају права осуђених, не мора бити довољан

(10) Вид. случај "Silver et others", који се односи на ограничења права на кореспонденцију осуђених у Енглеској. В. Бергер, *op. cit.*, стр. 189.

(11) Вид. van Dijk - van Hoof: *op. cit.*, стр. 426.

гарант да ограничења права неће бити екстензивна. Стога је потребно испуњење и другог општег услова при прописивању ограничења права осуђених - "да је такво ограничење неопходно у демократском друштву".

2. За разлику од услова "предвиђеност у закону", чија се испуњеност може мерити релативно егзактним показатељима, услов да ограничење права буде неопходно у демократском друштву релативно је неодређен. Кроз појединачне случајеве из праксе Европског суда за људска права изграђена је нека врста опште формуле за тумачење испуњености таквог услова. Тим поводом у случају "Handyside" истакнуто је да ограничење појединачног права треба да буде диктирано императивном социјалном потребом и да буде пропорционално са реализацијом такве потребе (12). При ограничењу права нужно је, дакле, наћи потребну меру ("пропорционално циљу"), а ограничење применити ради остварења "императивне социјалне потребе".

Када је реч о осуђеним лицима у затворским установама, процена о испуњености стандарда да ограничење права буде неопходно у демократском друштву, мора бити доведена у везу са специфичношћу средине и циљевима кажњавања. То значи да се, у извесном смислу, код категорије осуђених лица може говорити о посебним ограничењима, или, у терминима Европске комисије, о тзв. "иманентним ограничењима" ("inherent limitations") (13). Таква ограничења могу проистицати из разлога везаних за правила живота у затворској установи, или из посебног режима за поједине категорије осуђеника. Ипак, посебан статус осуђеника, како се то оправдано истиче, не може значити да разлике у основама за рестрикције чине легитимним одступање од гарантованих права у недозвољеном обиму. Фундаментална права уживају и осуђени у затворском режиму, с тим да се ограничења успоставе с обзиром на посебан режим, у мери која је неопходна у демократском друштву. Реч је, опет, о налажењу потребне мере ограничења права, с обзиром на легитиман циљ и тзв. императивну социјалну потребу у виду ресоцијализације и реда у затворској установи (14).

На сличан начин изграђује стандард амерички Врховни суд у случају "Thornburgh v. Abbot", истичући да се ограничења права осуђених сматрају регуларним ако је постигнута равнотежа између Уставом зајемчених права и циља кажњавања, односно потребног степена сигурности у пенитенцијарној установи (15). Стандард у ограничењу

(12) Вид. В. Бергер, *op. cit.*, стр. 77.

(13) Доктрина о тзв. иманентним ограничењима права ("inherent limitations") развијена је од стране Европске комисије поводом питања везаног за обим ограничења права појединих категорија лица, попут осуђених у условима затворског режима, психијатријских болесника подвргнутих болничком третману или војника. Ипак, Европски суд је начелно одбацио ову доктрину, позивајући се на примену одредаба Конвенције у којима су стриктно наведени разлози за ограничење појединих права. Практика истог суда у целини не потврђује такав став, јер су према неким осуђеним лицима у затворском режиму била примењена таква иманентна ограничења. Детаљније у појму "inherent limitations" вид. Van Dijk - Van Hoof, *op. cit.*, стр. 422.

(14) *Ibid.*

(15) Вид. F. Rigaux: *La protection de la vie privée et des autres biens de la*

права треба, дакле, изградити кроз налажење потребне равнотеже између остварења легитимног циља и уживања загарантованог права. Илустративан је став америчког суда у случају "Lanza v. New York", где се потенцира нужност ограничења Уставом загарантованог права, с обзиром на услове затворског режима. Суд констатује да се жалилац не може позивати на потпуну примену IV Амандмана (заштита права на приватност), јер је у затворским условима снимање конверзације између осуђеног и посетиоца легитимно. У затворским условима очекивања приватности ("expectation of privacy") морају бити мања (16).

О односу фундаменталних права и мере њихових ограничења према осуђеним лицима у затворским условима, сличан став заузима и немачки Уставни суд. Може се говорити о уставној пракси која потврђује легитимност ограничења уставом гарантованих права у условима затворског режима, ако је то у складу са легитимним циљем (17).

Све што је речено о општим стандардима који важе у погледу обима ограничења права осуђених у затворским условима, указује на одређену константу. Ограничења права осуђених су легитимна, а обим тих ограничења креће се у релативно омеђеном простору везаном за сврху кажњавања и затворских режима (сигурност, ред и сл.). У контексту Европске конвенције о људским правима треба задовољити услов о "неопходности ограничења у демократском друштву", док пракса америчких судова указује на нужност балансирања између Уставом загарантованог права и дискреционог овлашћења за ограничење, када је присутан оправдани циљ. Полазећи од такве константе, интересантно је на примеру појединачних права показати која се ограничења права осуђених сматрају легитимним и да ли су увек оправдана с гледишта циља кажњавања и сигурности у затворској установи.

III

У пракси судова најчешћи спорови поводом повреде права осуђених у затворским установама тичу се права на кореспонденцију и, с тим у вези, права на слободу изражавања.

У начелу, цензура кореспонденције осуђених дозвољена је ако постоје легитимни разлози везани за циљеве кажњавања, или за очување сигурности у установи. У тим случајевима овлашћени у пенитенцијарној установи могу успоставити контролу над кореспонденцијом осуђеног, у смислу контроле садржаја и задржавања писмена које осуђени шаље или прима, изузимајући писмену комуникацију с браниоцем која не подлеже ограничењима. Ипак, Европски суд у случају "Silver and others" истиче да цензура кореспонденције не укључује и право на повреду слободе изражавања осуђених (18). Неистините, непожељне или увредљиве тврдње у личној кореспонденцији не могу бити основ за

personalité, Paris, 1990, стр. 563.

(16) *Ibid.*, стр. 565.

(17) *Ibid.*, стр. 574.

(18) Вид.: Van Dijk - Van Hoof, *op. cit.*, стр. 296.

задржавање пошиљки, јер се тиме не угрожава ни интерес сигурности, нити интерес рехабилитације. Изузетак су писма осуђеног у којима се прети насиљем или злочином. Такав начелан став заузима и амерички Врховни суд у случају "Proscupier v. Martinez", истичући да је цензура кореспонденције осуђених легитимна, уколико се на тај начин штити интерес рехабилитације, сигурности и реда у затворској установи, али не и када служи елиминисању непожељних или нетачних тврдњи (19). У истом смислу, немачки Уставни суд констатује да цензура кореспонденције осуђених није неуставна уколико не залази у право на слободу изражавања осуђених (20).

Број спорова који су покренути поводом непоштовања права осуђених на слободу изражавања, сведочи о присутној појави да се ослонцем на интерне прописе пенитенцијарних установа шире тумачи право на контролу кореспонденције. На то се, као на континуиран проблем, указује у пресудама Европског суда поводом повреде чл. 8. ст. 2. Европске конвенције о људским правима.

У вези с правом осуђених на слободу изражавања је и право на слободу информисања. Реч је о праву осуђених да примају информације посредством новина, радија, телевизије, књига или публикација, односно о праву да и сами учествују у презентирању свог одговора на информацију. У начелу, и осуђени у затворском режиму имају право да буду информисани кроз пријем штампе, књига или посредством радија или телевизије. Међутим, и право на информисање подлеже ограничењима, како у погледу пријема одређених информација, тако и са гледишта права на исказивање одређених садржаја. Судећи по ставовима исказаним у пракси судова, ограничења права на слободу информисања легитимна су уколико следе легитиман циљ. На темељу те формуле уводе се широка дискрециона овлашћења одговорних у затворским установама, па се понекад проглашавају легитимним и ограничења која се не могу довести у везу с циљевима кажњавања, или са разлозима сигурности у установи. Ово посебно важи за ограничења права осуђених да комуницирају са светом споља, саопштавањем ставова или давањем информација. Тиме је и став о очувању права на слободу изражавања осуђених релативизиран. Европски суд, тако, налази да је забрана осуђеном будистичке вере да поштује копију свог прилога за будистичке новине легитимна, као и забрана у једном затвору Велике Британије да се осуђенима достављају било које стране новине (21). И амерички врховни суд у случају "Pell. v. Proscupier" налази да нису неуставна правила калифорнијског затвора, којима се забрањује сваки интервју осуђеног са новинарима. Образлажући такву одлуку, Суд наводи да осуђени има друге начине комуникације, осим интервјуа, подвлачећи да таква забрана постоји у начелу, а не с обзиром на могући садржај изјаве (22).

(19) Вид. F. Rigaux, *op. cit.*, стр. 572.

(20) *Ibid.*, стр. 574.

(21) Appl. 5442/72, X v. United Kingdom, D. & R. 1 (1975), p. 41; Appl. 5270/72, X v. United Kingdom, Coll. 46 (1974), p. 54. Према: Van Dijk - Van Hoff, *op. cit.*, стр. 319.

(22) Вид. F. Rigaux, *op. cit.*, стр. 563.

Изражена анимозност у судским ставовима према слободи комуницирања осуђених слањем информација потврђује се и другим примерима. Реч је о ситуацијама које могу измицати контроли, разоткривајући негативне појаве у затворској средини. Можда се и ту може тражити објашњење за случајеве кршења права на слободу изражавања осуђених.

И право на слободу изражавања религиозних убеђења у условима затворског режима у начелу се признаје осуђенима. Ограничења могу бити установљена из општих разлога, везаних за сигурност у установи, или за циљеве кажњавања. Судећи по појединим ставовима Европског суда, и овде се запажа постојање широких дискреционих овлашћења одговорних у затворским установама. Најчешћи разлози за рестрикције овог права везани су за очување реда у установи, па се, у начелу, забрањују масовнија религиозна окупљања осуђених унутар затвора. Међутим, ако је оваква забрана разумљива, поједине рестрикције права на слободу испољавања религиозних убеђења то нису. Тако је, на пример, Европски суд у једној ранијој пресуди сматрао легитимном одлуку затворских власти да не уваже захтев за посебном исхраном, сходно религиозном убеђењу осуђеног, као ни захтев затвореника будистичке вере да пусти браду (23). На сличан начин, амерички Врховни суд балансира између начелног уважавања права на испољавање религиозних убеђења осуђених и дозволе овлашћенима у затворима да такво право ограниче. Легитимна је одлука, према ставу Суда, да се затвореник, позивањем на религиозно убеђење не може изузети од режима рада који влада у затворској установи, као и одлука којом се одбија захтев осуђеника за организовањем религиозне исламске церемоније (24).

И право на породични живот, попут наведених права и слобода осуђених, подлеже ограничењима у условима затворског режима. Реч је о елементу права на приватни живот, гарантованом чланом 8. ст. 2. Европске конвенције о људским правима. Судећи по ставовима Европског суда, у погледу ограничења овог права важе релативно широка дискрециона овлашћења, па и доктрина "*margin of appreciation*" налази знатну примену. Према начелном ставу Суда, битно је да већа ограничења права на породични живот не буду примењена као санкција за неадекватно понашање осуђеног. И овде је потребно применити опште разлоге, везане за циљеве кажњавања и остваривање сигурности у затворској установи. Посматрајући појединачне судске одлуке, дискутабилно је да ли су ограничења права осуђених на породични живот увек била примерена таквим циљевима. Занимљив је став Европске комисије у погледу оцене легитимности затворских правила којима се ограничава право на породични живот осуђеног у једном аустријском затвору. Комисија је прогласила легитимним ускраћивање осуђенима на казну дужу од једне године посета њихове малолетне деце, с образложењем да се на тај начин штити морал тих малолетника (25). Треба споменути

(23) Споменуто у Council of Europe, *Case Law Topics No. 1, Human Rights in Prison* (1971), p. 31. Према Van Dijk - Van Hoof, *op. cit.*, стр. 303.

(24) Вид. F. Rigaux, *op. cit.*, стр. 566.

(25) Appl. 2306/64, X v. Austria, Coll. 21 (1967), p. 23. Према Van Dijk - Van Hoof: *op.*

и балансирајуће ставове Европске комисије поводом одбијања овлашћених у енглеском затвору да одобре осуђеном одлазак на венчање кћери, као и одбијање осуђеном одласка на мајчин погреб. Закључује се, наиме, да "нема довољно доказа да овлашћени нису имали разлога да верују да је овакво одбијање било неопходно на темељу разлога споменутих у чл. 8. ст. 2. Европске конвенције (26)".

Када је реч о посебном аспекту права на породични живот, који се односи на тзв. "*contact visitations*", став је Европског суда да су ограничења тог права легитимна. На темељу дискреционог овлашћења одлучиће се о обиму и модалитетима остваривања таквог права. Занимљив став о овом питању заузима амерички суд у случају "*Block v. Rutherford*", истичући да овлашћени у затворима у начелу треба да дозволе одржавање интимних контаката "мање опасним затвореницима" (27). Ствар је дискреционе оцене која категорија затвореника се сматра "мање опасним". Ипак, да опасност може бити везана и за болест, попут сиде, сведочи одлука суда поводом случаја "*Doe v. Couglin*": накнадно успостављена забрана одржавања интимних контаката осуђеном који је оболео од сиде, у потпуности је легитимна (28).

Поред наведених права осуђених, чија су ограничења најчешће била предмет судских спорова, интересантно је осврнути се на још неке начелне ставове исказане у овом домену. Поводом права осуђених да у условима затворског режима буду изузети од грубог и деградирајућег поступања, сходно чл. 3. Европске конвенције о људским правима (као и Минималним правима ОУН), Европски суд заузима начелно становиште да се одредба односи на изузимање од физичке и менталне патње (29). У вези с овим питањем, занимљив је став Европске комисије о примени кажњавања затвореника у виду изолације. Овај вид кажњавања у принципу се сматра неприхватљивим. То важи без изузетка за видове изолације који се састоје у континуираној "чулној и социјалној издвојености", па се таква мера ни у ком виду не може правдати разлозима сигурности у затворској установи (30). Реч је о деградирајућем поступању које најчешће производи менталну патњу. Кршење чл. 3. Европске конвенције постоји, по становишту Суда, и у случају непропорционалног физичког кажњавања затвореника, извођења медицинских експеримената, као и нехуманог поступања према душевним болесницима у болницама-затворима. По становишту америчког суда - и неадекватна заштита затвореника од сексуалног и другог насиља које долази од стране других затвореника може се сматрати "грубом и неуобичајеном казном", у смислу VIII Амандмана (31). У случају "*Martin v. White*" суд

cit., стр. 293.

(26) *Ibid.*

(27) Вид. F. Rigaux, *op. cit.*, стр. 567.

(28) *Ibid.*

(29) Вид.: Van Dijk - Van Hoof, *op. cit.*, стр. 194.

(30) *Ibid.*, стр. 196.

(31) Вид. F. Rigaux, *op. cit.*, стр. 570.

констатује да се затворска администрација може сматрати одговорном због неадекватне заштите затвореника од сексуалног насиља, које по себи постаје казна и претвара се у груб и нехуман третман.

IV

Судска пракса, о којој је било речи, указује на то да су и у домену појединачне заштите права осуђених изграђени стандарди. Ипак, постоји флексибилност у тумачењу компатибилности интерне регулативе са одредбама Европске конвенције, што се види на примеру појединачних одлука. С друге стране, уочљиво је да се у појединачним одлукама америчких судова инсистира на поштовању уставних права осуђених, али стално у контексту везаности за циљеве кажњавања и очувања сигурности у затворској установи. Такав контекст отвара, понекад, простор за појединачне одлуке, на темељу којих права осуђених остају незаштићена. Утисак је да развијени механизам и традиција заштите права осуђених у међународним оквирима дају овој социјалној групи посебан статус.

Када је реч о правима осуђених и ограничењима тих права у нашим оквирима, већ је констатовано да недостаје ефективни механизам унутрашње судске заштите, али и могућност арбитража за повреде права у међународним оквирима. На унутрашњем плану то не зачуђује, јер не постоји традиција личноправне заштите - ни уопште, нити када је реч о осуђеним лицима. Све то погодује формирању релативно затвореног система у изградњи локалних стандарда. У таквом контексту није чудно да затворска правила постају сувише интерна, почевши од надлежности за доношење до ограничења права осуђених. Нема посебног разлога да тзв. кућни редови затворских установа буду изузети од међународних стандарда. С тим у вези треба указати на неколико начелних питања.

Једно од таквих питања односи се на досадашње а, судећи по предлогу Закона о извршењу кривичних санкција, и будуће регулативе у погледу овлашћења за доношење интерних прописа затворских установа - кућних редова. Тако значајна правила за живот и права осуђених доноси управник установе, уз сагласност Министра правде, али је у датим друштвеним реалностима веома спорно да ли је тиме обезбеђена ефикасност инстанционег контроле, као и да ли ће питања која се овим правилима ближе уређују бити адекватно регулисана. И летимичан поглед на важеће кућне редове затворских установа указује не само на рогобатност и неодређеност језичких формулација, већ и на некохерентност у односу на Закон о извршењу кривичних санкција. С обзиром на значај тих правила, међународни стандард, везан за разумљивост и доступност норми, морао би да буде испуњен. Такође, потребно је учинити промене у погледу надлежности за доношење правила - било би примереније да их доноси министар правде у облику подзаконског акта који мора бити објављен. Предлог закона о извршењу кривичних санкција у одредби чл. 88. предвиђа да текст кућног реда треба да буде доступан осуђеном у току издржавања казне затвора. Тиме, међутим, није испуњен захтев о којем је реч: интерна доступност и објављеност прописа не могу се изједначавати. Штавише, будући да је концепција

природе кућних редова остала неизмењена, предлагач вероватно није ни имао намеру да обезбеди објављивање оваквих правила. Затвореност интерних правила погодује опстанку непримерених ограничења права осуђених у затворском режиму, што се потврђује кроз више примера. Тако, супротно међународном стандарду по којем се ограничења права осуђених не могу успостављати директивама или наредбама одговорних у затворској установи, у чл. 60. Кућног реда КП дома "Пожаревац" предвиђа се могућност дисциплинског кажњавања на темељу повреде наредби које доноси управник Дома, или повреде наређења радника Дома. Непримереност основа за дисциплинско кажњавање свакако представља ограничење права осуђених лица. У кућним редовима среће се и ограничавање слободе изражавања у кореспонденцији осуђених, што је супротно међународним стандардима. Штавише, постоје и примери да се на темељу интерних правила затворских установа осуђени могу дисциплински казнити, уколико је њихова лична кореспонденција "увредљивог или нетачног садржаја" (32).

Начелне природе је и питање односа између дозвољене мере репресије у затворским условима и мере репресије коју производи казна лишења слободе као кривична санкција. Питање се поставља конкретним поводом, јер Закон о извршењу санкција из 1977. године, као и предлог Закона, садрже посебну меру усамљења. Реч је о једној врсти субказне, која није ни дисциплинска мера, нити кривична санкција, а која по тежини ефекта превазилази обе. Имајући у виду да оваква мера представља релативно континуирану "чулну и социјалну изолацију", да јој, по правилу, претходи дисциплинска казна у виду самице и да су основи за њену примену недовољно прецизни ("упорно ометање живота и рада у установи", "озбиљна опасност за безбедност других осуђеника"), мера усамљења није примерена стандардима који у овом домену важе. Једноставно, реч је о неусклађеном односу између мере репресије коју повлачи затворска казна и усамљења као субказне. Треба сумњати у делотворност сваке врсте репресије, а посебно ове која представља и "физичку и менталну патњу".

Најзад, начелно је и питање да ли Предлог новог закона о извршењу кривичних санкција доноси битне новине у погледу стандарда права осуђених. Општи је утисак да Предлог садржи одређене неусклађености. Уочљив је контраст између настојања да се права и слободе осуђених уклопе у међународне стандарде, а да се, ипак, задрже решења из старог Закона, која су реликт прошлог времена. Може се, на пример, сматрати кораком напред обраћање пажње питањима права на испољавање религиозних убеђења осуђених. Међутим, све то делује предимензионирано у контексту репресивног односа према осуђенима у затворском режиму, с врхунцем постигнутим кроз меру усамљења. Лепо звучу и одредба чл. 115. Предлога, којим се регулише право осуђених на подношење поднесака ради заштите права. Поставља се само питање делотворности таквог решења у постојећим условима. Проблем заштите права осуђених једно је од централних питања међународних станд-

(32) Вид. нпр. чл. 45. Кућног реда КП дома Ниш (1987).

арда. Све у свему, потребно је још много тога променити да би се превазишао раскорак између норми и праксе.

(Примљено 11. II 1992)

Dr Zorica Kandić-Popović

Professor of the Special-Education Faculty in Belgrade

LIMITATIONS OF RIGHT OF CONVICTS UNDER PRISON REGIME

Summary

Convicted persons are subjected to prison regime and are, as a rule, exposed to limitations of individual and other rights. These limitations are dictated by the need to have security and order within the prison environment, and also by making possible the realization of purpose of the punishment, i.e. resocialization. There exist international standards in the sphere of rights of convicts and their aim is to effect control of realization and scope of restrictions of these rights.

The above standards include three levels. The first - the normative level - includes the guaranteeing of convicts' rights by international conventions of a more general, or of a particular character. Signatory States, namely, have a duty to adapt their domestic legislation to these norms. The second level includes external judicial protection in case of violation of convicts' rights by way of the mechanism of individual petition. Finally, the third level of international standards presupposes relative uniform procedure in disputes due to individual petitions of convicts.

Particularly significant in protecting the rights of convicts is the mechanism of external (out-of-State) judicial protection. Although there exists general understanding for recognizing the legality of limitations of rights of convicted persons at that level, such kind of protection opens new possibilities for the status of convicts.

The article also contains analysis of decisions of the European Court for Protection of Human Right, and of those of the American Supreme Court.

Key words: *Individual rights. - Convicts. - Prison regime.*

Dr Zorica Kandić-Popović

professeur à la Faculté de pédagogie spéciale de Belgrade

LA LIMITATION DES DROITS DES CONDAMNÉS DANS LES CONDITIONS DU RÉGIME DES PRISONS

Résumé

Les personnes condamnées soumises au régime des prisons sont, en règle générale, exposées aux limitations des droits individuels et autres. De telles limitations des droits découlent de la nécessité d'assurer la sûreté et l'ordre dans les prisons, mais aussi de réaliser le but de la peine, sous forme de réintégration sociale des personnes condamnées. Dans le domaine des droits des personnes condamnées, on a défini les normes internationales dont le sens est d'établir le contrôle de la réalisation et le contrôle de l'étendue de la limitation de ces droits.

Les normes internationales des droits des personnes condamnées englobent trois niveaux. Le premier niveau, le niveau, le niveau normatif, implique la garantie des droits des personnes condamnées contenus dans les conventions internationales de caractère général et spécial, de sorte que les pays signataires de ces conventions ont l'obligation d'adapter leurs législations nationales à ces normes. Le deuxième niveau implique la protection de tribunal extranationale dans les cas de la violation des droits des condamnés, à travers le mécanisme du recours individuel. Et enfin, le troisième niveau des normes internationales implique le traitement relativement égal dans litiges à propos des recours individuels des condamnés.

Le mécanisme de la protection de tribunal internationale revêt une grande importance sur le plan de la protection des personnes condamnées. Bien qu'à ce niveau, la pleine compréhension existe en ce qui concerne la reconnaissance de la légitimité des droits des condamnés selon les règlements nationaux, un tel mécanisme de protection signifie une nouvelle perspective pour le statut des condamnés. L'auteur analyse tout particulièrement dans son article certaines décisions du Tribunal européen pour la protection des droits de l'homme et les décisions du Tribunal suprême américain dans ce domaine.

Mots clé: *Droits personnels. - Personnes condamnées. - Régime des prisons.*

др Ивана Симовић - Хибер,

научни сарадник у Институту за криминолошка и социолошка истраживања

ДОБРОВОЉНИ ОДУСТАНАК И СТВАРНО КАЈАЊЕ DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA

Хипотеза да заједничка криминално-политичка функција установа добровољног одустанка и стварног кајања, дозвољава и приближавање њиховог правног положаја, добила је "нетеоријску" потврду у оквиру неокончане реформе савезног Кривичног закона.

У раду се анализирају позитивна решења, користе упоредно-правна искуства у функцији поређења са понуђеним. Сумарно, легислативна реформа предвиђа промену положаја стварног кајања, превodeћи га у општи основ факултативног ослобођења од казне, и не инсистирајући на репарабилности последице, док код добровољног одустанка прави разлику у правној последици у зависности од стадијума од којег се одустаје - за одустанак од припреме предвиђа облигаторно, а од покушаја - факултативно некажњавање.

Наш предлог *de lege ferenda* разликује се утолико што предвиђа обавезну некажњивост за све облике добровољног одустанка.

Кључне речи: *Добровољни одустанак - Кајање - Некажњивост.*

1. Теоријска питања везе између института добровољног одустанка и стварног кајања (разграничење, утицај на кажњивост, право и криминално-политичко објашњење тог утицаја итд.) довољан су разлог да се приступи разматрању ове теме, за коју се без претеривања може рећи да је увек од посебног теоријског и практичног значаја.

Изгледа (или је изгледало) да је за то наступио још један актуелни разлог.

2. Прошле године се, наиме, приступило реформи нашег кривичног законодавства, па и његовог општег дела. Процес је из познатих разлога, нарочито када је реч о савезном законодавству, заустављен, али је несумњиво да ће кад-тад морати да буде настављен, независно од тога ко ће бити законодавац.

У започетој реформи после дужег времена напуштен је консензус да кривичноправни институти који припадају ономе што доктрина назива општим делом стоје у другом плану. Сматрало се да је реч о материји која је стабилан и статичан део кривичног права. Не само да законске конструкције нису биле подложне преиспитивању, већ се и теорија није њима посебно бавила, сматрајући да су решења коегзистентна.

3. У бројним новинама које је донео Преднацрт кривичног закона из 1991. године, нашао се и значајан захват у основе добровољног оду-

станка и стварног кајања. Тако је доведена у питање оцена да спадају у оне чија се неактивност цени као неспорна, до мере да се као такви минимизирају.

Циљ овог написа је да се са теоријског аспекта поново размотри карактер и однос ових установа *de lege lata* и *de lege ferenda*; Преднацрт је за то, без обзира на судбину која га очекује, повољна прилика.

Међутим, полазимо и од тезе да у пракси постојећа решања нису искоришћена у довољној мери и да се понекад пропушта могућност да се нужна репресија сведе на неопходну меру.

- На то, иначе, обавезује и Закон, одређујући основ и границе кривичноправне принуде (1).

4. И добровољни одустанак и стварно кајање могу, наиме, бити разлог ослобођења од казне; добровољни одустанак у нашем праву постављен је као општа могућност (2), а стварно кајање је ограничено на ситуацију "кад то закон изричито предвиди" (3). Први је, дакле, по свему институт општег дела, други, мада генералном могућношћу ослобођења у општем делу предвиђен, доктрина обично, због везаности за посебне инкриминације, квалификује као установу посебног дела кривичног права (4).

За оба института је, међутим, карактеристичан исти криминално-политички супстрат, односно функција (5), чињеница да се појављују као средства тзв. законске криминалне политике (6), независно од начина њихове конкретне уређености (7), утицајем на учиниоца да не заврши започето кривично дело или да отклони последице повреде заштићеног добра.

Заједнички основ, а различити положај, основ су за упоређење *de lege lata* и *de lege ferenda*.

(1) В. *Кривични закон СФРЈ*, "Службени лист СФРЈ", бр. 44/1976. чл. 2 (без обзира на савремену условност формулације). У даљем тексту КЗ СФРЈ.

(2) В. чл. 21. КЗ СФРЈ, чл. 2. Code penal, чл. 24. КЗ Немачке.

(3) В. чл. 44. ст. 1. КЗ СФРЈ.

(4) В. нпр. А. Isarpalas, *Le moment et la durée des infractions penales*, Paris, 1967, стр. 372; Ј. Таховић, *Кривично право, општи део*, Београд, 1961, стр. 372; Ф. Бачић, *Кривично право, општи део*, Загреб, 1978, стр. 320; *Коментар КЗ СФРЈ*, у редакцији Ф. Бачића, Љ. Ђавцова, Р. Крауса, Љ. Ђазаревића, М. Лутовца, Н. Срзентића и А. Стајића, Београд, 1978, стр. 113. Упор. чл. 243. и 291. КЗ Аустрије.

(5) В. нпр. Т. Живановић, *Основи кривичног права, општи део*, Београд, 1922 (II изд.), стр. 276; Edvi Illes Karoly, *Тумачење Угарског казненог закона*, превод П. Жорж, Сомбор, 1924, стр. 196; Љ. Ђавцов, А. Шелих, *Казенско право*, Љубљана, 1978, стр. 222; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome I, 4 ed., Paris, 1981, стр. 570; R. Garraud, *Traité Théorique et pratique du droit penal français*, Paris, 3. ed., 1913, Tome I, стр. 497.

(6) В. о законској криминалној политици М. Ancel, *Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle*, "Archives de politique criminelle", бр. 1/1975, стр. 18; М. Милутиновић, *Криминологија*, 3. изд., Београд, 1979, стр. 421-425.

(7) В. D. de Vabre, *Droit criminel approfondi*, Les cours de droit, Paris, 1942, стр. 43; према овом аутору у чињеници да је услед добровољног одустанка настао мањи друштвени поремећај, штетне последице избегнуте и показана мања друштвена опасност учиниоца, лежи разлог да постојање овог института појединачно прихватају присталице субјективних и објективних школа у кривичном праву.

II

5. Добровољни одустанак је деловање учиниоца започете кажњиве делатности, којим се свесно спречава наступање њене последице, а које у нашем праву обезбеђује могућност ослобађања од казне (8), што укључује могућност блажег или редовног кажњавања (9).

6. *Објективно*, реч је о акту одустајања.

Њега карактерише, прво - постојање кривичноправне релевантне делатности која је остала недовршена. Недовршеност се констатује ненаступањем последице.

Друго, тражи се контрола каузалитета, објективно-субјективни елемент. Објективну страну чини ефикасност одустајања, а субјективну свест о могућности довршења дела, свест о степену остварености, као и свест о довољности изабраног облика делатности одустајања.

Трећи елемент је сама поништавајућа делатност.

7. Ови се елементи могу квалификовати као основни или општи; без њих нема одустајања. Поред њих, могуће је идентификовати специфичне, којима се конкретизује радња одустајања (10).

Појам добровољног одустанка изграђен је на примеру одустајања од несвршеног покушаја. Посебност ће се појавити код одустајања од припремих радњи, одустајања саучесника (11), одустанка од савршеног покушаја.

За тему је нарочито интересантно последње; није реч о прекиду радње извршења, већ о активном деловању којим се мења започет каузални ток и тако спречава наступање последице (12).

8. Најзад, могуће је говорити и о додатним елементима, укљученим у сам појам добровољног одустајања, као што су захтеви за неоткривеност дела и коначност одустајања.

9. *Субјективно*, тражи се *добровољност*.

Овај, на први поглед јасан, појам (сопствена одлука учиниоца да одустане од започетог дела), у теорији и пракси изазива бројне проблеме, од којих се истичу два.

Први је проблем утицаја неке спољне околности на одлуку о одустајању. Иако је видно одступање од става да било која препрека, стварна

(8) То је систем тзв. *факултативног* ослобађања од казне, за разлику од *обавезног*, заступљеног нпр. у Немачкој, и француског система по којем је добровољни одустанак негација постојања кажњивог покушаја. В. дет. Ивана Симовић-Хибер, *Добровољни одустанак у кривичном праву*, Београд, 1987, (док. дис. дакт.), стр. 419 и даље; упор. за разлике у системима F. Haft. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1980, стр. 189 и даље; в. и за факултативни систем какав је заступљен у швајцарском праву H. H. Jescheck, *Lernbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1969, стр. 357.

(9) В. Ивана Симовић-Хибер, *op. cit.*, стр. 520.

(10) В. дет. *ibid.*, стр. 315 и даље.

(11) В. о одустајању саизвршиоца нпр. В. Камбовски, *Добровољни одустанак од извршења кривичног дела*, маг. рад, дакт., Скопје 1974, стр. 104 и даље; в. о начелним проблемима Т. Живановић, *La situation du desistement volontaire dans la systeme du droit criminel*, "Revue internationale du droit pénal", бр. 1927.

(12) В. нпр. А. Шил, *О покушају кривичног дела*, Нови Сад, 1939, стр. 184; Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, *Кривично право, општи део*, Београд, 1978, стр. 191. Упор. С. Degois, *Traité elementaire de droit criminel*, Paris, 1922, стр. 112.

или замишљена, искључује добровољност (13), стварање тзв. теорије претежних елемената, односно уважавање релативних сметњи (14), и у доктрини и у пракси преовлађују ставови који добровољност изједначавају са спонтаношћу (15).

10. Други је мотив одустајања. Начелно, постоји сагласност да је он индиферентан, нарочито ако је реч о вредновању (добро - лоше) (16); управо претходна схватања о добровољности као спонтаности на мала врата уводе градирање мотива одустајања (17).

11. Овај сумарни преглед елемената појма добровољног одустајка дозвољава закључке потребне за ову расправу.

Без обзира на различите правне концепције и правна образложења - примера ради француски систем негације кривичног дела (18) - и различите системе негирања кажњивости, објективне (19) или субјективне (20) - премира се, обавезно или факултативно, онај који је започео радњу извршења кривичног дела па је није завршио, или је спречио наступање последице, све то добровољно.

12. У упоредном праву понекад се некажњивошћу награђује, супротно напред описаном, и покушано, неефективно добровољно одустајање. Неопходно је да последица није наступила, мада независно од деловања учиниоца, ако се он, независно од околности због које је последица изостала и без сазнања за њу, озбиљно трудио да спречи извршење или отклони наступање последице (21).

Овај последњи случај показује да су у крајњој линије окоснице овог института одсуство последице и добровољно деловање учиниоца у том правцу.

III

13. Ови се елементи могу препознати и код стварног кајања, уставне код које је већ сам назив споран (22).

(13) B. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Milano, 1966, стр. 362; упор. Таховић, *op. cit.*, стр. 253; Срзентић, Стајић, Лазаревић, *op. cit.*, стр. 190.

(14) В. Камбовски, *op. cit.*, стр. 77; упор. V. Manzini, *Tratto di Diritto penale*, Torino, 1901, стр. 473; упор. и Garraud, *op. cit.*, стр. 498, Degois, *op. cit.*, стр. 113.

(15) В. тако М. Puech, *Les grands arrêts de la jurisprudence penal*, Paris, 1976, стр. 213; Antolisei, *op. cit.*, стр. 362, Manzini, *op. cit.*, стр. 473.

(16) В. Merle, Vitu, *op. cit.*, стр. 571; Harf, *op. cit.*, стр. 192; Таховић, *op. cit.*, стр. 176; Шил, *op. cit.*, стр. 186. Garraud, *op. cit.*, стр. 498, наводи да је по старијим схватањима добровољним сматран одустанак који је условљен кајањем.

(17) В. A. Legal, *La notion de tentative punissable*, "Revue penal suisse", бр. 4/1972, стр. 442.

(18) В. чл. 2. Code penal, чл. 2. КЗ Монака, чл. 51. КЗ Луксембурга, чл. 45. КЗ Холандије, чл. 51. КЗ Белгије, чл. 61. КЗ Турске, чл. 10. и 11. КЗ Португала; тако и чл. 41. Казненог законика за Књажевство Србију из 1860.

(19) В. дет. Ивана Симовић-Хибер, *op. cit.*, стр. 409 и даље.

(20) В. за криминално-политичка схватања напред, тачка 4. V. и за однос правног основа и криминално-политичких разлога Ивана Симовић-Хибер, *op. cit.*, стр. 414 и даље.

(21) В. чл. 16, ст. 2. КЗ Аустрије; упор. чл. 24, ст. 1. (in fine) КЗ Немачке.

(22) B. P. Savy - Casard, *Le repentir actif en droit pénal français*, "Revue de science criminelle et de droit pénal compare", бр. 3/1972, стр. 529-531; упор. Бачић, *op.*

Стварно кајање обично се у теорији дефинише као деловање које је добровољно и (ефикасно) усмерено на уклањање последице *довршеног кривичног дела* (23).

У нашем праву стварно кајање такође може бити основ ослобођења од казне, као што је то већ показано, мада то није једина могућа последица (24). (Упоредно, разлике у дејствима могу бити знатно веће: у француском праву одустанак анулира кривично дело, а стварно кајање може бити "само" разлог за ослобођење или ублажавање, у системима облигаторне некажњивости код добровољног одустанка стварно кајање се може појавити као разлог факултативне некажњивости) (25).

14. У теорији је решен став да стварном кајању није дат одговарајући значај.

Пледира се да и оно буде општи институт који искључује кажњивост. Аргумент је да оно указује на заслуженост бенефиције за учioniца који спонтано репарира проузроковану штету, и да криминално-политичко дејство, које би другачији режим имао, није само у интересу кривца, већ жртве и јавног реда (26).

15. Аргументи за исто или бар приближно исто третирање добровољног одустанка и стварног кајања траже се и у сучељавању тзв. *формалних* и *материјалних* деликата (27), тако што се истиче да је добровољни одустанак могућ код материјалних, а стварно кајање код формалних дела, и да је реч о, у основи, истој активности која се само различито испољава.

Овај аргумент не изгледа прихватљиво. Сасвим "покретљиво" и несигурно разграничење ове две "врсте" кривичних дела, а нарочито идеја да је код формалних последица само опасност, не садржи довољно елемената да се наспрам радњи и последица учини оваква разлика.

16. Често се констатује да и пракса покушава да приближи ове институте тако што код појединих института помера границу у којој ће се дело сматрати довршеним (28), са идејом да се прошири простор добровољног одустајања на рачун стварног кајања.

цит., стр. 320; Haft, *op. cit.*, стр. 191.

(23) В. Tsarpalas, *op. cit.*, стр. 67; Таховић, *op. cit.*, стр. 371; Коментар КЗ СФРЈ, стр. 113; Бачић, *op. cit.*, стр. 320.

(24) В. за могућност изрицања судске опомене чл. 173, ст. 3. КЗ Србије; в. и за примену условне осуде у случају стварног кајања код кривичног дела крађе, проневере и тешке телесне повреде у судској пракси, М. Бајер, *Однос сврхе кривичних санкција и критерија њихове примјене*, "Југословенска ревија за криминологију и кривично право", бр. 1/1969, стр. 29 и 40.

(25) В. тако Garraud, *op. cit.*, стр. 505; J. Magnol, *Chronique de jurisprudence*, "Revue de science criminelle et droit pénal comparé", 1937, стр. 475.

(26) В. Savey-Casard, *op. cit.*, стр. 532-533.

(27) В. шире Puech, *op. cit.*, стр. 238.

(28) В. тако Tsarpalas, *op. cit.*, стр. 70; Savey - Casard, *op. cit.*, стр. 518-522 и 526-527 (за кривично дело лажног сведочења које се не сматра довршеним до завршетка главне расправе, без обзира на то што је исказ раније дат). В. и Magnol, *op. cit.*, стр. 475; упор. и чл. 291. КЗ Аустрије (дела против правосуђа).

Разлог томе је истоветност субјективног садржаја (29) и сличност коначног резултата деловања.

Тако се, у извесном смислу, као кључно појављује питање временског разграничења ове две установе.

Објективно посматрано, одговар је релативно једноставан. Добровољни одустанак је могућ до наступања последице, стварно кајање наступају последице следи.

Ипак, у односу на субјективну страну, иначе истоветну, крутог разграничења нема.

17. Добровољност одустајања, нарочито ако се схвати као спонтаност, поред осталог подразумева *неоткривеност*. Чињеница да је започето дело откривено тешко да би и по теорији претежног елемента могла бити квалификована као непреовлађујући утицај на вољу да се одустане, "супротан умишљај" (30), како се то понекад каже.

Неоткривеност се, међутим, понекад одређује и као објективни елемент ове установе, истина додатни, неконститутивни (31), логиком да је откривање најчешће повезано са делатношћу која спречава наставак вршења дела, па се чињеница да је дело остало у покушају не може уопште повезати са добровољним одустанком.

18. Утолико пре се питање (не)откривености поставља код стварног кајања.

С једне стране, овде није реч о простом психолошком или моралном односу учиниоца према делу и последици, врсти гриже савести (32); такав морално-психолошки став може, уосталом, бити кривичноправно релевантан, у поступку индивидуализације казне (33), установи сасвим друге криминално-политичке садржине и функције.

С друге стране, стварно кајање се не може свести на чињеницу да је последица објективно отклоњена, да је наступио *restitutio in integrum*. Ако је то могуће и ако жртва постави одговарајући захтев, у кривичном поступку или парници, до реституције ће доћи независно да воље учиниоца.

Кључ је, сматрамо, у добровољном и ефикасном отклањању последица. Ако је ефикасност (релативно) објективна чињеница, код субјективне је потребна најмање она мера добровољности која постоји код добровољног одустанка.

У том светлу убедљиво делује став, браћен у упоредној литератури, да је неоткривеност неопходан чинилац да се промена психичког става оцени као стварно добровољна, као спонтано кајање (34).

19. И у нашој доктрини постоји став да је откривеност последњи

(29) В. Magnol, *ibid.*., Garraud, *op. cit.*, стр. 505.

(30) Упор. Т. Живановић, *Систем расправа о систему кривичног права и примени у другим правним и ванправним наукама*, Београд, 1966, стр. 61; в. шире Ивана Симовић-Хибер, *op. cit.*, стр. 358 и даље.

(31) В. тачку 8. овог рада.

(32) В. Р. Лукић, *Социологија морала*, Београд, 1982, стр. 222.

(33) В. чл. 41. КЗ СФРЈ

(34) В. нпр. Garraud, *op. cit.*, стр. 505.

моменат до којег је кајање могуће (35). Законодавац га је, међутим, преточио у различите и недовољно дефинисане формулације (36), које асоцирају на померање овог момета; тешко би било прихватити да је учинилац кривичног дела крађе, који је вратио украдену ствар након "преткривичне одбране" органа откривања и гоњења, у којој ништа није остало нејасно, тиме показао стварно кајање.

20. Ако се прихвати да је садржај субјективног односа код стварног кајања и добровољног одустанка практично исти (постоји суптилна разлика у садржини "супротног умишљаја" у две ситуације: у првој је накнадни умишљај уперен на заустављање кривичноправне делатности, или заустављање наступања последице, а у другој на њено отклањање), могуће је и на други начин дефинисати објективно разграничење.

Код добровољног одустанка учинилац је *ефикасним* деловањем остварио контролу каузалитета, код стварног кајања је у односу на ову околност деловања закаснио али је последица ипак отклоњена. Могуће је, наиме, замислити два учиниоца која су у односу на радњу извршења истовремено добровољно започела супротну делатност, тако да је једна резултирала спречавањем наступања последице, а друга није, па је настављена делатношћу њеног отклањања, ефикасно завршеном.

21. Уз све резерве које изазивају нејасноће у прецизном и конкретном дефинисању добровољног одустанка и стварног кајања, које првенствено долазе од контроверзи око општијих института на којима се ови заснивају, навешћемо за пример довршење дела код крађе у самопослужи, где је прилично произвољно квалификовати враћање ствари пре или после преласка касе, на пример, као један или други, и уз сву сродност криминално-политичких функција и садржине ова два института, мишљења смо да их не треба *сасвим* поистоветити.

Отклањање последице, како запажа један аутор (37), *увек* значи њено ублажавање; претходно је она наступила.

22. Различитост, међутим, не значи одсуство сваке блискости и управо имајући блискост у виду, стојим на становишту да би стварно кајање такође морало бити општи институт, установа општег дела кривичног права, различит од добровољног одустанка. Мера те различитости корелативна је с правним дејством добровољног одустанка.

Отуда их је неопходно у најкраћем размотрити.

23. Као што је наглашено, наш правни систем прихвата решење факултативног ослобођења од казне за случај добровољног одустанка.

(35) В. Таховић, *op. cit.*, стр. 372

(36) Тако већина кривичних закона република и покрајина стварно кајање везује за моменат сазнања да је покренут кривични поступак. КЗ Словеније, чл. 165, ст. 3. томе долаже израз утужења, а КЗ Хрватске, чл. 130. ст. 2 о сазнањима учиниоца да је откривен. В. дет. Ивана Симовић-Хибер, *Оиским кривичним делима против имовине и кривичним законима република и покрајина*, "Зборник радова Правног факултета у Новом Саду", 1979, стр. 341-342.

(37) В. Таховић, *op. cit.*, стр. 371; в. и Бачић, *op. cit.*, стр. 320, који говори о делатности усмереној на отклањање штете.

Ми се залажемо за систем *обавезног некажњавања*, за који смо у студији посвећеној добровољном одустанку навели следеће разлоге које је и овде у најкраћем неопходно поновити (38):

а) *криминално-политички циљ*, схваћен као подстрек за одустајање, очигледно више вреди ако привилегија коју одустајање даје сигурно следи. Приговор да извршилац не зна за правна дејства добровољног одустанка релативан је: претпоставка добровољности је свест о изласку из кажњиве зоне, што ако овај институт *уопште* има криминално-политички значај, подразумева свест о значају таквог поступања.

б) *системско место института*, његов однос наспрам других који нуде могућност некажњавања, указује да у корист добровољног одустанка постоје значајни додатни аргументи: учинилац је спречио наступање последице, исказавши добровољност као промену умишљаја.

ц) "*унутрашњи разлози*", пре свега чињеница да последица није наступила услед деловања учиниоца који је вољно одустао. Тиме се објективно доводи у питање опасност дотадашње радње, која лежи у основи кажњивости за покушај, јер је евидентно не само да последице, генералног разлога сваке кажњивости радње нема, већ да она услед деловања одустаоца није могла ни наступити. Оно што је претходило јесте опасно (иначе не би било кажњив покушај), али у односу на последицу свршеног дела, у моменту вршења процене, може се само рећи да је започета радња била опасна, а да више није.

д) *правно-политички разлози* чија је основа у разлици која постоји између иначе значајне тековине савременог кривичног права, индивидуализације санкције с обзиром на околности које се могу везати за личност учиниоца и могућности примена начела легалитета, по којем ће се, применом општег института, лицима у начелно истој (објективно и субјективно) ситуацији, обезбедити једнак третман.

24. Криминално-политички и правно-политички разлози несумњиво важе и за установу стварног кајања.

Одвраћање од кривичног дела, које ће довести до добровољног и ефикасног анулирања његове последице, и једнако поступање према свима који су на овај начин реаговали на учињено, и код стварног кајања су подједнаки.

И у односу на друга два разлога за облигаторну кажњивост могли би се наћи аргументи и код стварног кајања, али са мањом чврстином: последица је репарирана, и то добровољно, па је, у крајњој линији, и опасност деловања умањена.

IV

25. Творци Преднацрта су, бар у извесној мери, имали слуха за неке од ових идеја.

26. Код добровољног одустанка, сумарно, захвати су следећи (39).

Прво, одвојено су регулисани добровољни одустанак од припремања и добровољни одустанак од покушаја.

(38) В. Ивана Симовић-Хибер, *Доброволни одустанак у кривич-ном праву*, стр. 502 и даље.

(39) В. Бајер, *ibid.*

Друго, учињен је напор да се прецизно одреде такозвани објективни елементи добровољног одустајања, уз приметне разлике код одустајања од припрема у односу на одустајање од покушаја.

Треће, за одустајање од припремања прихваћен је принцип обавезне, а код одустајања од покушаја задржан принцип факултативне некажњивости.

27. Питање "раздвајања" одустанка од припрема и покушаја у крајњој линији је *изведено*. Одговор зависи од тога да ли у понућеним решењима има довољно разлика које захтевају напуштање "јединственог" регулисања (а на први поглед се запажа да их има), али и од оцене неопходности, корисности и оправданости тих разлика. Начелно, овакав систем може бити прихватљив. Посебности одустајања од припрема истичу се у доктрини (40), до те мере да се сама начелна некажњивост припремања објашњава чињеницом очекиваности одустајања учиниоца од настављања припремања, односно предузимања радње извршења дела.

Како у односу на субјективну страну установе добровољног одустанка - добровољност у промени одлуке - тешко може бити битних разлика, одговор на ово питање зависи од оцене решења понућених у вези с објективним елементом и кажњивошћу.

И овде би се, начелно, могло рећи да је, нарочито код објективног елемента, таква разлика присутна и код одустајања од покушаја. "Радњу" одустајања карактерише прекид, односно ефикасна контрола потенцијалне каузалне везе између започете радње извршења и очекиване последице: код одустанка од припрема таква каузална веза није настала (41).

28. Приступ објективној страни одустајања од припремања у великој мери зависи од начина на који се, у посебном делу, припремање уводи у кажњиву зону, па у том светлу треба процењивати и одредбу ст. 2. чл. 26. Преднацрта.

Ту је кључ процене оправданости става редактора Преднацрта да је могућ одустанак само од *несвршеног* припремања (изузев ако до закључка у таквом ставу нисмо дошли погрешним тумачењем иначе помало нејасне формулације (42).

29. Ако се прихвати (мада још увек недовољно провереног дома-та) (43), реформом посебног дела напуштено решење по којем се припремање појављује као алтернативна радња извршења дела (44), питање

(40) В. нпр. Камбовски, *Објективна страна добровољног одустанка од извршења кривичног дела*, "Наша законитост", бр. 6/1975, стр. 23; Срзентић, Стајић, Лазаревић, *оп. cit.*, стр. 191.

(41) Извесну забуну би могла да произведе употреба везника "и", уз инсистирање на непрезаску на радњу извршења. Чини се, ипак, да је реч о стилском недостатку.

(42) В. нпр. Degois, *op. cit.*, стр. 111; Ф. Бачић, *Разграничење припремања кривичног дела и покушаја*, "Годишњак на Правниот факултет во Скопје", 1959, стр. 138.

(43) Упор. чл. 114. КЗ СФРЈ (у редакцији из 1990) и чл. 81. до 83а КЗ Немачке.

(44) И у одредби којом се *exempti cause* наводе могуће припреме радње, употребљени су грајни облици гагола ("набављање", "отклањање") што указује да је припремање учињено чим је започето, *сигнализирајући ширење* криминогене зоне.

се враћа облицима који долазе у обзир уз или без прихватања алтернативе из члана 23. Преднацрта (она у избору облика испољавања припреме преузима позитивноправно решење).

Основни, или класичан облик, предвиђања кажњавања за припремање је, дакле, предвиђање кажњавања код одређеног кривичног дела. Он је и најјаснији: увек као константа постоји чињеница да дело није "прешло" у вишу фазу, покушај, односно свршено дело, иначе би се проблем расправљао по правилима која за ту фазу важе.

Сматрамо да се могућност примене добровољног одустанка ту отвара и затвара на питању *зашто* "учинилац" није ушао у наредни стадијум, започео радњу извршења, тј. на питању присуства или одсуства добровољности.

Свако инсистирање на "радњи одустајања", а то значи и прекиду "каузалитета" (процеса, радње) припремања, значи *даље* проширење зоне инкриминације, на покушано а недовршено припремање, што може бити и својеврстан тумач за одредбу о припремању, па и тако што ће се "другом радњом којом се стварају услови..." сматрати и она која је најудаљенија од радње извршења, што ће се, дакле, испољити тенденција кажњивости ка размишљању (45).

Пледирамо за могућност добровољног одустајања од свршеног припремања.

30. Предвиђање припремања у форми "посебног" или "самосталног" дела, а то значи и самог по себи *свршеног* (46), на други начин отвара и затвара проблем. Ако се, у складу са одредбом општег дела, има у виду веза између чињенице припремања другог, одређеног дела, ако се, дакле, пође од става да је реч о начину увођења у кажњиву зону *начелно некажњивог стадијума* (или је реч о, понављамо, засебно кажњивом понашању које не треба везивати за појам припремања), могућа је, у односу на установу добровољног одустанка од припреме, једна од две опције: или она није могућа већ је могуће само стварно кајање (47), или ће се прихватити добровољно одустајање од припремања.

Последњи парадокс показује не само речену (могућу, објективну) тенденцију проширења криминогене зоне, већ и додатни аргумент за наш став о неприхватљивости алтернативе уз чл. 23. Преднацрта.

31. Ако се из ове позиције процењује редакција ст. 2, чл. 26. Преднацрта, могу јој се упутити извесне замерке.

Отклањање могућности настављања припремања и прелаза на извршење кривичног дела не само да се ограничава на одустанак од несвршених припрема (што подједнако важи и за други "облик" одустајања предвиђен Преднацртом), већ и сугерише нешто више од обичног одустајања, неку врсту реституције или друге активности, укратко додатну и недовољно дефинисану, свакако и непотребну, баријеру прихватању одустанка. Други "облик", "очигледно испољавање решености" довољ-

(45) В. М. Ђорђевић, *Основне карактеристике новог КЗ СФРЈ са гледишта примене у пракси*, "Југословенска ревија за криминологију и кривично право", бр. 2/1977, стр. 22.

(46) В. М. Ђорђевић, *ibid.*, F. v. List, *Немачко кривично право*, Београд, 1902, стр. 238, 239.

(47) В. нпр. Бавцон, Шелих, *op. cit.*, стр. 223; F. v. List, *op. cit.*, стр. 236.

но је недефинисан да може значити различите ствари, укључивши ту и неуспело одустајање од започетих припрема, а у сваком случају нуди непотребну субјективизацију (очигледна решеност) појма који би требало да буде првенствено објективан (код оба облика непотребно се помиње прелазак на извршење; ако до њега дође не поставља се питање одустанка од припрема).

Редакција, сматрамо, заслужује озбиљну критику.

32. Много је јаснија редакција текста о одустанку од покушаја. У односу на садашњи чл. 21. КЗ СФРЈ, једина новост је што је текстом обухваћена у доктрини неспорна разлика и прихватљивост одустанка од свршеног и несвршеног покушаја. Једина примедба могла би се односити на неусклађеност чл. 24. Преднацрта, који свршени покушај не спомиње изричито.

33. У односу на установу стварног кајања, пак, наглашенија је општост: мада понуђени легислативни положај у оквирима правила којима се регулише одмеравање казне посредно опредељује и ниво општости (сврставање међу посебне и индивидуализоване основе за ослобођење од казне искључује могућност његовог третирања као општег института) (48), предложено решење, ипак, експлицитно отклања познату дилему око питања репарабилности последице као услова примене (тумачења) стварног кајања. Третирању стварног кајања, као начину одмеравања казне, не може се замерити, пошто до његове примене може доћи само *после извршења кривичног дела*, а текст норме дозвољава тумачење да је предвиђено значајно делегирање могућности ослобођења.

34. Одредба Преднацрта може се критиковати. Делатности којима стварно кајање треба да буде испољено одликују се различитим степеном општости. Није у свему јасно изједначавање између "ублажавања последица дела" и њиховог отклањања, и шта значи надокнадити проузроковану штету (о којој је врсти штете реч, а нарочито да ли је могуће стварно кајање код дела која проузрокују ненадокнадиву нематеријалну штету).

"Отварање" радње стварног кајања ка другом начину којим је, очигледно, испољена решеност да се отклоне последице дела (49), представља очигледну субјективизацију овог института.

Не мора бити да је она неоправдана.

35. Мишљења смо, међутим, да је потребно наглашеније раздвојити, имајући у виду објективну компоненту, простор између установа добровољног одустанка и стварног кајања.

У циљу провере теоријског модела може помоћи и већ претходно помињање ситуација неефективног, "непогодног", добровољног одустајања.

Субјективно, оно садржи све што и добровољни одустанак, а то значи више од стварног кајања; до промене воље је дошло пре него што је по редовном току ствари последица могла наступити. Објективно се

(48) Вид. чл. 53-56. Преднацрта.

(49) Вид. чл. 54. Преднацрта.

не може изједначити са стварним кајањем, јер последица и није наступила.

Стварно кајање не подлеже провери (не)наступања последице, па је ситуација чиста, утолико што је оно израз материјализоване воље да се репарирају дејства последице.

Неефективни добровољни одустанак се објективно показује, процењује на исти начин - деловање учиниоца осиромашено незнањем да је последица "ненаступљива" може бити третирано *само* као израз промене воље.

С друге стране, (не)наступање последице даје логичку предност свим ситуацијама у којима учинилац добровољно делује у правцу спречавања њеног наступања.

Чињеница премирања промене воље након довршавања дела, чини се, са своје стране покреће и питање сличног поступања код покушаног добровољног одустанка.

36. Имајући у виду ове премисе, одредили бисмо се у односу на Преднарт.

Обавезна некажњивост за одустанак од припремања и факултативна за одустанак од покушаја, представља значајан помак у односу на садашње стање нашег законодавства.

Ми се, међутим, и овом приликом залажемо за обавезну некажњивост свих облика добровољног одустанка.

Чини нам се оправданим предложено решење за ситуацију стварног кајања.

Мишљења смо да би покушај добровољног одустанка, као "мешовита" ситуација, могао добити место законом индивидуализованог факултативног основа некажњивости.

Криминално-политички циљеви, али и други разлози о којима смо говорили, тада би, сматрамо, најпотпуније били задовољени.

(Примљено 22. III 1992)

Dr Ivana Simović-Hiber

Research Associate at the Institute for Criminological and Sociological Studies, Belgrade

VOLUNTARY ABANDON AND GENUINE REPENTANCE *DE LEGE* AND *DE LEGE FERENDA*

Summary

The joint criminal-political substratum and the function of voluntary abandon and genuine repentance, and their differing legislative positions, point at the need for reassessment of existing legal regulation of this matter.

Voluntary abandon is a general ground for facultative exemption from punishment and this privilege may be granted to a perpetrator voluntarily preventing the finalizing of a criminal offence which has begun, while genuine repentance extends benefit to the perpetrator who has repared the consequence of a committed criminal offence, provided such treatment is specified for the offence at issue.

Planned and abandoned reform of federal criminal law had some new solutions regarding two mentioned institutes.

Comparative analysis indicates more flexible approach in extending benefit to a perpetrator "abandoning" his criminal act, even up to accepting the ineffective or inappropriate voluntary abandon. Most significant novelties relate to voluntary abandonment which is distinguished from preparing the offence and from the attempt. In the first case there is an obligatory exemption from punishment, while in the other only a facultative exemption is suggested.

Genuine repentance is regulated in a general way - at the level of the "general" ground for facultative exemption from punishment, which ground is not restricted by the need for compensation of the consequence.

Future law should provide for obligatory exemption from punishment in cases of all forms of voluntary abandon, while the solution suggested for genuine repentance seems to be adequate.

Key words: *Voluntary abandon. - Repentance. - Exemption from punishment.*

Dr Ivana Simović-Hiber

Collaboratrice scientifique à l'Institut de recherches criminelles et sociologiques

LE DÉSISTEMENT BÉNÉVOLE ET LE REPENTIR RÉEL DE LEGE LATA ET DE LEGE FERENDA

Résumé

Le substrat criminel et pratique commun et la fonction commune du désistement bénévole et du repentir réel et leur position législative différente signalent la nécessité de réexaminer les solutions juridiques en vigueur.

Le désistement bénévole représente la base générale de la dispense de la peine, et ce privilège peut être accordé à l'auteur qui a empêché de manière bénévole le parachèvement d'un acte criminel amorcé, alors que le repentir réel est une prime pour l'auteur qui répare la conséquence d'un exécuté à condition que cette incrimination particulière le permette.

La réforme amorcée et abandonnée de la loi pénale fédérale comprenait, dans le cadre des solutions proposées, une nouvelle approche des instituts mentionnés.

En utilisant les solutions comparatives qui sont d'une plus grande flexibilité sur le plan des primes des auteurs qui ont "renoncé" à leur acte, et qui vont jusqu'à respecter le désistement bénévole non effectif et inapproprié, l'auteur a analysé les solutions proposées.

Les nouveautés les plus importantes sur le plan du désistement bénévole sont le traitement séparé et différent du désistement et des actes de préparation et des tentatives; dans le premier cas, on prévoit l'impunité obligatoire, et dans le deuxième, l'impunité facultative. Le repentir réel est normalisé de manière générale - au niveau de la "base" générale de la dispense facultative de la peine, sans limiter son application par la réparabilité des conséquences.

De l'avis de l'auteur du présent article, il faudrait prévoir l'impunité obligatoire de toutes les formes de désistement bénévole, alors que la solution pour la situation du repentir réel est, de son avis, justifiée.

Most clé: *Désistement bénévole. - Repentir. - Impunité.*

мр Милан Пауновић, асистент Правног факултета у Београду;
 мр Невена Вучковић, стручни сарадник у МУП Србије

МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ ПРАВА НА СЛОБОДУ МИРНОГ ОКУПЉАЊА И УДРУЖИВАЊА

Право на слободу мирног окупљања и удруживања, укључујући и право на образовање синдиката, представљају елементарна људска права на којима се мора заснивати свако демократско друштво. Ове слободе заштићене су и Европском конвенцијом за људска права у члану 11. На основу ове конвенције формиран су Европска комисија и Европски суд за људска права, кроз чију су се јуриспруденцију развили одређени стандарди заштите права на слободу мирног окупљања и удруживања.

У вези с мирним окупљањем, кроз праксу Комисије и Суда (у неколико случајева који су се пред њима нашли) обрађена су питања да ли је и колико дозвољено мешање државе приликом заштите овог права, односно да ли држава може да примењује тзв. режим дозвола за све врсте јавних окупљања. Дотакнуто је, такође, и питање позитивних обавеза државе у вези с обезбеђивањем права на мирно окупљање, па су органи Конвенције закључили да је држава, када је у питању заштита овог права, дужна да предузме одређене мере, нарочито у погледу ометања овог права од стране евентуалних противдемонстраната.

Слобода удруживања, иако у традиционалној подели људских права пре свега политичко право, чланом 11. Конвенције штити се као социјално право, јер изричито укључује право на удруживање у синдикате. Анализирајући праксу Комисије и Суда, одговорено је, пре свега, на питање ко може уживати овакву заштиту, а затим су ближе размотрени ставови поменутих органа у вези с основним правима синдиката. У оквиру тога, пажња је посвећена праву на формирање синдиката и само функционисање синдиката као удружења. На крају, дотакнуто је и питање упоредне анализе међународних инструмената који су служили Комисији и Суду као смернице у формирању праксе поводом члана 11, а посебно када је реч о ограничењима ових права, постављеним у ставу 2. тог члана.

Кључне речи: *Мирно окупљање. - Удруживање. - Међународни стандарди.*

Слобода мирног окупљања и удруживања представља значајну категорију заштите основних права. Она је непосредно везана за елементарне друштвене вредности које се морају штитити у демократском друштву.

Имајући ово у виду, састављачи Конвенције о људским правима и основним слободама (1), усвојене у Риму 1950. год., заштитили су право на слободу мирног окупљања и удруживања чланом 11 (2).

(1) У литератури позната као Европска конвенција о људским правима

(2) Члан 11. Конвенције:

Слобода удруживања претпоставља слободу окупљања, јер без редовних окупљања својих чланова, удружења не могу активно и нормално функционисати. Слобода окупљања је, такође, независно од слободе удруживања, у непосредној вези са слободом изражавања, иначе заштићеном чланом 10. Европске конвенције. Такође, слобода окупљања и удруживања у тесној су вези са обавезом држава да организују слободне изборе у разним временским интервалима (гарантоване чланом 3. Протокола 1. Конвенције) (3).

Формирањем Европске комисије за људска права, као и Европског суда за људска права, на основу поменутих Конвенције, развила се не тако велика али значајна пракса ових органа приликом примене члана 11. на конкретне случајеве наводних кршења заштићених слобода.

Треба напоменути да су у универзалним инструментима у области људских права на нешто другачији начин заштићене слободе о којима говоримо. Тако, Међународни пакт о грађанским и политичким правима (1966. год.), посвећује две одвојене одредбе слободи окупљања и слободи удруживања (чланови 21. и 22. Пакта), док су Универзалном декларацијом о људским правима (1948) ове слободе заштићене у једном члану (чл. 20). То је вероватно и инспирисало састављаче Конвенције, усвојене непосредно после Универзалне декларације, да на исти начин поступе.

Када је реч о формулацијама које се употребљавају у поменутим инструментима, разлика између Европске конвенције и Пакта је у томе што је за слободу окупљања у Пакту изабрана формулација: "Признаје се право мирног окупљања..." (члан 21. став 1), уместо строже и свеобухватније у Конвенцији да "Свако има право на мирно окупљање..." (она се, иначе, налази у Пакту, али у вези са слободом удруживања - члан 22. став 1).

У одредбама Конвенције и Пакта постоје значајне разлике и у ограничењима ових слобода. Формулацијама у два одвојена параграфа, јасно је назначено да могућности постављања ограничења за одређене категорије лица у Пакту постоје само у односу на слободу удруживања, а не и на слободу окупљања. Пакт, што је још важније, апострофира искључиво припаднике оружаних снага и полиције, а не и запослене у државној управи, иначе обухваћене чланом 11. став 2. Конвенције (4).

1. Свако има право на слободу мирног окупљања и слободу удруживања с другима, укључујући право на образовање синдиката и приступање синдикатима ради заштите својих интереса.

2. На уживање ових права неће се постављати никаква ограничења, осим таквих која су прописана законом и која су неопходна у демократском друштву у интересу националне безбедности или јавне сигурности, ради спречавања нереда или криминала, ради заштите здравља или морала, или ради заштите права и слободе других. Овим се чланом не спречава законито ограничавање уживања ових права припадницима оружаних снага, полиције, или државне управе.

(3) P. van Dijk - G. J. H. van Hooft, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Dewenter-Boston, 1990, стр. 429.

(4) *Ibid.*, стр. 440.

Може се закључити да члан 11. Европске конвенције представља *lex specialis* у односу на чланове 9. и 10. Конвенције, а то и Европски суд у неколико својих пресуда потврђује. По том основу, ако се утврди кршење члана 11, Суд се није упуштао у разматрање да ли су прекршени чланови 9. или 10. Конвенције, који представљају одређену врсту *lex generalis* (5).

Досадашња јуриспруденција органа Европске конвенције у погледу слободе окупљања била је изразито мања у односу на поднете жалбе у вези са слободом удруживања која укључује и право на формирање синдиката. Када је реч о наведеном кршењу права на мирно окупљање, само је један случај изнет пред Суд, а овај је установио кршење права. Такође, поводом кршења члана 13. Конвенције, Суд је изнео неке закључке о слободи окупљања, о чему ће бити касније речи (6). У вези са слободом удруживања, пракса Суда је свакако богатија (7), иако је само у једном случају установио кршење (8).

I. ПРАВО НА МИРНО ОКУПЉАЊЕ

Као што је речено, до сада су Комисија и Суд пред собом имали релативно мали број поднетих представки поводом ове слободе, мада се с правом може рећи да је право на слободу мирног окупљања "основно право у демократском друштву и ... једно од темеља таквог друштва" (9). Изгледа да у високоразвијеним демократијама Запада нису имали много проблема у вези са злоупотребом и кршењем овог права, услед развијене дугогодишње праксе демонстрирања и окупљања. Пријемом земаља јужне и источне Европе (10) под окриље Европског савета, мислимо да ће јуриспруденција пред Комисијом и Судом добити замашан развој.

◀ Израз "окупљање", који значи сусретање с људима у размени мисли и мишљења, означава мање формалан скуп од "удруживања" (11), самим тим мање везан за различите врсте државних дозвола и ограничења.▶

◀ Прво се пред органима Конвенције поставља питање да ли је за мирно окупљање неопходно добијање претходне дозволе, односно одобрење државних власти. Комисија је сматрала да "услов да се добије

(5) Случај Young, James и Webster, пресуда од 13. августа 1981; Seria A, No. 44, стр. 23-24; случај Ezelin, пресуда од 26. априла 1991; Seria A, No. 202-A, стр. 17.

(6) *Ibid.*; случај Платформ "Arzte für das Leben", пресуда од 21. јуна 1988; Seria A, No. 139.

(7) То је био случај Young, James и Webster, поменута пресуда. Остали случајеви: Albert и Le compte, Seria A, No. 58; Engel и други, Seria A, No. 22; Le Compte, Van Leuven и De Meyere, Seria A, No. 43; Државни синдикат Белгијске полиције, Seria A, No. 20; Schmidt и Dahlstrom, Seria A, No. 21; Синдикат шведских машиновођа, Seria A, No. 20.

(8) Жалба 8191/78 *Rassemblement jurassien et Unite jurassien* против Швајцарске, D & R 17, 1980, стр. 93.

(9) Шпанија, Малта, Турска, Чешкословачка и Мађарска.

(10) D. Gomein, *Short Guide to European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 1991, стр. 88.

(11) Шалла 8191/79, *op. cit.*, стр. 93.

претходна дозвола не задира у ово право. Овакав поступак је у складу са захтевима члана 11. став 1, пре свега због тога да би власти биле у стању да осигурају миран катактер скупа..." (12).>

«Придев "мирне", у параграфу 1, такође ограничава оквир заштите, независно од ограничења датих у параграфу 2. члана 11. Конвенције. Уколико би заинтересовани органи власти имали разумне разлоге за веровање да планирано окупљање неће имати миран карактер, или ако је ово током окупљања постало очигледно, забрана или ограничење тог окупљања, у зависности од случаја, није у супротности са првим параграфом члана 11. Сходно томе, не треба се ослањати на други параграф у таквом случају (13).>

Комисија је, такође, испитивала случајеве забране демонстрација које имају општи карактер, а ослањају се на параграф 2. члан 11. Конвенције. У извештају у случају Грчка, Комисија је разматрала ограничења примењивана у Грчкој за време познатих догађаја пуковничке власти, у погледу јавног и приватног окупљања, као и оних која имају политички или неполитички карактер, те њихову усклађеност са параграфом 2. члана 11 (14). С обзиром на веома широка овлашћења која је закон давао властима, Комисија је закључила да власти нису могле да пронађу довољно разлога, по било ком основу, за ограничења наведена у тим законима. "Оквир слободне процене", који имају власти, био је прекорачен (15).

Суд је, такође, посебну пажњу посветио позитивним обавезама држава да пружи заштиту групама које користе право на мирно окупљање. У којој се мери, у односу на ову слободу, тражи од државе да обезбеди ефикасну примену права из Конвенције и које су то позитивне мере које је она дужна да изврши да би се ефикасно обезбедило право на мирно окупљање.

С тим у вези веома је интересантан случај удружења "Лекари за право на живот" (16), а односи се на прекид демонстрација које су одржавали лекари из овог удружења (иначе противника легализације абортуса) услед ометања контрадемонстраната. У овом случају аустријска влада је дала дозволу за одржавање демонстрација против абортуса

(12) P. van Dijk - G. J. H. van Hoof, *op. cit.*, стр. 429.

(13) Извештај од 5. новембра 1969, Yearbook XII; Случај Грчка 1969, стр. 1.

(14) Доктрина "оквира слободне процене" (*margin of appreciation*) посебан је појам који се искристалисао у пракси органа Конвенције, а којим се, у ствари, унутрашњим органима власти додељују извесна дискрециона права, у оквиру којих они сами могу одређивати која су то ограничења "неопходна у демократском друштву". Оквир слободне процене остављен је како законодавним, тако и осталим, а нарочито правосудним органима, држава уговорница. Наравно, када се појединачни случајеви нађу пред Европским судом, неминовно подлежу стандардизацији, што је и један од циљева адекватне примене Европске конвенције. О овој доктрини шире: Donnel T. A., *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Human Rights Quarterly, vol. 4, No. 4, стр. 474.

(15) Случај Platform "Arzte für das Leben", *op. cit.*

(16) *Ibid.*, стр. 8. Видети, *mutatis mutandis*, случај X и Y против Холандије, пресуда од 26. марта 1985, *Seria A*, No. 91, стр. 11, која се тичала наводног кршења члана 8. Конвенције и позитивних обавеза државе у вези са заштитом тог права.

на одређеном месту. Организација жалилац затражила је, потом, и добила одобрење да одржи демонстрације на месту мање погодном за контролисање масе. Власти су известиле организаторе да полиција можда неће бити у стању да пружи довољну заштиту од противдемонстраната, што се и догодило. Поводом овога, организатори су, између осталог, тврдили да је аустријска влада прекршила члан 11. Конвенције, због тога што није предузела одговарајуће мере да се демонстрације одрже без ометања.

Суд је установио да држава има обавезу да заштити групе које користе право на мирно окупљање следећим ставом:

”Демонстрације могу да узнемире или увреде особе које се противе идејама и захтевима демонстраната. Међутим, учесницима мора да буде омогућено да демонстрирају без страха од физичког насиља својих противника. Овакав страх могао би да одврати удружења или друге групе које подржавају заједничке идеје или интересе, од јавног изражавања својих мишљења о врло контроверзним питањима која имају утицај на заједницу. У демократији се право на противдемонстрације не може протегнути дотле да омета право на демонстрације.

Због тога се стварна слобода мирног окупљања не може свести на пуку обавезу државе да се не меша: овако чисто негативно схватање не би било у складу са предметом и сврхом члана 11. Као и члан 8. и члан 11. понекад изискује предузимање позитивних мера, ако је потребно и у односима између појединаца” (17).

Ипак, Суд у овој области државама даје могућност слободне процене, те у истој пресуди истиче: ”док, с једне стране, постоји дужност држава уговорница да предузму разумне и одговарајуће мере да би законите демонстрације мирно протекле, оне не могу то апсолутно гарантовати, мада имају на располагању широк избор средстава да овај циљ постигну. У овој области обавезе државе по члану 11. Конвенције односе се на мере које треба предузети, а не и на резултат који треба постићи” (18).

У описаном случају Суд је закључио ”да аустријске надлежне власти нису пропустиле да предузму разумне и одговарајуће мере” (19), пошто су послале ”стотину полицајаца на место сукоба да раздвоје демонстранте од противдемонстраната и да отклоне опасност од директног сукоба” (20).

Можемо закључити да су кроз своју праксу органи Конвенције увели да постоје велике практичне тешкоће у вези са јавним окупљањима. Допустили су држави слободу избора мера за отклањање тих тешкоћа, дозвољавајући јој да може увести и тзв. ”режим дозвола”. Чини нам се да је државама остављена превелика слобода у вези с ограничењем овог права и да ће даљи развој праксе, пре свега Европског суда за људска

(17) *Ibid.*, стр. 8.

(18) *Ibid.*, стр. 9.

(19) *Ibid.*, стр. 9.

(20) Жалба 250/57 Комунистичка партија Немачке против Савезне Републике Немачке, Yearbook I (1955-57), стр. 222.

права, у овој области свакако учинити извештај напредак, пре свега у погледу режима дозвола.

II. СЛОБОДА УДРУЖИВАЊА И ПРАВО НА ОБРАЗОВАЊЕ СИНДИКАТА

1. Ко може уживати заштиту из члана 11.

У члану 11. Конвенције изричито се наводи да право на удруживање у синдикате потпада под заштиту ове одредбе, без обзира на унутрашња законодавства држава потписница. За остале облике удруживања који нису изричито поменути у члану 11. Конвенције, изграђена је пракса Комисије и Суда. За политичке партије, на пример, у ставу Комисије поводом случаја КПД (21), изричито је наведено да потпадају под заштиту овог члана.

Комисија и Суд су усвојили мишљење да професионалне организације, које оснивају владе и којима се управља на основу примене јавног права, а чији циљ није само да заштите интересе чланова већ и извештај јавни интерес, не представљају "удружења" у смислу члана 11. С друге стране, сматра се да би се члан 11. применио ако би постојање такве јавноправне институције искључило добровољно удруживање колега у приватне професионалне организације. На почетку рада Комисија је сматрала да се члан 11. односи искључиво на "приватна удружења и синдикате" (22). Из њеног извештаја, у наведеном случају, критеријум за то шта је "приватни" карактер може се до извесне границе поставити на основу карактеристика наведених за "јавноправно удружење". Изгледа да подела на приватна и јавна удружења није привукла пажњу у многим случајевима у којима је чланство бивало обавезно. Тако, у случају обавезног чланства у Landbouwaschap, холандској јавној пољопривредној организацији, Комисија се задржала на општем запажању да ова организација представља део "разрађеног система за организовање ефикасног економског живота земље" и да тај изазовни систем организовања није у супротности са Конвенцијом (23). Међутим, студентска удружења не припадају ниједној од ове две категорије. У погледу приговора да се за чланство у посебном студентском удружењу захтева пријем на одређени универзитет, Комисија је усвојила гледиште да се такво удружење мора сматрати делом универзитета, државне институције, тако да члан 11. није могао бити применљив. Штавише, прикладнија би била аналогија са политичком партијом него са професионалним удружењем или синдикатом, посебно због тога што је и Комисија признала да је, када је реч о студентским удружењима, учешће студената у управљању универзитетом било регулисано и да је постојала могућност да то удружење може освојити политичку позицију (24).

(21) Случај Le Compté, Van Leuven и De meyer, извештај од 14. XII 1979. год., Seria A, No. 39, стр. 46; Пресуда од 13. VIII 1981. год., Seria A No. 44, стр. 21-22.

(22) Жалба 1068/61, X против Холандије, Yearbook V (1962), стр. 278.

(23) Жалба 6094/73, Удружење X против Шведске, D & R 9 (1978), стр. 5.

(24) *Ibid.*

У случају Young, James и Webster, у вези с једним од навода британске владе, Комисија је заузела став да израз "удруживање" претпоставља добровољно организовање ради заједничких циљева, а затим су у пракси Суд и Комисија применили ова два мерила "добровољне природе" и "заједничког циља". У одлуци поводом жалбе 6094/73, Комисија је дала следећу дефиницију "слободе удруживања": "Опште право грађана да без мешања државе приступају удружењима ради постизања различитих циљева" (25).

Може се закључити да ова слобода укључује свако добровољно удруживање неколико физичких и/или правних лица на одређено време, са датом институционализованом структуром и ради постизања заједничких циљева.

2. Права синдиката

а) Формирање синдиката

Комисија и Суд су, у својој пракси, у погледу права на образовање и приступање синдикатима прихватили дословно тумачење члана 11. Посебно је значајно да само у вези са синдикатом члан 11. спомиње право на формирање удружења. Мора се, међутим, имати у виду да то укључује слободу удруживања као такву. Према пракси Комисије и Суда, услови из овог члана задовољени су ако се синдикат може образовати и признати чланство у њему, а до сада нису прихваћени предлози да се испита ефикасност деловања неког одређеног синдиката у смислу заштите интереса самих чланова (26).

б) Обавезно чланство

Како члан 11. упућује на "право ... приступања синдикатима," поставља се питање да ли то у исто време подразумева заштиту од обавезног чланства. Ово је посебно значајно у погледу праксе обавезног чланства у синдикату, тзв. затворене радионице (closed shop). Из припремних радова (travaux préparatoires) члана 11, може се закључити да састављачи Конвенције нису имали намеру да забране такву праксу (27). Комисија је заступала становиште као и у једној својој одлуци: "Сам концепт слободе удруживања са другима такође укључује и слободу да се не удружиш са другима или да не приступиш синдикату" (28).

Ипак Комисија је сматрала да је жалба у овом случају очигледно неоснована, тако да није било одлуке по овом тумачењу члана 11. У неким каснијим случајевима, Комисија је окарактерисала овај проблем као врло комплексан и прихватила жалбе које се односе на обавезно чланство у професионалним организацијама или синдикатима (29).

(25) D. Gomein, *op. cit.*, стр. 93.

(26) Случај Young, James и Webster, *op. cit.*, стр. 21.

(27) Жалба 4072/69, X против Белгије, Yearbook XIII (1970), стр. 708.

(28) Нпр. Жалба 6878/75 Le compte против Белгије, Yearbook 20 (1977), стр. 254.

(29) Случај Young, James и Webster, *op. cit.*, стр. 21-26; види шире: P. O. Higgins,

У случају Young, James и Webster, питање обавезног чланства коначно је размотрено. Ова жалба се односи на отпуштање са посла подносилаца, на основу њиховог одбијања да се придруже синдикату. И Комисија и Суд су сматрали да припремни радови указују да нису пресудни за питање да ли је систем "затворене радионице" у супротности са чланом 11. Ипак, оба органа су избегла да дају генерално саопштење по питању усклађености система "затворене радње" са чланом 11, али су се ограничили на став да је члан 11. у овом случају прекршен из разлога што није постојао споразум о "затвореној радионици" између синдиката и те компаније у тренутку када су жалиоци засновали радни однос, већ је закључен после тога. По мишљењу Комисије, ова ситуација у сваком случају представља кршење слободе жалилаца да одлуче којем синдикату желе да се прикључе и да ли, евентуално, желе да формирају сопствени синдикат. На тај начин њихово отпуштање је представљало санкцију због употребе те слободе. Суд је оставио отворено питање да ли је обавезно чланство у синдикатима увек у супротности са чланом 11. На крају, Суд је изнео мишљење да се обавеза наметнута жалиоцима не би могла сматрати "неопходном у демократском друштву" у смислу параграфа 2 (30).

Може се рећи да пракса у Стразбургу још није достигла ниво по којем би се закључило да се генерално штити слобода неукључивања у удружења или синдикате (31). Ипак, важан помак у том правцу учињен је приближавањем члана 11. Конвенције и члана 20. Универзалне декларације, где је забрана обавезног чланства изричито укључена. У члану 8. Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, говори се, пак, о праву "придруживања синдикату по свом избору", а у члану 5. Европске социјалне повеље, реч је о "слободи ... приступања таквим организацијама".

в) Право на слободу удруживања у синдикате

У одлуци по жалби 4125/69, Комисија је, указујући на Конвенцију Међународне организације рада бр. 87, изнела становиште да се слобода удруживања у синдикате не односи само на несметано чланство, већ да застрашивање запосленог да би напустио своју функцију у синдикату може представљати задирање у ту слободу (32). У одлуци по жалби 11002/84, Комисија је мишљења да судска одлука којом се прекида уговор запосленог због његових активности у политичкој партији, представља мешање са уживањем права гарантованих овом одредбом. У овом случају, Комисија је закључила да је мешање у демократском друштву неопходно због заштите права других. С друге стране, држава мора да

Closed Shopp and the European Convention on Human Rights, The Human Rights Review, Vo. VI, No. 1, 1981, стр. 22-27.

(30) P. van Dijk - G. J. H. van Hoof, *op. cit.*, стр. 435.

(31) Жалба 4125/69, X против Ирске, Yearbook XIV (1971), стр. 198.

(32) Случај државног синдиката белгијске полиције, пресуда од 27. X 1975. год., Seria A, No. 19, стр. 18.

заштити појединца од злоупотреба удружења и наметања доминантне позиције. Такву злоупотребу може представљати избацивање из синдиката због прекршаја синдикалних правила, одлучан прогон због произвољних правила, или прављење изузетних тешкоћа том појединцу.

У принципу, право на формирање синдиката укључује, на пример, право синдиката да донесе сопствена правила, да управља својим пословима и да оснива синдикалне федерације. Таква синдикална права изричито су призната члановима 3. и 5. Конвенције 87. МОР, и у садашњем контексту морају бити узета у обзир. У складу с тим, одлуке синдиката у овим областима не смеју, у принципу, бити предмет ограничења и контроле од стране државе, осим на бази члана 11. став 2.

"У пракси Суда, у вези са синдикалном слободом, на основу речи "за заштиту њихових интереса," заузето је становиште да та формулација упућује чланове синдиката на синдикат који је у стању да задовољи њихове радничке интересе. Због тога је дужност власти да синдикатима у том смислу обезбеде довољан обим права. Члан 11. не обухвата и право синдиката за закључују колективне уговоре које би власти биле у обавези да подрже, већ само слободу да их закључе, а власти имају обавезу да помогну да им се то омогући" (33).

Мора се узети у обзир да се право на синдикалне слободе, посебно у МОР, развило у право које треба да поштују државе, без обзира на то да ли су обавезане уговором. Сходно томе, државе уговорнице имају обавезу коју не могу, једноставно се позивајући на члан 15. Конвенције, избећи.

3. Ограничења

Стразбуршки органи сматрају штрајк веома значајним, али не јединим средством синдиката да заштите своје интересе. Указујући на Евопску социјалну повељу, Суд је заузео став да право на штрајк, претпостављајући да је заштићено чланом 11, може у било којем случају бити предмет ограничавања од стране националног законодавства (34). Власти су у обавези да синдикатима обезбеде довољно простора да заштите интересе чланова удружених у синдикате, јер би, у супротном, синдикална слобода била илузорна, али је властима у великом степену препуштена одлука о средствима која ће у том циљу допустити синдикатима да употребе.

Посебно је значајно да стразбуршки органи често указују на друге међународне инструменте, као што су Конвенција МОР бр. 87, Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Европска социјална повеља и Универзална декларација о људским правима.

У члану 11(1) речи "за заштиту њихових интереса" граматички се односе искључиво на синдикалну слободу, а не на слободу удружења уопште. Ипак, и остала удружења основана искључиво ради унапређивања и заштите општих интереса, а имајући у виду потребу да слобода

(33) Случај Schmidt и Dalhstrom, пресуда од 6. II 1976, Seria A, No. 21, стр. 16.

(34) Случај Синдикат шведских машиновођа, пресуда од 6. II 1976. год., Seria A, No. 20, стр. 14.

удруживања не сме бити илузорна, имају право на одређен обим функционисања који ће им власти омогућити. Јасно је да члан 11. не гарантује да ће циљеви удружења бити спроведени, али напори у том циљу, као што је већ напоменуто, не смеју бити спутавани, осим по основу било којег ограничења наведеног у параграфу 2.

Из ове обавезе произлази однос према трећим лицима (*Drittwirkung*), садржан у формулацији "ради заштите права и слобода других". Суд је у почетку изричито оставио отвореним питање "примене, директне или индиректне, члана 11. на односе међу појединцима *strictu sensu*". Ипак, став Суда да Конвенција захтева ... да под условима који нису различити од оних постављених чланом 11, улажу напоре за заштиту интереса својих чланова, што у ствари указује на чињеницу да члан 11. садржи "дејство у односу на трећа лица" у индиректном смислу у облику обавезе за законодавство да омогући синдикатима, такође у односу на трећа лица, да уживају права и слободе прокламоване тим чланом (35).

Поред "уобичајених" рестрикција, параграф 2. члана 11. пружа могућност да, уз осврт на оружане снаге, припаднике полиције и администрацију, законске рестрикције могу бити примењене на уживање права из члана 11. Иако се највише жалби које је Суд испитивао односило на повреду члана 11, односно на припаднике полиције, државе администрације и војске, ова одредба није примењивана (36).

Упоредном анализом међународних инструмената, уочавају се значајне разлике у формулацији ограничења. Формулација у Међународном пакту о економским, социјалним и културним правима, у два одвојена параграфа јасно каже да могућност постављања ограничења за одређене категорије лица постоји само у односу на слободу удруживања, а не и окупљања, док Конвенција не прави разлику између две слободе у овом погледу. Штавише, Пакт овде апострофира искључиво припаднике оружаних снага и полиције, а не и запослене у државној администрацији обухваћене чланом 11(2) Конвенције. Следствено томе, према Пакту, ограничења за ове категорије у односу на право окупљања - а за запослене у администрацији и у односу на право удруживања - морају да се базирају на једном од изричито поменутих основа. У том погледу се, због тога, стриктније обавезе примењују на државе уговорнице које су истовремено и потписнице Пакта. Друга разлика у формулацији ограничења састоји се у томе да се у Пакту у оба члана говори о "интересу ... јавног реда (*Order public*)", док Конвенција као основ за ограничење наводи "спречавање нереда или криминала". Изгледа да је ова разлика без већег значаја. Без обзира на начин на који се концепт "*order public*" тумачи, изгледа да Пакт у целини не оставља мање простора националним властима за ограничење слобода од Конвенције, тако да ова разлика у формулацији нема последице за државе - потписнице Пакта.

Члан 22. Пакта у параграфу 3. садржи одредбу у којој стоји да ће за државе потписнице, које су и потписнице Конвенције 87, одредбе те

(35) Суд је упутио на одредбе своје пресуде од 8. VI 1976, случај *Engel*, *Seria A*, No. 22, стр. 23.

(36) *P. van Dijk - G. J. K. van Hoof, op. cit.*, стр. 440.

конвенције наставити да се примењују, без обзира на одредбу члана 22. Пакта. Исто се доноси и на члан 60. Конвенције. Раније је наведено да је ова конвенција МОП већ служила као смерница у судској пракси Стразбура. На крају, назначили бисмо да се синдикална слобода развила у право које морају поштовати, без обзира на постојање уговорне обавезе по овом питању, како чланице Европског савета, тако и чланице међународних организација у чијем су окриљу донети инструменти којима се оно штити.

(Примљено 15. VI 1992)

Mr Milan Paunović, Assistant at the Faculty of Law in Belgrade

INTERNATIONAL STANDARDS OF THE RIGHT TO FREEDOM OF PEACEABLE ASSEMBLING AND ASSOCIATING

Summary

The right to freedom of peaceable assembling and associating, including the right to form trade unions are elementary human rights which should be the basis of every democratic society. These freedoms are protected also by the European Human Rights Convention (article 11). On the ground of the Convention the European Commission and the European Human Rights Court have been established and their jurisdiction and relevant practice have developed some standards of protection of the above rights.

In the practice of the Commission and of the Court in several cases the issues have been elaborated of the degree of intervention by the State in protecting the right to peaceable assembling, namely of the regime of permission for all kinds of public meetings. Also dealt with was the issue of positive obligations of the State to provide the protection of the right to peaceable assembling. Both institutions found that the State had to take certain measures, especially in cases of counter-demonstrations endangering mentioned right.

Freedom of association, although traditionally a political right, is protected by article 11 of the Convention as a social right, because it expressly includes the right to join a trade union. Some answers were revealed through the above practice as to the subject of enjoying such protection and the basic trade union rights. Also relevant are the right to form a trade union organization and the functioning of the trade union as an association. Finally, the author discusses the issue of comparative analysis of international instruments serving to the Commission and the Court in their implementation of article 11, and more particularly the limits of these right - otherwise provided in paragraph 2 of mentioned article.

Key words: *Peaceable assembling. - Associating. - International standards.*

Milan Paunović, assistant à la Faculté de droit de Belgrade

NORMES INTERNATIONALES DU DROIT À LA LIBERTÉ DE RASSEMBLEMENT PACIFIQUE ET D'ASSOCIATION

Résumé

Le droit à la liberté de rassemblement pacifique et de l'association, y compris le droit à la création des syndicats, représentent les droits de l'homme élémentaires. Ces libertés

sont protégées aussi par la Convention européenne sur les droits de l'homme (art. 11). Conformément à la Convention européenne, ont été créés la Commission européenne et le Tribunal européen pour les droits de l'homme, qui a développé, à travers son activité, certaines normes de protection du droit à la liberté de rassemblement pacifique et d'association.

En ce qui concerne le rassemblement pacifique, dans la pratique de la Commission et du Tribunal, à travers plusieurs cas dont ils ont été saisis, on a traité les questions de savoir si et à quel point il faut autoriser l'ingérence de l'Etat lors de la protection de ce droit, c'est-à-dire la question de savoir si l'Etat peut appliquer le régime d'autorisation pour tous les types de rassemblement public. On a traité aussi la question des obligations en vigueur de l'Etat pour ce qui est d'assurer le droit au rassemblement pacifique, de sorte que les organes de la Convention ont conclu que, pour ce qui est de la protection de ce droit, l'Etat a l'obligation de prendre certaines mesures, notamment sur le plan du sabotage de ce droit pas les éventuels contremanifestants.

Le droit à l'association, bien qu'il soit avant tout un droit politique dans la classification traditionnelle des droits de l'homme, est protégé par l'article 11 de la Convention comme un droit social parce qu'il englobe explicitement le droit à l'association dans les syndicats. Analysant la pratique de la Commission et du Tribunal, l'auteur répond tout d'abord à la question de savoir qui peut jouir d'une telle protection, pour se pencher ensuite de plus près sur les attitudes de ces organes concernant les droits élémentaires des Syndicats. Dans ce contexte, une attention particulière est consacrée au droit à la formation des syndicats et au fonctionnement même des syndicats en tant qu'associations. Et enfin, l'auteur se penche aussi sur la question de l'analyse comparative des instruments internationaux qui ont servi de base à la Commission et au Tribunal dans l'édification de leur pratique sur le plan de l'application de l'article 1, et surtout sur le plan des limitations de ces droits, contenues dans l'al. 2. de cet article.

Mots clé: *Rassemblement pacifique. - Association. - Normes internationales.*

*мр Катарина Лазаревић,
асистент у Институту за криминолошка и социолошка истраживања
у Београду*

ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ У ЕВРОПСКОЈ ЕКОНОМСКОЈ ЗАЈЕДНИЦИ И ЈУГОСЛОВЕНСКОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

У овом чланку аутор расправља о праву конкуренције у Европској економској заједници и југословенском законодавству. Ова проблематика изложена је у два дела. У првом делу је краћи историјат развоја регулисања права конкуренције у југословенском правном систему, с констатацијом аутора да су ова правила експлицитно изражена тек 70-их година, са доношењем Закона о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума, а посебно преко Закона о трговини, донетог 1989 године.

Основна проблематика обрађена је у другом делу рада, где аутор компарира решења која се тичу конкурентске игре у праву Европске економске заједнице са решењима прихваћеним у Закону о трговини, а посебно она која се односе на монополистичко деловање, нелојалну конкуренцију, шпекулацију и ограничавање тржишта.

Закључак је аутора да Закон о трговини није најбољи начин прилагођен процесу либерализације својинских и привредних односа, који је већ узео маха у нашој земљи, и да у том погледу решења у праву Европске економске заједнице могу инспиративно деловати на хармонизацију домаћег права са европским стандардима. У систему Европске економске заједнице истакнута је и делотворнија улога праксе како извршног органа Заједнице - Комисије, тако и Суда правде.

Кључне речи: *Право Конкуренције. - Европска економска заједница. - Југословенско законодавство.*

И поред негативног тренда којим су у овом тренутку обележени економски и политички односи између Југославије и Европске економске заједнице, нужност међусобне повезаности и сарадње чини целисходним и пожељним упознавање и анализирање појединих области и целине правног система Европске заједнице и покушај њиховог укључивања у домаћи правни систем. Парцијални помак који су донеле предузете привредне реформе, ствара константну потребу да се економска политика Југославије још више ослони на аутоматске токове и механизам тржишне привреде и у први план истиче питање слободне конкуренције и њеног значаја у погледу нормалног функционисања привредног живота.

Систем правила конкуренције Европске економске заједнице не представља само једно од најзначајнијих питања функционисања јединственог европског тржишта, које данас чини окосницу индустријског и трговинског живота Заједнице, већ истовремено и опробани

модел чије познавање може користи сваком привредном субјекту, без обзира на земљу порекла, који претендује да продре на тржиште "дванаесторице", као и свим државама са амбицијом да прошире европско сазвежђе. Хормонизација домаћег правог система са европским стандардима и правилима, императив је који се мора испунити, али и да би се истовремено пружила гаранција стабилног пословања како домаћих тако и страних предузећа на југословенском тржишту. На тај начин могле би се успешније превазићи тешкоће у којима се нашла југословенска привреда и, уз настављање реформи у области својинских односа, пореског и кредитно-монетарног система, а нарочито система економских односа са иностранством, створити услове да, упркос бројним препрекама, наша привреда на прави начин иступи на европско и светско тржиште, а Југославија се у правој мери укључи у европске интегративне процесе.

Зато је циљ овог рада критички осврт на одредбе југословенског Закона о трговини, који регулише питања нелојалне конкуренције, те његова анализа у светлу правила европског права, која могу инспиративно деловати на домаћа решења, како би се наш правни систем, у мери у којој је то потребно и могуће, ускладио са правом Европске економске заједнице. Анализа ће се кретати у неколико праваца. Разматраће се како одредбе које се односе на поједине облике права конкуренције кроз развој нашег трговинског права, с посебним освртом на Закон о трговини, тако и њихово упоређивање са решењима прихваћеним у праву Европске економске заједнице

I. ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ КРОЗ РАЗВОЈ ЈУГОСЛОВЕНСКОГ ПРАВНОГ СИСТЕМА

1. Одређене норме из ове материје (иако се не могу идентификовати као целиовит систем права конкуренције), први пут су се појавиле у нашем законодавству још тридесетих година овог века у праву Краљевине Југославије. Наиме, Закон о сузбијању нелојалне утакмице, од 4. априла 1930. године, није садржавао одредбе о монополским споразумима и злоупотреби доминантног положаја на тржишту, већ је регулисао искључиво односе између еснафски уједињених произвођача и допуштао концентрацију, односно картелисање, уколико је оно било изведено у складу са нормама грађанског права (1). Тек касније, 1934. године, донета је Уредба о картелима, а 1936. године ова уредба је употпуњена и пратећим прописима: Правилником за извршење Уредбе, Правилником о начину регистровања картела, итд. Овим прописима картели су стављени под државну контролу и утврђено је у којим случајевима они угрожавају интересе народне привреде, народног благостања или јавног интереса.

2. У послератном периоду развоја права конкуренције могу се разликовати два периода. Први, који обједињује време од завршетка другог светског рата до успостављања радничког самоуправљања, обе-

(1) Више о развоју картелног права код Д. Аранђеловића, *О картелима са правне тачке гледишта*, Архив за правне и друштвене науке, бр. XV, 1/1941.

лежен је административним управљањем и на политичком и на економском и привредном плану. Руководећа улога државе кроз централне органе власти, улога предузећа као делова државног централизованог апарата, строги административни планови и државна својина, оправдали су се великим пустошењем које је рат оставио и неопходном контролом да би се земља и друштво обновили и изградили и убрзао привредни развој и успон. Тадашње тржиште, иако успостављено, није поседовало своју традиционалну улогу регулатора привредних токова, јер ни економски субјекти, као носиоци привредног живота, нису на њему наступили слободно и аутономно. Самим тим није ни било места постојању слободне конкуренције, што и објашњава одсуство било какве правне регулативе у овој материји.

Увођење радничког самоуправљања требало је да означи радикалне промене, нови период развоја овог правног система и да, истовремено, промовише промењено устројство и улогу предузећа као основних економских субјеката. Педесетих година присутни су релативно скромни напори у успостављењу правне регулативе у области права конкуренције (2). У овој области донесен је прво Закон о удруживању и пословној сарадњи у привреди ("Службени лист СФРЈ", бр. 28. из 1960. године) који је изричито забрањивао закључивање уговора о пословно-техничкој сарадњи, односно оснивању пословних удружења с циљевима супротним начелима јединственог привредног подручја, планског усмеравања привреде и начелима друштвено-економског система. Врло значајан за овај период је и Основни закон о регулисању пословних односа на тржишту ("Службени лист СФРЈ", бр. 30, из 1962. године), који се бавио споразумима закљученим у циљу постизања монополског или другог повлашћеног положаја; садржавао је, с једне стране, генералну клаузулу забране монополистичких споразума, али је предвиђао и могућност давања изузетака уколико би они имали повољне ефекте на привредни развој.

Напоменимо да је и савезни Устав из 1963. године први пут предвидео генералну клаузулу забране удруживања или спајања привредних организација и других делатности усмерених на спречавање или ограничавање слободне размене добара и услуга. Увођењем ове клаузуле у уставни систем, а тиме и у основна начела и изворе права, "скинут је вео заблуде да се конкуренција, а са њом и нелојална конкуренција, односно монополско споразумевање, везује само за капиталистичке друштвено-економске односе" (3).

3. Прекретницу у развоју југословенског права конкуренције означило је доношење Устава из 1974. године, који у свом члану 255. забрањује удруживање организација удруженог рада и сваку другу делатност и радњу организација и државних органа усмерене ка спречавању слободног кретања и удруживања рада и средстава и слободне размене робе и услуга, или на стварање монополског положаја на једин-

(2) Видети више у чланку А. Голдштајн, *Правни режим конкуренције, монопола и олигопола*, *Анали Правног факултета*, Београд, бр. 1/1961.

(3) Др З. Вајнер, *Онским проблемима конкуренције у привреди*, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, II, 1965, стр. 265..

ственом југословенском тржишту. Ово начело детаљније је разрадио Закон о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума ("Службени лист СФРЈ", бр. 24. из 1974. године). Како су доношењу овог закона претходила бројна, мање или више слична решења, парцијализована у појединим законима којима су регулисани односи у привреди, овај закон је покушај стварања модерног антимонополског права, прилагођеног односима у удруженом раду.

По својој концепцији овај закон је требало да представља савремени и ефикасан кодекс, и та два основна циља лако се препознају у његовим основним решењима. Наиме, присуством и препознавањем генералне клаузуле забране монополских споразума желела се обезбедити најшира заштита од дејства нелојалног понашања, с тим што је схваћена нужност релативне природе такве клаузуле јер је установљена могућност давања изузетка у одређеним случајевима предвиђеним било законом, било прописима донесеним на основу закона. Забрана је упућена пре свега организацијама удруженог рада, али и другим правним лицима која се баве привредном делатношћу, као и физичким која самостално обављају привредну делатност личним радом и сопственим средствима. На тај начин обезбеђено је да сви економски субјекти буду обухваћени овом клаузулом. За давање изузетака карактеристичан је дуалитет извора; они могу бити додељени или законом или путем самоуправних општих аката.

Први пут, у оквиру домаћег права конкуренције, овим законом предвиђена је и изричита забрана злоупотребе доминантног положаја организација удруженог рада, као и двоструке мере заштите ОУР-а, потрошача и општег интереса од монополског понашања - имовинско-правне и казненоправне, уз могућност примене и појединих управно-правних мера, односно кривичних санкција за поједина кривична дела против привреде и јединственог југословенског тржишта. Увођењем ових одреба Закон се приближио Европском моделу конкуренције који, за разлику од класичних теорија Адама Смита или Рикарда, не захтева ни режим "чисте" конкуренције, где су цене фиксиране неком врстом биолошког и органског развоја самог тржишта, независно од воље и понашања економских субјеката на њему, нити режим "савршене" конкуренције у којем је цена резултата потпуне информисаности сваког економског субјекта, већ превасходно гарантовање озбиљне заштите потрошача помоћу скупа правних правила која регулишу конкурентску игру.

Јако савремен и са прихватљивим решењима, овај закон је поседовао и одређене недостатке, пре свега непрецизно одређивање појма злоупотребе доминантног положаја, преопширност одредби о појединим облицима монополског споразумевања, итд. (4). Изгледа, ипак, да се највећи проблем и латентна мањкаваост југословенске регулативе права конкуренције није састојао у чињеници постојања или одсуства закона у овој материји, нити карактера усвојених одредби и решења, већ у недоследном поступку примене законских одредби у пракси од стране

(4) За детаљнију анализу овог закона консултовати докторску тезу Д. Црногорчевића, *Монополски споразуми и њихово сузбијање - Правни аспекти*, Београд 1980.

надлежних органа. Као што ћемо видети, овај проблем поставља се и у погледу важења и примене Закона о трговини који је заменио Закон о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума.

Овај закон није посвећен искључиво проблематици права конкуренције, већ се питање заштите слободне конкурентске утакмице регулише у оквиру шире проблематике везане за трговинска пословања. Одељак посвећен питањима конкуренције систематизован је после одредаба о правима и заштити потрошача и обухвата чланове 20. до 34. Закона о трговини.

II. ЕВРОПСКО ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ И РЕШЕЊА У ЗАКОНУ О ТРГОВИНИ

1. Пре него што почнемо анализу законских одредби, размотрићемо питање извора европског права конкуренције. Сложена пирамида европског правног система, на чијем се врху налази Уговор о оснивању Европске економске заједнице, која се постепено шири кроз активност Савета и Комисије, да би њена база коначно била утврђена пресудама Суда правде, лако се може идентификовати и када је реч о изворима права конкуренције (5). И у овој материји основни правни извор представљају чланови Римског уговора, чије су диспозиције упућене како економским субјектима - предузећима, тако и државама чланицама. Управо према дестинарима ових норми могу се разлучити две основне категорије правила. Најзначајније норме које се односе на привредне субјекте садржане су у члановима 85. и 86. Римског уговора. Члан 85. забрањује, под резервом одређених изузетака, договоре између предузећа, одлуке удружења предузећа и све облике договорених пракси које могу неповољно утицати на трговинску размену између држава чланица и укидати или смањивати постојећи степен конкуренције на заједничком тржишту, док члан 86. санкционише злоупотребу доминантног положаја од стране економских субјеката који своје привредне активности обављају на европском правном простору. Остали чланови Римског уговора, који се могу подвести под прву категорију, а то су чланови од 87. до 90, прецизирају одређени број, по важности наизглед секундарних питања, али која су са становишта правне оправданости морала истовремено бити регулисана, да примена два основна члана не би одмах наишла на тешкоће. То су питања надлежности Савета Заједнице у области доношења деривативних правних аката, надлежности држава чланица о одлучивању о допуштености договора између предузећа и заузимања доминантног положаја на тржишту, надлежности Комисије у односу на примену начела садржаних у члановима 85. и 86. и, најзад, могућности примене ових правила на јавна предузећа.

Иако врло једноставни, ови чланови представљају пивот једног сложеног механизма с циљем да учини што ефикаснијом конкуренцију и лојалну утакмицу између економских субјеката, те да је као такву очува, штитећи је од злоупотреба које је могу пољубљати. Ова правила,

(5) Више о изворима европског права у делу V. Louis, *L'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, collection: Perspectives européennes, 3ème édition, 1986.

међутим, остављају могућност да предузећа потпуно слободно обављају своје активности и тиме је, по нашем мишљењу, пронађена права равнотежа између потпуне аутономности економских субјеката на тржишту и минимума регулативе, која нужно мора постојати да би се избегла нелојална понашања. Узроци таквих понашања сагледани су у правом тренутку и у правој мери, па је Заједница успела да, упркос малом броју норми Римског уговора, створи релативно потпун систем, конкретизујући ове опште норме доношењем великог броја дериватних и појединачних правних аката.

Друга велика категорија норми упућена је државама чланицама Заједнице, и регулише питање дампиншких пракси и државних субвенција. Постојање ових диспозиција показује да је Заједница, већ у тренутку доношења Оснивачког уговора, била свесна чињенице да узроци повреде режима конкуренције могу бити различитог карактера. Опште опредељење држава чланица да поштују заједничка правила и тзв. принцип "економске правде", тј. равноправне могућности предузећа подвргнуте истим правилима конкуренције, није било довољна гаранција да би се сузбиле државне интервенције путем дампиншких пракси и субвенција. Директна контрола ових интервенција, установљена у корист органа Заједнице, била је велики али и неминовни уступак учињен од стране дванаест држава чланица које ни у овом тренутку, судећи по великом броју пресуда Суда правде, нису расположене да га испоштују. Општи принцип забране дампиншких пракси и државних субвенција, садржан у члановима 91. до 94. Римског уговора, коригован је заузврат могућношћу Комисије да и у овој области додељује изузетке.

Поменимо и још два секундарна, али подједнако важна, извора европског права конкуренције. Пре свега, органи Заједнице, Савет и Комисија, располажу нормалном надлежношћу на основу које доносе две категорије уредби (6). Прву групу представљају акти превасходно процедуралног карактера с прецизираним надлежностима, овлашћењима и санкцијама које органи Заједнице могу изрицати уколико утврде постојање повреде Римског уговора, док другу чине акти, односно директиве, материјалног карактера који уводе тзв. изузетке према категоријама, односно уклањају дејство генералне забране за поједине врсте, за привредни живот корисних договора. Основни и несумњиво најзначајнији текст процедурног карактера представља Уредба бр. 17. Савета Заједнице од 6. фебруара 1962. године, која регулише целокупну процедуру пред Комисијом Заједнице, а ова ступа у дејство када се установи повреда конкурентске игре.

Најзад, незаобилазно место у овом систему припада и Суду правде чија је активност у овој области била изузетно жива и то на више планова (7). Суд је у својим пресудама пре свега разграничио и дефинисао основне појмове присутне у овој материји, назначене у Римском уговору. Осим тога, Суд је обезбедио и јединствену интерпретацију

(6) О режиму дериватних извора европског права видети код Autexier Ch., *L' hétérogénéité du droit communautaire dérivé*, RIDC, 1982.

(7) О нормативном карактеру праксе Суда правде видети код Pescatore P., *La fonction normative de la jurisprudence*, Droit social, Paris, 1989.

текста Римског уговора, а тиме и његову униформну примену у свим државама чланицама.

2. Југословенски Закон о трговини ("Службени лист СФРЈ", бр. 46/89) у свом члану 20. предвиђа четири основна облика нарушавања конкуренције - монополистичко деловање, нелојалну конкуренцију, шпекулацију и ограничавање тржишта. Сваки од ових облика касније је обухваћен и дефинисан у посебном законском члану. Судећи по броју чланова који су му посвећени, може се закључити да најважнији облик повреде слободне конкуренције представља монополистичко деловање.

а) *Монополистичко деловање* може се појавити у два облика: као монополистички споразум и као монополистичко понашање.

Закон у члану 21. дефинише монополистички споразум као "споразум између два или више трговаца о условима пословања, који је усмерен на нарушавање или спречавање слободне конкуренције, а којим се један или више трговаца доводи или може довести у повлашћен положај у односу на друге трговце, предузећа, друга правна лица и потрошаче". Овај општи појам монополистичког споразума конкретизован је у одредбама члана 23. Закона, које под оваквим споразумима нарочито подразумевају: споразум о подели тржишта у погледу куповине или продаје робе; споразум којим се продавац обавезује да одређену робу неће продати другом купцу или којим се купац обавезује да ће купљену робу продати само на одређеном тржишту или одређеним купцима; споразум о ценама; споразум о ограничавању обима производње или коришћења капацитета итд. Закон даље предвиђа изузетке за оне споразуме који за свој предмет имају размену искуства и студија, заједничко истраживање или сервирање робе итд., уз услов да немају за циљ постизање монополистичког или другог повлашћеног положаја. Овакво законско решење је сасвим разумљиво, будући да је реч о споразумима којима се жели унапредити производња или дистрибуција производа учесника у споразуму и чији циљ није ограничавање слободе осталих економских субјеката на тржишту.

Насупрот оваквим решењима, европско право, у члановима 85. и 86. Оснивачког уговора који се односе на предузећа, предвиђа само два облика антиконкурентног понашања - споразуме и злоупотребе доминантног положаја (8). Текст члана 85. забрањује *de jure i de facto* три појавна облика споразумевања између предузећа: договоре, договорне праксе и одлуке удружења предузећа. Што се договара између предузећа тиче, санкционисани су пре свега писмени, правно обавезујући договори, али исто тако и они чије је постојање не може доказивати неким формалним правним актом, али који никако немају апстрактан карактер, већ су конкретизовани ефективним понашањем предузећа на тржишту. У сваком случају, очигледно је постојање два елемента која суштински одређују појам договора. Први елемент је материјалне природе и огледа се у практичном понашању предузећа на тржишту и ефектима тог понашања, док је други интелектуалне природе и представља намеру, анимус или заједничку жељу да се понашања ускладе и

(8) Видети код Schapira J., G. le Tallec, J. B. Baise, *Droit européen des affaires*, Paris, PUF, 1990.

делују истовремено. У вези с одлукама удружења, пракса Комисије и Суда правде утврдила је да овај појам обухвата одлуке највиших органа различитих облика вољног удруживања економских субјеката, који своју активност обављају унутар заједничког тржишта. Та одлука мора бити донесена искључиво у делокругу надлежности највишег органа таквог удружења, јер је обавезна снага, коју она у случају прекорачења овлашћења губи, та која приморава предузећа чланове на антиконкурентско понашање. Заједничко обележје договора и одлука удружења предузећа огледа се у томе да одлука не мора обавезно претпостављати и писани акт из којег за чланове удружења произлазе одређене обавезе, већ карактер одлуке може попримити и обична препорука или било које друго понашање највишег органа удружења, којим се члановима, макар и на најдискретнији начин, сугерише колективна акција или координира њихово понашање на тржишту. Што се договорних пракси тиче, пресуде Суда правде и одлуке Комисије Европске заједнице у овој материји обухватају велики број различитих активности, чија је заједничка карактеристика да је увек било речи о дисциплинованом понашању већег броја предузећа, на коју су она добровољно пристала, чак и у одсуству писменог договора или било које друге манифестације воље којима би се јасно изразила жеља за правним обавезивањем. Та понашања огледала би се у координацији комерцијалних стратегија, али добровољно предузетој, јер само идентично понашање више предузећа без сагласности њихових воља није довољно да би се прибегло примени члана 85. Римског уговора (9).

Иако садржи само основна опредељења, Римски уговор показује у односу на домаћи закон једну значајну предност - он изричито забрањује оваква нелојална понашања и као санкцију утврђује апсолутну ништавост са ретроактивним дејством, док то наш закон предвиђа само за таксативно набројане примере монополистичких споразума, наведене у члану 23. став 1. Иначе, што се самих споразума тиче, решења оба права показују доста сличности, иако у домаћем праву није извршена диференцијација на споразуме, договорне праксе и одлуке удружења предузећа. Међутим, сматрамо да то није велики недостатак нашег права јер, као што смо то већ истакли, реч је само о различитим видовима, у суштини истог, антиконкурентског понашања, који производе идентичне последице на тржишту. Добро решење представља и већ наведена листа примера монополистичких споразума из члана 23. Закона о трговини, јер такво решење, прихваћено и у члану 85. Римског уговора, усмерава рад контролних органа и помаже им у препознавању споразума подобних да буду проглашени монополистичким и у њиховом санкционисању.

Ситуација је сложенија у погледу дефинисања монополистичког понашања. Закон, наиме, не дефинише само монополистичко понашање, већ га пре свега поистовећује са злоупотребом доминантног положаја и радњама усмереним на стварање и коришћење монополистичког положаја. Зако не забрањује само постојање доминантног по-

(9) О појму споразума код Cavalada Ch., Parléani G., Droit communautaire des affaires, Litec, Paris, 1988.

ложаја, баш као што то не чини ни европско право, и чак га врло јасно одређује прописујући, у члану 24, да се под "доминантним положајем на тржишту из члана 21. став 3. овог закона подразумева положај трговца чији је удео на тржишту Југославије за одређену робу већи од 40%. Овакав, чисто објективни начин одређивања доминантног положаја, свакако представља предност у односу на европско право у којем је, због одсуства прецизног дефинисања у тексту Римског уговора, терет прецизирања пренесен на Комисију и Суд правде. Комисија Европске заједнице је, анализирајући проблем доминантног положаја, највише пажње посветила управо могућности независног понашања предузећа на таквом положају. То илуструје и пресуда *Continental Can* од 9. децембра 1971. године, у којој је истакнуто да: "предузећа заузимају доминантни положај када имају могућност независног понашања која их ставља у позицију да реагују не узимајући у обзир понашање конкурената, купаца или снабдевача; исто тако и када, на основу свог дела тржишта, а у вези, нарочито, са располагањем техничким знањем, сировинама и капиталом, она имају могућност да одређују цене или контролишу производњу или дистрибуцију значајног дела производње у питању; та могућност не мора нужно произлазити из апсолутне доминације која дозвољава предузећу које је поседује да елиминише било какву слободу својих економских партнера, већ је довољно да је она, посматрајући укупно стање, довољно снажна да тим предузећима обезбеди општу независност у односу на њихове конкуренте" (10). Став Суда правде био је по овом питању нешто другачији и више се, при дефинисању, ослањао на чињеницу да предузећа на доминантном положају имају могућност стварања препрека ефективної конкуренцији. Његова пресуда у случају *United Brands* од 14. фебруара 1978. године, прецизира да: "доминантни положај представља позицију економске моћи коју држи једно предузеће и које му даје могућност да ствара препреке у одржању једне ефективне конкуренције на тржишту у питању, као и да се независно понаша у односу на конкуренте, своје клијенте и, најзад, финалне потрошаче" (11).

Наш закон, дакле, санкционише само злоупотребу доминантног положаја под којом се у смислу члана 25. нарочито сматра "ускраћивање продаје или продаја робе, односно куповина робе на начин противан добрим пословним обичајима ради остваривања имовинске користи или других погодности". Међутим, једну тако важну појаву Закон не издваја у шири појам монополистичког понашања, заједно са радњом усмереном на стварање и коришћење монополистичког положаја из члана 26, односно радњама које "омогућавају материјалну корист и друге погодности засноване на неравноправним односима у пословању, коришћењем преимућства на начин који је противан добрим пословним обичајима", а нарочито коришћењем посебних погодности при увозу робе или закључивању уговора о увозу по цени вишој од берзанске цене.

(10) *Arret Continental Can*, Journal officiel des Communautes europeennes, L 7 од 8. јануара 1972.

(11) *Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautes europeennes*, стр. 207, 1978.

Поставља се питање да ли је целисходно изједначавати ова два феномена, поготово због чињенице да доминантни положај и монопол нису синоними, већ два одвојена и специфична појма. У европском праву, предузеће које заузима доминантни положај на тржишту не мора истовремено имати и монопол над производњом, дистрибуцијом, увозом или извозом појединих производа. Изгледа да је законодавац ипак имао на уму ову разлику, јер примери дати у члану 26. (коришћење посебних погодности при увозу робе - ослобађање или смањење увозних дажбина увећавањем трговинских трошкова увоза робе и трошкова на велико или на мало, ради стицања противправне имовинске користи; закључивање уговора о увозу робе по цени вишој од берзанске цене), јасно показују да је реч о економским субјектима који уживају одређене бенефиције. По нашем мишљењу, ову разлику требало је јасније истаћи, третирајући доминантни положај и његову злоупотребу као посебан облик повреде слободне конкуренције, али исто тако посветити пажњу и монополима и другим предузећима, уживаоцима посебних бенефиција, чија понашања такође могу шкодити слободним кретањима на тржишту.

б) Питање целисходности издвајања четири облика нарушавања конкуренције у Закону о трговини, нарочито се поставља у делу који регулише други вид - *нелојалну конкуренцију*. Закон је у члану 30. дефинише као: радњу трговца која је противна добрим пословним обичајима и којом се наноси или може нанети штета другом трговцу, другом правном лицу или потрошачу”, а затим у члану 31. исцрпно наводи листу примера оваквог понашања, па се, тако, под нелојалном конкуренцијом нарочито подразумева: рекламирање, оглашавање или нуђење робе навођењем података или употребом израза којима се ствара или може створити забуна на тржишту, чиме се одређени трговац може довести у повољнији положај; покривање мана робе или довођење, на други начин купца у заблуду; неоправдано неизвршавање или једнострано раскидање купопродајног или другог трговинског уговора ради закључења истог или сличног уговора са другим, чиме се наноси или може нанети штета сауговорачу, итд.

Међутим, зар споразуми између предузећа и злоупотребе доминантног положај нису, такође, противни добрим пословним обичајима и подједнако штетни по слободну конкуренцију, као нпр. стварање забуне на тржишту, оглашавање привидне распродаје, итд. Можда је Закон требало да општи појам нелојалне конкуренције употреби као појам који ће у себи обухватити све остале облике, укључујући и понашања прописана у члану 31, или можда да за њих употреби термин “несавесно пословање”, јер је углавном реч о понашањима трговаца, која наносе штету потрошачима, а не другим предузећима.

У европском праву не употребљава се негативно одређење појма конкуренције, односно не говори се о нелојалној конкуренцији, јер се сматра да је то општи појам који обухвата како договоре и злоупотребе доминантног положаја, тако и понашања држава која утичу на ефективну конкуренцију на заједничком тржишту. Појам конкуренције у овом правном систему користи се приликом одређивања циљева закључивања договора, односно заузимања доминантног положаја и последица

које оне производе на заједничком тржишту (12). Наиме, члан 85. забрањује договоре чији су циљ или последице спречавање, ограничавање или нарушавање конкурентске игре на тржишту. Циљ договора не би се могао поистоветити с намером предузећа која учествује у договору, већ мора бити реално изражен и постојати у клаузулама договора или одлуци удружења предузећа. Органи Заједнице покушавају да објективним посматрањем установе да ли се оправдано може очекивати да ће договори или понашање предузећа на доминантном положају утицати на постојећу конкуренцију. Одређивање последица нелојалног понашања у пракси, изискује посматрање сваког конкретног случаја, али то за органе Заједнице не представља непремостиви проблем, јер су ове две компоненте - циљ и последица, постављене у алтернацији, значи довољно је постојање само једне од њих па да се активира процедура за њихово уклањање. Органи заједнице најпре ће помно анализирати текст договора, па тек ако у њему не пронађу јасно одређени циљ, покушаће да путем праћења аномалија на тржишту установе њихове последице, уз обавезу да докажу постојање каузалне везе између рестрикција конкуренције и циљева или последица договора у питању.

Можда би појам конкуренције, приликом дефинисања рестриктивних понашања економских субјеката у домаћем праву, требало користити на овакав начин, јер изгледа да би тиме он добио своју праву садржину и при позитивном одређењу значио нормалну економску утакмицу у складу са добрим пословним обичајима, а у свом негативном одређењу обухватао све облике рестриктивног понашања, чиме би се избегло нецелисходно издвајање нелојалне конкуренције у посебан облик повреде.

в) Појам трећег облика повреде конкурентске игре - *шпекулације*, одређен је у члану 32. по којем: "шпекулација је коришћење стања на тржишту ради стицања неосноване имовинске користи, изазивање поремећаја на тржишту и у снабдевању или неправдао повећање цена". Као и приликом одређивања осталих облика повреде конкуренције, Закон овде, примера ради, наводи поједине облике таквог понашања - прикривање робе, условљавање куповине једне робе куповином друге, закључивање фиктивних уговора, итд. Основно је питање, ако се има у виду оваква законска формулација, која су предузећа, односно економски субјекти, у стању да на овакав начин нарушавају правилно функционисање тржишта. Намеће се претпоставка да то могу бити, у редовним приликама, односно ако на кретања на тржишту не делују неки спољни фактори, она предузећа која заузимају доминантни положај на њему. Како другачије објаснити могућност да трговац, нпр., не уговара рок испоруке или испоручује робу после уговореног рока, по цени вишој од оне која је важила на дан испоруке, осим претпоставком да такав трговац заузима положај на тржишту који у потпуности елиминише или знатно смањује ефективну конкуренцију и тиме му омогућује да сам диктира услове пословања и одвијања трговине. Зато се и намеће основно питање - да ли је потребно овај вид издвајати у посебан облик повреде конку-

(12) Више о појму конкуренције код Goldman B., Lyon-Cean A., *Droit commercial européen*, 4eme édition, Paris, 1983.

ренције, или је целисходније уврстити га у појам доминантног положаја и тако оформљену целину издвојити у посебан облик нарушавања конкуренције.

г) Најзад, како последњи, четврти, облик нарушавања конкуренције, Закон предвиђа *ограничавање тржишта*, и у члану 33. га дефинише као: "општи или појединачни правни акт или радња органа друштвено-политичке заједнице, трговца, предузећа и другог правног лица којима се, противно Уставу и закону, ограничава слободна размена робе и слободно наступање на тржишту или на други начин нарушава конкуренција". У члану 34. прецизирано је да се радњама прописаним у члану 33. нарочито сматрају она понашања или акти којима се трговац доводи у неравноправан положај тиме што му се онемогућава ширење продајне мреже, продаја робе или се присиљава на продају која није у складу са његовом пословном политиком. Овај облик је, чини нам се, најнепрецизније одређен, из неколико разлога. Пре свега, ограничавање тржишта је последица антиконкурентског понашања а не само понашања, па није добро ова два појма поистовећивати. Европско право посматра тржиште као економски и привредни простор који има троструку функцију (13). Оно је, с једне стране, средство за остваривање што тешње економске везе између земаља чланица, али и услов који се мора испунити да би се остварила економска и политичка интеграција. У односу на право конкуренције, заједничко тржиште се враћа на класичну функцију коју тржишта имају у свим западноевропским привредама и постаје - како механизам који омогућује правилно функционисање тржишне економије, тако и поље на којем се показују све неправилности и на тај начин важан индикатор за органе Заједнице у њиховој борби против нелојалног понашања.

Истовремено, у домаћем праву, у дефиницију појма ограничавања тржишта укључују се и сви остали начини нарушавања конкуренције, па је врло тешко уочити диферентни спецификум овог појма. Уколико имамо у виду примере оваквих аката и радњи које сам Закон наводи, чини се да је у ствари реч о актима и радњама, с једне стране, државних органа који су на основу својих овлашћења у могућности да утичу на рад привредних субјеката, нпр., државни органи који издају дозволе за отварање производних или трговинских објеката а, са друге стране, акти самих економских субјеката, али искључиво оних који на основу свог повлашћеног положаја на тржишту могу утицати на рад и пословање осталих привредних субјеката. Утисак је да се и ово нелогично издвајање врло једноставно може избећи проширивањем наведених законских дефиниција, на тај начин што би се у њих укључило и ограничавање тржишта као логична последица понашања која представљају нарушавање конкурентске игре.

3. Завршавајући ову кратку анализу, можемо закључити да домаћи систем у регулисању права конкуренције у односу на право Европске економске заједнице показује одређене недостатке, али и одређене

(13) О функцијама заједничког тржишта код Mettelaer A., *Le marché unique européen*, Jupiter, 1990 i Gaillard E., Carreau D., Lee W., *Le marché unique européen*, Pedone, 1989.

предности. Овде ћемо се задржати на две најопштије, али и веома карактеристичне напомене. Пре свега, има се утисак да наш Закон о трговини није на најбољи начин прилагођен процесу либерализације својинских и привредних односа који је већ узео маха у нашој земљи. На овакву констатацију наводи чињеница да Закон не прави разлику између одредаба упућених приватним предузећима, односно трговцима у правом смислу те речи, и оних с утицајем који држава и њени органи, а преко њих и државна предузећа, могу имати на слободну конкуренцију. Сматрамо да је ово диференцирање нужно спровести, издвојити законске одредбе које ће се односити на јавна предузећа, државне монополе и остале субјекте под утицајем државних органа, као и све остале начине државног мешања у природне тржишне токове и привредни живот, као што су, нпр., државне помоћи, и ставити их под ригорозну контролу. Јер, с обзиром на садашњу структуру и снагу државног сектора у Југославији, као и на постојећи диспаритет између јавног и приватног сектора, понашања привредних субјеката на које држава посредно или непосредно врши утицај могу врло штетно утицати на одвијање конкуретске игре, али истовремено и кочити сам процес либерализације привредног живота. Европа је на време учинила опасност постојања и утицаја мешања државе у тржишну економију и на прави начин реаговала, строго санкционишући такве појаве. Установљени систем показао се као врло успешан, па би могао да буде употребљен као опробани модел за наше домаће законодавство (14).

Друга општа констатација односи се на сам начин регулисања. Имајући у виду систем извора европског права уопште, и систем права конкуренције чини нам се ближим англосаксонском прецедентном правном систему јер, ако апстрахујемо одредбе Римског уговора, које представљају само оквир за рад органа Заједнице, пракса Суда правде и Комисије и њихове пресуде и одлуке су те којима се заиста ствара овај правни систем.

С друге стране, југословенска регулатива не показује посебне специфичности у односу на класични континентални тип правних система. Детаљно законско регулисање представља предност нарочито у погледу веће правне сигурности како субјеката на које се законске норме односе, тако и у погледу органа који по тим нормама поступају. Међутим, као што смо већ истакли, право конкуренције Европске економске заједнице је изузетно сложено, облици повреда слободне утакмице између економских субјеката су многобројни, а стално су присутни нови скривенији и компликованији облици нелојалног понашања, па прецизно дефинисање и круте дефиниције могу довести и до тога да многе повреде конкурентске игре не буду санкционисане управо зато што је немогуће прецизним дефинисањем обухватити све њихове видове. Зато би, можда, било најцелесходније извршити комбинацију ова два

(14) Више о односу европског правног система са националним системима држава чланица у делима: Pescatore P., *L'application du droit communautaire dans les Etats membres*, Cour de justice, rencontre judiciaire et universitaire, 1976. i Berlin D., *L'adaptation du régime juridique des entreprises publiques aux normes internationales et européennes*, RTDE, 1983, стр. 233.

система, пратити и уочавати основне карактеристике повреда слободне конкуренције, у закон уврстити само опште и шире дефиниције ових појава које као такве захтевају конкретизацију и прецизирање које би у оваквом комбинованом систему вршили контролни и судски органи.

(Примљено 31. V 1992)

Mr Katarina Lazarević, Assistant at the Institute for Criminological and Sociological Studies, Belgrade

THE COMPETITION LAW IN THE EUROPEAN ECONOMIC COMMUNITY AND IN YUGOSLAV LEGISLATION

Summary

The topic discussed is divided in two parts, the first containing summary developments of regulation of competition law in Yugoslav legal system. relevant rules were explicately expressed only in the seventies through the enactment of the Law on Restraining Unfair Competition and Monopolistic Agreements and the Law on Commerce, of 1989.

Basic issues are elaborated in the second part of the article containing also comparasions of solutions relating to competition game in the law of the EEC and the ones found in mentioned LAW on Commerce, and more particularly the solutions in the spheres of monopoly activities, unfair competition, speculations and restrictions of the market.

The author concludes that the above Law does not meet all the requirements of the liberalization process going on in the area of ownership in our country. In this respect the rulaers of the EEC may be inspiring for the harmonization of domestic law along the European standards.

Relating to the above discussion is also the positive role of practice in the system of the EEC, both of the executive agency, i.e. the Commission, and of the Court of Justice.

Key words: *The law of competition. - European Economic Community. - Yugoslav legislation.*

Katarina Lazarević, assistante à l'Institut de recheechers criminelles et sociologiques de Belgrade

LE DROIT À LA CONCURRENCE DANS LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE ET DANS LA LÉGISLATION YUGOLSAVE

Résumé

Dans son article, l'auteur traite le droit à la concurrence dans la Communauté européenne et dans la législation yougoslave. Ces problèmes sont exposés en deux parties. Dans la première partie, l'auteur présente une brève revue historique de l'évolution du règlement du droit à la concurrence dans le système juridique yougoslave, tout en constatant que ces règlements n'ont été énoncés explicitement que dans les années 70, dans la Loi sur lutte contre la cncurrence non loyale et les accordes de monopole, et surtout dans la Loi sur le commerce de 1989.

Les principaux problèmes sont traités dans la deuxième partie de la loi, dans laquelle l'auteur compare les solutions qui traitent au lieu de concurrence dans le droit de la Communauté européenne aux solutions adoptées dans la Loi sur le commerce et notamment à celles qui traitent aux activités de monopole, à la concurrence non loyale, à la spéculation et à la limitation du marché.

L'auteur conclut que la Loi sur le commerce n'est pas tout à fait adaptée au processus de la libéralisation des rapports de propriété et économiques déjà largement en cours dans notre pays et que sur ce plan, les solutions contenues dans le droit de la Communauté économique européenne peuvent servir d'inspiration pour l'homologation du droit national yougoslave aux normes européennes. Dans le système de la Communauté économique européenne on souligne aussi un rôle plus actif de la pratique aussi bien de l'organe exécutif de la Communauté - de la Commission, que du Tribunal de justice.

Mots clé: *Droit à la concurrence. - Communauté économique européenne. - Législation yougoslave.*

мр Небојша Јовановић,
асистент Правног факултета у Београду

ПОСЕБНИ РАЗЛОЗИ ОСЛОБАЂАЊА ОД ОДГОВОРНОСТИ РЕЧНОГ ПРЕВОЗИОЦА РОБЕ - СЛУЧАЈЕВИ ПОСЕБНИХ ОПАСНОСТИ

Да би се ослободио од одговорности за губитак или оштећење терета речни бродар треба да докаже да није крив за штету. То може да учини и позивањем на речним правом регулисане посебне разлоге: смештај терета на палуби брода, превоз терета у пломбираним складиштима, недостаци амбалаже, природна осетљивост терета на превоз, превоз животиња и укрцај, искрцај и неправилно слегање терета на брод од стране корисника превоза. Због посебних опасности које у овим случајевима прете терету, речно право их назива "случајеви посебних опасности" и успоставља бродару лакши терет њиховог доказивања.

Кључне речи: *Ослобођење бродара од одговорности. - Речни превозилац. - Случајеви посебних опасности.*

ПОЈАМ

Речни превозилац одговара за штету коју је проузроковао кориснику превоза губитком или оштећењем робе или закашњењем у превозу, ако не успе да докаже да су они настали "из узрока који нису могли да се спрече нити отклоне пажњом уредног бродара". Овом одредбом је наш Закон о поморској и унутрашњој пловидби од 1977. год. (чл. 553) усвојио решење женевског Нацрта конвенције о уговору о превозу робе у унутрашњој пловидби из 1959. год. (у даљем тексту: Нацрт женевских правила, чл. 12), по којем се уговорна одговорност речног бродара за заштиту на терету или услед закашњења заснива на његовој претпостављеној кривици. То значи да бродар мора да докаже да није крив за штету ако жели да се ослободи од одговорности.

Међутим, поред непостојања кривице бродара, као општег разлога ослобођења од одговорности, на шта се он увек може позивати, право речне пловидбе регулише и неколико посебних разлога (1). Поред нашег, њих предвиђа и аустријско, италијанско и чешкословачко право (2).

(1) Чл. 557. Закона о поморској и унутрашњој пловидби (у даљем тексту: ЗОПВП); Чл. 16. Нацрта Конвенције Уједињених нација о уговору о превозу робе у унутрашњој пловидби донетом у Женеви 1959. год. (у даљем тексту: Нацрта женевских правила).

(2) Надворник Борислав, *Основе саобраћајног права*, Осиек, 1978, стр. 195.

Посебни разлози ослобађања од одговорности су правне чињенице које, када превозилац докаже да су оне вероватан узрок штете на терету, стварају обориву претпоставку његове неодговорности.

ОСОБИНЕ

Посебни ослобађајући разлози се називају "посебним" из више разлога. Објашњењем назива објасниће им се особине и границе примене.

Најпре, на њих возар може да се позове само у циљу ослобађања од одговорности за штету на терету. Они по својој природи не могу да доведу до ослобађања од одговорности за штету услед закашњења. Губитак, мањак или оштећење остављају на терету видљив траг. На основу тог трага, као последице, могуће је утврдити њихов узрок. Тај узрок је често околност коју закон предвиђа као посебан ослобађајући разлог. Насупрот томе, закашњење не оставља видљив траг на терету, па се не може на исти начин утврђивати могућни узрок штете (3). Тако, на пример, штета у виду изгубљене добити корисника због пада цена на тржишту места одредишта до којег је дошло за време закашњења, не одражава се на терету, те се његовим испитивањем не може утврђивати узрок закашњења. Али, оштећење терета превоженог на палуби услед временских промена током превоза је видљиво, па се узрок штете може лако претпоставити.

Ако је закашњење проузроковало и неке штете на терету, онда се по једним ауторима возар може позвати на ове ослобађајуће разлоге (4), а по другима не (5). Чини се да је исправније друго схватање, јер би у супротном возар за стицање штета могао лакше да се ослободи од одговорности него за поједине штете. Значи, у таквом случају, за штете узроковане закашњењем бродар се може ослободити од одговорности само ако докаже општи ослобађајући разлог, а то значи да није крив, без позивања на посебне разлоге. Примера ради, ако се лако кварљив терет превожен на палуби услед закашњења поквари, превозилац ће се ослободити од одговорности само ако докаже да није крив за закашњење. Чињеница да је терет превожен на палуби није правно значајна, те се на њу, као посебан ослобађајући разлог, возар не може позивати, јер да није било закашњења терет се не би ни покварио.

Надаље, ови разлози не постоје у свим гранама превоза, као што је то случај са општим ослобађајућим разлозима као што су виша сила, радња корисника превоза и природна својства или сопствене мане робе. Посебни ослобађајући разлози су настали у железничком превозу као последица монополског положаја железнице. Одатле су се проширили на друмски превоз (6). Они не постоје у поморском и ваздушном превозу.

(3) Јакаша Бранко, *Систем шловидбеног права*, књ. 3, св. 2, Загреб, 1983. год., стр.101.

(4) *Исто*.

(5) Васиљевић Мирко, *Одговорност железнице у домаћем и међународном превозу робе*, Београд, 1987. год., стр. 114.

(6) Јакаша Б., *op. cit.*, стр. 100..

зу. Кроз њих се испољава утицај копненог саобраћајног права на речни превоз.

Најзад, посебан разлог је појединачна чињеница на коју се речни превозицац може позивати само када је заиста постојала током превоза. За разлику од непостојања кривице које може да се истиче увек, за сваку штету насталу у току било ког путовања, на посебан разлог се може позивати само када је заиста постојао у току оног путовања на којем је наступио губитак или оштећење робе.

Право речне пловидбе као посебне ослобађајуће разлоге предвиђа одређене чињенице које често узрокују губитак или оштећење терета у речном саобраћају. Може се рећи да су они типични узроци штете на терету у речном превозу. Међутим, битно је да све оне искључују кривицу превозиоца за штету, а да је њихов штетни утицај готово немогуће потпуно отклонити у току превоза. Све оне стварају посебне опасности које превазилазе уобичајене ризике којима је терет изложен у превозу. Зато се те чињенице често зову "случајеви посебних опасности" (7).

Свакако да и такве посебне опасности у току превоза возар треба да сноси у оквиру свог професионалног ризика. Било би неправично да се преваљују на терет корисника превоза. Међутим, како је превозиоцу који није крив врло тешко да пружи непосредан доказ да су посебни разлози стварни узрок штете, право речне пловидбе олакшава терет њиховог доказивања. Остала правила превозиочеве уговорне одговорности за губитак или оштећење терета остају иста. Зато се они често зову "повлашћени" (привилеговани) ослобађајући разлози (8).

Да би се ослободио од одговорности возар треба да:

- докаже постојање одређеног случаја посебних опасности у току путовања на којем је дошло до губитка или оштећења терета; могуће је да доказује постојање и више њих кумулативно (9),

- учини вероватном узрочну везу између тог случаја и штете на терету, што цени суд према слободном уверењу.

Није потребно да се суд увери (убеди) да је посебан разлог стварни узрок штете. Ипак, потребно је да превозицац докаже да је односни случај, заиста, у датим околностима, могао да проузрокује штету на терету. Није довољно да докаже само теоријску (уопштену) могућност узрочне везе, већ стварну (конкретну) (10). Доказивањем теоријске могућности не може да се суду учини вероватном узрочна веза (11), па тиме не може доћи до ослобађања од одговорности. Нацрт Женевских правила захтева (чл. 16. ст. 2) да се има у виду "чињенично стање", што значи околности конкретног, а не било ког случаја.

Ако возар успе у овом доказивању, претпоставља се да је повлашћени разлог стварни узрок штете и да он није одговоран за губитак или

(7) Јакаша Б., *op. cit.*, стр. 100.

(8) Васиљевић М., *op. cit.*, стр. 114.

(9) Антонијевић Зоран, *Одговорност транспортних предузећа по уговору о превозу робе*, Београд, 1958, стр. 51.

(10) Исто; супротно, Јакаша Б., *op. cit.*, стр. 100.

(11) Познић Боривоје, *Грађанско процесно право*, Београд, 1989, стр. 240.

оштећење. Закон о пловидби то изричито предвиђа, истичући да: "бродар унутрашње пловидбе не одговара за штету на терету ако учини вероватним да је штета могла настати због... (подвукао аутор)", (чл. 557. ст. 1) (12).

Међутим, ова претпоставка је оборива (13). Корисник превоза може, у принципу, подношењем доказа о противном, да је обори и опет изазове превозиочеву одговорност. Он обарање може да учини на два начина:

- доказом стварног узрока штете за који превозилац одговара (позитиван доказ),

- доказом да штету на терету није могао да изазове случај посебних опасности на који се превозилац позива (негативан доказ).

У поморском превозу постоје тзв. изузети случајеви као ослобађајући разлози (14). Међутим, поморски бродар мора да пружи непосредан доказ о постојању узрочне везе са штетом на терету (15). Речни превозилац суду треба да пружи само индицију (посредан доказ) узрочне везе. То је знатно лакши доказни терет, због нижег степена доказаности чињења суду вероватном одређене чињенице од уверења о њеном постојању (16).

Очигледно је да се путем института повлашћених ослобађајућих разлога битно ублажава превозиочева одговорност за штету на терету. Ублажава се јер су повлашћени разлози, а по закону је превозиоцу знатно олакшан терет њиховог доказивања, па тиме и ослобађања од одговорности. У томе је њихов правни значај.

ПОДЕЛА

Посебни ослобађајући разлози могу, према чињеницама за које се везују, да се поделе на три групе:

- 1) посебни разлози у вези с бродом
- 2) посебни разлози у вези с теретом
- 3) посебни разлози у вези с радњом корисника превоза.

Братиславски споразум о општим условима превоза робе на Дунаву (чл. 54, ст. 3. тач. а-д) од 1955. год. предвиђа скоро исте ослобађајуће разлоге као и Закон о пловидби и Нацрт женевских правила, али није јасно да ли они стварају повлашћени режим одговорности возара. Како су Братиславски споразуми уговорне природе, њихов режим ослобођења од одговорности бродара је уговорни, а не законски.

(12) Правилу истог смисла има и Нацрт Женевских правила (чл. 16. ст. 2).

(13) Чл. 557. ст. 2. ЗОПУП; чл. 16. ст. 2. Нацрта женевских правила.

(14) Чл. 556. ЗОПУП; чл. 4. ст. 2. Конвенција о изједначењу неких правила у материји теретнице из 1924. год.

(15) Јакаша Ђ., *оп. cit.*, стр. 100.

(16) Познић Ђ., *оп. cit.*, стр. 240-242.

1) Повлашћени разлози у вези с бродом

Заједничка особина ових ослобађајућих разлога је да садрже посебне ризике због места смештаја терета на броду током превоза. То место може бити на палуби брода или под њом, у бродским складиштима. Зато у ову групу спадају: 1) превоз робе на палуби брода и 2) превоз робе у пломбираним складиштима.

Смештај терета на палуби брода. - Палуба је горња хоризонтална површина којом је покривена утроба брода. Она није намењена за смештај терета због повећаних опасности његовог оштећења и могућности поремећаја стабилности брода (17).

Отуда Закон о пловидби забрањује бродару смештај терета на палуби (чл. 475). Изузетно, бродар има право да смести терет на палуби само када је то уобичајено, с обзиром на врсту терета, а када није, само уз пристанак крцатеља у писменој форми.

Поморски обичаји ретко дозвољавају превоз терета на палуби (18) због велике изложености опасностима мора. Међутим, у речном саобраћају је, због мањих опасности, уобичајено да се многи терети превозе на палуби, као што су дрво, песак, шљунак и слично. Поред тога, уобичајен је превоз отвореним бродовима. То су бродови који су по својој конструкцији без палубе. И брод са платненим кровом сматра се отвореним (19).

Због овог обичаја речно право установљава повлашћени ослобађајући разлог од одговорности возара за губитак или оштећење терета које је настало због посебних опасности у вези с његовим смештајем на палуби, али само ако је такав начин слагања уговорен и наведен у превозној исправи (20). Посебне опасности које прете палубном терету су, првенствено, временске непогоде (нпр. киша, град, снег, мраз, врућина, таласи, ветар, и др.). У њих спадају и радње трећих лица за које превозилац не одговара (крађа, бацање камена са моста и друго) (21).

Терет доказивања овог ослобађајућег разлога регулисан је истим правилима којима су регулисани остали посебни разлози (22). Зато је потребно да се испуне следећи услови да би се возар ослободио од одговорности по основу овог разлога:

- да је смештај терета на палуби уговорен и наведен у превозној исправи. У осталим случајевима када је превозилац обичајима овлашћен да превози терет на палуби, овај ослобађајући разлог не дејствује. Чак и када је крцатељ дао писмени пристанак, превозилац нема право да се позове на овај разлог ако то није наведено у превозној исправи. Правно није значајно да ли је издата теретница или товарни дист, јер обе исправе имају према кориснику исту доказну снагу. Како оне за кори-

(17) Јакаша Б., *Систем...*, књ. 3, св. 1, стр. 170.

(18) *Исто*.

(19) Антонијевић З., *оп. cit.*, стр. 105.

(20) Чл. 557. ст. 1, тач. 1. ЗОПУП; чл. 16. ст. 1, тач. а) Нацрта.

(21) Васиљевић М., *оп. cit.*, стр. 115.

(22) У копненом превозу постоји сличан ослобађајући разлог - "превоз отвореним колима", чл. 68. Закона о уговорима о превозу у железничком саобраћају од 1974. год.

сника стварају само обориву претпоставку о истинитости својих навода, он може да доказује да није уговорен овакав начин превоза терета. Тиме превозиоца лишава да се повлашћено ослободи од одговорности (23);

- да је превозилац доказао да је терет заиста у току превоза био смештен на палуби. Ако је терет био смештен под палубом бродара не може да се позове на овај посебан разлог, јер није могуће да је он узрок штете, без обзира што је уговорен превоз терета на палуби брода и што је то наведено у превозној исправи (24);

- да је превозилац доказао да су у току превоза наступиле нарочите опасности због смештаја терета на палуби. Ако таквих опасности није било, превозилац нема право да се позива на овај ослобађајући разлог, иако је терет био сложен на палуби;

- да је превозилац доказао да је штета на терету такве природе да одговара штетама које обично настају услед посебних опасности при палубном превозу. Примера ради, ако је на палуби превожена хигроскопска роба (нпр. вештачко ђубриво) по сувом и топлом времену, бродар не може да се позива на овај разлог за потпуну пропаст терета услед влаге. Међутим, бродар не треба да докаже постојање узрочне везе, већ само њену могућност.

Ако су сви услови испуњени, успоставља се претпоставка да је штета заиста настала због посебних ризика који прете палубном терету.

Превоз терета у пломбираном складишту брода. - Друго место смештаја терета у току речног превоза је складиште брода под његовом палубом. У складишту је роба добро заштићена од атмосферских утицаја. Ако дође до оштећења возар одговара по општим правилима уговорне одговорности за губитак или оштећење терета.

Међутим, ако је складиште пломбирано (запечаћено) током превоза, возар ће се ослободити од одговорности ако успе да учини вероватним да је терет баш због тога претрпео штету. Услов је да је складиште пломбирало крцатељ и да је пломба неоштећена у часу предаје кориснику. Тиме речно право уводи нови ослобађајући разлог који не постоји у другим саобраћајним гранама (25). Једино се у друмском саобраћајном праву помиње могућност ослобађања од одговорности за штету на терету који је превожен у возилима са специјалном заштитном опремом (нпр. хладњача), ако превозилац докаже да је предузео све мере одржавања и функционисања опреме које је у датим околностима био дужан да предузме (26). Међутим, није јасно да ли је ово заиста повлашћен ослобађајући разлог друмског превозиоца.

Циљ овог правила је да речном превозиоцу омогући лакше ослобађање од одговорности за штету на терету у случају када он није смео да због пломбираних складишта дође у непосредан додир са теретом. Услед тога, имао је ограничене могућности предузимања мера заштите

(23) Јакаша Б., *Систем...*, књ. 3., св. 2, стр. 102

(24) Васиљевић М., *ор.сцт.*, стр. 116.

(25) Чл. 557, ст. 1. т. 4. ЗОПУП; чл. 16. ст. 1. т. д) Нацрта.

(26) Чл. 96, ст. 1, т. 2. Закона о уговорима о превозу у друмском саобраћају од 1974. год.; чл. 18. ст. 4. Женевске конвенције о уговору за међународни превоз робе друмом из 1955. год.

и чувања терета. Зато возар не може да одговора за штете које нису могле да се спрече или отклоне мерама које је био овлашћен и могао да предузме према терету, јер није могао да дође у непосредан додир са теретом и спречи квар (27). Међутим, превозилац и његови помоћници су дужни да уредно врше све мере које су у могућности да предузимају ради очувања робе у пломбираним складиштима. Дужни су, примера ради, да по врућем дану стакло поливају водом пломбиране танкове нафте, како би се спречило њихово прегревање и експлозија, да одржавају прописану температуру у хладњацима и сл.

Ако је, пак, штета на терету у пломбираном складишту настала због лошег слагања које је извршио возар, овај разлог не дејствује. Терет доказивања лошег слагања сноси корисник (28).

Услов да се примени овај ослобађајући разлог је да је пломбе ставио "крцатељ", односно "пошиљалац". Међутим, исто дејство наступа када је складиште запечатио сам наручилац који није крцатељ, па и прималац, ако је он различито лице од наручиоца или крцатеља (29).

Под складиштем треба да се подразумевају не само складишта за смештај чврстог терета, већ и танкови за превоз течног терета. "Предаја примаоцу" јесте предаја самог складишта, а не и робе која се у њему налази (30). Ово зато што се возар у овом случају обавезао да чува складиште и неповредивост њихових пломби, а не саму робу која се у њему налази. Ако су пломбе оштећене на крају превозног пута, превозилац одговара по општим правилима уговорне одговорности за штету на терету. Тада се претпоставља да је крив за штету.

2) Повлашћени разлози у вези с теретом

Друга група повлашћених ослобађајућих разлога обухвата чињенице које због посебних особина терета или његовог паковања стварају повећану опасност губитка или оштећења у нормалним условима одвијања речног превоза. То су: 1) недостаци амбалаже, 2) природна осетљивост терета и 3) посебна осетљивост "живих животиња" (31).

Недостаци амбалаже. - Крцатељ је дужан да обезбеди такву амбалажу (паковање) која ће терет заштитити од уобичајених ризика у току превоза. Зато штету коју терет претрпи услед тога што је превожен без амбалаже, или у слабој амбалажи, сноси корисник превоза јер је сам за то крив. Како кривица корисника (крцатеља) искључује превозиочеву кривицу, превозилац се може ослободити од одговорности у овом случају и позивањем на општи разлог - непостојање кривице.

(27) Слично, Јакаша Б., *op. cit.*, стр. 104.

(28) Исто.

(29) Исто.

(30) Исто.

(31) Примедба аутора: ЗОПУП користи израз "живе животиње", мада је он у нашем језику логички неисправан, јер кад се каже "животиња" подразумева се да је жива. Наш израз за мртву животињу је "стрвина", те би зато требало да имамо више смисла за превођење израза страних језика на којима се састављају конвенције.

Речно право, међутим, предвиђа у овом случају и повлашћен ослобађајући разлог "ако је штета настала због помањкања или слабог стања амбалаже за терет који је по својој природи подложен растуру или оштећењу, ако није никако или је лоше пакован" (32). Слично правило садржи железничко и друмско право.

У циљу ослобођења од одговорности по основу овог правила довољно је да речни превозицац учини вероватном узрочну везу између недостатка амбалаже и штете на терету. Да би у томе успео, потребно је да докаже:

1) да је предмет превоза терет који је по својој природи подложен растуру или оштећењу у нормалним условима превоза, па зато "захтева" одговарајућу амбалажу. Ако је реч о терету који је отпоран на уобичајене ризике у речном превозу, те се обично превози без икакве амбалаже (нпр. дрво, шљунак, песак, цигле...), возар нема право да се позива на овај ослобађајући разлог. Иако се у правним изворима помињу "природна својства" робе, ово правило би могло аналогично да се примени и на штету која је настала због мана робе која није имала одговарајућу амбалажу (33);

2) да је роба превожена без икакве амбалаже или у слабој амбалажи. У Закону о пловидби и Нацрту женевских правила овај услов се у истој норми два пута помиње, што је непотребно, због таутологије. Није било потребно предвиђати као услов да терет "није никако или је лоше пакован", после одређења да је могући узрок штете "помањкање или слабо стање амбалаже", јер је то исто. Сматра се да је амбалажа слабог стања онда када она према околностима случаја није могла да заштити терет од уобичајенох превозних ризика. И када амбалажа одговара прописима, обичајима или уговору, возар би могао да се позива на овај разлог ако је она била слаба да заштити терет у конкретном случају. Само када амбалажа у свему одговара условима из возаревих тарифа, возар не може да се користи овим разлогом. У грађанском праву одговорни уговорник не може да дође у бољи положај онда када је други уговорник поступио по његовим захтевима, па је услед тога претрпео штету (34). Сматра се да је амбалажа мањкава и да су ознаке на терету на њој лоше или недовољне (35);

3) да штета коју је терет претрпео у конкретном случају превоза одговара оној штети која обично настаје на терету такве врсте кад се превози без амбалаже или у слабој амбалажи. На овај начин се доказује вероватност узрочне везе између овог ослобађајућег разлога и штете. Примера ради, ако су катодне цеви за телевизор превожене у обичним картонским кутијама без стиропорских заштитних уметака и ознака о начину руковања теретом, лако је претпоставити да је њихов лом изазвала лоша амбалажа. Није потребно да бродар доказује постојање неких "нарочитих" опасности. У ствари, уобичајени превозни ризици се прет-

(32) Чл. 557. ст. 1. т. 2. ЗОПУП; чл. 16, ст. 1, т. б) Нацрта.

(33) Јакаша Б., *оп. cit.*, стр. 102.

(34) *Исто*, стр. 103.

(35) *Исто*.

варају у нарочите опасности када се терет, који је по својој природи изложен растуру или оштећењу, превози без одговарајуће амбалаже која би га заштитила. То су, на пример, следеће опасности: штета услед утовара, претовара или истовара, штета од атмосферских утицаја, штета због растурања, цурења, ломљења, труљења и сл. (36).

Услед мањкаве амбалаже штету може да претрпи не само терет који се у њој превози, већ и терет неког другог корисника (трећег лица). Питање је ко у таквом случају одговара трећем лицу: бродар по правилу уговорне одговорности, или крцатељ по правилима о деликтној одговорности. Закон о пловидби садржи норму (чл. 471) која одређује да је "наручилац одговоран бродару за причињену штету лицима, бродару, терету, околини и за све друге штете и трошкове проузроковане мањкавим стањем амбалаже". Посредно се закључује да је бродар првенствено одговоран корисницима за штету на терету, али да он има право на регрес према наручиоцу (крцатељу) терета са мањкавом амбалажом која је узрок штете. Исто решење је предвидео и Закон о облигационим односима (чл. 658).

Бродар је дужан да крцатеља упозори на недостатке амбалаже које је уочио или морао уочити. Уколико то није учинио, па је зато настала штета на терету, биће одговоран за њу и неће моћи да се позива на овај разлог (37).

Природна осетљивост терета. - Постоје одређене врсте робе које су због својих природних својстава нарочито подложне оштећењу или губитку. Оне су по својој природи осетљиве на свако руковање, а посебно на превоз. Као последица природне осетљивости терета у току превоза могу да се јаве штете услед лома, разбијања, рђања, труљења, сушења, цурења, нормалног растура или деловања инсекта или глодара и др. Како је готово немогуће да се спрече такве штете у редовним условима одвијања речног саобраћаја, речно право предвиђа један повлашћен ослобађајући разлог који се своди на природну осетљивост терета на превоз.

Наш закон о пловидби зато предвиђа да речни бродар не одговара за штету на терету ако учини вероватним да је она могла настати због природе робе која је по својим својствима нарочито подложна оштећењу, мањку или губитку, а нарочито због лома, рђања, труљења, сушења, цурења, нормалног растура или деловања глодара (чл. 557, ст. 1, тач. 5). Узроци и облици штета (лом, рђање...) набројани су само примера ради. Норма је преузета из Нацрта женевских правила (чл. 16, ст. 1, тач. е). Исти ослобађајући разлог постоји и у железничком и друмском праву (38).

(36) Васиљевић М., *оп. cit.*, стр. 119.

(37) Надворник Б., *оп. cit.*, стр. 191.

(38) "Ако је роба која се превози по природи лако ломљива (нпр. цреп) претпоставља се да је штета у превозу из тога својства произашла. Терет доказа да је до штете дошло из неких других разлога, а не својства робе, пада на оштећенога, а не превозиоца". Види пресуду ВПС Србије Пж. бр. 1156/90 од 30. В 1991. год., "Привредно правни приручник", Београд, 1991. год., бр. 1-2, стр. 89-90.

Да би се возар ослободио од одговорности по повлашћеном основу потребно је да докаже:

- да је терет по својим природним својствима нарочито подложен оштећењу, мању или губитку, односно да је природно осетљив на превозе. Тиме бродар доказује посебну опасност у превозу. Такав терет је подложнији уобичајеним ризицима речног превоза од других врста терета. То је нпр. брашно, со, млеко, разни нафтни деривати и слично, што суд цени у сваком конкретном случају. Највећи ризик је, свакако, природа саме робе, али ризик може да потиче и од самог брода, стања у којем се терет налази (јер брод и терет у добром стању су мање опасни од оних који су у лошем), амбалаже и др (39). Закон овде не помиње мане терета, тако да се на њих овај разлог не односи.

- да штета не терету у конкретном случају одговара оној која обично настаје током превоза због његове природне осетљивости. Примера ради, ако је током превоза дошло до разбијања појединих табли, може да се претпостави да је узрок штете кртоост као природно својство стакла. Овим се доказује вероватност узрочне везе између природног својства терета и штете коју је претрпео.

Ако је услед природног својства терета једног крцатеља, штета настала на терету другог крцатеља, Закон о пловидби предвиђа исто правило као и за случај одговорности за штету услед мањкавог стања амбалаже: "Наручилац је одговоран бродару за причињену штету лицима, броду, терету, околини и за све друге штете и трошкове проузроковане природним својствима и стањем терета, ако бродару та својства и стање нису били, нити су морали да буду познати" (чл. 428). Значи да је првенствено бродар дужан да исплати одштету оштећеном кориснику, а потом има право регреса према наручиоцу. Нацрт женевских правила не регулише ово питање.

Повлашћени разлог природне осетљивости терета сличан је разлогу недостатка амбалаже. Разлика је у томе што се први односе на сам терет и његова природна својства (а не мане), а други на паковање терета, и то на мане паковања. Могуће је да се оба разлога стекну у истом случају штете на терету, тако да речном броду буде још лакше доказати терет. Ипак, овом повлашћеном разлогу је најближи институт "транспортног кала" (40).

Посебна осетљивост животиња. - Једна врста природно осетљивих ствари јесу животиње. Отуда посебне опасности због природне осетљивости терета, као повлашћеног разлога, обухватају и посебне опасности у превозу животиња.

Међутим, Закон о пловидби (чл. 557, ст. 1. тач. 6) предвиђа да речни превозилац не одговара за штету на терету "ако учини вероватним да је она могла настати због превоза живих животиња". На тај начин се у речно право уводи нов повлашћени ослобађајући разлог. Исти разлог постоји у железничком и друмском праву.

(39) Јакаша Б., *оп. cit.*, стр. 105.

(40) Васиљевић М., *оп. cit.*, стр. 105.

Како се у нашем праву животиње сматрају стварним, није било потребе да Закон о пловидби посебно регулише овај повлашћени разлог. Возар би могао да се на исти начин, уз исти доказни терет ослободи од одговорности и по основу разлога природне осетљивости терета. Грешка је вероватно настала у дословном поштовању одредаба Нацрта женеvских правила при изрази закона у овом питању. Међутим, овај разлог је, у циљу уједначавања речног права, оправдано предвиђен у Нацрту женеvских правила, јер се у неким западноевропским земљама животиње не сматрају робом (стварима) (41). Без ове норме у Женевским правилима, у тим земљама возари не би могли да се повлашћено ослободе од одговорности у превозу животиња.

Услови које возар треба да испуни да би се по овом основу ослободио од одговорности исти су као и код других повлашћених разлога. Најпре је потребно да докаже да су предмет превоза биле животиње. Није значајно да ли су дивље или домаће и које су врсте (42). Такође, потребно је да возар учини вероватном узрочну везу између штете и неке нарочите опасности својствене превозу ове врсте терета. То ће успети ако пружи доказ да штета на терету у конкретном случају одговара штети која обично настаје услед остварења посебне опасности. Посебне опасности у превозу животиња су, примера ради, опасност од угинућа, обољења, слабљења и исцрпљивања животиња, од телесних повреда узрокованих посртањем, ударом о пвило, међусобним ударањем, убадањем или уједањем и слично (43).

Ако возар ово докаже, претпоставља се да су посебне опасности стварни узрок штете, тако да се он ослобађа од одговорности. Корисник може да доказује супротно и да претпоставку обара. Ако је, на пример, до угинућа превожене стоке дошло услед ударања и гажења, корисник може да каже да је за узнемиравање крив бродар (44).

Очигледно је да превоз животиња ствара за право противречне захтеве. С једне стране, због нарочитих опасности, ничим скривљених од превозиоца, које је немогуће потпуно отклонити, потребно је да му се омогући блажи режим одговорности. С друге стране, пошто постоји знатно већа могућност оштећења него код превоза других терета, од превозиоца се може захтевати да предузме нарочите мере чувања терета (нпр. да животиње редовно храни, поји, чисти, ветеринарски прегледа и негује током превоза и др.) (45). Зато се ова дужност уговором често преваљује на корисника превоза, тако што се обавезује да сам обезбеди пратњу животињама.

(41) Исто, стр. 128.

(42) Исто.

(43) Јакаша Б., *op. cit.*, стр. 106.

(44) Антонијевић З., *op. cit.*, стр. 106.

(45) Јакаша Б., *op. cit.*, стр. 106.

3) *Повлашћени разлози у вези са радњама корисника - укрцај, искрцај и неправилно слагање од стране корисника*

Опште правило облигационог права је да сваки субјект сноси штету коју себи проузрокује ("случај шкоди кога згоди") (46). Отуда, ако корисник превоза својим радњама проузрокује штету на терету, везар се ослобађа од одговорности јер за њу није крив.

Међутим, Закон о пловидби (чл. 557, ст. 1, тач. 31) и Нацрт женевских правила (чл. 16, ст. 1, тач. 2) одређују да везар не одговара за штету на терету "ако учини вероватним да је штета могла настати због... укрцаја од стране крцатеља или искрцаја од стране примаоца". Тиме се успоставља посебан ослобађајући разлог који обухвата само укрцај као посебно опасне радње корисника. Иако у Закону и Нацрту није изричито поменуто крцатељево неправилно слагање терета, у теорији се сматра да је и та радња обухваћена овим разлогом (47).

Да би се по овом основу превозилац ослободио од одговорности довољно је да докаже да је укрцај извршио крцатељ или да је искрцај извршио прималац и да учини вероватним да је том приликом могла да настане штета на терету. На основу тога се претпоставља да је овај повлашћен разлог стварни узрок штете, те се бродар ослобађа од одговорности. За примену ове норме битно је да је корисник извршио укрцај или искрцај, а не да ли је био дужан да га изврши (48).

Међутим, питање је да ли предвиђање овог ослобађајућег разлога има смисла када се има у виду норма о трајању уговорне одговорности превозиоца за губитак или оштећење терета. Превозилац одговара за губитак или оштећење терета од пријема робе на превоз до предаје овлашћеном примаоцу. Уколико крцатељ укрцава робу, бродар је прима на превоз после извршеног укрцаја. Уколико искрцај врши прималац, бродар му терет предаје пре искрцаја. Отуда су ове радње ван времена трајања превозиочеве одговорности за робу за коју је иначе предвиђен институт повлашћених ослобађајућих разлога (49). На њих би требало да се примењују општа правила облигационог права. Поред тога, за утврђивање штета на терету пре укрцаја служи институт бродаревог прегледа и примедби у превозној исправи. Исто важи и за искрцај. Ако искрцај врши прималац, претходно се врши предаја терета. При предаји се најпре утврђује стање терета, за шта важе посебне норме. Зато до примене овог ослобађајућег разлога тешко може да дође, тако да норма која га предвиђа има мало практичног значаја (50).

Неправилно слагање терета на броду које је извршио крцатељ као посебан ослобађајући разлог има, међутим, смисла. Слагање терета, иако саставни део операције укрцаја, може да се врши и после пријема терета на превоз. Сем тога, штета услед неправилног слагања обично

(46) Валтазар Богишић, *Општи имовински законик за Црну Гору*, "Изабрана дела", (прерадио Младеновић др Марко), Београд, 1986. год.

(47) Јакаша Б., *op. cit.*, стр. 103.

(48) *Исто*, стр. 104.

(49) Васиљевић М., *op. cit.*, стр. 122.

(50) Јакаша Б., *op. cit.*, стр. 104.

настаје после пријема на превоз - током пловидбе. Бродар може да се ослободи од одговорности ако докаже да је неправилно слагање вероватни узрок штете. Има мишљења да бродар треба да докаже само да је слагање вероватно било неправилно, а не да је стварно било такво (51).

Превозилац, међутим, не може да се позива на овај разлог уколико се докаже да је знао или морао знати да је крцатељ неправилно сложио робу, па га на то није упозорио. Сматра се да је био несавестан, а по облигационом праву нико се не може користити сопственом несавешношћу ("*Nemo auditur quam ipse turpitudinem alegans*").

(Примљено 13. IV 1992)

Mr Nebojša Jovanović, Assistant-Trainee at the Faculty of Law in Belgrade

SPECIAL GROUNDS FOR EXEMPTION FROM LIABILITY OF CARRIER OF GOODS IN RIVER TRANSPORT IN CASES OF EXCEPTIONAL DANGER

Summary

The law of river transport is created under the influence of maritime law, which applies to the issue of liability of the shipper for loss or damage to the goods, too. However, as far as the issue of exemption from liability is concerned, the influence of rail-road transport is rather visible, particularly in the institute of special grounds for exemption from liability. Relating to the facts of relevance, there are three groups of these grounds: (i) special grounds relating to ship: placing the goods on deck and carrying the cargo leaden-sealed compartments of the ship; (ii) special grounds connected with cargo: shortcomings of packing material, natural susceptibility to carriage, special susceptibility of animals, and (iii) special grounds connected to actions of the user: embarkation, disembarkation and inadequate arranging of cargo. In all these cases there is a danger of increased risk for the cargo in course of carriage, which remains outside the possibilities of the carrier who is unable to eliminate completely ensuing consequences. This is why the law of river transport provides in cases of exceptional danger a favourable procedure in bringing evidence on the part of the shipper. It suffices for him, namely, in order to be exempted from liability, to prove to the court that such danger was the cause of damage to cargo. It is not necessary for him to persuade the court that these special grounds did really cause damage. However, special susceptibility of animals is unnecessarily specified here as the ground for exemption, since it is already included in natural susceptibility of things. In addition, the grounds of embarkation or disembarkation of cargo on the part of the user of carriage is unnecessarily provided, since these acts fall outside the time limits otherwise subject to special river transport law regime in the sphere of contractual liability of shipper.

Key words: *Exemption of shipper from liability. - River carrier. - Special danger grounds.*

Mr Nebojša Jovanović, assistant à Faculté de droit de Belgrade

LES RAISONS PARTICULIÈRES DE LA DISPENSE DE RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR FLUVIAL DES MARCHANDISES - LES CAS DES DANGERS SPÉCIAUX

Résumé

Le droit de navigation fluviale a été créé sous l'influence du droit maritime. Cela s'applique aussi aux questions de la responsabilité des navigateurs de la perte ou de l'endommagement des marchandises. Cependant, sur le plan de la dispense de la responsabilité, ce droit a subi une puissante influence du droit ferroviaire. C'est ce que démontre le fait qu'il adopte l'institut du droit ferroviaire des raisons particulières de la dispense de responsabilité. Du point de vue des faits auxquels elles sont liées, ces raisons peuvent être divisées en trois groupes: 1) les raisons particulières liées au navire: le transport de la charge sur le bord., le transport de la charge dans les soutes plombées; 2) les raisons spéciales liées à la marchandise: les défauts de l'emballage, la sensibilité naturelle de la charge au transport et la sensibilité particulière des animaux; 3) les raisons spéciales liées aux actes des utilisateurs: la charge, la décharge et l'installation incorrecte à bord de la part de l'utilisateur du transport. Dans tous ces cas, un danger accru existe qui menace la charge au cours du transport, danger dont le transporteur n'est nullement responsable et qu'il ne peut pas éliminer complètement. C'est pourquoi pour les "cas de danger spécial" on prévoit pour le navigateur une procédure de probation plus facile. Pour se libérer de la responsabilité, il lui suffit de prouver devant le tribunal que cela est la raison probable des dommages subis par la charge. Il n'est pas obligé de convaincre le tribunal que les raisons spéciales ont véritablement causé le dommage sur la charge. Cependant, la sensibilité particulière des animaux est inutilement prévue comme raison de dispense, car elle est englobée par la sensibilité spéciale des choses en tant que raison particulière plus large. La raison de la charge de la décharge par l'utilisateur est prévue de manière injustifiée, car ces actes se trouvent en dehors des limites dans le temps à l'intérieur desquelles s'applique le régime du droit fluvial de responsabilité des navigateurs.

Mots clé: *Dispense des navigateurs de la responsabilité. - Transporteur fluvial. - Cas de dangers particuliers.*

Др Илија Бабић,

Институт за правне и друштвене науке Правног факултета у Београду

ПРАВНА ПРИРОДА ИЗЈАВЕ НАСЉЕДНИКА О УСТУПАЊУ НАСЉЕДНОГ ДИЈЕЛА

1.

Могућност уступања насљедног дијела, односно имовине или њеног дијела, у корист одређеног насљедника, била је прописана још у чл. 139. ст. 2. Закона о насљеђивању Југославије - ЗНЈ ("Службени лист ФНРЈ", бр. 20/55): "Одрицање у корист одређеног насљедника не сматра се као одрицање од насљеђа, већ као изјава о уступању свог насљедног дијела".

Члан 134. ст. 2. Закона о насљеђивању Србије - ЗНС ("Службени гласник СР Србије", бр. 52/74. и 1/80) и чл. 134 ст. 2. Закона о насљеђивању Црне Горе ЗНЦГ ("Службени лист СР Црне Горе", бр. 4/76, 10/76 и 22/78) у цијелости су преузели рјешење усвојено у чл. 134. ст. 2. ЗНЈ.

Судска пракса и правна књижевност врло брзо су разграничили случај "одрицања" у корист одређеног насљедника (које се сматра као изјава о уступању насљедног дијела) од одрицања од права на насљеђе.

Тако је у одлуци Врховног суда АП Војводине, бр. Гж. 805/58, објављеној у *Коментару закона о насљеђивању са судском праксом* од др Милана Крећа и Ђуре Павића (Народне новине, Загреб, 1964), на стр. 461, заузет став да: "Одрицањем од наследства у корист треће особе одрицатељ се не ослобађа обавеза повезаних са својством насљедника".

На институт уступања насљедног дијела у корист одређеног насљедника или, чак, лица, не примјењују се одредбе којима је регулисано одрицање од права на насљедство, тј. чл. 136, 138, 141 до 143. ЗНЈ, односно чл. 131. до 133, 136. до 138. ЗНС и чл. 131. до 133. и чл. 136. до 138. ЗНЦГ.

Тестаментални насљедник који се одрекао права на насљеђе сматра се да никада није био насљедник. Дио тестаменталног насљедника који се одрекао насљеђа припада оставиочевим законским насљедницима (а не насљедницима тестаменталног насљедника), ако из самог тестаменталног не произлази каква друга намјера завјештаочева (чл. 137. ЗНС и чл. 137. ЗНГ). Кад је основ позивања на насљеђе закон, а насљедник се одрекао права на насљеђе (односно када се, према одредбама ЗНЈ и ЗНЦГ, одрекао права насљеђа само у своје име), његов дио насљеђује се као да је тај насљедник умро прије оставиоца (чл. 138. у вези с чл. 131. ст. 2. и 3. ЗНС и чл. 138. у вези с чл. 131. ст. 2. ЗНЦГ и чл. 143. у вези с чл. 136. ст. 2. ЗНЈ).

Одређујући правну природу уступања насљедног дијела у решењу Савезног врховног суда Рев. 3082/61 од 8. 3. 1962. (објављеном у Правном животу бр. 2/62. стр. 82) истакнуто је: "Кад се насљедник одрекне на-

следиства у корист одређеног наследица, таква изјава у себи увијек садржи изјаву о примању наследиства и уступања оног што се наслеђује другом наследицику. У таквим случајевима треба разликовати изјаву о примању наследиства од изјаве о уступању наследиства, по којој и други наследицик треба да се изјасни да ли прима наследиство које му се уступа.

Закон о наслеђивању није поставио никаква ограничења у погледу изјаве о уступању наследиства, па овакве изјаве треба просуђивати по опћим правилима имовиноског права.

Када се наслеђена имовина уступи трећој особи, а не другом наследицику, онда се не ради уопће о наслединоправном односу, па нема мјеста примјени оних одредаба из Закона о наслеђивању, које регулирају изјаве о одрицању од наследиства, односно застарјевању наслединоправних захтјева”.

Овакво становиште усваја и новија судска пракса: ”Наследиичка изјава о одрицању од наслеђа у корист одређеног наследица, сматра се као изјава о пријему наслеђа и уступању свог наслединог дела, и као двострани правни посао уступања производи правно дејство, тек ако санаследицик прихвати понуду, односно уступљени део наслеђа” (*одлука Врховног суда Србије Рев. 3288/91 од 12. 2. 1992, објављена у Судској пракси бр. 7-8/92, стр. 31. и 32.*)

Уступање наслединог дијела не представља одрицање од права на наслеђе, па такав наследицик и даље има својство наследица. Изјава о одрицању од права на наслеђе производи дејство на наследици дио и сва права тог наследица, док се уступање наслединог дијела може ограничити на сию наслединог дијела, на поједине ствари или права која је наследицик (уступилац) стекао наслеђивањем (види: Ђуро Павић, *Одрицање од наследиства у корист одређеног наследица*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 4/58, стр. 443).

Супротно одрицању од права на наслеђе, уступање наслединог дијела може бити и под условом, налогом итд. Уступилац има права да, по праву прираштаја, накнадно, наслеђи дио који би му припао и одговарајући дио накнадно пронађене заоставштине. Осим тога, уступилац одговара за обавезе оставиоца у висини свог наслединог дијела као и други наследицици (в. чл. 140. ст. 1. ЗНС и чл. 140. ст. 1. ЗНЦГ), за разлику од наследица који се одрекао права на наслеђе (он не одговара за дугове оставиоцеве).

Уступање наслединог дијела другом наследицику, или трећем лицу које није наследицик, представља понуду-приједлог уговора о поклону. Прихватањем приједлога настаје уговор. Изјава уступиоца да уступа свој наследици дио представља и његову прећутну изјаву воље о прихватању наслеђа и понуди за закључење уговора о поклону (у првом случају изјава воље производи наслединоправна, а у другом облигационоправна дејства). Понуда за закључење уговора о поклону може бити одбијена, а ако буде прихваћена настаје облигациони уговор - уговор о поклону. Поклонопримац није наследицик у погледу поклоњене имовине која би теретила уступиоца и наследицике. Сходно томе, на овај уговор примењују се правила облигационог права, о чему се јасно изјаснила и новија судска пракса: ”Наследицик се може одрећи наследиства, уопште, а може се одрећи и у корист наследица. У овом другом случају реч је о усту-

пању наслеђеног дијела санаслеђенику. Ово уступање подразумијева прихват. У суштини реч је о добродином правном послу - уговору о поклону. Такав уговор, као и сви остали уговори, може се побијати и због мана воље у преклузивним роковима из чл. 117. ЗОО" (*Одлука Врховног суда БиХ, Рев. 781/89 од 20. 9. 1990, објављена у Билтену судске праксе ВС БиХ бр. 4/90*).

2..

Судска пракса, међутим, ни данас није потпуно разграничила правну природу одрицања од права на наслеђе и уступања наслеђеног дијела. Врховни суд Србије је, у пресуди Рев. 2912/91 од 3. 12. 1991. године (објављеној у Билтену Окружног суда у Београду бр. 37-38/92), заузео став да: "Наслеђеничка изјава о уступању свог наслеђеног дела од стране једног наследника представља и уговор о поклону учињен у корист другог наследника".

Суд у образложењу цитиране пресуде наводи да је првостепени суд утврдио да је тужиља, као кћерка туженог, у оставинском поступку, вођена иза умрле мајке (супруге туженог) "дала наследничку изјаву према којој се одриче наследства иза смрти своје мајке у корист туженог као оца, а тужени се прихватио наследства и решењем оглашен је за јединог наследника пошто се и друга кћерка туженог одрекла свог наслеђеног дела у корист тужаног". Након што је постао једини наследник, отац тужиље је поднио тужбу којом је захтјевао "исељење из стана у дворишној згради која зграда је заједно са уличном зградом била предмет наслеђивања иза смрти мајке тужиље а супруге туженог".

То је био повод тужиљи да против оца поднесе тужбу захтијевајући опозив поклона. Као утврђене чињенице првостепени суд узима да је тужиља у корист туженог поклонила дио непокретности, који би тужиљи припао у својини као санаслеђенику на основу закона у случају да такву изјаву није дала и да је изјавила да се прихвата наслеђа. По оцјени првостепеног суда "подношењем тужбе којом се тражи исељење тужиље из стана исказује се груба неблагодарност према тужиљи као поклонодавцу". Због тога је првостепени суд усвојио тужбени захтјев и опозвао поклон "који је учињен давањем наследничке изјаве".

Другостепени суд је преиначио пресуду општинског суда и одбио тужени захтјев, истичући да је тужиља у оставинском поступку дала само наследничку изјаву у смислу чл. 131. ст. 1. и чл. 134. ЗНС, да се та изјава о одрицању од наслеђа не може опозвати, већ да се може тражити њено поништење ако је она изазвана принудом, пријетњом или ако је дата усљед преваре или заблуде. Тај суд, такође, сматра да се наследничка изјава не сматра уговором о поклону и да се њен поништај може тражити само у складу са одредбама чл. 136. ЗНС.

Такво правно становиште другостепеног суда, Врховни суд Србије, као ревизијски, оправдано није прихватио, па је другостепену пресуду преиначио и потврдио пресуду општинског суда. У образложењу своје пресуде ревизијски суд је, поред осталог, навео: "Одредбом чл. 134. Закона о наслеђивању предвиђено је да одрицање од наслеђа не може бити делимично ни под условом а према одредби ст. 2. истог члана

одрицање у корист одређеног наследника не сматра се као одрицање од наслеђа него као изјава о уступању свог наследног дела. С обзиром на дату изјаву тужиље поменута изјава о уступању свог наследног дела дата од стране тужиље представља и уговор о поклону учињен туженику о односу на непокретности на којима је тужила самом смрћу своје мајке као законски санаследник стекла право сусвојине...”

Ревизијски суд, у суштини, правилно карактерише ”одрицање” у корист одређеног наследника као изјаву воље која производи облигационоправна дејства али, ипак, недовољно јасно разликује одрицање од права на наслеђе од уступања наслединог дијела.

По ојени ревизијског суда одредбе т. 1. чл. 134. ЗНС примјењују се и на ситуације одрицања од права на наслеђе, али и на уступање наслединог дијела које, сагласно разлозима пресуде ВС Србије ”не може бити делимично ни под условом”. Ово је својствено, како смо истакли, само за одрицање од права на наслеђе, а не на уступање наслединог дијела.

У разлозима своје пресуде и сентеници ВС Србије нагласио је да ”наслединока изјава о уступању свог наследног дела дата од стране једног од наследника представља и уговор о поклону учињен у корист другог наследника”. Изјаву наслединока о уступању наслединог дијела тај суд погрешно изједначава са уговором о поклону. Изјава о уступању наслединог дијела, сама по себи, не представља перфектан уговор о поклону, како то сматра ВС Србије, већ понуду за закључење уговора о поклону. Да би уговор о поклону настао, понуда мора бити прихваћена. Уговор о поклону је закључен оног часа кад понудилац прими изјаву понућеног да прихвата понуду (чл. 39. ст. 1. ЗОО).

Моментом смрти оставиоца отвара се његово наслеђе и наслединоци стичу наслединоправна овлашћења (*ex tunc*). Супротно томе, поклонопримаоц стиче право на уступљеном наследином дијелу када уступилац добије изјаву од поклонопримца да прихвата понуду (*ex nunc*). Сходно томе, поклонопримаоц од момента настанка уговора о поклону може захтијевати предају ствари у стању у којем се налазила у вријеме настанка тог уговора, а не у стању у којем су се налазиле прије тог момента (не може, нпр., тражити цивилне и неутралне плодове ствари од смрти оставиоца до тренутка закључења уговора о поклону).

Изјава о уступању наслединог дијела (супротно изјави о одрицању од права на наслеђе) може бити дјелимична и под условом. Стога, уговор о поклону који настаје прихватањем изјаве о уступању наслединог дијела може бити са теретом, односно налогом. У конкретном случају у поступку пред првостепеним и другостепеним судом није утврђено да ли је по уговору о поклону поклонодавац задржао за себе право да станује у стану у дворишној згради или није. Ако је уговор о поклону перфектан, а не садржи право тужиље да у стану станује (нпр. службеност становања - *habitatio*) она је дужна испунити овај уговор и предати стан поклонопримцу.

Врховни суд Србије сматра да је покретањем парнице за иселење тужиље из стана, тужени испољио ”грубу неблагодарност” не наводећи правна правила која се примењују на овај случај (у образложењу пресуде суд се био дужан позвати и на прописе на којима је засновао пресуду чл.

338. ст. 4. ЗПП). Параграф 567. тачка б) Српског грађанског законика прописао је да дародавац може опозвати поклон и "ако обдарени велику неблагодарност спрема дародавца покаже, наносећи вред његовом животу, телу, части и нарушавајући његову слободу и имају".

Подношење тужбе од стране поклонопримца против поклонодаваца, у циљу испуњења уговора о поклону, не би представљало неблагодарност какву има у виду цитирана одредба Српског грађанског законика.

Поклонопримаоц, наиме, само захтева испуњење уговора о поклону судским путем, што није супротно правилима грађанског права, када поклонодавац своју обавезу није сам добровољно испунио.

Такав поступак поклонопримца не представља ни увреду, односно повреду части, тужиље. Ове одлучујуће чињенице, од којих зависи правилна примена материјалног права, нижестепени судови нису утврђивали. У ствари, због погрешне примјене материјалног права чињенично стање није потпуно утврђено, те је у овом случају требало усвојити ревизију, укинути у цјелини првостепену и другостепену пресуду и предмет вратити првостепеном суду на поновно суђење (чл. 395. став 2. Закона о парничном поступку).

ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА ЈУГОСЛАВИЈЕ

Право радника да се по истеку времена на које је изабран ради обављања неке функције врати у организацију обухвата и његово право на враћање на раније радно место

Одредбом члана 35. Закона о основним правима из радног односа ("Сл. лист СФРЈ", бр. 60/89. и 42/90.) прописано је да радник који је изабран на самоуправну, јавну или другу друштвену функцију чије обављање захтева да му престане рад у организацији у којој је запослен, има право да се, по престанку функције, врати на рад у исту организацију, на радно место које одговара степену стручне спреме одређене врсте занимања који има, у року од 30 дана по престанку функције коју је обављао.

Уставни суд Југославије оценио је да оспорена законска одредба није у складу с Уставом СФРЈ. Одредбом члана 96. Устава СФРЈ, раднику који буде изабран на неку функцију чије обављање захтева да му привремено престане рад у организацији у којој је радио до избора на функцију, зајамчено је право да се врати у организацију на раније радно место, или на друго место које одговара његовим способностима и квалификацијама. То право радника, утврђено Уставом СФРЈ, не сме бити, законом, сведено на право на распоређивање на посао који одговара степену његове стручне спреме. Радник не може, законом, бити лишен права да се врати и на радно место на којем је био до избора на функцију. Право на распоређивање на радно место које одговара способностима и квалификацијама радника постоји, по схватању Уставног суда Југославије, онда када, због различитих околности, радник не може бити распоређен на радно место на којем је био пре престанка функције. Све док постоје могућности да буде распоређен на место на којем је био пре избора на функцију радника мора бити обезбеђено, у првом реду, остваривање тог права. Прописати да се радник враћа на место које одговара његовим способностима и квалификацијама, а да му при томе не буде омогућено и враћање на његово раније радно место, значи, по мишљењу Уставног суда Југославије, раднику ускратити право које му је зајамчио Устав. Оспорено одредба Закона о основним правима из радног односа значи, по мишљењу Уставног суда Југославије, управо то да раднику није онемогућено остваривање једног права зајамченог Уставом СФРЈ. Такво значење оспорене одредбе наведеног закона чини ту законску одредбу противном Уставу СФРЈ.

(Одлука УСЈ, I-У број 24/I-91, од 22. априла 1992)

Нема уставног основа по којем се раднику који се налази на дежурству и другим облицима рада дужег од пуног радног времена, стварно проведено време прерачунава на тзв. ефективно време

Одредбом чл. 450. став 2. Закона о служби у оружаним снагама ("Сл. лист СФРЈ", бр. 7/85, 20/89, 40/89. и 26/90) прописано је да се деведест минута

дежурства грађанског лица на служби у ЈНА, проведеног у војној јединици или у војној установи, своди на један сат ефективног рада.

Ако постоји неко чврсто правило утврђено Уставом СФРЈ кад је реч о радном времену, које садржи одредба члана 162. став 1. тог устава, оно се састоји у томе да је радно време ограничено на 42 сата недељно, и да, само у одређеним делатностима и у одређеним случајевима, и то само за ограничено раздобље, радно време може износити и дуже од 42 сата недељно, али не и у томе да, радећи дуже од тог времена, време које повредом на послу у виду дежурства или другим облицима рада дужег од споменутог, такво време, стварно provedено на раду, буде прерачунавано на тзв. сате ефективног рада. Устав обавезује једино на то да се у одређеном случају ради и дуже од прописаног недељног радног времена. Устав нити обавезује на неограничено радно време, нити ономе ко уводи радно време дуже од означеног, допушта да време provedено на раду дужем од пуног радног времена прерачунава тзв. ефективно радно време. Устав, осим тога, не допушта да, сагласно начелу једнакости у правима и дужностима, обавезе по основу рада дужег од пуног радног времена и права по том основу зависе од својства које радник има у органу, установи или организацији у којој ради. Оспорена одредба Закона о служби у оружаним снагама није, дакле, ни због тога у складу с Уставом СФРЈ, будући да изложени начин неуставног свођења времена проведеног на раду дужем од пуног радног времена на ефективно радно време, прописује само за одређену категорију лица запослених у оружаним снагама.

(Одлука УСЈ, I-У број 188/86, од 29. јануара 1992)

Концесија за коришћење необновљеног природног богатства или добра у општој употреби

Одредбама чл. 6. и 7. Закона о општим условима за давање концесија страним лицима у Републици Србији ("Сл. гласник Републике Србије", број 6/90) прописано је да се, под условима утврђеним тим законом, страном лицу може дати концесија за коришћење необновљеног природног богатства или добра у општој употреби, да се концесија страном лицу одобрава законом и да предлог уговора са страним лицем утврђује Извршно веће Скупштине Републике Србије.

Поступак за оцењивање уставности оспорених одредаба наведеног закона покренуло је СИВ, којем сматра да су те одредбе не само прогивне Уставу СФРЈ, већ и да су у супротности са савезним законом по којем се концесија неаведене врсте уређује, односно одобрава, под условима прописаним савезним законом.

Законом о страним улагањима ("Сл. лист СФРЈ", број 77/88), предвиђено је да је и концесија један од видова страних улагања, тј. улагања страних лица у Југославији.

Улагање домаћих лица у иностранству и страних лица у Југославији спада у ону област друштвених односа које, сагласно одредби члана 281. став 1. тачка 5. Устава СФРЈ, уређује федерација, преко савезних органа. Федерација у тој области односа не само што уређује односе, већ и доноси прописе за извршавање савезних закона у тим областима (када је то, у интересу целе земље, утврђено савезним законима). Полазећи, дакле, од тога да концесије поменуте врсте спадају у област у којој федерација уређује односе, да је у питању право федерације, утврђено Уставом СФРЈ, Уставни суд Југославије оцењује да оспорено одредбе републичког закона није у складу с Уставом СФРЈ и да су у супротностим с наведеним савезним законом, чијим су одредбама уређена питања на која се односе оспорене одредбе републичког закона, што овом одлуком изриче.

(Одлука УСЈ, I-У број 129-I-90, од 11. марта 1992)

Кад републички закон прописује услове под којима се користе и стављају у промет видео-касете са страним филмовима, то није повреда права и дужности федерације, утврђених Уставом СФРЈ

Одредбама Закона о кинематографији ("Сл. гласник СР Србије", број 46/91) прописано је да се видео-касете на које су забележени страни филмови могу користити, ставити у промет и јавно приказивати под условом утврђеним прописима о спољнотрговинском промету, што утврђује Министарство културе.

Грађанин је сматрао да је уређивање означеног питања право и дужност федерације, те да, због тога, одредбе наведеног закона нису у складу с Уставом СФРЈ и да су у супротности са савезним законом.

Уставни суд Југославије оценио је да одредбе наведеног закона нису противне Уставу СФРЈ.

Одредбама наведеног републичког закона није, по мишљењу Уставног суда Југославије, прописано под којим се условима могу увозити видео-касете са страним филмовима, што би било противно Уставу СФРЈ, по којем федерација уређује систем спољнотрговинског пословања с иностранством. Прописати да се могу користити и стављати у промет само оне касете које су увезене у складу с прописима о спољнотрговинском пословању, не значи прописати нешто што представља право и дужност федерације. Начин стављања таквих касета у промет јесте питање које, по схватању Уставног суда Југославије, уређује република која тиме не дира у права и дужности федерације. Отуда, нема разлога за поступак за оцењивање уставности у овом случају.

(Одлука УСЈ, I-У број 11/1-92, од 11. марта 1992)

Право лутрије да без одобрења организује игре на срећу није у складу с Уставом СФРЈ

Одредбама Закона о играма на срећу ("Сл. гласник СР Србије", бр. 53/78, 7/79, 42/80, 57/80, 41/81, 9/83, 10/85, 24/85, 35/86, 11/87 и 25/89) којима су прописани услови под којима се могу организовати игре на срећу, прописано је да лутријске организације могу, без икакве дозволе, организовати све врсте игара на срећу, док друге организације могу организовати само игре које не организују лутријске организације, и то на основу посебног одобрења.

Туристичко-угоштителско предузеће Б. у Б. покренуло је поступак за оцењивање уставности одредаба наведеног закона, налазећи да те одредбе стављају организације те врсте у неповољан положај у обављању одређене делатности, што је противно Уставу СФРЈ.

Уставни суд Југославије сматра да одредбе наведеног закона (члан 14. став 1) нису у складу с Уставом СФРЈ и да су у супротности са савезним законом. Равноправност радних људи и организација удруженог рада на јединственом југословенском тржишту зајамчена је већ одредбама члана 251. став 2. Устава СФРЈ. Потпуна равноправност у обављању дозвољених делатности још више је зајамчена уставним променама из 1988. године (Амандмани на Устав СФРЈ, из 1988. године), што изражавају, посебно, одредбе Закона о предузећима, којима се изричито јемчи равноправност свих предузећа без обзира на облике својине, на јединственом југословенском тржишту. Равноправност на тржишту, у привредној утакмици, претпоставља пословање и положај на тржишту и у привредној утакмици који никога неће ставити у неједнак положај, пре свега са гледишта права и могућности да се онај ко се јавља на тржишту бави одређеном делатношћу. Дозволити лутријској организацији да се бави организовањем сваковрсних игара на срећу, а другим условити бављење том делатношћу чињеницом да лутријске организације не организују одређену делатности и посебним одобрењем које лутријској

организацији није потребно, значи, противно Уставу СФРЈ и савезном закону, створити неравноправност организације које желе да се баве дозвољеном делатношћу наведене врсте, за коју нема никаквог уставног основа, тј. повреду Устава СФРЈ, која мора бити изречена одлуком Уставног суда Југославије.

(Одлука УСЈ, I-У број 125/I-91, од 29. јануара 1992)

Припремио *Ђорђе Ђурковић*

ОДЛУКЕ ВИШЕГ ПРИВРЕДНОГ СУДА СРБИЈЕ

Фирма предузећа мора да садржи ознаку која упућује на делатност

Трговинско предузеће поднело је захтев да се упише у судски регистар под фирмом "Банкар".

Првостепени суд је одбио захтев за упис предузећа под наведеном фирмом, полазећи од тога да предложена фирма не одржава делатност предузећа, већ упућује на банкарску организацију.

У својој жалби трговинско предузеће сматра да је првостепени суд неосновано одбио захтев за упис у судски регистар, јер су за то испуњени сви законски услови пошто одлука о оснивању предузећа садржи делатност, фирму, седиште и заступника, па је предложио да се жалба уважи, решење укине и дозволи тражени упис предузећа у судски регистар.

Виши привредни суд је прихватио становиште првостепеног суда у погледу фирме да иста не упућује на делатност којом се предузеће бави, али је решење укинуо и предмет вратио на поновни поступак. Овако је поступио ожалбени суд јер је првостепени суд оставио рок од 8 дана да подносилац захтева за упис промени фирму и усагласи свој захтев за упис са одредбама Закона о предузећима, те наложио првостепеном суду да подносиоцу захтева остави рок за поступање од најмање 30 дана, како би подносилац захтева могао да промени фирму и усагласи је са Законом о предузећима (чл. 153), као и да усагласи остале исправе, те да поднесе захтев за упис Трговинског предузећа у судски регистар.

Према томе, фирма мора да садржи и ознаку која упућује на делатност којом се бави субјект уписа у судски регистар.

(Решење Вишег привредног суда Србије, Пж. 72/92 од 14. септембра 1992)

Одлука спољнотрговинске арбитраже не може се побијати због неутврђеног чињеничног стања

Првостепени суд је одбио тужбени захтев да се поништи Одлука спољнотрговинске арбитраже.

Тужилац побија првостепену пресуду из свих разлога наведених у чл. 353. ЗПП. Између осталог, жалилац истиче да није правилно утврђено чињенично стање и да се повређено основно начело поступка утврђивања материјалне истине, па је предложио да се пресуда преиначи и усвоји захтев за поништај Одлуке, или да се пресуда укине а предмет врати на поновни поступак.

Виши привредни суд је одбио жалбу и потврдио првостепену пресуду. Из "Образложења":

"Предмет спора је поништај Одлуке спољнотрговинске Арбитраже при Привредној комори Југославије."

Првостепени суд је правилно утврдио да је чињенично стање правилно утврђено и материјално право правилно примењено, па је правилно и поступно када је одбио тужбени захтев. Првостепени суд је дао разлоге за своју одлуку које прихвата и другостепени суд. Наиме, првостепени суд је утврдио да не постоји ниједан разлог за укидање Одлуке Арбитраже (чл. 485. ЗПП).

Осим тога, Одлука арбитраж се не може ни побијати због неутврђеног чињеничног стања, јер је, у ствари, реч о оцени законитости Одлуке Арбитраже, као и провери да ли је поступак правилно примењен, тј. да ли постоји битна повреда поступка, а чињенично стање се утврђује у поступку пред арбитражом а не пред судом, при оцени законитости Одлуке арбитраже.

Како није било разлога за поништај Одлуке арбитраже, а нема ни битних повреда поступка, то је у смислу чл. 368. ЗПП ваљало жалбу одбити а пресуду потврдити".

(Пресуда Вишег привредног суда Србије, Рж. 4103/92 од 28. априла 1992)

Платни налог у поступку пред привредним судом

Тужилац је поднео суду тужбу са предлогом да се изда платни налог, а уз тужбу је приложио веродостојну исправу (фактуру).

Првостепени суд је одбацио тужбу, јер тужилац није учинио вероватним правним интерес за издавање платног налога, нити у том смислу пружио доказе.

Тужилац у жалби истиче да је суд погрешно применио одредбе чл. 449. ст. 1. ЗПП, па је предложио да се решење укине а предмет врат на поновни поступак.

Виши привредни суд је жалбу одбио а решење потврдио.

Из "Образложења":

"По налажењу Вишег привредног суда у Београду побијано решење је засновано на правилној примени одредби чл. 446. ст. 4. и 5. ЗПП-а.

Законом о изменама и допунама Закона о парничном поступку и Законом о изменама и допунама Закона о извршном поступку (Сл. лист СФРЈ бр. 27/90) извршена је интеграција поступка извршења на основу веродостојне исправе (чл. 21. ЗПП-а) и поступка издавања платног налога (чл. 446. ЗПП-а). У новелираној одредби чл. 446. ст. 4. ЗПП-а уграђена је процесна претпоставка - да када се на основу веродостојне исправе може тражити извршење по Закону о извршном поступку, суд ће издати платни налог само ако тужилац учини вероватним постојање правног интереса за издавање платног налога, што обавезује правно лице (а не и остала лица) да код подношења мандатне тужбе са предлогом за издавање платног налога на основу веродостојне исправе, укаже због чега има правни интерес да своје потраживање оствари издавањем платног налога, будући да своје потраживање може брже и ефикасније остварити кроз поступак извршења на основу веродостојне исправе према Закону о извршном поступку.

Како тужилац у конкретном случају није учинио вероватним правни интерес за издавање платног налога, то је првостепени суд правилно поступио када је одбацио тужбу, и зато је ваљало жалбу одбити а решење потврдити (чл. 380. ЗПП)".

(Решење Вишег привредног суда Србије, Пж. 12/92 од 3. септембра 1992)

Ако је клаузула правноснажности решења о дозволи извршења укинута - жалба није дозвољена

Првостепени суд је укинуо клаузулу правноснажности јер је благовремено уложен приговор против решења о дозволи извршења.

СДК је спровела решење и поред дуга скинула и износ од 8.910 динара, који је дозначила другом предузећу а не повериоцу.

Дужник је уложио жалбу и истакао да је на овај начин за њега настала штета, па је предложио да се решење укине а предмет врати на поновни поступак.

Другостепени суд је одбацио жалбу као недозвољену.

Из "Образложења":

"Из података предметног списа произилази да је првостепени суд ожалбеним решењем од 2. VI 1991. године укинуо клаузулу правоснажности решења о извршењу Ибр. 13997/91 од 8. 4. 1991. год. јер је нашао да је дужник благовремено уложио приговор на решење о извршењу за део дуга од 1.468. - дина.

По напавезу овога суда бобијано решење је правилно, те да дужник у смислу чл. 358. ст. 1. и 3. ЗПП и чл. 14. ЗИП-а нема правни интерес да побија решење којим је управно укинута клаузула правоснажности из разлога благовремено уложеног приговора на решење о извршењу.

Виши привредни суд је имао у виду навод у жалби дужника у погледу висине пренетих средстава у корист рачуна поверица, те да део пренетих средстава у висини од 8.910,00 динара припада другом повериоцу а не повериоцу у овом спору, па је нашао да су без утицаја на одлуку.

Међутим, дужник може у посебном поступку накнадно постављеним захтевом потраживати повраћај неосновано пренетих средстава до износа који за дужника представља штету".

Према томе, ако је укинута клаузула правоснажности дужник нема правног интереса да се жали. Ако је грешком са рачуна дужника скинут одређени износ и дозначен трећем лицу, дужник може посебном тужбом да оствари своје право на накнаду штете која је за њега настала.

(Решење Вишег привредног суда Србије. Пж. 6853/92 од 20. јула 1992).

Припремио др Јездимир Митровић

ОДЛУКЕ ОКРУЖНОГ СУДА У БЕОГРАДУ

Губитак чекова

У току поступка пред општинским судом утврђено је да су чекови тужиоца украдени, да је тужилац пријавио нестанак чекова туженој банци и огласио их неважећим у "Службеном листу" и то у поступку амортизације у паричарничком поступку. Такође је утврђено да су наведени чекови реализовани од стране неовлашћеног лица у корист одређене царинарнице, а преко туристичке организације и то на основу међусобног односа између те организације и паричарнице.

Решавајући по жалби тужиоца, суд је обавезао тужену банку, државу СФРЈ, Савезну управу Царина - Царинарницу Д и туристичку организацију да тужиоцу солидарно плате штету у висини реализованих чекова са захтевом каматом од утврђеног времена доспелости.

Другостепени суд је прихватио правно становиште првостепеног суда и одбио као неосноване жалбе банке и државе СФРЈ.

По схватању Окружног суда донета одлука у складу је са одредбама чл. 154 и 277. Закона о облигационим односима. Тужилац је у свему поступао по правилима пословања тужене банке и обавезама као носиоца чековне карте и чекова, што се не може рећи за тужену банку. Тужена држава СФРЈ такође је одговорна пошто је штета настала због њеног прописа приликом реализације чекова, нити је вршен увид у личну карту тужиоца која тужиоцу није била украдена. Наплата је извршена у корист државе, а на основу односа које

је имала са туристичком организацијом, што је не особађа од одговорности а и сама уплата извршена је на рачун од неовлашћеног лица.

(Пресуда Окружног суда у Београду, II бр. 11395/90 од 20. марта 1991. године и Веховног суда Србије Рев. 2239/91. од 3. октобра 1991. године).

Опозив уговора о поклону

Првостепеном пресудом општинског суда опозван је због неблагодарности уговор о поклону закључен између тужиље као поклонодавца и туженог као поклонопримца.

У спроведеном поступку је утврђено да је уговором о поклону који је закључен током 1978. године тужилац као поклонодавац поклонила туженом као поклонопримцу одређену катастарску парцелу. На основу поклона тужени се укњижио као власник наведене катастарске парцеле у земљишној књизи. Даље је утврђено да је правоснажном пресудом суда тужени оглашен кривим због кривичног дела угрожавања сигурности из чл. 76. ст. 1. КЗ Србије и због кривичног дела увреде из чл. 93. ст. 1 КЗ Србије и осуђен на казну.

На основу тако утврђеног чињеничног стања првостепени суд је закључио да се тужени понашао неблагодарно према тужилци јер је између осталог осуђен у кривичном поступку због два кривична дела извршена према тужилци па се његово понашање може сматрати тешком неблагодарношћу према тужилци.

По схватању суда неосновани су наводи туженог да је побијана пресуда заснована на погрешној примени материјалног права и да се код добродетелних правних послова благодарност не може мерити у једном поступку који није изазвао никакве последице нити пореметио животе парничних странака. У конкретном случају странке су били супружници, мотиви тужења при закључењу уговора о поклону су очување брачне заједнице са туженим и побољшање њихових односа па с обзиром да код добродетелних правних послова мотив није без утицаја на правоваљаност овог правног посла, то понашање туженог према тужилци након закључења уговора представља неблагодарност и при том је без утицаја да ли је реч о једном гесту овакве садржине или о континуитету поступака туженог.

(Пресуда Окружног суда у Београду Гж. 4752/91. од 12. 6. 1991. године и Врховног суда Србије Рев. бр. 2934/91. од 18. 11. 1991. године).

Примена права за удес у иностранству и висина штете

Неоспорно је да је саобраћајној незгоди, коју је дана 19. VII 1981. године на територији Републике Турске проузроковао искључиво осигураник туженог (осигуран код туженог од одговорности заштите при-чињене трећим лицима), тужилац држављанин Турске претрпео материјалну штету на свом возилу.

Тужилац је у овој парници тражио потпуну накнаду причињене штете, у наведеном износу. Међутим, судови су правилно закључили да је обавеза тужене Заједноде на накнаду спорне штете лимитирана на досуђени износ од 3.000 турских лира.

Наиме према члану 3. Конвенције о закону који се примењује на саобраћајне незгоде (коју је ратификовала СФРЈ, а која се према члану 11. у сваком случају примењује и у конкретном случају), за решење спорног односа меродавно је законодавство Републике Турске, као законодавца државе на чијој територији се догодила незгода. Суд је у овој парници на одговарајући начин утврдио да законодавство Републике Турске ограничава одговорност осигуравајућег друштва на износу који је одређен осигурањем, с тим Савет

министара одређује обавезне минималне износе осигурања по удесу и особи, узимајући у обзир и врсту возила. Судови су такође утврдили да је у време настанка спорне штете овај лимит осигурања, до којег би одговарало и осигуравајуће друштво у Србији Турској, био прописан у износу 3.000 турских лира за штету на стварима.

Тужилац према томе може од тужене Заједнице тражити накнаду само овог, досуђеног износа, са припадајућом домицилном каматом.

(Пресуда Окружног суда у Београду, Гж. 8003/90. од 11. децембра 1990. године).

Припремио Димитрије Милић

“КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО И КРИВИЧНО ПРАВОСУЂЕ У ПЕРСПЕКТИВИ НОВИХ ДРУШТВЕНИХ ПРОМЕНА”

Саветовање “Кривично законодавство и кривично правосуђе у перспективи нових друштвених промена” одржано је у Будви, од 4 до 6. јуна 1992. године у организацији Института за криминолошка и социолошка истраживања из Београда.

I.

Полазећи од тенденције Југославије да увек буде активни учесник свих демократских и напредних светских и европских токова, директор Института др Добривоје Радовановић, у својој уводној речи нагласио је неопходност једновременних радикалних измена у кривичном законодавству, Закону о кривичном поступку и Закону о извршењу кривичних санкција, јер је то једини начин да се оствари традиционално опредељење заштите права и слобода човека, а ово саветовање је део доприноса томе.

Проф. др Љубиша Лазаревић, који је пишући свој реферат, “Јединствен кривични законик и његови основни принципи”, пошао од претпоставке која нам се свима чинила толико извесна, да ће најзад бити напуштена концепција подељене законодавне надлежности у кривичном законодавству, изнео је у њему све предности доношења јединственог кривичног законика за територију Југославије. Указујући на многе критичке примедбе, које су се искристалисале како у пракси тако и у теорији, у односу на већи број постојећих решења у Кривичном закону, проф. др Љубиша Лазаревић истиче као неопходне одговарајуће измене и допуне, не само конкретних решења него и неких начелних опредељења. Излажући најпре најзначајнија питања, проф. др Љубиша Лазаревић је указао на потребу стриктног поштовања начела законитости, како у изградњи општих института тако и у одређивању бића појединих кривичних дела, на нужност увођења принципа легитимности кривичноправне принуде на евидентнији начин у кривично законодавство, и његово реализовање као и на потребу даље хуманизације нашег кривичног законодавства у смислу увећања мере поштовања личности и њеног достојанства, и минимизирања зла које је у неким кривичним санкцијама садржано. Наведено се може ставити једино увођењем додатних алтернативних мера уз постојеће, као што би била кауција о добром владању, добровољни рад преко викенда, и преиспитивање прихваћених казних оквира у правцу смањивања високих посебних минимума и посебних максимума казни. Не сме се занемарити ни потреба доследнијег уважавања уставног начела о једнакости грађана пред законом, а даља афирмација начела субјективне одговорности у кривичном праву најбоље би се реализовала преиспитивањем низа одредби, међу којима посебан значај има правна заблуда. Посебни део Кривичног закона СФРЈ и републичких закона неопходно је првенствено ревидирати по више питања: дубљи реформски захвати у односу на кривична дела против основа социјалистичког самоуправног друштвеног уређења и безбедности СФРЈ, уместо досадашњих измена претежно

козметичког карактера; отклањање слабости одредаба које регулишу кривична дела против оружанних снага и изостављање кривичних дела против самоуправљања, јер није могућа њихова аутоматска интеграција у нови кривични законик.

Истичући да је у реферату изнео само нека од актуелних питања која су постојеће друштвене промене избациле на површину збивања, проф. др Љубиша Назаревић је у свом усменом излагању дао значајан критички осврт, повлачећи паралеле између стања у кривичном законодавству које смо имали, онога које смо очекивали, и онога које је успостављено. Одсуство јасних правила у Уставу о надлежности у кривичним стварима узроковало је непрецизност попућеног решења о разграничењу надлежности између федерације и федералних јединица. Тиме што Устав прописује да СРЈ утврђује правила о одговорности и санкцијама за повреду слобода и права човека и грађанина, остало је перенето питање надлежности у односу на правила о рехабилитацији и казненој евиденцији и отворен је проблем ширине тумачења "слобода и права" човека и грађанина. Три су могућа решења: широко тумачење које иако обухвата све људске слободе и права, неминовно оставља по страни питање надлежности за кривична дела против привреде, јавног реда и правног саобраћаја и службене дужности; уско тумачење, по којем је федерацији остављено регулисање само заштите класичних политичких слобода и права, док би сва остала питања била у надлежности федералних јединица; хибридно, када одлуку доноси политички фактори опредељујући се или за јаку федерацију или за јаке федералне јединице. Питање смртне казне изазива недоумице јер је као критеријум могућности прописивања и изрицања смртне казне постављен формални елемент: који закон, савезни или републички, прописује кривично дело, Републике нису ничим ограничене при одређивању која ће кривична дела бити забрањена смртном казном. Наведено узрокује извесну контрадикцију тиме што постоји могућност изрицања смртне казне за кривично дело тешког убиства, али не и за кривично дело геноцида или ратног злочина. Да ли остати при садашњим решењима, не мењати ништа, или приступити неопходним парцијалним изменама, дилема је коју намеће предуги *vacatio legis*, скоро две године, при чему проф. др Љубиша Назаревић пледира за парцијалне измене, потенцирајући у завршном излагању примарност успостављања функционисања правне државе.

Уставне промене које су биле у току, у време израде реферата доцента др Војислава Ђурђевића, "Кривично процесно законодавство у новим друштвеним условима", определиле су начин на који је он приступио обради проблема кривично-процесног законодавства у новим друштвеним условима. Неминовно се намеће потреба о преиспитивању одредаба које регулишу стварну и функционалну надлежност Савезног суда и савезног државног тужиоца. Надлежност Савезног суда треба проширити и на обезбеђивање јединствене примене савезних прописа, тиме што би Савезни суд утврђивао начелне ставове у циљу јединствене примене савезних закона, а са друге стране жалбе Савезном суду требало би да буде правни лек подједнако доступан свима. Због тога што самоуправни судови губе својство уставне категорије, неопходно је њихово изостављање из новог ЗКП-а, али из практичних разлога треба дати могућност њиховог функционисања, на нови начин, под строгим условима и у тачно одређеним случајевима. Догичући се питања заштите својине у кривичном поступку, доцент др Војислав Ђурђевић, истиче да Напарт устава јамчи једнаку заштиту свим облицима својине, што иницира измене у неким процесним институтима као што су: кривична пријава, имовинскоправни захтев и одузимање имовинске користи од субјеката друштвених средстава. Даље је наведена потреба укидања притвора од стране органа унутрашњих послова и успостављање права окривљеног на браниоца одмах после превентивног лишења слободе. За све наведене измене потребно је створити одговарајуће услове.

Процесној проблематици, са различитих аспеката, приступили су и аутори реферата у којима су обрађени: проблем надлежности кривичних

судова, начела кривично-процесног права у контексту заштите права човека, платформа за остварење независности судова и претпоставке за избор и разрешење судија.

Судија Радован Кривокапић изнео је у свом реферату, "Проблеми надлежности кривичних судова", низ запажања, проистеклих из праксе, везаних за надлежност кривичних судова. Присутна девалација динара учинила је актуелним преиспитивање утврђивања стварне надлежности судова код кривичних дела, где се новчани износи јављају као квалификаторна околност и успостављање обавезе врховних судова да у најкраћем року донесу начелне ставове о валоризацији обележја кривичних дела која су изражена у неодређеним вредносним количинама "знатна штета", "имовина већег обима", већа имовинска корист". Код кривичних дела плачке, недозвољене трговине и исплаћања алиментације недефинисани су критеријуми за утврђивање месне надлежности судова, што доводи до неуједначености судске праксе. У новонасталим политичким околностима функционисања правног система посебна пажња мора бити посвећена решавању проблема делегирања надлежности на подручја других република.

Магистар Ђорђе Ђорђевић је присутне упознао са основним цртама реферата "Начела кривичног процеса права и заштита права човека", одсутног проф. др Николе Матовског, наглашавајући да исконски проблем теорије кривично-процесног права представља успостављање равнотеже између гаранције основних права и слобода човека, са једне стране, и заштите функције кривичног права и тенденције за ефикасношћу деловања, са друге. У реферату је дат сумаран преглед једног броја права и слобода предвиђених у значајним међународним конвенцијама, компарирана је пракса реализације англоамеричког и европско-континенталног система и повучена паралела са нашим кривично-процесним законодавством, што је резултирало доношењем неколико предлога. Неопходно је успостављање једногласности при доношењу одлука којима се изриче смртна казна и обавезе органа унутрашњих послова да ухапшеном лицу наведу разлоге лишења слободе одмах по лишењу, а не тек предајом решења о притвору, чиме би биле избегнуте неке од контролација које постоје у законским формулацијама о притвору. Насупрот томе, када су у питању право на предлагање доказа и присуство процесним радњама окривљеног, наш кривични поступак надмашује остале европске континенталне поступке, а без икаквог претеривања и обавезе преузете потписивањем међународних уговора о правима човека.

Проф. др Момчило Грубач је детаљно размотрио питања везана за услов и поступак избора и разрешења судија, у истоименом реферату, јер имају непроцењив значај за квалитет судских одлука и нераскидиво су везани за питање независности суда као фундаменталне претпоставке правне државе. Стаљност судијске функције, уведена најновијим републичким уставним изменама носи опасност од формирања затвореног и непродуктивног staleja са огромним овлашћењима и зато услови за избор судије имају непроцењиви значај. Недостаци постојећег решења су неуважавање више стручности, као предности при избору судије, јер неминовно је да је стручници судија независнији; запостављање значаја структуре личности (интелектуални, афективни квалитети, воља својства) потенцијалног судије и занемаривање склоности кандидата ка овој професији. У обзир није узета ни специфичност функције председника суда, тако да се за избор не траже никакви додатни услови нпр. организационе способности. Похвално је законско решење по којем је неопходно одређено радно искуство за вршење судијске службе, али је недоследно спроведено, јер и даље постоји могућност да за судију поротника буде бирана особа са навршених 18 година живота, када лице нема ни минимум потребног животног искуства да би квалитетно вршило своју дужност. Полазећи од тога да је најбоље могуће решење постављање судија, уместо њиховог избора, под условом да постоје одређене гаранције које ће спречити њихову злоупотребу у политичке сврхе (формирање правосудног савета, већа), а које није код нас актуелно решење. Централиза-

ција избора судија, остварена тиме што судије свих судова бира републичка Народна скупштина, оправдана је, али није најадекватнија, јер ће то добити карактер рутинског и формалног чина, услед тога што амбијент Народне скупштине није погодан за свестрано и пажљиво утврђивање чињеница; кандидати су анонимни и зато је нереално очекивати суштинску расправу у конкретним случајевима избора, тако да је за доношење одлуке, *de facto*, од највећег значаја фаза формирања предлога. наведено нужно даје негативну конотацију решењу по којем предлог формира скупштински Одбор за правосуђе, па би било много боље да је то у надлежности опште седнице Врховног суда. Исти недостаци испољени су и у поступку за разрешење судија, али ипак примарни је немогућност кандидата да се изјасни о поднетом предлогу, чиме овај поступак добија изразити карактер инквизиторности. Нови избори судија су се наметнули као неминовност, поступност је требало да буде њихово квалитативно обележје, што је занемарено, тако да ће се избор свих судија једновременно обавити, уместо сукцесивно, по истеку мандата судијама. И поред настојања иновирања, задржали су се неки од акутних проблема, као што је изостанак оптималног броја судија, па је и даље њихова оптерећеност евидентна.

Надовезујући се на претходни реферат, др Зорица Мршевић, својим излагањем, "Начини остварења независности судова", отвара наведену проблематику, и истиче да закон јесте обавезни критеријум правне истине за судију, али домет закона никад није апсолутан и стога се у сваком случају може отворити поље за креативно деловање самог судије. При реализацији стваралачке улоге судија је усмерен у правцу изналажења најприменивијег решења, а то је несумњиво оно које би довело до боље когзистенције и једнакости међу људима. Вечити идеал јесте постизање како личне (трајање и услови судске службе нису под контролом извршне власти), тако и стварне независности (судија је обавезан само да поштује закон и следи сопствену савест). Пласирајући низ информација које су резултат истраживачког дела Пројекта "Појаве угрожавања независности судова" (пројекат завршен 1990. године у организацији Института за криминолошка и социолошка истраживања из Београда), а којима обилује излагање, др Зорица Мршевић износи закључак да интервенције свих врста постоје али указује и на начине којима је могуће тај утајај смањити. Скоро је општеприхваћен став испитаних судија да је неопходно критички преиспитати постојећи начин избора судија, вршити ригорознију селекцију и укинути тоталну економску и статусну деградацију судског позива. Независност може прећи пут од идеала у реалност само уколико се оствари трансформација људског фактора у правцу стицања имунитета на неформалне утицаје путем јавног мишљења.

"Однос и сарадња судова и адвокатуре", размотрени у реферату адвоката Милана Вујина, умногоме зависе од прописа из области процесног права. Подизању квалитета односа адвокатуре и судства допринело би уколико бранилац стекне својство странке, а странкама се дају већа права у односу на употребу доказа. Нужност остваривања независности адвокатуре, која гарантује грађанима и правним субјектима пружање потпуне правне помоћи, доведена је у питање губитком статуса уставне категорије, у последњим изменама Устава Републике Србије, а могла би се делимично поправити заједничким састанцима судија и адвоката, на којима би се отворено и стручно расправљало о свим уоченим проблемима.

Несумњив значај улоге правосудних органа у примени и развоју кривичног права истакао је у свом реферату ("Улога органа кривичног правосуђа у развоју кривичног права"), проф. др Мирослав Ђорђевић. Правосудни органи реализују законодавствену вољу финализирајући садржину законских одредаби и дајући јој животну форму. И поред одсуства формалне обавезности судских одлука, оне делују снагом своје убедљивости и правне аргументованости. Стваралачка моћ судске праксе најафирмативнија је у погледу решавања оних питања која закон свесно није регулисао, нпр. сила и претња, стварно кајање, препуштајући њихово решавање пракси, када судови одлуке

доносе базирајући их на теоријским ставовима и сопственој емпирији. у условима високе инфлације често се намеће потреба кориговања понуђених законодавних решења применом различитих еластичних института - ублажавање казне, условна осуда. Богатство судске праксе унапређује еволуцију кривичног права указивањем на потребне измене у кривичном законодавству, стављањем примедби на пројекте кривичних закона и усмеравањем фокуса интересовања теоретичара на одређене практичне проблеме. Због свега наведеног, стручњаци из правосудних органа, несумњиво заслужују своје место у комисијама за израду законских пројеката.

Увек када се у жижи интересовања теоретичара нађе проблем субјекта кривичног дела, пуно се намеће питање какав статус припада правним лицима. Проф. др Обрад Перић у свом реферату "Законодавство у области привредних преступа и његове могуће промене", истиче да је отклоњена дилема о потреби одговорности правних лица, али да се још увек трага за адекватним законским решењима. Одређење појма привредног преступа новим Законом о привредним преступима (из 1985. године), упућује на то да су конститутивни елементи: друштвена штетност, противправност изражена кроз повреду прописа о привредном или финансијском пословању, последица, одређеност у пропису. Као позитивно, проф. др О. Перић истиче прецизирање противправности, јер је наведена врста прописа на коју се повреда односи, али замера изостављање субјекта (право и одговорно лице), јер друштвена штетност не може бити допринети разграничењу привредних преступа од осталих категорија казњених деликата, наспрот субјектима, који ту снагу имају. И даље егзистира као нерешено питање одговорности органа управљања, који је по правилу колективни орган, те се не подводи ни под одговорност лицу. Иако постоји мноштво прописа који регулишу ову област, уочава се потреба одређених измена у складу са постојећим друштвеним променама, тако што би се нека понашања декриминализовала, а нека инкриминисала. Свеукупност уставних и законских промена иницира неопходност преиспитивања и области казненог права, а могућа решења крећу се у два правца: задржати категорију кривичних дела за која би као и до сада одговарала физичка лица, код привредних преступа предвидети само одговорност правних лица, док би за прекршаје одговарала и правна и физичка лица. Насупрот томе предлаже се укидање привредних преступа и њихово трансформисање у кривична дела и прекршаје, зависно од тежине последице.

Недореченост је карактеристика и следеће области казненог права, прекршајног, која је актуелизирана рефератом др Наташе Мрвић под називом "Прекршајно законодавство, основни проблеми и могући правци будућег развоја". Хиперинфлација прописа о прекршајима проузрокује њихово непознавање, чак и од оних субјеката који су компетентни за њихову примену, и доводи до колизије савезних и републичких прописа. Да би се отклонили постојећи проблеми, неопходно је стриктно разграничити надлежност, тако што би била подељена између савезне и републичке скупштине и владе. Непрецизност дефинисања правне природе прекршаја и лутање између правног деликта, лакшег облика кривичног дела и посебног деликта, намеће потребу експлицитног одређивања кључних елемената, који би по др Наташи Мрвић, могли бити: значај дела, тежина повреде или степен угрожавања, и врста и тежина кривичне учињеног. По питању санкција, др Наташа Мрвић, заузима негативан став у односу на увођење условне осуде у систем прекршајних санкција и уједно предлаже ревидирање постојећег система, било потпуним укидањем казне затвора и задржавањем новчане казне, административних мера и накнаде штета, било задржавањем казне затвора још извесно време, али само за најтеже прекршаје и оне који су извршени у повратку. Сам прекршајни поступак неминовно изискује уређивање по принципу специјалног судског поступка, у којем ће основне карактеристике бити ефикасност и економичност. Не треба занемарити ни чињеницу да неопредељени, маргинални положај судија за прекршаје доводи до изложености знатним друштвеним и политичким утицајем, а евидентна је и

потреба боље кадровске и стручне оспособљености органа управе надлежних за одлучивање у посебним прекршајним стварима (царински, девизни и сл. прекршаји). Једино радикалнији захтев, уз постојеће стање ствари, може имати реалну практичну вредност, намеће се по, др Наташи Мрвић, као закључак из свега изложеног.

Наглашавајући да постојећа решења законског регулисања извршења казне затвора, у југословенском праву нису далеко од актуелних светских стандарда, проф, др Жарко Јашовић указао је (у реферату "Нека актуелна питања законског регулисања извршења казне затвора") само на она питања, која по својој ургентности, заслужују посебну пажњу у предстојећем ревидирању законских решења:

- неопходност дефинисања циља казне затвора;
- јасно прецизирање мера које су у функцији ресоцијализације и социјалне адаптације;
- законско прописивање начела који фундаментирају праксу;
- проналажење прикладнијег назива за затворске установе;
- потреба конституисања устава за извршење кратких казни затвора за повратнике;
- облигаторност ваншколских облика образовања и учења осуђених лица;

- прецизирање односа између центра за испитивање личности и опсервационих одељења у оквиру самих затворских установа;
- законско регулисање интерне класификације;
- унапређење система награђивања и кажњавања;
- елиминисање мере усамљења, као анархоне дисциплинске санкције;

Бројност ових проблема указује, по проф. др Жарку Јашовићу, на неопходност доношења посебног закона, који би на целовит начин регулисао сва питања од значаја за постизање, како опште сврхе кажњавања, тако и посебног циља казне лишења слободе.

Мр Гордана Зрилић, указала је на недоследности постојећих законских решења која регулишу извршење мера безбедности (у истоименом реферату). Нејасно је да ли мера безбедности обавезног лечења и чувања у здравственој установи, може трајати дуже од изречене казне затвора битно смањено урачуњливом лицу, као што је неприхватљива и могућност замене мере безбедности обавезног лечења на слободи мером безбедности упућивања у затворену здравствену установу, уколико се лице не подвргне лечењу на слободи. Мера безбедности обавезног лечења алкохоличара и наркомана не може имати факултативни карактер, а не постоје реални разлози који би указивали на потребу другачијег поступања, зависно од тога да ли је у питању услова осуда (када се ова мере може изрећи) или судска опомена оди. ослобођење од казне (где би требало предвидети могућност изрицања). У завршном излагању, предложене су измене постојећег система мера безбедности, у смислу елиминисања мере обавезног лечења на слободи, задржавања преостале две медицинске мере и мере одузимања предмета у систему мера безбедности, док би остале мере безбедности добиле карактер споредних казни.

Проф. др Ђурађ Стакић започео је своје излагање "О извршењу васпитних мера", приказом општих развојних трендова у области извршења васпитних мера (заводски - ванзаводски третман, радикално немешање, превенција), а затим указао на нека од савремених превирања у ресоцијализацији малолетника, наглашавајући значај те области и апелујући да јој буде посвећена заслужена пажња, у смислу преиспитивања, како могућности, тако и ограничења третмана у друштвеној заједници. На крају је усмерио пажњу присутних на неке од светских трендова у области извршења васпитних мера, где су уочљива следећа стремљења: мултидисциплинарни приступ путем тимског рада стручњака; богаћење и нијансирање арсенала кривичних санкција, установа и програма у служби индивидуализације третмана; постизање континуитета од откривања кривичног дела до потпуне социјал-

не реинтеграције малолетника; еластичност у реализацији и фаворизовање природности, специфичност и правовременост третмана и његово усмеравање на само извориште проблема, уз нужно проверавање адекватности коришћених метода.

Обиљем актуелних статистичких података, др Миодраг Симовић је дао, реалну, квалитативну и квантитативну слику "Обима, структуре и динамике малолетничке деликвенције, и политике гоњења малолетних учинилаца кривичних дјела у Босни и Херцеговини", и не занемарујући универзалност овог проблема, истакао пораст не само бројчани већ и по тежини извршених кривичних дела, уз манифестовање агресивности и безобзирности и масовност појаве злоупотребе наркотика међу омладином. Упозоравајући да све наведено, да све наведено, без обзира колико је депримирајуће, представља нашу реалност, сугерирао је извесна могућа решења. Суштина адекватне реакције на малолетничко делинквентно понашање, евидентно није у оптирању за блажи или строжи третман, већ у *de facto* одвајању малолетника од начина живота штетног, не само за њега самог, већ и за друштво у целини. Иако је значај превенције несумњив, нерешено је питање субјеката који фигурирају као носиоци овог деловања, а није каналисано ни само деловање. Алармантан је изостанак, од већине земља прихваћен, "продужене терапије", којом се малолетнику пружа помоћ у решавању акутних проблема проистеклих из деловања различитих криминогених фактора. Први корак, у смислу унапређења целокупног стања малолетничке делинквенције, представљају неопходне законске измене у правцу ефикаснијег санкционисања поседовања дрога и проширења примене одредби Општег дела Кривичног закона о ослобађању од казне, стварној и правној заблуди, као и о евиденцији на малолетне учиниоце кривичних дела. Учесницима Саветовања реферат др Миодрага Симовића изложио је мр Јован Ђурић, због објективне спречности аутора да присуствује Саветовању.

II.

И овог пута је потврђено правило да највећи креативни потенцијал носе дискусије које фокусирају примарне проблеме са којима се суочавају практичари у свакодневном раду и који опредељују интелектуални ангажман теоретичара.

Проф. др Мирослав Ђорђевић подсетио је присутне на чињеницу да је још почетак 90-их био обележен радом на изменама савезног и републичког кривичног законика, а да је нови Устав, непружањем дешифрираних решења, отворио простор у којем се различитим тумачењима одредби о законодавној надлежности може доћи до контрадикторних решења, и стога се заложио за неприхватање уставних решења о подељеној законодавној надлежности у кривичноправној материји, већ за доношење јединственог законика.

Душан Лакичевић је изразио незадовољство решењима новог Устава, првенствено зато што ниједна претходна изнета сугестија није имала утицај на изразу Устава, а потом и тиме што нови Устав недовољно ефикасно штити нову државу и њен правни поредак. Ставове је поткрепио илустрованим примером о немогућности изрицања смртне казне у случају атентата на председника СРЈ, насупрот могућности када је у питању атентат на председника СРС. Неминовно је ефикасност рада СУП-а угрожена чињеницом да нови Устав укида могућност одређивања притвора од стране органа унутрашњих послова, за разлику од супротних решења у упоредном законодавству (Аустрија, Велика Британија, САД). Томе доприноси и одредба која не дозвољава вршење претреса без сведока ради прибављања материјалних доказа, већ само ради хватања учинилаца кривичних дела и спасавања људи и имовине. *Vacatio legis*, од 2 године, по Душану Лакичевићу, довољно је дуг рок у којем уставна решења треба ускладити са друштвеним потребама.

Несумњив значај правосудних органа у процесу кривичног законодавства, истакао је, на почетку свог излагања, проф. др Љубиша Лазаревић и изразио жаљење због неоправданог одсуства представника врховних судова и министарстава правде Србије и Црне Горе. Несхватљив је пасиван став врховних судова, образложен свођењем сопствене улоге само на примену права, у погледу иницирања законодавних измена, што теорија настоји да коригује праћењем кретања праксе и кривичним освртом на свеукупност законских решења. Да би се отклонили постојећи недостаци, али и остварила квалитативна сублимација позитивног, неопходно је формирање стручног органа, при републичком Министарству правде, који би имао улогу саветодавног тела и у том смислу креативно филтрирао предлог адвокатуре, правосудја и представника науке. Позитивна законска решења о избору судија и трајности судске функције, у великој мери неутрализују евентуалне грубе политичке притиске, али ипак остављају могућност неправилног деловања под утицајем јавног мишљења, хиперинфлације прописа, која води њиховом непознавању, а не треба занемарити ни постојање злоупотреба, које је, на жалост, тешко верификовати, да би се предузеле одговарајуће мере. Однос адвокатуре и правосудја не треба посматрати као интегрисање поступања, већ га треба успоставити на два основна принципа: законитости деловања и култура понашања.

Оправданост предлога о формирању Правосудног савета за избор судија и Стручног органа за предлагање измена, као и неопходност задржавања притвора одређеног од стране органа унутрашњих послова, истакла је и Гордана Стојаковић-Милошевић, заменик јавног тужиоца из Београда, и усмерила пажњу присутних на проблеме који су евидентни у раду тужилаштва, а које узрокују неусклађеност повчаних износа, као елементи бића кривичног дела, са инфлаторним кретањима и недореченост појединих законских решења нпр. прописивање тежег облика кривичног дела недозвољеног прекида трудноће, само када су наступиле теже последице за жену, а не и у случају наступања истих по дете.

Адвокат Милан Вујин сматра да нема оправдања преношење правосудних функција на друштво, код кривичних дела која се гоне по приватној тужби, јер то доводи до дуалитета надлежних органа, као ни задржавање могућности да притвор одреде органи унутрашњих послова. По питању вештачења у кривичном поступку, истакнута је потреба давања права браниоцу и окривљеном да прибаве мишљења вештака по сопственом избору, које би имало карактер доказа, а ако доводи у питање већ дато мишљење вештака, сулу наметало обавезу одржавања новог вештачења.

Судија Радован Кривоквалић, не само што је подржао предлог о формирању правосудног савета, него је предложио и његов могући састав (тројица судија, три научна радника, члан по положају министар правде, а као председник - председник Врховног суда), а такође се заложio за евентуално успостављање сенафских удружења судија и вештака. Као негативно окарактерисано је искључиво квалитативно формирање радних норми судија, при чему се занемарује квалитативни елемент - специфична тежина појединих предмета.

Мр Јован Ђурић дао је свој допринос дискусији, актуелизујући проблем независности судова, у светлости нерешеног друштвено-економског положаја, где је као веома индикативан навео пример енглеског правосудја, правилно уочавајући да независност судије није резултат искључиво изборне процедуре, већ и питање личног опредељења.

Силвија Пановић-Ђурић, асистент-приправник Правног факултета у Београду, истакла је нека од питања која намеће постојећи ситем мера безбедности:

- претпоставка за изрицање мере обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи не треба да буде "опасност за околину", већ околност да "здравствено стање учиниоца указује на потребу институцио-

палног третмана затвореног типа" (оваква формулација сходно би била примењема и на остале две медицинске мере безбедности);

- неприхватљиво је временско ограничење лечења на слободи, пошто је реч о медицинском третману специфичне природе (што је могуће покрепити и одредбом чл. 83. Стандардних минималних правила за поступање са затвореницима), а и логичније је да се људска права пре могу злоупотребити слањем учиниоца у установу затвореног типа;

- координираним деловањем социјалних служби, психијатријских служби (било из дома здравља, или још адекватније у виду патронажне службе) и посебног органа при тужилаштву или судству, било би остварено превентивно деловање, што спречава да агресивна понашања прерасту у најтежа кривична дела;

- неопходно је укидање забране јавног иступања и као мере безбедности и као правне последице осуде;

- излишна је егзистенција правне последице осуде која по својој садржини одговара мери безбедности забране вршења позива, делатност и дужности, јер им је суштина истоветна.

Асистент-правник Правног факултета у Београду, Наташа Делић, дискусију је базирала на значају процеса персонализације личности, који треба малолетнику да омогући усвајање позитивних општедруштвених ставова, а затим истакла неопходност кривичног преиспитивања постојећег превентивног и репресивног система деловања на малолетне учиниоце кривичних дела:

- изостанак ефекта превентивног деловања, као последице недовољног друштвеног ангажовања;

- неефикасност васпитне мере упућивања у дисциплински центар и потреба њене замене ефикаснијим мерама у предстојећим законским изменама;

- позитивност решења из Предлога ЗИКС-а Србије, да васпитач може бити само лице са високом стручном спремом;

- питање оправданости чл. 184 (из Предлога ЗИКС-а Србије), по којем у трошковима смештаја и исхране малолетника, у другој породици, дисциплинском центру, васпитној установи, ВП дому, и посебној установи, учествују у целости или делимично родитељи или старалац, односно лица која су по закону дужна да издржавају малолетника, а досуђују се породици односно установи у којој се васпитна мера издржава, јер су честе ситуације да баш породица има значај криминалног фактора, што ће довести у питање иницијативу и ангажовање родитеља при изрицању и извршењу васпитних мера;

- неопходност интензивирања научноистраживачког ангажовања, како би била створена реална слика о малолетничкој делинквенцији на целокупној територији СРЈ.

Већина учесника Саветовања предложила је формулисање закључака који су се евидентно наметнули, како поднетим рефератима, тако и веома плодном дискусијом, и њихово прослеђивање законодавном одбору Скупштине и Министарству правде, јер је крајње време да усаглашени ставови теорије и праксе остваре утицај на законодавне промене у друштву, својим оживотворењем.

Саветовање има несумњив значај, и зато треба поздравити ентузијазам свих учесника у њиховим настојањима да дају свој допринос успостављању и функционисању правне државе и демократије.

*Наташа Делић, асистент-приправник
Силвија Пановић-Ђурић, асистент-приправник*

САВЕТОВАЊЕ "ПРАВНА ЗАШТИТА ЧОВЕКА У ОРУЖАНИМ СУКОБИМА И ОДГОВОРНОСТ ЗА ЗЛОЧИНЕ ПРОТИВ ЧОВЕЧНОСТИ И МЕЃУНАРОДНОГ ПРАВА" И ОКРУГЛИ СТО "ЈУГОСЛОВЕНСКО КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО У КОНТЕКСТУ НОВИХ УСТАВНИХ РЕШЕЊА"

На Жабљаку је 15, 16. и 17. октобра 1992. године у организацији Савеза удружења за кривично право и криминологију Југославије одржано Саветовање на тему: *"Правна заштита човека у оружаним сукобима и одговорност за злочине против човечности и међународног права"* и Округли сто: *"Југословенско кривично законодавство у контексту нових уставних решења"*.

I.

1.1 Југословенска научна мисао и судска пракса, од окончања суђења ратним злочинцима из другог светског рата, нису били иницирани у правцу суптилнијих кривичноправних анализа одредби везаних за ратне злочине и злочин геноцида, осим по питањима која су се нужно наметала у поступцима ратификације појединих међународних Конвенција везаних за наведену материју. На жалост, актуелна ситуација створила је потребу критичке анализе постојећих кривично-правних одредаба како би се избегли евентуални спорови при одређивању правне квалификације дела и утврђивању кривичне одговорности учесника, што је и определило тему одржаног Саветовања.

Мр Лазар Раонић, заменик Савезног јавног тужиоца, поднео је реферат на тему: "Правна заштита човека у оружаном сукобу и одговорност за злочине против човечности и међународног права", у којем је указао на могуће злоупотребе пропагандне активности, са последицом нарушавања правне заштите човека у оружаном сукобу и на трансформације које национални правни системи доживљавају у таквим ситуацијама, што доводи до промене квантума права и дужности грађанина, у корист дужности. Говорећи о значају међународне регулативе у овој области аутор је, после низа историјских чињеница на које се осврнуо, истакао значај решења датог у Допунском Протоколу I уз Женевске конвенције који намеће поштовање одредби међународног ратног и хуманитарног права независно од карактера сукоба (агресивни рат, ослободилачка или одбрамбена борба), обезбеђујући њихову примену децидираним прописивањем да примена правила међународног права не опредељује карактер оружаног сукоба.

"Оружани сукоби и заштита цивилног становништва", тема је реферата *др Љубише Лазаревића*, професора Правног факултета у Београду, који се за ову тему определио на основу чињенице да је наведена категорија најугроженија у савременим оружаним сукобима, у којима се губи граница између фронта и позадине, а најмање заштићена, јер већина учинилаца полази од претпоставке да околности под којима се кривична дела извршавају онемогућују њихово откривање и кажњавање. Анализирајући биће кривичног дела из чл. 142. КЗ СРЈ (ратни злочини против цивилног становништва) аутор је не само издвојио његове конститутивне елементе, него и

повукао паралелу са сродним кривичним делима желећи да то судској пракси користи у евентуалним спорним случајевима.

Злочини против цивилног становништва представљају кривично дело са више алтернативно одређених радњи извршења, а из тога произлази да је за постојање дела довољно и предузимање само једне од наведених радњи, али не постојати само једно и када исто лице предузме више радњи извршења, без обзира што су оне учињене према различитим лицима, на разним местима и у различита времена.

Ово кривично дело обезбеђује заштиту цивилном становништву за време рата, окупације или оружаног сукоба. Истакнут је значај Другог Протокола уз Женевске конвенције донетог 1977. године, који домен примене Конвенције проширује и на оружани сукоб унутар једне државе, али искључује примену у случају избијања побуне, или других изолованих и спорадичних аката насиља.

Жртве овог ратног злочина могу бити само лица која се по правилима међународног права сматрају цивилним становништвом. У случају сумње којој категорији, цивилном становништву или ратном заробљенику, неко лице припада, предност треба дати категорији цивилног становништва, као повољнијем решењу.

Од посебног значаја утврђивање извршиоца овог кривичног дела, који може фигурирати или као наредбодавац или као непосредни извршилац. Наредбодавац није само лице овлашћено да издаје наређења, већ и лице које је у конкретној ситуацији фактички издавало наређење, нпр. државни функционери, страначки лидери. Борац или други учесник у оружаном сукобу могу се јавити као непосредни извршиоци, при чему је из тога увек искључено лице које припада категорији цивилног становништва.

Околност да се вршењем ратних злочина према цивилном становништву крше правила међународног права, иако наведена у самом опису дела, не представља његов конститутивни елемент, па није ни потребно да је обухваћена умисљајем учиниоца.

У другом делу реферата аутор је повукао паралелу између ратног злочина против цивилног становништва и других сродних кривичних дела издвајањем искључиво диференцирајућих елемената.

Разлика између ратног злочина против цивилног становништва и геноцида је у томе што је геноцид могуће вршити и за време мира, што извршилац може бити свако лице, а не само припадник оружаних снага и што је за геноцид неопходно постојање посебне намере: "потпуног или делимичног уништења неке националне, етничке, расне или верске групе".

Диференцирање кривичног дела убиства представника највиших државних органа у односу на кривично дело ратног злочина против цивилног становништва омогућено је, такође, постојањем посебне намере: "угрожавања Уставом утврђеног државног и друштвеног уређења или безбедности СРЈ".

Уколико се као извршилац кривичних дела против живота и тела, имовине, достојанства личности и морала или других група кривичних дела чије радње представљају неку од алтернативно одређених радњи код кривичног дела ратног злочина против цивилног становништва, појављују лица која нису припадници оружаних снага, дело неће бити квалификовано као ратни злочин против цивилног становништва, а околност да је извршено за време оружаног сукоба представљаће отежавајућу околност.

Љубомир Прљета, Савезни јавни тужилац, је на почетку свог реферата "Ратни злочини и злочини геноцида", дао историјски преглед законских међународноправних решења истичући значај Нирнбершке пресуде и Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида, нарочито због успостављања принципа личне одговорности шефова држава и других политичких и војних вођа за планирање и спровођење агресивних ратова; одговорности за чланство у злочиначким организацијама; формулисања међународ-

них кривичних дела и искључивања геноцида из категорије политичких злочина, чиме је омогућена екстрадиција учинилаца овог кривичног дела.

Учесницима Саветовања презентирана је и књига Љубомира Прљете "Злочини против човечности и међународног права", у којој је, између осталог, дат преглед пресуда Нирнбершког суда и других релевантних докумената.

У другом делу реферата аутор указује на извесне недоследности које су се испољиле како приликом суђења ратним злочинцима након другог светског рата (фелмаршал Листа), тако и у поступку настојања Југославије да осуди неосуђене ратне злочинце, који су се налазили у страним земљама (Андрија Артуковић), а које представљају напуштање духа и принципа Нирнбершке пресуде.

Аутор сматра да постојећа и негативна и позитивна искуства треба искористити као смернице при проналажењу и обезбеђивању доказа везаних за утврђивање злочина извршених у сукобима на територији бивше Југославије. На крају је истакнута и потреба преформулације постојећег чл. 141. КЗ СРЈ (кривично дело геноцида) у смислу искључивања и културног геноцида, поред већ предвиђених, физичког и биолошког.

У свом реферату "Ратни злочини против ратних заробљеника", др Бора Чејовић, професор Правног факултета у Крагујевцу, разјаснио је појам ратног заробљеника одређеног Женевским конвенцијама и указао на оправданост проширења категорије лица која се сматрају ратним заробљеницима, према Протоколу I уз Женевске конвенције, с обзиром на правила модерног ратовања. Израгање појма ратног злочина према ратним заробљеницима аутор је везао за питања права и дужности ратних заробљеника, постављених у Женевској конвенцији о заштити ратних заробљеника. И код ове категорије ратних злочина као извршица кривичног дела могу се јавити наредбодавац и непосредни извршилац, а кршење правила међународног права ни овде није конститутивни елемент кривичног дела. У даљем тексту реферата аутор указује на везу између кривичног дела из чл. 144 (ратни злочин против ратних заробљеника), чл. 150 (сурово поступање са рањеницима, болесницима и ратним заробљеницима) чл. 150а (неоправдано одлагање репатријације ратних заробљеника).

"Кривична одговорност за геноцид и ратне злочине", тема је реферата др Драгољуба Атанацковића, професора Правног факултета у Београду. Вршење међународних кривичних дела намеће проблем кривичне одговорности државе, јер у Хашкој конвенцији изричито постоји само обавеза државе да накнади штету, као вид грађанскоправне одговорности у случају повреде одредаба Конвенције. Наведени проблем поларизовао је теоретичаре, и домаће и стране, *pro et contra*, што је аргументовано свим разлозима који се редовно износе по питању кривичне одговорности правних лица уопште.

Међу принципима индивидуалне кривичне одговорности установљеним од стране међународне заједнице посебан значај имају: принцип легалитета (супротна су мишљења по питању његове реализације - већина теоретичара сматрала је да је принцип испоштован тиме што су и пре Нирнбершке пресуде важиле одређене међународне норме засноване на принципима природног права и правичности); супрематије међународног права над националним (који је иницирао спор везан за питање мешања у унутрашње ствари суверене државе); принцип по којем се лице које крши законе рата не може позивати на имунитет; принцип у чијој основи лежи став да наређење претпостављеног не ослобађа учиниоца одговорности али може утицати на ублажавање казне (постоје неслагања око тога да ли наређење претпостављеног утиче на кажњивост, кривичну одговорност или противправност); одговорност организатора за сва дела произашла из злочиначког плана и принцип незастаривости (неједнако примењен у свим државама - неке државе су само продужиле рокове застарелости).

На основу свега изнетог аутор је заузео став о потреби стварања Међународног кривичног кодекса и формирања Сталног међународног кривич-

ног суда, као и органа који би био надлежан за извршење кривичних санкција које би Међународни кривични суд изрекао.

Др Живојин Алексић, професор Правног факултета у Београду, у реферату "Методика доказивања ратних злочина", обрадио је проблеме везане за ратне злочине са аспекта методике њиховог откривања и доказивања. Свако кривично дело са методичке стране има своје посебности које бивају потенциране условима у којима се врше ратни злочини, што је определило аутора реферата да изложи само специфичности везане за вршење убиства као најиндикативније радње извршења јер фигурира код свих врста ратних злочина и злочина геноцида. Након детаљно изложеног криминалистичког приступа, аутор посебно скреће пажњу на неопходност ангажовања припадника Међународног црвеног крста од тренутка откривања гробница или већег броја лешева па све до окончања експертизе, сугеришући прављење видеозаписа поред записника са скицама, фотографијама и налазима стручњака.

Процесни аспект, разматране проблематике, добио је своје место у реферату "Надлежност кривичних судова и кривична дела геноцида и ратних злочина", *др Станка Бејатовића*, професора Правног факултета у Крагујевцу. Аутор је детаљно изложио одредбе везане за стварну, месну надлежност и решавање сукоба надлежности судова у кривичним стварима када су у питању ратни злочини и злочини геноцида. Посебно је издвојено питање стварне надлежности у случајевима када током кривичног поступка дође до престанка својства појног лица учиниоцу кривичног дела, јер на то питање не утиче само врста и тежина учињеног кривичног дела већ и својство учиниоца (грађанско, војно лице). Питање месне надлежности актуелизовано је сужавањем територије на којој важи Закон о кривичном поступку, али по мишљењу аутора сви постојећи *форуми* имају и даље своје оправдање.

"Правна заштита детета у оружаним сукобима" је тема реферата који је испред Савезног министарства унутрашњих послова поднео *мр Зоран Вучинић*. Посебан значај у овој области имају Декларација о заштити жена и деце у кризним ситуацијама и оружаним сукобима и Конвенција о правима детета. Аутор у реферату разматра питање регрутације и коришћења деце у оружаним сукобима и њихове евакуације и идентификације. Међународна правила обавезују државе да у непосредним непријатељствима не ангажују децу испод 15 година, што је испоштовано у нашем Закону о војној обавези, али у наведеним међународним правилима није прецизно одређено у којим видовима индиректног ангажовања деца могу учествовати, што аутор правилно уочава као пропуст. Нерегулисан је и случај добровољног стављања деце на располагање оружаним снагама своје земље. Поред постојеће обавезе евидентирања деце путем картона са фотографијом и уношењем одређених података који се прослеђују Централној агенцији за трагање при Међународном комитету Црвеног крста, аутор указује на потребну допуну постојеће регулативе, с циљем обезбеђивања ефикасније идентификације евакуисаних малолетника и одсуства значајног става југословенског законодавца поводом тог питања. Излагање реферата окончано је закључком о неопходности издвајања деце као посебне категорије жртви ратних злочина и злочина геноцида.

1.2. Изложени реферати иницирали су дискусију која је превазишла границе формалноправног аспекта и захватила социјално-патолошку и практичну страну проблема ратних злочина и злочина геноцида.

Др Жарко Јашовић, професор Дефектолошког факултета у Београду, истакао је актуелност изабране теме Саветовања, али је замерио што је сужавање фокуса проблема на правни аспект оставило по страни велики број стручњака који се баве социјалном патологијом са различитих аспеката, чиме би пренентивно и свако друго деловање на смањење криминалитета послератног периода могло бити ефикасније. Правилан приступ проблему захтева етиолошку анализу предратне и ратне ситуације која би омогућила

прикупљање релевантних података корисних при избору најадекватнијих метода поступања у каналисању друштвених процеса.

Др Миланка Вешовић, професор Правног факултета у Сарајеву, осврнула се на веома интересантне проблеме легалитета у међународном кривичном праву и наређења претпостављеног. Појединац у међународном кривичном праву не одговара држави него међународној заједници што се базира на принципу супрематије међународног права над националним, а као консеквенцу има негирање принципа легалитета принципом владавине природног права над националним законима који су у супротности са "унутрашњом моралности" која се налази у основи општеприхваћеног система природног права и правичности. Питање заповести претпостављеног је дискутабилно и слојевито и сходно томе захтева дубљу анализу на основу које би био формулисан општеприхваћени став по том питању. Данас, у теорији, присутни су бројни ставови који решењу проблема прилазе на различите начине: превласт интереса војне службе; друштвени интерес као примаран; осећање послушености као доминантно или постојање заблуде о противправности.

Ђорђе Трифуновић, заменик војног тужиоца, предочио је практичне проблеме са којима се сусрећу војни судови, а који су последица превласти политичких интереса над потребама које произлазе из реалног стања. Тиме што није проглашено ратно стање онемогућен је прелазак војних судова на начин рада прилагођен тој ситуацији и уједно се учињена кривична дела не квалификују као класична кривична дела него као ратни злочин.

Љубомир Прљета, Савезни јавни тужилац, полазећи од чињенице да је на међународном плану покренуто питање суђења за ратне злочине учињене на територији бивше Југославије, истакао је као неопходно активно учествовање надлежних органа СРЈ у прикупљању доказа о ратним злочинима и злочинима геноцида, као и доказа о кривици лица осумњичених за учествовање у вршењу ових кривичних дела и презентирања прикупљеног материјала међународној јавности.

1.3. Иако нелогично, евидентно је одсуство многих стручњака који су могли дати несумњив допринос у разматрању проблематике Саветовања, која је већ дуже време присутна у круговима стручне јавности. Правна питања и изнета искуства, која су чинила основу овог Саветовања, указала су на неопходност даљег ангажовања, поновним окупљањима стручњака, у правцу изнаглажења решења која би почивала на принципима правичности и хуманости. Правила међународног ратног права, која по свом карактеру више представљају препоруку за деловање него што имају снагу обавезности, морала би бити кодификована и реализована кроз активност Међународног кривичног суда чије је оснивање неопходно.

II.

У наставку Саветовања одржан је Округли сто посвећен будућим правцима развоја кривичног законодавства условљеног постојећим уставним решењима, који је отворио и завршну реч дао проф. др Љубиша Лазаревић.

Уставна формулација која се односи на законодавну надлежност у области кривичног права, како истиче проф. Лазаревић, није прецизирала која материја ће бити обухваћена савезним законодавством, а која републичким, тако да ће компетенција за део материје зависити од тумачења, ужег или ширег, или од политичког договора између федерације и република. Ни по питању смртне казне, у Уставу, није заузет децидиран став јер могућност прописивања смртне казне није везана за природу кривичног дела него за формални елемент, тј. којим је законом дело прописано. Проф. Лазаревић сматра да се као најбоље решење намеће промена Устава пре измена кривичног законодавства. По питању рока остављеног за усклађивање кривичног законодавства са уставним решењима, заузет је позитиван став, јер дуг рок омогућује темељно преиспитивање садашњих решења у кривичним за-

конима и отклањање раније уочених недостатака, али са друге стране, овако дуг рок има и одређене слабости - дужи време ће се примењивати превазиђене законске одредбе. Замерно је што се науци даје маргинално место у односу на креирање закона и уочено је негативна појава тек накнадног ангажовања стручњака, када је израда Нацрта закона већ окончана.

Ставови изнети у дискусији, која је представљала окосницу Округлог стола, концентрисали су се око питања јединственог кривичног законодавства, којем се приступило са различитих аспеката, а у којој су учешће узели: В. Попадић, др Б. Чејовић, др Ж. Јашовић, Јб. Прљета, С. Радовановић, С. Видовић, С. Пановић-Ђурић, Н. Делић и др Д. Атанацковић.

Уставно решење о задржавању подељене законодавне надлежности у кривичној материји, је било најмање очекивано и доказ је више да ни оваог пута није уважено мишљење стручне јавности која се скоро две деценије непрекидно залаже за поновно успостављење јединствене надлежности у области кривичног права. Комисија ангажована на изради Нацрта кривичног закона Републике Србије, застала је са радом у време доношења Устава СРЈ, јер се очекивало сасвим супротно решење које би, да је усвојено, рад Комисије усмерио у другом правцу. Усвојено решење о подељеној законодавној надлежности није прихватљиво ни у области извршења кривичних санкција, јер то није материја у којој се испољавају специфичност, а јединствен закон би омогућио ефикаснију ресоцијализацију и економичније коришћење расположених установа и средстава.

Уколико до уставних измена не дође у догледно време, уз претпоставку постојања сагласних политичких ставова федерације и република о доношењу јединственог кривичног законика, чл. 79. Устава СРЈ даје такву могућност: "Савезна скупштина може, на заједнички предлог република чланица, савезним законом уредити и друга питања која нису у надлежности СРЈ".

Не губећи наду да идеја коју подржавају толико дуго и толико упорно, ипак може заживети, учесници Саветовања изабрали су радно тело у саставу: проф. др Јб. Лазаревић, проф. др Б. Чејовић и асистенти Н. Делић и С. Пановић-Ђурић, које треба да уобличи закључке Саветовања и да их презентира Министарству правде Србије, Министарству правде Црне Горе и савезном Министарству правде.

Одржано Саветовање још једном је потврдило тежњу стручњака да дају свој допринос концептирању најбољих законских солуција које би пракси омогућиле најефикасније и најправичније функционисање.

*Наташа Делић, асистент-приправник
Силвија Пановић-Ђурић, асистент-приправник*

ANDRÉS BELLO Y EL DERECHO LATINOAMERICANO (Congreso Internacional, Roma 10/12 dicembre 1981), изд. La case de Bello, Caracas 1987, стр. 530

Књига "Андрес Бељо и латиноамеричко право" садржи радове, овде дате у форми чланака, који су поводом двестоте годишњице рођења Андреса Беља саопштени на међународном конгресу у Риму 1981. године (1). Како се о овом изванредном правнику који је много допринео уобличавању савреме-

(1) У одељку "Андрес Бељо и међународно право у Латинској Америци" налазе се следећи чланци: *Fernando Murillo Rubiera, La solidaridad americana en le pensamiento internacionalista de Andrés Bello*, стр. 23-55; *Massimo Panebianco, Andrés Bello (1781-1865) e l' internazionalismo latinoamericano*, стр. 57-83; *Héctor Gros Espiell, Andrés Bello y el Dercho Internacional*, стр. 85-94; *Isidro Morales Paul, La contribucion de Don Andrés Bello a la formulacion de los principios del Derecho Internacional en America*, стр. 95-131; *Virgilio Ilari, Osservazioni sul rapport fra Diritto Romano e Diritto delle Geniti nel pensiero di Andrés Bello e nelle fonti per i Principios de Derecho Internacional*, стр. 133-149; *Paolo Fois, Dal Diritto Internazionale americano al Diritto dell' integrazione latinoamericana: il contributo di Andrés Bello*, стр. 151-157; *Jurgen Samleben, La relacion entre Derecho Internacional publico y privado en Andrés Bello*, стр. 159-169. У одељку "Место универзитета и римског права у образовању правника према мишљењу Андрес Беља" налазе се следећи чланци: *Hanns-Albert Steger, Derecho Romano y modelo universitario de Andrés Bello*, стр. 173-183; *Maximo Pacheco, Don Andrés Bello y la formacion del jurist*, стр. 185-204; *Candro Schipani, Andrés Bello romanista-institucionalista*, стр. 205-258; *Klaus Luigi, Gli Elementa Juris Civilis di G. Heineccius come modello per le Instituciones de Derecho Romano di Andrés Bello*, стр. 259-274; *Pierre Villard, I romanisti francesi nell' opera di Andrés Bello (1804-1865)*, стр. 275-283; *Gero Dolezalek, Andrés Bello e l'insegnamento della storia del Diritto*, стр. 285-293; *Emilssen Gonzalez de Cancino, La ensenanza de Derecho Romano en Colombia y la utilidad de un enfoque bellista*, стр. 295-299. У одељку "Грађански кодекс Андрес Беља. Јединство и посебност латиноамеричког правног система" налазе се следећи чланци: *Carlo Ghisalberti, Il Codice Civile di Andrés Bello, codice latinoamericano*, стр. 303-315; *Alexandrio Guzman Brito, La sistematica delCodigo de Andrés Bello*, стр. 317-332; *Jose M. Castan Vasquez, ElCodigo Civil de Bello, factor de unidad*, стр. 333-342; *Bernardino Bravo Lira, Difusion delCodigo Civil de Bello en los paises de derecho castellano y portugies*, стр. 343-373; *Jorge Peirano Facio, Proyeccion delCodigo Civil de Andrés Bello*, стр. 375-380; *Atilio Guameri, IlCodigo Civil cileno e i suoi modelli: alcune osservazioni*, стр. 381-384; *Giovani Diurni, Il Codice, immagine delle forme viventi dell' ordine sociale e della moralita del secolo: prime osservazioni sulla disciplina del matrimonio nell' opera codificatoria di Andrés Bello*, стр. 385-404; *Jose Luis De los Mozos, La organizacion del regimen economico matrimonial en elCodigo Civil de Andrés Bello*, стр. 405-419; *Antonio Masi, La legittimazione attiva alle azioni possessorie nelCodigo Civil di Andrés Bello*, стр. 421-423; *Gian Savino Pene Vidari, Note sui rapporti fra codice cileno e codice sardo sul regime delle acque*, стр. 425-436; *Hans-Peter Benohr, Atteggiamenti sociali nel diritto contrattuale delCodigo Civil*, стр. 437-447; *Giuseppe Provera, Solidarieta e regresso nel Codice di Andres Bello*, стр. 449-458; *Rolf Knutel, Normativas paralelaa en el derecho de obligaciones en elCodigo Civil de Andrés Bello*, стр. 459-476; *Laura Moscati, La problematica giuridica nell' opera publicistica di Andrés Bello*, стр. 477-480; *Francesco Busnelli, Considerazioni sulla cris dei codici, con particolar riferimento al caso del Codice Civile cileno di Andrés Bello*, стр. 481-495

ног латиноамеричког права у Југославији мало зна (2), пишемо овај приказ у уверењу да ће основни подаци о Бељоовом делу допунити представу наших правника о значају римског права и бити подстицај за изучавање латиноамеричког права.

Андрес Бељо (1781-1865) један је од највећих правника Латинске Америке и не само то. Он је један од симбола латиноамеричке историје, њене независности и слободе. Био је Боливаров савременик, а за слободу се борио не као ратник већ као интелектуалац. Због значаја његовог животног дела сматра се духовним ослободиоцем Иберијске Америке (3). Његов живот и рад, а више утицај који је извршио, нису везани за једну земљу. Родио се и завршио студије у Каракасу, а након деветнаест година службовања у дипломатским мисијама Венецуеле, Чилеа и Колумбије у Лондону прихватио је понуду владе Републике Чиле да се укључи у њену јавну администрацију. У тој земљи је остао до смрти. Радио је на организовању државне управе, предавао на универзитету и бавио се научним радом који је оставио дубоког трага. По свом делу он је латиноамерички патриота а не само борац за ослобођење једне земље од шпанске доминације (4).

Андрес Бељо, као и Боливер, био је дете просветитељског покрета из времена владавине шпанског владара Карла III (1759-1788) (5). Био је човек широке културе и није случајно што је изабран за првог ректора Универзитета у Чилеу. Предавао је природно право, право народа и римско право. Био је такође изузетно плодан креатор правних прописа. Најзначајније резултате постигао је у областима међународног и грађанског права. Аутор је пројекта који су подстицали латиноамеричку интеграцију, те Грађанског кодекса Чилеа који је у доброј мери реципиран у латиноамеричким земљама. Полазећи од овако вишеслојне активности, сасвим је разумљиво што овај зборник радова који приказујемо подељен на три дела: I. *Андрес Bello y el Derecho Internacional en America Latina* (стр. 22-169), II. *Universidad y Derecho romano en la formacion del jurista segun Andres Bello* (стр. 171-299) III. *ElCodigo Civil de Andres Bello. Unidada y especificidad del sistema juridico latinoamericano* (стр. 301-495). Зборник, такође, садржи излагања са отварања и затварања конгреса, те податке о стручној и научној активности аутора чланка. Будући да је Бељов однос према римском праву утицао на његове концепте у области међународног, као и грађанског права, осврнућемо се, најпре, на чланке који осветљавају тај однос и његову активност у области римског права.

I. МЕСТО УНИВЕРЗИТЕТА И РИМСКОГ ПРАВА У ОБРАЗОВАЊУ ПРАВНИКА ПРЕМА МИШЉЕЊУ АНДРЕСА БЕЉОА

Бељо се први пут сусрео с римским правом на Универзитету у Каракасу. Ту је, у складу са шпанском универзитетском традицијом, изучавао Јустинијанове *Институције* које су пре и после добијања независности латиноамеричких држава чиниле суштински део програма правних студија. У њима је, као што је познато, римско право било систематски обрађено. Због те систематике Институције с природноправном и историјском школом у Европи добијају велики значај. Преко њих је, с једне стране, ишло спајање римског права с правима појединих држава, а с друге, развијала се модерна грађанскоправна наука, јер су Институције биле и метод и комплекс правних

(2) Чак и Енциклопедија лексикографског завода, Загреб, 1966, том 1, стр. 352, не спомиње његову активност у области права. Наводи само два Бељоова дела, *Gramatica de la lengua castellana* и *Silvas americanas* (поема).

(3) Тако: R. Caldera, *op. cit.*

(4) Тако: C. Ghisalbetti, *op. cit.*

(5) Тако: H. A. Steger, *op. cit.*

категорија. Та испреплетаност римског и новог права које се стварало, одражавала се и на програме правних студија у Беоово време. Тако је он на једном приватном универзитету у Чилеу, под називом "Историја и елементи римског права", заједно предавао природно право, право народа и римско право, а исто тако у форми "Институција" принципе општег законодавства и римског права. Као плод ове наставне активности појављује се, 1843. године, његове *Instituciones de Derecho Romano*, а касније пише и *Principios del Derecho Romano segun el orden de los Instituciones de Justiniano*.

Према Беоовом схватању римско право се мора изучавати из више разлога. Најпре због тога што су у његовим оквирима изграђени за правнике нужни инструменти, термини, концепти, приципи и класификације. Друго, без изучавања римског права не може се разумети право европских нација. Оно је медијатор историјског искуства (6). Бео тумачи римско право полазећи од Хајнецијусових Институција (7), које су у XVIII веку уживале велики углед у Западној Европи и биле преведене у свим земљама. Наравно, читао је и друге ауторе који су се бавили римским правом, на пример француском (8), али је Хајнецијусов утицај био пресудан, што се види на многим решењима које Бео усваја у својим Институцијама (9). Тако Бео, на пример, следи римско решење о лаесио еномис код купопродаје, што је у супротности с владајућом доктрином његовог времена. Наиме, основне тачке ослонаца у реформи права током XVIII и XIX века биле су слобода уговарања и слобода располагања имовином *inter vivos* и *mortis causa*. Те су реформе биле заговаране од стране Хобса, Лока, Пуфендорфа и Томазија. Полазећи од тога, за већину европских правника раскидање купопродајног уговора због оштећења преко половине, *ultra dimidium iusti pretii*, није у складу с начелима слободног буржоаског друштва, па је овај институт ван употребе у приватном праву. Бео, међутим, следи Хајнецијус и прихвата римско правило. У избору између позитивноправног решења и римског он се у наставном процесу опредељује за ово друго, што је свакако последица његовог уверења да су резултати римске правне науке плод примене истинског научног метода. Ово је истицао и након завршетка рада на Грађанском кодексу Чилеа. Он пише да је римска правна наука "толико строга према дедукцијама да ни велики Лајбниц није оклевао да је упореди с поступком математичког закључивања" (10). Овакве оцене показују да је Бео посматрао римско право као правник, а не као историчар (11). Историји римског права он се окреће тек после 1840. године, кад се сусреће с новијим европским делом, изнад свега са Савињјевим. Тек након тога ставља тежиште на историјску културу и иницира прва истраживања чилеанске националне историје. Као плод таквих Беоових утицаја, римско право се у Чилеу изучава и након доношења цивилног кодекса, иако је њиме у позитивноправном смислу било превазиђено.

II. АНДРЕС БЕО И МЕЋУНАРОДНО ПРАВО У ЛАТИНСКОЈ АМЕРИЦИ

Изучавање права народа Бео започиње током боравка у Лондону. Његова књига *Principios de Derecho de Gentes*, из 1832. године, право је дело о међународном праву објављено у независној Латинској Америци. Дорађивао га је до краја живота и објавио још два издања, 1844/1863, али сада под називом

(6) Тако: S. Schipani, *op. cit.*

(7) J. G. Heineccius, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, Amstelodam, 1726.

(8) Тако: P. Villard, *op. cit.*

(9) Ову проблематику осветљава у сваком чланку K. Luig.

(10) Тако: P. Villard, *op. cit.*

(11) Однос Беоа према историји римског права одређује G. Dolezalek у наведеном чланку.

Principios de Derecho Internacional. Измена наслова није била само формална, већ показује ауторов развој. У почетку је писао о *праву народа*, а касније о *међународном праву*.

За Беоља међународно право је право велике породице држава Европе и Америке, у којем је европско међународно право само део права народа у којем види збир позитивних закона. Оваквим становиштем Беољо заузима место између последњих јуснатуралиста и првих позитивиста (12). Наиме, припадници прве школе прихватили су природно право као непосредни или субсидијерни извор права народа, као право које има универзалну тенденцију и способно је да се *природно* шири у времену и простору. Позитивисти су, напротив, признавали само чисто историјско позитивно право засновано на уговорима и обичајима, а ограничено у времену и простору на европске силе, чиме су негирали универзално право. Беољо снажно афирмише универзално међународно право, независно од европског, и то у његова два нивоа: а) као природно, универзално, опште, примитивно и примарно и б) као позитивно, вољно, уговорно, обичајно и секундарно. Тако се Беољов основни јуснатурализам добро мири с позитивним правним правилима која се мењају у времену и простору, с правилима која стварају поједине државе у складу са својим посебним и егзонистичним интересима. Ову утемељеност међународног права на природном праву Беољо је изразио већ у својој првој књизи о међународном праву. У "Принципима права народа" пише да је природно право основ међународног права и тиме негира апсолутистички волунтаризам држава као једини извор права. Према Беољоу, државе су субјекти међународног права као чланове међународне заједнице. У том праву примењује се начело правне једнакости држава, упркос разликама у њиховом стварном положају. Из те једнакости произлази принцип неинтервенисања у страним земљама (13).

Беољово становиште о правној једнакости држава као субјеката међународног права, нема никакве сумње, и данас је једино решење које омогућава развој међународног права. За прву половину XIX века, у времену у којем је ово написао, то је заиста био изузетно визионарски приступ. Ако се томе дода да је Беољо, идентификујући принципе међународног права, посебно оне које треба примењивати у Америци, уз једнакост држава уврстио су још и равноправност, независност, сувереност, самоограничавање власти и неутралност, а када је реч о појединцима и једнакост права и право азила, те да је многе од ових принципа оживотворио кроз законске (14), није претеривање када се Беољо назива Гроцијусом савремене Латинске Америке (15). Теоријска схватања на којима је заснивао свој поглед на међународно право и утицај који је његово учење о међународном праву извршило на позитивна законодавства латиноамеричких држава, довели су тако до једног интересантног феномена. Док је уочавање међународног права обично под утицајем реалних односа међу државама, на доктрина има другоразредни значај, у Латинској Америци доктрина је била од превлађујућег утицаја (16).

Уз изучавање и рад на стварању норми које регулишу проблематику, међународног права, Беољо је радио и на конституисању права латиноамеричке интеграције. Он је сматрао да сарадња и солидарност нових латиноамеричких република треба да се конкретизује кроз конфедерацију коју дефинише као савез суверених држава, конгрес који представља све нове државе континента, расправља и регулише заједничке међународне интересе, конгрес који је самостални и стални заједнички орган за регулисање од-

(12) Овај и следеће закључке изводи у свом чланку М. Panebianco.

(13) Тако: H. G. Espiell, *op. cit.*

(14) На креирање ових принципа и њихово остваривање у пракси указује у наведеном чланку I. M. Paul.

(15) Тако: M. Panebianco, *op. cit.*

(16) Тако: I. M. Paul, *op. cit.*

ређених интереса. Према Беоовој концепцији овај конгрес доноси одлуке већином гласова. Оне обавезују и државе које су остале у мањини и ступају на снагу без акта ратификације. Конгрес одлучује о најзначајнијим питањима, о рату или миру, о границама, о посредовањима и међународним пословима (17).

Овакво промишљање латиноамеричке интеграције следило је латиноамеричку традицију по овом питању. Франциско де Миранда је још 1790. године у оквиру борбе за ослобађање од Шпаније направио један пројект латиноамеричке интеграције (18) и та идеја била је касније прихватана од напредних мислилаца, укључујући и Боливара. Нужност постојања једне латиноамеричке заједнице Бео је изводио из присутних заједничких карактеристика у државама Латинске Америке. То су заједнички језик, религија и култура (19). Полазећи од тога, сматрао је да ту заједницу треба да одликује солидарност у остваривању независности и одржавању реда. Из тога настаје и потреба за постојањем америчког међународног права које се разликује од општег међународног права које уређује друштво свих држава. Под америчким међународним правом он подразумева униформна правна решења појединих питања у латиноамеричким државама, која су по њему могућа због постојања заједничког језика, аналогних институција и законодавства које се наслања на исте принципе, те међународног права и сарадње свих држава на очувању мира и остваривању правде (20). Ово, по нашем мишљењу, показује да ни Беоов рад у области међународног права није био поштеђен утицаја реалних односа који су га окруживали. То исправља раније наведени закључак о превлађујућем утицају доктрине на Беоове међународноправне концепте.

Аутори чланка у овом зборнику радова нису заобишли ни питање утицаја римског права на Беоово поимање међународног права. У једном чланку из 1834. године (21) он каже да је познавање римског права неопходно за изучавање права народа, јер ако се желе користити институције, закони и дела правника других народа да би се одабрало и применило оно што је најбоље, мора се познавати римско право будући да су његови принципи прихваћени у Немачкој, Италији, Француској, Холандији и делу Велике Британије. Због утицаја које је извршило на европско право, Бео римско право убраја међу изворе права народа (22). И Беоово поимање права народа као збира институција и закона других нација, није далеко од Улпијанове идеје да је *ius gentium* нешто различито од *ius naturale* и *ius civile* (23). Своје почетно схватање међународног права, Бео је касније развио, па у њему више није видео *ius gentium*, већ *ius inter gentes*. Због тога је и првобитни назив свог уџбеника *Principios de Derecho de Gentes* променио у *Principios de Derecho Internacional*. Свој однос према римском праву, међутим, није променио. И даље га је убрајао у изворе права, што се теоријски може разумети само ако се државе схвате као индивидуе на које се поред посебних и једнаких норми може примењивати и једно право, у овом случају римско (24).

(17) О Беоовој концепцији пише P. Fois у наведеном чланку.

(18) *Proyecto de Constitución para las colonias hispanoamericana*

(19) Да би то заједништво ојачао радио је на уједначавању језика и објавио граматику *Gramatica de la lengua castelana*.

(20) Овал поглед на Беоов интернационализам обрадио је у наведеном чланку F. M. Rubiera.

(21) *El Araucano*, бр. 184. од 21. марта 1834.

(22) *Op. compl., tom XV (Misc.)*, 1893, "*De la esenanca secundaria y de la profesional y cientifica*", 105, "*El derecho romano es origen y fuente de todos los derechos*".

(23) Ове закључке о Беоовом односу према римском праву износи Ilari, *op. cit.*

(24) D. 1, 1, 1 (Ulp, 1 inst.).

III. ГРАЂАНСКИ КОДЕКС АНДРЕС БЕЉОА. ЈЕДИНСТВО И ПОСЕБНОСТ ЛАТИНОАМЕРИЧКОГ ПРАВНОГ СИСТЕМА

Грађански кодекс Чилеа који је редиговао Бељо објављен је 1855, а ступио је на снагу 1857. године. Пре њега примењивало се у Латинској Америци, па и у Чилеу, законодавство Кастиље и Португала, опште право састављено од римског и канонског, као и право које се односи на конкретну територију. Због одсуства система било је и пре Бељоа више покушаја, како у Шпанији тако и Латинској Америци, да се право кодификује (25). У примени је било око 50.000 закона, па је било тешко установити који су на снази, а исто тако су се јављале и тешкоће око њиховог тумачења. Због тога идеја о кодификовању права не настаје с револуцијом (26). Као што је у Европи *Code de Napoleon* био логичан завршетак једног историјског процеса у развоју права, у којем је француска револуција била само повод и латиноамеричке кодификације, па и ова Бељоова, биле су израз потребе да се на систематски начин уреди право, а њиховим доношењем само се заокружава процес осамостаљивања латиноамеричких држава (27).

С проблемима везаним за кодификовање права Бељо се упознао током боравка у Лондону. Био је под Бентамовим утицајем, па је кодекс видео у просветитељској и револуционарној визији као акт који, на рационалан начин, утврђује норме које отклањају арбитрерност. Исто тако, Бељо је од Савињјеве историјске школе преузео схватање о нужности поштовања историјске традиције приликом прављења кодификације (28).

Полазећи од Бентамовог емпиризма, а уважавајући традицију свог континента, Бељо је сачинио кодекс који је удовољавао потребама латиноамеричког подручја. Кодекс је радио и објављивао по деловима, а када га је публикувао у интегралном тексту имо је следећу систематику: Уводно поглавље, у којем се говори о праву и његовим изворима, I. О особама, II. О стварима, III. О наслеђивању за случај смрти и поклонима међу живима, IV. О контрактима и уговорним облигацијама. Ово одговара Гајовој и Јустиновој систематизацији, касније прихваћеној у средњем и новом веку (29). Утицај римског права у Бељоовом кодексу није дошао до изражаја само у систематици, већ и у садржини. То се може видети у члановима 25-51. Ту се, по угледу на рубрику *De verborum significatione* из Јустинијанових Дигеста (30), даје мали речник правних појмова који се најчешће срећу у Кодексу. Даље, *culpa lata et culpa levis* дефинишу се као у римском праву, а код преноса права својине није прихваћена у то време превлађујућа француско-италијанска формула о довољности каузалног консензуса, већ чешће она према којој се захтева *titulus* и *modus acquirendi* (чл. 670-675), која потиче из општег римског права и кодификована је у ABGB, а потом прихваћена у аустријском праву (31). Солидарност и право на регрес (чл. 1522) регулише се по угледу на римско класично право као и у другим модерним кодификацијама (32).

У Бељоовом кодексу очигледан је утицај француског модела, али се он у науци, по правилу, пренаглашава, а потцењују се утицаји немачког, аустријског, италијанског и шпанског законодавства. Тако се, на пример, код неважности правних послова (чл. 1683-1684) терминологија прихвата фран-

(25) Тако: B.B. Lira, *op. cit.*

(26) Тако: J. P. Facio, *op. cit.*

(27) Тако: G. Diurni, *op. cit.*

(28) Тако: C. Ghisalberti, *op. cit.*

(29) Тако: A. G. Brito, *op. cit.*

(30) D. 50, 16.

(31) Тако: A. Guarneri, *op. cit.*

(32) Тако: G. Provera, *op. cit.*

пуски модел, тј. дихотомија апсолутна ништавост - релативна ништавост, али само решења почивају на германској пандектистичи. С друге стране, чилеански кодекс је у неким стварима потпунији од француског. Садржи, на пример, одредбе о изворима облигација и поцесорним тужбама, којих у француском кодексу нема. Интересантно је да је и *common law* послужило Бељо као узор за нека решења. Тако се у чл. 5. уводног поглавља каже да ће врховни и виши судови сваког месеца марта указивати председнику републике на двоумљења у тумачењу, празнине и тешкоће у примени закона. Ова веза између правосудних и политичких органа у циљу законодавних реформи постоји само у искуству *common law* (33). Исто тако, у креирању неких одредби Бељо је нашао инспирацију и у другим европским кодексима. У материји режима вода служио се сардењским кодексом из 1837. године (34). Комбиновање различитих решења дошло је до изражаја и у материји уговора, код заштите одређених категорија лица. У заштити малолетника, душевно болесних лица, уговорних страна које су у подређеном друштвеном положају, затим код *laesio enormis*, уговорне казне, јемства, некада су преузимања решења из римског права, некада из старог правног режима који је био на снази пре доношења Наполеоновог кодекса, а понекад из тог кодекса. Када се све те норме сагледају, произлази да је Бељо доследно спроводио идеју о заштити слабије уговорне стране, односно имао је идеју о неопходности чувања друштвеног мира (35).

С правно-техничког становишта Бељоов кодекс је врло конзистентан. То је, свакако, последица околности да је изишао из пера једног аутора, те да је плод петнаестогодишњег рада. Бељо је у низу решења показао осећај за уравнотежено уређивање положаја уговорних страна. Наполеонов кодекс му је био плодан извор, али је његова решења дограђивао увек када је налазио да она нису једнако повољна за обе стране. Тако на пример у чл. 1231. француског кодекса стоји да судија *може* да смањи уговорну казну због неизвршења обавезе ако је облигација делимично испуњена. У Бељоовом кодексу у одговарајућем члану (чл. 1539) написано је да се уговорна казна због неизвршења обавезе *пропорционално смањује* ако је облигација делимично испуњена (36).

Од три велика латиноамеричка кодекса, бразилског из 1859. који је редиговао *Teixeir de Freitas*, аргентинског из 1869. који је редиговао *Velez Sarsfield* и чилеанског који је сачинио Бељо, овај последњи је најстарији, примењивао се од 1857. године. Због тога није чудно што је извршио велики утицај. Чилеански кодекс су прихватили Еквадор и Колумбија. То је био истински феномен правне трансплантације (37). Под његовим утицајем донети су уругвајски, бразилски, мексикански и сви остали латиноамерички кодекси, изузев оних које су денеле државе Санта Круз, Хаити и Перу. Тако Бељоов кодекс у Латинској Америци заузима исто место које у Европи има француски (38).

Доношењем Бељоовог кодекса у Латинској Америци почиње период кодификованог грађанског права. Међутим, после његовог доношења, а нарочито у првим деценијама овог века, у Чилеу се доноси низ закона, па се поставља питање каква је улога овог велоког кодекса данас (39). Овим законима, који нису карактеристични само за Чиле, фигуративно речено, напада се једна тврђава и улази се у век декодификације и кризе кодекса. Под при-

(33) Тако: A. Guarneri, *op. cit.*

(34) Тако: G. S. P. Vidari, *op. cit.*

(35) Тако: H. P. Benohr, *op. cit.*

(36) Тако: R. Knutel, *op. cit.*

(37) Тако: J. M. C. Vasquez, *op. cit.*

(38) Тако: J. P. Facio, *op. cit.*

(39) Овим питањем бави се у свом чланку F. Busnelli, па даље наводимо његове закључке.

тиском друштвених прилика напади долазе с разних страна, економске, политичке, идеолошке и систематске. Због тога кодекси губе средишње место у грађанском праву наших дана. Како легалитет лежи у уставном систему, кодекс долази у положај контрасистема. С идеолошког становишта прошло је време једнаког права за све грађане, права које не води рачуна о класној подели. Настају класичне категорије контракта и правних лица, те институт одговорности само по основу кривице. Кодекс тиме постаје само један микро-систем грађанског права. Стављање знака једнакости између кодекса и грађанског права, прокламовано после Наполеоновог законика, показало се као утопија школе егзегезе. Кодекси не могу на одговарајући начин регулисати проблем тзв. индустријског друштва. Ипак, њихов значај тиме не престаје јер они постају опште право за све секторе приватног права. Они садрже опште категорије и принципе. У њима су утемељене вредности правне културе и у најтешњој су вези с правном науком, што није увек случај са законима који уређују поједине правне области и често су везани за политику. Ако се Беоов кодекс посматра с овог становишта закључак је да је издржао проверу времена. Његов је велики значај у кратким, прецизним и примерима обогаћеним бројним дефиницијама које су резултат ауторовог напора да уравнотежи апстрактно и конкретно, синтезу и анализу, традицију и актуелност. Колико је тај напор био плононосан показује чл. 1437. који говори о изворима облигација:

"Облигације настају или из стварног учешћа два или више лица, као код контракта и споразума; или својеволјним чињењем лица које се обавезује, као код прихватања наслеђа или легата и код свих квазикон-тракта; или као последица неког чињења које је нанело повреду или штету другом лицу, као код деликата или квазиделиката; или по одредби закона, као између очева и деце у породици (40)."

*

Зборник радова посвећен Андрес Беоу, у којем су радови објавила 33 истакнута научника из Европе и Латинске Америке чија је ужа струка међународно, грађанско, односно римско право, из разних угла освјетљава научни опус овог великог правника. Ови радови, штавише, освјетљавају судбину римског права и недвосмислено показују да дуга историја римског права није везана само за Европу и грађанско право. Беоово дело показује да је римско право и у основи латиноамеричке правне културе, те да је било, чак, један од извора међународног права на том континенту. Очигледно је да је свет, када је у питању право, захваљујући баш римском праву много повезанији него што би се то могло претпоставити када се посматра географска карта. У освјетљавању ове чињенице видимо вредност овог зборника радова са конгреса који су организовали Италијанско удружење за латиноамеричка друштвена истраживања и Национална комисија Венецуеле за обележавање двестоте годишњице рођења Андрес Беоа и оснивања Издавачке куће Бео.

Антун Маленица

(40) *"Las obligaciones nacen, ya del concurso real de dos o más personas como en los contratos o convenciones; ya del hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de ley, como entre los padres y los hijos de familia".*

Михаило Симић, РИМОКАТОЛИЧКА ЦРКВА И СРБИ, Београд 1991, 301 стр.

Познати публициста Михаило Симић огласио се новом књигом; "Римокатоличка црква и Срби", поред неколико већ објављених публицистичких дела последње деценије. Широко образовање и обавештеност писца, јасноћа у изградњи врло сложених питања и изразито савремена тема, не могу оставити равнодушним било којег читаоца овог штива.

Писац, најпре, даје генезу католичке цркве, односно папства, њено политичко обележје, као и вековна настојања да се придобије и световна и духовна власт. Добро се уочава значајна улога коју су поједине религије одиграле у историји људског друштва. Многобројна места у књизи привлаче пажњу: опис непосредних повода за деобу хришћанске цркве на Западу (католичку), и Источну (православну) још почетком XI века, те удаљавање двеју цивилизација једне од друге; делатност Растка Немањића (свети Сава) као писца, дипломате и свештеног лица; драконске казне у Душановом законнику за латинску јерес; унијаћење српског и православног живља кроз историју; конкордати на југословенским просторима (босанско-херцеговачки 1881, аустријски 1885, црногорски 1886, српски 1914); тајни Лондонски протокол 1915. и друго. Писац запажа да је Ватикан последњи признао Краљевину СХС (6. XI 1919) због својих посебних интереса. Подробно се описује предисторија, дуги ток припреме и доношење конкордата између два светска рата између Ватикана и Краљевине Југославије, те његово усвајање у Народној скупштини 1937; отпор Српске православне цркве конкордату; антиконкордатске демонстрације; сукоби народа са полицијом; смрт патријарха Варнаве и, најзад, одлука Владе Краљевине Југославије да повуче конкордат.

Правна анализа тридесет седам чланова конкордата (стр. 171-248) представља, у овој књизи, место које за правника има највећу вредност. Уз сваки члан конкордата дата је званична критика Српске православне цркве, затим одбрана од оних који су га доносили и потом пиščев коментар, односно његова анализа критике и одбране и, на крају "синтеза анализе и показатељи" (стр. 244-248). Писац се, истовремено, исказује и као правник, историчар и социолог. Ове успело штиво нас је определило, у првом раду, да дамо приказ овог публицистичког дела у једном превасходно правничком стручном и научном часопису.

Ова тема, праћена кроз десет векова, свакако, тражи и много потпунију обраду и коришћење научне апаратуре. Писац се труди да књигу приближи што шире кругу читалачке публике, те није избегао непроверене описе неких догађаја, посебно у време доношења и одбијања конкордата (четири загонетне смрти браће Росић, од којих је један и патријарх Варнава; разлози одлагања у доношењу и ратификацији конкордата и др.). Књига се завршава речима Светог оца папе Пије XI о конкордату са Краљевином Југославијом, на дан 15. децембра 1937. године, приликом свечане предаје кардиналских знакова:

"Доћи ће дан - а волео бих да то не мора казати, али сам дубоко уверен - доћи ће дан када неће бити мален број душа које ће зажалити што нису широкогрудно, великодушно и активно примиле тако велико добро као што је оно које је заступник Исуса Христа нудио њиховој земљи и то (не) само ради црквене, верске слоге нације, већ и ради њене социјалне и политичке слоге, мада одлучно одбијамо да политика буде наша ствар, наш посао" (стр. 299).

На жалост, догађаји у другом светском рату за време усташке Независне Државе Хрватске, испунили су ове предсказајуће речи на најгори могући начин за српски народ.

Завршићемо приказ навођењем самог писца у предговору:

"Биће овде доста података. Биће и доста питања: Али тек ту и тамо понеки закључак. Јер, још увек има докумената који су недоступни истраживачима. Уложен је труд да ово буде материјал читаоцу заинтересованом

за оно време и оне односе, да би добио још једну степеницу ка здању свога сазнања о догађајима који су уткани и у наше дане”.

Наше је мишљење да је писац дао много више од овога што је сам, скромно, назначио.

др Стеван ЂОРЂЕВИЋ

Драган Николић, КРИВИЧНИ ЗАКОНИК КНЕЖЕВИНЕ СРБИЈЕ, Градина, 1991.

На писмо кнеза Александра Карађорђевића, од 1. јуна 1855. године, у којем је изложио потребу за доношењем ”подпуног Законика Криминалног” и указао да су постојећи кривични прописи недовољни и несразмерно строги: ”... што повода страном изображеном свету дају да овај уобште законе наше као варварске и противне духу столетија у коме живимо оцењује и критикује”. Совјет је одговорио негативно. Између осталих, у писму Совјета били су наведени и следећи аргументи против доношења кривичног законика: ”... човек добар не потребује закон. Закон је записан у његовом срцу. По овом владајући се, он нигде не долази у прилику да се на њега закон обрати... закон је производ нужде к предупредјењу зла, и само се пише за оне који су зли, закон је подобан лекарству, а лекарство здрав не узима, већ болестан. Наш, пак, народ у овом смотрењу тако је добар и тако је здрав како можда ни један у Европи... наш је народ још у стању патријархалном, непросвећен још у оном степену у коме се до измишљања родова злочинства достиже... и уколико се злочинства при њему догађају, ова су колико ретка, толико и проста. И потом као што је наш народ још у стању непокованом тако ће боље бити у овом одржавати га, руководећи га досадашњим мерама к добру његовом и не производити у њему потребе које он сам не осећа”.

Показаће се да је исхитрено одбијање било израз анимозитета који је већина чланова Совјета осећала према кнезу Александру Карађорђевићу, због бројних политичких потеза којима је игнорисао интересе чланова Совјета, а не из стварног убеђења о сувишности кривичног законика.

Поновљена Кнежева иницијатива наишла је на одјек и 11. II 1856. год. Совјет је формирао комисију, а 12. V 1860. год. Казнителни законик Кнежевства Србије ступио је на снагу са потписом Кнеза Милоша Обреновића, који се у међувремену вратио у Србију.

Поред Грађанског законика, Казнителни законик је најзначајнији правни акт који је донет у Србији у IX веку. Кнежевину Србију карактерисала је изузетно богата законодавна активност која је била израз настојања да се правним регулисањем убрза економски и друштвени развој. Правно наслеђе Србије из IX века још увек није на адекватан начин историјски и научно валоризовано. Износећи ову констатацију у уводном делу монографије, аутор Д. Николић потенцира неколико битних момената који су га определили, како у избору теме, тако и у одређивању концепције на којој почива овај рад.

Николић истиче да Законик из 1860. год. заслужује посебно интересовање већ самом чињеницом да је на српском правном подручју важио до 1. јануара 1930. год., до ступања на снагу јединственог југословенског Кривичног законика, што је за наше услове задивљујућих 70 година трајања. Као истраживач правно-историјског усмерења, аутор је своје напоре подредио основаном задатку који је себи поставио, да осветли историјски контекст у којем је настао овај закон и у којем је требало да врши своју функцију. У том циљу у првом делу монографије, насловљеном ”Србија педесетих година 19. века”, дат је преглед структуре становништва које 92% у том периоду чине селјаци. Николић указује на факторе раслојавања на селу и на покушаје државе да одређеним мерама модернизује пољопривреду која је била основна привредна делатност. Педесетих година IX века већи градови у Србији почињу изразитије да се изграђују по узору на европске градове, са значајном

улогом трговца и занатлија у том процесу. У структури становништва посебан слој били су чиновници. Аутор је указао на неке факторе који су ову категорију становника чинили особеном групацијом. У делима значајних српских историчара и правних писаца, феномен чиновника у Кнежевини Србији посебно је обрађиван. Такав интерес изазван је бројношћу чиновника којих је било више него што би одговарало потребама знатно веће и развијеније државе од Србије у то време. У оквиру овог дела монографије Николић је приказао и државно устројство које је средином IX века било засновано на Уставу из 1838. год. и на бројним законима којима је уставобранитељски режим настојао да убрза распад феудалних и развој капиталистичких односа. Када говори о државноправном и политичком животу, аутор посебно потенцира двојство врховне власти Кнеза и Совјета, указујући на бројне несугласице које су толико потресле унутрашње прилике у Србији да су условиле страно мешање и, коначно, пад Кнеза Александра Карађорђевића. О овоме Николић пише у више наврата, објашњавајући тиме бројне проблеме који су пратили читав период од формирања Комисије за израду Пројекта до усвајања коначне верзије текста Законика.

Начин на који је била организована локална власт, њен однос према централној власти, организација судова и других државних органа, бар с формалне стране значили су приближавање Србије европским државама. Николић у овом одељку обрађује положај судова, приказујући акте којима су постављени основи судске организације.

Оцењујући нормативну делатност уставобранитељског периода, аутор истиче да је средином IX века Србија имала правни систем који је био значајан ослонац за даљи државноправни и економски развој у духу оновремених достигнућа европске цивилизације. Таквим тенденцијама требало је да допринесе и доношење кривичног законика.

У следећем сегменту овог дела монографије аутора упознаје читаоце са изворима кривичног права у Србији до 1860. год. Изразита оскудност у домену писаног кривичног права карактеристична за период до доношења Устава из 1838. год., постепено је превазилажена и, почев од 31. X 1839. год., када је донет Закон војени, уследило је интензивно регулисање кривичноправне области. Николић издава најзначајније правне акте и приказује их у мери која је, како је сам истакао, нужна за дубље разумевање Казнителног законика из 1860. год.

На крају првог дела монографије аутор даје неколико карактеристичних оцена природе кривичног законодавства до 1860. год. Занимљиво је запажање аутора да би се, ако би се државноправно изграђивање Србије процењивало превасходно нормативним методама а занемарио социолошки метод, створио варљив утисак да је Србија средином IX века снажно закорачила у капиталистички систем. Значајан број правних аката, пре свих Грађански законик, по свом су карактеру више били припрема будућег развоја него одраз реалних друштвено-економских односа у Србији.

Кривично законодавство Уставобранитељског периода је реалнији одраз прилика у Србији. По оцени Николића оно је непотпуно, несистематично, садржински неразвијено, без утврђених општих принципа и кривичноправних института, без ослонаца на јасно дефинисане криминално-политичке циљеве и теоријски неутемељено.

Ако се за Уставобранитељско кривично право може рећи да је попунило изразиту празнину која је постојала у домену писаног права и да је значило раскид са феудалним традицијама у области кривичног права, за Законик из 1860. год. се може рећи да је одраз настојања да се и ова правна област приближи европским узорима. У више европских држава у првој половини 19. века изражена је кондификација кривичног права углавном на теоријском концепту насталом у оквирима Класичне школе.

У другом делу монографије Николић уводи читаоца у збивања везана за почетак процеса израде Законика. Овај део обухвата два тематска подручја - Постапак Пројекта и Обнародовање Општег дела.

Одуговлачења и тешкоће у току израде Пројекта КЗ, Николић објашњава политичким приликама које су биле неповољне за активност на том плану. Указали смо какав је одговор Совјет упутио Кнезу А. Карађорђевићу, након његове иницијативе да се приступи изради кривичног законика. У овом делу Николић детаљније осветљава политичку реалност оптерећену бројним несугласицама, нетрпељивошћу и отвореним сукобима на релацији Кнез - Совјет. Карактер политичких односа одсликава и податак да Совјет није нашао за сходно да обавести Кнеза о саставу Комисије за израду Пројекта. Комисију су у највећем броју сачињавали млади људи, школовани на знаменитим европским универзитетима. Први извештај о раду, са Пројектом општег дела, Комисија је упутила Совјету марта 1857. год., уз молбу да га у што краћем року одобри, како би се приступило изради Посебног дела Закона. Политички тренутак у Србији тога времена одсликава и околност да је Министарство правде држало Пројекат више од осам месеци и непрегледан вратило Совјету фебруара 1858. год.

Друге две варијанте Пројекта (из 1858. год и 1859. год) настале су у специфичним политичким условима. Ток догађаја довео је до заоштравања политичких сукоба, до сазивања Светоандрејске скупштине, пада Уставобранитељског режима и Кнеза Александра Карађорђевића. Тако је стицај политичких околности учинио да Казнителни из 1860. год. буде обнародаван са потписом Кнеза Милоша Обреновића, а не Кнеза Александра Карађорђевића који се толико залагао за његово доношење.

У одељку који носи наслов Обнародовање Општег дела, Николић излаже догађаје на политичком простору Србије који су се одвијали по повратку М. Обреновића и указује на њихов утицај на судбину Пројекта КЗ. Осврћућемо се на један сегмент из овог дела монографије који читаоцима може бити посебно интересантан. Реч је о питањима језика којим је Законик писан. Кнезу Милошу, реч је о питањима језика којим је Законик писан. Кнезу Милошу се језик није допао. У Србским новинама је 19. маја 1859. год. писало да је Кнез позвао М. Јанковића и Ђ. Даничића и затражио да Казнителни законик "напишу" просто и "србским речима". Николић подсећа да је Кнез Милош 1834. год. интервенисао на сличан начин и поводом Пројекта Грађанског законика, када је за његове ауторе рекао да су били или пијани или луди када су писали Пројект.

Јанковић и Даничић у року од само две недеље "превели" су Пројект Општег дела КЗ на народни језик, на задовољство Кнеза и уз одобравање министара, саветника, представника цркве и Вука Стефановића Караџића, који су присуствовали састанку који је Кнез организовао како би Јанковић и Даничић презентирали свој "превод". Том приликом је, како су известили Србске новине, њихов рад наишао на добар пријем и похвале присутних. Николић са фином дозом ироније бира примере којима илуструје како су посао обавили Јанковић и Давидовић. Тако, на пример, саучесник је "другар у злочинству", подстрекавање "подбадање", реч казна је била потпуно искључена из Закона и замењена читавом реченицом: "оно на шта ће се кривац осудити". Помало апсурдну ситуацију у којој су се правници уздржавали да кажу мисле о "преводу" плашећи се гнева кнеза Милоша Обреновића, прекинуо је Рајко Лешјанин, угледни правник, члан Комисије за израду Пројекта, професор на Лицеју и доцније министар правде у време Михаила Обреновића. Лешјанин је и у штампи и у обраћању Совјету упорно указивао да језик закона, као средство саопштавања садржаја правне норме, мора остати у границама правне терминологије. Снагом аргумената успео је да текст Казнителног законика буде ослобођен импровизација која су унели Јанковић и Даничић.

Трећи део монографије разматра однос пројектованих и усвојених режии. Аутор нас упознаје са сличностима и разликама присутним у три пројекта која су претходила коначној верзији Законика (из 1857, 1858 и 1859. год.). Ово је само један ниво излагања који Николић презентира у овом делу књиге. Други ниво читалац открива ако усмери своју пажњу на садржински

концепт који је заступљен у наведеним актима. Трећи ниво читалац открива у оним излагањима која Николић користи да би изложио сличности и разлике између Казнителног законика Србије и оних европских кривичних законика који су послужили као узор ауторима Законика из 1860. год. Познато је да је КЗ из 1860. год. настао преузимањем и прилагођавањем пре свега Пруског КЗ из 1851. год. уз коришћење у мањем обиму још неких европских законика (Саксонског из 1838. год., Баденског из 1845. год., Хановерског из 1840. год., *Code penal*, итд). Николић прихвата тезу коју је поставио још Ђорђе Ценић у свом раду Објашњење Казнителног законика за Књажевство Србију да, код доношења КЗ из 1860. год. није било у питању просто преузимање решења из старих законика. Николић ову тезу поткрепљује низом примера указујући на оригинална решења, не негирајући подударања са наведеним страним законима, што је сасвим нормално с обзиром на време и прилике у Србији у којима је кривични законик донесен. Напредна европска кривична законодавства заснивала су се на оформљеним теоријским концептима и изграђеној правној терминологији. Српско кривично законодавство било је на почетку тога пута, те је нормално да је тражило узор.

Последња поглавља монографије су за правнике кривичноправног усмерања свакако најзанимљивија. То је и део који се мора читати са концентрацијом и пуном пажњом, али ће стрпљивом читаоцу пружити сазнања о начину на који су концептирани поједини општи институти кривичног права и бића појединих кривичних дела, али и више од тога, шта је била друштвена подлога за уношење појединих одредби. Детаљнији приказ овог дела водио би нас у "препричавање" и излагање из оквира приказивања Николићевог рада. Уз већ поменуто дело Ђорђа Ценића, Николићева монографија је после дугог времена први озбиљнији рад писан са амбицијом да се значајни правни споменици из прошлог века презентирају читаоцима. Стил излагања, архивска подлога, литература и, коначно, Казнителни законик као предмет Николићевог научног интересовања, јесу елементи који нам дају за право да ово дело препоручимо не само правницима, већ свим читаоцима који воле и историју и право.

др Љиљана Радуловић

Драгољуб Поповић, **ОГЛЕД О ОДГОВОРНОЈ ВЛАДИ НА ПРИМЕРУ ЊЕНОГ НАСТАНКА У ФРАНЦУСКОЈ**, Савремена администрација, Београд 1989, IV+172 стр.

Обележавање 200. годишњице француске револуције искоришћено је углавном за истицање шта је све Француска дала свету. Мало ко се упуштао у разматрање да ли је и шта Француска примила од других. Међу њима је др Драгољуб Поповић, доцент Правног факултета у Београду, чија се књига појавила управо у то време. У њој је учињен покушај да се покаже како је установа одговорне владе преузета из енглеског правног система и пренета у француски систем. Писац истиче да то није било први пут да се нешто преузима из Енглеске јер је још револуционарни устав од 1791. био писан под енглеским утицајем (стр. 13), али се не указује да су то чинили републиканци који тада још нису били одбацили монархију. Међутим, за сврхе овог рада много су значајнији разлози рецепције и околности под којима је то учињено. У вези с првим питањем, писац сматра да је то последица дугог живота Француске у "енглеској сенци: о енглеским установама се у Француској доста размишљало и писало, а проучаван је и свакодневни живот енглеског друштва. Да ли је то био довољан разлог? Писац се на томе не задржава већ указује да је после револуције Француска тражила узор других, пре свега Енглеске. Да ли је то био инат нових владајућих кругова према Наполеону? У друштву које је било у шоку како од револуције тако и од њеног војног

пораза, несумњива је била потреба да се установи и развија равнотежа између племства и грађана, оличена у два парламентарна дома. Али, шта је с владом која је тема ове расправе?

Писац сматра да одговорна влада или министарска одговорност представља окосницу политичког поретка у модерној држави и да њен значај превазилази "оквире учења о организацији власти" (стр. 52). Зато он то питање посматра не само с теоријског, уставноправног гледишта, већ и у склопу политичке историје Француске од Реставрације (1814) до пада Јулске монархије (1848). Такав метод има и предност и недостатке. Предност је у томе што се једно питање разматра у пракси а недостатак што се, због обиља догађаја који се умећу, прекида основна теоријска нит. Као правни историчар писац је поступио како му се учинило да је најбоље. Суптилна правничка разматрања уткао је у политичка збивања Француске. Историја је постављена као оквир у који је све смештено, пре свега политика а затим право. Због тога, теоријска разматрања о одговорној влади нису добила размах који то питање заслужује. Пошто је реч о прихватању уставове из страног правног система, писцу је било важније да укаже на разлике између енглеског и француског схватања одговорности владе него у чему се та одговорност састоји. Претпоставивши да читаоци то већ знају он се задовољио да укажу на постојање политичке, моралне и кривичне одговорности, изједначивши при том моралну и политичку одговорност. Несумњиво је да оставка после израженог неповерења представља морални чин али постоје многи случајеви моралне одговорности без политичке осуде (с једне стране, оставка због неслагања с политиком или неким поступком, а с друге, осуда за неморално понашање). Било би важније да је писац указао на колективну и индивидуалну одговорност која би омогућила одвајање одговорности владе од одговорности министра. По себи се разуме да је кривична одговорност могућа само у другом случају. Писац није био дужан да се упушта у то јер предмет расправе није одговорност, али је потпуности ради могао да укаже на то питање као и на друга питања која су остала ван његове пажње. Зато је остало недоречено приказивање многих предлога о одговорности.

Такође је изостало указивање на теоријски основ одговорности владе. Из схватања која су наведена произлази да се она може објашњавати разним учењима, поготово када се јавља у тако различитим правним срединама као што су енглеска и француска. И у самој Француској одговорност владе је брањена с различитих позиција. Док је Констан одбацивао народну сувереност Гизо је све изводио из ње, не само одговорност владе већ и краља (стр. 97). Штета је што у вези с тим ни у фусноти није било места за напомену да је теорију друштвеног уговора прихватио и Милован Миловановић који је говорио да народ не може да буде равнодушан према онима који га упропашћују. Схватање о парламентарној влади које је изнео у приступном предавању на Правном факултету Велике школе у Београду, заслужује да се помене макар ради поређења ако се већ не наводе схватања других наших писаца. Писац ове књиге сматрао је да то није потребно јер је, без коментара, прихватио теорију друштвеног уговора са свим последицама, укључујући схватање да је Уставна повеља од 1830. "уставни пакт" (стр. 103) иако позивање на њен уводни део то не доказује, већ обрнуто, да је у питању оцртисани устав као што су били и устави од 1814. и 1815 (1) без обзира на разлике међу њима.

Теоријски и практично би било важно да је указано да ли је фактичко прихватање теорије друштвеног уговора искључивало да се прихвати схватање о подели власти. Да ли је и колико одговорност владе спојива с макар релативном независношћу сваке власти? Питање се своди на однос законодавне и извршне власти јер су функције судске власти особене. Питање је посебно значајно за монархије у којима се поред скупштине и владе појављу-

(1) У Србији је такав био тзв. "Турски устав" од 1838.

је краљ, мада није без значаја ни за републике, како помиње писац у закључним разматрањима. Зато су занимљива излагања не само о односима између владе и скупштине (која после јулске револуције више није била само саветодавно тело), већ и о односима између краља и владе (стр. 108-109). Отуда би се могло поставити питање односа краљ - влада - скупштина, у којем се влада налази између два пола подељене власти са све већим везивањем за скупштину. Томе би се могло додати питање какав може да буде положај владе према парламенту који почива на танкој основи, што може да буде у случају непостојања политичких странака у правом смислу или ако су места у парламенту подељена између више странака. Тада не постоје ни владајућа странка ни опозиција а већина се образује по сваком конкретном питању (како је било у Француској у време на које се односи књига), а влада не зна да ли ужива поверење. Шта ако и парламент, заснован на изборном цензусу, не одражава вољу народа искљученог из избора? То мора да доведе до стварања ванпарламентарне опозиције, што је у књизи остало само назначено иако се на више места говори о изборним законима. То је сувишно и није типично ни за предмет књиге ни за посматрани период јер је ограничено бирачко право уведено још Уставом од 1791, али је најдрастичнији облик добило у време "Јулске монархије", па 1831. број бирача није достигао ни 167.000.

Међутим, до данас је остало актуелно питање односа владе према шефу државе с разним особеностима у зависности од тога да ли шеф одређује и може да смењује само председника владе или и министре. Из књиге која је пред нама сазнајемо да се одувек правила разлика између промене владе и промене министара (знатно чешће), па је то још један разлог за разликовање одговорности владе и министарске одговорности. У Великој Британији, колевци схватања о одговорности владе, министри подносе оставке не само због неслагања с премијером, него и из других личних и моралних разлога. Писац указује да су француски краљеви више општили с министрима него с владом, чак и сазивали седнице владе и председавали им (2). Тек с јачањем улоге парламента шеф државе је био принуђен да ствара владу скоро искључиво из скупштинске већине (3). То значи да владалац мора да именује министре с чијим се схватањима не слаже (4). Од тада се поставља питање односа између краљевих министара и скупштине. Да ли је у њиховој одговорности садржан компромис између владара и скупштине?

Нужан компромис се огледа и у неслагању о форми и суштини извршених промена. Писац поставља питање да ли је рестаурација од 1814. била стварна или привидна. Он сматра да је и тада суштина "однела превагу над формом" (стр. 13), али остаје нејасно шта је суштина а шта форма. Из излагања о односу краља и Сената приликом доношења Устава од 1814. није јасно чија је власт изворна. Сенат је изгласао устав а краљ га после тога назвао "нацртом устава" па писац сматра да је устав оглашен "формално ништавним" (стр. 14) и додаје: "Оно што није могло опстати у форми ипак је произвело учинке". Значи ли то да је либерализам суштина а краљевска власт форма? Није ли рестаурација Бурбона само форма да се сачувају тековине револуције или је то у пракси испало мимо воље оних који су рестаурацију замислили? Практика не пружа основа за поуздан одговор. Чим је краљ дошао у Париз почела је

(2) У неким државама, као у САД, нема ни председника владе ни владе као целине. Али и тамо где постоје премијер и влада може да председава шеф државе (на пример, у Француској у којој су, како подсећа писац, неки председници владе захтевали да краљ не присуствује владиним седницама).

(3) Луј XVIII пред крај владавине. До 1830. скупштина је била потчињена краљу не само тиме што је он сазивао него јој и постављао председника, истина међу кандидатима које му скупштина предложи. То је укинута чланом 37. Устава од 1830.

(4) То се пренело и у републике. Митеран је морао да пристане на "коаби- тацију" с десницом 1986-1988.

припрема новог устава. Претерано је рећи да је устав Сената поништен макар "формално". У овом случају форма је одржавала суштину да је краљева воља извор власти. Сасвим је друга ствар што његови акти могу да буду либерални по садржини а у то време било је свеједно да ли су акти слободни или изнуђени. Питање је шта је важније: извор или садржина? Одговор није једноставан.

То важи и за питање да ли је стварно извршена ресепција енглеских установа јер то, по схватању писца, није уобичајено у уставном праву (стр. 19). Можда формално али је било много угледања, преузимања и мешања са домаћим особеностима. Писац сматра да се у неколико тачака осећа "утицај енглеског узора": у положају скупштинских домова, министарској одговорности и положају краља (стр. 20). У комисији за припрему устава, коју је именовао Наполеон за време своје владавине од "сто дана", преовладало је мишљење да "треба подржавати енглеске установе" (стр. 26). Међутим, за време друге рестаурације не само да се није смело јавно говорити о ресепцији, па у "повесним споменцима нема много података који би указивали на угледање на Енглеску" (стр. 19), него се тврдило да је све оригинално француско (стр. 45). Да ли је у питању национални понос или уверење да су Енглези преузели француске установе? Писац сматра да је то била прва велика ресепција стране установе у модерном уставном праву. Значајно је да се то збивало у доба рестаурације која је требало да значи повратак предреволуционарном стању али је, по мишљењу писца, представљала "помирење двају претходних политичких стања много више него враћање једног од њих" (стр. 145). Судећи по имену, "једно од њих" могло је да буде само стање пре револуције. Књига показује да револуција није била само помирење два система у Француској (јер плодове револуције није могао да одбаци ни Бечки конгрес) већ комбинација с трећим - енглеским. По писачевом мишљењу само тако је било могуће помирити племство и грађанство који су се сукобили у револуцији (стр. 145).

Прихватање страног узора било је делимично и без наметања. Писац сматра да су се силе победнице задовољиле тиме да Француска добије стабилан поредак, а њихове међусобне супротности су онемогућиле већи утицај (стр. 146). Зато нису захтевале никакво прихватање страног права, па ни одговорност владе, нити су се дугилие што закон о томе није донет. Ако није било наметања да ли је било ипак утицаја? Писац сматра да спољни чиниоци нису деловали непосредно (стр. 61), али то не делује убедљиво ако се имају у виду првобитне намере европске коалиције која је била уверена да је постигла потпуни успех и стварно (војничка победа) и формално (рестаурација, политичке и територијалне промене). Више од тога се није могло. Међутим, утицај појединих сила на политику Француске био је и даље осетан, нарочито за време прве владе друге рестаурације. Преговори о миру су ишли лоше а над владом се приписује лошим односима Таљерана и руског цара. Писац сматра да је Таљеран намерно стављао нагласак на међународна питања да би прикрио неуспех на унутрашњем и значном плану. У сажетом излагању нема указивања ни на једну чињеницу која би то могла да потврди. Реч је о француској политици у целини, а не само о питању које је предмет ове књиге. Теоретичари могу да кажу да је правно-технички било тешко преузети нешто из некодификованог права али тешкоће пресађивања појединих страних установа не зависе од теорије. Ствар је у пракси, чак и злоупотребама. Шта значи распуштање скупштине која се није ни састала? Нико од Француске није тражио да преузме било шта из страног права. Довољна је била "органска ресепција", тј. инспирисање начелима и њихово прихватање. Код органског ступања се губи траг извору и пореклу. "Установе које ухвате корена живе свој век као да нису пресађене" (стр. 147). Зато се може схватити уверење да ресепције није било. У повој средини страних узора се прилагођавају месним приликама. Писац каже да је то био случај с одговорном владом (стр. 147), али не у потпуности, јер истиче да је "изгледало да ће доћи до развоја који се у већој мери поклапа с енглеским" (стр. 148). Зато што није

изложена суштина те установе у Енглеској, читалац не може да је упоређује с оним што се практиковало у Француској. Остаје му да нагађа да ли је разлика у томе што у Енглеској постоји одговорност владе само пред парламентом, а у Француској је било потребно осим тога да влада ужива бар поверење краља ако не и да буде одговорна и пред њим (стр. 148).

због сталног преплитања теоријских разматрања и историјских догађаја та и друга питања су морала остати недоречена. Недоречене су остале и неке мисли везане за поједине чињенице. Писац је несумњиво јачи у теоријским разматрањима, у којима добро уочава нијансе, него у излагању догађаја у којима испушта неке чињенице. Вероватно ограничен простором (који је максимално штедео не само писац него и технички уредник, иначе би нормално књига требало да има знатно више страна), писац је много шта морао да претпостави као познато. Зато се, на пример, изоставља и најобичнија напомена да је Шарл X у ствари брат Луја XVIII, познат под именом гроф од Артоа, што се може закључити из података о животу у избеглиштву (стр. 85-86). Такво скраћивање понекад доводи у недоумицу читаоца о чему је реч (5) или како се завршило оно што је започето (6), чак и када је реч о ономе што представља предмет књиге (7). То је свакако последица изванредне лакоће у изражавању. Док читамо ову занимљиву књигу нама као да дефиљују Луј XVIII, Шарл X, Шатобријан, Полињак, као да слушамо Ламартина. Све личности су описане топло, без јеткости и када се помињу њихове мане. Ту су и стари племићи и амбициозни скоројевићи који се ласкањем пењу друштвеним лествицама. У опису Шатобријановог уклањања је слика или паличе овлашћења краља или премијера које се не би застидео ни Макијавели. Књига је написана таквим језиком да нам се чини да нас враћа не само у прошлост једне велике земље, већ и у време његоване речи и у стручној књижевности. И, док је с уживањем читамо, присећамо се да се и за славног Хомера говорило да му се дешавало да понекад задрма па му понеки стих не испадне како ваља. Морало се дешавати и нашем Хомеру Поповићу да му из неке згуснуте реченице испадне понека реч која спаја или раздваја (8), да се испремеће временски редослед радњи (9) или да с једне мисли нагло пређе на другу (10). О пишевој бризи за језик говори и трагање за речима које ће присније деловати (11). Он преводи и називе листова и улица (12). Од тога се

(5) Нпр. на стр. 136. помиње се "један важан међународни уговор" због којег је дошло до сукоба између краља и председника ладе. Није јасно о ком је уговору реч, нити за какав се рат припремао председник владе. Да ли за рат у Шпанији где је 1840. дошло до "нових заплетата"?

(6) Нпр. покушај удара 1832 (стр. 115), суђење војвоткињи од Берија (стр. 116), "априлски процес" (стр. 125).

(7) Занимљиво се излажу расправе о нацртима закона о одговорности владе (стр. 116-117, 122), али се тек на крају књиге сазнаје да нису прихваћени. Да ли су скидани с дневног реда или нису прихваћени приликом гласања?

(8) Нпр. када се каже да су се окупили "народни посланици који живе у Паризу" (стр. 95), не зна се да ли је реч о посланицима распуштене или новоизабране скупштине. Да ли су се 3. августа 1830. окупили посланици изабрани у јулу?

(9) Нпр. прво се каже да је краљ одлучио да наложи Полињаку да састави владу (стр. 90) а затим да се раширило уверење да се краљ спрема да Полињаку повери мандат за образовање владе (стр. 91).

(10) "Знао је, нарочито у првом делу сопствене владавине, умножавати парламентарне интриге, како би министарским кризама био господар ситуације. Луј-Филип је понекад заиста подсећао на председника републике" (стр. 108). Да ли су председницима републике својствене само интриге?

(11) Нпр. "горња кућа" и "доња кућа" за скупштинске домове.

(12) Нпр. "Дебатни журнал", "Улица Светог Хонорија".

морао уморити па је оставио многе речи непреведене (13) како обично чине наши новокомпоновани интелектуалци, па чак и универзитетски наставници. Наш писац засигурно није од те феле, он је на сасвим супротном крају што доказује и (можда претераним) навођењем текстова на страним језицима на почетку сваке главе. А кад му се омакне да каже да је барон Паскије поднео новогодишњу поруку "испред Дома перова" (стр. 139) само потврђује да смо сви изашли из истог шињела.

Овом књигом др Драгољуб Поповић показује да се лепо развија не само као наставник, већ и као писац. Вредност књиге највише је у томе што показује да једна установа може одговарати разним срединама, независно од облика владавине и за сва времена. Вредност увећавају прилози (устави од 1814, 1815. и 1830) и кратак резиме на француском језику (14). Сувишно је рећи да тробојни дизајн корица одмах показује о којој је земљи реч. Више плавог на последњој и белог на првој страни, показује исправну намеру аутора дизајна да и на овај начин покаже да ништа није ни симетрично ни савршено. Довољно је да буде изазовно и да подстиче на размишљање. Ова књига то у пуној мери чини. То јој је најбоља препорука читаоцима.

Момир Б. Милојевић

Петар Ђ. Стојановић: НАСТАЈАЊЕ САВРЕМЕНОГ ПРАВА У ЦРНОЈ ГОРИ (1850-1900), Титоград, 1991, Црногорска академија наука и умјетности - Правни факултет у Новом Саду, стр. 200.

Црногорска академија наука и умјетности и Правни факултет у Новом Саду, као заједничко издање издали су 1991. године књигу *Настајање савременог права у Црној Гори (1850-1900)*, Књига 1, аутора др Петра Ђ. Стојановића. Рецензенти су: проф. Антун Маленица, професор Правног факултета у Новом Саду и проф. др Милисав Чизмовић, професор Правног факултета у Титограду. Овај рад је прва књига у оквиру научног пројекта "Нормативна активност Црногорске државе у другој половини XIX и почетком XX вијека".

Интересовање наше научне и стручне јавности за правну историју Црне Горе постоји још од краја XIX века. Ипак, правна историја Црне Горе још увек није довољно истражена и обрађена. Политичка и дипломатска историја Црне Горе много више је обрађена и истражена него правна историја. Тај несклад радова је евидентан, и тек последњих година су учињени значајни напори када се појавио читав низ радова из правне историје. Када је реч о Црној Гори у XIX веку треба имати у виду чињеницу да је реч о једној малој држави како по пространству тако и по броју становника, али која је кроз читаво своје постојање представљала значајан политички чинилац у том делу Европе.

Иако је Црна Гора међународноправно призната тек 1878. године на Берлинском конгресу, ипак је она фактички као независна држава постојала много раније. Међународноправни положај Црне Горе у XVIII и XIX веку био је специфичан, пре свега јер се Црна Гора налазила у једној сталној борби против Турске све до коначног међународног признања на Берлинском конгресу 1878. године. Црна Гора је била у вековном окружењу од стране Турске и Млетака, а касније од Француске (краће време) и Аустрије. Овако окружење имало је за последицу и изолованост од осталог дела Европе, која се одразила и на читав правни систем. Наиме, правни систем у тадашњој Црној Гори,

(13) Нпр. "промулгује" (стр. 7), "сесија", "дисолуција" (стр. 22, 27), "ордонанса", "про-визоран".

(14) Без навођења извора и имена преводилаца, па зато остају без оцјене.

пored осталог, карактерисао се задржавањем архаичних правних установа и јаким утицајем обичајног права. Упркос сталним ратовима и ратним опасностима, Црна Гора у наведеном периоду функционисала је као држава, како на унутрашњем тако и на међународном плану. На унутрашњем то је период када се доноси читав низ закона чији су значај и интересовање превазишли границе Црне Горе. И поред своје изолације и сталних ратова, Црна Гора ступа у уговорне односе са читавим низом страних држава и потписник је многих мултилатералних међународних конвенција. Наведимо да је Црна Гора у периоду од 1700. до 1918. године, када је ушла у састав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, закључила 497 међународних уговора и других аката са елементом иностраности (1).

Већ крајем XVIII века Црна Гора се отвара према Европи. Ту је већ и присуство и интерес великих сила: Русије, Аустрије, Француске и Енглеске за деобу умирућег Отоманског царства. Присуство ових великих сила значи и појачан утицај европског права и све већу еманципацију Црне Горе у међународним односима. За разлику од других југословенских земаља, писано право се у тим нашим земљама развијало под утицајем европског права, пре свега римског права, док у Црној Гори обичајно право је превалентно. Ово се нарочито огледа у приватноправним односима где се обичајно право задржало сво до нестанка Црногорске државе 1918. године.

Законик владике Петра Првог из 1798, Општи имовински законик из 1888, Устав из 1905, Кривични законик из 1906, Закон о грађанској судској надлежности из 1902, Закон о кривичној судској надлежности из 1902, Закон о устројству судске власти, Закон о административној подели Црне Горе, Трговачки и мјеснични закон из 1910. и Закон о јавним правозаступницима из 1910, представљају свакако најважније системске законе формалног и материјалног права. Овим законима црногорско законодавство добило је све карактеристике савременог законодавства.

Општи имовински законик из 1888. године, чији је творца В. Богишић, свакако представља највеће достигнуће црногорског законодавства и права уопште. Овај законик је постао веома познат и цењен не само у Европи, него и шире. Због свог значаја ОИЗ је у нашој правној науци највише обрађиван и проучаван.

Аутор је рад поделио на три дела. Први део обухвата: Опште напомене, Погледи на настапак и природу права, Односи између обичајног - неписаног и писаног права, Црква и право, Држава и право, Неки методолошки проблеми у историјско-правној науци, Правне установе и њихова дијалектика условљеност општим друштвеним развојем и Обичајно право као особити научни проблем.

Други део обухвата: Законик књаза Данила и његово значење за непосредну праксу, Стање нормативне активности црногорске државе у непосредној пракси у другој половини XIX вијека, Суд и судска процедура, Спољни односи Црне Горе и режим комуница, Брачни односи и наслеђно право.

Трећи део обухвата: Законодавна дјелатност црногорске државе у другој половини XIX вијека, Јужничко-повјерљивички односи, Право на првокуп непокретне имовине и комунице у законодавној пракси, Промјене у наслеђном праву и брак, Старатељски послови, Ванбрачни преступи, Општи имовински законик (1888), Имовински законик као повод за убрзану нормативну активност црногорске државе, Умјесто закључка, Скраћенице, Основна литература.

Одмах да нагласимо да овај систематски рад обухвата целокупно црногорско право од 1850-1900. године. Рад је резултат дугогодишњег научног истраживања црногорског права и законодавства. Аутор рада, професор др

(1) *Преглед међународних уговора и других аката значајних за међународне односе Црне Горе 1700-1918. године*, Београд, Титоград 1987, Институт за међународну политику и привредно-историјски институт СР Црне Горе.

Петар Стојановић (1921-1990), свакако је један од највећих југословенских стручњака за правну историју Црне Горе. Професор Стојановић је објавио велики број чланака, расправа и других истраживања из правне историје Црне Горе. Нарочито су значајне две опсежне студије: *Законик владице Петра I - историјско правна студија*, Цетиње, 1983. и *Правни зборник (1933-1983) историјско-правна студија*, Цетиње, 1984. Професор др Петар Стојановић је био професор Правног факултета у Титограду, где је предавао породично и наследно право.

У првом делу рада обрађен је настанак и природа црногорског права. Указано је на традиционалност и особиту снагу обичајног права у односу на писано право. Затим је аутор указао и на неке методолошке проблеме у историјско-правној науци, наглашавајући да црногорски закони имају своју специфичну форму, јер нису кодекси у савременом техничком смислу. Први црногорски закони су у ствари мешавина и компромис права и "неправа", заправо елементарна религије, правде, морала, фолклора и др.

Други део рада обрадио је Законик књаза Данила, као и његово значење за непосредну судску праксу. Овај део рада је веома значајан, јер је реч о једном од најзначајнијих правних аката црногорске државе XIX века. У овом делу поред материјалног права одређен је и судски поступак везан за Данилов законик.

Аутор је детаљно обрадио брачно и наследно право, анализирајући читава законодавство и судску праксу. На основу својих истраживања и разматрања наследног права, аутор закључује, да наследно право у условима динамике судске праксе у другој половини XIX века није стигло да се уобличи у категорију савременог европског наследног права, али да се у њему назире тек обриси тог права.

Трећи део рада обрађује законодавну делатност црногорске државе у другој половини XIX века. Аутор је дао нагласак на грађанскоправној материји, као и на наследном и брачном праву. Са посебном пажњом аутор је обрадио Општи имовински законик из 1888. године, који представља радикалан заокрет и новину у нормативној делатности црногорске државе, и "који је положио темељ правилнијем суђењу у Црној Гори и прославио име црногорско у најдаљем свијету", како књаз Никола пише В. Богишићу 23. III 1893. године, који је био министар правде Црне Горе (1893-1899). Значајан је ауторов закључак у критичкој оцени досадашњих проучавања, оцењивања и објашњавања установа Општег имовинског законика од стране историјско-правне науке са правно-догматском обрадом ових установа. Тако су неки аутори извели закључке о регресивном дејству Општег имовинског законика, а други аутори, с обзиром на космополитско облигационо право формулисано у самом Законику, виде прогресивно дело које иде испред стварних потреба тадашње Црне Горе. Аутор сасвим добро и основано закључује на основу научних анализа Општег имовинског законика да су оба ова гледишта која су дијаметрална и која се заснивају на противречним одредбама Општег имовинског законика, у ствари провизорна и немају никаквог основа и ослоња како у одредбама самог Законика, тако и у његовој примени у пракси.

У то време долази до реорганизације и модернизације државне власти и правосуђа, и формирања савременог европског права. Свакако да је најзначајније у читавом том процесу било именовање Валтазара Богишића за министра правде. Богишић је био не само редактор и творца Општег имовинског законика, него је и највише допринео његовој примени у пракси. Такође је био и аутор читавог низа паредби, упутстава, расписа и др. аката са законском снагом. Треба нагласити да се у то време снажно развија црногорско правосуђе, долази читава плејада врло квалификованих правника из иностранства, углавном из Аустроугарске. Поред Богишића долазе: др Ј. Војновић, др Ј. Бакотић, др Ј. Томановић, С. Кнежевић и др, који раде на реорганизацији правосуђа, као и на увођењу савременог формалног и материјалног права у црногорску правну праксу традиционално везану за обичајно

право. Фактички, ови истакнути правни стручњаци много су урадили на подизању нивоа црногорског правосуђа уопште, рецепцији установа савременог европског права и елиминисању старих превазиђених и конзервативних обичајних установа и правила. Напоменимо да Црна Гора није имала своје правне школе и да су се црногорски правници школовали у иностранству, или су, пак, странци из Аустро-Угарске долазили у Црну Гору.

Улажењем Црне Горе у Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца 1918, црногорско законодавство егзистира, и даље се примењује на подручју Великог суда у Подгорици, све до 1941. године. У "новој" Југославији примењују се правна правила имовинског права све до доношења Закона о облигационим односима 1978.

Аутор подвргава критици неке заблуде које су још увек присутне у нашој историјско-правној литератури, а које се исцрпљују у стерилним формулацијама о непримењивости Општег имовинског законика у пракси, јер је обичајно право имало јачу снагу и већу традицију. Са доста прихватљивим аргументима аутор закључује да је нормативна активност црногорске државе у другој половини XIX века одговарала практичним потребама црногорске државе тог времена.

Разматрајући овај рад проф. др П. Стојановића, могу се дати одређене констатације. Пре свега, аутор је читав овај рад обрадио студиозношћу врсног научника. Свакако је посебна карактеристика овог рада и оно у чему се он издваја од осталих радова ове врсте, један критички приступ и осврт на целокупну досадашњу историјско-правну литературу која обрађује правну историју Црне Горе у XIX веку. Поред проучавања постојеће литературе, аутор је проучио и прегледао све законске акте, уредбе, расписе, упутства, инструкције и др. тадашњег црногорског законодавства. Поред тога, аутор је извршио темељан преглед тадашње судске праксе. На основу свега тога, аутор је дао једну критичку анализу читаве ове материје обухватајући како нормативну активност државе, тако и обичајно право, грађанско, породично, брачно, наследно и кривично право. За разлику од већине других који су обрађивали ову материју, акценат овог рада је у исцрпној анализи практичне примене ових норми.

Читав рад је писан врло јасним и разумљивим језиком. Аутор је користио и коментарисао сву расположиву домаћу и страну литературу о црногорском праву XIX века.

На крају овог малог приказа можемо закључити да студија професора Стојановића представља значајан допринос у проучавању правне историје Црне Горе у XIX веку, и корисно ће послужити не само правницима, историчарима, социолозима, политиколозима, него и свима који се интересују за историју Црне Горе у XIX веку.

др Ђорђе Лопичић

САДРЖАЈ

страница

ЧЛАНЦИ

др Владимир Водинелић, Проблематика чињеница у доказној теорији кривичног процесног права (изборни научни рад) -----	369-388
др Зорица Кандић-Поповић, Ограничења права осуђених у условима затворског режима (прегледни чланак) --	389-402
др Ивана Симовић-Хибер, Добровољни одустанак и стварно кајање de lege late и de lege ferenda (прегледни чланак) -----	403-415
мр Милана Пауновић, Међународни стандарди права на слободу мирног окупљања и удруживања (прегледни чланак) -----	416-427
мр Катарина Лазаревић, Право конкуренције у Европској економској заједници и Југословенском законодавству (прегледни чланак) -----	428-442
мр Небојша Јовановић, Посебни разлози ослобођења од одговорности речног превозиона робе-случајеви посебних опасности (прегледни чланак) -----	443-456

КОМЕНТАРИ СУДСКИХ ОДЛУКА

др Илија Бабић, Правна природа изјаве наследника о уступању наследног дела -----	457-461
--	---------

СУДСКА ХРОНИКА

Одлуке Уставног суда Југославије - Ђорђе Ђурковић ----	462-465
Одлуке Вишег привредног суда Србије - др Јездимир Митровић -----	465-467
Одлуке Окружног суда - Димитрије Милић -----	467-469

БЕЛЕШКЕ

<i>Наташа Делић, Силвија Паловић-Ђурић</i> , Кривично законодавство и кривично правосудје у перспективи нових друштвених промена -----	470-478
<i>Наташа Делић, Силвија Паловић-Ђурић</i> , Правна заштита човека у оружаним сукобима и одговорност за злочине против човечности и међународног права --	479-484

ПРИКАЗИ

Adres Bello y el Derecho Latinoamericano (Congreso Internacional, Roma 10/12 dicembre 1981), изд. La case de Bello, Caracas 1987, стр. 530 - <i>Алгун Маленица</i> -----	485-492
Михаило Симић, Римокатоличка црква и Срби. Београд 1991, - <i>Стеван Ђорђевић</i> -----	493-494
Драган Пикוליћ, Кривични законик кнежевине Србије, Градина, 1991, - <i>Љиљана Радуловић</i> -----	494-497
Драгољуб Поповић, Оглед о одговорној влади на примеру њеног настанка у Француској, Савремена администрација, Београд 1989. - <i>Момир Милојевић</i> -----	497-502
Петар Ђ. Стојановић: Настајање савременог права у Црној Гори (1850-1900), Титоград, 1991, Црногорска академија наука и умјетности - Правни факултет у Новом Саду, стр. 200. - <i>Ђорђе Лоичић</i> -----	502-505

TABLE OF CONTENTS

page

ARTICLES

<i>Dr. Vladimir Vodinelić, Fact-Finding Problems in the Theory of Evidence in the Law of Criminal Procedure (original study) ---</i>	369-388
<i>Dr. Zorica Kandić-Popović, Limitations of Right of Convicts under Prison Regime (review article) -----</i>	389-402
<i>Dr. Ivana Šimović-Hiber, Voluntary Abandon and Genuine Repentance De Lege and De Lege Ferenda (review article) -----</i>	403-415
<i>Mr Milan Paunović, International Standards Of The Right to Freedom of Peaceable Assembling and Associating (review article) -</i>	416-427
<i>Mr Katarina Lazarević, The Competition Law in the European Economic Community and in Yugoslav Legislation (review article) -</i>	428-442
<i>Mr Nebojša Jovanović, Special Grounds for Exemption from Liability of Carrier of Goods in River Transport in Cases of Exceptional Danger (review article) -----</i>	443-456

COMMENTARIES OF COURT DECISIONS

<i>Dr Ilija Babić, Legal Character of Statement of Successor on Ceasing the Part of Inheritance -----</i>	457-461
---	---------

COURT CHRONICLE

Decisions of the Constitutional Court of Yugoslavia - <i>Đorđe Đurković</i>	462-465
Decisions of the Superior Economic Court of Serbia - <i>dr. Jezdimir Mitrović -----</i>	465-467
Decisions of the District Court - <i>Đimirije Milić -----</i>	467-469

NOTES

<i>Nataša Delić, Silvija Panović-Đurić, Criminal Legalisation and Criminal Judiciary and New Changes in Society -----</i>	470-478
---	---------

<i>Nataša Delić, Silvija Panović-Đurić, Legal Protection of Man in Armed Conflicts and the Responsibility for Crimes against Humanity and International Law</i> -----	479-484
---	---------

BOOK REVIEWS

Andres Bello y el Derecho Latinoamericano (Congreso Internacional, Roma 10/12 dicembre 1981) ed by La casa de Bello, Caracas, 1987, pp 530 - Antun Malenica -----	485-492
Mihailo Simić, Rimokatolička crkva i Srbi, Beograd, 1991 - <i>Stevan Đorđević</i> -----	493-494
Dragan Nikolić, Krivični zakonik kneževine Srbije, Gradina, 1991 - <i>Ljiljana Radulović</i> -----	494-497
Dragoljub Popović, Ogled o odgovornoj vladi na primeru njenog nastanka u Francuskoj, Savremena administracija, Belgrade, 1989 - <i>Miomir Milojević</i> -----	497-502
Petar Đ. Stojanović, Nastajanje savremenog prava u Crnoj Gori (1850-1900), Titograd, 1991, Montenegrin Academy of Sciences and Arts, Law School in Novi Sad, pp. 200 - <i>Đorđe Lopičić</i>	502-505

TABLES DES MATIÈRES

page

ARTICLES

<i>dr Vladimir Vodinelić</i> , Le problème des faits dans la théorie probatoire du droit de procédure pénale (travail scientifique original)	369-388
<i>dr Zorica Kandić-Popović</i> , La limitation des droits des condamnés dans les conditions du régime des prisons (article de revue) ---	389-402
<i>dr Ivana Simović-Hiber</i> , Le désistement bènèvole et le repentir réel de lege lata et de lege ferenda (article de revue) -----	403-415
<i>mr Milan Paunović</i> , Normes internationales du droit à la liberté de rassemblement pacifique et d'association (article de revue) ---	416-427
<i>mr Katarina Lazarević</i> , Le droit à la concurrence dans la Communauté européenne et dans la législation yougoslave (article de revue) -----	428-442
<i>mr Nebojša Jovanović</i> , Les raisons particulières de la dispense de responsabilité du transporteur fluvial des marchandises - les cas des dangers spéciaux (article de revue) -----	443-456

COMMENTAIRES DES DÉCISIONS DES TRIBUNAUX

<i>dr Ilija Babić</i> , La nature juridique des déclarations des héritiers dans la cassation de la partie héritée -----	457-461
---	---------

LA CHRONIQUE DES TRIBUNAUX

Les décisions du Tribunal constitutionnel de Yougoslavie - <i>Dorđe Đurković</i> -----	462-465
Les décisions du Tribunal suprême économique de Serbie - <i>dr Jezdimir Mitrović</i> -----	465-467
Les décisions du Tribunal du district - <i>Đimitrije Milić</i> -----	467-469

NOTES

<i>Nataša Delić, Silvija Panović-Đurić</i> , La légalisation pénale et la juridiction pénale dans la perspective des nouveaux changements sociaux -----	470-478
---	---------

Nataša Delić, Silvija Panović-Đurić, la protection juridique de l'homme dans les conflits armés et la responsabilité des crimes contre l'humanité et le droit international -----

479-484

COMPTES RENDUS DES LIVRES

Andres Bello y el Derecho Latinoamericano (Congreso Internacional, Roma 10/12 dicembre 1981), ed. La casa de Bello, Caracas, 1987, pp. 530 - *Antun Malenica* -----

485-492

Mihailo Simić, Rimokatolička crkva i Srbi (L'église romane catholique et les Serbes), Belgrade, 1991 - *Stevan Đorđević* -----

493-494

Dragan Nikolić, Krivični zakonik kneževine Srbije (Le Code pénal de la Principauté de Serbie), Gradina, 1991 - *Ljiljana Radulović* -----

494-497

Dragoljub Popović, Ogled o odgovornoj vladi na primeru njenog nastanka u francuskoj (L'essai sur un gouvernement responsable sur l'exemple de sa création en France), Savremena administracija, Beograd, 1989 - *Miomir Milojević* -----

497-502

Petar Đ. Stojanović, Nastajanje savremenog prava u Crnoj Gori (1850-1900) (Création du droit contemporain au Monténégro, 1850-1900), Titograd, 1991, Crnogorska akademija nauka i umjetnosti - Pravni fakultet u Novom Sadu, pp. 200 - *Đorđe Lopičić* -----

502-505

Уредништво „Анала” моли своје сараднике да рукописе достављају, придржавајући се следећих правила:

1. Све радове (чланке, прилоге, дискусије, приказе, судску праксу итд.) куцати на пуном папиру (не на пелиру) и то на једној страни, са проредом и са довољно белине са стране (27 редова на страни и 60 словних места у реду).

2. Уз рад намењен рубрици „Чланци” истовремено доставити резиме највише до 25 редова, куцан на исти начин као што је предвиђено под тачком 1.

3. Уз сваки рад доставити следеће податке: тачну адресу, потпуне податке о звању, број жиро-рачуна, телефон на радном месту и у стану.

4. Сваки рад доставити потписан.

5. Прикази књига које су мање од 200 страна не треба да буду дужи од 5 куцаних страна. Прикази књига које су по обиму веће од 200 страна могу се сразмерно повећати и то за по једну куцану страну на сваких додатних 100 штампаних страна. Уколико је приказ књиге по природи аналитичан, редакција ће толерисати повећање обима приказа за 20%.

6. Фусноте треба куцати на крају рада (не испод текста на страни), такође са проредом и са довољно белине са стране, и то тако да нумерација фуснота иде од броја 1 па надаље за цео рад (не правити посебну нумерацију за поједина поглавља).

7. Цитирање треба да обухвати следеће податке и то следећим редом: аутор (прво име, па онда презиме), назив дела, место издавања, година издавања, број цитиране стране или тачке пасуса. ПРИМЕР: Живојин Перић, *Стварно право*, Београд, 1922. стр. 141; Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1929, стр. 93.

8. За радове објављене у часописима, као и за прописе објављене у службеним гласилима, навести, после података о аутору и о раду, податке о: називу часописа (службеног гласила), броју и години излажења часописа (службеног гласила), броју цитиране стране. ПРИМЕР: Радомир Лукић, *Субјективни фактор и непосредна демократија*, „Анали Правног факултета у Београду”, бр. 2–3/1964, стр. 153; чл. 7. Закона о шумама СР Србије, „Службени гласник СРС”, бр. 19/1974.

9. За радове објављене у зборницима, енциклопедијама и сл, навести: име и презиме аутора, назив дела, назив зборника односно енциклопедије, име и презиме редактора (уколико је означено на зборнику), место издања, годину издања, број цитиране стране. ПРИМЕР: Божидар Јелчић, *Пораст и разлози пораста порезног оптерећења*, „Финанције и финансијско право”, ред. Божидар Јелчић и Владимир Срб, Осијек, 1982, стр. 37; Владимир Капор, *Купопродаја*, п. 37, „Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада”, том први, Београд, 1978, стр. 805.

10. Навођење судских одлука треба да садржи податке о врсти одлуке, суду, броју одлуке, датуму када је донесена и публикацији у којој је објављена, односно назначење да је коришћена из судске архиве. ПРИМЕР: Решење Уставног суда СР Србије III У бр. 82/72, од 31. маја 1972, „Зборник судске праксе”, бр. 7–8/1982, одл. бр. 29; пресуда Врховног суда СР Хрватске Гзз бр. 58/75, од 18. јуна 1975, „Збирка судских одлука”, књ. I, св. 4, одл. бр. 462.

11. Уколико се једно дело истог аутора цитира у више фуснота (које нису непосредно једна иза друге), после имена и презимена аутора други и сваки следећи пут употребити скраћеницу *op.cit.* уколико се једно дело истог аутора цитира у фуснотама које непосредно следе једна за другом, после

првог навођења потпуних података о аутору и о делу употребити скраћеницу *ibid.*

12. Сви библиографски подаци требало би у начелу да буду дати у фуснотама. Изузетно, пре свега при помињању неких законских одредби, то би се могло учинити и у самом тексту. ПРИМЕР: Из пореске основице је, као што предвиђа одредба чл. 3. Закона о порезу из дохотка организација удруженог рада СР Србије, искључен износ дела дохотка у висини 55% просечног месечног нето личног дохотка радника у привреди СР Србије исплаћеног у претходној години.

13. Пошто се часопис „Анали” штампа ћирилицом, црвеном оловком треба подвући речи или реченице које треба да буду штампане латиницом. Овај захтев односи се и на фусноте.

14. Речи и реченице које треба да буду штампане курзивом подвући црном или плавом оловком. Сви наслови цитираних радова треба да буду штампани *курзивом*.

15. Речи и реченице које треба да буду штампане латиницом и курзивом истовремено подвући и црвеном и црном (плавом) оловком. ПРИМЕР: Jan Tinbergen, *Does Self-management Approach the Optimum Order?*, "Yugoslav Workers Self-management", ed. by F. J. Brockmeyer, 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