АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

UDK 34/35

YU ISSN 003-2565

АПФ

У част професора Божидара С. Марковића

1-2

БЕОГРАД, 1993.

АПФ, година XLI, Београд, бр. 1-2, јануар-април 1993, стр. 1-242

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

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

УРЕЂИВАЧКИ ОДБОР

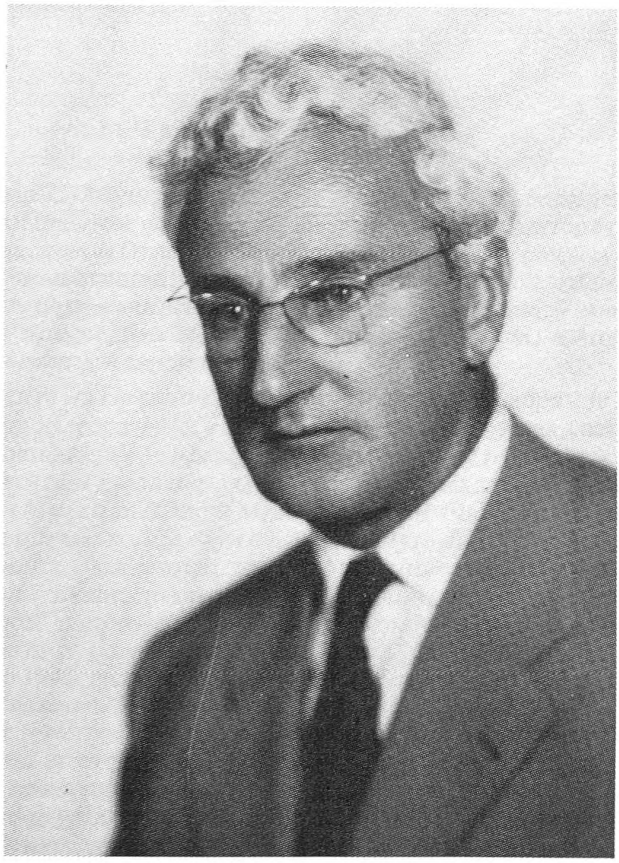
Главни и одговорни уредник: др Обрен Станковић. Заменик главног и одговорног уредника: др Владимир В. Водинелић. Чланови: др Стеван Врачар, др Предраг Шулејић, др Дејан Поповић, др Сима Аврамовић, др Драгољуб Поповић, др Боривоје Шундерић, др Мирјана Тодоровић, др Ђорђе Игњатовић (секретар Уређивачког одбора), др Љиљана Радуловић, мр Милан Пауновић и Војислав Станимировић.

ИЗДАВАЧКИ САВЕТ

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

ИЗДАВАЧ: Правни факултет у Београду

Слог: Владисављевић & Владисављевић, Г. Жданова 58, Београд, тел. 681-703
Штампа: Војна штампарија, Г. Жданова 40 б, Београд
Лектор и коректор: Бранислава Марковић



Др Тоскендар С. Марковић

АНАЛИ
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

АПФ, Година XLI, Београд, бр. 1-2, јануар-април 1993, стр. 1-242

UDK 34/35 YU-ISSN 0003-2565

РЕЧ УРЕЂИВАЧКОГ ОДБОРА

Божидар С. Марковић рођен је у Солуну 1903. године. Дипломирао је на Правном факултету у Београду 1926, а докторску дисертацију под насловом Оглед о односима између појма правде и развитка позитивног приватног права *одбранио у Паризу 1930. године, пред комисијом коју су сачињавали професори Анри Леви-Улман (Henry Lévi-Ullman), председник и Етјен Бартен (Etienne Bartin) и Анри Капитан (Henri Capitant), чланови комисије.*

За доцента на Правном факултету у Београду изабран је 1933, а за ванредног професора 1938. године. У време између два светска рата проф. Марковић играо је важну улогу у покретању и оснивању Библиотеке "Политика и друштво", као и истоимене Издавачке задруге. Као и професори Михаило Илић и Милан Жујовић био је члан Издавачког одбора Библиотеке, која је окупљала истакнуте личности јавног живота тога времена - академике, професоре универзитета, књижевнике, адвокате, политичаре, новинаре. Циљ Библиотеке био је да публицистичким радом допринесе развоју демократије, оздрављењу политичког живота и борби против фашизма. Од 1937. године, када је основана, до 1941. године у Библиотеци је објављено педесет свезака, посвећених важним питањима из области права, политике, економије, социологије и историје. За време окупације Библиотека је обуставила рад, али је по окончању рата објављена још једна свеска, посвећена оснивачу и председнику Задруге и Библиотеке, професору Михаилу Илићу. Тиме је уједно Библиотека угашена за наредна пола века.

Кад је 1941. године окупацијска власт упутила народу Апел против комунизма, *проф. Марковић, наклоњен демократији разумом и срцем, одбио је да га потпише, а доцније, из истог убеђења, одбио да се јави на поновни конкурс, који је за наставнике Универзитета расписао насилно успостављени режим, пошто је заједно с групом напредних професора стао у одбрану норме међународнога права, која окупатору забрањује измену унутрашњег поретка окупиране државе. Акт савести проф. Марковића протумачен је као оставка и на звање професора и на државну службу. Оптужен је за ширење комунизма на Универзитету, иако је било познато да демократско убеђење и научно знање проф. Марковића нису подразумевали никакву одређену политичку идеологију него само политичке слободе за све подједнако,*

помоћу којих се излучује програм социјално одговарајући мишљењу већине.

Пошто га је нова, послератна власт 1945. године послала у пензију у 43. години живота - чиме је његова универзитетска каријера била пресечена - професор Марковић је једно време провео без запослења. Од 1946. радио је као правни саветник у Министарству правосуђа ФНРЈ, а од 1949. у Комитету за законодавство ФНРЈ. За петнаест година проведених у тим надлештвима није напредовао у звању ни за један степен и 1961. године је на свој захтев поново стављен у превремену пензију. Током наведеног службовања позиван је да сарађује у правним часописима а предлагано му је и да се прими професуре на сарајевском Правном факултету. Оба та предлога проф. Марковић је одбио.

Удаљен од своје катедре и слободног научног рада, проф. Марковић се после Другог светског рата предано посветио превођењу. Преводио је с француског и енглеског језика класична књижевна и научна дела, а о обиму његове преводилачке делатности довољно говори податак да његов преводилачки опус износи више од тридесет књига, тј. око десет хиљада ауторских страница.

Почев од 1948. године па до данас професор Марковић је стални арбитар у Спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Југославије и повремени арбитар у париском Међународном арбитражном суду.

Почетком педесетих година био је један од оснивача Југословенске ауторске агенције и више година секретар Управног одбора те установе.

*Од 1953. до 1980. проф. Марковић је био представник Југославије у међународним ауторским организацијама - Међународној федерацији преводилаца (*FIT*) и Међународној конфедерацији аутора и композитора (*CISAC*). Иницијатор је и главни редактор Преводилачке повеље коју је 1963. године прогласила Међународна федерација преводилаца.*

Један од оснивача и уредника познате предратне Библиотеке "Политика и друштво", проф. Марковић је био иницијатор њене обнове и постао главни уредник те недавно обновљене Библиотеке, чије је гесло: истина, демократија *и* интереси српског народа.

За своје ванууниверзитетске активности професор Марковић је добио бројна јавна признања.

Своју делатност проф. Марковић није ограничио само на право. Он није само правни већ и политички писац. О томе најбоље сведоче његова Начела демократије *(Библиотека "Политика и друштво", Београд, 1937). У тој расправи, којој време не само да ништа није одузело него ју је, напротив, у целини потврдило, проф. Марковић је, са становишта научног агностицизма и социјалног релативизма, нарочито подвукао да демократија није политичка доктрина већ политичка метода, да у њој не треба видети никакву коначну и апсолутно важећу*

садржину већ превасходно политички облик који омогућује остварење различитих социјалних програма и законито вршење чак и најдубљих промена. Као правни писац, он је све друго до једнострани специјалист за какво уско подручје права. Широких видика и живог љубопитства, успешно се огледао у свему чему је посвећивао пажњу и на шта је усмеравао свој истраживачки интерес, било да је то грађанско право (упор. његову књигу Право побијања изван стечаја, *Геца Кон, Београд, 1935) било правна политика (упор. његов спис* Реформа нашега грађанског законодавства, *Библиотека "Политика и друштво", Београд, 1939) било, пак, историја наше правне мисли (упор. његову монографију* Димитрије Матић - лик једног правника, *САНУ, Београд, 1977).*

Али, колико год да је у овим дисциплинама оставио значајне трагове, ипак је тежиште његове делатности, оно што му је највише лежало на срцу, било у теорији и филозофији права. Почев од своје докторске тезе, проф. Марковић је у тој области увек био као код куће, непрекидно јој се враћао и стално је обогаћивао. Од посебног је значаја чињеница да су га у теорији и филозофији права привлачила њена темељна, њена средишња питања, међу којима су на првом месту правда и правичност. Њима је проф. Марковић посветио читав низ радова, тако да се може рећи да је, у суштини, дао једну теорију правде и правичности, теорију којој у нашој правној филозофији припада истакнуто место. Марковићеви текстови из ове области писани су јасно и разговетно, одмерено и поуздано, зналачки и разложно. У свима њима долази до израза његов метафизички скептицизам - уверење да сваки покушај утврђивања апсолутне истине о правди води на странпутицу и има погубне последице. Уместо тога, он се залаже за људско мерило правде и за истраживање свих оних чинилаца, рационалних и ирационалних, који утичу на то мерило и који га одређују. Његов пут и његов поступак у филозофији права иду за разматрањем реалних, конкретних и практичних проблема правде и правичности. Њима је увек давао предност у односу на пуку спекулацију и беживотни конструктивизам. Његова филозофија права никада није била на лагодном одстојању од правне праксе и правног живота, пошто је сматрао својим позивом да допринесе прожимању позитивног права праведним правом, усклађивању првог с другим. Јер, право је, према проф. Марковићу, двојако, дуализам је суштинско обележје правног феномена. Задатак је правне филозофије да истражи оба његова вида и да тако припреми тло за сусрет позитивног и праведног права. У томе је садржана најдубља тежња правне филозофије коју је развио и коју, ненаметљиво а истрајно, заступа проф. Марковић.

Ако се посматра развој наше правне филозофије у двадесетом веку, видеће се да је у њему удео проф. Марковића знатан и незаобилазан. Заједно са Томом Живановићем, Ђорђем Тасићем и, у новије време, Радомиром Лукићем, мада друкчије од ових њених истакнутих представника, он је видно допринео подизању њеног нивоа и угледа. Његовом особитом заслугом ваља сматрати уношење духа равнотеже

у нашу правну филозофију, преузимање класичних проблема европске правне филозофије уз њихово развијање и продубљивање на основама достигнућа и метода модерне, првенствено француске, правне и филозофске мисли. А својим учењем о правичности, која је зацело била најприснија тема проф. Марковића, он је код нас усамљена и зато драгоцена појава.

Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere - тако је Улпијан одредио три заповести правде и праведног поступања. Својим бићем и својом делатношћу, целим својим животом, проф. Божидар С. Марковић је узорно испуњавао ове високе захтеве егзистенције привржене правди. У нашој средини и у нашем правништву, он је оличење Улпијанове заветне мисли и пример достојан следбеништва.

ПРОФ. ДР БОЖИДАР С. МАРКОВИЋ

Проф. др Божидар Марковић рођен је 1903. године у Солуну. Положио је докторат права у Паризу 1930. с докторском расправом *Оглед о односима између појма правде и обраде приватног позитивног права* (*Essai sur les rapports entre la notion de justice et l'élaboration du droit privé positif*), коју је приликом одбране врло позитивно оценила комисија и стручна јавност. По повратку у земљу изабран језа доцента на Правном факултету у Београду за предмет Грађанско право. По окупацији 1941. стављен је на располагање, а после ослобођења 1944. није враћен на факултет и радио је у службама за припрему закона, све до пензионисања. Међутим, он није престајао да прати научну правну литературу, пре свега теоријско-филозофску, тако да се онда потпуно вратио свом првобитном интересовању - теорији и филозофији права. Показало се на његовом примеру да је могућа успешна сарадња између старијих и млађих генерација ако су надахнуте истом племенитом жељом за откривањем истине.

У својој докторској дисертацији проф. Маковић полази од чињенице да позитивно прво својим конкретним нормама не може да реши основни задатак права - да своје прописе доноси у складу с друштвеним потребама, које се стално мењају. Да би то могло учинити, потребно је да релативно крутом позитивном праву служе као допуна неке опште правне идеје, правде и једнакост, као и морал и природно право, па тако и испитује појам и улогу правде у вези с тим.

Своје дело проф. Марковић је логично поделио на три одељка. У првом одељку одређује појам правде, правичности, природног права и морала како би утврдио њихове везе и однос према праву, да би у другом дао преглед разних схватања правде и, најзад, у трећем, одредио техничке начине помоћу којих правда продире у позитивно право.

У првом одељку се у првој глави расправља о појму правде. Ово класично и врло значајно питање обрађено је с прецизношћу и префињеношћу. Полази се од општег схватања правде заснованог на једнакости. Правда се састоји у једнакој мери за неједнаке ствари, одн. у начелу да свакоме треба дати оно што му припада, одн. оно што заслужује. Али то се може одредити само ако се води рачуна о томе да сама правда служи нечему, да је она одређена својим крајњим циљем. И ту је средиште проблема - како одредити циљ коме правда служи. Писац налази да се на ово питање дају два главна одговора - један трансцендентан, други људски. Одбијајући да улази опширно у ово питање, које је врло сложено, проф. Марковић најпре покушава да нађе одговор у самој Природи, чији смо део. Тај покушај је узалудан. Природа изгледа равнодушна према том питању - у њој важи само закон узрочности. Али чак и у сазнању оног што *јест*, иако је оно приступачније него оно што *треба*, ми нисмо сигурни у своје сазнање, јер сазнајемо само (оно што наша сазнајна моћ даје за нас, а не оно стварно, стварност *по себи*.

Остаје да се потражи људски циљ света и човека. Тај циљ је сам опстанак, одн. прибавити оно што нам недостаје да опстанемо, да живимо, да избегнемо, одн. одложимо смрт, тј., још прецизније, да ојачамо своју моћ како бисмо што дуже опстали. То значи да усавршимо себе и своје друштво, да се развијамо, да напредујемо. Доследно томе, "све што је у складу с тим правилом треба сматрати праведним. Ево, дакле, мерила према коме се одређује суд вредности и на основу кога ће бити могуће одредити достојанство или заслуга дате личности... Одредили смо основу Правде, извор и основу права". А само достојанство личности одређено је њеном способношћу за живот. "Такав је општи закон опстанка снага, који, сам по себи, није ни моралан ни аморалан - мерило моралности се појављује тек са друштвом", каже наш писац. Снага према којој се цени вредност није биолошка него друштвена, према интересима друштва, које ограничава и усмерава појединачне снаге. Отуд излази да "право није снага (сила), него усредсређивање, канализација друштвена индивидуалних снага (сила)." Односи снага се непрекидно мењају с њиховом променом, па отуда и еволуција права. Али та еволуција није груба природна еволуција, на штету слабијих, које уништава, већ људска, која мора да очува свачију ма и најмању снагу, јер и она може допринети развоју друштва. При том се мора водити рачуна да се интерес друштва на схвати грубо утилитаристички, јер корист није добро по себи. Развијајући се, правда се приближава милосрђу, које ће, ако се развије до краја, учинити непотребном саму правду, јер је превазилази.

У другој глави писац сажето говори о појму правичности почев од грчких и римских схватања о њој до данас, с посебним освртом на однос једнакости и правде, са закључком да између ова два појма нема суштинских разлика. У вези с тим посебно се излаже појам једнакости, где се подвлачи, да савремено право све више тежи једнакости, изједначујући у праву људе који су по природи неједнаки, те тако постижући једнак обим слободе за све, без обзира на њихову природну неједнакост, у чему се, наравно, не успева у потпуности.

У трећој глави реч је о природном праву. Истичући врло велике разлике у схватању овог појма, писац излаже, сажето, али садржајно, главна учења о овоме до XX века, особито истичући значајну разлику у питању његове променљивости, како би закључио да и нема суштинске разлике у садржају између правде и природног права, које је донекле противречно по себи, јер може постојати природан морал, али не и природно право.

Четврта глава је посвећана расправи о моралу. Истиче се да се он тешко може схватити искључиво рационално, јер се категоричне норме могу схватити само као ирационалне сходно својој априорној природи, те и не спадају у област науке у ужем смислу. Реално се зато може проучавати само позитивни морал друштвених скупина, различит од једне од друге скупине. Између морала и права писац не налази неку битну разлику, јер обе врсте норми служе истој сврси - опстанку и напретку друштва и човека. Ипак се може рећи да је морал узвишенији,

да је право минимум морала, те се отуд морал поклапа с правдом, изузев оног дела који спада у милосрђе.

У закључку првог дела писац подвлачи да између правде, правичности, природног права и морала нема суштинских разлика. Право тежи истом циљу као и морал, али се разликује по средству - државна санкција - и по обиму - право је уже од морала, обухвата само један његов део, онај који је неопходан за опстанак друштва и човека. Отуд излази да је морал најшири, јер обухвата и правду, и виши је од ње, као и да остаје увек извесно непоклапање између позитивног права и правде.

Други део расправе посвећен је излагању и критици главних праваца схватања, "школа" права у односу на појам правде. Ту се излажу и критикују одговарајући ставови утилитаризма и солидаризма, као и схватања идеализма и позитивизма. Посебно се расправља о нужности посматрања стварности, чињеница, којима се увек треба обратити да би се утврдила истинитост једног става. У вези с тим се истиче и значај наших уверења и осећања, али под условом да се ипак крајњи ослонац тражи у чињеницама, објективно датим, независно од тих уверења и осећања. Али и осећања и уверења имају знатан утицај на право и о томе се мора водити рачуна, јер су и то чињенице као и све друге. Наши идеали несумњиво утичу на наше схватање права и то је позитивно. Само идеали, пак, иако настају на основу извесних стварних чињеница, ипак нису и не могу бити творевина социологије ни науке уопште. "Врлина се не ствара у лабораторијској епрувети" - каже духовито проф. Марковић. Не може се од индикатива прећи на императив, од чињеница на норму, из става "ово јест" на правило "траба чинити". Наша правда је сачињена делом од биолошке "правде", производа природне селекције, делом од наших метафизичких схватања о циљевима, закључује проф. Марковић ово суптилно излагање о правди.

У трећем делу своје расправе, проф. Марковић разматра технику "продирања појма правде у позитивно право". Временом, између позитивног права и схватања правде наступа јаз, јер се правда прилагођава променама у друштву, док законска норма остаје иста. Тај јаз се ублажава тумачењем права, али долази тренутак кад то више није могуће. Да би се тај тренутак одложио, даје се све већа слобода судији у примени права и законодавци све више воде рачуна о еластичности правних норми, уводећи "каучук-параграфе" и избегавајући строге обавезне норме у корист слободе странака у правном односу. Судија такође постаје све важнији у конкретизацији права сходно датим околностима. Посебну пажњу писац посвећује и тзв. "слободном научном истраживању права", и судској пракси. Исто тако подвлачи значај социологије у истраживању друштвених односа и прилагођавању права друштвеној стварности.

На крају, проф. Марковић излаже утицај стоичке доктрине на римско преторско право, и улогу правичности у енглеском праву да би завршио разматрањем савремених тенденција у праву у овој области и коначним кратким закључком да није могуће створити неко коначно савршено право, већ оно које потпуно остварује правду дату конкретно

у друштву. Јер, "сваки човек има живот који је заслужио и свако друштво има правду које је достојно".

Као што се види, проф. Марковић је дао једно дело које успешно повезује строго правни метод са социолошким и у том погледу његов рад је значајан допринос тадашњем схватању права и његове примене у правцу дедогматизације и давања оправданог значаја његовом социолошком елементу. Његов рад спада међу значајне доприносе нашој ондашњој теорији права, али он ни данас није изгубио свој значај, с обзиром да процес дедогматизације, револуцијом и новом дуготрајном догматизацијом, које ћемо се тешко и споро морати да ослобађамо. Стога би било добро кад би се овај његов рад превео и објавио или бар дао у скраћеном облику.

После рата проф. Марковић је одстрањен с факултета и радио је на законодавству, знатно доприносећи његовом развоју. Тек у последње време, упркос одмаклим годинама, он се враћа научном раду и објављује чланак о социолошком и етатистичком нормативитету у праву (у *"Зборнику за теорију права"*, IV), који показује да ни у већ поодмаклим годинама његова мисао није ништа изгубила од свежине и дубине.

У закључку се може рећи да је проф. Марковић правни теоретичар који свестрано посматра право, полазећи од правне науке, али исто тако води рачуна и о социолошким и филозофским елементима његовим. На тај начин успева да синтетички обухвати правни феномен као елемент духовног света повезан са социолошким, политиколошким и филозофским појавама, помоћу којих се једино може у потпуности разјаснити. У нашој оскудној правној литератури, његово дело има своје значајно место, без обзира на то што је обимом остало мало услед стицаја лоших политичких услова за слободан научни рад. Он је умео да своја гледишта уобличава истовремено тананим анализама и синтетичким широким захватима. Добар познавалац не само теорије и филозофије права него и социологије и филозофије, он је за кратко време рада у овој области дао значајне резултете. У нашој предратној теорији и филозофији права он стоји одмах уз Ђорђа Тасића, коме је и најближи по начину схватања, иако чува своју оригиналност, истовремено као и он удаљен од нашег најзначајнијег филозофа права Т. Живановића. Његов повратак овој области после дугог времена у коме није могао да се њоме бави прави је подвиг и показује колики је губитак што се није могао посветити раду за који је био истински обдарен и који је тако успешно започео. Прилике су биле против њега, али је он ипак успео да остави дело које значи драгоцен допринос и може служити истовремено као узор и као подстицај за даљи рад млађих поколења. Као и Ђорђе Тасић, проф. Марковић је симбол онога што смо могли имати у областима у којима су деловали и што је наша несрећна историја онемогућила. Упркос злој судбини, проф. Марковић је ипак учинио довољно да остави значајан прилог нашој науци и заслужи признање и захвалност наше просвећене јавности.

др Радомир Д. Лукић

UDK - 347.77.01
Изворни научни рад

др Светислав Аранђеловић,
научни саветник Института за друштвене науке у Београду у пензији

ПРИВРЕДНИ ЗНАЧАЈ И ПРАВНА ПРИРОДА СКЛАДИШНИЦЕ

Складишница има привредни значај јер доприноси убрзању привредног промета. Она омогућава извршење уговора о продаји ускладиштене робе и без њене стварне предаје купцу. Значајна је и као реално средство кредита, јер роба може без промене места и предаје залогопримцу да буде заложена, чиме се отклања имобилисање њене вредности.

Постоје једноделне и дводелне складишнице, затим складишнице на име, по наредби и на доносиоца.

По својој правној природи, складишница је стварноправна, каузална, неконститутивна, традициона, презентациона и негоцијабилна хартија од вредности.

Кључне речи: *Складишница. - Хартија од вредности. - Залога.*

Складиштење робе је привредни посао од великог значаја и оно се данас обавља, углавном, као посебна привредна делатност. Складишни послови су далеко превазишли националне границе и постали важан чинилац у међународној размени добара. Ускладиштење робе, када је реч о његовом привредном значају, пружа знатне уштеде привреди, доприноси брзини и ефикасности промета. Пре свега, постижу се велике уштеде у изградњи складишних капацитета, јер постоје посебне организације које се професионално баве складиштењем, које у ту сврху подижу складишта чији пуни капацитет увек може да се искоришћава. Због тога организације у области производње и промета не морају да граде сопствена складишта већих капацитета, осим оних мањих везаних за текућу производњу. Поред тога, оваква делатност данас захтева и техничку опремљеност складишта, нарочито због све чешће примене палетизације и контејнеризације, што је могуће само ако се изврши одређена специјализација. Ускладиштење има и велики значај и у регулисању понуде и тражње робе на тржишту, пошто доприноси равномернијем снабдевању тржишта, нарочито када је реч о сезонским производима, што је нарочито значајно у области пољопривредне производње. Ускладиштењем тих производа омогућено је снабдевање тржишта скоро преко целе године, што обезбеђује не само

боље и континуирано снабдевање већ и могућност пласмана већих количина робе. Исто тако, роба се за време ускладиштења може припремити на одређени начин за тржиште. Складиштар може вршити и посебне услуге, као што су препакивање, сортирање, сушење, узимање узорака и слично. Неопходно је истаћи да ускладиштење има изузетан значај за транспорт робе у целини, јер изградња складишта у транспортним центрима омогућава убрзање транспорта робе, константност понуде и тражње у транспортним центрима, коришћење пуних капацитета транспортних средстава, пошто могу преко складишта брзо и лако да се ослободе робе која је тим средствима превезена у место опредељења.

Посебно велики значај има ускладиштење робе у јавним складиштима због права јавних складишта да издају складишнице, помоћу којих сопственик или друго овлашћено лице може располагати робом која се налази у складишту, а да се при томе роба уопште не покрене из складишта. Наиме, складишница је, као што ћемо у даљем излагању видети, хартија од вредности помоћу које може њен ималац робу која се налази у складишту да стави у промет самим преносом складишнице, тј. може преносом складишнице робу продати, заложити или на други начин са њом располагати.

Складишница, као хартија од вредности, настала је, на првоме месту, због потреба светске трговине и брзог и рационалног трговачког промета. Од великог значаја била је и чињеница да је светска трговина највећим делом транзитног карактера, јер се роба врло често увози да би се поново даље продала, што захтева велики обртни капитал. Ове потребе су највише дошле до изражаја у Енглеској, преко које је ишао највећи део европског увоза масовних добара, као памука, чаја, дувана, зачина, дрвета, каучука и другог. Наиме, при уобичајеној трговачкој пракси, увозник мора својим лиферантима да исплати куповну цену по пријему робних докумената. Од тренутка испоруке робе својим испоручиоцима, па до продаје робе и пријема продајне цене постоји једна финансијска празнина коју увозник мора да премости. Уколико нема довољно личних средстава и личног кредита, он потребну суму мора да обезбеди залогом. Док је роба на путу, он је средства могао да обезбеди залогом коносмана. Када се, пак, роба смести у јавно складиште, онда ту улогу врше складишне хартије од вредности. Својство складишнице као хартије од вредности омогућава да се роба ускладиштена у јавно складиште заложи и на тај начин да се дође до средстава.

Складишница данас има велики привредни значај. Пре свега, она доприноси убрзању привредног промета. Складишница омогућава извршење уговора о продаји ускладиштене робе и без њене стварне предаје купцу, тј. једноставним индосирањем складишнице као хартије од вредности. Пренос индосирањем олакшава циркулацију, јер искључује сваку компликовану процедуру. Такав начин преноса често доводи до уштеда и знатних транспортних трошкова. Преносом складишнице на новог имаоца преносе се и посед и својина на роби. Складишница је значајна и као реално средство кредита. Простим преносом склади-

шнице, или само једног њеног дела, ако је складишница дводелна, може роба без промене места и предаје залогопримцу да буде заложена. Оваквим коришћењем складишнице може се отклонити имобилисање вредности ускладиштене робе, ако се предвиђа да она лежи у складишту извесно време, било што неће одмах бити употребљена у производњи или потрошњи, било што чека на даљи транспорт. За време оваквог мировања робе у складишту, њена вредност може да буде мобилисана њеним залагањем путем складишнице као хартије од вредности, при чему се, такође, штеде време и новац, јер се залагање врши без транспорта робе и њене предаје заложном повериоцу. Према томе, њена вредност ће и за време њеног непродуктивног боравка у складишту моћи да буде употребљена за закључење нових послова или испуњавање старих обавеза. Најзад, потребно је напоменути да се складишница често убраја у неопходна документа при наплати и реализацији документарног акредитива. Корисник акредитива мора да депоновањем складишнице докаже да је извршио уговорну обавезу, у овом случају - да је одређену робу ускладиштио на одређеном месту, односно у одређено јавно складиште.

Постоји више врста складишница. У зависности од тога да ли су издате као јединствена исправа или не, разликујемо *једноделне* и *дводелне* складишнице. Друго њихово разликовање врши се према начину на који је у њима одређен ималац права из хартије, тј. корисник хартије. Према том критеријуму, класификујемо их на складишнице *на име*, складишнице *по наредби* и складишнице *на доносиоца*.

Једноделна складишница се појављује као јединствена исправа која се састоји само од једног дела у коме је инкорпорисано право својине на роби, али чијим се преносом може на тој роби конституисати и право залоге. На тај начин се том јединственом исправом, односно њеним преношењем, постижу оба привредна циља, тј. и пренос својине на роби и залагање робе. Енглеска је постојбина јединствене складишнице, која је настала из њених трговачких узанси. Такав тип складишнице је касније прихваћен у Холандији, Немачкој и САД. Код система јединствене складишнице, приликом конституисања заложног права на роби која је у складишту, преноси се складишница на заложног повериоца. Тиме заложни поверилац постаје једини представник ускладиштене робе, тако да залогодавцу није више могуће да посредством складишнице као хартијом од вредности располаже робом, пошто се складишница налази у рукама заложног повериоца. У томе је главни недостатак складишнице из једног дела и разлог тражења таквог типа складишнице који ће омогућити оставодавцу једновремено и залагање робе али и задржавање могућности да и даље располаже робом, па и да врши пренос својинских права. Систем складишнице из једног дела није погодан за лаку циркулацију. Из тих разлога у јавним складиштима у Енглеској створена је једна посебна исправа, тзв. *weight note*, а у већини других земаља систем складишнице из два дела.

Складишница из два дела је дело француске јуриспруденције. У француским трговачким круговима постојала је потреба за хартијом од вредности помоћу које ће роба и после њеног залагања моћи да се отуђи, пошто се у Француској роба задржавала дуже време у складиштима, тако да је било потребно да се за то време не имобилише у трговачком смислу. Наиме, било је потребно да се омогући оставодавцу да са робом, и кад је заложена, може даље да располаже, односно да је продаје и преноси својину. У том тражењу бољег решења француски правници су створили нов систем складишнице, који је као посебан део предвидео и заложницу. Тиме је задовољена потреба трговачких кругова за таквом складишном хартијом која омогућава и даљи пренос заложног права, али и пренос својине на роби оптерећеној заложним правом. Овај систем, у основи различит од свог енглеског узорка, одликује се не само својом оригиналношћу, већ и великим практичним значајем који је у свом скоро стогодишњем развоју и примени показао, и то у значајном броју континенталних земаља.

Складишница се састоји од два дела идентичне садржине која складиштар приликом пријема робе у складиште, а може и касније, уручује оставодавцу. Први део, признаница (*récépissé, Lagerschein*) служи за отуђивање ускладиштене робе и подизање робе из јавног складишта, а други део (*warrant, Lagerphandschein*) служи за залагање ускладиштене робе. Ако оставодавац хоће робу да заложи, он преноси на заложног повериоца само заложницу, док у његовим рукама остаје и даље признаница. Преносом заложнице на заложног повериоца овај стиче заложно право на роби, које он као споредно право за потраживање обезбеђено залогом може даље да преноси (преносом заложнице) на треће лице. Признаницу задржава код себе оставодавац, који је у овом случају истовремено и залогодавац, што му омогућава да и после залагања робе пренесе право својине на роби на неко треће лице, различито од залогодавца. Разуме се, у томе случају ово право се преноси оптерећено залогом конституисаном преносом заложнице. У овој ситуацији, када је преносом заложнице конституисано заложно право, оставодавац не може да постави складиштару захтев да му изда робу из складишта све дотле док робу не ослободи терета залоге. Исто то не може да учини ни евентуални каснији прибавилац робе, који би до ње дошао само преносом признанице. Јер, складиштар ће робу издати само кад му се врате оба дела складишнице, и признаница и заложница. Кад ималац складишнице исплати заложни дуг, добија натраг складишницу, и тек тада може складиштару да постави захтев за издавање робе.

Следеће разликовање складишница врши се на основу начина на који је у њима одређен ималац права из складишнице, тј. према томе да ли су складишнице издате на име по наредби, или на доносиоца. Код складишнице на име у самој складишници је изричито наведено име корисника складишнице. Пренос ових складишница је доста отежан, јер се оне могу пренети само грађанскоправном цесијом, што је доста компликовано. Код складишница по наредби корисник је исто тако наведен у складишници, али му је истовремено дато и право да он

својом наредбом одреди и неко треће лице као корисника исправе. Овакве складишнице се преносе путем индосамента, што омогућава лаку и брзу циркулацију. У складишницама на доносиоца није назначен корисник, већ складиштар преузима обавезу да изда робу сваком лицу које му покаже складишницу. Преноси се простом предајом, тако да врло лако циркулише.

У нашем Закону о облигационим односима не постоји изричита одредба која одређује начин назначења титулара складишнице, тј. не говори се о томе да ли је складишница хартија од вредности на име, по наредби или на доносиоца. Међутим, посредним путем, из садржине неких одредаба, које се односе на складишницу, може се закључити да је у нашем праву складишница хартија од вредности по наредби. Наиме, из одредаба чл. 741, ст. 2. и чл. 744, које се односе на садржину складишнице и на пренос складишнице, може се извести такав закључак. Из чл. 744, ст. 1. види се да се складишница, оба дела заједно или посебно сваки од њих, могу преносити индосаментом. А из чл. 741, ст. 2, у коме је одређена садржина складишнице, види се да складишница мора, између осталог, да садржи назив, односно име и занимање оставодавца и његово седиште, односно пребивалиште. Према томе, анализом наведених чланова закона види се да складишница, онако како је уређена Законом о облигационим односима, представља типичан пример хартије од вредности по наредби по самоме закону. У хартији је приликом издавања наведено име титулара, а закон му је дао право да ту хартију индосаментом даље преноси. Оваква складишница се може претворити у складишницу на име ако се у њу унесе ректа клаузула. Она тада постаје непреносива, а једини корисник складишнице постаје лице које је уписано у складишницу. Исти чланови Закона о облигационим односима искључују могућност да у нас постоји складишница на доносиоца, иако Закон, у принципу, у својим општим одредбама о хартијама од вредности, прописује да хартија од вредности може гласити и на доносиоца. Закон је ову могућност у погледу складишнице искључио. Чињеница да је назначење титулара складишнице обавезан елемент садржине складишнице, као и одредбе по којој приликом првог преноса заложнице морају на њој бити обележени назив, односно име и занимање повериоца, и по којој сам пренос мора бити пријављен складиштару, не дозвољавају да се изда пуноважна складишница без тога елемента, па тиме ни складишница на доносиоца.

Као што је речено, складишница је хартија од вредности којом складиштар потврђује да је у њој означену робу примио на чување и којом се обавезује да ту робу изда лицу које је према садржини складишнице легитимисано да робу прими. Складишница је хартија од вредности и у целини, али и сваки њен део (ако се складишница састоји од два дела, тј. признанице и заложнице). То својство она има зато што испуњава услове који се за то својство од једне исправе захтевају према чл. 234. Закона о облигационим односима, јер је складишница писмена исправа којом се њен издавалац - складиштар обавезује да испуни

обавезу уписану на тој исправи њеном законитом имаоцу. У њој је инкорпорисано право на роби која се налази у складишту и чије се ускладиштење потврђује том исправом. За коришћење права из складишнице неопходно је поседовање те исправе, што је нарочито значајно у робном промету и у случају преноса складишнице на друго лице.

Својство складишнице као хартије од вредности значи да она садржи у себи неко грађанско право и да је постојање права садржано у хартији у тесној вези са постојањем саме писмене исправе. И заиста, складишница инкорпорише у себи два стварна права. Прво, право својине, односно право располагања на ускладиштеној роби, и друго, право залоге.

Поред тога, складишница представља и доказ о закљученом уговору о ускладиштењу робе.

Складишница је по природи права које је у њој инкорпорисано стварноправна хартија од вредности, јер садржи у себи стварна права својине и залоге.

Складишница је с обзиром на однос који постоји између ње и основног посла, ускладиштења у вези са којим је издата, каузална хартија од вредности, јер је непосредно повезана са послом, а та повезаност се види и из саме исправе. Она не заснива никакво апстрактно потраживање.

Складишница је, према начину настанка права које је у њој садржано, неконститутивна хартија од вредности, јер је у њој инкорпорисано право које је већ постојало приликом издавања исправе.

Складишница је традициона хартија од вредности, јер у себи садржи право на стварима означеним у складишници које се може преносити преносом складишнице или њених делова. Предаја складишнице замењује предају ускладиштене робе. Предајом складишнице у целини, или предајом појединих њених делова, преноси се право располагања ускладиштеном робом, односно право залоге на роби.

Складишница је и презентациона хартија од вредности, јер је обавеза повериоца да хартију презентира дужнику да би могао да реализује своје потраживање.

Најзад, складишница је, као и свака хартија од вредности, негоцијабилна, и то у целини и у деловима.

(Примљено 6. новембра 1992)

Dr. Svetislav Aranđelović,
Retired Associate of the Institute for Social Sciences, Belgrade

ECONOMIC SIGNIFICANCE AND LEGAL CHARACTER OF WARRANT

Summary

The warrant has considerable economic significance. It contributes to speeding up of trade transactions because it makes possible the carrying out of contract of sale of the stored goods even without its effective handing over to the buyer, which is done by simple endorsing of warrant as the kind of securities - which leads to considerable saving in transport costs. The warrant is significant also as real instrument of credit. By transferring the warrant it is possible to pledge the goods without the change of place and without handing them over to the party benefitting the pledge, which eliminates freezing of value of the stored goods. The value of goods, namely, can be used also in course of its storage otherwise nonproductive, for entering into new transactions and fulfilling the old obligations.

The warrant is a kind of securities by which the storehouse keeper confirms the fact that he has received for custody the goods indicated in it, and that he assumes the obligation to hand over such goods to a person entitled, according to the terms in the warrant, to receive the goods.

There are several kinds of warrant. Depending on whether it is issued as a single document or not, one distinguishes the one-piece or two-piece warrant. The other distinction is done according to the way of indication of the holder of rights incorporated in the paper, namely the beneficiary of the paper. These are warrants issued to a given individual, with the indication of his/her name and the warrant issued to its bearer (without the indication of name). The Yugoslav Torts and Contracts Law does not have express provisions determining the way of indicating the one having the rights in the paper (holder), but one may conclude, on the ground of provisions in articles 741 and 744 that the warrant in our law is a kind of securities issued at order.

The warrant, according to its legal character, is a property-law securities instrument, a causal kind of securities, a non-constitutive one, the instrument which can be transferred, then a presentation type of securities as well as a negotiable securities instrument.

Key words: *Warrant. - Securities. - Pledge.*

Svetislav Arandjelović,
conseiller scientifique à la retraite de l'Institut de sciences sociales de Belgrade

L'IMPORTANCE ÉCONOMIQUE ET LA NATURE JURIDIQUE DES WARRANTS

Résumé

Le warrant a une grande importance économique. Il contribue à l'accélération du trafic économique, car il permet la réalisation des contrats de vente de la marchandise stockée sans sa remise réelle à l'acheteur, c'est-à-dire par le simple endossement des

warrants comme titres de valeur, ce qui aboutit à des économies importantes sur le plan des coûts de transport. Le warrant est important aussi comme moyen réel de créance. Par le transfert du warrant, la marchandise peut, sans changer de lieu et sans être remise au détenteur gagiste, être mise en gage, ce qui écarte l'immobilisation de la valeur de la marchandise stockée. Même au cours de son séjour non productif dans le dépot, la valeur de la marchandise pourra être utilisée pour conclure de nouvelles affaires ou pour honnorer les anciennes obligations.

Le warrant est un titre de valeur par lequel un entreposeur confirme qu'il avait accueilli la marchandise citée pour la garder et par lequel il s'engage à remettre cette marchandise à la personne qui, aux termes du warrant, est autorisée à recevoir la marchandise

Il y a plusieurs sortes de warrants. En fonction du fait qu'il ont été délivrés comme un document unique ou non, on distingue des warrants en une partie et ceux en deux parties. Une autre distinction est faite selon le mode de la définition du droit dans le titre, c'est-à-dire de l'utilisateur du titre. Selon ce critère, nous les classifions en warrants nominatifs, en warrants à ordre et en warrants au porteur. Notre loi sur les rapports d'obligation ne contient pas de disposition explicite qui définirait le mode de désignation du titulaire du warrant, mais les dispositions de l'art. 714 et 744 permettent de conclure que dans notre droit le warrant est un titre de valeur à ordre. Le warrant est, de par sa nature juridique, un titre de valeur de droit réel, un titre de valeur causal, un titre de valeur traditionnel, un titre de valeur de présentation et un titre de valeur négociable.

Mots clé: *Le warrant. - Le titre de valeur. - Le gage.*

UDK - 34(091)
Изворни научни рад

др Данило Баста,
редовни професор Правног факултета у Београду

ПОХВАЛА ЈЕДНОЈ ДОСЛЕДНОСТИ

Не само по томе што траје више од шест деценија већ у првом реду по томе што је, упркос свему, остао конзистентан, доследан и складан, потхват проф. Божидара С. Марковића у нашој правној филозофији одиста је јединствен. Основима положеним у својој парискоj докторској тези он је све до данас остао веран. Та се верност односи на схватање о двојству (дуалитету) правног феномена, на становиште да изван и изнад позитивног права постоји праведно право, на неопходност њиховог сталног усклађивања. У средишту Марковићеве правне филозофије налазе се правда и правичност које је разматрао уз одлучан антиметафизички став, уз одбацивање сваке врсте есенцијализма, али уз прихватање људског финализма. Континуитет и доследност те филозофије почивају на континуитету и доследности у свестраном, методичном, виталистички обојеном и добро заснованом истраживању праведности и правичности у њиховој практично-конкретној димензији. Њену оригиналност треба тражити у Марковићевом наглашавању демократског политичког режима као неопходног услова праведног права. Интегритет правне филозофије проф. Божидара С. Марковића има своје крајње и најснажније упориште у интегритету његове личности.

Кључне речи: *Правда. - Правичност. - Праведно право. - Позитивно право.*

Тешко да би се у нашој правној теорији и правној филозофији, укључујући и њену прошлост а не само садашњост, могао наћи сличан пример: више од шест деценија траје један јединствен духовни потхват чији је носилац Нестор наше правне мисли и нашег правништва уопште, проф. Божидар С. Марковић. Јединственост тог потхвата не огледа се првенствено у његовој временској димензији, у његовој неупоредивој дуготрајности, мада би већ и та околност, сама по себи, била довољна да му подари и обезбеди изузетност. Његова је јединственост на другој страни, њу условљавају друкчији чиниоци неголи што је дужина времена у којем се он збивао и, срећом, још увек збива. Она потиче из неоспорне чињенице да је речени потхват сасвим конзистентан, у себи доследан и складан. Од основа положених на почетку његова извођења није касније било никаквих удаљавања. Било је само развијања, употпуњавања, садржинског и мисаоног богаћења, заокругљивања. Не бива често да неко зарана крене путем на којем ће, истрајно и

неодступно, остати више од шездесет година, до дана данашњег. Поготово то не бива на нашем тлу и у нашој тегобној историји, где још ниједан једини нараштај није био у прилици да, поштеђен преломних догађања, судбоносних заокрета, па и честе погибељи, на миру посвршава своје овоземаљске послове. Као и толики други, тако је и проф. Марковић морао осетити и претрпети ударце зле коби наше новије историје. После првог периода плодног стваралаштва (1930-1941), његов рад у области теорије и филозофије права био је године 1945. насилно прекинут утолико што је изгубио институционално-факултетску подлогу. За његову правну филозофију наступило је "празно време": у име верности свом полазишту и својим идејама-водиљама, она је радије изабрала ћутање и пристала на своје "беле странице" него на недостојно прилагођавање спољашњим налозима и очекивањима. То је ћутање било цена очувања доследности и аутентичности Марковићеве мисли.

Камен-темељац своје правне филозофије проф. Марковић је поставио у парискоj докторској тези (1). У њој је формулисао њене главне поставке, назначио њене упоришне тачке, одредио јој смер и карактер. Сви његови потоњи радови из ове области, а особито онај упечатљиви низ чланака објављених тридесетих година поглавито у "Архиву за правне и друштвене науке", у најтешњој су вези с докторском тезом. По својој тематици, по начину постављања и решавања проблема, по особеном мисаоном ставу, по методским постулатима и основним идејама, ти су радови непосредно продужавање и потпуније уобличавање онога што је садржано у Марковићевој тези. Ако се у овој налазе корени, у њима су гране његове правне филозофије; семе бачено у бразде које је она заорала убрзо је дало зреле и вредне плодове.

Има једна, наоко спољашња, но - ипак суштинска, одлика свих Марковићевих правнофилозофских радова. То је нарочита прозрачност његове правне мисли. Изображен на најбољим традицијама француског духа, на његовим великим достигнућима не само у праву него и у књижевности, он је своју правну филозофију умео да изложи тако да њена бистрина омогућује непосредно сагледавање самог језгра ствари. Осим тога, његова се мисао свагда клонила непотребног околишења, излишног кружења око проблема, чувала се неопрезног застрањивања и било каквог претеривања. Смотреност, разложност, умереност, то су такође особине стила правнофилозофског мишљења проф. Марковића, особине које се подједнако могу сусрести у његовим раним као и у његовим новијим радовима. Сваком моменту, сваком чиниоцу, сваком виду права дати његово - тога се доследно придржавао проф. Марковић када је приступао свету права, када је трагао за суштином правности и човекове правне егзистенције. Тако је он, може се рећи, класично одређење праведнога прихватио и као врховно методско начело, као образац мишљења којим се руководио у постепеној изградњи своје правне филозофије.

(1) *Essai sur les rapports entre la notion de Justice et l'élaboration du Droit privé positif* (Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1930).

Ако је Марковићева париска теза извор и залога унутрашњег мисаоног континуитета и непоколебљиве доследности читаве његове правне филозофије, ако су већ у њој садржане срж и главне контуре те филозофије, онда ту тврдњу ваља поткрепити ближим указивањем на неке њене кључне поставке. Међу овима на првом месту треба издвојити ону о двојству (дуалитету) правног феномена. Право се не исцрпљује у позитивном праву. *Lex scripta* не покрива целину правног подручја. Већ у уводним разматрањима проф. Марковић наглашава да има нечега сталног што постоји поред закона, изнад позитивног права, да има начела која управљају и самим законима. Вајкадашње је искуство, које је током историје правне филозофије било изражавано на различите начине и које је проф. Марковић усвојио на самом почетку свога пута, да се право не може поистоветити с прописаним законом. Право је шире од онога што се назива позитивним правом. Тек је правни позитивизам, не презајући често ни од драстичних последица, извршио редукцију правности на правила која одређује и санкционише државни ауторитет. Не поричући позитивно право, већ му, напротив, признајући значајно место и велик удео у целокупности правног феномена, проф. Марковић истиче да упоредо с њим постоји и једно друго право које се појављивало и стално се изнова појављује под именима *правде*, *морала*, *природног права*, *објективног права*, *друштвеног права* и сл. Увек и неизбежно, правни феномен је двојак, дуализам је његово суштинско обележје. То ће сазнање убудуће прожимати сву Марковићеву правну филозофију, сва његова касније настојања и истраживачке захвате на овом пољу правног мишљења.

Иако није запостављао позитивно право, посветивши му чак један посебан чланак у којем је потпуније одредио његов појам (2), проф. Марковић је, ипак, своје занимање поглавито окренуо ка оном другом члану дуализма правног феномена, ка праведном праву, ка правди и правичности. Ако није била једина и искључива, то је била његова прва и средишња преокупација. Правда и правичност су за њега биле највећи изазов. Сва је прилика да се у нашој правној филозофији са проф. Марковићем у том погледу нико не може поредити; у њој се нико као он није тако својски, тако упорно, тако успешно бавио истраживањем правде и правичности (3). И када се говори о континуитету и доследности Марковићеве правне филозофије, онда се пре свега имају на уму *правда* и *правичност*. Или: та је правна филозофија континуирана и доследна у првом реду (ако и једино) стога што је ту реч о континуитету и доследности свестраном, методичном и добро заснованом испитивању праведности и правичности. При том заслужује да буде истакнута особеност тог испитивања. Она се састоји у изразитом и одлучном антиметафизичком настројењу. Ко је год читао Марковићеве текстове

(2) *О појму позитивног права*, "Архив за правне и друштвене науке", октобар 1940, стр. 261-265.

(3) Његова разматрања о том највишем предмету правне филозофије наишла су у иностраној међуратној литератури на запажен одјек и одобравање (нпр. код аутора као што су Рене Демог, Феличе Батаља, Ђорђо дел Векио, Вилхелм Зауер), а на њих скрећу пажњу и неки новији истраживачи проблематике правде (нпр. Илмар Тамело).

посвећене разматрању правде и правичности, могао је лако запазити да он никада није ишао за утврђивањем неке *идеје* правде, неког њеног вечног и непроменљивог суштаства. Одбацивао је сваку врсту метафизичког есенцијализма, па чак и сваку метафизичку ~~тежњу~~ на овом подручју. Сматрао је да се тим путем не може доћи до оних резултата који ће бити благотворни и делотворни за правну праксу и правни живот. Ниједног тренутка није сумњао да се питање правде и правичности мора усмерити на оно *како* а не на оно *шта*. Био је и остао сигуран да се само на тај начин може доспети до ваљаних сазнања и плодоносних одговора, дакле - до оних одговора и сазнања који ће имати своју практичну вредност, који ће, одређеније казано, доприносити унапређењу и учвршћењу праведног права. Ако у Марковићевој правној филозофији није било места ни разумевања за трансцендентни финализам, било је, заузврат, и те како места и разумевања за људски финализам. Можда неће бити неумесно и претерано ако се каже да се целокупна Марковићева правна филозофија сабрала око овог људског финализма. Заједно са витализмом преузетим из Спинозине *Етике* (4), тај је финализам подлога Марковићеве филозофије правде. Штавише, он пружа и највише људско мерило правде. Јер, ако свака ствар и свако биће теже да опстану у себи, да се потврде и увећају у највећој могућној мери, ако то начело самоодржања важи и за појединце и за друштвену заједницу, онда се управо ту налази људски критеријум правде: праведно је оно што доприноси одржању, развоју и усавршавању живота, појединца и друштва. С обзиром на ово довођење правде у непосредну везу са потврђивањем живота и бивствовања, не би, изгледа, било погрешно да се укаже на ничеански моменат у правној филозофији проф. Марковића, иако код њега самог, по свему судећи, у овом правцу нема јасних трагова саморефлексије.

Поред правде, па и више од ње, Марковића је привлачио проблем правичности. Аристотелова *epiikeia*, којом велики Стагиранин довршава и крунише своје разматрање о правди у петој књизи *Никомахове етике*, готово да га је опседала. Ми немамо другог правнофилозофског писца који се у више својих радова искључиво бавио правичношћу као што је то учинио проф. Марковић. Што је још значајније, њему је пошло за руком да дâ елементе за једно целовито учење о правичности. То је учење упадљиво обележено реализмом у добром смислу те речи. Јер, као ни код правде, тако ни код правичности проф. Марковић није кренуо да одређује њен појам, њено биће изван времена и простора. Што је ставио у први план, то је, да тако кажемо, жива и конкретна правичност. Отуда код њега стално подсећање на преторско право или на оно што се у Великој Британији зове *Equity*. Којим све путевима и каквим све средствима правичност продире у позитивно право како би га ускладила са праведним и друштвеним правом датог тренутка - то је водеће питање Марковићевог учења о правичности. Као саставни део тог уче-

(4) О томе сведочи како Марковићева докторска теза, тако и његов чланак *Теорија права у философском систему Баруха Спинозе*, "Архив за правне и друштвене науке", новембар 1931, стр. 349-361.

ња, као, чак, усуђујемо се рећи, његов најоригиналнији део, издваја се поступак суђења по правичности, чије је појединости проф. Марковић пажљиво и уверљиво разрадио. Треба рећи и ово: за разлику од многих аутора који сматрају да правичност нарушава правну сигурност, да једна с другом не могу ићи заједно, већ да се налазе у узајамној противречности и искључивости, проф. Марковић је истанчаном анализом показао неодрживост и привидност те антиномије, закључивши да правично право повећава степен правне сигурности.

Управо с обзиром на правичност, односно потребу откривања и доношења правичних решења, проф. Марковић је поставио питање правног метода. По његовом мишљењу, тај метод, да би омогућио прелазак праведног у позитивно право, треба да испуни ове захтеве: јединство правосуђа, сигурност правног саобраћаја, еволуција права и, најзад, законит начин обављања те еволуције. Томе се не би имало шта приговорити да проф. Марковић не истиче да правни метод који он има у виду треба да буде научан и објективан. Нама се чини да истицање научности и објективности правног метода, поготово као нека врста закључног става и уверења, није у складу са његовим порицањем да се основни проблем права и правне филозофије састоји у тражењу апсолутне метафизичке правде, као ни са његовим, сопственим истраживањима провереним и потврђеним првенством онога *како* над оним *шта*. Исто тако, заговарање научног и објективног метода у праву коси се са гносеолошким агностицизмом који је проф. Марковић вазда истицао као полазну тачку својих разматрања. Није извесно ни како би такав метод удовољио оној просторној и временској релативности друштвене истине и друштвених вредности коју је он такође сматрао својим полазиштем. Напослетку, ни његове резерве како према правном позитивизму, тако и према социологији не говоре у прилог научном и објективном правном методу. Уместо таквог метода као тобоже поузданог средства за прилагођавање позитивног права праведном праву - духу, садржини, тежњама и целини Марковићеве правне филозофије много боље пристаје античко искуство и схватање права као вештине, као умећа доброга и правичнога. Чудновато је и тешко схватљиво да је он, који је на то искуство и схватање тако често подсећао и у њему налазио ослонца, стао на страну метода чија је ограничења и слабости одвећ добро знао.

Слика континуитета и доследности правне филозофије проф. Марковића не би била потпуна, поред тога што не би била и тако особена, кад би се изоставио један њен важан део. Зато не треба пропустити да се на њ посебно укаже. Реч је о уношењу демократског политичког режима у правну филозофију као њеног значајног момента. У сталној потрази за начинима остварења праведног права, Марковићева правна мисао је дошла до сазнања да такво право није могућно без демократије. Тек у демократији, која за Марковића није политичка доктрина већ политичка метода, није програмски одређен политички режим већ само подесан политички облик, може бити речи о изгледима за остварење праведног, а тиме и демократског права. Посебно

испитујући однос демократског политичког режима и приватног права(5), чиме је, што код нас није чест случај, врло успешно спојио политичку и цивилистичку мисао, проф. Марковић је демократско право схватио као оно право које се не задовољава само једнакошћу *пред* законом него захтева једнакост *до* закона, будући да појединци треба да буду изједначени на свом социјалном полазишту. Најкраће речено, демократског и праведног права нема без слободне и демократске државе. Овај став је, несумњиво, константа Марковићеве правне филозофије. Он је резултат одважног покушаја да се демократија, коју је проф. Марковић увек поимао трезвено и релативистички, без и најмање примесе некритичког узношења или, пак, неодмереног идеализовања, а поготово без и трунке демократског празнословља - да се, дакле, демократија угради у правну филозофију као њен интегрални део, као чинилац који потпомаже разрешавању њених крупних проблема. Да то разрешавање није истозначно с коначним решењем, потврђује и завршни акорд правне филозофије проф. Марковића: позитивно право није увек и праведно право, нити ће праведно право увек бити и позитивно право (6).

Иако у претходним редовима ни издалека није обухваћено све оно што је у правној филозофији проф. Марковића значајно и пажње вредно - у шта, свакако, спада и однос социолошког индикатива и правног императива, или такође теза о социолошком и етатистичком нормативитету у праву - иако је овде дат само општи поглед на њу, па и то тек у обрисима, ипак оно што је речено пружа довољно разлога за закључак да је посреди правна филозофија ретке и усправне доследности, правна филозофија која је остала верна себи, својим почецима и тежњама, која је одолела свим искушењима да себе изгуби или да окрњи своју интелектуалну честитост. Није мање важно ни то што та доследност нема ничега заједничког са догматичношћу, том сталном претњом свакој мисли која, и поред непрестаног кретања и развијања, хоће да сачува своје унутрашње јединство. Постоји, међутим, нешто што је овој филозофији увек обезбеђивало чврстину њене доследности. То је сама личност њеног аутора, проф. Божидара С. Марковића. Интегритет његове личности, пре шест деценија исто као и данас, најдубљи је извор, најснажније упориште и најпоузданији јамац интегритета његове правне филозофије.

(Примљено 20. марта 1993)

---

(5) Упор. следећа његова два чланка: *Демократија и савремено приватно право*, "Бранич", број за септембар и октобар 1936; *Демократија и њено приватно право*, "Архив за правне и друштвене науке", број за април 1937, стр. 325-337.

(6) Упор. ретроспективан самоприказ правнотеоријских и правнофилозофских радова проф. Божидара С. Марковића у *Зборнику за теорију права* IV (САНУ, Београд, 1990), стр. 31-80, посебно стр. 77.

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

HOMAGE TO A CONSISTENCE

Summary

Not only because of the fact of more than six decades of activity, but primarily because of remaining, in spite of everything, consistent and harmonious - the undertaking of professor Božidar S. Marković remains unique in our legal philosophy, indeed. He has remained faithful to the foundations fixed in his Paris doctoral dissertation all the way. That consistence relates to the conception of duality of the legal phenomenon, to the viewpoint that above and outside the positive law there exists a just law, as well as to the necessity of their permanent coordination.

The center of Marković's legal philosophy is taken by justice and equity, which he has considered with decisive anti-metaphysical orientation and by rejecting every kind of essentialism, but with accepting human finalism. The continuity and consistency of such philosophy are based on the continuity and consistency in the universal , methodical, vitalistically painted and thoroughly verified research of justice and equity in their practical-concrete dimension. Its originality should be traced in Marković's accentuation of democratic political regime as a necessary prerequisite of a just law. The integrity of legal philosophy of professor B. Marković, in fact, has its final and most powerful foundation in the integrity of his personality.

Key words: *Justice. - Equity. - Just law. - Positive law.*

Danilo Basta,
professeur titulaire à la Faculté de droit de Belgrade

L'HOMMAGE À UN ESPRIT CONSÉQUENT

Résumé

L'activité du Prof. Božidar S. Marković reste vraiment unique dans notre philosophie juridique, non seulement du fait qu'elle dure depuis plus de six décennies déjà, mais aussi avant tout du fait qu'en dépit de tout, elle est restée consistente, conséquente et harmonieuse. Il est resté fidèle jusqu'à nos jours aux bases jetées dans son doctorat soutenu à Paris. Cette valeur se rapporte au concept de la dualité du phénomène juridique, à la position qu'en dehors et au-dela du droit positif il existe le droit juste, à la nécessité de leur harmonisation permanente. Au centre de la philosophie juridique de Marković se trouve la justice et l'équité qu'il avait examinées à la lumière d'une position anti-métaphysique rigoureuse, tout en rejetant toute sorte d'essencialisme, mais aussi tout en acceptant la finalité humaine. La continuité de cette philosophie repose sur la continuité et la conséquence dans une recherche globale, méthodique, vitaliste et bien fondée de la justice et de l'équité dans leur dimension pratique et concrète. Leur originalité doit être recherchée dans l'accent que Marković met sur le régime politique démocratique comme condition indispensable d'un droit juste. L'intégrité de la philosophie juridique du Prof. Božidar S. Marković possède son point d'appui puissant dans l'intégrité de sa personnalité.

Mots clé: *La justice. - L'équité. - Le droit juste. - Le droit positif.*

UDK - 342.3+321.7
Изворни научни рад

др Лидија Баста - Посавец,
виши научни сарадник Института за европске студије у Београду

ПРАВНА ДРЖАВА И КОНСТИТУЦИОНАЛНА ДЕМОКРАТИЈА

Правна држава (Rechtsstaat) изворни је појам немачког духовног и историјског наслеђа, који је са појмом владавине права (Rule of Law) повезан заједничким друштвено-економским и политичким, у мањој мери и теоријским исходиштем. Као изразито правнотеоријски појам она треба да разреши основно питање пред којим стоји и конституционализам: ограничење државне власти с обзиром на очување индивидуалне слободе као сврхе државе. Данас је правна држава формално-материјални појам; она је правна форма државне власти, одн. позитивнозаконски начин егзистенције слободе, сигурности, једнакости и праведности. Као уставнополитички појам, правна држава наглашава значај и неповредивост основних и личних права и слобода, ограничену и контролисану владу, те поделу власти. Исто тако, она претпоставља и елементе социјалне државе. - Упркос блискости, правна држава и владавина права разликују се и историјски и теоријски. Либерализам, који је заједничка основа, имао је у оба случаја различит конкретно-историјски садржај. Осим тога, док за правну државу постоји природна веза између државе и права, снага и виталност common lawa учинили су да за владавину права таква веза не постоји. Еволуција појма правне државе ишла је најпре у формално-позитивном правцу (Ф. Ј. Штал), доспевши до екстремне варијанте у тзв. "судској држави". С Вајмарском републиком, међутим, враћа се њен материјални појам који се изражава у социјалној правној држави (Х. Хелер). У савременој немачкој правној науци, правна држава је истовремено уставна, законска и судска држава.

Кључне речи: *Правна држава. - Владавина права. - Конституционализам.*

Правна држава (*Rechtsstaat*) изворна је творевина немачког духовног и историјског наслеђа. За владавину права (*Rule of Law*) везује је пре свега заједничко друштвено-економско и политичко, мањим делом теоријско исходиште - грађанско друштво и либерализам. Међутим, за разлику од владавине права, правна држава у свом аутентичном значењу представља изразито правнотеоријски појам, који на битно различитим друштвено-историјским претпоставкама и другачијим категоријалним апаратом приступа истом, основном питању конституционализма: ограничавању политичке, односно државне власти (зада-

так устава) с обзиром на сврху државе - очување индивидуалне слободе. Та полазна разлика препознатљива је већ и терминолошки: у синтагми *правна држава*, која симболизује државну власт као средиште промишљања и позитивно право као њену претпоставку. Упркос томе што се о општеприхваћеном појму правне државе може говорити врло условно, није спорно да је она у савременом правнотеоријском значењу формално-материјални појам. Ова унутрашња повезаност форме и садржине тумачи правну државу као *јуридичку форму државне власти*, или: позитивнозаконски начин егзистенције слободе, правне сигурности и једнакости као обезбеђења смислености правне државе, која се огледа у праведности. При томе су за овакво схватање правне државе од кључног значаја сâм појам закона и интерпретација категорије општости као форме начелног одбацивања привилегија, односно посебних права по било ком основу. Везивање државе за законску форму само је онда остварено на начин правне државе уколико је закон општи у својој рашчлањености, довољно одређен у својој општости и без повратне снаге. У овим захтевима најјасније се огледа либералистичко утемељење појма. Неприкосновени ауторитет формалног и општег закона "открива" захтеве грађанске економије - прорачунљивост и предвидљивост захвата у слободу и својину.

С друге стране, уставнополитички појам правне државе изричитије наглашава и артикулише идеју о неповредљивости основних и личних права и слобода (правно признавање и судска заштита) као начела ограничене и контролисане владе, односно систем поделе власти (подељеност и узајамна контрола законодавне и извршне власти везане законом и независно судство) као решење за операционализацију овога начела. Уставним путем уводе се у појам социјалнодржавни елементи (члан 28. Основног закона СР Немачке говори о демократској и социјалној правној држави). Тако је унета још једна, значајна димезија у "разарање" формализованог позитивистичног разумевања правне државе. Начело социјалне државности (*Sozialstaatlichkeit*) вредносно је засновано на активној улози државе у разрешавању социјалних питања и пацификацији напетости између правне једнакости и социјалне неједнакости, правне сигурности и социјалне несигурности. Према томе, овако схваћена правна држава није само чувар индивидуалне слободе већ и кључни чинилац стварања услова за овладавање новим проблемима масовног индустријског друштва и повећање способности политичке заједнице.

У назначеним оквирима креће се и реинтерпретација правне државе као *формалноправне гаранције демократског цивилитета*. Она полази од суштинске повезаности савремене правне државе, цивилног друштва и демократије. Правна држава представља институционални оквир за успостављање и развој цивилног друштва као сплета односа између слободних и аутономних појединаца изван сфере јавне власти. Цивилно друштво са своје стране неопходан је услов за демократију, које нема без могућности за слободно и самостално формирање политичке воље појединца. Тако се круг затвара: правна држава, као и

владавина права, бива у ствари изједначена са конституционалном демократијом, у којој постоји "напетост", али и "могућност усклађивања" демократског и конституционалног елемента у условима социјалне државе. Реч је, дакле, о споју позитивноправног и политичког разумевања правне државе. Он има у виду да је свакој политичкој власти потребан минималан социјални и етички консензус, па се и право које га отелотворује појављује као чинилац ограничавања и контроле легитимног политичког одлучивања. Кључ за разумевање разлика између правне државе и владавине права лежи управо у чињеници да настанак и развој идеје правне државе недвосмислено потврђују самосвојност овог немачког појма, и то како у историјском, тако и у теоријском погледу.

Прво. Обе доктрине јесу настале као реконструкција државе либерализма, али је тај либерализам имао суштински различит конкретноисторијски садржај. Док је монархијски апсолутизам у Енглеској био фактички превладан још средином, а сувереност Парламента формалноправно успостављена крајем XVII века, прва половина XIX столећа, када настаје доктрина правне државе, време је врхунца просвећеног апсолутизма пруске монархије. Државна сувереност у односу на појединца као поданика (*Untertan*) још увек се сматра неспорном политичком чињеницом. Стога позитивистички интерпретиран етатизам представља једино могуће теоријско исходиште за утемељиваче правне државе. За разлику од владавине права, они одбацују природно право и приклањају се "умном праву" (*Vernunftrecht*), а правну форму постављају као неутралну у односу на политички садржај и циљеве државне форме. То значи да правна држава може бити апсолутистичка, монархијска и аристократска, а не нужно и демократска. Уочавајући тачно политичку снагу бирократизоване управе, рана конституционална фаза теорије правне државе усмерава се искључиво на ограничавање извршне власти.

Друго. Овакав историјски оквир условљава и следећу темељну разлику између правне државе и владавине права у полазним премисама. Правна држава полази од постојања природне везе између државе и права. С друге стране, снага и виталност *common lawa* у Енглеској, истакнуте улогом његових судова у борби Парламента против апсолутизма Круне, а још више посредованим природноправним елементима у овом систему судских одлука, огледају се у томе што је релативна самосталност *common lawa* теоријски рационализована у непостојању такве, природне везе између државе и права.

Пробитно схватање правне државе било је - ипак - далеко од формалне редукције овога појма и утолико ближе владавини права. У време теоријског заснивања правне државе у Енглеској је увелико било развијено учење о владавини права, иако га је тек Дајси систематски изложио. Немачки либерализам црпео је и одатле своје идеје, када је формулисао основна начела правне државе и тако припремио терен за њено целовито теоријско извођење. Велики филозоф И. Кант принципе правне државе убраја у сâме услове постојања државе уопште. У поз-

натом спису о теорији и пракси (*Theorie und Praxis*) он пише о правно остваренoм разграничењу сфере државе од сфере права појединца (као човека, поданика и грађанина), с једне стране; а са друге, о организацији државе која се заснива на раздвајању и равнотежи врховних грана власти. Утврђујући границе делотворности државе у делу са готово истоименим називом (*Ideen zu einem Versuch die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*) В. фон Хумболт (*W. von Humboldt*) кратко поручује: правна држава пружа сигурност законске слободе. Ове речи исписао је убеђени либерал, за кога држава постоји само у границама права. Тиме се, међутим, још увек не доводи у питање апсолутизам државе која гуши слободу појединца.

Сами оснивачи теорије правне државе били су упознати са англоамеричким конституционализмом. Штавише, теоријски правац који је развио идеју правне државе зачео се у Хановеру, који је, захваљујући својим краљевима, имао много ближе везе са Енглеском од преосталог дела Немачке. Р. фон Мол (*R. von Mohl*), један од утемељивача правне државе, изучавао је амерички уставни систем. Тридесетих година XIX века појам правне државе баштини демократско-слободарске идеје Француске револуције, али још више основне поставке англоамеричког конституционализма. Стварности просвећеног пруског апсолутизма ближа је умереност конституционалне у односу на радикалност популистичке идеје. Мол узима слободу за средишњи појам материјално одређене правне државе, али је ограничава "нарочитим правима државне власти", остајући одлучан противник система поделе власти.

Касније еволуција појма правне државе одвија се знатно брже у знаку консеквентно позитивистичко-формалног утемељења. Формални појам правне државе тријумфује, а Ф.Ј. Штал (*F.J. Stahl*) пише крајем прошлога столећа да појам правне државе не говори о циљу или садржини државе, него само о начину њиховог остварења, који подразумева искључиво право као форму у којој држава изражава своју вољу. (У доцнијој, социјалистичкој варијанти, ова редукција појма правне државе имаће најверније следбенике: право прераста у форму саопштавања партијске воље иза које стоји парадржавна форма.) Даље осиромашење формалног појма, у једној екстремној варијанти, интерпретираће правну државу као "судску државу" (*Justizstaat*). То схватање у прво време теоријски брани захтеве за судску конртолу законитости рада управе (средином XIX столећа), да би у време Вајмарске републике достигло свој врхунац у свођењу правне државе на судску контролу уставности закона.

Међутим, у време Вајмарске републике почиње и ново отварање мишљења о правној држави. Научник и политичар Х. Хелер (*H. Heller*) враћа се материјалном појму правне државе. По његовом схватању, правна држава не може постојати без консензуса свих њених грађана, а он се обезбеђује социјалном демократијом, која је у основи сваке социјалне правне државе. Након Другог светског рата обнови материјалног појма доприноси и Савезни уставни суд СР Немачке, окрећући се у неким од својих одлука природном праву као надуставном принципу

сталне критике позитивног права. За савремено немачко правно-политичко мишљење правна држава јесте истовремено уставна, законска и судска држава. Али је то само с обзиром на озбиљење темељних начела конституционалне демократије и социјалне државе

ЛИТЕРАТУРА:

(1) A. Albrecht, *Rechtsstaat*, in Staatslexikon, Bd. 4, Görres Gesellschaft, Freiburg, Basel, Wien, 1988, ss. 737-747.

(2) A. Barata, *Zur Entwicklung des modernen Rechtsstaatsbegriffs*, in *Philosophie und Strafrecht*, Köln, 1985.

(3) Д. Баста, D. Müller, ур. *Правна држава. Порекло и будућност једне идеје*, Правни факултет Београд, Немачки културни и информативни центар Београд, Београд, 1991.

(4) Л. Баста, *Политика у границама права*, ИС, Институт за упоредно право, Београд, 1984.

(5) G. Dietze, *Two Concepts of the Rule of Law*, Indianopolis Lliberty Fund, INC, 1973.

(6) E. Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel*, C.H. Beck, München, 1976.

(7) M. Friedrich, Hrsg., *Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1978.

(8) В. Хумболт, *Идеје за покушај одређивања граница делотворности државе*, Издавачка књижара Зорана Стојановића, Сремски Карловци, 1991.

(9) I. Kant, *Ueber den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, Vittorio Klostermann, Frankfurt/Main, 1968.

(10) Ph. Kunig, *Das Rechtsstaatprinzip*, Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1986.

(11) G. Müller, I. Staff, Hrsg., *Der soziale Rechtsstaat*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1984.

(12) F.L. Neumann, *Die Herrschaft des Gesetzes*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/Main, 1980.

(13) F.L. Neumann, *Wirtschaft, Staat, Demokratie*, Hrsg. von A. Söllner, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/Main, 1978.

(14) M. Tohidipur, Hrsg., *Der bürgerliche Rechtsstaat*, I+II, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/Main, 1978.

(Примљено 20. новембра 1992)

Dr. Lidija Basta-Posavec,
Senior research Associate at the Institute of European Studies in Belgrade

THE STATE OF LAW AND CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

Summary

The state of law (Rechtsstaat) is an original notion of German spiritual and historical heritage which is related to the notion of the rule of law by common socio-economic and political, and to a lesser degree theoretical, starting point. As predominantly legal-theoretical notion, it should solve the basic question facing the constitutionalism too, namely: the limitation of state power, due to the need for preserving individual liberties as the purpose of the state. Today the state of law is a formal-substantive notion; it is a legal form of the state power, namely the positive-legislative way of the existence of freedom,

security, equality and justice. As a constitutional-political notion, state of law emphasizes the importance and inviolability of basic individual rights and liberties, limited and controlled government, as well as the division powers. It also presupposes the elements of social state, too.

In spite of their close relationship, the state of law and the rule of law are distinguished both in historical and theoretical terms. Liberalism, which is their common basis, had in both cases different concrete-historical contents. In addition, while in case of the state of law there exists a natural connection between the state and the law, the power and vitality of common law have made possible that in case of the rule of law such connection does not exist. The evolution of the notion of state of law was aimed originally at the formal-positive direction (F.J. Stahl) only to reach the extreme variant in so-called "judicial state". With Weimar Republic, however, its substantive notion comes back and is expressed in the social state of law (H. Heller). In contemporary German legal theory, the state of law is at the same time a constitutional, legislative and judicial state.

Key words: *State of law. - Rule of law. - Constitutionalism.*

Lidija Basta-Posavec,
conseiller scientifique supérieur à l'Institut d'études européennes de Belgrade

L'ETAT DE DROIT ET LA DÉMOCRATIE CONSTITUTIONNELLE

L'Etat de droit (Rechtsstaat) est un concept original du patrimoine spirituel et historique allemand qui est lié au concept du règne du droit (*Rule of Law*) par un point de départ commun socio-économique et politique, et, dans une certaine mesure théorique. En sa qualité de concept éminemment juridico-théorique, il doit règler la question fondamentale face à laquelle se trouve aussi le constitutionnalisme: la limitation du pouvoir de l'Etat étant donné la préservation de la liberté individuelle comme objectif de l'Etat. A l'heure actuelle, l'Etat de drit est un concept formel et matériel; il est une forme juridique du pouvoir d'Etat, c'est-à-dire un mode légal positif de l'existence de la liberté, de la sécurité, de l'égalité en droits et de l'équité. En sa qualité de concept constitutionnel et politique, l'Etat de droit souligne l'importance et l'inviolabilité des droits et des libertés élémentaires et personnels, le gouvernement limité et contrôlé, et la division du pouvoir. Il suppose également les éléments de l'Etat social. - En dépit de leur similitude, l'Etat de droit et le règne du droit diffèrent aussi bien du point de vue historique que du point de vue théorique. Le libéralisme, qui est leur base commune a eu, dans les deux cas, un contenu historique concret différent. Qui plus est, alors que chez l'Etat de droit, il existe un lien naturel entre l'Etat et le droit, la force et la vitalité du "common law" on fait en sorte que pour le règne du droit, un tel lien n'existe pas. - L'évolution du concept de l'Etat de droit a emprunté tout d'abord une voie formelle positiviste (F.J. Stal), en aboutissant, dans sa variante extrême à ce qu'on appelle "l'Etat juridictionnel". Cependant, avec la République de Weimar, son concept matériel se restitue, s'exprimant dans l'Etat de droit social (H. Heller). Dans la science juridique contemporaine, l'Etat de droit est en même temps constitutionnel, légal et juridictionnel.

Mots clé: *L'Etat de droit. - Le règne du droit. - Le constitutionnalisme.*

UDK - 340.11
Изворни научни рад

др Радмила Васић,
доцент Правног факултета у Београду

БОЖИДАР С. МАРКОВИЋ: ЈЕДНО ТРАГАЊЕ ЗА ПРАВЕДНИМ ПРАВОМ

Односи позитивног и праведног права представљају основно питање филозофије и теорије права и средишњу тему интересовања Божидара С. Марковића. Позитивно право треба да буде праведно, али то није увек. Узроке тог несклада треба тражити у дуалитету позитивног права, променљивом критеријуму материјалне правде и статичности позитивноправног правила насупрот динамичности материјалне правде. Да би се савладао, или бар ублажио, несклад између позитивног и праведног права, односно између државе и друштва, нужна је, с једне стране, демократизација државе, што је задатак политике, а са друге, отклањање антиномије између статичности позитивног поретка и друштвене еволуције, што је задатак теорије права која треба да предложи метод подесан да омогући напајање позитивног права друштвеним схватањем правде.

Кључне речи: *Позитивно право. - Правда. - Друштвена еволуција. - Методи. - Сазнајни. - Правнотехнички. - Демократија.*

Своје трагање за праведним правом, дуго више од шест деценија, професор Божидар Марковић је започео 1930. године докторском тезом о односима између појма правде и позитивног приватног права. Он полази од чињенице да поред позитивног права, које стварно постоји и примењује се, и изнад њега, постоји и једно друго право у свести људи и њихових заједница, право које такође тежи да постане позитивно, које се назива природно, објективно, социјално, идеално и праведно право. Током времена проблематику покренуту у тези проф. Марковић даље развија и продубљује, остајући при томе доследан својим првим опредељењима.

У тој својој животној авантури, како сам каже, суочио се са антиномијом између статичности позитивног правног поретка и факта друштвене еволуције, са формалистичким и социолошким схватањем и тумачењем права, са логичким континуитетом и дисконтинуитетом. На крају ће доћи до закључка да се наука мора помирити с дуалитетом правног феномена, разликовати социолошке и етатистичке правне норме и комбиновати методе логичног и социолошког резоновања у

схватању, а правна пракса у примени, права, како би се што успешније савлађивали раскораци између позитивног и праведног права.

Средишњу тему његовог филозофског и правнотеоријског интересовања, дакле, представља двојство правног феномена уопште. У својим последњим радовима он се посебно бави дуалитетом позитивног права и указује да позитивно право стварају два фактора: *друштво*, својим социолошким нормама и *држава*, својим етатистичким нормама. Те две категорије норми се међусобно допуњују, преплићу и сукобљавају, и то двојство је, уз контрадикцију између друштвене еволуције и статичности позитивног поретка, основни извор тешкоћа с којима се суочавају право, правна пракса и правна наука. Отклањање, или бар ублажавање, тих тешкоћа професор Марковић види, с једне стране, у методолошком приступу науке проблему права, а са друге, у демократизацији државе.

Делатност Божидара Марковића у области теорије и филозофије права креће се највећим делом у оквирима француске правне и филозофске мисли, а посебно у кругу проблематике коју су покренули и поставили Франсоа Жени (*Gény*) и Анри Бергсон (*Bergson*). На тај начин, он наставља у нашој правној теорији оно што би се могло назвати француском социолошком оријентацијом, која почиње с Глигоријем Гершићем, долази до врхунца у радовима Живана Спасојевића, и, засад, вероватно завршава с Миодрагом Туцаковићем. Овај научни хоризонт одређују еволуционизам, социологизам и дуалитет правног феномена, чије су даље последице релативизам и прилагођен методолошки приступ у схватању и обрађивању права.

Основна идеја од које професор Марковић полази у разматрању односа између позитивног и праведног права јесте "да свако право треба пре свега да буде праведно" а да у стварности оно то увек није (1). Зато правна наука треба да пронађе узроке поменутог несклада и предложи начине за његово савлађивање или ублажавање. Као основне узроке несагласности позитивног и праведног права проф. Марковић наводи дуалитет позитивног права, променљив критеријум материјалне правде и "статичност позитивне правне формуле која се опире динамичности материјалне правде" (2).

Под позитивним правом подразумевају се правна правила која стварно важе као право, која се врше, остварују у међусобним односима људи, и која су заштићена државном организованом принудом (3). Научни појам позитивног права формирао се баш као супротност појму природног права, што проф. Марковић објашњава практичном потребом да се "из општег појма о праву издвоји баш онај део који стварно

(1) Божидар С. Марковић, *Односи између позитивног и праведног права*, "Анали Правног факултета у Београду", бр. 1-3/1991, стр. 202.

(2) *Ibid.*, стр. 205.

(3) Види: Божидар С. Марковић, *О позитивном и праведном праву*, *"Зборник за теорију права САНУ"*, Београд, 1990, бр. IV, стр. 35; *О методи у приватном праву*, "Архив за правне и друштвене науке", фебруар 1934, посебан отисак, стр. 4; *О појму позитивног права*, "Архив за правне и друштвене науке", бр. 4/1940, стр. 261.

важи" (4). Када би садржина појмова позитивно и природно право била одређена, пред науком би остао немали, али само један, задатак да објасни њихов однос. Но, питање постаје сложено већ на самом почетку. Стварно важење као атрибут позитивног права није неспорна категорија. Важење зависи од ефикасности принуде, која је, опет, условљена количином, квалитетом и степеном организованости, као и психичким доживљајем обавезности норме социјално израженим, што показује временску променљивост и непредвидљивост пронађеног критеријума позитивности права. Уз начелне, јављају се још и проблеми практичне природе. У процесу примене права судија одлучује да ли је један однос правни, односно регулисан правно обавезном нормом и заштићен државном санкцијом, или не, а, затим, ако је квалификован као правни, под коју норму потпада. Позитивност права појављује се, тако, као нестална категорија, зависна од логички претпостављене променљивости тумачења. Предложеној садржини појма највише смета што се о позитивности права закључује *a posteriori*, за прошлост, а право, као правило о ономе што треба да буде, захтева критеријум за будућност. Сагласан са Женијем и Дел Векијем (*Del Vecchio*), професор Марковић мутан и растегљив појам позитивног права своди на реалну могућност да се одреди позитивност само његових делова, и то просторно и временски ограничено, а да се у целини, релативизацијом проистеклом из стварности, могу разликовати само "степени позитивности права" (5).

Оно што је у позитивном праву стално, јесте двоврсна природа норми од којих се састоји. Историја показује да се позитивно право "постојано појављује" у два вида: као правно правило које настаје у друштву и као правно правило које друштву прописује држава (6). Ове две врсте норми, иако сличне по неким особинама, јасно се разликују међу собом по пореклу, облику, природи, дејству, снази, вредностима које усвајају и односу према друштвеној еволуцији.

Социолошке норме, како их професор Марковић назива, настају у друштву, спонтано и независно од државне власти, као резултат друштвених законитости, односно објективних материјалних и друштвених услова, друштвене оцене вредности и друштвене праксе. Аутентичан облик у коме се слободна друштвена нормативност јавља јесте обичајно право. Усвајајући друштвене вредности датог времена, социолошке норме изражавају материјалну правду која у друштву постоји, а с обзиром на објективне законитости којима су условљене, представљају и природноправне норме (7). Оне су изразито еволутивне, јер се мењају с променом друштвених односа и чињеница из којих настају.

Етатистичке норме ствара држава, формално независно од друштва, руководећи се одређеним идеологијама - филозофским, религијским, а најчешће политичким и, неретко, искључивим. Отуда оне могу

(4) Б. Марковић, *О појму позитивног права*, стр. 261.
(5) *Ibid.*, стр. 265.
(6) Божидр С. Марковић, *О дуалитету позитивног права*, у штампи, рукопис, стр. 1.
(7) Види: *ibid.*, стр.2.

бити нерационалне и супротстављене друштвеним чињеницама и разлозима. Оне су константне и статичне, не прате друштвену еволуцију остварујући се упркос и насупрот промењеним друштвеним приликама.

Однос поменутих извора права је сложен. Они се допуњују, међусобно преплићу и условљавају. Идеолошко-догматске норме ослањају се на социолошку нормативност, али нису везане објективним друштвеним законитостима. Са своје стране, као државни императив, етатистичке норме уносе у постојеће друштвене токове нешто ново, идеологијом опредељене идеје и циљеве, и тако утичу на преображавање друштвених вредности и праксе. Битне разлике које међу њима постоје сталне су, и отуда могућност њиховог неслагања и сукобљавања, што се у пракси у различитој мери, али редовно, показује, а у правној науци проблематизује као дисхармонија позитивног и праведног права (8).

Праведно право, на другој страни, чинила би друштвена правила која настају спонтано у друштву, за која друштвена заједница сматра да треба да се примењују и заштите државном санкцијом, а која нису обухваћена позитивним правом (9).

Говорећи о правди, Божидар Марковић укршта и комбинује мишљење доктрине и искуство праксе, законско и судско, што доприноси да се, без априорне и неделотворне опредељености, место правде у феномену права, њена улога и значај схвате у свој разноликости.

Правда се може разумети као функција и као појам или идеја (10). У другом значењу разликују се два њена облика - формална или комутативна правда и материјална или дистрибутивна правда.

Формална правда захтева једнако поступање са једнаким стварима и ситуацијама, или неједнако поступање, сразмерно неједнакости ствари и ситуација. Природа ствари и логички закон идентитета, на којима се начело формалне правде заснива, универзални су и вечни, па се тако формална правда показује као апсолутна и непроменљива категорија.

Материјална правда, која треба да одговори на питање које су ствари једнаке а које неједнаке и у којој мери, као људско мерило вредности, релативна је, временски, просторно и садржински променљива и веома сложена. Ова својства материјалне правде последица су научног агностицизма, немогућности људског духа да сазна суштину ствари, апсолутну истину, па тако ни апсолутну правду.

Неодређеност критеријума и мерила јесте битна карактеристика људске материјалне правде, али је не треба схватити као недостатак већ

---

(8) Види: *ibid.*, стр. 3; *Односи између позитивног и праведног права*, стр. 204.

(9) Види: *Односи између позитивног и праведног права*, стр. 202.

(10) Божидар Марковић се не бави разликом и односом између појмова правде и правичности већ наизменично употребљава оба израза, напомињући, ипак, да, сходно традицији, правда означава апстрактну идеју, а правичност њено практично остварење. Види: Б. Марковић, *Правичност као мисао и правно искуство*, "Архив за правне и друштвене науке", бр. 6/1937, стр. 219, примедба прва.

као припадајуће својство које јој омогућава племенити задатак ублажавања "опорости" формулисаног права (11). "Дефинисана правичност не би више била правичност", каже проф. Марковић (12). Треба је схватити као оквирну идеју способну да у себе прими промењљиве социјалне вредности, а употребљавати као начин правичног размишљања у стварању, допуни, развијању и примењивању позитивног права. Правичност, као логичка форма и друштвени критеријум утврђивања садржине права, прилази позитивном праву на разне начине. Она "инспирише" право, улази у позитивно право као "кодификована" правда и помоћни извор права, или као спонтана творевина "блажи право самилошћу", идући чак и *contra legem* (13). Позитивно право не познаје само два крајња система: генерално овлашћење за укидање прописа у име правичности и апсолутну забрану примене правичности.

Постоје, према мишљењу професора Марковића, четири основне улоге које правда у друштву врши. Прва, и најважнија је техничко-правна. Будући просечно и опште мерило, правно правило афирмише формалну правду засновану на математичкој једнакости. Сврха права је и остварење конкретне или материјалне правде, и зато се опште правило које захтева једнако поступање у истим ситуацијама мора прилагодити конкретним случајевима који су у основи исти, али који у низу појединости могу бити до те мере различити да би примењено опште правило значило неједнако поступање. Индивидуализацијом и разликовањем конкретних случајева, правичност исправља техничке недостатке – крутост, строгост, општост и безличност формулисаног права. Иако формална једнакост представља сама по себи једну моралну вредност, будући да је право "једна основна морална категорија", то право мора бити морално и по садржини (14). Правичност, тако, има задатак да непристрасну правну формулу снабдева моралним ткивом. Правичност, осим тога, у право уноси, пре формално-техничких иновација, разлоге економске целисходности. Нелојална конкуренција, злоупотреба субјективног права, објективни ризик у области одговорности за накнаду штете, побољшање положаја радника, удатих жена и ванбрачне деце, као садржина материјалне правде продиру у право и у оквиру ње се преображавају, задовољавајући потребе времена. Тако правичност постаје носилац новог права, и уколико је право старије, улога правичности као средства еволуције је интензивнија и значајнија.

Иако сложена, правда је и као појам и као правило друштвеног владања јединствена. Као закон мишљења и поступања она добија у

(11) *Ibid.*, стр. 225.

(12) Божидар С. Марковић, *Правичност као извор права*, "Архив за правне и друштвене науке", бр. 1/1939, стр. 27.

(13) Б. Марковић, *Правичност као мисао и правно искуство*, стр. 225. У истом смислу: *Правичност као извор права*, стр. 20, 21, 28, 29; *Правичност и правни поредак*, "Архив за правне и друштвене науке", бр. 1-6/1938, стр. 109.

(14) *Правичност као извор права*, стр. 23

простору и времену различиту етичку, политичку и економску садржину, али остаје критеријум за оцењивање друштвених вредности, "закон друштвеног живота" (15). "Тако су људски живот, уз опстанак и развитак друштва, највиши критеријуми материјалне правде и мерила за оцењивање друштвених вредности, тј. шта коме припада, шта је право а шта неправо" (16). У практичном позивању на правду није довољно рећи "правично је" већ је неопходно шупљи оквир правичности испунити очигледним, друштвено прихватљивим разлогом да би правичност била ваљан формалноправни аргумент (17).

Иако вековима постоји и у пракси и у доктрини, ни пракса ни доктрина не гледају увек благонаклоно на улогу правичности. Основна замерка упућује се њеној неодређености, која води у произвољност и несигурност. Сврха је права да успостави ред и обезбеди сигурност и извесност у друштвеним односима. Уместо конкретне, појединачне правде, излучене из савести и осећања, право је заинтересовано за "законску правду", остварење солидарности и општег интереса. Сукоб између вредности које нуди живот у друштву и индивидуалних вредности мора ићи на штету ових других да би се човекова друштвена природа остварила у могућој мери. Када одбија овај приговор, професор Марковић користи два аргумента. Прво, сукоб права и правичности је начелан и постојан (18). Размак који међу њима постоји је логички нужан и обезбеђује сталност исправљања права правичношћу. Уз то, када би сигурност и била основни циљ права, она се у пракси никада у потпуности не остварује и из других разлога, а не једино због уплитања правичности. Друго, правичност и ред нису нужно супротстављени. Правичност у себи садржи ред условљен друштвеном динамиком и еволуцијом, а ред, као вредност по себи, мора бити праведан. Истина је да се сврха права не остварује увек истовремено са извесношћу, нити правичност са законитошћу, као што осећања и разум не одлучују у исто време (19). Али, ред и сигурност остварени на штету правде обезвређују право можда, чак, и више него произвољност и несигурност произашле из трагања за правдом. Право, зато, мора показати и смелост у односу на правду и склоност према сигурности и реду. "Праву су обоје у истој мери неопходни, тако да оно треба да представља синтезу максимума сигурности и максимума правичности" (20). Идеално постављен, и несумњиво оправдан, овај захтев није лако остварити. Ипак, разликовање етатистичких и социолошких норми помаже разумевању и решавању овог питања. У случају сукоба између социолошке норме која изражава друштвено схватање правде и етатистичке норме која изражава државну идеологију и вољу, "апсолутни примат припада етатистичкој норми", без обира на то да ли је она праведна и разумна или

(15) *Ibid.*, стр. 26.
(16) *Односи између позитивног и праведног права*, стр. 203.
(17) Види: *Правичност и правни поредак*, стр. 106.
(18) Види: *ibid.*, стр. 107
(19) Види: *Правичност као мисао и правно искуство*, стр. 224; *Правичност као извор права*, стр. 26.
(20) *Правичност и правни поредак*, стр. 108.

некорисна и штетна, јер "идеја правне државе, јединство правног поретка, начело поделе власти и правне сигурности" захтевају да се у позитивном правном поретку поштује суверена воља државе (21).

Етатистичка норма поседује обавезујући ауторитет за све субјекте, укључујући и суд, и у свим ситуацијама, без обзира на то да ли је супротстављена, друштвеном еволуцијом установљеним, чињеницама и односима. Зато може да је промени, допуни или укине само орган надлежан за њено доношење. Другачија је компетенција суда у погледу социолошких норми. Уколико у друштву спонтано настане норма другачије или супротне садржине од постојеће позитивне социолошке норме, у недостатку посебног органа друштва, суд је овлашћен да нову норму легализује, да је уведе у свет позитивног права, под претпоставком да испуњава услове проистекле из логике друштвеног поретка и постојећег правног система. У позитивном праву, пре свега пред судом, ново схватање правде, излучено друштвеном еволуцијом, може бити аргумент у оспоравању важећег социјалног правног правила, али не и етатистичког, које, док не буде на предвиђен начин промењено, безусловно обавезује.

С обзиром на то да се право остварује у конкретној државној организацији, могло би се поставити питање да ли неки државни облик посебно погодује остварењу правде или је праведан по себи.

Професор Марковић разликује *деспотску* државу, у којој влада појединац, *идеолошку*, у којој постоји диктатура мањине, и *правну* државу, као најправеднију, која нужно мора бити демократска. Правну или демократску државу одликују слобода и једнакост њених грађана и гарантовање људских права. Зато доктрина за основна начела демократије проглашава слободу и једнакост. Божидар Марковић се са тим не саглашава. Постоји нешто пре из чега слобода и једнакост проистичу. Демократско искуство показује да праисходиште демократије треба тражити у социјалном релативизму, насталом као последица научног и филозофског агностицизма. Пошто нема апсолутних вредности и истина, појединачна мишљења релативно и подједнако вреде. Слободно формирање мишљења нема смисла ограничавати. Апстрактно слободне воље формирају ставове који се међусобно слажу, сукобљавају, под утицајем способнијих, врлином обдарених, мењају, обезбеђујући друштву, с једне стране, социјалну истину и правду, а са друге, несметан развој.

Демократија нема сопствене циљеве, програме и идеале. Она је метод, логичка структура, оквир. Формално биће демократије отворено је за све доктрине и покрете. Зато је демократија "алатка којом се може подједнако добро и кров над главом сазидати и гроб ископати" (22).

---

(21) *О дуалитету позитивног права*, стр 6. У истом смислу: *Односи између позитивног и праведног права*, стр. 204

(22) Божидар С. Марковић, *Начела демократије*, "Књижевна реч" од 25. марта 1990. године, стр. 4. О демократији као политичком режиму види: *О методи у приватном праву*, стр. 17, 18, 20.

Слабости демократије откривају се у њеним формалним, методским елементима: апстрактној једнакости, аргументу броја и начину проналажења општег интереса. Професор Марковић успешно војује са прекорима које демократији упућују њени противници, показујући да демократија, као политички метод, дакле - према својој апстрактној суштини, упркос слабостима, "има најмање мистицизма, а максимум рационалних мерила и могућности", и да конкретно примењена, уколико су испуњени нужни социјални и технички услови, даје оправдање успостављеној државно-правној организацији (23).

"Друштво је једини форум који је позван и овлашћен да доноси суд о томе шта се у конкретној средини сматра праведним, а шта неправедним (24). Зато је могућност за праведну садржину права највећа у демократској држави. Иако демократија сама по себи не тежи правди као идеалу, праведно ће у једном демократском друштву бити оно што је социјално квалификовано као такво, а социјалну квалификацију даје мишљење већине. Непристрасна на почетку у односу на садржину, демократија на крају у свој оквир прима социјалну правду. Обе бестелесне, демократија као метод и правда као битно променљиво мерило вредности, уз одређене нужне претпоставке, помоћу начела слободе, једнакости и механичког, али "поверења достојног", аргумента броја, добијају печат друштвених покрета, интереса, потреба, односа и снага (25).

Да је демократски политички режим отворенији, подеснији да правду прихвати као материјални извор права, може се показати и на мање апстрактан начин - анализом могуће садржине или структуре етатистичке норме. Она у себи садржи два елемента: *друштвени* и *идеолошки*. Социолошка норма, показали смо, представља факт, "социјални нормалитет", у коме оно што треба да буде већ јесте (26). Етатистичка норма јесте заповест државног империјума која на стварност, испресецану социјалном нормативношћу, утиче прописујући оно што треба да буде. Тако она постаје активан чинилац социјалних кретања. Етатистичка норма може постојеће друштвене императиве да реципира, измени, одбаци или занемари, у зависности од идеолошког става према вредностима које социолошке норме усвајају. Тако етатистичке норме могу по својој садржини бити искључиво идеолошке, искључиво социолошке или мешовите. Колико ће се социјалног материјала наћи у државној нормативности, зависи од разних околности и чињеница.

Однос између социјалног и идеолошког несталан је и у једној истој правној норми, јер зависи од времена доношења норме, различит је с обзиром на општост норме или њену диспозитивност, у области јавног и приватног права и у демократским и ауторитарним режимима,

(23) *Начела демократије*, стр. 6.
(24) *О односима између позитивног и праведног права*, стр. 207
(25) *Начела демократије*, стр. 6.
(26) Божидар С. Марковић, *Нормативност приватног права и политички режим*, "Правна мисао", 1937, посебан отисак, стр. 1.

пре чему у демократским режимима зависи и од размере већине и мањине, односно надмоћи већине (27).

У демократским друштвима је раскорак између нормативног факта и етатистичке норме, друштвене оцене вредности и апстрактне правне заповести, праведног и позитивног права најмањи. Само је у демократском друштву, захваљујући слободи опредељивања и претпостављеној једнакој вредности мишљења, социјална нормативност слободно изграђена и "чиста" (28). Спонтана друштвена правила понашања исказују схватања средине и тако представљају поуздан критеријум вредности ствари и људи.

Ако се спонтано формиране друштвене вредности уграђене у опште правило доведу у везу са њиховим трајањем, уочиће се да, с обзиром на функционалну сталност општег правила и спорост законодавне процедуре, правичност демократског права временом ишчезава. Демократско право може постати конзервативно ако се друштвена стварност коју је у себе примило променила у тој мери. Судска активност, подређена али и комплементарна законодавној, уважавајући "нове социјалне факте" и правну свест средине као критеријум за правичну одлуку, исправља овај недостатак природе општег правила и у извесној мери ублажава дихотомију између статичности правне формуле и друштвене еволуције (29). Тако се делатношћу демократски организованог судства догматско у праву поново приближава социјалном разуму.

Идеално би било новом социјалном поретку вредности обезбедити својство законитог, или, што је у основи исто, законској формули омогућити да прими ново схватање правде. У тренутку када се закон мења у складу са промењеним околностима, социјална правда продире у прво, али је у том моменту већ бивша, ако не и само бивша, јер, окована у ригидно логичко правило понашања, губи смисао за будућност. Тако између статичности позитивне правне формуле и еволутивне социјалне правде постоји "једна унутарња и стална антиномија" (30).

Пошто право не живи у идеалном, већ у реалном свету, каприциозне чињенице социјалног света освајају простор права чак и *contra legem*. Право губи свој смисао и оправдање ако не обезбеди слободу, једнакост и законитост, али губи и достојанство ако не прихвати социјалну правду и морал. Двојство остаје: на једној страни идеолошки став, писани разум, закон и законитост, конструктивна, хетерономна правила, сигурност, апстракција, вербализам, култ логике, дедукција и конструктивна јуриспруденција, конзервативност, статика и спокој, а на другој објективна законитост, социјална стварност, разум и правда, нормативна, аутономна правила, једнакост у времену, мистика и интуиција, индукција и интересна јуриспруденција, новачење, динамика

(27) Види: *ibid.*, стр. 3,4.
(28) *Ibid.*, стр 2.
(29) Види: *ibid.*, стр. 6.
(30) *Односи између позитивног и праведног права*, стр. 205.

и сумња. Шта је друштву потребније? Чему право да тежи? Право није само закон, али ни бајколика правда, и зато су му потребна знамења обе врсте.

Имајући у виду показану природу правног феномена и тежњу права да буде праведно, пред правну науку, правну праксу и државу као врховни друштвени ауторитет поставља се, тако, као превасходно, питање како постојећи, правном феномену припадајући, несклад ублажити, односно како постићи да позитивно право у што већој мери буде праведно. У том смислу, задатак правне науке, одн. теорије права, јесте да пронађе и предложи научни метод који ће омогућити да позитивно правно правило буде отворено за друштвено схватање правде. На питање какав треба да буде тај метод, професор Марковић одговара да је питање тешко и сложено и да се у његовом решавању наилази на непремостиве тешкоће (31). У сваком случају, да би остварио постављени циљ, овај метод треба да испуни многе услове, пре свих да уважи чињеницу постојања две врсте норми и различитост њихових природа, и то како у сазнајном, тако и у правно-техничком смислу. У поступку примене правне норме, сагласно њиховом пореклу и отуда проистичућим својствима, неопходна је комбинована примена формалнологичког метода и социолошког метода посматрања чињеница и промена у друштву. Кодификовану социолошку норму треба тумачити еволутивно, чиме се у правни поредак уводи ново друштвено схватање правде, а етатистичку норму статички, чиме се обезбеђује јединство правног поретка, законитост и сигурност у правним односима. Демократија као политички метод, са своје стране, заснивајући се на слободи људи и једнакој вредности њихових мишљења, омогућава најмеродавније, већином квалификовано, формирање схватања друштвене правде.

Оваквим промишљањем права, које Божидар Марковић означава као научни идеализам, отклањају се неприхватљиви закључци и правног позитивизма и формализма. Идеал, као стална потреба људског духа, остаје али није више конкретан, трансцендентан и апсолутан већ се преображава у методолошки став, проистекао из истог социјалног релативизма као и начела демократије, постојан као оквир и отворен за свеколике, променљиве друштвене вредности.

Ако бисмо на крају покушали да издвојимо шта реалистичку и релативистичку теорију права Божидара Марковића чини посебно вредном не само у погледу идеја којима се руководи и ставова које промовише, онда би то било комбиновање знања разних дисциплина и јасно саопштавање мишљења. Непрекидни доток идеја из филозофије, науке и историје права храни правнотеоријске ставове релевантним материјалом чинећи их основаним, хармоничним и повезаним. Уз то, он своје закључке гради методски аналитично, одмерено и образложено. Таленат, на другој страни, паскаловски сликовито окива језгра мисли у применљиве формуле трајне вредности.

(Примљено 20. децембра 1992)

(31) Види: *Односи између позитивног и праведног права*, стр. 207.

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

BOŽIDAR S. MARKOVIĆ - A SEARCH FOR A JUST LAW

Summary

The relations between the positive and just law are a basic question of the philosophy and theory of law and a central theme of research of Božidar Marković. Positive law has to be just, although this is not always the case. The causes of such disharmony should be found in the dual character of the positive law, in the changing criterion of substantive justice and the static nature of the positive-law rule as contrasted to the dynamic nature of substantive justice. In order to overcome, or at least attenuate, the disharmony between the positive and just law, namely between the state and society, it is necessary, on the one hand, to have democratisation of state - which is the task of the politics, while, on the other, the elimination of the antinomy between the static nature of positive order and the social evolution - which is the task of the theory of law. The theory, namely, has to suggest an adequate method for feeding the positive law with social conception of justice.

Key words: *Positive law. - Justice. - Social evolution. - Methods. - Cognitive . - Legal--technical. - Democracy.*

Radmila Vasić,
chargée de cours à la Faculté de droit de Belgrade

BOŽIDAR MARKOVIĆ: A LA RECHERCHE D'UN DROIT JUSTE

Résumé

Les rapports entre le droit positif et le droit juste constituent la principale question de la philosophie et de la théorie du droit et le thème central de l'intérêt de Božidar S. Marković. Le droit positif doit être juste, mais il ne l'est pas toujours. Les causes de cet écart doivent être recherchées dans la dualité du droit positif, dans le critère variable de la justice matérielle et dans le caractère statique de la règle de droit positif à la différence du dynamisme de la justice matérielle. Pour dépasser ou, au moins, pour atténuer le désaccord entre le droit positif et le droit juste, c'est-à-dire entre l'Etat et la société, il est nécessaire d'assurer, d'une part, la démocratisation de l'Etat, ce qui est le devoir de la politique et, de l'autre, d'éliminer l'antinomie entre le caractère statique et l'ordre positif et l'évolution sociale, ce qui est le devoir de la théorie du droit qui doit proposer une méthode capable de permettre que le droit positif se nourrisse de concept social de la justice.

Mots clé: *Droit positif. - Justice. - Evolution sociale. - Méthodes diu. - Connaissance diu. - Juridico-techniques. - Démocratie.*

UDK - 342.7.001
Изворни научни рад

др Владан А. Василијевић,
научни саветник
председник Савета Фонда за хуманитарно право, Београд

ЉУДСКА ПРАВА У ВАНРЕДНИМ ПРИЛИКАМА
(Пут ка једној утопији или блиска стварност)

Остваривање и заштита људских права представљају једно од средишњих питања за која су заинтересоване све чланице међународне заједнице. Усавршавању механизама у тој области поклања се посебна пажња. Све богатија пракса установа које се старају о примени основних докумената о људским правима и утицај те праксе на национална законодавства и поступке заштите у тим оквирима, потврђују да настојања која се овде чине дају вредне резултате. Међутим, упоредо с тим постоје и бројни случајеви да немали број држава не поштује преузете обавезе. Посебни проблеми се јављају у ванредним приликама, упркос додатних мера заштите на које се, иначе, рачуна. Учесталост таквих стања у различитим срединама, нешто чешћа у постојећим ауторитарним и тоталитарним системима, као и у системима насталим у току укидња тоталитаризма у источној и средњој Европи, отвара додатна питања остваривања и заштите људских права.

Кључне речи: *Људска права. - Велики пактови. - Регионални документи. - Ванредне прилике. - Стандарди заштите. - Међународни механизми. - Национални механизми.*

УВОД

1. Идеал савременог света је демократија. На њему се граде сви односи у модерној светској заједници, почев од августа 1941. године (1), друге године до сада највећег ратног разарања и вероватно пресудних

(1) Садржај *Атлантске повеље* којој су на састанку у Лондону, у палати St. James, 24. септембра 1941. године, приступили остали чланови Антиосовинског савеза, значајно мења дотадашња схватања о уређењу међународне заједнице. (*Уједињене нације. Збирка докумената*, Београд, 1947.) Од тог тренутка па до усвајања *Повеље УН* у току је јединствени напор да се одбрани и васпостави демократија, тамо где је силом била укинута. *Декларација Уједињених нација* (Вашингтон, 1. јануара 1942) ово изричито означава као битан циљ слободног света. За тај свет у том часу су од превасходне важности: "одбрана живота, слободе, независности и верске слободе", као и "очување права човека и правде".

промена у глобалним и регионалним међународним односима (2). Међутим, тај идеал је у исто време био и потврђиван и оспораван. Од *Повеље УН*, преко *Свеопште декларације о правима човека* (3) и великих међународних пактова (4), до европске (5) и америчке конвенције (6) и *Афричке повеље* (7), као и најновијих докумената КЕБС-а преовладаваће доследно залагање за остваривање и заштиту људских права, а то значи за демократију у њеним изворним облицима. Реч је о јединственом процесу, вишеструких и веома чврстих унутрашњих веза. Како подсећа проф. *Б.С. Марковић*: "... демократија претпоставља и известан социјални ниво грађана и политичку дораслост маса. Без свесних грађана с развијеним критицизмом, без социјално зреле индивидуе, демократија дегенерише и допушта да под њеном фасадом клијају најсваковрсније монструозности. Зато је демократија давала и даје најбоље резултате у народима у којима су масе просвећене, и зато за сваку земљу питање завођења демократије поставља и једно претходно фактичко питање. Пред једну већ уведену демократију може се исто тако поставити проблем шта ће се чинити ако њено друштво у једном тренутку очигледно није дорасло да управља својом судбином, било да услед ниског нивоа маса настане могућност да рђави елементи дограбе власт у своје руке, било да цео народ почне срљати у своју несумњиву пропаст. У таквој ситуацији има ли права мањина елитних људи, или и један изузетан човек - изузетан по својим личним или функционалним особинама, као што је државник, филозоф, владар или војник - да укине демократију и да поведе земљу у правцу супротном вољи већине?" (1937, стр. 29-30). Оваква размишљања проф. *Б.С. Марковића* упозоравају на још једну незаобилазну појаву у процесима развоја демократије и унапређивања људских права. Основне, преовлађујуће, тежње праћене су и настојањима чији је циљ заустављање, успоравање или, чак, и обезвређивање вредности остварених у повољним, кључним процесима. Идеолошка сучељавања настала непосредно после Другог светског рата, заједно са блоковским поделама које ће потрајати све до краја осамдесетих година (њима се, нажалост, тежи и данас), битно ће обележити читаву једну епоху у остваривању и заштити људских права, доносећи и осетне поремећаје у срединама које су почивале на демократији и доследно тражиле њено право место и унутар међународне заједнице и њеног поретка (Димитријевић, 1991, стр. 29-31; Обрадовић,

---

(2) E. Jouve, не без разлога, тврди да XX век уопште у међународним односима упознаје сасвим нове токове збивања. Историја се убрзава у свим подручјима. Свет постаје један. "Планетарно насеље добија своје облике. "Или, како је рекао Пол Валери: "Време света коначно почиње." Допринос у томе имају и одлучујуће светске катаклизме, испољене у два светска рата (*Relations internationales*. 1992. pp. 32-33. Paris: PUF).

(3) Резолуција Генералне скупштине УН 217 А(III) од 10. децембра 1948.

(4) International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; International Covenant on Civil and Political Rights (Резолуција Генералне скупштине УН 2200 /XXI/ од 16. децембра 1966).

(5) Convention for the Protection of Human Rights and Foundamental Freedoms (Рим, 4. новембар 1950).

(6) American Convention of Human Rights (Сан Хозе, 22. новембра 1969).

(7) African Charter on Human and Peoples Rights (Најроби, 27. јуна 1981).

1990, стр. 114-115; Ревел, 1992, стр. 11-14). У тесној вези с тим биће и читав низ оружаних сукоба мањих или већих размера, у готово свим светским регионима, и успостављање нових и одржавање постојећих тоталитарних режима, нарочито у Африци, Средњој и Јужној Америци и Азији. Додатни изазов демократији и људским правима и слободама, који као да је упућивао да се забораве скорашња европска искуства између два светска рата, са трагичним последицама којих се међународна заједница још није до краја ослободила (8). Под таквим притисцима, који су се јављали у сва три типа постојећих друштава (9) људска права су била угрожавана у различитој мери, неретко и укидана, чак и супротно важећим међународним мерилима и из тога проистеклих обавеза националих власти.

2. Посебне тешкоће јављају се у нестабилним политичким системима, суоченим са оспоравањем наметнуте власти, економским проблемима и дубоким друштвеним раслојавањима. Насиље ту постаје обично искључиво средство за одбрану положаја групе или група које поседују моћ и владају, што значи да положај грађана искључиво зависи од самовоље тих група. Установе правне државе, односно начела владавине права (Баста-Посавец, 1991, стр. 103-104; Чавошки, 1991, стр. 90; Денингер, 1991, стр. 36-39; Марковић, 1991, стр. 105) ту се, по правилу, не примењују, мада се на њих позива (10). Насупрот томе, веома често решења спорних ситуација праћених унутрашњим супротстављањима званичној политици и евентуалним интервенцијама са стране (11),

---

(8) Настојања да се дође до прерасподеле односа снага од 1933. године до данас са веома озбиљним, али не на исти начин и образложеним спорењима око новог светског поретка, који у основи никако није нов, пропраћена су кризама које још трају. Њихова изворишта су сасвим извесно у замислима нацистичке Немачке о будућој Европи, а исходишта, после започетог и недовршеног распадања тоталитарних система бившег совјетског блока, сасвим неизвесна. Посебан проблем је нови талас национализма са наопаким хтењем да се национална права остваре насиљем. Опет веома слична или иста Европа: 1939. и 1993. године, која собом повлачи у поноре и остали свет (Р. Вукадиновић, В. Милета, *Европа иза угла*, "Аугуст Цесарец", Загреб, 1990, стр. 11-79, J. Musil, *Neonationalism in Post-comunist societies. Europe in Transition: A Challenge for the Social Science.* European Social Science Conference, 1991; D. Owen, *The European Community. How can we build a New Europe? Europe in Transition: A Challenge for the Social Science.* European Social Science Conference, 1991; P.A. Taguieff, *Coment peut-on être antirasist?* Esprit, *mars-avril.* 1993:36-48)

(9) Реч је о једној подели Ревела који нови процват демократије осамдесетих година прати на примеру три типа друштава: развијено демократско друштво, демократско друштво у развоју и комунистичко друштво (*Наведено дело*, стр.12). Оваква подела, с обзиром на најновија искуства, прихватљива је и надаље.

(10) То је једна од логичних последица деловања механизама ванредног стања, значи стања које није ни по чему уобичајено, редовно, поготову када се има у виду доследна примена устава и закона. По мишљењу проф. Ђ. Тасића, "правна, демократска држава" је искључиво она у којој "грађани имају права и где су дужности засноване само на уставу и закону, а не на личној вољи државних органа" (*Права и дужности грађана. Шта је правна и демократска држава*, Нови Сад, 1925). Ти ставови се потврђују и данас у правној теорији (С. Врачар, *"Корелација" правне државе и "државног права"*, ур. Д. Баста и Д. Милер, *Правна држава: порекло и будућност једне идеје*, Београд, 1991, Правни факултет и Немачки културни и информативни центар).

(11) Стварне или измишљене ситуације уплитања других држава у унутрашње послове угрожене државе веома чест су разлог за проглашавање и одржавање ванредних прилика. Теорије завера су се одржале и до данас, нарочито у срединама у којима се

налазе се у даљем ограничавању и иначе спорних и сасвим ограничених (формално, не и фактички признатих) права грађана. Ванредне прилике неретко постају редовне, с обзиром на разлоге проглашавања и време трајања.

Повећан ризик од кршења људских права током трајања ванредних прилика условио је и предузимање одговарајућих мера у оквиру међународне заједнице, како би се стање колико-толико одржало под надзором. Те мере су јединствено утврђене, али њиховом применом и посебно непосредним увидом у збивања на спорним територијама могуће је доћи до закључка, па и поузданијих оцена, да њихова примереност постојећим условима доприноси осетним разликама међу њима. Зависно од тога и захтеви за поштовање обавеза које државе преузимају морају да буду довољно одмерени и усаглашени са приликама у свакој датој средини. Другим речима, на тај начин се долази до успешније заштите, прихватљиве и за међународну заједницу и за националну власт. Ово има нарочитог значаја када се узму у обзир узајамне везе између општих људских права, укључујући ту и неотуђива права, и културног релативизма. Јер, морал, поред права, као и друштвене установе, показују велике културне и историјске разноликости, од којих сасвим извесно зависи и прилаз системима друштвених вредности и однос према њима (*Donnelly*, 1989). При том се не губи из вида веома условно постављање проблема у овом смислу. Наиме, коначан исход настојања да се створе одговарајући услови за коришћење и заштиту људских права, па и током важења ванредних прилика, може да буде неповољан и у веома развијеним и традиционално демократским срединама, и неочекивано задовољавајући тамо где се то не очекује због ауторитарних, недемократских расположења власти и недограђених система вредности у целини.

Све ово доприноси и јављању многобројних стално отворених питања везаних за остваривање и заштиту људских права у ванредним приликама. Још једном овде долази до противуречне ситуације: усавршавање основних механизама заштите у глобалним и регионалним оквирима не прате одговарајућа решења у националним законодавствима и судској пракси. Штавише, извесни раскораци се повећавају, како на већ одраније кризним подручјима, тако и на новонасталим, у средњој и источној Европи, где покушаји укидања тоталитаризма и увођење демократије наилазе на озбиљне тешкоће и крајње су неуједначени по реалним изгледима на скорији успех, бар у неким државама (Русија, Румунија, Хрватска, СР Југославија).

ВАНРЕДНЕ ПРИЛИКЕ И УСЛОВИ ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА

1. Формалноправно посебне околности повећане опасности по државни поредак, одређене као ванредне прилике, јављају се први пут

јављају отпори тек учињеним покушајима замене ауторитарних и тоталитарних режима демократским.

у одредбама *Вајмарског устава* из 1919. године (Пајванчић, 1993, стр. 73). Пропраћене су додатним овлашћењима предвиђеним за шефа државе (чл. 48). Користећи се њима, он треба поново да успостави јавни ред и безбедност. У ту сврху му је дозвољено да употреби и војску. Ова чињеница можда и најпотпуније указује на природу и садржину тих својеврсних правила деловања уставних система или, боље рећи, њиховог неделовања на уобичајени начин. Немачка после ратног пораза, у економском безнађу и дубоким политичким превирањима, налазила се на размеђи демократије и тоталитаризма. Превага ће бити на страни твораца "новог европског поретка". Због тога ће вероватно и заштита демократских установа бити потражена у решењима која ће ускоро постати типична за партијску државу и сличне системе који ће настајати на различитим странама и у различитим условима. Основна замисао ће бити углавном иста: одрицање од установа правне државе и пуних слобода и права грађана да би све власт имала што више простора за супротстављање реалним или пренаглашеним спољним или унутрашњим опасностима. Једино су усавршавани конкретни поступци и мере, при чему се нарочито водило рачуна о претежном интересу власти, а ређе о стварном државном интересу. Ово упркос суштинској идеји да посебне уставне одредбе којима се уређује понашање власти у ванредним приликама треба да послуже одржавању гаранција утврђених уставом и поред повећане опасности по државу и њене установе. Тачније, неопходна ограничења права и слобода грађана, као и преношење овлашћења са законодавне на извршну власт треба да буду сразмерни врсти и степену угрожавања. Сазнања до којих се дошло недвосмислено говоре о нечем другом. Процене опасности и избор мера за време трајања ванредних прилика углавном су у великој мери произвољни. Самим тим доводе се у питање и уставне и законске одредбе које би ваљало применити у таквим ситуацијама. Њихово кршење је наглашеније тамо где су прецизније уобличене, због тескобе у коју власт долази тражећи основа за коришћење посебних услова у постизању својих политичких циљева. Чињеница да део овлашћења прелази са законодавне на извршну власт, што је једно од суштинских правила која важе у ванредним приликама, додатно погоршава ситуацију и слободе и права грађана излаже новим и систематским ограничењима која не подлежу никаквом надзору, поготову када се има увиду да се ту битно мења и однос судских и извршних органа, на штету овлашћења правосуђа, како су иначе одређена по начелима поделе власти (12).

(12) У системима у којима нису и иначе обезбеђени услови за функционисање правне државе, односно владавину права, недостатак контроле извршне власти и зависност судства од званичне политике су још наглашенији. Свакако, оштећени су грађани који не могу да рачунају на одговарајућу заштиту својих права (И. Јосиповић, *Тезе за разговор о правној држави и кривичноправној репресији у Југославији у светлу постулата правне државе*, у: ур. В. Василијевић: *Правна држава*, Београд, "Пословна политика" и Институт за криминолошка и социолошка истраживања, стр. 120-132, К. Чавошки, *Партијска држава као порицање владавине права*, *Исто*, стр. 113-119.

Извесно је да се овде јављају као споредни два различита нивоа заштите људских права. Први је уставни и законодавни; други практични: примена прописаних правила. Код првог заштита углавном формално одговара појединачним општим правилима предвиђеним међународним актима о остваривању и заштити људских права. Наравно, то под претпоставком да у националним прописима постоје одговарајуће одредбе. Са другим је другачија ствар. Зависно од читавног низа околности у датој средини и односа у њој, људска права ће се кршити чешће или ређе, али свакако изузетно се може очекивати да ће колико-толико бити заштићена. Одступање од важећих прописа почиње већ самим чином проглашавања ванредних прилика, односно њиховог фактичког увођења, да би се затим пренело на појединачна или сва кључна права човека (права на живот, слободу, правично суђење, слободу мисли и збора, информисања, право на приватност, као и на економска, социјална и културна права, која, иначе, немају посебан третман у ванредним приликама на основу међународних докумената). Уосталом, понавља се нешто што је познато када је реч о људским правима уопште. Државе преузимају одговарајуће обавезе и после тога веома споро или никако их извршавају кроз национална законодавства и у пракси домаћих правосудних и извршних органа (Димитријевић, 1987, стр. 715. и даље; Обрадовић, 1991, стр. 4; Ратковић, 1991, стр. 27; Вајић, 1991, стр. 38-39).

2. Подлоге за правно уређивање заштите људских права током ванредних прилика у националним законодавствима данас (13) представљају одредбе члана 4. *Међународног пакта о грађанским и политичким правима* (14). Државама је омогућено да, у случајевима *када је*

(13) У погледу остваривања и заштите права човека уопште, и у време ванредних прилика, претходна раздобља су познавала другачија решења. Људска права су у искључивој надлежности државе (*domaine resérvé*). Не постоје општи међународни акти, ни обавезе засноване на њима. Отуда у уставима из тога доба, ако се и прописују мере за ванредне прилике, не поставља се посебно питање права човека. На пример, према одредбама *Устава Француске* (гл. II, чл .16) председник републике се претходно саветује са првим министром, председницима домова, као и с Уставним саветом, па тек онда предузима мере ради отклањања опасности. Њихов циљ мора да буде надахнут жељом да се "уставним јавним органима" у *најкраћем року обезбеде средства* за несметано деловање. О врсти мера изјашњава се Уставни савет. Национална скупштина не може да буде распуштена за време "вршења изузетних овлашћења". *Швајцарски Устав* предвиђа две могућности за предузимање посебних мера заштите: изненадна спољна опасност и унутрашњи нереди (чл. 15. и 16). У оба случаја Конфедерација интервенише на тражење непосредно угроженог кантона. Том приликом, ако је реч о унутрашњим нередима, постоји обавеза да се поштују одредбе члана 5. по којима Конфедерација гарантује кантонима територију, суверености, како је утврђена чланом 3 (искључиво ограничавање према савезном уставу), уставе, *слободу и права народа, уставна права грађана* и права и овлашћења поверена властима од стране народа. *Англосаксонски систем* познаје решења са посебним прописима. Ванредне мере у Великој Британији могу да буду уведене одговарајућим прописом на основу *Закона о спречавању* тероризма (Prevention of Terrorism: Temporary Provision Act) из 1974. са допунама из 1976. и 1984. године. (Committee on teh Enforcement of Human Rights Law. ILA: Report of the Sixty-third Conference, 1988. Warsaw, pp 191).

(14) Droits de l'homme: Recueil d'instruments internationaux, 1988, p. 20, New York: Nations Unies.

опстанак нације угрожен изванредном опасношћу, предузму мере којима ће привремено бити укинуте обавезе утврђене *Пактом*. Обим укидања обавеза зависи од *строго одређених захтева саме ситуације која је налагала предузимање таквих корака*. Изричито се захтева да ванредне прилике буду *проглашене званичним путем*. С друге стране, сва ограничења којима се прибегава *не смају да буду неспојива са било којом од осталих обавеза произашлих из међународног права*. Исто тако, она собом *не могу да повлаче дискриминацију засновану искључиво на раси, боји, језику, вероисповести или друштвеном пореклу*. О увођењу ограничења, с напоменом врсте и разлога, као и њиховом укидању после престанка услова који су довели до увођења ванредног стања, држава која им прибегава дужна је да, посредством генералног секретара УН, обавести остале државе потписнице *Пакта*.

Приликом проглашавања ванредних прилика нису допуштена никаква одступања у смислу ограничавања права предвиђених члановима 6, 7, 8 (ст. 1. и 2), 11, 15, 16. и 18. *Пакта* (15). Реч је о најбитнијим вредностима и њиховој заштити у оквиру корпуса људских права (16).

3. Како се савремени устави односе према обавезама из *Пакта* и других регионалних аката? Решења су прилично неуједначена, али се ипак уочавају извесни заједнички именитељи. Тежиште интервенције законодаваца налази се на претпостављеним или накнадно процењеним потребама отклањања опште опасности. Заштита неопозивих, па и осталих права и слобода грађана остаје у другом плану. Ово опет оставља значајан простор законодавној и извршној власти, пошто се током ванредних прилика судска власт и иначе реорганизује и добија шира овлашћења под строгим надзором извршне власти, која носе велике ризике од злоупотреба, да својим актима и радњама ограничавају и крше људска права и изван граница реалних потреба заштите угроженог државног поретка.

Уз оправдање да су нестабилне прилике на Индијском потконтиненту и у његовом окружењу извор учесталих претњи, *Устав Индије* из 1950. године, касније у више наврата мењан и допуњаван, садржи подробно разрађене одредбе о ванредним приликама (чл. 352-360). Проглашава их председник (17), а њима је омогућено не само обустављање

(15) Право на живот и примена смртне казне, забрана мучења, забрана ропства и држања у зависном положају, забрана затварања само због неизвршења уговорних обавеза, начело легалитета у кривичном праву, признавање правне личности у свим ситуацијама, право на слободу мишљења, савести и вероисповести.

(16) По *Америчкој конвенцији о људским правима* гаранције су дате и нешто шире, уз опште претпоставке као и у *Пакту*. Према члану 27. неопозива су права: на правну способност, на живот, човечно поступање, слободу од ропства, на искључење примене каснијих закона, на слободу савести и вероисповести, породице, право на име, права детета, на држављанство и на учешће у владавини. Забрањено је и обустављање судских гарантија значајних за заштиту ових права. *Конвенција за заштиту људских права и основних слобода* има нешто другачији приступ (чл. 15). Загарантовано је: право на живот (изузев "смрти проузроковане законитим ратним поступцима"), заштита од мучења и ропства и непримењивање каснијих закона. (*Права човека*: Зборник докумената, ур. В. Василијевић, Београд: "Прометеј", 1991, стр. 185. и 202)

(17) Прокламацију доставља домовима Парламента.

низа основних права грађана него и укидање права на формалну судску заштиту (Јовичић, 1984, стр. 315-317), као и суспендовање започетих поступака пред судом. Нема никаквих ограничења ни у погледу неотуђивих права. Иначе, предвиђено је прелажење овлашћења законодавне на извршну власт, као и примена прокламованих мера, у ситуацији када се оне односе само на једну савезну државу, и на остале, уколико захтевају интереси Индије. Општи услови због којих се одлучило за оваква решења везана за ванредне прилике, вероватно су утицали да се у поменутом уставу не праве разлике између стања непосредне ратне опасности, ратног стања и унутрашњих немира, што такође може да се неповољно одражава на стање људских права у тим приликама.

Овлашћења председника у Венецуели су такође неусаглашена са општим поставкама међународног правног поретка. На основу *Устава Венецуеле* (чл. 241-243) он може у случају када "озбиљне околности задиру у економски или социјални поредак" да "ограничи или суспендује уставне слободе или неке од њих". Међу овим првима се налазе: забрана противправног затварања, забрана мучења и примене средстава која изазивају психичку и физичку патњу, забрана изрицања доживотних и нечасних казни и сл. (Пајванчић, 1993, стр. 74). Овде је очигледан и раскорак са одредбама члана 27. *Америчке конвенције о људским правима* (18). Према подацима из праксе Међуамеричке комисије за људска права (чл. VII Конвенције) и Међуамеричког суда за људска права (гл. VIII Конвенције) ово се понавља и на другим странама (Чиле, Ел Салвадор, Парагвај, Уругвај итд.). Зато је суд у једном од својих саветодавних мишљења заузео став да: "проблем изузетних или ванредних стања и људских права, као и непосредна судска заштита у оваквим ситуацијама (је) критична тачка у области људских права у обе Америке" (19). Свакако, овакво стање не би било нека врста америчке особености, мада тоталитарни системи у Латинској Америци упућују на понашања о којима је реч као на типичну појаву, примерену унутрашњој организацији и начину опстојавања тих система. Слична или иста решења срећу се и у Африци, Азији, Европи, углавном чак и независно од тога да ли су пореци о којима је реч демократски или ауторитарни, или наслеђују некадашње тоталитарне системе (20).

Међу правима која могу да буду ограничавана или укидана у ванредним приликама према уставима Шпаније, Кипра, Португала (Пајванчић, 1993, стр. 76), али и према одредбама законодавстава Јужне

---

(18) Ограничавање или укидање слободе не доводи до прекида деловања националних власти, а сам декрет о проглашавању ванредних прилика доноси министарски савет.

(19) Opinion Consultiva 0C-9/87 (Committee on the Enforcement of Human Rights Law. ILA: Report of the Sixty-third Conference, 1988. Warsaw, p. 140).

(20) Сви системи се усредсређују на остваривање непосредних политичких циљева. Због тога, поред занемаривања обавеза из члана 4. *Међународног пакта о грађанским и политичким правима* о неопозивим правима човека, у својим прописима остављају и друге непрецизности. Оне се односе на временско трајање ванредних прилика, затим оцену опасности, време трајања појединих мера и стицање услова за престанак ванредног стања.

Африке, Анголе, Северне Кореје и сл. (21), налазе се и права личних слобода која подразумевају забрану произвољног хапшења и затварања, лишења физичке слободе, са изузетком јасно прописаних случајева, или слободе јавног изношења мишљења и говора, која је у делу слободе савести и вероисповести изван ограничења, па је свака непрецизност око тога неприхватљива.

У уставима држава на некадашњем југословенском простору јављају се неке додатне карактеристике. Разликујући стање непосредне ратне опасности и рата и ванредне прилике, *Устав СР Југославије* предвиђа ограничење у погледу укидања људских права када се прогласи ратно или стање непосредне ратне опасности, сагласно одредбама члана 4. *Међународног пакта о грађанским и политичким правима.* У ванредним приликама ограничења те врсте нема. *Устав Републике Србије* је крајње уопштен, а и недоречен. Ванредне прилике се уводе *само за део републике*, не и за целу територију, што може да представља и извесна, сасвим сигурно недопустива прејудицирања. Одлуку о увођењу ванредних прилика доноси председник на предлог владе када су "угрожени безбедност Републике Србије, слободе и права човека и грађанина или рад државних органа".

Поводом тога доносе се акти о "предузимању мера које *такве околности изискују* (курзив В.А.В.), у складу с уставом и законом". Овакав пропис је веома проблематичан и својим садржајем није спојив са правилима заштите људских права. Пракса као да то и потврђује (22). Најзад, ни *Устав Републике Хрватске* није прецизирао однос према људским правима у ванредним приликама, сагласно међународним обавезама. Једино је обавезао председника републике да уредбе са законском снагом подноси на потврду Заступничком дому Сабора. Истовремено, док трају посебна овлашћења председника републике, Заступнички дом не може да буде распуштен (чл. 101).

Ове околности, као и пракса свих држава у којима је на било који начин предвиђена могућност проглашавања ванредних прилика, показују да коришћење тих посебних овлашћења датих националним властима прате бројне произвољности на штету међународних правила и обавеза. Зато се задржава потреба да ова област и даље остане у средишту пажње светске заједнице. Основано се постављају захтеви да се примена међународних правила у националним законодавствима и пракси и убудуће побољшава, како би се остварила у што већој мери хтења у вези са остваривањем и заштитом људских права у ванредним приликама (Committee on the Enforcement of Human Rights Law. ILA: Report of the Sixty-fourth Conference, 1990, Broadbeach, Queensland, Australia, pp. 229-236).

---

(21) UN Doc.E/CN. 4/Sub. 2 (1987): 19 Despouy Report. UN Doc.E/CN. 4/Sub. 2 (1987) 19.Rev. 1 and 2 (1988).

(22) Веома спорна ситуација на Косову и Метохији која траје више од годину дана изван је надзора о стварном стању људских права.

4. Из свега овога изводи се и једна типологија ванредних прилика, са ближим одређењем уочених злоупотреба код сваког типа (23).

"Добро" de iure ванредно стање уклапа се у норме садржане у међународним актима. Израз *добро*, при том, и означава само да су се "стекли услови за постојање формалног ванредног стања". И поред тога долази до кршења људских права, укључујући ту и права која се не могу опозвати, као и непостојање сразмерности између ситуације и ограничења. Мерила за овај тип ванредних прилика обично не испуњавају режими који долазе на власт државним ударом и желе да се одрже помоћу посебних овлашћења.

"Рђаво" de iure ванредно стање такође су у основи прихватили творци уговора. Обележје му је да, по правилу, из недемократских или себичних побуда власт непотребно строго одговара на умерене притиске. На тај начин она себи увећава посебна овлашћења, иако држави не прети озбиљна опасност. Због тога су овде ризици од кршења људских права веома изражени.

"Класично" *de facto* ванредно стање одликује се тиме што постоји стварна опасност, али влада не уводи посебне мере. Препознају се четири подтипа.

Упркос постојању сукоба или других неуобичајених стања којима се угрожава нација, власти задржавају редовни правни режим и *de iure* и у пракси. У другом случају влада може, не проглашавајући ванредно стање, да подзаконским актима пропише извесне мере ограниченог домета како би умањила претње пред којима се налази. Посебно су сложени, са становишта класификације, случајеви у којима постоје "стварни ванредни услови", али је правни режим на датој територији "тотално *ad hoc* природе". Ту се поставља питање да ли и званични органи врше власт на територији над којом је иначе номинално имају (као пример наводи се Либан). Најзад, код четвртог подтипа држава се одлучује, суочена са могућношћу оружаног сукоба или "стварном ванредном ситуацијом" да одговори тако што одредбе свог строгог законодавства из области безбедности уводи у редовно законодавство.

Облици и степен кршења људских права овде могу да буду и мањи него у осталим случајевима.

"Нејасно или потенцијално" de facto ванредно стање је веома неповољно што се тиче заштите људских права. Ту не постоје стварни ванредни услови, а нема ни формалног проглашавања ванредних прилика. Међутим, неретко се дешава да се нагло мења обим примене

(23) Први извештаји специјалног известиоца Поткомисије УН за спречавање дискриминације и заштиту мањина Leonarda Dispouya ограничавали су се само на државе које су званично објавиле увођење ванредних прилика. Међутим, то се одмах показало недовољним. Ситуација у различитим срединама често излази из оквира објективних мерила. На пример, у Великој Британији законом се не предвиђа формално проглашавање ванредних прилика. Исто тако и фактичка стања су неретко променљива и непредвидива, какав је случај у Брунеју, на арапским територијама под окупацијом Израела итд. (Committee on the Enforcement of Human Rights. ILA: Report on the Sixty-third Conference, 1988, Warsaw.p. 143)

важећих прописа о унутрашњој безбедности, који су иначе веома строги и отварају просторе самовољи и бројним злоупотребама.

"Институционализовано" ванредно стање разликује се од "класичног" *de facto* ванредног стања по томе што власти постепено, али стално, уносе у важеће законодавство мере које се користе током ванредних стања чиме се удвостручују или замењују уставом дата ванредна овлашћења. Произвољности ни овде нису мале, па самим тим и искушења за механизме заштите људских права.

Најзад, *"обична" репресија* обухвата стања која се не могу обухватити класификацијама ванредних прилика. Државе које примењују "обичну" репресију сматрају се највећим и најупорнијим кршиоцима људских права (Committee on the Enforcement of Human Rights Law. ILA: Report of the Sixty-third Conference, 1988, Warsaw, pp. 146-159).

Оваква разуђеност могућих облика ванредних прилика, често са не баш лако препознатљивим разликама између редовних прилика и стања повећане угрожености нације и државе, на целој њеној територији или само на појединим деловима, недвосмислено указује да су и у законодавству и у пракси остављене готово неслућене могућности злоупотреба остваривања и заштите људских права. Чак и код тзв. седмог типа "обичан легалитет" (*ordinary legality*), где се сматра да функционишу установе правне државе, такве могућности нису искључене (Committee on the Enforcement of Human Rights Law. ILA: Report of the Sixty-third Conference, 1988, Warsaw, 159). Зато се и поставља питање да ли ванредна стања уопште треба узимати као посебну појаву када се испитује стање заштите људских права, поготову ако се има у виду њихова недовољно прецизна појмовна одређеност (*Исто*, стр. 180-181). На основу досадашњих искустава ипак се стиче утисак да тим недоумицама нема места. Недограђеност и незадовољавајућа успешност механизама заштите у овој области требало би да имају двоврсно значење. Треба их унапредити у целини. Ситуацијама које одступају од редовних, па властима пружају додатне поводе за учесталије злоупотребе, треба посветити додатну пажњу како би се неповољни учинци свели на неке разумније границе неизбежних ризика.

МИНИМАЛНА ПРАВИЛА О ЉУДСКИМ ПРАВИМА У ВАНРЕДНИМ ПРИЛИКАМА

У том правцу је можда већ учињен први значајан корак готово пре једне деценије. *Минимални стандарди норми о људским правима у ванредним стањима* (ILA's Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in State of Emergency), усвојени 1984. године представљају осетну допуну одредаба претходних међународних аката. Односе се на три групе суштинских питања: проглашавање, трајање и контрола ванредних прилика (Sek. A), власт у ванредним приликама и заштита појединаца: општа начела (Sek. B) и неопозива права и слободе (Sek. C).

Треба издвојити неколико од понуђених решења од значаја за деловање механизма остваривања и заштите људских права.

Тражи се да законодавна власт остане нетакнута, упркос ширењу овлашћења извршне власти. Законодавна власт мора да обезбеђује основна начела за "регулисање дискреционих права извршне власти". Полазећи од тога, настоји се да такође "прерогативи, имунитети и привилегије законодавне власти остану нетакнути". Додатни захтев за снажење надзорног механизма је давање гаранција за "независност судства и правне професије". Уставом морају да буду забрањени сви поступци којима се ограничава независност судства (опозив судија, промена структуре судова итд.). Овлашћења судова су: оцена уставности прописа о ванредним приликама, усаглашеност конкретних поступака власти са законом о ванредним приликама и спречавање повреда неопозивих права човека (Committee of the Enforcement of Human Rights Law. ILA: Report of Sixty-first Conference, 1984, Paris, pp. 64-65).

Што се тиче неопозивих права човека, *Минималним стандардима* су обухваћене гаранције за шеснаест права. Реч је о праву на легалитет личности, слободу од ропства и покорности, слободу од дискриминације. Два права су веома прецизно одређена: право на живот, укључујући изрицање и извршење смртне казне, и право на слободу са свим елементима око затварања и ограничавања кретања. Овоме треба додати и право на правично суђење. Тако се добија једна заокружена целина права која у ванредним приликама посебно долазе под удар самовоље и злоупотреба од стране власти. Најзад, неопозивим правима се сматрају: слобода мисли, савести и вере, забрана затварања дужника који нису способни да изврше своје уговорне обавезе, права мањина, права породице, право на име, права детета, право националности, учествовање у влади и право на правни лек (Committee of the Enforcement of Human Rights Law. ILA: Report of the Sixty-first Conference, 1984, Paris, pp. 71-93).

Тежиште је овде на правима која најчешће крше службе казненог прогона и чије су последице међу најтежима. Али нису занемарена ни статусна и својинска питања која данас, у процесима огромних промена у средњој Европи и на њеном истоку, добијају све више на значају и постају одлучујућа за разрешавање бројних проблема (24).

ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

У тражењу одговора на већину спорних питања квалитета заштите људских права у ванредним приликама на достигнутом степену развоја правног поретка међународне заједнице и његовог односа према националним порецима, вероватно треба имати у виду две околности. Једна је, да је у свету данас учињено много да се у пракси примењују механизми остваривања и заштите људских права у целини, пред-

(24) У некадашњој Југославији (СР Југославија, Хрватска, Словенија, ускоро и Македонија) овде ће бити веома тешких ситуација произашлих управо из дуготрајног ратног и ванредног стања (Тодић, 1991; Türk, 1989; Вајић, 1991). Слично ће се највероватније догодити и у некадашњем СССР-у. Још је неизвесно шта ће бити са Чешкословачком после поделе, с обзиром на чињеницу да у том циљу није коришћено насиље, нити су радикализовани спорови.

виђени не само међународним пактовима и регионалним актима него и свим другим документима усвајаним током непрекинутог процеса њихове надоградње, примерено променама општих услова. То је велика разлика у поређењу са шездесетим и седамдесетим годинама. Резултати нису изостали (Шаховић, 1989, стр. 680-681). И поред тога задржали су се немали недостаци. Националне власти немају увек исти однос према преузетим обавезама (*Општи коментари одредаба Међународног пакта о грађанским и политичким правима које је донео Комитет за људска права*, "Југословенска ревија за криминологију и кривично право", 27:31-51), нити је пракса преношења обавеза у домаћа законодавства пружања судске заштите уједначена (De Zayas, Möller и Opshal, 1989). Одступања не само да нису ретка, већ су и значајна (United Nations Training Course on International Norms and Standards in the Field of Human Rights. Procedings Moscow, 1989, 1990, pp. 31. New York: United Nations; Деган, 1989).

Бројни проблеми са ванредним стањима у односу на сам институт, његове садржаје и циљеве које власт жели да постигне, указују да ту постоје значајни раскораци између општих тежњи у заштити људских права и остваривању те заштите у условима ограничавања установа правне државе, незаобилазним за стања изузетне опасности, стварне или од власти наметнуте. Сама чињеница да у тим приликама долази до померања овлашћења од законодавне према извршној власти упозорава да злоупотребе постоје у значајној мери (Committee on the Enforcement of Human Rights Law. ILA: Report of Sixty-fourh Conference, 1990, Broadbeach, Queenslend, Australia, pp. 229-236). Томе посебно доприноси, како је и напоменуто, положај судства, које и тамо где ју је имало губи самосталност. А то значи да нестају средства било каквог унутрашњег развоја, тако да се онда отежава и спољни надзор. И још више од тога, нема претпоставки за стваралачку мисију правичности која овде може да буде и суштинска због недореченост у праву које се примењује. Проф. *Б.С. Марковић* вели: "Кад једног тренутка постојећи систем почне да смета, кад његова решења престану бити у складу са економским потребама или *моралним назорима* (курзив В.А.В.), или када се у њима појаве празнине, онда је правичност и носилац новог права. И што је једно законодавство старије, правичност ће тим интензивније испуњавати новим правом преживеле кодификације и тим већи задатак имати као инструмент еволуције" (1939/1991, стр. 278).

Због свега овога искуство са ванредним приликама, нарочито после 1989. године и у оквирима старе и богате европске цивилизације, опомиње да је систем успешне заштите људских права у тим условима још увек ближи утопији него стварности. Другим речима, међународна заједница, на свом путу у нова виђења демократије, овде има једну изузетну препреку. Да би је отклонила, мораће доста да се потруди око коренитих промена у себичним схватањима власти и њених овлашћења у складу са прокламованим стандардима правног поретка у светским размерама, чији су темељи управо људска права (Forsithe, 1989, pp. 189-228) и њихово поштовање.

ЛИТЕРАТУРА

БАСТА-ПОСАВЕЦ Л.(1991), *Напомене о односу владавине права и правне државе*. У: (ур. Д.Баста и Д.Милер), *Правна држава, порекло и будућност једне идеје*, Правни факултет и Немачки културни и иформативни центар, Београд, стр. 105-106.

ЧАВОШКИ К. (1991), *Природно право, владавина права и тирански закони*. У: (ур. Д. Баста и Д. Милер), *Правна држава, порекло и будућност једне идеје*, Правни факултет и Немачки културни и информативни центар, Београд, стр. 85-90.

ДЕГАН В. Ђ. (1989), *Појам и садржај "нарочито тешких кршења" права човјека*. Зборник Правног факултета у Загребу, 39:755-771.

ДЕНИНГЕР Е. (1991), *Границе и угрожавање правне државе*. У: (ур. Д. Баста и Д. Милер), *Правна држава, порекло и будућност једне идеје*, Правни факултет и Немачки културни и информативни центар, Београд, стр. 41-51.

De ZAYAS, A., MÖLLER J., OPSHAL T. (1989), *Примена Међународне конвенције (Пакта* - нап. В.А.В.) *о грађанским и политичким правима на основу Факултативног протокола од стране Комитета за људска права*, "Југословенска ревија за криминологију и кривично право", *27:111-154*.

ДИМИТРИЈЕВИЋ В. (1987), *Међународно заштићена људска права*, "Анали Правног факултета у Београду", 6:715 и даље.

ДИМИТРИЈЕВИЋ В. (1991), *Људска права, демократија, свет и Југославија*. Форум: "Човек и право", 1:28-33.

DONELLY J. (1989), *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca and London: Cornell University Press, pp. 109-124.

FORSYTHE D. (1989), *Human Rights and World Politics*. Second Edition, Revised. Lincoln and London: University of Nebraska Press.

ЈОВИЧИЋ М. (1984), *Велики уставни системи: елементи заједно упоредно уставно право*, ИРО "Светозар Марковић", Београд

МАРКОВИЋ Б.С. (1937), *Начела демократије*, Библиотека "Политика и друштво", Београд

МАРКОВИЋ Б.С. (1939/1991): *Правичност као извор права*. У: (уред. Д. Баста), *Преображаји идеје права*, стр. 274-282. (Првобитно: "Архив за правне и друштвене науке", XXXVIII:20-29), Правни факултет, Београд.

МАРКОВИЋ Б.С. (1991), *Деспотска, идеолошка и демократска држава*. У: (ур. Д. Баста и Д. Милер), *Правна држава, порекло и будућност једне идеје*, Правни факултет и Немачки културни и информативни центар, Београд, стр. 105-106.

ОБРАДОВИЋ К. (1990): *Права човека: овде и данас*, Форум: "Човек и право", 11-12: 3-4.

ПАЈВАНЧИЋ М. (1993), *Режим слобода и права грађана у ванредним приликама: Компаративни приступ; У: (ур. М. Поповић, Л. Клајн и А. Молнар), Ђорђе Тасић и права човека*. Нови Сад, Право ДОО, стр. 73-78.

РАТКОВИЋ Р. (1991), *Људска права у Југославији: стање и проблеми остваривања*, Форум: "Човек и право", 9-10:27-31.

REVEL J.F. (1992), *Le regain démocratique*, Fayard, Paris.

ШАХОВИЋ М. (1989), *Спровођење међународноправних обавеза СФРЈ у области права човека*, "Зборник Правног факултета у Загребу", 39:679-689.

ТОДИЋ Д. (1991), *Избеглице из Словеније и Хрватске у другим деловима Југославије*. Форум: "Човек и право", 11-12:49-54.

TÜRK D. (1989), *Нека актуелна питања остваривања економских, социјалних и културних права човека у светлу расправа у органима УН*, "Зборник Правног факултета у Загребу", 39:691-696.

ВАЛИЋ Н. (1991), *Прилагођавање југословенског правног поретка универзалним и европским конвенцијама о правима човека*, Форум: "Човек и право", 3-4:38-45.

(Примљено 12. април 1993)

Dr. Vladan A. Vasilijević,
Associate and President of the Council of the Fund for Humanitarian Law, Belgrade

HUMAN RIGHTS IN EMERGENCY SITUATIONS
(Road to an Utopia or a forthcoming reality?)

Summary

Special regime of protection of human rights in emergency situations, based on international treaties and other documents, is at present formulated as an entirety also in the Minimum standard norms on human rights in emergency situations, adopted at the 61st ILA Conference in Paris, in 1988. These rules are not applied consistently in the legislation and practice of various states. Rather frequently the obligations are also neglected regarding inalienable rights of man. As far as emergency situations are concerned the things are happening after the model of disregarding realisation and protection of human rights in general. Obligations undertaken are not incorporated into national legislation, while in practice there are many departures from the relevant international rules. This is why the state of affairs in the sphere of protection of human rights in emergency situations provokes great concern. International community is thus faced with the urgent task to request from its members the change of attitude in this matter, characterized by particular powers of the authorities. This activity is visible already in the practice of the UN Human Rights Committee, and of other institutions, so that their experiences should be extended elsewhere. If the word of democracy is the goal of everyone, the basic prerequisite for this should be an impartial and consistent approach to the matter of protection of human rights in all situations.

Key words: *Emergency situations. - International treaties. - Regional documents. - Protection standards. - International mechanism. - National mechanism.*

Vadan Vasilijević,
conseiller scientifique, président du Conseil du Fonds pour le droit humanitaire, Belgrade

LES DROITS DE L'HOMME DANS LES SITUATIONS D'URGENCE
(La voie vers une utopie ou bien une réalité proche)

Résumé

Le régime spécial de la protection des droits de l'homme dans les situations d'urgence, fondé sur les pacts internationaux et sur les autres documents a été formulé en ce moment comme une entité aussi dans les Standards minimaux des normes sur les droits de l'homme dans les situations d'urgence, adoptées à la 61ème Conférence de l'ILA de 1988 à Paris. Ces règles ne sont pas appliquées de manière conséquente dans la législation et dans la pratique de certains Etats. On néglige souvent aussi les obligations concernant les droits inaliénables de l'homme. En fait, dans les situations d'urgence, c'est-à-dire à propos d'elles, se reproduit ce qui se produit par ailleurs assez souvent sur le plan de la réalisation et de la protection des droits de l'homme en général. Les obligations assumées ne sont pas imbriquées dans les législations nationales, et dans la pratique, on le les respecte pas. C'est pourquoi la situation actuelle de la protection des droits de l'homme dans les situations

extraordinaires inquète sérieusement. De ce fait, la communauté internationale se trouve devant la tâche urgente d'exiger de ses membres qu'ils modifient leur rapport vis-à-vis de la protection des droits de l'homme dans les situations dans lesquelles les pouvoirs spéciaux des autorités sont appliqués. On s'est déjà engagé dans ce sens à travers la pratique du Comité des NU pour les droits de l'homme et celle des autres institutions, de sorte que ces expériences doivent être élargies. Si l'on aspire vraiment vers un monde de la démocratie, la principale supposition est alors justement une approche objective et conséquente de la protection des droits de l'homme dans toutes les situations.

Mots clé: *Les mesures d'urgence. - Les grands pacts. - Les documents régionaux. Les normes de protection. - Le mécanisme international. - Le mécanisme national.*

UDK - 341(497)11(091)
Изворни научни рад

др Владимир В. Водинелић,
ванредни професор Правног факултета у Београду

БЕОГРАДСКА ЦИВИЛИСТИКА И ЊЕНО ЕВРОПСКО ОКРУЖЕЊЕ
Школе и правци у првом веку српске цивилистике

Аутор уочава пет континуитета у првом веку српске цивилистике (крај четврте деценије XIX века - почетак пете деценије XX века): најзначајнији цивилисти били су увек професори београдског Правног факултета (1°); стално је био заступљен тип професора цивилисте широког спектра, активног на више цивилистичких поља (2°), посвећеног и општеправнотеоријским и правнофилозофским питањима (3°), делатног и у другим друштвеним наукама (4°), и у непрестаном контакту са правничким велесилама (5°).

Бавећи се нарочито последњим наведеним континуитетом (везом са средиштима европске правне мисли), аутор приказује стање цивилистике у Европи у том раздобљу (заступљене школе), а потом излаже природу везе између српске и европске цивилистике.

Кључне речи: *Школе у праву. - Цивилистика. - Српска. - Европска. - XIX и XX век.*

I. ПРВО СТОЛЕЋЕ СРПСКЕ ЦИВИЛИСТИКЕ: КРАЈ ЧЕТВРТЕ ДЕЦЕНИЈЕ XIX ВЕКА - ПОЧЕТАК ПЕТЕ ДЕЦЕНИЈЕ XX ВЕКА

1. Први Србин који се у цивилистици огледао тиме што је иза себе оставио једно заокружено цивилистичко дело био је Глигорије Глиша Трлајић (1766-1811). Као професор права у Санкт Петерсбургу саставио је 1810. *Краткое руководство на систем познанију гражданскаго частнаго права Росии* (са опширним уводом о енциклопедији и историји права). Трлајић јесте био први у цивилистици, али не у српској: његово дело припада руској цивилистици - посвећено је руском грађанском праву, а и утицај је вршило тамо, а не овде, у Србији (1).

2. Први који је у Србији написао заокружено излагање о приватном праву био је Јован Филиповић (1819-1876). Година 1839, када је из

(1) "Одески професор В. И. Григорович вели да са Трлајићевим именом почиње историја науке о руском грађанском праву, а на овом делу нашега Србина хвали строги научни метод", Г. Трлајић, *Скупљени списи*, Панчево, s.a., стр. 6.

Војводине прешао у Београд и објавио своју *Философију права*, а у њој највећи део посветио приватном праву (2), представља тако прву годину првог столећа српске цивилистике.

3. Јован Стерија Поповић (1806-1856), први овдашњи професор права, написао је уједно прве странице о цивилу у (пред)историји Правног факултета у Београду, тада Лицеја у Крагујевцу. У првом делу свог *Природног права* (предавања у Лицеју у Крагујевцу) из 1840. говорио је о приватном праву (3). У рукопису је оставио и недовршену студију *О грађанском праву* (4).

4. Прво овдашње наскроз цивилистичко остварење појавило се 1850-1851: *Објаснење Грађанског законика за Књажество србско* Димитрија Матића (1821-1884) (5). Цивилистика у Србији, зачета на Филиповићевим правнофилозофским страницама, сада је била рођена у виду 1291 странице догматике грађанског права.

II. ЧЕТИРИ КОНТИНУИТЕТА У ПРВОМ СТОЛЕЋУ СРПСКЕ ЦИВИЛИСТИКЕ

1. У првом веку српске цивилистике београдски Правни факултет, који је вршњак и саме цивилистике, био је дуго једини (6) али је и потом све време остао главни институционални оквир грађанскоправне науке у Србији. Његови професори били су најзначнији цивилисти свег тог периода.

2. Тип универзалног, енциклопедијског правног професора који, под диктатом наставних потреба, покрива готово целокупну област права, њен највећи део или низ дисциплина, представља природну појаву самог почетка. Али, довољно је прегледати наставне и научне биографије па уочити да је и касније - пошто се повећао број професора и постала могућа разуђенија подела научног и наставног рада - све време био заступљен тип професора цивилисте чије подручје интересовања није сведено само на једну парцелу цивилистике (нпр., само на стварно право, породично итд.) него се и наставно и научно креће по више цивилистичких подручја. Изразитији примери су: Димитрије Матић (7), Никола Крстић (1829-1902) (8), Андра Ђорђевић (1854-1914) (9), Живојин Перић (1868-1953) (10), Лазар Марковић (1882-1955) (11).

---

(2) "Философија права општег приватног" изложена је на стр. 52-132, а у другом издању из 1863 (које садржи и јавно право) - на стр. 123-230.

(3) Рад је подељен на три дела: *Увод*, Први део - *Природно право приватно*, и Други део - *Природно право јавно*.

(4) "После смрти његове, остали су многи рукописи... године 1877. предати Матици српској, у Новом Саду", међу којима под бр. 19. "О грађанском праву (непотпуно)", М. Ђ. Милићевић, *Поменик знаменитих људи у српскога народа новијега доба*, Београд, 1888, стр. 566.

(5) *Објаснење Грађанског законика за Књажество србско*, Београд, I, 1850, II,1, II,2 и III, 1851.

(6) Године 1920. придружиће му се Правни факултет у Суботици.

3. Највећи део цивилистике тога периода заузима, природно, догматика грађанског права (забављеност научника позитивноправним проблемима грађанског права). Али су цивилисти готово стално обрађивали, у вези са грађанским правом, и основна правнотеоријска и правнофилозофска питања. Неки цивилисти чак су се поглавито бавили тиме, а међу њима је и Божидар С. Марковић (1903) (12), јубилар којем је посвећен овај број "Анала" и који не само да је саставни део повести о којој је реч, него је умногоме допринео упознавању те повести (13). Такав однос интересовања најизраженији је у корист општетеоријских питања код Живана Спасојевића (1876-1938) (14), иначе јубиларевог правног учитеља. И остали најзначајнији цивилисти поменутог раздобља такође су професори што су, осим грађанскоправне догматике - како се некад говорило - обделавали и опште правнотеоријске или правнофилозофске теме: Димитрије Матић (15), Гига Гершић (1842-1918) (16), Андра Ђорђевић (17), Живојин Перић (18), Лазар Марковић (19).

4. Такође је у целом периоду непрестано бивало професора цивилиста који нису остајали ни само у границама правне науке већ су се бавили и другим друштвеним наукама: теоријом државе, политичком теоријом, социологијом. Изразити примери такве теоријске ширине су Димитрије Матић (20), Живојин Перић (21), Божидар С. Марковић (22).

---

(7) Коментарисао је целокупан СГЗ (*op. cit.* у прим. 5).

(8) Уп.: Ж. М. Перић, *Расправе др Николе Крстића из позитивнога права*, у: *Др Никола Крстић - Споменица*, Београд, 1908, стр. 188. и д.

(9) Највеће дело: *Систем приватнога (грађанскога) права Краљевине Србије (у вези с међународним приватним правом)*, I, II, IV, Београд, 1893. и д.

(10) В. библиографију у "Архиву за правне и друштвене науке", 1-2, 1938, стр. 245. и д.

(11) Најобимније дело: *Грађанско право* (Општи део и Стварно право, Породично, Наследно), I, II, III, Београд, 1912. и д.

(12) В. библиографију у овом броју "Анала".

(13) Нпр. својим радовима: *Димитрије Матић - лик једног правника*, Београд, 1977, *Димитрије Матић*, у: *Класици југословенског права*, 2, Београд, 1987, стр. 1. и д., уводом, поговором и припремом за штампу у кондензованом облику, на основу 2.200 ауторових страница, књиге Ж. Спасојевић, *Нацрт једне опште теорије права*, Београд, 1989, *Философија права Лазара Марковића*, "Зборник за теорију права САНУ", IV, 1990, стр. 291. и д.

(14) Посвећена су им и два његова главна дела: *L'analogie et l'interpretation (Contribution à l'étude des méthodes en droit privé)*, Paris, 1911, *Нацрт једне опште теорије права*, Београд, 1989.

(15) В. библиографију Матићевих радова код Б. (С.) Марковић, *Димитрије Матић - лик једног правника*, Београд, 1977, стр. 109. и д.

(16) Нарочито у: *Енциклопедија права*, Београд, 1908 (1919) (предавања од 1894. и д.).

(17) Највише у I књизи *Система* (цит. у прим. 9), с. 1. и д., 71. и д, 89. и д.

(18) В. библиографију (цит. у прим. 10).

(19) В. поготово: *О еволуционизму у праву*, "Архив за правне и друштвене науке," 5, 1909, стр. 416. и д., *Грађанско право, I, Општи део и Стварно право*, Београд, 1912, стр. 6. и д., 34. и д., *Царство права (Критички оглед о положају права у људској култури)*, в. Б. С. Марковић, *Философија права Лазара Марковића* (цит. у прим. 13), стр. 291. и д.

(20) Као у прим. 15.

(21) Као у прим. 10.

(22) Као у прим. 12.

III. ПЕТИ КОНТИНУИТЕТ: СТАЛНА ВЕЗА СА ПРАВНИЧКИМ ВЕЛЕСИЛАМА

Ако је с почетка - због недовољног кадровског потенцијала - ширина захвата цивилиста (бављење на више цивилистичких поља, обрада и општетеоријских и правнофилозофских проблема, бављење и ванправним дисциплинама) била нужност, та ширина је касније, након кадровског екипирања, могла постати и била је врлина. Нажалост, осим првог наведеног, ниједан од осталих континуитета из првог века српске цивилистике није настављен после Другог рата: колико су до тада уобичајена појава били професори цивилисти, активни на низу цивилистичких парцела, са негованим осећајем за општу правну теорију и правну филозофију, делатни и у ванправним дисциплинама (23), толико се потом правило преобратило у изузетак.

Један даљи (пети) континуитет, у првом веку српске цивилистике, започет већ са њеним конституисањем: блиска повезаност са средиштима европске цивилистичке мисли, такође се није сачувао после Другог рата у истој, раније постојећој мери.

а. Слика европског цивилистичког окружења 1839-1941.

1. *Општи поглед.* - У књигу цивилистичке историје Европе Србија се уписала готово истовремено у све три рубрике: малтене да у исти час падају рођење високошколске правне наставе, грађанскоправне науке и грађанског законика. Свет у који се укључила већ је био свет састављен од међусобно различитих националних високошколских правних система, националних грађанских кодификација и националних цивилистика. Већ тада није више постојало ни заједничко грађанско право Европе (*ius commune*), засновано на обрадом измењеном реципираном римском праву, ни заједнички европски профил високошколског цивилистичког образовања, утемељен на *ius commune*, ни заједничка европска цивилистичка наука као наука *ius communea*. Све је то минуло током XVIII и у првој половини XIX века. Границе држава већ су тада важиле уједно као границе грађанског права (баварска кодификација 1756, пруска 1794, француска 1804, аустријска, 1811, сицилијанска 1819, пармска 1820, 1834, бернска 1824, холандска 1830, 1838, пијемонтска 1837. и др.), као границе грађанскоправне наставе, оријентисане на домаћу кодификацију (24), и као границе грађанскоправне науке, окренуте својој кодификацији (инострани уџбеници, коментари итд. постали су страни и неупотребљиви - из њих се више није могло

(23) Примери истог реда међу суботичким професорима тог периода су Чедомир Марковић и Борислав Т. Благојевић. - Две последње наведене карактеристике не могу се запазити као правило код загребачких професора из посматраног доба.

(24) В. за Француску J. Bonnecase, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, t. I, Bordeaux, 1933, стр. 233. и д., за Аустрију *H. Lentze, Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein*, Wien , 1962. Изузетак је неко време била Пруска: *Savigny*, којем је *Humboldt* поверио конципирање берлинског факултетског студија (1810), узео је за основ опште право а не ALR.

сазнати шта је право) (25). Дакле, у времену када београдска цивилистика ступа на историјску сцену, цивилистике су се већ биле развиле као националне.

Оно што је постепено ступало на место прећашњег европског цивилистичког заједништва биле су неке нове интеграције (26), али на нижем нивоу, другачијег обима и слабијег интензитета: из неколико центара шири се утицај на низ других земаља, па се уместо једног великог заједничког цивилистичког круга постепено помаља неколико мањих. Два главна таква центра постали су Француска и Немачка које су утицале својим цивилистикама на бројне друге, док је Аустрија располагала мањом количином центрипеталне силе, а неко време (педесете до осамдесетих година XIX века) била је и сама увучена у сферу немачког утицаја. Српска цивилистика развијала се под дејствима све три.

Што се тиче ставова, током XIX века, Европом доминирају две школе: егзегетика и пандектистика. Егзегетска школа почела се у Аустрији образовати осамдесетих година XVIII века са тзв. делимичном кодификацијом, да би потпуно завладала по доношењу ABGB-а (1811), у Француској такође у следству CC-а (1804), а потом и другде на трагу његовог ширења (Белгија, италијанске државе, Шпанија, Холандија и др.). Пандектистика је започела победоносни поход у Немачкој са XIX веком, а средином века прешла и њене границе, не само у правцу непосредних суседа (Аустрија, Италија, Пољска, Чешка, Словачка, немачки кантони Швајцарске, Скандинавија, Енглеска и др.), успевши да понегде потисне и егзегетску школу (нпр. у Аустрији и разним деловима Италије). Јуснатурализам, који се у XIX веку у Европи повукао у други план пред егзегетиком, одн. пандектистиком, представљао је у Србији XIX века прву главну тенденцију, а следећа је била пандектистика, тачније историјска правна школа.

У последњој трећини и пред крај XIX века отпочиње једна другачија традиција у Немачкој (циљна јуриспруденција) и Француској (школа слободног научног истраживања права), скупним називом означена и као социолошка школа. Господариће првом половином XX века, обогаћена новим варијантама (у Аустрији и Немачкој социолошки фундираном школом слободног права, у Немачкој - интересном јуриспруденцијом и јуриспруденцијом вредновања). Биће и у Србији тог

---

(25) О облицима ранијег заједништва у науци в. прегледно H. Coing, *Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft*, Wiesbaden, 1968, стр. 1. и д., 15. и д., исти, *Gemeines Recht und Gemeinschaftsrecht in Europa*, у: "Probleme des europäischen Rechts (Festschrift für W. Hallstein)", Frankfurt a.M., 1966, стр. 116. и д., исти, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München, 1985, стр. 39, Bd. II, 19. Jahrhundert, München, 1989, стр. 24. и д.

(26) Преглед ситуације цивилистике у XIX веку, в. код H. Coing, *Die Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert in Europa*, Opladen, 1991, стр. 7. и д., исти, *op. cit.* (у прим. 25), Bd. II, стр. 24. и д., исти, *Ius commune, nationale Kodifikation und internationale Abkommen: drei historische Formen der Rechtsvereinheitlichung*, у: *"Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione"*, t. I, Milano, 1979, стр. 183. и д.

раздобља најзаступљенија међу општеправнотеоријски опредељеним професорима цивилистима.

Свеукупно, у европским средиштима цивилистике опробале су се у посматраном добу следеће главне школе: јуснатурализам - школа егзегезе - законски позитивизам - пандектистика - историјска правна школа - појмовна јуриспруденција - марксизам - циљна јуриспруденција - слободно научно истраживање права - покрет слободног права - интересна јуриспруденција - јуриспруденција вредновања (27). Сви ти идејни токови осетили су се у првом столећу српске цивилистике и на овдашњим просторима.

Свака од три водеће националне цивилистике Европе прошла је у том периоду другачији развојни пут. И Србија је имала свој редослед потеза.

2. *Француска.* - Деветнаести век најмирније је протекао у Француској - неприкосновено је господарила школа егзегезе са идејама законског позитивизма: свет права свођен је на законик; он је једини извор права; наука и настава схватане су као крајње скрупулозна његова репродукција; пропагира се строга везаност законом, да је слово закона најпре̂че, потреба да се закон разуме и тумачи из њега самог, као и задатак да се следи воља историјског законодавца (субјективно тумачење); празнине се не признају; дела се систематизују сходно закону (тзв. легални поредак), излагањем члан по члан или по законским главама и одељцима; испољава се крајња суздржаност у погледу правнополитичких предлога. Мада сва у једном основном тону, школа је ипак прошла кроз три неједнаке етапе (28), из којих су излазила све значајнија дела. На раздобље конституисања школе и изразите фасцинације великим законодавним делом, у коме се издвајају имена *Delvincourta, Merlina, Malevillea, Proudhona, Toulliera* и које се завршава крајем двадесетих година, надовезала се класична фаза у којој школа достиже зенит настанком великим коментаторских дела *Durantona, Troplonga, Aubry* и *Raua, Marcadéa, Demolombea,* а међу њима појавом средином века најзначајнијег дела – оног *Aubry* и *Raua* – првог дела које не следи легални поредак већ има од законика осамостаљену систематику а придаје важност историјском разумевању (29). Треће доба школе, започето осамдесетих година - мада из њега потиче најобимније систематско

(27) Упућивања о тим школама код В. В. Водинелић, *Грађанско право - уводне теме*, Београд, 1991, стр. 125 и д.

(28) У приказивању развоја школе прихваћена је углавном периодизација E. Gaudemet, *L'interpretation du Code civil en France depuis 1804 (Conférences)*, Bâle-Paris, 1935, стр. 6. и д. В. и J. Bonnecase, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris, 1919, Ђ. Тасић, *Француска правна мисао од 1804. до 1880 (Школа егзегезе и њени представници; претече "научне" школе)*, "Архив за правне и друштвене науке", 5/1933, стр. 353 и д., исти, *Француска правна мисао од 1880 до данас (Научна школа и њени претставници)*, "Архив за правне и друштвене науке", 6/1933, стр. 456 и.д, W. Fikentscher, *Methoden des Rechts (in vergleichender Darstellung)*, Bd. I, Frühe und religiöse Rechte. Romanischer Rechtskreis, Tübingen, 1975, стр. 431. и д.

(29) Индивидуална црта у техници егзегезе одликује и остале, нпр. тзв. чисто субјективна егзегеза *Troplonga*, тзв. догматска - *Demolombea*

дело уопште (*Baudry-Lacantineriea* и групе аутора), обележено је значајним ауторима који нису писци великих коментаторских система: *Beudant, Bufnoir, Labbé* - размекшало је премисе школе, чују се чак и гласови да закон није једини извор права, и даље се гаји систематски метод *Aubry* и *Rau*, историјска димензија још више јача, наглашено се води рачуна о потребама праксе (коментари судских одлука афирмишу се као литерарни род).

Упоређени са постојаном компактношћу школе егзегезе, уистину солитерно делују у Француској XIX века другачија опредељења, попут придавања (у написима у *Jourdanовом* часопису "La Thémis" у трећој деценији) правнотворачке улоге судској пракси, залагања (*Klimratha* у четвртој деценији) да се, слободно од кодификације, упражњава историјски и систематски прилаз праву, или попут правнополитичких критика законика (*Rossijевих* средином века). Све што је три четвртине века било тек изузетак, умножава се у његовим последњим деценијама и постепено уобличава у једну другачију концепцију права. Тако *Saleilles* припада школи егзегезе ставом да је закон једини извор права, али је претеча долазеће нове школе инсистирањем на томе да правник има да тумачи закон сходно друштвеним условима а не да трага за вољом историјског законодавца.

Уочи саме прекретнице векова - што је целој ствари дало и димензију симболике - *Gény* ће (године 1899) (30) беспоштедно критиковати поставке егзегетске школе, учећи са своје стране да се право не исцрпљује у закону, да закон нема све одговоре на правна питања, да је и обичајно право (али не и судска пракса и наука) извор права, да се искључиво логичким путем - не само због постојања правних празнина - закон не може применити у свим случајевима, већ је потребно слободно научно истраживање којим се закон прилагођава промењеним условима друштвеног живота. Наука - поручиваће потом (од 1914) (31) - има с једне стране (*technique*) да се бави правним конструкцијама (*construits*), а с друге стране (*science*) да спозна и уважи датости које су за право одређујуће (*données*) - реалне (као нпр. људску природу, социјалне услове, економске), историјске (претходни развој права), рационалне (постулате ума о правилима која одговарају људској природи и развоју права) и идеалне (поглед на свет, идеолошке и друге ставове опште природе). Право није резултат самог људског ума него људски дух на основу свих тих датости ствара право, па се оне морају узети у обзир да би се право могло разумети.

Gényjево учење о слободном научном истраживању намах је нашло следбенике, одсечно прекинувши живот школи егзегезе, а биће готово општеприхваћено и у целој првој половини XX века. Своје најбоље представнике имаће у делима *Planiola, Colina, Capitanta, Riperta*, док су опозициона становишта (макар и парцијална) доиста ретка (нпр.

(30) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif (Essai critique)*, t. 1, 2, Paris, 1899 (2. изд. 1919, репринт 1954).

(31) *Science et technique en droit privé positif (Nouvelle contribution a la critique de la méthode juridique)*, part 1-4, Paris-Nancy, 1914-1927 (репринт 1954).

Lebrun и *Savatier*, за разлику од *Gényja*, судску праксу сматрају изворoм права).

Јуснатуралистичка традиција, која је у Француској била дубоко укорењена пре XIX века, сачувала се све посматрано време, али са измењеним функцијама. У школи егзегезе природно право више није мерило за просуђивање позитивног права него се држи да се оно остварило у законику, док се код *Gényja* јавља као социолошко природно право. Никада у Француској јуснатурализам није имао такве противнике какви су му у Немачкој били *Savigny* почетком XIX века а *Bergbohm* крајем, или аустријски пандектисти средином века.

3. *Немачка.* - Током XIX и у првој половини XX века Немачка је била родно место највећег броја школа (32). Ипак, ни у XVIII ни у XIX веку, па чак ни на подручјима где су се појавиле кодификације (Баварска, Пруска, Рајнска, Баден), није никла школа егзегезе (33) нити је високошколско цивилистичко образовање било центрирано око кодификација. Настава је била заснована на савременом римском приватном праву, док је кодификација представљала тек један од наставних предмета, а пандектна правна наука настојала је током целог XIX века да на темељу римског права изгради систем грађанског права, запостављајући при том домаће (германско и ново) право, о коме се старало германистичко крило историјске правне школе, пре свих *Eichhorn, Beseler, Reyscher*. Историјска правна школа, *Savignyjем* предвођена пре свега у својој пандектистичкој варијанти, већ је почетком XIX века потиснула јуснатурализам, формулишући своја полазишта у опреци према њему. Јуснатуралистичких дела било је ипак непрестано током XIX века, да би идеје о праву које проистиче из људске природе, ума и сл. при крају века биле још једном изложене жестокој критици табора законског позитивизма, који као право није прихватао ништа ван законских норми, законодавчевих наредби и забрана (нико као *Bergbohm*).

Историјска правна школа, класично формулисана у делима *Savignyja*, право је видела као еманацију народног духа сваког конкретног народа и зато као разумљиво једино уз познавање његовог историјског развитка; сматрала је једино исправним да се оно спонтано развија, па се противила кодификовању. Иначе, у оквиру историјске правне школе могу се разликовати рана фаза, започета још крајем XVIII века са *Hugoовим* погледима, она класична, у знаку *Savignyja*, и позница фаза у којој германисти од четрдесетих година исказују своју несклоност према римском и општем праву.

У крилу пандектистике однегована је и појмовна јуриспруденција, тако што је поготово *Puchta* једнострано развијао из *Savignyjевог* учења компоненту система а на уштрб историјске компоненте. Средином XIX века *Jhering* јој је дао најчистији облик: из норми се може

(32) Кратак преглед стања у тамошњој науци у XIX веку, код H. Coing, *Die Privatrechtswissenschaft* (цит. у прим. 26), стр. 11. и д., исти, *Europäisches Privatrecht* (цит. у прим. 25), Bd. II, стр. 39. и д.

(33) Чак се и немачки обрађивачи СС-а, важећег на левој обали Рајне (најзначајнији су *K. S. Zachariae* и *K. Crome*), разликују од француске егзегетике.

конструисати систем правних установа, општих појмова и начела, а из њих се логичким операцијама, нарочито супсумирањем под појмове, дају правилно решити сви правни проблеми. Ни празнине, у ствари, не постоје него се проблем решава применом општих правних појмова. Постоји један ограничени број основних правних појмова, а право се у дотадашњој историји већ толико развило да је правна наука већ у стању да из њега изведе све такве појмове.

У једном од најспектакуларнијих обрта који се догодио у једној личности, *Jhering* се шездесетих година обрушио на појмовну јуриспруденцију и засновао социолошки поглед циљне јуриспруденције, поставивши циљ и интересе као средишне и одлучујуће факторе у праву и његовом разумевању. Право служи одређеном циљу, промоцији одређених интереса, те се циљ мора узети у обзир да би се право ваљано разумело (34).

Позни пандектисти последње трећине XIX века припремиће немачку кодификацију под неприкосновеним вођством *Windscheida* (35), а без *Jheringовог* учешћа. Појава законика (1896), упркос серији егзегетичких радова који су уследили, није уродила егзегетиком као школом, и ипак није обезличила цивилистичку сцену. У то време су, напротив, рођене чак две нове школе (обе с позитивним ставом према *Jheringy*): покрет слободног права и интересна јуриспруденција. Прва - у Немачкој оличена у *Kantorowiczy* и *Fuchsy* - представљала је реакцију на законски позитивизам и појмовну јуриспруденцију. Уместо закона као алфе и омеге права и омнипотентности логичких операција, њене категорије су: друштвено право као резервоар из кога правници црпу правила законског права; обавезност, већ отуда, да правник познаје друштвене прилике; законске празнине стичу право грађанства, а при њиховом попуњавању није од користи логика већ социолошки поступак, као и правни осећај судије - категорија која је стално заступљена у правничком послу; непокорност закону ако у време примене он, због промењених социјалних услова, не би био донет са истом садржином. Друга школа - у чијој су првој линији *Heck, Müller-Erzbach, Rümelin, Stoll* - приказиваће право као резултанту деловања разноврсних, често сукобљених интереса; од судије ће тражити да реконструише законодавчево разрешење тог сукоба, а не да се слепо држи слова закона, а у случају правне празнине да, вођен својим правним осећајем, поступа онако како

(34) Учење је најзаокруженије изложио у делу *Zweck im Recht*, Bd. I, II, Leipzig, 1877, 1883, а уобличавао га је од шездесетих година у низу радова, од којих је пет кључних. О томе в. W. Fikentscher, *op. cit.* (у прим. 28), Bd. III, Mitteleuropäischer Rechtskreis, Tübingen, 1976, стр. 226, 236. и д., 238. О практичном правном проблему, који је крајем педесетих година код *Jheringa* подстакао кризу која ће довести до методолошког заокрета, в. O. Behrends, *Rudolph von Jhering (1818-1892) (Der Durchbruch zum Zweck des Rechts)*, у: G. Hamza (Red.), Studien zum römischen Recht in Europa, Budapest, 1992, стр. 73, 78. и д. - О битним заједничким елементима *Jheringовог* и *Gényjевог* учења, в. W. Fikentscher, *ibid*, Bd. III, стр. 238, Bd. I, 487, а о разликама Bd. I, стр. 485. и д.

(35) Овом аутору, чији је уџбеник Пандектног права називан *Glossa ordinaria* XIX века, придаван је толики значај да се BGB означавао као *"der kleine Windscheid"* (алузија на *"klein Struv"*, најуспешнији цивилистички уџбеник (из 1670), који је био у употреби два пуна века).

би законодавац у датом случају поступио. Интересна јуриспруденција ће наставити своју егзистенцију у виду вредносне јуриспруденције - наглашавања улоге вредности, моралних и др. у одмеравању интереса при решавању правних проблема - која је и данас у пуној снази.

Од знаменитих појединаца из XIX и XX века који својим погледима на право ипак нису у Немачкој створили школу, издвајају се *Marx*, чији ће погледи на право доцније утицати на цивилисте ван Немачке, и *Kohler* (1849-1919), сматран најзначајнијим правником свога доба (36). Он сматра да право, засновано у човековој друштвеној природи, јесте културна појава и услов културе, значајан инструмент у еволуционом процесу остваривања циља историје: потпуне културе као савршеног човечанства.

4. *Аустрија*. - Егзегетски правац узео је маха већ са тзв. делимичном кодификацијом (законским регулисањем статусног, породичног и наследног права 1786) (37) а завладао по доношењу законика 1811. године. Ни аустријска егзегетика није била непомирљива према јуснатурализму: и најзначајнија имена повезана са кодификацијом - *Zeiller, Pratobevera, Scheidlein* - остала су верна јуснатуралистичким гледањима, а и доцније се одржала јуснатуралистичка продукција, као и факултетски предмет, мада је одмах по кодификовању законик постао стуб цивилистичке наставе. Главна етапа егзегетске школе траје од двадесетих година XIX века до његове средине, обележена низом коментара - *Schuster, Nippel, Winiwarter, Ellinger*.

Критиковану повремено и пре тога, егзегетику ће крајем педесетих година грубо одгурнути новостасала аустријска пандектистика, потпомогнута у томе, и чак инспирисана школско-научном политиком просветних власти, и несклона, као и ова, јуснатурализму. Октроисану нову научну и образовну правничку оријентацију реализоваће - под вођством *Ungera* - пре свега нова генерација професора - *Exner, Randa, Pfaff, Hofmann* - и поједини практичари као *Hasenöhrl*. Опште (пандектно) право је у њиховим очима прекрило законик: овај је посматран кроз решења општег права.

---

(36) Називан је легендарним и генијалним, в. G. Spendel, *Joseph Kohler (Bild eines Universaljuristen)*, Heidelbeg, 1983, стр. 3. Његова библиографија броји 2482 рада, од којих 2144 правна.

(37) О развоју цивилистике у Аустрији, в.: J. Unger, *Über den Entwicklungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, у: исти, System des österreichischen allgemeinen, Privatrechts, I. Bd., Leipzig, 1892, стр. 635. и д., J. Schey у: H. Klang (Hrsg), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. I/1, Wien, 1933, стр. 21. и д., W. Ogris, *Der Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert*, Berlin, 1968, исти, *Die historische Schule der österreichischen Zivilistik*, у: "Festschirft für H. Lentze", Innsbruck-München, 1969, стр. 449. и д., H. Lentze, *Die Eingliederung der österreichischen Zivilrechtswissenschaft in die deutsche Pandektenwissenschaft*, у: A. Csizmadia - K. Kovács (Hrsg), Die Entwicklung des Zivilrechts im Mitteleuropa (1848-1944), Budapest, 1970, стр. 59. и д., W. Brauneder, *Der historische Charakter des österreichischen ABGB und seine Weiterentwicklung* 1812-1987, у: G. Hamza (Red.), op. cit. (у прим. 34), стр. 169. и д., 172. и д., 207. и д.

Осамдесетих година отпочиње доба дистанцирања, чак и самог *Ungera*, од претераности пандектистичког отуђивања од домаћег права, с позивом за повратак националном законику и његовим изворима. Томе је допринело и публиковање препараторних радова, па је ABGB сада читан првенствено полазећи од њих и воље историјског законодавца и услова из времена његовог настанка.

Почетком XX века Аустрија ће учествовати у конституисању покрета слободног права једним од његових отаца - *Ehrlichom. Ehrlich*, уједно један од утемељивача правне социологије, и још неколико аутора (*Kornfeld, Wurzel, Ehrenzweig*) инсистираће на томе да се право схвата полазећи од друштвених услова, будући да оно и није друго до израз тих услова, променљив као и они што су.

Menger и *Renner* представљају највише домете аустријског марксизма у завршници XIX и првој половини XX века.

Поход законског позитивизма у виду *Kelsenове* чисте теорије права, започет у другој деценији овог века, оставиће трага и у аустријској цивилистици (нпр., код *Wolffa*).

Идеје донекле сродне интересној и вреднујућој јуриспруденцији садржи концепција динамичког покретног система, чије уобличавање је *Wilburg* започео тридесетих година.

б. Природа везе

1. Међу старијим сестрама српске цивилистике, те три најутицајније - немачка, француска и аустријска - биле су и београдским цивилистима главна изворишта инспирације. Утицале су како на овдашњу грађанскоправну догматику, тако и на општетеоријске и методолошке ставове цивилиста. Код сваког од овдашњих цивилиста забављених и општетеоријским и методолошким питањима, уочљива је претежна веза са неком од водећих цивилистика: "француска веза", "немачка веза", "аустријска" (38). Немачки утицај доминира у XIX веку, а видан је код Ј. С. Поповића, Ј. Стефановића, Д. Матића, Г. Гершића, А. Ђорђевића, Л. Марковића, а аустријски, код Г. Гершића и А. Ђорђевића. Француски утицај доћи ће до изражаја касније и преовладавати у XX веку, а у првом плану је код Г. Гершића (у доцнијој фази), Ж. Перића, Ж. Спасојевића, Б. С. Марковића.

2. Као и у Европи, и у Србији је XIX век био у знаку двеју школа. Само, док су у Европи то биле егзегетика и пандектистика, овде су то јуснатурализам и историјска правна школа. Српски грађански законик није уродио типичном пратећом појавом кодификовања: није загосподарила централна идеја егзегетске школе и са њом осиромашена правна наука сведена на једноставне премисе, незаинтересована за историју и филозофска промишљања, а није уследило ни затварање у сопствене духовне границе и самоизолација спрам иностране правне мисли. Пре

(38) Исте смерове показивала је и овдашња преводилачка активност, као и (назовимо их тако) чланци-прикази, радови писани по иностраним делима.

свега из ових разлога у Србији није поновљена таква посткодификацијска духовна осека Француске и Аустрије: овдашња кодификација није изазвала егзалтацију већ је дочекана и критичким тоновима (39); она чак већим својим делом није била домаћа творевина већ интелектуални импорт (из Аустрије и Француске), што је интерес за иностране правну мисао пре могло да подстакне него да сузбије; правна наука, тек рођена и без традиције која би јој дала идентитет и сигурност, није се имала у шта зачаурити да се затварала у себе; младе цивилистичке снаге у великом броју су образоване на страни (испрва у Немачкој), где су се упознавали са великим мисаоним системима несумњиве фасцинације. Тако се и у сусрету са кодификацијом, дакле - на коментаторском послу, ни први овдашњи коментатор - Д. Матић не уклапа својим поступком у егзегетски лик: "скоро при свакој глави Законика... изложио сам како је о томе у римском праву", "обраћао сам позор и на то, како законици други важни европски 'држава' у томе опредељевају, било да се са нашим Закоником слажу, било да другачије наређују". Избор литературе којом се поглавито служио такође сведочи о удаљености од егзегетске ускости: осим француских и аустријских коментара и уџбеника из егзегетске фазе, ту је - као посебно истакнут - и *Zeiller*, јуснатуралиста по правнофилозофском опредељењу, познавалац реципираног римског права и компаративиста, чије је дело он ставио у први план. Његову романистичку црту наглашава коришћење дела немачке пандектистике и историјске правне школе, који у његовом коментару надсвођују тумачене одредбе домаће кодификације, осим када се ради о оном "што је нашем народу својствено", у ком случају се држао "собственог правца и ...мисли" (40).

До осамдесетих година преовлађивали су тонови јуснатурализма (Ј. Филиповић, Ј. С. Поповић, Д. Матић, Н. Крстић), а они историјске правне школе у времену до краја века (Д. Матић, Рајко Лешјанин /1826-1872/, Г. Гершић, А. Ђорђевић).

Све утицајније европске правне школе нашле су у првом веку српске цивилистике присталице међу београдским цивилистима (41). Због свеукупно малог броја овдашњих цивилиста који су се огледали и у основним правнотеоријским и методолошким питањима, већина тих школа биле су овде само правци мишљења појединих цивилиста, неколицине или тек једнога, а не школе у смислу знатног броја једнако (одн. у основи једнако) мислећих, ангажованих у промоцији истих главних поставки, њиховој одбрани и критици другачијих. Уз јуснатурализам и историјску правну школу, таквој представи школе још се највише приближава линија која повезује Г. Гершића (у познијој фази), Ж.

(39) Уп. пре свега П. Шероглић, *Преглед Законика Грађанског за Књажество Србију (25. марта 1844 обнародованог)*, "Бачка вила", 4, 1845, стр. 114. и д., исти, *Реплика на одговор господина Милоша Светића у Утуку III. Језикословноме, или Преглед II. Законика Грађанског за Србију*, Нови Сад, 1847. Које је Шероглићеве критике подржао Д. Матић, прегледно наводи Б. С. Марковић, *op. cit.* (у прим. 15), на стр. 61.

(40) Уп. Д. Матић, *Објашњење* (цит. у прим. 5), I, стр. IV и д.

(41) Не може се исто рећи за загребачке професоре цивилисте тог раздобља.

Спасојевића и Б. С. Марковића (придружујући им Ђорђа Тасића /1892-1943/, који се огледао и у цивилистици), а која би се недовољно прецизно и поједностављујући назвала социолошка школа у традицији *Jheringa, Gényja* и интересне јуриспруденције.

Егзегетичка усмереност А. Ђорђевића има исходиште, не у опчињености српском кодификацијом већ у законском позитивизму. Али, за законски позитивизам у Срба стоји пре свега име Ж. Перића, које је уједно главна адреса на којој је овде становала појмовна јуриспруденција.

Kohlerов културализам реципирао је Л. Марковић (42).

За разлику од кантовства (нпр. Ј. С. Поповић, Д. Матић) и хегеловства (нпр. Ј. С. Поповић, Д. Матић, Р. Лешјанин, Л. Марковић), марксизам се може придружити само као негативна дестинација: они београдски цивилисти који су се о томе изјашњавали одлучно су га одбијали (критичка дистанца Г. Гершића, Л. Марковића, Ж. Спасојевића).

Ни у једном случају држава, у лику просветне власти, није диктирала прихватање учења неке школе (као што је у Аустрији декретирала пандектистику) већ су схватања прихватана аутономно.

3. Београдска цивилистика није имала удела у пионирским радовима на изградњи ниједне од европских правних школа: оне су се овде јављале као већ оформљене, после одређене временске дистанце. То се разуме само по себи када је реч о школама које су биле старије од овдашње цивилистике (јуснатурализам, егзегетска школа, законски позитивизам, пандектистика, историјска правна школа). Али, исто важи и за школе чијем су времену рађања наши цивилисти били сведоци (појмовна јуриспруденција, слободно научно истраживање права, покрет слободног права, циљна, интересна и јуриспруденција вредновања). Са одговарајућим правцима најпре су се зближили Г. Гершић и Ж. Спасојевић.

Правци су се овде јављали сходно редоследу њиховог појављивања у матичним књижевностима, тако да није долазило до прескока генерација: старији правци мишљења нису стицали присталице тек након млађих. Изузетак су егзегетичко усмерење А. Ђорђевића и појмовна јуриспруденција Ж. Перића: заложили су се за њих када им је ред већ прошао.

4. Што се тиче начина на који је београдска цивилистика била повезана са главним европским школама, тј. облика и мере њиховог утицаја на овдашње ауторе, ретко се радило о рецепцији *in complexu*, и о пуком епигонству.

---

(42) И у свом позном делу *Царство права* (цит. у прим. 19), писаном након оба светска рата, Марковић је задржао оптимистичку визуру, веру у универзалност права и др., док је *Kohler* умро (1919) смртно разочаран због Првог рата, уп. W. Gast, *Historischer Optimismus (Die juristischeWeltsicht Josef Kohlers),* Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenscharf, 1, 1986, str. 9. i d.

Иако је број овдашњих општеправнотеоријски, правнофилозофски и методолошки експонираних цивилиста био мањи од броја главних европских школа, све су оне ипак могле овде наћи своје заступнике. Из следећих разлога. Готово да није било екстремних и искључивих заступника неке школе; типично је, напротив, да је једна личност спајала, наравно - никако механички, поставке разних учења; нпр. Д. Матић обједињује поједине елементе јуснатурализма и поједине историјске правне школе, поједине елементе Кантовог учења и поједине Хегеловог, Г. Гершић, елементе историјске правне школе и социолошке школе, А. Ђорђевић, елементе пандектистике, историјске правне школе и законског позитивизма, Ж. Перић, елементе позитивизма и појмовне јуриспруденције (у неким приликама и социолошке), Л. Марковић, елементе *Kohlerовог* културализма и помирљив став према слободном праву (43). Такође је у истој личности долазило до заокрета у схватањима; напуштано је једно а прихватано другачије становиште; пример таквог обрта је Гершићево окретање од историјске правне школе циљној јуриспруденцији.

Захваљујући критичкој рецепцији (селективном прихватању поставки) као и израженом еклектицизму, учења свих главних европских школа пренета су - упркос малобројном овдашњем научном погону - на нашу страну. Тиме је постигнут трансфер идеја у свеукупном опсегу њихове разноврсности и обезбеђено идејно богатство какво ни овдашња ни било која друга мала и млада правничка нација није у стању да сама произведе.

5. У погледу основних учења београдска цивилистика није, дакле, самоникла. Она је највише своја уједно највреднија у пословима провере, критике или одступања од појединих поставки главних европских школа и од владајућих мишљења. Издвојио бих за крај два таква искорака, два сведочанства креативних ескапада. Глигорије Гершић одвојио се од субјективне концепције тумачења, која је владала, и стао на становиште објективне концепције што су је тек недуго пре тога образложили *Wach, Binding i Kohler*, а којој ће даљи развој дати за право, као што се и својом отвореношћу за *Jheringове* поруке нашао, убрзо по њеном просецању, на стази која ће се показати као пут будућности (44). Живан Спасојевић, сродно *Gényjy* пре њега, свестрано је документовао раскорак између остареле кодификације и правног живота (поготово судске праксе), али је доспео - и то пре него што ће *Gény* за своје методолошке ставове (из *Méthode* од 1899) изградити правнофилозоф-

(43) У спајању елемената разних учења можда је најдаље отишао Нинко Перић, *Основи грађанског права (Општи део)*, Београд, 1923, стр. 14. и д. Уосталом идеал-типски чисте само су школе (у основним приказима) док су појединци увек више или мање еклектични. За српске цивилисте посматраног раздобља може се рећи да су такви били у већој мери.

(44) A. Wach, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Bd. I, Leipzig, 1885, стр. 254. и д., K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Bd. I, Leipzig, 1885, стр. 450. и д., J. Kohler, *Über die Interpretation von Gesetzen*, (Grünhuts) Zeitschrift für das Privat - und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. XIII, 1886, стр. 1. и д. - Г. Гершић, *op. cit.* (у прим. 16), стр. 249 (тумачење), стр. 123. и д., 130. и д, 133. и д.(Jhering).

ску куполу (у *Science* од 1914. па даље) - да већ 1911. формулише питање о суштини те појаве, разлозима њеног постојања и о томе како се с њом носити, изашавши са низом посве самосталних ставова, не само у односу на *Gényja*, нпр., не прихватајући његову субјективну концепцију тумачења већ и са неким апсолутно новим и радикалним, нпр. да је закон феномен без којег се може будући да друштвени развитак ионако доноси своје право, да је социолошки метод способан да посредује ново правно правило из промењене ситуације када закон више није у стању да одговори тој ситуацији (45).

(Примљено 5. априла 1993)

Dr. Vadimir V. Vodinelić,
Associate Professor of the Faculty of Law in Belgrade

BELGRADE CIVIL LAW THEORY AND EUROPEAN ENVIRONMENT
(Schools of thought and conceptions in the first century of Serbian civil law theory)

The first century of Serbian civil law (end of 4th decade of XIX and the beginning of 5th decade of the XX century) is characterized by five continuities: (i) most important civil law theoreticians have always been professors of the Belgrade law school with universal approach to the matter, (ii) actived in several fields of civil law, (iii) dedicated to the general theory of law and legal philosophy, (iv) activity in other branches of social sciences; (v) connected with great legal theories of the world. This connection is specially elaborated in the present article.

At the time of first engagement of Serbian civil law system experts, this branch has been stell developed in other countries as national civil law theories. German, French and Austrian theories have exerted considerable influence on Belgrade school, both in the sphere of dogmatics and in general theory. Every civil law theoretician here is recognizable by his close connection with foreign theory ("French connection", etc.). All schools which had their representatives in those three countries (ius-naturalism, exegetics, statutory positivism, historical school of law, pandects, notion-wise jurisprudence, free theoretical research of law, the movement of free law, interest and value jurisprudence) have found them here, too. The same applies to followers of Kant and Hegel, while marxism has been rejected in a way. However, due to small number of our analysts of civil law theory which were active in general theory of law and legal philosophy, we had no school in traditional way, but rather conceptions of a few. Even the exegetics conception, in spite of the 1844 codification of civil law was not formed as a school. Closest to such was, at least the ius-naturalism (whose peak was about the eighties of the XIX century), historical legal school (at the end of the century) and sociological tradition of Ihering and Gény (in the XX century).

(45) Уп. *L'analogie* (*op. cit.* у прим. 14), стр. 144. и д. Ублажиће касније одсечност и оштрину тих ставова, в. *Нацрт* (*op. cit.* у прим. 14), стр. 64. и д.

Otherwise, dominant were the eclecticism, due to which there were abundance of ideas. The Belgrade system of civil law theory is most original in verification, criticism and departure from some of the concepts of European legal schools and ruling opinions.

Key words: *Schools in the sphere of law. - Civil law theory and system. - Serbian and European school of thoughts. - XIX and XX centuries.*

Vadimir Vodinelić,
professeur titulaire à la Faculte de droit de Belgrade

LA CIVILISTIQUE BELGRADOISE ET SON ENVIRONNEMENT EUROPÉEN
- Les écoles et les courants au cours du premier siècle de la civilistique serbe -

Résumé

Le premier siècle de la civilistique serbe (entre la fin de la 4ème décennie du XIXème et le début de la 5ème décennie du XXème siècles) est marqué par cinq continuités: 1. les civilistes les plus éminents ont toujours été des professeurs de la Faculté de droit de Belgrade, le type du professeur civiliste d'un large spectre a été toujours représenté: 2. il était actif sur plusieurs plans de la civilistique; 3. il se consacrait aussi à la théorie générale et à la philosophie du droit; 4. il était toujours actif dans d'autres sciences sociales aussi; 5. il entretenait toujours des liens avec les superpuissances juridiques. L'auteur du présent article se penche tout particulièrement sur ces liens avec les centres de la pensée juridique européenne.

Au moment où la civilistique belgradoise entre en scène, les civilistiques étaient déjà développées en tant que nationales. Parmi les civilistiques qui ont servi de modèle à la civilistique serbe, les civilistiques allemande, française et autrichienne sont les principales sources de l'inspiration des civilistes belgradois, aussi bien sur le plan de la dogmatique que sur celui de la théorie générale. Chez tous les civilistes serbes, on remarque un lien dominant avec une de ces civilistiques (la "filière française" etc.). Toutes les écoles qui au cours de la période observée ont eu leurs représentants dans ces trois pays (le jusnaturalisme, l'exégétique, le positivisme légal, la pandectistique, l'école juridique historique, la jurisprudence conceptuelle, la libre recherche scientifique du droit, le mouvement du droit libre, la jurisprudence de finalité, d'intérêt et de valorisation) les ont trouvées dans le milieu serbe également. Il en est de même du kantisme et de l'hégélianisme, alors que le marxisme a été rejeté. Cependant, en raison du nombre modeste des civilistes belgradois, exposés dans la théorie juridique générale et dans la philosophie juridique, il ne s'agissait pas ici d'écoles au sens traditionnel du terme, mais de courants de pensée de certains. Même l'exégétique n'a pas été formée comme école, en dépit de la codification de 1844. Ce sont le jusnaturalisme (le plus présent jusqu'aux années 80), l'école juridique historique (jusqu'à la fin du siècle) et la tradition sociologique de Jhering et de Gény (au XXe siècle) qui se rapprochent le plus du concept traditionnel d'école. Par ailleurs, c'est l'éclectisme qui domine, grâce auquel il a été assuré qu'une richesse d'idées règne ici. La civilistique belgradoise est originale surtout dans la vérification, dans la critique et dans la distance qu'elle prend par rapport à certains postulats des principales écoles juridiques européennes et des opinions dominantes.

Mots clé: *Les écoles dans le droit. - La civilistique. - La civilistique serbe. - La civilistique européenne. - Le XIXème et le XXème siècles.*

UDK - 340.11
Изворни научни рад

др Стеван Врачар,
редовни професор Правног факултета у Београду (у пензији)

ИЛУЗОРНОСТ АПСОЛУТНЕ ПРАВДЕ

Веома сложена категорија правде подложна је својеврсној апсолутизацији, пре свега у виду идеалне вредности. У правној филозофији, а нарочито у ширим круговима заинтересованих јављају се различите илузије о правди, које су у основи идеолошке. Образлажући такав поглед на правду, аутор истовремено настоји да истакне сопствено правнофилозофско становиште, као део своје концепције државно-правног интегрализма, то јест јединственог третирања државе и права.

Кључне речи: *Правда. - Илузорна. - Апсолутна. - Апсолутизација појмова.*

Истраживачи правде, али не само они, највише се заплићу приликом покушаја да открију разлоге многих мислилаца, међу њима и оних највећих, што правду третирају превасходно изван и изнад непосредног правног живота, то јест у некаквим надискуственим, трансценденталним, метафизичким сферама. При томе, међутим, ти истраживачи често се и сами укључују, свесни тога или не, у безнадежне распре. На тај начин, уместо да докуче дотичне разлоге, они постају и сами (са)учесници таквих третирања правде. Исто тако, само с друкчијим поводима и с одговарајућим последицама, практични правни живот оптерећују питања која су одатле и некако пренета, а можда су у великој мери подстакнута оним стварима које целокупно правно искуство, непосредна пракса непрекидно намећу. Зато, чак и сви они који се темељније заинтересују за правду морају се и тиме позабавити.

1. Мора се одмах нагласити, мада је то готово сувишно, свакако крајње неповољна околност што је *правда* одвајкада предмет највишег могућног интересовања, али је и поред тога остала мало разјашњена, а о некој ригорозно постављеној дефиницији нема ни говора. Доиста је много претресана проблематика правде, широко, свестрано, често и веома дубоко, али све то само још појачава ову констатацију. Има нешто што готово узнемирава: ако и данас треба сматрати драгоценим, незаобилазним достигнуће Аристотела, додуше једног од најгенијалнијих људи који су се на овој планети уопште појавили, чија се запажања о две или три врсте правде сматрају готово неспорном тековином све-

колике мисли - онда недостајање неких јаснијих појмова, дефиниција и теоријских становишта касније и данас може само да обеспокојава. Наравно, све то није случајно већ условљено многим разлозима. Правда је, наима, бескрајно сложена и с непрегледним везама са осталим стварима. Зато се она појављује на свим просторима на којима се појављују проблеми човека и човечанства, а то значи свуда где се, у вези с тим, људска мисао огледа, и то она најзначајнија и најдубља. Уопштено говорећи, правда се третира и као особена *вредност* и као најзначајнија људска *врлина* и као свеопшти *принцип* и као суштински *квалитет* и као сама *супстанција* одређеног поретка и као велика *идеја* и као недостижни *идеал* и као јединствено *мерило* и као знак постигнуте *хармоније* и као својеврсна *равнотежа* итд. (1). При томе, пак, можда највеће незгоде настају зато што се правда посматра не само у склопу права него и изван тога, као ентитет свеколиког друштвеног живота, па чак и васељене. Наравно, све се то огледа на известан начин и на најзначајнијим истраживањима правде у српској правној науци, посебно оној с филозофскоправним усмерењем (2). Помињући све ово, само ћу подсетити и на своју основну поставку о правди: *то је тенденција изједначавања релевантних правних вредности*; дакле, њено порекло и обитавалиште налази се у праву историјски обликованом; она битно опредељује садржинске моменте права, али се изражава и на формализованој правној структури (3).

С обзиром на поменута разноврсна третирања правде и њихову усмереност, није ништа чудно што се, следствено томе, стварао све шири и, рекло би се, бескрајан простор за својеврсну *апсолутизацију* правде: наиме, приликом третирања се често прибегава тврдњама, полазним ставовима или исходиштима, у којима се овој категорији придаје својство апсолутности; она се издваја из свих реалних условности, па тако осамостаљена постаје нешто неограничено, у сваком погледу

---

(1) У непрегледној литератури о правди запажена су следећа дела: Платон, *Закони*, БИГЗ, Београд, 1971, стр. 591; Аристотел, *Никомахова етика*, БИГЗ, Београд, 1980, стр. 283; Georges Del Vecchio, *La justice - la Vérité*, Essais de philosophie juridique et morale, ed. Dalloz, Paris, 1955, p. 245; Carl J. Friedrich and John W. Chapman, eds. *Justice*, Nomos VI, 1963, Atherton Press, New-York, 1963, p. 325; Hans Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?* Zwiete Auflage, Franz Dutticke, Wien, 1975, S. 47; Haim Perelman, *Pravo, moral i filozofija*, превод Душица Гутеша и Вера Михајловић, Нолит, Београд, 1983, стр. 3-64, нарочито; John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Paperback, London, New-York, 1973, p. 607.

(2) Делећи задовољство са свим осталим колегама, писцима текстова и осталих, којима је указана част да допринесу припремању овог зборника радова поводом дивног јубилеја нашег драгог и уваженог проф. др Божидара С. Марковића - писац ових редака с осећањима захвалности бележи да се у самом врху тих истраживања налазе баш неки од најважнијих радова проф. Б. С. Марковића: Bojidar S. Markovitch, *Essai sur les rapports entre la Notion de la Justice et l'élaboration du Droit privé positif* (Collection d'Etudes théoriques et pratiques, dir. per Levy-Ullmann, tome XVIII) Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1930, p. 238, као и неколико расправа и чланака у нашим часописима. И не само то: нека ми буде дозвољено да у овој прилици подсетим на ону древну изреку *"Правда је спора, али је достижна!"*

(3) Ту поставку сам покушао да шире изложим у свом реферату *Исконска идеја правде*, поднетом на Симпозијуму одржаном у Црногорској академији наука и умјетности, Подгорица, 11. децембра 1992 (у штампи).

независно од неких других околности, момената и појмова; штавише, уколико се води рачуна о неким другим категоријама, појмовима и чак реалним ентитетима, прибегава се таквим конструкцијама, нажалост без реалног утемељења, у којим се пробија снажна тежња да се апсолутност правде (морам рећи - тобожња!) образложи сличним третирањима на неким блиским и сличним подручјима, а пре свега у етици, естетици, теологији итд. (4). Захваљујући томе, сва оваква третирања неминовно воде у оне просторе који се сматрају еминентно метафизичким, трансценденталним, надискуственим. У ствари, то су простори на којима пуни замах задобијају највећи и најдубљи филозофски умови, а посебно они највећи представници филозофског идеализма од Платона до Хегела, рецимо (5). У том смеру, пак, крећу се и сви они који настоје и сразмерно својој моћи и успевају да превасходно логичким извођењима и конструкцијама створе утисак о уверљивости ставова о апсолутној правди. Наравно, то су резултати и потврде оне заиста велике и драгоцене способности умних људи да буду, поред осталог, и велики стваоци духовног света уопште, па и онога што фигурише у виду мање-више *чистих идеја*, разних *идеала* итд. У таквим духовним творевинама могуће је (у)образити и разне творевине духа, створити логичке конструкције, дати пројекције одређених погледа и схватања. И поред тога, дабоме, све то не треба занемаривати и обезвређивати уопштеним тврдњама да су то само некакве измишљотине, бесплодна домишљања, промашаји (раз)умних настојања и сл. Далеко од тога! Јер, треба разликовати оне духовне творевине и конструкције које, чак у следу некакве иманенције, носе собом и у себи не само оно што припада чистим идеалитетима него и оно што представља својеврстан одсјај и оних историјских реалитета у којима те конструкције настају. Тако по страни остају доиста некакве пуке измишљотине.

Одатле и проистиче далекосежни значај могућности, па и неизбежности да се изразито или некако скривеније покаже *илузорност* баш тако конструисане правде. Зависно од тога какво је друштвено стање у којем се јавља оваква или онаква *реалитетна правда*, то јест овај ентитет у датим реалним околностима, а пре свега у датом правном поретку (ја увек наглашавам да се тај поредак јавља заједно с државним поретком, што твори *државно-правни поредак*!) у великој мери тако су створене извесне детерминанте које остављају и те каквог трага на схватања о правди. Али, још је важније да се чак и без неке непосредне везе с тим, па и сасвим независно од тога, могу стварати разне илузије у свом типичном облику. Наиме, могу настати и у погледима истраживача, а поготово у ширим круговима заинтересованих извесни *привиди*, мање или веће *обмане*, чак најснажније *самообмане* поводом (не)постојећих ствари које су у вези с правдом или без икакве везе с тим. Наравно, све то је само резултат веома сложених процеса психичког,

(4) Вид. Frederick Firth, *Ethical Absolutism and the Ideal Observer*", Philosophy and Phenomenological Research", 12/1952, p. 317-319.

(5) G. W. F. Hegel, *Основне црте филозофије права*, Сарајево, 1964, стр. 118-139, 179-191.

доживљајног, емотивног повезивања људи и постојеће реалности, стварања искривљене слике о стању, установама, процесима које посматрачи некако рефлектују, стварају представе и поводом тога размишљају. При томе, пак, на појединце и нарочито на масе највише утичу реална ускраћења, некад рационално пројектована, а богме и интуитивно изнађена или нагонски детерминисана највиша и најдејственија афективна стања: то су, осећања *страха* због немоћи, угрожености, неизвесности што их је наметнуло непожељно друштвено стање; то су, затим, *замисли*, *пројекти*, *путеви* о пожељним преображајима датог поретка; најзад, људи су уопште склони великим *надама* и то сразмерно својој немоћи и осећању безизлазности.

2. У таквим околностима, па дакле и с одговарајућим премисама и није ништа чудно што се категорија правде на неки начин апсолутизује. Штавише, то је неизбежно јер се само тако може некако "превазићи" реално стање уопште, па и оно које условљава некакву правду, у датим околностима остварену, бар у некој мери ако не и колико се то жели, нарочито у круговима и слојевима оних који су погођени недостајањем правде. Због недовољности *реалитетне правде*, оне која прати реални живот заједнице, група и појединаца, оне која је битно условљена друштвеним стањем и државно-правним установама - мислећи људи се окрећу према *идеалитетној правди*. То значи да своје увиде и искуствене показатеље о превеликим и неподношљивим неправдама настоје некако потврдити и духовно-интелектуалним ангажовањем у прилог некакве правде, више, боље, потупније, чак оне идеалне. Ако реални услови заиста постављају *непремостиве границе* реалитетној правди, онда идеалитетна правда постаје *безгранична* бар онако и онолико како и колико је то уопште могућно у духовном стваралаштву, у сфери мишљења. Тако се *животна питања* правде претварају у *проблематику мишљења* о правди. А у тој проблематици задобијају и најистакнутије место одговарајућа категорија правде, недовољно утврђени појмови, неодређене идеје, теорије, концепције. И да би се подстакла апсолутизација правде, у тој сфери задобијају средишње место следеће премисе: *апстрактност* у највећој мери, *савршеност* како је замишљена, *коначност* као највиши циљ. *У сфери мишљења, али и само помоћу мишљења, трага се за апстрактном, савршеном и коначном правдом.* На тај начин се илузорност апсолутне правде утемељује и на највишим изразима и дометима духовног стваралаштва.

Томе погодује понајвише *филозофски идеализам* који је својим вековним развојем допринео укорењивању представе о некаквом потпуно осамостаљеном свету духовности или, тачније, неком особеном *"царству вредности"*. А што је најважније, у том царству, такорећи, почасно место заузимају извесне врховне вредности у обличју чистих идеја, самосталних суштастава, готово несхватљивих. За неколико најважнијих сфера друштвеног живота истакнуте су и одговарајуће "чисте вредности": за подручје сазнања то је *истина*; за морални живот појединаца и заједнице то је *доброта*; за религијску сферу таквом се вред-

ношћу проглашава *побожност*; целокупна сфера права везује се за *правду*; иако мање, чини се да се и за политички живот проглашава *целисходност* за такву вредност и сл. Додуше, пошто поменуте вредности имају најпозитивнија својства, протагонисти и следбеници оваквог схватања клоне се проширивања тог низа вредности, вероватно да се не би десило да ту нађу место и оне које су на било који начин оптерећене неким негативностима или просто нису прворазредног значаја. Зато се наведене вредности и стављају у исту раван са врхунском вредношћу у уметности, са *лепотом*. Тако се правда као вредност нашла у најужем кругу, заједно с истином, лепотом, побожношћу, добротом. Тим вредностима се приписује безусловно, опште, универзално важење. Чак се проглашавају *априорним*, датим пре икаквог искуства. Оне су *трансценденталне* јер превазилазе свако искуство. Оне су чисте апстракције, некакви симболи савршенства, само вербални и мисаони показатељи коначности (6). А када је већ тако - по тврдњама многих који тако схватају основне вредности - по мом мишљењу, тако се подсецају сами корени сваког *научно утемељеног* разумевања категорије правде, а поготово ваљаног истраживања присутности правде у реалном животу. Тобожњим "уздизањем" правде у несагледиво високе регионе, она се претвара у чисту *илузију* или *химеру*, која једва да има икакве употребљивости у анализи реалних односа међу људима. Тим привидним *хипостазирањем* правде, у ствари, она једноставно постаје пука *"за-мисао"*, без икакве делотворности. Таквим "вредновањем" правда се обезвређује. Тако они који би хтели да придају *свемоћ* таквој правди, практично њу чине *беспомоћном*. Тако правда *сама* доживљава неотклоњиву *"неправду"*.

У сличном смеру утемељени су и сви системи *теолошког идеализма*, који у разним варијантама и с различитим степеном тананих конструкција настоје да учврсте своју зграду религијских постулата. Најразвијеније монотеистичке религије изградиле су често задивљујуће системе догми и поставки којим настоје премостити вештачки створени јаз између подељена два света: онога божанског, идеалног и савршеног који се наднео над овим несавршеним, материјалним, искуственим, трошним људским светом. Тај *дуализам* представља, па ма како то парадоксално изгледало, један заиста ингениозан покушај, чак и најчешће лепо етички мотивисан, разликовања *света идеалитета* представљеног симболом Бога и света реалитета поистовећеног са друштвеним и људским животом. Зато у таквим контекстима оштро разликовање *божанске правде* и *људске правде* има своје пуно и логично утемељење: она прва правда је представљена као апсолутна, коначна, савршена итд., а она друга је без свих тих и осталих атрибута и сасвим примерена несавршености друштва и човека. И зато: ако постулати прве правде имају одређено хеуристичко дејство, моралистичке домашаје, аксиолошке учинке, што све може допринети *оплемењивању* људске правде - онда све то има и своје дубоко оправдање.

(6) Густав Радбрух, *Филозофија права*, превела Душица Гутеша, Нолит, Београд, 1980, стр. 45.

Чак ако су и када су најдубља религијска уверења само плод и највећих илузија, за њих се мора имати пуно људско разумевање ако обуздавају оно нељудско у људима, ако их упућују ка добрим стварима, помажу да своје *егзистенцијалне страхове*, ужасе и патње у свакидашњици лакше поднесу запојени надом да све то може бити некако надокнађено у ономостраности, метафизичком свету (7).

Знатно друкчије је усмерен *хуманистички идеализам* који је поставио за главни циљ одбрану и обезбеђење достојанства личности, политичког и правног положаја човека и грађанина. Увиђајући све битне слабости тзв. позитивног права, овај идеализам је истакао претпоставку о постојању тзв. *природног права* сачињеног од апстрактних принципа и постулата, али који су у складу с "људском природом". У идејној припреми револуционарног преокрета нарочито је значајну улогу имала распрострањена теорија *друштвеног уговора* коју су прећутно склопили сви једнаки појединци. Тако представљено и обликовано "природно право" постало је истовремено и носилац и садржалац *правде*. Тако је ова категорија вероватно најлогичније смештена у оквире једне широке и логично конструисане теорије. Из метафизичких простора је спуштена у друштво и повезана с правом. У томе се налази највећа заслуга *јуснатурализма* као систематске доктрине. Међутим, све битне премисе ове теорије, а нарочито оне које се непосредније тичу правде, баш својом крајњом схематиком, апстракционизмом, заокруженошћу, привидном кохерентношћу поставки итд. - у ствари, представљају једну од најсуптилнијих *илузија* у освиту новога доба. Јер, довољно је било сучелити ту конструкцију са друштвеном реалношћу, па лако установити њен несклад са стањем друштва, положајем група и појединаца, карактером правних установа итд. А и без тога, једном иоле критичком анализом може се открити да је и та доктрина афирмисала апсолутну правду као својеврсну доктринарну илузију (8).

Најзад, најдалекосежније последице је имао *социјално-политички идеализам* у својим модерним варијантама. У виду *анархизма* коначни тријумф свеопште правде је очекиван тек после неминовног и скорог разбијања и уништења државе, свуда и заувек. Та задивљујуће наивна и лишена свих реалних параметара велика доктрина неколицине доиста великих фантаста представља једну од најуверљивијих потврда докле се може стићи с *опсесивним илузијама*, макар биле мотивисане и најплеменитијим побудама ослобођења човека и човечанства. Иако је анархизам у прошлом и овом веку повукао извесне социјалне групе, па и инспирисао политичке покрете мањег значаја, ипак није имао неке погубне последице. - То се, нажалост, десило с *марксизмом*. Иако га је Маркс засновао као најаутентичнији *филозофски материјализам*, марксизам се касније у доктрини и пракси *марксиста*, а нарочито комунистичких партија, претворио не само у

(7) Rudolf Stammler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Dritte, vermehrte Auflage, Berlin und Leipzig, 1928, s. 103.

(8) Clarence Morris, *The Great Legal Philosophers*, selected Readings in Jurisprudence, University of Pennsylvanya Press, Philadelphia, 1971, p. 216, 218.

својеврсни *идеализам*, па чак и *утопизам* и *есхатологију* какве дотадашња историја није познавала. Изведене тобожње револуције, џиновски политички покрети, гигантски експерименти, беспримерно насиље, можда десетине и стотине милиона људских жртава стоје иза судбоносних, епохалних промашаја и покушаја изградње некаквог *"социјализма"*, а у догледној будућности и некаквог *"комунизма"*. У фанатичној заслепљености и против реалних неправди "класног друштва" дошла је гигантска илузија о некаквој коначној, потпуној, свеопштој, савршеној социјалној правди. А почињене су најужасније неправде зарад такве "правде". *Апсолутно насиље је стављено у службу фиктивне правде, претворене у прави метафизички Апсолут* (9).

3. Ако су историјска искуства уопште, а посебно она која се непосредно тичу правде толико уверљива за све оне који желе и који су кадри да увидом у та искуства створе и полазишта за третирање правде - онда се, наравно, баш с њихове стране очекује *критичко разјашњење* назначених момената илузорности апсолутне правде. Зато ћу овде само назначити неке моменте.

Пре свега, правда у реалности је одвећ значајна за људе, заједнице, групе и појединце, па зато она не може бити ствар само некаквих *езотеричних* размишљања, истраживања, разумевања. Она је по свему и у свему од *животног значаја* за људе, па дакле и крајње *егзотерична*, па утолико и зато "популарна" и теоријски и практично. Уосталом, да није тако, свакако се не би ни стварале толике контроверзе о правди и не би било толико сукоба и борби око правде. Та општа констатација има посебан значај и домашај за правнике, како мислиоце и теоретичаре, тако и за све практичаре. Разлог је веома прост: правда у сваком свом изразу представља саставни део сваког правничког мишљења и деловања. И не само то: изворно и по свему ова категорија и овај ентитет припадају правном свету, одн. државно-правном, па онда свуда изван тога, све до метафизичког света. Зато правници морају пре свега разматрати правду у својим видокрузима, али не занемарујући ни оно што неправници пружају.

Уопштеним погледом обухваћени, напред назначени моменти илузорности апсолутне правде, у ствари, откривају само извесне индикације *идеологије* као искривљене свести која се и око правде створила, постала својеврстан магловит омотач, који онемогућује *прозирност* и категорије и ентитета правде. Они су деформисани, застрти вештачким засторима, често само делимично видљиви, а премного скривени; они су понекад сагледљиви само у површинским и појавним моментима, али и недоступни у дубљим слојевима; они су на некакав начин "илузионизовани" до те мере да је тешко и чак немогуће раздвојити оно *реално* постојеће и оно што је *фиктивно*; они су тако устројени да и снагом идеја и дејством чињеница страховито погађају људе, па зато и покрећу све њихове емоционалне потенцијале; они стварају свакојаке енергетске набоје код људи, па и доприносе да постану импулс разних

(9) Упор. Iredel Jenkins, *Justice as Ideal and Ideology*, Nomos VI, 1963, p. 220-222.

деловања људи, од појединачних и групних до оних која дају печат историјским збивањима. Према томе, за научна истраживања правде од пресудног значаја је распознавање свих релевантних момената правде, од оних чињеничких до оних најзагонетнијих, а баш таквих је овде и превише.

Утолико и зато није неважно, пре свега, уочавање бар неких корена и показатеља апсолутизације правде, иако је то, вероватно, и највиши плод поменуте илузионизације правде. На сву срећу, правници су најмање склони некаквој апсолутизацији правде, јер су и сувише близу њеног корена и њеног бивства, сувише знају из праксе и свог искуства колико је све у праву сложено, чак и оно што тако не изгледа, а камоли све оно што се правде тиче. Због тога се може сматрати пре свега њиховом заслугом и склоношћу *релативизација правде*, што је већ и најуспешнија критика њене апсолутизације (10). Но, ако је већ учињен важан корак тиме што правници добро знају и осећају колико су претпоставке о апсолутизацији правде, рекло би се, и танушне, ипак се и за њих прави задатак појављује у истраживању и разумевању *карактера релативности правде*. Јер, прогласити правду нечим релативним заиста једва да има некакве вредности за научно истраживање и разумевање овог ентитета. У ствари, тек када се улажу напори да се утврди *која* и *каква* релативност некако припада правди, тек тада се јавља и вероватноћа да ће се доспети до неких вреднијих резултата у вези са правдом.

Овом приликом, наравно, не долази у обзир чак ни помисао да се тиме позабавим, јер се баш у томе и са тиме открива *право чвориште* и идеје правде и практичног инструментализовања правде. Напред сам узгред поменуо Аристотела у другом контексту, а сада ваља нагласити да је баш он, својом генијалношћу и надахнућем, и експлицитно и имплицитно стално упозоравао на потребу избегавања крајности, како у мисли, тако и у пракси, јер се негде СРЕДИНОМ увек постављају *"праве ствари"*, па тако избегавају погубне крајности. То је назначио на један не може бити бољи начин и покојни професор др Милош Н. Ђурић, један од највећих хелениста које смо икад имали, својим дивним изразом СРЕДЊОМЕРНОСТ као свеопштим принципом, али који понајвише и најизразитије открива свој значај баш у мишљењу о правди, па и правди у њеном практичном остваривању (11). По свему судећи, правници су баш због поменутих разлога у предности у односу на све остале који се баве правдом баш зато што их свакидашње искуство тера и опомиње да избегавају крајности, али и да се сва теоретска и практична мудрост налази у моћи налажења неке од важних или релевантних тачака на амплитуди оне, како рекох, РЕЛАТИВНЕ ПРАВДЕ у

(10) Вид. B. S. Markovitch, *op. cit.* p. Conclusion; Др Радомир Д. Лукић, *Систем филозофије права*, I Филозофија, II Филозофија права, "Савремена администрација", Београд, 1992, стр. 310, 372.

(11) Др Милош Н. Ђурић, *Аристотелово учење о држави и њеном етичком задатку*, предговор књизи: Аристотел, *Политика*, "Култура", Београд, 1960, стр. XXX.

пуном значењу те речи, а још уверљивије у најдубљем смислу практичног деловања.

Ипак, пошто сам напред поменуо нешто о свом схватању правде, наиме као *тенденцији изједначивања правних вредности*, није тешко закључити да се оваквим ставом смера на истраживање правде сходно Аристотеловој *средњомерности*. По мом мишљењу, та на изглед одвећ уопштена идеја или принцип уопште, а што се тиче правде посебно, има неупоредиво већи *методолошки значај* и *хеуристички домашај* него оно стално истицање Аристотеловог разликовања *дистрибутивне* и *комутативне правде*. И зато сматрам да то пружа једну *тачку гледишта* или *полазиште* за најплодоноснија истраживања правде. Може зачудити околност што, ето, прође два миленијума, а да се то није стављало у *средиште* истраживања правде, бар не онако и онолико како и колико је то објективно било могућно. Ако је можда и превише пажње и напора однело бављење апсолутном правдом, онда вероватно није неосновано да се сада *научно истраживање* усмери у *духу средњомерности*, али тако да му сврха буде откривање и доказивање свих или бар најважнијих момената који одређују *релативну правду*, који се, такорећи, у њу "уграђују". Уосталом, ако је ипак често запажано да се с правдом појављује некаква *равнотежа*, некаква *пропорција*, некаква *хармонија*, некаква *симетрија* и томе слично - што све, уосталом, сачињава *појмовну матрицу* Аристотеловог третирања правде - биће да је Аристотел оставио у аманет много више непосредних "упутстава" за третирање правде него што то изгледа када се све сведе на цитирање или приказивање два-три облика правде. Но, исто онако као што се не зна откад и докад временски траје, па дакле ни колике су просторне димензије ТРАГАЊА ЗА ПРАВДОМ, где почињу и где се завршавају путеви ка њој и с њом - исто тако ваља се одређи или сачувати од евентуалних илузија да се може досегнути *коначна правда* у овом смеру, опет у виду некаквог *Апсолутума*.

И још нешто, на крају: иако скромност налаже да се никад немају одвећ велике претензије, сматрам да се баш у складу с тим може бар назначити један моменат који има тврдоћу и лепоту правог дијаманта у огромним и разнородним наслагама које га прекривају. То је (СРАЗ)МЕРА која служи као некаква *"осцилаторна тачка"* тенденције изједначавања правних вредности. У свом настојању да осветлим и разјасним бар најважније моменте од којих зависи и моја концепција ДРЖАВНО-ПРАВНОГ ИНТЕГРАЛИЗМА - незаобилазно је и одговарајуће третирање правде. Сувишно је, ваљда, у толиком кругу правника, теоретичара и практичара, образлагати оправданост баш таквих настојања.

(Примљено 11. априла 1993)

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

ILLUSORY QUALITY OF ABSOLUTE JUSTICE

Summary

After introductory remarks on the significance of the problem of justice, the author treats typical views on this category and grounds for its absoluteness, first of all as pure ideas and ideals of the kind. Due to that even the greatest thinkers contribute to the creation of illusions of justice, while the remaining mass, due to the effect of objective factors and subjective elements, is inclined to cherish various illusions concerning justice. Most typical aspect of such illusory quality are: philosophical idealism, which treats justice as an abstract value; theological idealism treating justice in a dual way, while distinguishing God's and man's justice; humanistic idealism, which connects justice with so-called social contract and human rights; socio-political idealism, including particularly marxism, attempts to represent justice as Utopian and eschatological.

All these aspects of illusory quality are, in fact, ideological, and more particularly the marxist one, which had disastrous consequences. In addition, while articulating his own conception of justice, the author emphasizes the significance of the problems of justice in relation to an integrally conceived and developed theory of the state and legal order.

Key words: *Justice. - Illusory quality. - Absoluteness of notions.*

Stevan Vračar,
professeur à la Faculté de droit de Belgrade

LE CARRACTÈRE ILLUSOIRE DE LA JUSTICE ABSOLUE

Résumé

Après avoir formulé les remarques générales sur l'importance du problème de la justice, l'auteur évoque les vues typiques sur cette catégorie et notamment sur les raisons de son absolutisation, avant tout en tant qu'une idée pure et un idéal. C'est pourquoi les plus grands penseurs contribuent à la création de certaines illusions sur la justice, et le cercle et la masse assez larges des intéressés ont, en raison de l'action de divers facteurs objectifs et subjectifs, la tendance àee créer diverses illusions sur la justice. Les formes les plus typiques de ces illusions sont les suivantes: l'idéalisme philosophique, qui traite la justice comme une valeur abstraite; l'idéalisme théologique traite la justice de manière dualiste, de sorte qu'il distingue la justice divine et la justice humaine; l'idéalisme humanitaire relie la justice au contrat social et aux droits de l'homme; l'idéalisme socio-politique, y compris surtout le marxisme, essaie de présenter la justice de manière utopique et eschatologique. Toutes ces formes d'illusions sont, en fait idéologiques, ce qui vaut surtout pour l'illusion marxiste qui a eu des conséquences tragiques. En outre, dans son travail, l'auteur présente également sa propre vue de la justice, soulignant tout particulièrement l'importance du problème de la justice pour une théorie du système d'Etat et juridique intégralement compris et éveloppé.

Mots clé: *La justice. - L'illusion. - L'absurde. - Le caractère absolu des problèmes.*

UDK-34(091)
Изворни научни рад

др Гордана Вукадиновић,
ванредни професор Правног Факултета у Новом Саду

ДУАЛИТЕТ ПОЗИТИВНОГ ПРАВА У ДЕЛУ БОЖИДАРА С. МАРКОВИЋА

Идеја дуалитета у праву уопште била је почетна инспирација Божидара С. Марковића у његовом схватању правног феномена. Већ је његова докторска теза 1930. године била посвећена односима правде и позитивног права и у суштини је била заснована на идеји правног дуализма. И доцнији радови Б. Марковића па све до оних данашњих за основну тему имају разне манифестације тога двојства праведног и позитивног права. У својим трагањима за праведним правом, Марковић је уочио да постоји један посебан дуалитет у оквиру самог позитивног права, дуалитет којем је посветио неке од својих последњих радова. Аутор у чланку разматра само схватање дуалитета који постоји у области позитивног права. Разликовање социолошких и етатистичких норми је од изузетног практичног и теоријског значајан кад је реч о еволуцији права и поступку при тумачењу, одн. примени. Исто тако, разликовање социолошких и етатистичких норми омогућава да у општој теорији и филозофији права дође до померања између позитивистичко-формалистичког и социолошко-еволутивног правца. Тим разликовањем се, између осталог, на задовољавајући начин решава и класична контроверза о томе може ли се или не закон мењати и укидати обичајем и судском праксом.

Кључне речи: *Божидар С. Марковић. - Позитивно право. - Социолошке норме. - Етатистичке норме.*

Пре више од шест деценија, тачније 6. јуна 1930. године, Божидар С. Марковић на Правном факултету у Паризу бранио је докторски рад под насловом *Essai sur les rapports entre la notion de Justice et l'élaboration du Droit privé positif* (*Оглед о односима између појма правде и развитка позитивног приватног права*) (1), пред комисијом коју су сачињавали уважени и већ познати професори: председник Анри Леви-Улман (*Henry Levy-Ullman*) и чланови Етјен Бартен (*Etienne Bartin*) и Анри Капитан (*Henri Capitant*). На одбрани тезе славни А. Капитан је рекао: "За мене је било велико задовољство да читам на тако чистом францус-

(1) Докторски рад је публикован у оквиру библиотеке "Collection d'Études théoriques et pratiques de Droit Etranger", *Droit comparé et de Droit International*, Librairie Arthur Rousseau, Rousseau & Cie, Livre XVIII, Paris, 1930, 238.

ком језику једну тако елегантну дискусију о основним проблемима права. Ваша теза је јасна, ви имате јасан дух, али Ваши закључци нису много охрабрујући" (2). Закључци до којих је Марковић дошао, у ствари, изражавају један разумни скептицизам који проистиче из ограничених могућности људских сазнања и из природе самог правног феномена и његове технике. Тај разумни скептицизам не допушта људском духу откриће апсолутних истина. Како коначна истина не постоји, основни задатак друштвених, па и правних наука, састоји се у изналажењу метода, тј. "како се научним путем најсигурније долази, у датом временском раздобљу и у одређеној друштвеној средини, до постојеће конкретне друштвене истине и важеће друштвене вредности, односно како ће се у сваком тренутку долазити до променљивих и праведних решења у праву (3). На тим методолошким основама, од тада до данас, Б. Марковић приступа правном феномену.

Почев с докторском тезом о односу између правде и позитивног права, питањем дуалитета бавио се у највећем броју својих познијих теоријских радова. Изложена проблематика остаће поље његовога трајног интересовања. А понуђени одговори су, у највећем делу, не само код овог питања, сачували и данас своју актуелност. Они не припадају "само историји наше правне мисли, него могу и данашњим, а верујемо и сутрашњим правницима који се баве теоријом и филозофијом права, послужити као извор обавештења и подстицај на даља критичка размишљања" (4).

I

Идеја дуалитета у праву уопште била је почетна инспирација Б. Марковића у његовом схватању правног феномена. Већ је његова докторска теза 1930. године била посвећена односима између појма правде и позитивног права и у суштини је била заснована на идеји правног дуализма: на разликовању права и закона, природног и позитивног права, на супротстављању објективног и позитивног права као и праведног и позитивног права. Терминологија се током времена мењала, али је у основи остајала стална борба, која и данас траје између праведног и позитивног права.

И доцнији радови Б. Марковића па све до оних данашњих за основну тему имају разне манифестације тога двојства праведног и позитивног права. У својим трагањима за праведним правом, Марковић је уочио да постоји један посебан дуалитет у оквиру самог позитивног права, дуалитет којем је посветио неке од својих последњих радова.

Ми ћемо у овом чланку покушати да размотримо само његово схватање дуалитета који постоји у области позитивног права.

---

(2) Б. Марковић, *Сећања на Правни факултет Београдског универзитета 1922-1942, "Анали Правног факултета у Београду", 2-3/1992, 144.*

(3) Б. Марковић, *О позитивном и праведном праву*, "Зборник за теорију права", IV САНУ, Београд, 1990, 76.

(4) В. напомену уредништва, *op. cit.*, 32.

У сагледавању и истраживању дуалитета позитивног права у делу Б. Марковића, мора се имати у виду специфичност временске димензије. Наиме, овом проблематиком бавио се од докторског рада, у радовима који су настајали у четвртој деценији овог века (5), да би јој се након прекида, који је трајао готово пола столећа, данас поново вратио продубљујући и употпуњавајући раније изнесене основне ставове. Међу многобројним радовима најновија расправа *О дуалитету позитивног права* издваја се као синтеза, круна његових идеја. Но, у сваком случају, сви ти радови чине једну целину, једно конзистентно изведено учење о позитивном праву.

Позитивно право Марковић одређује као право које стварно важи у једној држави (6). То право примењују судови и остали државни органи, а његова примена зајамчена је организованом државном принудом, за разлику од, на пример, природног, идеалног, објективног права (7). У току историје свако позитивно право постојано се појављује у два вида: као правно правило које настаје у слободном друштву и као правно правило које друштву прописује држава (8). Те две врсте права разликују се, пре свега, по пореклу и изворима. Једним делом позитивно право настаје у друштву спонтано, независно од утицаја државне власти, а које је позитивноправни поредак прихватио. Са друге стране, позитивно право ствара држава на основу свог империјума и формално независно од друштва. Тако позитивно право сачињавају две врсте норми: *социолошке* и *етатистичке*.

Истовремено Марковић констатује да се социолошке норме састоје од двеју категорија факата: "из објективне друштвене каузалности, тј. из материјалне и друштвене стварности и условљености и из слободне друштвене нормативности, тј. из друштвених схватања и праксе како се у одређеним ситуацијама има понашати (нормативни факти)" (9). Оне настају и гасе се слободно у друштву. Производ су природне каузалности и друштвене законитости. Социолошке норме највише су заступљене у области приватног права или како у чланку *Нормативност у приватном праву и политички режими* пише: "Приватно право је област у којој ће правно правило имати начелно најмању

(5) В. посебно Б. Марковић, *О појму позитивног права*, "Архив за правне и друштвене науке", октобар LVIII/1940, 261-285; *О методи у приватном праву*, "Архив за правне и друштвене науке", фебруар 1934, 99-121; *Нормативност у приватном праву и политички режими*, "Правна мисао", новембар-децембар 1937; *Улога судске праксе и њено обрађивање*, "Архив за правне и друштвене науке", LVII/1940, 100-112.

(6) При томе, Марковић полази од основне констатације да позитивно право не обухвата целокупни правни феномен него да изнад њега постоји и једно друго право или, како се већ различито назива, природно право, објективно, живо право, социјално право, итд. Види о томе ближе први део докторског рада (Première partie: *La notion de justice et les notions qui s'y rament*, 19-133).

(7) Сâм термин и појам позитивног права потичу од средњовековних канониста и глосатора управо као антитеза природном праву, што на својеврстан начин указује на дуалитет правног феномена. В. ближе Б. Марковић, *Појам позитивног права*, *op. cit.*

(8) Б. Марковић, *О дуалитету позитивног права*, реферат за скуп *"О филозофији права"*, Подгорица, ЦАНУ, 1992.

(9) Б. Марковић, *О социолошком етатистичком нормативитету*, *op.cit.*, 81.

дозу чистог нормативитета. Јер прво, у њему се налази велики број рационалних правила која изражавају један нужан економски или технички закон при коме субјективна мерила и оцене вредности не могу играти никакву улогу; прописи о публицитету стварних права или о начину тумачења тестамента су нпр. у друштвеном погледу анормативни. Друго, у приватном праву влада начело аутономије воља или диспозитивитета, тако да начелно само принудне норме које су изузетне могу овде доћи у обзир као евентуалне хетерономне норме. Треће, што законодавац због природе приватног права нема амбиција да у њему сам што ствара него по правилу да констатује слободе друштвене творевине" (10). Најчистији облик у коме се традиционално јављају социолошке норме јесте обичајно право. Како лепо каже Марковић, њихов свет су и приватноправни кодекси и трговачки законици, а у новије време трговинске, пословне, националне и међународне узансе као и мноштво правних стандарда.

Етатистичке или чисте норме, како их назива, резултат су идеолошких ставова које држава уноси у правни поредак путем државног империјума. Оне су, у суштини, плод идеолошких опредељења државе и као такве су усмерене ка своме апсолутном остварењу, па и насупрот друштвеном фактицитету, социолошким кретањима и разлозима. Најзаступљеније су у јавном, посебно кривичном праву.

Како дуалитет социолошких и етатистичких норми стално постоји током целе историје права, Марковић анализира њихове карактеристике и међусобне односе. У суптилној анализи испитује сличности, заједничке особине, али и разлике у пореклу, снази и последицама важења тих норми.

Први налаз до којег је Марковић дошао јесте да социолошке и етатистичке норме имају заједнички извор. И једне и друге плод су услова живота и друштвених чињеница. Уз један додатак - етатистичке норме као идеолошке "фаворизују, форсирају или и апсолутизују поједине друштвене факторе, уз сузбијање или и потпуно елиминисање других фактора, услед чега су по правилу искључиве и склоне монизму" (11). На основу тога, могуће је у етатистичким нормама разликовати два елемента: елемент узет из друштва и елемент узет из идеологије. Какав ће бити њихов удео, зависи од конкретне норме о којој је реч. Понекад ће поједине етатистичке норме бити испуњене само социолошком, други пут само идеолошком или, пак, мешовитом садржином. Према томе, постоји и трећа категорија норми - мешовите норме. У њима су, у већој или мањој мери, заступљене обе основне категорије норми, па као такве представљају слагање или компромис елемената социолошких и етатистичких норми. На овај начин Марковић стиже до тачног закључка, мада сам термин не употребљава, о постојању плурализма правних норми у једном позитивном праву. Изразу "правни плурализам" даје једно шире значење по којем у

(10) Б. Марковић, *Нормативност у приватном праву и политички режими*, *op.cit.*,584.
(11) Б. Марковић, *О социолошком и етатистичком нормативитету*, *op.cit.*, 82.

позитивном поретку делује релативно аутономно више субјеката стваралаца права.

Очигледно да је у погледу изнесених идеја о социолошким, етатистичким и мешовитим нормама, али и иначе, на Марковића снажан утицај извршила и оставила француска правна и правнофилозофска мисао и култура (12). Наиме, ослањајући се на преображаје у друштвеним односима, у француској правној науци тога времена оспоравале су се апсолутна суверености државе и њене претензије у погледу права. Оштро се критиковао "фетишизам закона и свемоћ кодекса". Као последица тога, у првим деценијама XX века интересовање извесних теоретичара било је усмерено на нормативну делатност и других стваралаца права, посебно суда. Пошто реалне изворе права, по њима, треба тражити у самом друштву изван кодекса, поред судске праксе интересовање за проучавање било је усмерено и на обичај као извор права (13). На тај начин писци су изражавали "револт чињеница против кодекса" (14). Поред Франсоа Женија (*François Gény*), у Француској Леон Диги (*Léon Duguit*) (15), Морис Орију (*Maurice Hauriou*), Луј Ле Фир (*Louis le Four*) били су велики инспиратори идеје правног плурализма, идеје да постоје поред државе и други, више или мање аутономни, социјални стваралаци права. Ову теорију о социолошким и социјалним изворима права, чији је зачетник у нашој средини био Живан Спасојевић, прихватио је и његов ученик Божидар С. Марковић.

Даље испитујући заједничке особине социолошких и етатистичких норми, тачно уочава да у погледу дејства и једне и друге могу бити како од позитивног, тако и од негативног утицаја на развој и опстанак друштва. Када услед промена у друштву дође од тога да је постојећа социолошка норма застарела или, чак, негативна, а формирана је нова, тада, по мишљењу Божидара Марковића, треба суду признати право да примени новообразовану, позитивну социолошку норму. Ако је, пак, реч о негативној етатистичкој норми, онда се она може мењати или укидати само доношењем новог прописа, а не и судском праксом. Суд је обавезан да респектује и примени и такву негативну, чак штетну етатистичку норму.

---

(12) В. бриљантне есеје који непосредно сведоче о његовом књижевном дару, посебно Б. Марковић, *Француска мисао о праву* у: *Француска - 14. јули 1938*, Библиотека "Политика и друштво", Београд, 141-147; *Један поглед на филозофију права у савременој Француској*, "Архив за правне и друштвене науке", мај-јун 1938, 461-466.

(13) Монументално дело Ф. Женија представља одлучан прелом у развитку модерне мисли у праву. Он је трасирао пут аналитичком истраживању права сматрајући да судска пракса представља извор права, пошто судија поново "даје живот" правним текстовима инспиришући се друштвеним и економским променама које, у ствари, чине превасходну материју (le donné) права. B. F. Gény, *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif*, 2 vol, 2 ed., Paris, 1919. Исто тако и у *Sciences et téhnique en droit privé positif*. Nouvelle contribution à la Critique de la méthode juridique, 4 vol., Paris, 1914.

(14) Сами наслови дела публикованих у то време говоре недвосмислено о њиховој садржини. Тако J. Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908; M. Léroy: *La coûtume ouvrière*, Paris, 1913; G. Morin, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, 1920.

(15) Тако, на пример, Диги истиче да право настаје независно од државе и да се обликује у друштву - L. Duguit, *Traité de droit consitutionnel*. T.I., 1927, 95.

Други налаз до којег је дошао Марковић јесте да поред заједничких особина социолошке и етатистичке норме имају и особине по којима се битно разликују. Разликовање социолошких и етатистичких норми је од изузетног теоријског и практичног значаја, посебно када је реч о еволуцији права и поступку при тумачењу, односно примени. Социолошка норма је по својој природи еволутивна категорија "пошто је заснована на слободним друштвеним чињеницама и односима који су битно применљиви," (16) и које је "позитивноправни поредак преузео и санкционисао" (17).

Насупрот социолошкој норми, етатистичка норма је константна и нееволутивна категорија. Њу је издала државна власт на основу свог империјума, као творац и организатор правног поретка и она се не мења под дејством друштвених узрока и кретања. Код етатистичке норме примарно је питање компетенције, а не да ли је она разумна, корисна, штетна или застарела. Уколико занемаримо неправни начин - насиље и револуцију, до промене или укидања етатистичке норме може доћи само правним поступком у легалној политичкој борби и променом законодавства. Али, све дотле док је етатистичка норма на снази, судови, као и остали правни субјекти, дужни су да примене ту норму. Колико су за Марковића битни јединство правног поретка, правна држава, начело поделе власти и правна сигурност говори став по коме се етатистичке норме не могу мењати и укидати под притиском развоја друштвене каузалности, еволуције или рационалних аргумената.

С друге стране, социолошка норма резултат је "слободне игре свих друштвених фактора и сила, мења се под утицајем нових људских сазнања, технолошких изума и нових идеологија, услед којих се мењају и друштвена схватања о правди и о томе како појединци и групе треба међусобно да се понашају у новим условима друштвеног живота" (18). Легализовање нове социолошке норме, по мишљењу Божидара Марковића, треба признати суду који по својој функцији и иначе врши посредничку улогу између државе и друштва. Суд треба да цени да ли је нова социолошка норма противна некој етатистичкој норми, јавном поретку и правном систему у целини, да ли је штетна по друштво, па у зависности од резултата признати му право да прихвати или одбије нову социолошку норму. Укратко, "мењање и еволуција етатистичке норме могу се вршити само законодавним путем, а социолошке норме и путем судске праксе (19).

У примени и тумачењу социолошке норме није довољно служити се само логичким тумачењем већ га треба допуњавати, кориговати социолошком методом, односно посматрањем чињеница и новим кретањима у друштву. Уколико, пак, логичко и социолошко тумачење доведу до различитих или, чак, супротних резултата, онда предност

(16) Б. Марковић: *Дуалитет позитивног права, op.cit.*, 5.
(17) Б. Марковић, О *социолошком и етатистичком нормативитету, op.cit.*, 84.
(18) Б. Марковић, *Дуалитет позитивног права, op.cit.*, 5.
(19) *Op.cit.*, 6.

треба дати социолошком аргументу и решењу које више задовољава потребе и схватања друштва у тренутку примене норме.

Када је реч о етатистичкој норми, као императиву суверене државне власти, онда при тумачењу и примени у обзир може доћи само логичко, а не и социолошко тумачење. Етатистичка норма има да се спроведе до краја, па судови нису овлашћени да под утицајем социолошког фактора, аргумената или еволуције доносе одлуке које нису у складу или су противне постојећој етатистичкој норми. "То је област у којој држава доминира над друштвом, односно политички разлог над друштвеним" (20).

Разликовање социолошке и етатистичке норме код тумачења и примене неће увек бити ни лако, ни јасно, посебно када је реч о мешовитим нормама. Код ових мешовитих норми требало би најпре, упућује Марковић, установити који је део те норме етатистички, а који социолошког порекла. При томе ће од помоћи бити нарочито правносоциолошка и политичка анализа дате норме као и историја њеног доношења. А када се порекло мешовите норме утврди, онда се на социолошки део има применити социолошко тумачење и еволуција, и биће дозвољено доношење одлуке *contra legem*, док би етатистички део остао непромењен без обзира на еволуцију и рационално оправдање нове друштвене норме (21).

Марковић указује на још једну значајну разлику између етатистичких и социолошких норми (22). Наиме, уколико се посматрају под социјалним углом, оне се јављају у исто време и као аутономна, и као хетерономна нормативност. Прва, као заповести сопствене воље друштву, и, друга, као заповести њему спољашњег државног ауторитета. Тај однос аутономног и хетерономног није сталан ни у једној истој правној норми. При том аутономни карактер правних правила најпотпуније је изражен у приватном праву уопште, специјално у демократском приватном праву. И што је сасвим тачно, "ни у демократији код једног истог правила однос између фактичког и правног није сталан". Удео фактичког и нормативног не зависи само од веће или мање општости правила, као што "не зависи уосталом само од временског и просторног фактора него и од размере мањине и већине. Ако је демократско право услед принципа броја који доминира тим политичким режимом аутономна заповест за већину, она за мањину остају хетерономан пропис, спољашњи императив. Зато и сва кретања у односима мањине и већине, која су у сталном току, утичу на обим аутономности, односно хетерономности демократских права. Степен његове креативности зависи даље и од количине његовог диспозитивитета. Чим демократска држава одузме једној материји диспозитивност, ова од тога тренутка губи везу са слободном друштвеном стварношћу. Процедурално везана принудним прописом, друштвена стварност уколико остаје слободна, престаје бити легална у овом случају" (23). Тако "аутономни елеменат биће

(20) *Op.cit.*,7.
(21) Б. Марковић, *О социолошком и етатистичком нормативитету*, *op.cit.*, 86.
(22) Б. Марковић, *Нормативност у приватном праву*, *op.cit.* 583.
(23) *Op. cit.*, 586.

максималан углавном код нових општих и диспозитивних прописа, а знатно мањи код старих, специјалних и принудних закона", закључује Марковић (24).

Према томе, разликовање социолошких и етатистичких норми од изузетног је практичног и теоријског значаја када је реч о еволуцији права и поступку при тумачењу, одн. примени права. Социолошка норма је еволутивна категорија будући да је заснована на битно променљивим друштвеним чињеницама. Етатистичка норма је насупрот њој статичка нееволутивна категорија, пошто јој је сврха остварење одређених циљева које је поставила држава као суверени творац правног поретка. Услед тога се и етатистичке норме могу мењати само законодавним путем, а социолошке норме и путем судске праксе.

Нужност разликовања ових двеју категорија норми, како је показано, налаже још једна значајна околност, а то је поступак при њиховом тумачењу, односно примени. Приликом тумачења и примене социолошке норме није довољно служити се искључиво логичким тумачењем законског текста него тај поступак треба допуњавати и посматрањем чињеница и кретања у друштву, тј. и социолошким методом. Кад је, пак, реч о тумачењу и примени етатистичке норме, у обзир може доћи само логичко тумачење, јер је та норма непроменљива догма која захтева логички континуитет.

Исто тако, разликовање социолошких и етатистичких норми омогућава да у општој теорији и филозофији права дође до помирења између позитивистичко-формалистичког и социолошко-еволутивног правца. Крајности обеју тих супарничких школа последица су неразликовања социолошких и етатистичких норми, а њихов компромис би се састојао у томе да се социолошке норме обрађују еволутивно и социолошки, а етатистичке формалистички и статично.

Тим разликовањем се, између осталог, на задовољавајући начин решава и класична контроверза о томе може ли се или не може закон мењати и укидати обичајем и судском праксом. Може - ако је реч о социолошкој норми, а не може - ако је реч о укидању или мењању етатистичке норме.

II

Градећи своје схватање дуалитета позитивног права, Марковић је нарочито брижљив, аналитички проницљив према проблему односа између социолошке и етатистичке норме. Кад је реч о међусобним односима норми, Марковић сматра да се оне могу допуњавати, преплитати, утичући један на другу, а често ићи у раскорак, а неретко се и супротстављати и сукобљавати. У погледу утицаја, етатистичка норма додаје социолошким кретањима и један нов елеменат, одређену филозофску, религиозну или политичку идеологију, уносећи на тај начин у друштвену стварност нешто ново, чега у њој раније није било. Тим

(24) *Op. cit.*

путем етатистичка норма постаје активан социолошки фактор и један од најзначајнијих носилаца друштвене еволуције (25). Уколико се ове две врсте норми супротстављају, ни супротстављање није апсолутно. Могуће је да етатистичка норма понекад искључује социолошку норму у потпуности. Исто тако, оне могу и коегзистирати равноправно једна поред друге, а некад ће се мирити у некој врсти синтезе (26). Али, у односима између социолошке и етатистичке норме апсолутни примат припада етатистичкој норми. Пред њом се социолошка норма има повући, изузев случаја када етатистичка норма са социолошком прави компромис. "Јер, уколико се жели остати на терену правне државе, у позитивном поретку се пре свега мора поштовати воља државе као суверене власти и организатора правног поретка, без обзира на то да ли је и у којој мери је та воља праведна и разумна" (27).

Посебну ситуацију представљају случајеви када услед развоја друштва настају правне празнине, па правна пракса треба да санкционише насталу социолошку норму или да је, евентуално, допуни, односно сузбије. Законодавац често садржину социолошке норме преузима, реципира из друштвене праксе у потпуности или делимично, било у диспозитивном, било у принудном облику. "У процесу стапања и сједињавања социолошка норма сачињава инфраструктуру, а етатистичка норма као идеолошки државни императив представља надградњу над првом." Тако, рецимо, кодификација свој материјал црпе већим делом из друштва, док законодавац са своје стране утиче на формирања тог материјала. "Преузимајући постојећи социолошки материјал, етатистичке норме том приликом фаворизују или апсолутизују поједине већ постојеће друштвене факторе, док друге сузбијају или потпуно елиминишу, што је последица оцењивања њихових вредности с гледишта водећих идеја и циљева које идеологије прихваћене од државе желе постићи." У наставку излагања Марковић извлачи закључак, "кроз две наведене категорије норми долазе тако до израза и односи друштва и државе при формулисању позитивног права. Ако се, дакле, етатистичке норме на изложени начин напајају на социолошким изворима, оне, с друге стране, хране те изворе, јер својом принудном снагом утичу да се постојећа друштвена материја преображава у смислу државне идеологије" (28).

Разматрајући питање дуалитета позитивног права, намеће нам се питање, њега просто сугерише Марковић: Који су друштвено-историјски узроци због којих у појединим друштвима право претежно ствара држава, а у другим га поред државе, на више или мање аутономан начин, стварају други субјекти? Од чега зависи које ће норме бити доминантне, шта заправо производи правни плурализам? Да ли је то сукоб или, можда, нужност постојања поретка? На та питања Божидар

(25) Б. Марковић, *Дуалитет позитивног права, op. cit.*, 3.

(26) Б. Марковић, *О социолошком и етатистичком нормативитету, op. cit.*, 83.

(27) Б. Марковић, *Дуалитет позитивног права, op. cit.*, 4; *Социолошки и етатистички нормативитет, op.cit.*,73.

(28) Б. Марковић, *Дуалитет позитивног права, op. cit.*, 3.

Марковић не даје изричит и непосредан одговор. Али, управо из његове перспективе, чини се да, како каже Карбоније: "Није поредак кључ друштвеног живота већ је то сукоб; не позива поредак на интеграцију и јединство већ сукоб који сугерише плурализам" (29). Међутим, плурализам у коме ће се изражавати друштвени сукоб може бити, с једне стране, плурализам правних норми или, с друге стране, плурализам судских пресуда (30). Који од та два, или можда оба заједно, и у којој мери? Одговори на ова питања су нужни уколико желимо оперативну теорију о правном плурализму, користећи са укупношћу сазнања о праву до којих је дошла традиционална и савремена теорија права, односно уколико желимо дати теоријско објашњење историјских облика правних поредака из прошлости, као и због потребе објашњења савременог права и предвиђања његових промена.

III

На основу проучавања дела Божидара С. Марковића, на првоме месту треба истаћи да је дуалитет позитивног права само један од видова у којем се јавља дуализам правног феномена. Иначе, дуалитет није само полазна тачка, основни разлог теоријске проблематике којом се бави већ је константа, оно трајно и основно у његовоме делу. Наиме, посебну вредност има што Марковић у схватању позитивнога права стоји више или мање на истим позицијама на којима је био на почетку своје научне каријере, изграђујући и употпуњавајући раније изнесене ставове (31).

Полазећи од Марковићевих идеја, разликовањем социолошких, етатистичких и мешовитих норми, у ствари одбацујемо монистичко схватање права као непосредног или посредног производа државе. Јер се, по том схватању, иначе - дуго владајућем у нашој послератној теорији, занемарује или потцењује улога других друштвених субјеката у стварању права. Тако прихватамо плуралистичку концепцију права, која отвара, поред осталог, у општој теорији права једну значајну, нову оријентацију у поимању позитивног права у свој његовој сложености и целокупности. На тај начин се превазилазе једностраности социолошког и формалистичког поимања права што је од нарочитог значаја како за теорију, тако и за правну праксу, у тумачењу и примени права.

С обзиром на неспорну чињеницу да позитивно право није увек и праведно право, посебно вредна су Марковићева разматрања односа између позитивног и праведног права. "Извесно је да у нашој правној филозофији нема аутора који је, као Марковић, толико истраживао правичност. Она га је занимала у различитим димензијама (међусобно,

(29) Ж. Карбоније, *Правна социологија*, Сремски Карловци, 1992, 177.

(30) J. -G. Belley, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, Thèse, Paris, II, 1977.

(31) Или, како каже један аутор о схватању демократије проф. Марковића, то схватање "има још и тај значај што је таквом концепту демократије остао веран све до данас". Миљковић, *Социолошка мисао у делу Божидара С. Марковића - поводом једног јубилеја*, "Социолошки преглед", 4, vol. XVI, Београд, 1982, 105.

наравно, тесно повезаним) - као идеја, као пракса, као правни извор, тако да Марковићеви радови садрже елементе једног заокруженог и конзистентног виђења правичности" (32).

Међутим, значај његовог схватања дуалитета позитивног права ни издалека се не исцрпљује тиме. Идеје Божидара Марковића драгоцене су још у једном погледу: упућују нас на један задатак - успостављање везе са француском теоријом и филозофијом права. Прекид тих веза трајао је више од пола века, па се њихово успостављање поставља као нужда. Посебно с обзиром на драгоцене резултате до којих се дошло у проучавању правног плурализма. Мисао о постојању правног плурализма заступана је у оквиру веома различитих теоријских концепција о друштвеном, социјалном праву, праву интеграције, живом праву итд. према којима право настаје спонтано независно од државе. У савременој теорији и социологији права у Француској идеја правног плурализма налази се у центру интересовања Андре Жан Арноа (*André-Jean Arnaud*) (33) и Жана Карбонијеа (*Jean Carbonnier*). Тако за Карбонијеа државно право има супериоран положај у односу на остале правне поретке. Ниже правне поретке ("*ordres juridiques mineurs*") или држава креира, или их одобрава. Али истински правни плурализам и за Карбонијеа и Арноа налази се у различитим манифестацијама подправа ("*infra droit*"). Према Карбонијеу, државно право одговара глобалном друштву или нацији, а феномен подправо има за ослонац различите групације: друштвене класе, старосне класе, географске изолате и етничке мањине, породице, групе деце (34). По његовом мишљењу, ово право је у тесној вези са еволуцијом и постојањем државног права. Рецимо, фолклорно право као остатак старог права, формално укинутог од државе, често надживљава у облику усмених, локалних обичаја, чак и без много санкција осим, можда, сатиричних. Или, пак, вулгарно право које, у ствари, изражава постојање народне свести о важећем позитивном државном праву. Њега конституишу нестручне средине, комбинујући за властиту употребу елементе права, позајмљене од правних поредака у држави.

Схватања Карбонијеа и Арноа веома су плодоносна, јер нас упућују на проучавање разноврсних облика правног плурализма и њиховог односа са државним правом. Но, њихови радови, нажалост, нису досад наишли на одјек у нашој правној и социолошкој мисли (35), за разлику од предратних наших писаца (међу њима и Б. С. Марковић) који су добро познавали и спајали класично наслеђе са најмодернијим савременим схватањима.

---

(32) Д. Баста, *Преображаји идеје права. Један век правне филозофије на Правном факултету у Београду (1841-1941)*, Београд, 1991, 27.

(33) A. -J. Arnaud, *Critique de la raison juridique*, Où va la sociologie juridique, Paris, LGDJ, 1981.

(34) Ж. Карбоније, *op. cit.*, 179.

(35) В. наш рад *Савремена теорија права у Француској*, "Архив за правне и друштвене науке", Београд, јануар-март 1991, бр. 1, 113-122.

На крају додајмо и то да најсложенија питања Марковић излаже јасно у духу француске традиције, у тананој анализи, хармонично надовезује један став на други, са нијансама и прелазима њему својственим, да би на крају израсло једно чврсто и складно уобличено схватање позитивног права. Међутим, идеје постају још снажније, упечатљивије у непосредном, живом разговору са њим. Ако се овоме дода посебна пажња за туђе аргументе, пажљиво усмеравање и вредне сугестије, онда није претерано рећи да се сусрети са професором др Божидаром С. Марковићем претварају у истинске празнике ума и духа.

(Примљено 28. децембра 1992)

Dr. Gordana Vukadinović,
Assistant Professor of the Faculty of Law in Novi Sad

DUALISM OF POSITIVE LAW IN THE WORK OF BOŽIDAR S. MARKOVIĆ

Summary

The idea of dualism in law in general has been the initial inspiration of B. Marković in his conception of the legal phenomenon. His doctoral thesis in 1930 has thus been dedicated to the relations between justice and positive law, and was in its core based on the idea of legal dualism. Later works of Marković too - until the present, manifest various aspects of that dualism between just and positive law. In his search for a just law, Marković has discerned a particular dualism within the very positive law and he has dedicated to it several of his recent studies.

The author in the present article considers only Marković's conception of dualism in the sphere of positive law. Distinguishing between sociological and state norms is has an exceptional practical significance, as well as theoretical in terms of treating the issue of the evolution of law and that of procedure of interpretation, namely implementation. The same distinguishing makes possible in the general theory and philosophy of law to find the way of reconciliation between the positivist-formalistic and socio-evolutive conceptions. In such a way it is also possible to settle in a satisfactory way the classic controversy regarding the possibility of changing the statute through custom and judicial practice, which applies also to its annulment.

Key words: *Božidar S. Marković. - Positive law. - Sociological norms. - State norms.*

Gordana Vukadinović,
chargée de cours à la Faculté de droit de Novi Sad

LA DUALITÉ DU DROIT POSITIF DANS L'OEUVRE DE BOŽIDAR S. MARKOVIĆ

Résumé

L'idée de la dualité dans le droit en général a été l'inspiration de départ de Božidar S. Marković dans sa conception de la notion du phénomène juridique. Sa thèse de doctorat a été déjà consacrée aux rapports de la justice et du droit positif et elle a été dans son essence basée sur l'idée du dualisme juridique. Plus tard, et jusqu'à nos jours, les travaux de B. Marković ont pour principal thème diverses manifestations de cette dualité du droit juste et du droit positif. Dans ses recherches du droit positif, Marković a remarqué qu'il existait une dualité spécifique dans le cadre du droit positif lui-même, dualité à laquelle il a consacré un certain nombre de ses toutes dernières oeuvres. L'auteur examine dans son article sa conception de dualité qui existe dans le domaine du droit positif. La distinction entre les normes sociologiques et étatistes est d'une importance théorique et pratique extraordinaire lorsqu'il s'agit de l'évolution du droit et de la procédure appliquée à l'interprétation et à l'application. De même, la distinction des normes sociologiques et étatiques permet que dans la théorie générale et dans la philosophie du droit on aboutisse à la réconciliation entre le courant positiviste et formaliste d'une part, et le courant sociologique et évolutif de l'autre. Cette distinction règle, par ailleurs, de manière satisfaisante, la controverse classique de la question de savoir si l'on peut ou non modifier et abolir la loi par la coutume et par la pratique des tribunaux.

Mots clé: *Božidar S. Marković. - Le droit positif. - Les normes sociologiques. - Les normes étatiques.*

UDK - 347.4
Изворни научни рад

др Младен Драшкић,
редовни професор Економског факултета у Београду у пензији

ЋУТАЊЕ КАО ИЗЈАВА ВОЉЕ У ПРАВНОМ ПРОМЕТУ

Ко ћути - не изјављује ништа. То је опште правило прихваћено у свим националним правима. Од тог правила се, међутим, такође у свим правима, чине и изузеци. У чланку је изложен став правне доктрине о ћутању као изјави воље и наведене и анализиране типичне ситуације у којима се при закључивању уговора ћутању изузетно признаје дејство прихвата. То су: 1) претходни споразум странака, 2) обавеза изјашњавања одређених категорија лица, 3) обавеза изјашњавања при закључивању одређених уговора, 4) обавеза изјашњавања која настаје из ранијег пословања међу странкама, 5) понуда коју је тражио понуђени, 6) коначна понуда коју је странка учинила после преговора, 7) ћутање као прихват противпонуде, 8) закаснели прихват, 9) дејство ћутања при закључењу уговора на основу општих услова пословања, и 10) потврдна писма. У закључку аутор констатује да правосуђе у свим земљама тумачи изузетке од правила да ћутање не може представљати изјаву воље веома рестриктивно. Чак и кад постоје описане ситуације, судови оклевају да аутоматски искључе опште правило. Одлуке судова, у којима се признаје ћутању дејство прихвата, засноване су на сплету фактора који су говорили у прилог таквом решењу. При одлучивању да ли да у наведеним изузетним ситуацијама признају ћутању дејство прихвата или не, на судове су утицали и извесни општи фактори, као што су трговачки карактер уговорних односа, оправдано поверење странке која се позива на уговор, важност и природа стеченог или укинутог права, неоправдано обогаћење и критеријум поштења и савесности.

Кључне речи: *Појам ћутања. - Изјава воље. - Дејство у правном промету.*

Ко ћути - не изјављује ништа. То је правило од кога се полази у праву. При томе се под ћутањем подразумева не само одсуство изричите изјаве воље него и потпуна пасивност једног лица. Оно нити шта говори нити шта ради. По томе се ћутање разликује од прећутне изјаве воље, при којој такође не постоји изричито испољавање воље, али постоји понашање које указује на постојање одређене воље.

Опште правило по коме ћутање не представља изјаву воље усвојено је због тога да би се заштитила лица пасивна због слабости или незнања од обавеза које би наступиле против њихове воље. У супротном, свако би морао да се изјавама воље брани од понуда које би му

стигле. "Таква стална одбрамбена битка не може се појединцу наметнути на генералан начин" (1).

Као и сва основна правна правила, и ово трпи изузетке, који нису ретки и јављају се како при закључивању уговора, тако и при његовом допуњавању, мењању, раскиду и тумачењу. Те изузетке дозвољавају и законодавства (2) и правосуђа, нарочито у домену закључивања уговора, па ће због тога претежан део излагања у овом раду бити посвећен ћутању као изјави прихвата.

СТАВ ПРАВНЕ ДОКТРИНЕ О ЋУТАЊУ КАО ИЗЈАВИ ПРИХВАТА

Ретке су правне области у којима је правна доктрина тако богата различитим теоријама као што је ова. То произлази из изузетности оваквe ситуације и тегоба у које су законодавство и правосуђе ставили теорију да објасни тоталну апстиненцију једног лица као његову изјаву воље.

Неки аутори (3) сматрају да се не може од ћутања, које по дефиницији није ништа, створити једна форма изражавања воље. Случајеви тзв. "прихвата ћутањем", које предвиђају закони и правосуђе, не везују, у ствари, настанак уговора за ћутање, него за друге околности (4) које оправдавају закључак о постојању прихвата: или се радило о пређутном прихвату или о потврди већ закљученог уговора или је у односима међу странкама постојала резерва прихвата која је обавезивала неког корисника да обавести понуђача о свом одбијању да закључи уговор. Тако се преузимање понуђене ствари, које несумњиво изражава вољу за прихватом, пре може објаснити радњом понуђеног, која се састоји у преузимању, неголи његовим ћутањем. Ако једно лице учини предлог уз резерву свог накнадног пристанка, онда такав предлог не представља понуду, али он обавезује предлагача да обавести онога који је учинио понуду у одговору, тј. послао поруџбину, да одбија понуду. Ако понуђач не прими никакав негативан знак, треба сматрати да је његова понуда прихваћена. Овде је настанак уговора директна последица недостатка одговора на поруџбину. Чим постоји обавеза да се изрази негативна воља, не може се истовремено тражити да се изјављује позитивна намера. У овом случају постојање резерве прихвата доводи до последице да је ћутање прихват. Сагласност воља настаје из саме чињенице да она није изричито негирана.

Већина аутора, међутим, прихвата идеју да ћутање може изузетно изражавати прихват. Разлике између ових аутора постоје у погледу основа оваквог прихвата и у погледу његових претпоставки. Да би се оправдали ови изузеци, извесни аутори су инсистирали на постојању

(1) Donald Götz, *Zum Schweigen im rechtgeschäftlichen*, Verkehr, стр. 20.

(2) В., нпр., наш Закон о облигационим односима, чл. 42, ст. 3-5. и чл. 901, ст. 3. и 4.

(3) Jean-Luc Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*. Thèse. Paris, 1969, стр. 390-459.

(4) "Le silence d'une partie ne peut l'obliger en l'absence de toute autre circonstance," - Henri Capitant, *Les grands arrets de la jurisprudence civile*, стр. 268.

додатних околности, које имају за дејство да "обоје" ћутање и да му дају вредност изјаве воље. Други (5) дошли су до закључка да је став апстиненције нека врста понашања које може прећутно изражавати вољу кад је довољно карактеристичан. Ћутање значи прихват само у ситуацијама у којима понуђач ћутању не може дати никакво друго значење осим сагласности. *Planiol-Ripert* (6) сматрају да је овде одлучујуће очекивање понуђача које произлази из претходних преговора (нпр., ћутање на понуду која је уследила на основу неког *invitatio ad offerendum*). *Williston* (7) наводи и претходни споразум као претпоставку за закључивање уговора ћутањем.

Значајан број аутора (8) заснива прихват ћутањем на обавези понуђеног, која настаје под одређеним околностима, да обавести понуђача кад не жели да прихвати понуду. Понуђени је "крив" зато што је повредио обавезу да говори. Побијајући ово гледиште, његови противници сматрају да би повреда једне такве обавезе могла повлачити само санкцију накнаде штете, али не и закључења уговора. По њиховом мишљењу (9), треба пре поћи од поверења понуђача, јер он зна за околности због којих се ћутање може тумачити као прихват.

По Фабрицијусу (10), реч је о наметању правних обавеза због јавних интереса у оквиру приватног права, које је нужно ради одржања несметаног одвијања правног промета. Субјектима се октроишу облигациони односи кад је то на основу њиховог става и понашања у одређеној ситуацији могуће, да би се ризици поделили, штета спречила или равномерно расподелила (11).

Интересантно је, најзад, и гледиште које објашњење прихвата ћутањем налази у појму злоупотребе права. "Ако имам право да не одговорим на учињену понуду, немам право да злоупотребим моје ћутање, кад ћутањем свесно шкодим другима" (12). Ова доктрина не објашњава, међутим, како ћутање, које није изјава воље, може изражавати свесну намеру да се причини штета.

Свакако да је утврђивање да ли се ћутањем изражава потврда, негирање или просто дезинтересовање, могуће само уз помоћ других критеријума. Видели смо да су то, по неким мишљењима, околности

---

(5) Heinrich Klang, *Kommentar zum Algemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien, Österreichische Staatsdruckerei, 1951-1954, пар. 863.

(6) Traité pratique de droit civil français. Vol. 6. Obligations, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954, бр. 109.

(7) *A Treatise on the Law of Contract*, Mount Kisco, Baker, Noorhis and Co., 1957-1961, пар. 91.

(8) J. von Staudinger, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Hamburg, Walter de Gruyter und Co., 1957, пар 146, бр. 8; H. Becker, *Obligationenrecht*, Band I i II, Stämpfli, Bern, 1934. i 1941, чл. бр. 39.

(9) Götz, *op. cit.*, стр. 25-40.

(10) Stillschweigen als Willenserklärung, JuS 1966, str. 58. i d.

(11) Немачки Reichsgericht усвојио је следеће правно начело: "Свако би морао при пословном понашању према другоме дозволити да му се припише такав смисао понашања какав оно има за примаоца сагласно промету." (V. Götz, *op. cit.*, стр. 59.)

(12) Popesco-Rammusceano, *Le silence createur d'obligations et l'abus de droit*. U: "Revue trimestrielle de droit civil," 1930, стр. 1004.

које ћутању дају карактер изјаве воље, по другим је то повреда оправданог очекивања друге стране (повреде принципа поверења), по трећим повреда обавезе обавештавања итд. Ниједан од ових критеријума, којима треба придодати и повреду принципа поштења и савесности, не може сам по себи да објасни све ситуације у којима се у законодавству и правосуђу ћутање квалификује као прихват. Опште правило о ћутању као изјави воље ретко се среће у упоредном законодавству. Швајцарски Законик о облигацијама (чл. 6) један је од ретких националних извора права (13) који садржи такво опште правило: "Кад понуђач с обзиром на нарочиту природу посла или с обзиром на околности не може да очекује изрично прихватање понуде, уговор се сматра закљученим ако понуда није одбијена у примереном року."

Према коментару поменутог законика (14), ово правило се примењује само ако понуда има две особине: 1) да је учињена између одсутних лица, и 2) да у њој није изричито одређен рок њеног трајања. Сматра се да одређивањем рока трајања понуде, понуђач изјављује да у оквиру тог рока очекује изричити прихват. "Околности на основу којих се не очекује изричити прихват" треба разумети свеобухватно: судија мора да испитује целокупност околности у време одаслања понуде како би утврдио да ли је понуђач смео и морао да закључи да ћутање понуђеног представља прихват. "Нарочита природа уговора" само је једна од могућих околности, које се одређују према садржини предложеног уговора.

У националним законодавствима постоје, међутим, и посебна правила која се односе на одређене, "типичне", ситуације у којима се ћутање изузетно квалификује као изјава прихвата. Оваква правила формирала су се и у правосудној пракси. Размотрићемо неке од ових типичних ситуација.

1. ПРЕТХОДНИ СПОРАЗУМ СТРАНАКА

Из принципа аутономије воље произлази да, ако постоји претходна сагласност воља странака да ће се уговор сматрати закљученим у случају да једна од њих ћути пошто је друга учинила понуду, ћутање понуђеног производи дејства прихвата. Таква ситуација може настати и на основу простог овлашћења понуђеног да понуђач може да тумачи његово ћутање као прихват. Међутим, понуђач не може својом једностраном вољом наметнути обавезу изјашњавања понуђеног. "Он не може присилити понуђеног да узме своје перо у руке или да потроши марку од два цента, или да отвори уста, уз казну да ће бити везан уговором ако то не учини" (15). То општеусвојено правило националних права изражено је и у чл. 42, ст. 2. нашег Закона о облигационим односима: "Нема дејства одредба у понуди да ће се ћутање понуђеног

(13) Пар. 151. BGB о прихвату без обавештавања односи се на прећутан прихват.

(14) Schönenberger-Jäggi, *Obligationenrecht*, Schulthess polygraphischer Verlag, Zürich, 1973, стр. 459. и 460.

(15) Arthur Linton Corbin, *On Contracts*, 1950-1964, пар. 73. уз 310.

или неко друго његово пропуштање (на пример, ако не одбије понуду у одређеном року, или ако послату ствар о којој му се нуди уговор не врати у одређеном року и сл.) сматрати као прихватање." У основи овог правила лежи начело да понуђач може да одређује модалитете прихвата, али не и начине одбијања понуде.

Споразуми о прихвату путем ћутања врло се често јављају у случајевима кад је роба послата на пробу. Поједини уговори (као што је то, на пример, случај са уговором о закупу, уговором о сталном или периодичном снабдевању робом, уговорима о услугама) садрже често клаузулу која предвиђа да ће уговор бити обновљен ако једна странка не јави другој супротно пре извесног датума.

Споразуми о прихвату путем ћутања нису, разуме се, могући кад је реч о закључењу уговора за који закон прописује одређену форму.

2. ОБАВЕЗА ИЗЈАШЊАВАЊА ОДРЕЂЕНИХ КАТЕГОРИЈА ЛИЦА

Обавеза изјашњавања у националним правима се везује са одређене категорије лица. Она може бити заснована на закону, као што је то случај са обавезом изјашњавања адвоката и нотара (16), или на обичајима - као што је то случај са трговцима. Мада је правило да је сваки трговац увек дужан да говори кад прими понуду, које је истицано у правној доктрини XIX века, напуштено, ћутању се међу трговцима генерално пре придаје значење прихвата, неголи што је то случај међу другим лицима. То посебно важи за случај кад понуђач заједно са понудом достави и пословне услове. Прихват понуде подразумева тада и прихват пословних услова понуђача. До овог закључка је правосуђе долазило нарочито у ситуацијама кад су пословни услови и раније били основ њихових уговора.

У овом домену имају велики значај трговачки обичаји у одређеној делатности или у одређеном месту. Судске одлуке су често биле засноване на трговачким обичајима који су одређивали да трговац - понуђени мора одговорити брзо ако не жели уговор (17). Ово нарочито важи за трговачке агенте, комисионаре и посреднике.

Наш Закон о облигационим односима такође квалификује ћутање као прихват када је реч о одређеним категоријама лица. Према чл. 42, ст. 4, лице које је понудило другоме да извршава његове налоге за обављање одређених послова, као и лице у чију пословну делатност спада извршење таквих налога, дужно је да изврши добијени налог ако га одмах није одбило. У овом случају, дакле, извршилац налога који не жели закључење уговора мора реаговати на налог. Ако то не учини одмах или у остављеном року, уговор аутоматски настаје.

---

(16) Швајцарски Законик о облигацијама, чл. 395.

(17) В. Одлуку француског Касационог суда од 9. јуна 1956. Цит. према извештају о француском праву у *Formation of Contracts*.

3. ОБАВЕЗА ИЗЈАШЊАВАЊА ПРИ ЗАКЉУЧЕЊУ ОДРЕЂЕНИХ УГОВОРА

У националним правима се при закључењу одређених уговора утврђује обавеза понуђеног да се изјасни. Тако наше право (18) предвиђа обавезу изјашњавања при закључењу уговора о осигурању. Ова се обавеза утврђује и при продужавању одређених трајних уговора (уговора о закупу и уговора о лиценци) (19). Ако једна странка, по истеку времена за које је такав уговор важио, настави да употребљава ствар која је предмет закупа или да користи предмет лиценце, а друга се томе на време не успротиви, продужава се важење ранијег уговора под истим условима. Ћутање овде изазива аутоматско продужење уговора на неодређено време.

Средњоевропска права такође садрже посебна законска правила о обавези изјашњавања при закључивању и настављању одређених уговора (20). Америчко право (21) садржи правило које ставља у обавезу понуђачу да се изјасни ако не жели уговор о продаји. Наиме, ако понуђени у свој прихват унесе допунске клаузуле, а понуђач на то не стави приговор, те допунске клаузуле могу постати део уговора.

Категорија уговора при чијем закључивању је у националним правима најчешће ћутању придато значење прихвата јесу уговори у искључиву корист понуђеног. Кад је понуда учињена у искључивом интересу понуђеног, његово ћутање сматра се у већини континенталних права прихватом. Понуда је учињена у искључиву корист понуђеног онда кад се њеним прихватом не ствара никаква одговорност нити ризици за понуђеног. У правима *common law* система овај ће се изузетак ретко јављати, јер се тамо за сваки пуноважан уговор захтева *consideration* (противобећање, накнада). Тај *consideration* може бити и формалан (понуда учињена *under seal*) и једино у тим ситуацијама може настати уговор у искључиву корист понуђеног и на основу простог ћутања.

Овај изузетак од правила да ћутање не значи прихват не односи се на закључивање уговора о поклону, као најкарактеристичнијем уговору у корист понуђеног, јер је овај уговор у већини права формалан или, бар, реалан, али се широко примењује при понуди јамства или гаранције и при бесплатној понуди права опције или другог сличног права (нпр., права прече куповине).

4. ОБАВЕЗА ИЗЈАШЊАВАЊА КОЈА НАСТАЈЕ ИЗ РАНИЈЕГ ПОСЛОВАЊА

Претходно пословање између странака може бити један од пресудних фактора за квалификовања ћутања као прихвата. Начин на који

(18) ЗОО, чл. 901, ст. 3. и 4. Исто и америчко и француско право (чл. 7. Закона од 18. јула 1930).

(19) ЗОО, чл. 596. и 709.

(20) Аустријски грађански законик - пар. 1114, Аустријски трговински законик - пар. 346. и 362, BGB - пар. 496, 516, ст. 2, 568, 581, стр. 2, 625, HGB - пар. 346. и 362, швајцарски Законик о облигацијама - чл. 225, 268, 292, 346. и 395.

(21) Једнообразни трговачки законик - пар. 2-207(2).

су странке обавиле сличне трансакције у прошлости може указивати да и при конкретном уговарању ћутање треба разумети као прихват. Пословни односи који су преовлађивали међу странкама могу бити такви да траже одбацивање понуде ако понуђени није вољан да закључи предложени уговор. То је нарочито случај када је реч о континуираној испоруци робе. Пријем претходних испорука робе и исплата њихове цене ствара за понуђеног обавезу да се изјасни, ако не жели уговор о новоприспелој количини робе, чак и ако ову робу не употреби. Чињеница да је реч о трговачким уговорима може такође утицати на суд да тумачи ћутање као прихват понуде, ако је таква понуда учињена у оквиру граница ранијих аранжмана.

Ова обавеза изјашњавања која настаје из ранијег пословања широко је прихваћена у националним правима. У већини права она произлази из одговарајуће праксе судова. У нашем праву је овај изузетак од правила да ћутање не значи прихват регулисан Законом о облигационим односима. Чл. 42, ст. 3. ЗОО садржи опште правило о значају ћутања у таквом случају. Кад понуђени стоји у сталној пословној вези са понуђачем у погледу одређене робе, сматра се да је прихватио понуду која се односи на такву робу, ако је није одмах или у остављаном року одбио.

5. ПОНУДА КОЈУ ЈЕ ТРАЖИО ПОНУЂЕНИ

У већини националних правних система (22) оглашавање, слање каталога, ценовника, тарифа, проспеката и сл. не сматра се понудом за закључење уговора већ позивом на понуду (*invitatio ad offerendum*). Позивом на понуду се у средњоевропским правима сматрају и предлози за закључење који садрже клаузулу "без обавезе" (*sine obligo, freibend*). Позитиван одговор на такав позив, мада се креће у оквиру услова који су у њему дати, не доводи до закључења уговора, већ је само понуда за закључење уговора коју аутор таквих иницијатива може да прихвати или одбије.

Међутим, с обзиром на то да лице које покреће такве иницијативе показује тиме бар начелну вољу да закључи уговор, његово ћутање на понуде које су уследиле на бази његовог позива може се оправдано тумачити као прихват, нарочито ако постоје и допунске околности које указују на овакав закључак (трговачки карактер односа, поверење понуђача у настанак уговора и сл.). То тумачење је дато у судској пракси низа земаља (Енглеске, Француске, Немачке) (23). У нашем правосуђу није забележен пример таквог тумачења ћутања на тражену понуду, али зато према ЗОО (чл. 35, ст. 2) за лице које је учинило понуду јавности (позив на понуду) настаје посебна правна ситуација: ако без основаног разлога одбије да прихвати понуду, одговараће за штету коју је претрпео понуђач. Према тумачењу овог правила ЗОО, одбијање без

(22) В. и наш Закон о облигационим односима - чл. 35.

(23) В. извештаје о енглеском, немачком, француском, аустријском и швајцарском праву у *Formation of Contracts*, стр. 1156-1165.

основаног разлога постојало би кад оно није изазвано економским разлогом (24).

У свом правима је усвојено да се овај изузетак од правила да ћутање не значи прихват примењује само у корист понуђача. Понуђени (аутор позива на понуду) нема право да се позива на своје сопствено ћутање.

6. КОНАЧНА ПОНУДА КОЈУ ЈЕ СТРАНКА УЧИНИЛА ПОСЛЕ ПРЕГОВОРА

Преговори не стварају у начелу никакве правне обавезе за преговараче. Ћутање понуђеног на понуду која је учињена после претходних преговора не третира се као прихват, изузев ако не постоји већ утврђена супротна пракса међу странкама. Ипак, могућа је ситуација да странке у току преговора постигну сагласност о најважнијим тачкама уговора и да онда једна од њих учини коначну понуду која обухвата тачке о којима је постигнута сагласност у току преговора, али садржи и незнатне допуне које нису несагласне са тачкама о којима је постигнута сагласност. У том случају понуђач се јавља више у улози коначног редактора већ постигнутог споразума. У таквим ситуацијама нека права - америчко (25), енглеско (26), и швајцарско (27) - чине изузетак од правила да ћутање на понуду не представља прихват. У континенталним правима овакво би решење могло да произађе из принципа поштења и савесности (добре вере). За такво решење ће се правосуђе у овим земљама утолико лакше определити, уколико понуђени својим ћутањем наведе понуђача да започне извршење уговора.

7. ЋУТАЊЕ КАО ПРИХВАТ ПРОТИВПОНУДЕ

По готово свим националним правима (изузев америчког UCC - чл. 2-207) изјава прихватиоца која садржи измене и допуне у односу на понуду сматра се одбијањем понуде и подношењем нове понуде (противпонуде) првобитном понуђачу, за коју је, да би на основу ње настао уговор, потребан његов прихват. Ипак, противпонуда није, по правилу, третирана на исти начин као независна понуда. Ћутању првобитног понуђача даје се врло често у модерним националним правима различито дејство неголи ћутању обичног примаоца понуде. Да ли ће се ћутању у овој ситуацији придати значење прихвата, зависило је у правосуђу пре свега од значаја разлике између изјављеног прихвата–противпонуде и првобитне понуде. Уколико су те разлике вербалне или се односе на акцесорна питања, судови одлучују да уговор настаје ако првобитни понуђач ћути. Међутим, ако је реч о суштинским разликама између понуде и одговора на понуду, онда се такав одговор

(24) М. Драшкић, *Закључивање уговора о продаји*, стр. 49.
(25) В. Извештај о америчком праву (В-5). - У: *Formation of Contracs*, стр. 1073-1111.
(26) В. Извештај о енглеском праву (В-5). - У: *Formation of Contracts*, стр. 1116-1122.
(27) B. Schönenberger - Jäggi, *Obligationenrecht*, стр. 461.

сматра противпонудом која мора - да би настао уговор - бити прихваћена изричито или понашањем (прећутан прихват).

Еволуција у правцу признавања уговора у случају ћутања првобитног понуђача на прихват који садржи разлике у односу на понуду добила је свој највиши домет у решењима хашког Једнообразног закона о закључивању уговора о међународној продаји телесних покретних ствари 1964. године, бечке Конвенције УН о међународној продаји робе 1980. и америчког Једнообразног трговачког законика 1962. године.

Једнообразни закон такође прихвата начело да прихват мора бити сагласан са понудом, али од њега предвиђа значајна одступања. Ако одговор на понуду садржи допунске или различите елементе који не мењају суштински одредбе понуде, онда се он сматра прихватом уколико понуђач не укаже на разлике у кратком (28) року. Већ само ћутање понуђача означава овде његову сагласност са изменама. У том случају уговор је закључен према садржини понуде са изменама које се налазе у прихвату. Тешкоће се, при оваквом решењу, састоје у томе да се утврди где престају споредне промене понуде, а почињу суштинске. Апстрактно дефинисање разлика између суштинских и несуштинских промена није могуће.

Слично решење садржи и бечка Конвенција (чл. 19, ст. 2). "Слично" због тога што усваја правило хашког Једнообразног закона, али у њега уноси неке корисне измене. У Конвенцији се прецизира да приговор на прихват који садржи допунске или различите елементе који суштински не мењају одредбе понуде може бити учињен писмено или слањем обавештења. Довољно је, према томе, да је приговор одаслат; његово стизање прихватиоцу није услов пуноважности приговора. Приговор мора бити учињен без "неоправданог одлагања", што значи да Конвенција понуђачу даје нешто дужи рок за одлучивање него Једнообразни закон, који предвиђа "кратак рок" за приговор. Најзначајније побољшање Конвенције у односу на Једнообразни закон представља набрајање (истина не таксативно већ само *exempli causa*) измена и допуна које се сматрају суштинским. По Конвенцији, суштинским се сматрају допунски или различити елементи који се односе, *"између осталог"*, на цену, плаћање, квалитет и количину робе, место и време испоруке, проширење одговорности једне уговорне стране у односу на другу или на решавање спорова.

Може се закључити да, према наведеним униформним изворима права, постоје две врсте противпонуда: оне које не садрже суштинске разлике и које могу бити прихваћене ћутањем, и оне које садрже суштинске разлике и које могу бити прихваћене само изричито или прећутно (понашањем). Разграничење између ових двеју врста противпонуда није једноставно кад год је реч о разликама између понуде и одговора на понуду који садржи допуне или измене које нису наведене у Конвенцији као суштинске. Имајући у виду несигурност овог раз-

(28) ЈЗ дефинише "кратак рок" као најкраћи могући рок, рачунајући од тренутка кад је радња могла бити обављена.

ликовања, доктрина је критиковала решење ових униформних извора права. Понуђач који прими прихват, који се по својој садржини разликује од понуде, наћи ће се, по гледишту ових аутора (29), у тешкој ситуацији, кад не може јасно да оцени да ли су разлике суштинске или не, а од тога зависи да ли он и како треба да одговори. Ни прихватилац није сигуран за судбину уговора, ако не прими никакав одговор понуђача, пошто није искључено да предложене измене нису оцењене као суштинске. Те несигурности у пракси могу се отклонити ако се понуђач у сваком граничном случају изјасни, а прихватилац учини свој прихват зависним од потврде понуђача. Ћутање на противпонуду би, према овом схватању, водило настанку уговора само онда кад је евидентно реч о несуштинским разликама, што у пракси неће бити чест случај.

Својеврсни екстрем у решењу овог питања представља амерички Једнообразни трговачки законик. Према чл. 2-207, овог законика "коначна и благовремена изјава о прихвату или писмена потврда послата у разумном року дејствује као прихват без обзира на то што садржи одредбе које допуњују или се разликују од одредаба из понуде, односно одредаба о којима је постигнут споразум, осим уколико прихват није био изричито условљен пристанком на допунске или различите одредбе". Док у свим другим правима прихват који садржи допуне или разлике доводи до закључења уговора само изузетно, амерички Законик предвиђа то решење као правило, од кога се само изричито (у понуди или прихвату) могу предвидети изузеци. Противпонуде по овом правилу нема, па се и не поставља питање дејства ћутања на примљену противпонуду. Ипак, иако ћутање не може по овом правилу изражавати прихват, оно игра одређену улогу при утврђивању садржине уговора који је настао на основу прихвата који садржи допуне или измене. Наиме, преме истом члану америчког Једнообразног трговачког законика допуне и измене у прихвату у односу на понуду постају, када је реч о продаји у привреди, саставни део уговора. Од овог правила предвиђена су три изузетка: а) кад је у понуди прихват изричито везан за услове који су у њој наведени; б) кад допунске одредбе суштински мењају уговор; и в) кад је саопштење о одбијању допунских одредаба већ учињено или се учини у разумном року по пријему обавештења о њима. У овом трећем случају ћутање има то дејство да води настанку уговора чија је садржина одређена садржином прихвата. Уколико понуђач не ћути, ако стави приговор, уговор ће ипак настати, али у садржини понуде.

8. ЗАКАСНЕЛИ ПРИХВАТ

Ситуација слична оној која је већ разматрана може произаћи и из закаснелог прихвата. Закаснели прихват се у већини европских права сматра новом понудом, коју првобитни понуђени чини пробитном понуђачу. Пошто таква "нова" понуда не садржи ништа ново у односу

(29) B. Hans Dölle, *Kommentar zum einheitlichen Kaufrecht*, стр. 725.

на првобитну понуду (реч је о идентичном, али закаснелом, прихвату), национална права, посебно национална правосуђа, више су склона да ћутању на овакву "нову" понуду признају дејство прихвата. Овај изузетак од правила да ћутање не значи прихват долази нарочито до изражаја у две ситуације:

1) кад је понуђени свој прихват послао на време, али је он стигао са закашњењем без његове кривице, и

2) кад је прихват закаснио при року обавезности понуде који није чврсто одређен ("разуман рок", "нормалан рок", "рок који произлази из околности" и сл.).

Ad 1) Ова ситуација јавља се само у правима која су прихватила или тренутак пријема прихвата (теорија пријема) или тренутак сазнања понуђача о прихвату (теорија сазнања) као тренутак настанка уговора. Већина ових права предвиђа у овој ситуацији обавезу провобитног понуђача, који не жели закључење уговора после протека рока за приспеће прихвата, да обавести прихватиоца да се не сматра везаним својом понудом због закашњења прихвата. Он ту обавезу има, по већини права, ако је знао или могао знати да је прихватилац послао прихват на време, што је у пракси најчешћи случај (датум одашиљања лако се може сазнати на основу датума писма са прихватом или жига поште). Обавештење мора бити послато "одмах", "неодложно", "најкасније првог наредног дана по пријему прихвата". По нашем праву (30) понуђач може своје обавештење о одбијању закаснелог прихвата послати одмах по истеку рока за прихват чак и ако му прихват није стигао. Довољно је да је обавештење послато да би произвело дејство. Али, ако првобитни понуђач ћути, сматра се да је пристао да закључи уговор.

Ad 2) И у другој од поменутих ситуација, понуђач има обавезу, ако неће да буде везан понудом, да обавести прихватиоца да је прихват стигао са закашњењем. С обзиром на то да трајање "разумног рока" странке могу различито тумачити, то правило је широко прихваћено у националним правима (31). Тако, нпр., америчко правосуђе сматра да, у ситуацији кад понуда не садржи изричит рок за прихват, ћутање понуђача после примљеног закаснелог прихвата ствара уговор. "Истина је да понуда, да би била обавезна за странку која је учини, мора бити прихваћена у оквиру разумног рока. Али, ако странка којој је она учињена јави свој прихват понуђачу у оквиру времена за које она поштено претпоставља да је разуман, добра вера захтева од понуђача да - уколико жели да се повуче због задоцњења - објави ту намеру одмах" (32). Разуме се, то не може важити за прихват који је учињен ван било ког разумног рока.

---

(30) ЗОО, чл. 43, ст. 2, а то прихватају и друга права.

(31) Швајцарски Законик о облигацијама - чл. 5, немачко, француско и америчко правосуђе.

(32) Извештај о америчком праву (B-11). - У *Formation of Contracts,* стр. 1570-1572.

9. ДЕЈСТВО ЋУТАЊА ПРИ ЗАКЉУЧЕЊУ УГОВОРА НА ОСНОВУ ОПШТИХ УСЛОВА ПОСЛОВАЊА

За настанак трговачког уговора карактеристична је ситуација да се странке позивају на своје опште услове пословања. Да ли ћутање супротне странке на опште услове понуђача или понуђеног значи њихово прихватање и шта бива ако се обе странке позивају на своје опште услове који су међусобно различити?

Код одговора на први део питања треба правити разлику између следећих ситуација:

а) Општи услови су одштампани у самој понуди, изнад потписа понуђача. Прихватом такве понуде понуђени прихвата и опште услове. Никаква посебна изјава о прихвату општих услова понуђача није у овом случају потребна. Дилеме се могу јавити само онда кад су општи услови одштампани на језику који се не разликује од језика понуде или кад су одштампани тако ситним словима да при нормалној концентрацији нису морали бити запажени. Тада се питање да ли прихват понуде укључује и опште услове решава тумачењем које има у виду пре свега могућност сазнања општих услова од стране понуђеног.

б) Општи услови су одштампани у посебној исправи, али су учињени познатим другој страни одашиљањем или предајом уз понуду, у којој се на њих позива. У овој ситуацији општи услови нису садржани у понуди али су понуђеном стављани до знања одговарајућим упућивањем. Потпис понуђача не покрива овде опште услове. Ипак, с обзиром на позивање у самој потписаној понуди на послате, односно приложене опште услове, треба сматрати да они чине индиректну садржину понуде и применити исто правило које важи за ситуацију под а) с тим што су наведени изузеци од овог правила у овом случају значајнији. Овде треба напоменути да се индиректном садржином уговора не могу сматрати општи услови достављени тек са фактуром, налогом за испоруку или признаницом.

в) На опште услове се позвало, али нису предати нити послати другој страни, па ова није била стављена у ситуацију да их сазна (нпр., позивање на опште услове подлифераната). Њихово прихватање у овој ситуацији може бити само изричито. Изузетак би представљала ситуација постојања сталних пословних односа међу странкама, који су били засновани од почетка на општим условима са којима је друга страна била раније упозната. Исто тако, изузеци који ће бити наведени под д) примењују се и у овој ситуацији.

д) Ситуација кад се на опште услове није позвало нити у понуди, односно прихвату нити су они предати или саопштени другој страни. Другој страни није дата могућност да за њих сазна, па се по природи ствари намеће закључак да друга страна не може да прихвати опште услове простим ћутањем. Ипак, у правосуђу и теорији (33) делом се дошло до схватања да општи услови могу да - и без знања друге стране

(33) B. D. Götz, *op. cit.*, стр. 143-180.

- одређују односни уговорни однос. То је случај са тзв. нормативним општим условима који су донети за целу грану привреде на нивоу државе. Овде је реч о парадржавном праву обученом у облик општих услова. Они се најчешће јављају у области јавних служби (нпр. дистрибуција електричне енергије), транспорта и банкарства. Тако се сматрају обавезним и без посебног, изричитог, прихвата странака претходно објављени општи услови за снабдевање електричном енергијом, тарифе и правилници железнице и других саобраћајних предузећа, општи услови банака, и у случајевима кад странке нису знале за њих. Исто важи и за склапање уговора са предузетницима, за које су странке знале или морале знати да уобичајено узимају као основ уговарања опште услове пословања (шпедитери, осигуравачи, складиштари, туристичке организације итд.).

Ни национални ни униформни извори права не садрже решење за тзв. битку формулара (*battle of forms*), тј. за ситуацију кад су се обе стране позвале на своје опште услове пословања који се међусобно разликују. Према гледишту израженом поводом припрема бечке Конвенције (34) треба разликовати два случаја.

1. Ако се понуђач у понуди позвао на своје опште услове, прихватилац може претпоставити да се понуђач неће без даљег сложити са његовим приложеним, по садржини различитим, условима. Измена понуде позивањем на опште услове прихватиоца представља, према томе, суштинску разлику. Просто ћутање понуђача не значи у овом случају пристанак на опште услове прихватиоца.

2. У случају да се понуђач није позвао на своје опште услове, а прихватилац се позвао на своје, настанак уговора зависи од претпостављене сагласности понуђача са овим општим условима. Да та сагласност постоји, произлази из чињенице да понуђач није, сагласно чл. 19, ст. 2. бечке Конвенције, ставио приговор. Ипак, прихватилац не може тумачити ћутање понуђача као пристанак на опште услове, ако они садрже клаузуле које су "ван оквира уобичајеног разумног" и које представљају суштинску разлику у односу на клаузуле понуде.

При оцењивању да ли су разлике између општих услова суштинске или не, треба имати у виду да разлике између унапред формулисаних општих услова могу имати различити значај кад постану саставни део појединог уговора.

10. ПОТВРДНА ПИСМА

Уобичајено је, нарочито међу привредницима, да се на крају преговора шаље потврдно писмо чија је сврха да утврди постигнути степен сагласности међу странкама. Да ли се ћутање примаоца оваквог писма има сматрати као његов прихват?

---

(34) B. Ulrich Huber, *Der Uncitralentwurf eines Ubereinkommens über internationale Warenkaufsverträge*, Rabelszeitschrift, 1979, Heft 2, стр. 444.

Одговор на ово питање разликује се у националним правима. У англосаксонским правосуђима не може се наћи директан одговор на ово питање, али је у правној теорији преовладало мишљење да ћутање примаоца потврдног писма треба третирати као прихват. Овај закључак се изводи на бази аргумента *a fortiori*: ако судови дају такво дејство коначној понуди поднетој на основу дуготрајних преговора у току којих је постигнута сагласност о основним тачкама уговора, онда утолико пре треба придати такво дејство потврдним писмима.

Тенденција признавања ћутања на потврдно писмо дејства прихвата најјаче је дошла до изражаја у средњоевропској групи права. Ово одступање од генералног правила да ћутање не значи прихват примењује се у случајевима кад је потврдно писмо уследило после преговора у току којих је постигнута основна сагласност међу странкама, мада још уговор није настао (35).

У другим континенталним правима, укључујући и наше, не постоје извори права који би указивали на начелне ставове ових права у односу на значај ћутања кад је потврдно писмо уследило после преговора. Ипак, и у тим националним правима ћутање заснива прихват, ако постоје извесни допунски фактори који говоре у прилог таквом решењу. Посебно значајан фактор представљају трговачки обичаји и претходно пословање међу странкама. Ако у грани трговине којој припадају странке постоји обичај који намеће примаоцу потврдног писма дужност изјашњавања, онда ће та чињеница определити судове у огромној већини правних система да ћутању дају у овој ситуацији дејство прихвата. Исти закључак важи и за случајеве кад је међу странкама постојала претходна пракса у току које је једна страна слала потврдна писма, а друга прећутно извршавала уговор. Најзад, при оцењивању значаја ћутања на потврдно писмо судови узимају у обзир обим несагласности која постоји међу странкама. Уколико је већи степен сагласности који је постигнут у току преговора, утолико је вероватније да ће ћутању на потврдно писмо бити признато дејство прихвата.

Други тип ситуације постоји кад је потврдно писмо послато после већ закљученог уговора, а оно садржи одредбе којима се тај уговор мења или допуњава. У овој ситуацији се не поставља питање настанка уговора већ да ли се ћутање на такво потврдно писмо сматра прихватом измењене садржине уговора.

Тешко је и овде утврдити генералан став националних права. Пре би се могло говорити о општим тенденцијама неголи о чврстим ставовима ових права. Решења правосуђа су и овде опредељена извесним факторима, чије постојање или непостојање у конкретном случају утиче на одлуку суда (трговачки обичаји, претходна пракса међу странкама, ранија преписка међу странкама и др.) (36).

---

(35) В. Извештај о аустријском, немачком и швајцарском праву(В-5). У: *Formation of Contracts*, стр. 1152-1165.

(36) В. о томе више у закључку овог чланка.

Ова тенденција је дошла до изражаја и у нашој судској пракси, при примени узансе бр. 16, ст. 2. Општих узанси, по којој писмена потврда мора у свему одговарати усменo закљученом уговору. Полазећи од начела поштења и савесности, суд је сматрао (37) да се прималац потврдног писма мора оградити ако садржај потврде не одговара садржају постигнутог споразума. "Према конкретним околностима, може се узети да је садржај писменог саопштења истинит, ако прималац не реагује." Ћутање на потврдно писмо не тумачи се, дакле, само по себи као прихват измена. Да ли ће оно бити третирано као прихват зависи од "конкретних околности". Поред ћутања, потребни су и неки додатни фактори да би изостанак реаговања примаоца потврдног писма довео до усвајања садржине овог писма.

ЗАКЉУЧАК

Ћутање може имати дејство прихвата само изузетно, у извесним, поменутим типичним ситуацијама. Као и све изузетке од правила, правосуђе у свим земљама тумачи и овај изузетак од правила да ћутање не може представљати изјаву воље веома рестриктивно. Чак и кад постоје описане ситуације, судови оклевају да аутоматски искључе опште правило. Одлуке судова, у којима се признаје ћутање у дејство прихвата, засноване су често на читавом сплету фактора који су говорили у прилог таквом решењу. Тек комбиновано дејство више фактора у једној од описаних ситуација може произвести ћутање у изјаву воље.

При одлучивању да ли да у наведеним изузетним ситуацијама признају ћутању дејство прихвата или не, на судове су утицали и извесни општи фактори. То су:

а) *Трговачки карактер уговорних односа.* - Судови у трговачким односима лакше третирају ћутање као прихват. Та је појава запажена у свим националним правима, чак и у оним у којима су извори трговачког и грађанског права јединствени (италијанско право, нпр.).

б) *Поверење странке које се позива на уговор.* - Фактор оправданог поверења у настанак уговора је при опредељивању судова играо значајну улогу. Важност овог фактора навела је *Willistona* да формулише следеће начело: "Ако је ситуација из било ког разлога таква да би разуман човек закључио да ћутање нужно указује на пристанак, неко ко ћути, а зна да ће његово ћутање бити погрешно тумачено, не може негирати природно тумачење свог понашања... кад му је јасно да једном речи може спречити штетно погрешно тумачење" (38).

в) *Важност и природа стеченог или укинутог права.* - Што је значајније право, односно обавеза о којој је реч, то је суд мање склон да третира ћутање као прихват. За прихватање посебно тешких обавеза за

(37) В. *Збирка одлука привредних судова*, I свеска, бр. 1
(38) В. *Извештај о америчком праву* (В-5). У: *Formation of Contracts*, стр. 1073-1111.

понуђеног, траже се јачи докази неголи што је то просто ћутање. И постојање фактора поверења странке у настанак уговора, о коме је говорено у преходном ставу, зависи делимично од важности стеченог или изгубљеног права.

г) *Неоправдано обогаћење једне стране на терет друге.* - Чињеница да би одбијање настанка уговора при ћутању понуђеног оставило њему економску корист на терет понуђача може определити суд да третира ћутање као прихват.

д) Најзад, у многим правима је критеријум поштења и савесности (добре вере) био тај који је често пресудно утицао на суд. У италијанском праву је, на пример, Касациони суд (39) истакао принцип да једно лице има обавезу да говори кад, према околностима, друга страна претпоставља у доброј вери да је ћутање равно прихвату. Тим критеријумом се користило и француско правосуђе. У тим правилима је, полазећи од критеријума добре воље, признаван ћутању значај прихвата и у случајевима који нису обухваћени разматраним типичном ситуацијама.

(Примљено 14. децембра 1992)

Dr. Mladen Draškić,
Retired Professor of the Faculty of Economics in Belgrade

KEEPING SILENT AS A STATEMENT OF INTENT IN LEGAL TRANSACTIONS

Summary

The one keeping silent does not state anything. This is a generally accepted rule in all legal systems. However, there are exceptions. The author treats the theoretical solutions and analyzes typical situations where keeping silent has a legal effect in entering agreement. These are: (1) preliminary agreement between the parties; (2) duty of taking stand of specific categories of persons; (3) duty to take stand at concluding specific contracts; (4) duty to take stand created out of an earlier engagement between the parties; (5) an offer requested by the one receiving the offer; (6) final offer made by a party after the negotiations; (7) keeping silent as the element of acceptance of a counter-offer; (8) late acceptance; (9) the effect of the fact of keeping silent at entering an agreement on the ground of generally recognized terms of doing business, and (10) confirmatory letters.

The author concludes that courts in all countries interpret in a rather narrow way the exceptions form the rule that keeping silent can not amount to a statement of intent. Even in cases mentioned above, the courts are reluctant to automatically exclude the general rule. Decisions of the courts recognizing legal effect of keeping silent are based on a variety of factors in favour of such solution. The courts are influenced also by some general factors, such as commercial character of contractual relations, justified reliability

(39) Случај Sorolio v. Pansini (Cass. 18. април 1955).

of the party invoking the contract, the importance of acquired or abolished right, as well as its nature, unjust enrichment and the criterion of fair dealing and good faith.

Key words: *The notion of keeping silent. - Statement of intent. - The effect in legal transactions.*

Mladen Draškić,
professeur à la retraite de la Faculté économique de Belgrade

LE SILENCE COMME DÉCLARATION DE VOLONTÉ DANS LE TRAFIC JURIDIQUE

Résumé

Celui qui se tait ne déclare rien. C'est une règle générale admise dans tous les droits nationaux. Cependant, dans tous les droits, on fait aussi des exceptions à cette règle. L'auteur expose dans son article la position de la doctrine juridique sur le silence comme déclaration de volonté et cite et analyse les situations typiques dans lesquelles, lors de la conclusion des contrats on reconnaît exceptionnellement au silence l'effet de reconnaissance. Il s'agit: 1) de l'accord préalable des parties; 2) l'obligation de certaines personnes de faire leurs déclarations; 3) de l'obligation de faire une déclaration lors de la conclusion de certains accords; 4) de l'obligation de faire une déclaration qui découle des affaires antérieures existant entre les parties; 5) de l'offre qui a été demandée par la personne à laquelle l'offre a été faite; 6) de l'offre définitive qui a été faite par la partie après les négociations; 7) du silence comme acceptation de la contre-offre; 8) de l'acceptation tardive; 9) de l'acceptation du silence lors de la conclusion du contrat sur la base des conditions générales de la gestion des affaires et 10) de lettres de confirmation. Dans sa conclusion, l'auteur constate que la justice dans tous les pays interprète les exceptions à la règle selon laquelle le silence ne peut pas représenter la déclaration de la volonté de manière très restrictive. Même si les situations décrites existent, les tribunaux hésitent à exclure automatiquement la règle générale. Les décisions des tribunaux qui reconnaissent au silence l'action d'acceptation sont fondées sur un concours de facteurs qui avaient témoigné en faveur d'une telle solution. Lorsqu'ils décidaient de la question de savoir si dans les situations extraordinaires citées ils devaient reconnaître au silence l'action d'acceptation ou non, les tribunaux ont été influencés aussi par certains facteurs généraux, tels le caractère commercial des rapports contractuels, la confiance justifiée de la partie qui évoque le contrat, la validité et la nature du droit acquis ou aboli, l'enrichissement non justifié et le critère de l'honnêteté et de la conscience.

Mots clé: *Le concept de silence. - La déclaration de la volonté. - L'action dans le trafic juridique.*

UDK - 341.2..347.7
Изворни научни рад

Миодраг Јањић,
научни саветник Института за упоредно право у Београду у пензији

МЕЂУНАРОДНИ ТРАНСФЕР ТЕХНОЛОГИЈЕ И РЕСТРИКТИВНА ПОСЛОВНА ПРАКСА

Аутор на почетку примећује да се у односима између давалаца и стицалаца технологије, у случајевима када једни потичу из индустријски развијених, а други из неразвијених земаља, јављају многобројни сукоби и проблеми, међу којима разне врсте рестриктивних клаузула заузимају најзначајније место. Давалац технологије, који је по правилу економски јача страна, а често поседује и монополски положај на тржишту, намеће својим економски слабијим партнерима, најчешће, тешке услове, користећи се пре свега таквим клаузулама у уговорима о трансферу технологије. Да би ту констатацију потврдио, аутор излаже велики број оваквих клаузула забележених у упоредном праву и пракси. Он примећује при том да велики број економски неразвијених земаља и земаља у развоју покушава, пре свега законодавним путем, да стане на пут тој рестриктивној пословној пракси, за разлику од индустријски и технолошки развијених земаља које према овим клаузулама остају индиферентне, под условом да њихово уношење у уговоре није инспирисано злом намером. Аутор међутим сматра да ти баражи, којима индустријски неразвијене земље покушавају да се супротстве рестриктивним клаузулама, у пракси нису дали озбиљних резултата, и то пре свега због тога што су сиромашни принуђени да траже технологију, а богатима није неопходно да је уступају. Али, и богати у том трансферу виде неког интереса, па се стога траже путеви да се ти дивергентни интереси на неки начин каналишу. UNCTAD-ов покушај стварања једног међународног кодекса о понашању приликом трансфера технологије, којим би ова материја била уређена, засад остаје на томе. Тако, закључује аутор, у овој области остају да важе закони јачега, којима се намећу и рестриктивне клаузуле, које су неразвијени дужни да трпе, ма како их сматрали неправичним, ако желе свој економски и технолошки просперитет и укључење у владајући (нови) економски поредак.

Кључне речи: *Трансфер технологије. - Рестриктивне клаузуле. - Нови економски поредак.*

Када сам био позван да напишем један прилог за публикацију посвећену деведесетогодишњици професора Божидара Марковића, признаћу, то ми је причинило велико задовољство. Пре свега због тога што је та публикација посвећена професору кога изузетно ценим и као

правника, и као професора и, нарочито, као човека, који због својих и стручних и моралних особина и врлина заслужује одиста велико поштовање, у шта сам имао прилике и лично да се уверим.

Међутим, када је требало да одаберем тему о којој ћу писати, нашао сам се пред великом дилемом. Желео сам да пишем о ауторскоправној заштити преводилаца књижевних, научних и уметничких дела. Али, прегледавши литературу из те области, могао сам лако да уочим да је проф. Марковић, који се правима преводилаца дуго и озбиљно бавио, већ рекао све оно што се у овој области може рећи. Стога сам изабрао једну другу правну материју, која ће, иако тренутно у нас и није баш најактуелнија, због наше спољнополитичке ситуације, бити то свакако оног тренутка када међународне санкције према нашој земљи буду скинуте. Надајмо се да тај тренутак није далеко, а тада треба очекивати прилив нове технологије и нових трговинских веза, а са њима и проблеме повезане са рестриктивним понашањем јачег иностраног партнера.

Земље у којима је технологија високо развијена теже томе да своју технологију под што повољнијим условима пренесу на земље у којима се за том технологијом осећа потреба. У међусобним односима трансфера технологије између индустријски високо развијених земаља у овом погледу нема озбиљнијих неспоразума. Све је уређено прописима из области индустријске својине и одговарајућим међународним конвенцијама. Али, у односима између индустријски високо развијених земаља и оних за које се то не може рећи, јављају се многи сукоби и многи проблеми. Најзначајније место међу њима заузимају разне врсте рестриктивних клаузула, којима даваоци технологије покушавају да својим партнерима наметну такве услове који ће њихов положај отежати, а самим тим ослабити и њихову евентуалну конкурентску способност.

С друге стране, индустријски неразвијене земље принуђене су да увозе технологију у жељи да подстакну свој привредни развој, али се такође налазе у подређеном положају у односу на даваоца технологије, који је по правилу економски јача страна, а често поседује и монополски или олигополски положај, који му омогућује да приликом закључења уговора о преносу технологије намеће врло тешке услове својим економски слабијим партнерима. Рестриктивне клаузуле ту заузимају централно место, било да се тичу производње (тј. ограничења обима или врсте производње, резервних делова и сл.), било промета (ограничење тржишта, употреба заштитног знака - жига итд.), било развоја примаочевог сопственог технолошког потенцијала, било сарадње са другим даваоцима технологије, или начина плаћања накнаде и сл.

Давалац уступа своју технологију, по правилу, када га одређено тржиште не занима или када на то тржиште не може да продре са сопственим производима, из разлога царинских и др. законских баријера или скупих транспортних трошкова. Ипак, он не жели да уступањем технологије створи себи конкуренцију на светском тржишту, ма како она озбиљно изгледала, и труди се да оствари пуну контролу

над стицаоцем технологије. Мере које он у том циљу предузима најчешће спадају у категорију оних које се сузбијају националним законима против нелојалне привредне утакмице, који у односима са страним елементом не важе, осим изузетно - у границама регионално уређених односа.

Циљеви стварања новог међународног економског поретка иду, свакако, у правцу уређења ове области. Земље у развоју инсистирају на томе, јер својим националним прописима нису у стању да се рестриктивној пословној пракси у потпуности супротставе, посебно не појединачним акцијама, а нарочито се тешко могу одупрети моћи мултинационалних компанија, која неретко превазилази економску снагу читаве националне привреде појединих индустријски неразвијених земаља.

Пословна пракса забележила је многобројне случајеве различитих рестриктивних клаузула, које се, по правилу, сузбијају националним прописима о нелојалној конкуренцији. Ипак, треба имати у виду две чињенице: прву, да је рестриктивна пословна пракса у тесној вези са правима индустријске својине, која као (временски ограничен монопол) представљају препреку слободној конкуренцији; и другу, да се трансфер технологије врши под дејством многоструких фактора и да претеране забране и ограничења могу и сам трансфер технологије да доведу у питање - да га битно ограниче, па чак и потпуно паралишу.

У тражењу решења да се стане на пут рестриктивној пословној пракси и да се "измире" дивергентни интереси и претензије давалаца и стицалаца технологије, процес утврђивања случајева "забрањених клаузула" непрекидно траје. Поред тога, земље из којих потичу прибавиоци технологије, нагоњене сопственим потребама, траже "вентил сигурности" у могућностима да поједини уговори о прибављању технологије буду одобрени упркос постојању рестриктивних клаузула у њима, или прибегавају неким произвољним квалификацијама рестриктивне праксе, као што су "злонамерно", "знатно", "претерано" и сл., које захтевају посебно тумачење (арбитрирање) и омогућују да се рестриктивна пракса провуче "на мала врата", намерно или ненамерно.

Посебну пажњу заслужују најчешћи случајеви рестриктивних клаузула, које ће у даљем тексту бити изложене.

Grant-back клаузула или клаузула о ретроцесији, која предвиђа обавезу стицаоца технологије да даваоцу технологије, или било ком другом лицу које он одреди, преда, односно пренесе сва побољшања технологије која чини предмет уговора, а до којих он дође, и то у искључиву својину, без накнаде и реципрочне обавезе даваоца технологије, под условом да је та клаузула наметнута коришћењем доминантног положаја на тржишту од стране даваоца технологије. Клаузуле ове врсте јављају се често, а познате су и у нашој уговорној пракси. Напротив, а то је и разумљиво, америчка судска пракса сматра *grant-back клаузуле* допуштеним, а водећи случај је *Transparent-Wrap Machine Corp. v. Stakes and Smith Co.* Ипак, у упоредном праву ове

клаузуле углавном се сматрају недопуштеним, а то је и став Европске економске заједнице, који је заузет у најчешће цитираном случају *Nagoya*.

Насупрот томе, било би допуштено ако би обавезу преношења технологије на другу уговорну страну примио на себе давалац технологије, и то не само зато што се он сматра економски јачом страном, већ и због тога што се рачуна са тим да он већ ради на побољшању те технологије и да је вероватно у тренутку закључења уговора био у поседу нових и значајнијих побољшања уступљене технологије.

Исто се тако ни клаузула о реципрочном уступању побољшања не би могла сматрати рестриктивном, јер би такву реципрочну обавезу требало сматрати логичном последицом уговором установљене сарадње на заједничком раду на побољшању сопствених позиција на тржишту, и једне и друге стране.

Клаузула о ненападању (*no attack clause, clause de non contestation, Nichtangriffklausel*) садржи обавезу стицаоца технологије да се уздржи од оспоравања пуноважности патента или неког другог облика индустријске својине обухваћеног уговором о трансферу технологије.

Већина индустријски и технолошки високо развијених земаља сматра ове клаузуле допуштеним, под условом савесности уговорних страна. Међутим, интересантно је приметити да је Комисија Европске економске заједнице, у случају *Davidson-Happich, Gallino, Maglum, Stampagio, Resine Speciali*, заузела супротно гледиште.

Чини се да би разумно било сматрати да је стицалац технологије овлашћен да оспорава право индустријске својине које чини предмет уговора о трансферу, као што то могу сва трећа лица, под условом да у тренутку закључења уговора није знао за разлог због кога се то право може оспоравати. У противном, он би био у неповољнијем положају од било ког трећег лица.

Клаузула о искључивости трансакција служи даваоцу технологије да стицаоцу намеће ограничења у погледу слободе закључивања уговора са трећим лицима о купопродаји или о производњи у вези са истом или конкурентском технологијом или производима или да стиче допунску технологију од конкурената. Клаузуле ове врсте сматрају се недопуштеним, осим у случају када су неопходне за очување легитимних интереса даваоца технологије, на пример, када су нужне за очување тајности уступљене технологије. У противном, озбиљно би била угрожена слобода стицаоца технологије да развија свој технички и економски потенцијал, као и његова даља перспектива, а свакако и његово право на учешће у слободној привредној утакмици.

Ова клаузула сматра се допуштеном и у случају када је заједно са технологијом на стицаоца пренето и право употребе даваочевог жига.

Клаузула о забрани истраживања у вези са уступљеном технологијом сматра се недопуштеном, јер би се у противном спутавала слобода развојно-истраживачког рада уговорног партнера, тим пре ако је тај рад управљен у циљу прилагођавања прибављене технологије

локалним условима средине у којој она треба да буде примењена и искоришћавана.

Индустријски високоразвијене земље нису потпуно сагласне са овим ставом. Оне заступају гледиште да су ове клаузуле недопуштене само ако се њима злонамерно намеће забрана развојно-истраживачког рада. Овакво схватање ове клаузуле може да изазове озбиљне компликације, пре свега у вези са тумачењем, јер је ваљаност намере уговорне стране веома тешко доказивати.

Клаузула о обавези коришћења персонала предвиђа обавезу стицаоца технологије да у свом раду на употреби трансферисане технологије користи особље које одреди давалац технологије. Овом клаузулом, која се наводно предвиђа у интересу постизања одговарајућег квалитета, давалац технологије постиже то да његови људи буду на свим кључним местима техничко-технолошког процеса експлоатације уступљене технологије за све време трајања уговора, а тиме постиже и својеврсни монопол, принуђујући на тај начин стицаоца технологије да по истеку уговора закључује нове аранжмане са даваоцем технологије, будући да најважнији делови технолошког процеса остају непознати стицаоцу технологије.

Овакве клаузуле сматрају се рестриктивним, осим ако се уговарају у почетној фази уходавања рада на основу прибављене технологије и обучавања особља стицаоца технологије.

Клаузуле ове врсте обично се намећу стицаоцу технологије која се користи за производњу предмета широке потрошње и коју прати даваочев реномирани жиг, чиме се стицалац у ствари двоструко и трајно "везује" за даваоца технологије. Уговора са оваквим клаузулама и у нашој пракси има много.

Постоје покушаји у правној литератури да се ове клаузуле оправдају, под условом да их давалац технологије не намеће злонамерно.

Клаузуле о ценама, тј. клаузуле којима давалац технологије намеће цене производима који се стварају применом прибављене технологије, веома су повољно средство за картелизацију тржишта и за обезбеђење веома повољног положаја даваоца технологије на тржишту, па се стога сматрају недопуштеним, чак и у многим индустријски и технолошки веома високо развијеним земљама, а уговори који садрже такве клаузуле потпадају под удар антимонополског законодавства, осим ако имају за предмет искоришћавање патентираног проналаска.

Такво становиште заступљено је у Сједињеним Државама, по *Sherman Actu*, а то је и америчка судска пракса потврдила у познатом случају *Socony* још из давне 1940. године. И велики ауторитет у овој области права у Немачкој Едуард Реимер сматра да давалац технологије није дужан да трпи стицаочеву конкуренцију без контроле, јер му то право даје патентни монопол, а осим тога и виша цена директно утиче на накнаду која припада даваоцу. То је и став изражен у чл. 85, ст. 1. Римског уговора, потврђен у случају *Pettsburg Corning Europe v. Formica Belgium-Herter* из 1972. године.

Клаузула о забрани прилагођавања сматра се недопуштеном ако стицаоца технологије спречава да прибављену технологију прилагоди локалним потребама, или ако стицаоца обавезује да изврши измене које он не жели, односно које он не сматра нужним у односу на основну концепцију, или на дате спецификације, под условом да стицалац прими на себе одговорност у вези са тим прилагођавањем и да у том случају не користи име, жиг или фирму даваоца технологије, осим ако то прилагођавање (односно неприлагођавање) мења на "неодговарајући" начин производе или поступак израде тих производа који треба да буду испоручени даваоцу технологије, или лицу које он одреди, или његовим другим концесионарима, или који треба да буду коришћени као резервни, односно допунски делови у производу намењеном за испоруку даваочевим клијентима.

Овако стилизована, клаузула о забрани прилагођавања представља, у ствари, допуну клаузуле о забрани истраживања, како та клаузула не би била уско протумачена, мада клаузула о прилагођавању има и шире дејство и односи се и на ситуације када се развојно-истраживачка делатност управо не врши у циљу адаптације трансферисане технологије локалним потребама.

У индустријски високо развијеним земљама ове клаузуле сматрају се допуштеним ако их давалац технологије није злонамерно наметнуо, што стицаоцу не значи много, јер сам појам "зла намера" није баш сасвим известан, о чему је био речи, а осим тога, захтева скупо и неизвесно доказивање.

Међутим, ове клаузуле сматрају се допуштеним у случајевима пословно-техничке сарадње даваоца и стицаоца технологије које имају за циљ испоруку резервних, односно допунских делова даваоцу (посредно или непосредно) од стране стицаоца технологије. У том случају сматра се да давалац може оправдано да се супротстави изменама које утичу на изглед, квалитет или нека друга својства предмета који треба да му буду испоручени. Исто то важи и у случају кад се предмети које производи стицалац технологије продају или на други начин пласирају на тржишту под именом или фирмом даваоца технологије или када су обележени његовим жигом.

Клаузула о продаји или заступању таква је одредба у уговору о трансферу технологије којом се стицалац технологије обавезује да искључиво право продаје или заступања пренесе на даваоца технологије или на лице које давалац одреди. Овакве клаузуле сматрају се недозвољеним.

Овај став прихваћен је јединствено. Изузетак чини случај кад су се давалац и стицалац технологије споразумели, на основу уговора о заједничкој производњи или извођењу подизвођачких радова, да ће целокупну производњу или њен део предвиђен уговором о трансферу технологије дистрибуирати давалац технологије или лице које он одреди.

Клаузула о везаном трансферу обавезује стицаоца технологије да прихвати будућу допунску технологију, проналаске, односно унапређења, или добра и услуге које не жели да стекне, или да врши означавање, односно да прећуткује изворе технологије, добара или услуга, као услов за добијање тражене технологије. Овакве клаузуле сматрају се недопуштеним, осим у случају кад стицалац технологије користи даваочев жиг.

Реч је о рестриктивној клаузули снабдевања (тзв. *tying-clause*), у проширеном облику, која је и по праву већине индустријски високо развијених земаља забрањена, а свакако ако је давалац технологије ту клаузулу злонамерно наметнуо. Такав став заузет је у САД у случају *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mgf. Co.*, а касније су га преузели многи закони о сузбијању рестриктивне пословне праксе или о забрани монопола. И Римски уговор, у чл. 85, према тумачењу Комисије ЕЕЗ, датом у Саопштењу те комисије из 1962. године, поступа на исти начин.

Свакако, ако је таква клаузула и у интересу стицаоца технологије, она се *ipso facto* сматра допуштеном. Сматра се такође допуштеном и у случају када то налаже ваљано функционисање пренете технологије, као и у случају кад давалац снабдева стицаоца технологије материјалом, резервним деловима, алатом итд., по разумној цени и под условом неискључивости, тј. под условом да се стицалац тим материјалом, деловима, алатом и др. може снабдевати и на другој страни, ако му то више одговара.

Сличне овим *tie-in* клаузулама су и *tie-out* клаузуле, којима се стицаоцу технологије забрањује да се снабдева материјалом, резервним деловима, алатом и др. код фирми које представљају конкуренте даваоцу технологије. У погледу њихове допуштености, односно недопуштености, важи све оно што је речено уопште за клаузуле о везаном трансферу.

Клаузулама о извозним ограничењима спречава се или знатно спутава стицалац технологије, противно његовој вољи или његовим интересима, да врши извоз (квантитативним или територијалним ограничењима), или се обавезује да претходно тражи дозволу даваоца технологије за извоз или одобрење извозних цена, или се обавезује да плаћа већу накнаду за извезене предмете који се производе применом даваочеве технологије. Ове клаузуле у начелу нису допуштене. Изузетак представља случај када се њима спречава извоз предмета произведених применом даваочеве технологије у земље у којима су они заштићени даваочевим правима индустријске својине, или у којима је одговарајућу *know how* сачувао свој тајни карактер, или у којима је давалац одобрио лиценцу за искоришћавање те технологије.

Клаузуле о извозним ограничењима називају се и клаузулама о територијалним рестрикцијама (*field of use restrictions*), а у ширем смислу и клаузулама о подели тржишта, које падају под удар антимонополских прописа. У САД такве клаузуле сузбијају се *Sherman Actom*. Водећи случај у судској пракси САД је *Addyston*. Такав став заузима и

већина других развијених земаља, а такво гледиште заузела је и Комисија ЕЕЗ, тумачећи Римски уговор у случају *Davidson*.

Клаузуле о патентној заједници и о међусобном уступању лиценци омогућују даваоцима технологије да стицаоце ограниче у погледу територија, квантитета, цене, клијентеле или тржишта. Патентне заједнице и други споразуми закључени између давалаца технологије, којима се ограничава другим лицима приступ технолошким иновацијама, омогућују лицима која су такве споразуме закључила да створе доминантан положај на тржишту или у некој индустрији, са штетним дејствима и по стицаоца технологије.

Патентна заједница (*patent-pool*) остварује се у интересу заједничког коришћења патената два или више титулара, а правно се оформљује споразумом којим се формално сви патенти преносе на име једног титулара, који рукује и администрира тим патентима, понашајући се као једини власник, чиме се ствара скупни монопол, неупоредиво јачи од онога који стварају појединачни патентни монополи. Патентни пул лако може да доведе до разних врста злоупотреба тог монопола.

Међусобно уступање лиценци (*cross-licencing*) претпоставља уговор између два или више титулара права индустријске својине којима се они међусобно обавезују да узајамно размењују лиценце за искоришћавање тих права индустријске својине, чиме се такође ствара својеврстан монопол, најчешће у циљу картелизације тржишта ужих или ширих размера.

И клаузуле о патентним пуловима и клаузуле о међусобном уступању лиценци у упоредном праву сматрају се недопуштеним.

Клаузуле о ограничавању рекламе сматрају се недопуштеним ако се њима ограничава пропагандни публицитет стицаоца технологије, осим ако би се таквим публицитетом наносила штета репутацији или жигу даваоца технологије, у случају кад рекламне поруке садрже жиг, фирму или име даваоца технологије, или ако је то у интересу потрошача или јавне безбедности.

Клаузуле о ограничењима по престанку права индустријске својине сматрају се недопуштеним ако се њима предвиђају плаћања накнаде и друге обавезе као услов за настављање коришћења уступљене технологије, без обзира на то по ком основу је право, одн. по ком основу су права индустријске својине престала да важе, тј. по истеку рока заштите, због поништаја, одузимања права индустријске својине и сл.

Сврха искључивости права индустријске својине је у томе да се давањем тих права подстакне стваралачки рад, с тим да тај монопол не буде вечитог карактера, како би и друга лица могла користити резултате стваралачког рада по истеку одређеног, оптималног рока, који не сме бити ни кратак, да не би декуражирао стваралачки рад, а ни сувише дуг, да не би коришћење резултата тог рада учинио беспредметним. Према томе, ако свако има права да користи права индустријске својине по истеку њихове заштите, неразумно би било очекивати да се стицаоцу

технологије којом су обухваћена та права, могу натурити обавезе те врсте, које се могу оспоравати и позивом на *ordre public*.

Клаузула о ограничењу по истеку уговора често се користи у пракси (и у нашој). Њоме се намеће обавеза уздржавања од коришћења уступљене технологије по истеку уговора о трансферу технологије. У упоредном праву и у правној науци јединствено се заузима став да су клаузуле ове врсте недопуштене. Изузетак чине случајеви када су права индустријске својине која чине предмет уговора још увек на снази, односно ако је *know how* који представља предмет уговора сачувао свој карактер тајности.

Клаузуле о ограничењу производње (*и поља примене*), према ставу земаља у којима је индустријализација високо развијена, дозвољене су и могу се уносити у уговоре без опасности да то буде санкционисано. Такав став заузет је у САД још 1938. године, у случају *General Talking Pictures*, у вези са ограничењем производње, а у односу на ограничења поља примене водећи случај у САД је *Hartford Empire v. U.S.* из 1945. године. И земље ЕЕЗ не сматрају ове клаузуле недозвољеним. То се изричито изражава у Саопштењу Комисије те заједнице од 1962. по коме је чл. 85, ст. 1. Римског уговора протумачен тако да допушта квантитативна ограничења производње, како количински, тако и по броју производа (саопштење бр. I, A, 43).

Разумљиво је да земље у којима је индустријализација слабо развијена имају супротно гледиште и сматрају да такве клаузуле треба оценити као недозвољене.

Постоје и многе друге рестриктивне клаузуле које се појављују у пракси уговарања трансфера технологије, као што су: клаузуле о контроли квалитета, клаузуле о учешћу у друштвеном капиталу, клаузуле о учешћу у управљању, клаузуле о неограниченом (или претераном) року трајања уговора, и друге. Међутим, издвојили смо оне које се најчешће употребљавају и на њих смо посебно скренули пажњу.

Индустријски развијене земље сматрају већину тих клаузула допуштеним, са изузетком оних чије је уношење у уговор о трансферу технологије инспирисано злом намером. Поједине рестриктивне клаузуле и у индустријски развијеном свету сматрају се недопуштеним, о чему је било говора, и то углавном онда када се оне противе правилима о сузбијању нелојалне конкуренције и фер понашању у пословним односима, само на националном плану, разуме се.

Напротив, индустријски и привредно неразвијене земље и оне које су на путу индустријализације друкчије гледају на ову материју. Њихов циљ је да дођу до технологије и то, по могућству, без икаквих ограничења или, бар, са што мањим ограничењима. Оне настоје да искључе дејство рестриктивних клаузула. Између осталог, оне у том циљу предвиђају бараже и на националном плану и у међународним размерама. На националном плану посматрано, многе земље које спадају у ову категорију донеле су своје прописе са циљем да сузбију дејство рестриктивних клаузула приликом трансфера технологије.

Земље Јужне и Средње Америке предњачиле су у томе. И у СФРЈ био је донет 1979. године један такав пропис - Закон о дугорочној производној кооперацији, пословно-техничкој сарадњи и прибављању и уступању материјалног права на технологију између организација удруженог рада и страних лица, којем је предвиђен велики број побројаних рестриктивних клаузула и оцењен недозвољеним.

У оквиру UNCTAD-а припремљен је и један Међународни кодекс понашања приликом трансфера технологије, којим је требало да буде сузбијена рестриктивна пракса у уговорима о трансферу технологије са елементом иностраности, а његов нацрт је био објављен још 1979. године. Тај кодекс је предвиђао све побројане рестриктивне клаузуле, и више од тога, и оценио их је недопуштеним. Међутим, никада није био прихваћен, јер се индустријски високо развијене земље нису могле сложити са решењима у њему.

Пренос технологије могућ је само ако се даваоци са тиме сложе. Друга страна налази се, више-мање, у ситуацији "узми или остави". Сиромашни су у таквој позицији да могу да бирају једино повољнијег даваоца, али не и да му намећу своје услове. Тако је бар засад, и уколико је реч о савременој и траженој технологији. Разуме се, на међународном плану. У националним оквирима и у оквирима регионалних заједница земаља, ствар је нешто друкчија - ту важе интерна правна правила, која ову материју уређују посебно за своје држављане, одн. држављане држава чланица заједнице.

Тога су свесне и државе увознице технологије, па стога својим прописима којима уређују ову материју предвиђају могућност одступања од забране појединих клаузула и допуштају могућност да уговори о трансферу технологије могу бити одобрени иако садрже такве клаузуле, када је то потребно. Тако је поступљено и у поменутом закону СФРЈ из 1978. године.

Да закључимо: у међународним односима трансфера технологије владају закони јачега, а њима се намећу и рестриктивне клаузуле. На то се мора рачунати, ма колико то било неправично. Осим тога, неразвијени и немају другог избора ако желе свој просперитет већ да се укључе у владајући, нови економски поредак у свету и да поштују његова правила, било да му она изгледају правична, било неправична.

Завршавајући овај свој прилог публикацији посвећеној деведесетогодишњици професора Марковића, желео бих да изразим своје најлепше жеље драгом професору Божи Марковићу за добро здравље и дуг живот.

(Примљено 5. марта 1993)

Dr. Miodrag Janjić,
Retired senior Associate at the Institute of Comparative Law in Belgrade

INTERNATIONAL TECHNOLOGY TRANSFER AND RESTRICTIVE BUSINESS PRACTICES

Summary

There exits numerous conflicts and problems between grantors and acquirers of technology from industrially developed and under-developed countries, one of them being restrictive clauses. The grantor of technology who is, as a rule, more powerful party in economic terms as well as a monopolist, imposes to weaker party, most often, difficult terms, using the above clauses, which is witnessed by a corresponding comparative analysis. Large number of under-developed countries attempts by way of legislation to cope with restrictive clauses and practices, while, on the other hand, industrially developed countries are rather indifferent in this respect, provided the clauses are not included mala fide. However, such barriers to restrictive practices are not sufficient, mostly due to the fact that the poor partners are compelled to seek technology, while rich ones do not care much to grant it.

The rich partners too have some interest in the process, so that they are trying to coordinate these differing interests. The UNCTAD attempt of creating an international code of conduct in the matters of technology transfer, however, for the time being does not go much further. Thus, the rules of the more powerful party remain the rule of the game, so that the under-developed ones are compelled to suffer, no matter how much they consider such practices unjust, because they are eager to develop economically and technically in order to be included into the new economic order.

Key words: *Technology transfer. - Restrictive clauses. - New economic order.*

Miodrag Janjić,
conceiller scientifique à la retraite de l'Institut du droit comparé de Belgrade

LE TRANSFERT INTERNATIONAL DE LA TECHNOLOGIE ET LA PRATIQUE D'AFFAIRES RESTRICTIVE

Résumé

L'auteur note au début que dans les rapports entre les donneurs et les acquéreurs de la technologie, dans les cas où les uns viennent des pays industrialisés et les autres des pays en voie de développement, de nombreux conflits et problèmes apparaissent, parmi lesquels les diverses formes de clauses restrictives occupent la place la plus importante. Le donneur de la technologie qui est en général la partie économiquement plus puissante, et qui jouit souvent aussi d'une position de monopole sur le marché impose à ses partenaires économiquement plus faibles le plus souvent des conditions graves, utilisant avant tout de telles clauses dans le contrat sur le transfert de la technologie. Pour confirmer cette constatation, l'auteur expose un grand nombre de telles clauses enregistrées dans le droit comparé et dans la pratique. Il note à ce propos que de nombreux pays économiquement sous-développés ou en développement essaient avant tout par voie législative, d'empêcher

cette pratique d'affaires restrictive, à la différence des pays industriellement et technologiquement développés qui restent indifférents à ces clauses, à condition que leur introduction ne soit pas inspirée de mauvaise volonté. Cependant, l'auteur considère que ces barrages, par lesquels les pays industriellement sous-développés essaient de s'opposer aux clauses restrictives n'ont pas donné de résultats sérieux dans la pratique, et cela avant tout du fait que les pauvres sont obligés de solliciter la technologie et que les riches n'ont pas la nécessité de la céder. Cependant, les riches voient eux aussi un intérêt dans ce transfert, de sorte qu'on recherche des modalités pour que ces intérêts divergeants soient canalisés. La tentative de la C.N.U.C.E.D. de créer un code international de comportement lors du transfert de la technologie qui règlementerait cette matière en demeure pour le moment à ce stade. L'auteur conclue de ce fait que dans ce domaine restent en vigueur les lois du plus puissant, par lesquelles on impose aussi les clauses restrictives, que les sous-développés sont obligés de subir, tout aussi injustes qu'elles leur paraissent, s'ils désirent réaliser leur prospérité économique et technologique et leur intégration au nouvel ordre économique existant.

Mots clé: *Le transfert de la technologie. - Les clauses restrictives. - Le nouvel ordre économique.*

UDK - 342.5
Изворни научни рад

Миодраг Јовичић,
дописни члан Српске академије наука у Београду

ТРИ ТЕОРИЈСКА МОДЕЛА ТЕРИТОРИЈАЛНЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ ВЛАСТИ

- Унитарна држава, федерација, регионална држава -

Аутор полази од констатације да у свакој држави постоји систем локалне самоуправе, са више категорија јединица хијерархијски међусобно повезаних у јединствену пирамиду власти од општине на дну до јединица највишег степена (покрајине, области и сл.) на врху. У унитарној држави *се територијална организација власти тиме и завршава. Целокупна та организација је творевина устава и закона државе и може у сваком тренутку да буде вољом централних органа измењена.* Федерацију, *пак, сачињавају федералне јединице чији се статус одликује самосталношћу (правом на доношење сопственог устава, правом на самоорганизовање у оквиру савезног устава, савезним уставом утврђеним надлежностима и сл.) и које, за разлику од јединица локалне самоуправе, учествују у доношењу и променама устава и закона, пре свега преко својих представника у једном дому савезног парламента. Најзад,* регионална држава, *творевина новијег времена, нешто је између унитарне државе и федерације, у науци названо tertium genus. Региони као јединице које се одликују историјским, етничким, језичким, географским и привредним специфичностима уживају знатан степен аутономије, са сопственим органима, широким надлежностима и сл. Њихов статус, међутим, не садржи елементе државности, тако да је у основи сличан статусу јединица локалне самоуправе највишег степена. На другој страни, региони учествују у образовању и раду централног парламента преко својих представника у једном дому парламента, што их на извесстан начин уподобљава федералним јединицама. Изложено сведочи да регионална држава има елементе и унитарне државе и федерације и да се у основи уклапа у општу тенденцију приближавања ова два облика територијалне организације власти.*

Кључне речи: *Власт. - Територијална организација. - Локална самоуправа. - Унитарна држава. - Федерација. - Регионална држава.*

1. У историји човечанства најстарији облик територијалне организације власти била је *унитарна држава* која је дуго времена (са изузетком савеза грчких полиса у антици и савеза средњовековних градова у Италији, Холандији, Немачкој) била једини облик територијалне организације власти на државном нивоу. Савремена

федерација јавља се тек крајем XVIII века. Прва федерација биле су САД. *Регионална држава* је феномен новијег времена, времена после Другог светског рата.

Све данас постојеће државе света припадају једном од три облика територијалне организације власти. Осим двадесетак федерација и свега две-три регионалне државе, све остале су унитарно уређене.

Разлози за увођење појединих облика територијалне организације власти у свакој држави за себе су различити. У излагање о тим разлозима ја се овде нећу упуштати, нити ћу покушавати да оцењујем оправданост увођења једног или другог облика, а поготову не успешност њиховог функционисања.

Мој напор биће усредсређен на излагање теоријских модела три облика територијалне организације власти, онако како је наука о држави дефинисала те моделе. Велика разноврсност уређења појединих држава, у историји и данас, изазвана специфичностима земље и низом релевантних елемената за уобличавање датог облика организације власти, онемогућава да свако уређење за себе у свему одговара усвојеном моделу. Између појединих унитарних, на једној, или федералних уређења, на другој страни, постоје у бројним елементима тих уређења често и значајне разлике, али све оне, ипак, не утичу на то да буду оспорена основна својства модела, оно што је њихова *differentia specifica* у односу на друге моделе. Излажући поједине моделе ја о тим разликама нећу водити рачуна, све док једно уређење, упркос свим својим специфичностима, остаје у оквирима модела.

2. Свака држава за себе прекривена је мрежом територијалних јединица – од општине на дну до, у датом случају, федералних јединица при врху. Све те јединице имају своје уставом утврђене статусе између којих постоје велике, а често и суштинске разлике.

Постојање мреже територијалних јединица представља у савременој држави нужност. Друго је питање које ће то територијалне јединице бити, али је ван сваке сумње да у свим државама (осим неколико мини држава попут Сан Марина, Андоре, Ватикана и сл.) морају постојати основне јединице, типа општине (комуне). У многим државама општине су у ствари настале пре државе; као заједнице грађана настањених у једном месту, односно насељу. Општине су још у средњем веку имале своје органе власти који су обављали извесне том времену примерене функције. Организовањем савремене државе, почев од краја осамнаестог века, али углавном у деветнаестом веку, општине добијају свој централним прописима регулисан статус, с тим што се у већини држава образују и јединице вишег, другог степена (типа среза или округа), па и трећег степена (типа области или покрајине). Општине улазе у састав јединица другог степена, а ове, у датом случају, у састав јединица трећег степена. Све те јединице имају сопствене органе, са прецизно утврђеним овлашћењима у остваривању надлежности поверених датом типу јединица.

Ratio постојања овакве, овлаш скициране, територијалне организације власти у савременој држави је двострук. Први се састоји у рационалној расподели функција власти прилагођених простору који обухватају јединице различите категорије. Само је по себи јасно да су функције општине сасвим различите од функција, рецимо, покрајине. Самим тим и њихов статус се мора разликовати, односно мора одговарати значају функција којима се баве. Други разлог је у неопходности да се данас, у доба преовлађивања демократије као облика политичког система, обезбеди партиципација грађана у вршењу власти (ако не друкчије - а оно путем непосредних избора) на свим нивоима територијалне организације. Заједничким деловањем ова два разлога настају у свим државама *системи локалне самоуправе*, мрежа локалних органа власти различитог степена, организована у јединствену пирамиду.

3. Овакав систем локалне самоуправе управо из наведених разлога постоји у свим државама, независно од тога да ли су оне унитарно уређене, федерације или регионалне државе. Без система локалне самоуправе не може се ни у једној држави. Међутим, у унитарно уређеној држави јединице које улазе у систем локалне самоуправе једине су територијалне јединице које у држави постоје, док у федерацији и у регионалној држави то није случај. То је основна разлика између унитарно уређене државе, на једној, и друге две категорије држава, на другој страни. Федерација се састоји од извесног броја федералних јединица, које уживају посебан статус, о коме ће касније бити речи, а које свака за себе обухватају сопствене системе локалне самоуправе (независно од тога да ли су они истоветни, што се ређе среће, или су различити, што је у правим федерацијама чешћи случај). И у регионалној држави региони обухватају јединице локалне самоуправе на своме подручју, али, с обзиром на то да они немају такав статус као федералне јединице, систем локалне самоуправе у читавој земљи је увек једнообразан.

Дакле, у унитарно уређеној држави мрежа територијалних јединица, на чијем дну је општина, завршава се постојањем јединица локалне самоуправе највишег степена на врху система ових јединица, док у федерацији и регионалној држави то није случај. То разликовање је од суштинског значаја за правну природу унитарне државе, па тако, посредно, и за њено разликовање од других двеју категорија држава.

4. У *унитарној држави* све јединице локалне самоуправе су творевина устава и закона. Уставом се утврђује које ће категорије тих јединица - општине, срезови, окрузи и сл. - постојати и, по правилу, како ће бити организоване и којим надлежностима *grosso modo* располагати. Закони, пак, уређују територијалну поделу земље, значи - утврђују постојање сваке јединице за себе и разрађују и прецизирају њихове надлежности као и овлашћења органа. Када је реч о надлежностима, њихова разрада је предмет и подзаконских прописа које доносе извршно-управни органи.

И постојање и целокупно функционисање система локалне самоуправе у потпуности су ствар централних органа. Као што су

створили тај систем, они га могу и изменити, па, у крајњој линији, и укинути.

Зависно од система локалне самоуправе који се, у целини, одликује већим или мањим степеном аутономије, поједине јединице могу располагати извесним правом самоорганизовања (доношењем сопствених статута и других локалних прописа), као и уређивањем сопствених (за разлику од тзв. пренесених) надлежности. Но, то све у оквиру прописа централних органа и под њиховим надзором.

Основна карактеристика јединица локалне самоуправе састоји се у томе што оне нису ни у ком смислу конституенси државе, ни на који начин не учествују нити у образовању њених централних органа (пре свега парламента) нити у доношењу њихових одлука. (Поједине категорије јединица типа среза или округа могу представљати подручја изборних јединица за избор у парламент, али оне саме тиме не постају учесници у образовању парламента.)

5. За разлику од унитарне државе, која је *проста*, федерација је *сложена* држава. Свака федерација се састоји од извесног броја федералних јединица (тај број се у пракси креће између две и педесет).

Имајући у виду основно својство федерације, она се као облик територијалног организовања одликује низом елемената.

Најпре, федералне јединице се по свом статусу разликују од јединица локалне самоуправе, па и оних највишег степена (покрајина или области), чак и у државама са широким степеном децентрализације. Реч је о самосталности тога статуса. Иако се у низу федерација федералне јединице називају државама, оне нису праве државе из основног разлога што не располажу сувереношћу, па самим тим ни својством независности, иманентним држави. Међутим, у сваком случају, може се говорити о извесном степену њихове самосталности. Основна разлика између независности и самосталности била би у томе што је независност правно неограничена, док се самосталност увек креће у извесним правно уређеним оквирима.

Самосталност федералних јединица, каквом не располажу јединице локалне самоуправе, састојала би се најпре у томе што је она ограничена искључиво уставом федерације. Тим уставом се утврђују основни статус федералних јединица, њихова права и обавезе и њихове надлежности. При томе, и то је битно, у променама устава, па и оних које се тичу статуса федералних јединица, учествују и саме федералне јединице. То је битна разлика у односу на јединице локалне самоуправе, па ће с обзиром на њен значај о томе бити нешто више речи.

Самосталност федералних јединица огледа се, даље, у њиховом праву на доношење сопственог устава. (Овим правом, изузетно, не располажу федералне јединице у Индији.) Јединице локалне самоуправе нигде немају право да доносе свој устав - њихов основни конститутивни акт се, по правилу, назива статутом. Устави федералних јединица имају у основи сва својства устава као највише категорије општих аката, уз једну битну карактеристику: да не смеју садржати

ништа супротно уставу федерације. Они су у оквиру система општих аката федералних јединица највиши такви акти, којима морају бити сагласни сви остали акти у датој јединици, али који, са своје стране, морају бити сагласни савезном уставу. Самим тим, они су специфична категорија аката који носе назив устава, али који у суштини представљају уставе другог реда.

Устави федералних јединица су основни израз права на самоорганизовање федералних јединица којим оне у свим федерацијама, са наведеним изузетком Индије, располажу. Ширина тога права је различита, што зависи највише од услова које за организовање власти федералних јединица поставља савезни устав, али и од концепција уставотвораца федералних јединица у погледу коришћења остављене им слободе организовања. У сваком случају, федералне јединице имају структуру власти сличну самој федерацији - са парламентом, владом, органима управе, судством и слично (уз неке изузетке у федерацијама које и иначе не карактерише ширина примене федералног начела) - па и то федерацијама даје привид државности. У складу с тим, ове јединице имају сопствено законодавство и систем правних прописа који су део јединственог система правних прописа у читавој федерацији. Такође су и системи органа државне управе и судства на одређени начин, различит у појединим федерацијама, вертикално повезани са одговарајућим системом федерације.

О самосталности федералних јединица сведочи и круг њихових надлежности увек утврђен савезним уставом. Тим уставом се врши расподела надлежности између савезних органа и органа федералних јединица, при чему се примењују различите технике, али преовладава примена тзв. претпоставке надлежности у корист федералних јединица. Обим и квалитет надлежности препуштених савезним уставом федералним јединицама врло много говоре о ширини примене федералног начела. У сваком случају, федералне јединице не би могле бити лишене свих надлежности с обзиром на то да је расподела надлежности прави *ratio* образовања федерације: одузимање свих надлежности федералним јединицама значило би претварање федералног уређења у унитарно. И на овом месту битно је поновити да до прерасподеле надлежности, односно конкретно - до смањења круга надлежности федералних јединица, не може доћи без њиховог учешћа у одлучивању, израженог на одређени начин.

Свим изложеним својствима федералне јединице се јасно разликују од јединица локалне самоуправе, што, другим речима, води и јасном разликовању федерације и унитарно уређене државе. У суштини, све те разлике су, непосредно или посредно, последице чињенице да су федералне јединице конституенси савезне државе, са обезбеђеном заступљеношћу у савезном парламенту. У том својству, оне су учесници у доношењу и променама савезног устава и закона. С обзиром на то да се један од два дома савезног парламента састоји од представника федералних јединица, а да је за доношење одлука које се тичу устава и закона увек неопходна сагласност и тога дома, федералне

јединице на тај начин посредно обезбеђују узимање у обзир и њихове воље у одлучивању савезног парламента. Када је реч о промени устава, учешће федералних јединица може бити и непосредно, тако што у извесном броју федерација одређена већина ових јединица мора дати своју сагласност на промену усвојену у парламенту.

Унитарно уређена држава и федерација су два облика територијалне организације власти који се, како је објашњено, теоријски веома јасно разликују. У савременом свету потребе живота доводе до извесног зближавања, конвергенције та два облика. У унитарним државама јачају процеси децентрализације, ширења аутономије јединица локалне самоуправе, што посебно долази до изражаја проширивањем надлежности јединица највишег степена. У федерацијама, пак, врши се стална постепена прерасподела надлежности у корист централних органа, а на рачун органа федералних јединица. Тако се два облика територијалне организације приближавају црти која их дели, али је не прелазе, остајући сваки за себе у оквирима теоријског модела.

6. Последњих деценија, међутим, јавља се и трећи облик територијалне организације власти. То је тзв. *регионална држава*, која је "нешто између", између унитарно уређене државе и федерације, и која се у науци назива "*tertium genus*".

У извесном броју држава - нпр. у Француској, Великој Британији, Немачкој, Шведској и сл. - уведени су последњих деценија, као посебна категорија територијалних јединица, виших, односно ширих, од највиших јединица локалне самоуправе, региони, чије је увођење правдано потребом за прилагођавањем обављања појединих служби већим подручјима од оних која обухватају редовно постојеће јединице локалне самоуправе највишег степена. Међутим, самим увођењем оваквих региона није дошло до образовања регионалне државе, јер њиме није промењен карактер унитарне државе.

Права регионална држава образована је најпре у Италији Уставом 1948. године, а потом, три деценије касније (1978) у Шпанији. При томе је ова друга у већој мери послужила за изградњу теоријског модела регионалне државе.

Регионална држава уводи се тамо где се јављају значајнији разлози историјске, етничке, језичке, географске, економске природе који захтевају да се појединим регионима земље призна посебан статус (изнад статуса јединица локалне самоуправе највишег степена, али испод статуса федералних јединица), што самим тим утиче на организацију државне власти земље у целини.

За регионалну државу је с правом речено да она спаја извесне добре стране и унитарно и федерално уређене државе, а да у исто време отклања поједине слабости и једног и другог облика територијалне организације. Најкраће речено, од унитарног уређења она узима његову једноставност, рационалност и кохезију делова, а од федералног очување различитости појединих региона и могућности аутономног организовања. На другој страни, она избегава концентрацију власти

искључиво у центру, без учешћа подручних јединица у њеном вршењу, али ублажава и иманентне слабости федерализма као компликованог, скупог и неефикасног уређења.

Регионална држава - налазећи се између унитарне државе и федерације - може по својим основним својствима да буде ближе једној или другој, зависно од три скупине елемената. Прву сачињавају статус и организација региона, другу њихово учешће у организацији и функционисању централних органа, а трећу - односи између два нивоа власти.

Региони никако не би могли имати елементе државности какве срећемо у случају федералних јединица. Они не могу располагати уставотворном влашћу, нити имати онако значајна права на самоорганизовање својствено федералним јединицама. Друго обавезно својство региона јесте да они имају сопствене изборне (регионалну скупштину) и друге органе (пре свега регионалну владу), при чему самосталност њиховог статуса зависи и од тога да ли у региону постоје и органи централне владе, с посебним овлашћењима у односу на рад и акте регионалних органа. Даље, сразмера елемената унитарног и федералног уређења у статусу региона у највећој мери зависи од ширине надлежности региона утврђених уставом. У том погледу, регионима би уставом могао бити додељен низ надлежности сличних онима којима располажу федералне јединице у федерацијама са рационално извршеном расподелом надлежности. Региони увек располажу нормативним овлашћењима, која могу бити шира или ужа, као и надлежношћу у извршно-управној сфери. Најзад, регионима мора бити обезбеђен известан степен финансијске аутономије, пре свега у виду права на убирање сопствених прихода.

Од облика учешћа региона у организацији централног парламента зависи да ли ће регионална држава показивати својства ближа унитарној или федералној држави. У оквиру дводомог парламента региони на одређени начин морају учествовати у образовању горњег дома, било заједно с другим субјектима, било сами, што несумњиво ојачава њихову позицију и значај.

И најзад, значајни су односи између државе и региона. Ти односи свакако морају бити стављени на хијерархијску основу и у законодавној и у извршно-управној сфери. Контролу уставности и законитости регионалних прописа мора вршити уставни суд, а рад регионалних органа управе бити подвргнут надзору органа државне управе, с правом укидања, односно поништавања незаконитих аката. Однос између државе и региона обухвата и могућности пружања финансијске помоћи мање развијеним регионима.

7. Анализом наведених елемената дошли бисмо до закључка о двострукој природи региона.

На једној страни, региони располажу низом својстава карактеристичних за територијалне јединице највишег степена у класичној унитарној држави у којој је спроведена широка децентрализација: они уживају знатну аутономију, широка права на самоорганизовање, бројне

и значајне надлежности, и све то, по правилу, у вишем степену од ових јединица. Али, као и оне, региони немају онај степен самосталности којим располажу федералне јединице, а који се огледа у праву на доношење устава, сопствено законодавство, систем органа све три гране власти, низ квазидржавних функција и сл. У целини посматрано, статус региона је несумњиво ближи статусу територијалних јединица највишег степена у оквиру унитарне државе него статусу федералних јединица у оквиру федерације.

Међутим, на другој страни, региони се, слично федералним јединицама, појављују као учесници у вршењу централне власти, што са територијалним јединицама, па ни онима највишег степена, у унитарној држави није случај. Њихово учешће састоји се у заступљености региона у једном дому централног парламента. Самим тим, они су учесници у вршењу уставотворне и законодавне власти, али то увек само посредно, преко својих представника, а не и непосредно као федералне јединице у низу федерација.

С обзиром на описани статус региона, на једној, и њихово учешће у организацији и функционисању централне власти, на другој страни, регионална држава садржи елементе и унитарно уређене државе и федерације. Она је заиста нешто између. Нема сумње да би регионална држава, која је феномен нашег времена, али којој, с обзиром на њене предности, припада и будућност, заслуживала даљу, продубљенију теоријску обраду.

(Примљено 10. априла 1993)

Dr. Miodrag Jovičić,
Associate Member of the Serbian Academy of Sciences and Arts in Belgrade

THREE THEORETICAL MODELS OF TERRITORIAL ORGANISATION OF POWER
- Unitary State - Federation - Regional State

Summary

The system of local self-government exists in every state, with several categories of hierarchically connected pyramid of power, beginning with the municipality at the bottom and up to the highest degree unit (provinces, regions, and the like). In a unitary state the territorial organisation of power is regulated by constitution and law, and the state is authorized at any moment to change it through its central organ of authority. Federation is, on the other hand, formed by federal units, whose status is characterized by independence (i.e. right to enact their own constitution, right to self-organize within the framework of the federal constitution, jurisdiction established by the federal constitution, and the like). In contract to the local self-government units, the federal ones take part in the process of enactment and amending the constitution and laws, primarily through their representatives in one of the chambers of the federal parliament. Finally, regional state,

as a recent creation, is something between a unitary state and federation - tertium genus. Regions as units are characterized by historical, ethnical, linguistic, geographic and economic specificities and therefore enjoy considerable degree to autonomy, having their own bodies and agencies, wide jurisdiction and the like. Their status, however, does not include the element of statehood, so that, essentially it is similar to that of the local self-government units of the highest level. On the other hand, the regions participate in establishing and activity of central parliament, so that in a way they are similar to the federal units. Thus, regional state has also the elements of a unitary one, so that it fits into the general tendency of coming nearer of these two forms of territorial organisation of power.

Key words: *Power. - Territorial organisation. - Local self-government. - Unitary state. - Federation. - Regional state.*

Miodrag Jovičić,
membre par correspondance de l'Académie serbe des sciences de Belgrade

TROIS MODÈLES THÉORIQUES DE L'ORGANISATION TERRITORIALE DU POUVOIR

- l'Etat unitaire, la fédération, l'Etat régional -

Résumé

L'auteur part de la constatation que dans chaque Etat, il existe un système d'autogestion locale, avec plusieurs catégories hiérarchiquement liéees en une pyramide unique du pouvoir, depuis la commune se trouvant à la base jusqu'à l'unité du niveau le plus élevé (les régions, les provinces etc.), qui se trouve au sommet. *Dans un Etat unitaire*, l'organisation territoriale se termine là. Cette organisation est dans son ensemble le résultat de la constitution et des lois de l'Etat et elle peut à tout moment être modifiée par la volonté des organes centraux. *La fédération* se compose, par contre, d'unités fédérées, dont le statut se caractérise par l'autonomie (par le droit d'adopter leur propre constitution, par le droit à l'autoorganisation dans le cadre de la Constitution fédérale, par des compétences définies par la constitution fédérale etc.) et qui, à la différence des unités de l'autogestion locale, participent à la promulgation et aux modifications des constitutions et des lois, avant tout par l'intermédiaire de leur représentants dans une des chambres du parlement fédéral. Et enfin, *l'Etat régional* qui est une création de date récente, se trouve à mi-chemin entre l'Etat unitaire et la fédération, et il est appelé dans la science *tertium genus*. Les régions comme unités qui se caractérisent par des spécificités historiques, ethniques, linguistiques, géographiques et économiques, jouissent d'un degré important d'autonomie, avec leurs propres organes, de vastes compétences etc. Cependant, leur statut ne contient pas d'éléments d'Etat, de sorte qu'il est semblable en fait à celui des unités d'autogestion locale du plus haut degré. D'autre part, les régions participent à la formation et aux travaux du parlement central par le truchement de leurs représentants dans une chambre du parlement, ce qui les rend d'une certaine manière semblables aux unités fédérées. Les points exposés montrent que l'Etat régional possède aussi bien des éléments de l'Etat unitaire que ceux de la fédération et que dans le fond, il s'inserre dans le cadre de la tendance générale du rapprochement de ces deux formes d'organisation territoriale du pouvoir.

Mots clé: *Le pouvoir. - L'organisation territoriale. - L'autogestion locale. - L'Etat unitaire. - La fédération. - L'Etat régional.*

UDK - 34..930.1
Изворни научни рад

др Агнеш Картаг-Одри,
доцент Правног факултета у Новом Саду

ПРАВО И ИСТОРИЈА

У уводном делу аутор полази од чињенице да се у свакој политичкој заједници, као део њене цивилизацијске културе налазе извесни историјски трајни облици духовности, који укључују и значајне законе, као и дубоко усађене представе о правди, правичности итд. Ова кључна знања носе одређена историјска обележја, која утичу и на правни систем дате заједнице.

Прошлост је присутна у свим актуелним друштвеним збивањима, и тако неминовно утиче и на садашњост. У томе значајну улогу има и историјска свест. Други део чланка је, стога, посвећен историјској свести. Њена структура се упоређује са правном свешћу и констатује се да оба наведена облика друштвене свести, поред когнитивног, садрже и аксиолошке моменте. Они су у стању да коригују свакодневну слику коју човек носи о прошлости. Ове поруке условљавају формирање општег погледа на све, што све неминовно утиче и на погледе о постојећој држави и праву.

У Закључном делу аутор анализира однос права и историје полазећи од два могућа становишта. Ако се право схвата уско, тј. као скуп норми, односно инструмент за постизање одређеног циља - утицај права на историју је минималан. У супротном, ако се право схвати шире, као део културе друштва, наведени међуутицај може да буде веома значајан.

Кључне речи: *Историја. - Историјска свест. - Правна свест. - Право као инструмент. - Право као део цивилизацијске културе. - Рецепција.*

I. УВОД

Начин на који једна политичка заједница располаже својом прошлошћу одређује и форму њеног идентитета. У свим политичким заједницама, наиме, постоје разна "сећања и заборави, особито обликовани погледи на живот" (1), које ствара та цивилизацијско-културна

(1) O. Neght, *Историјска свет и бескласно друштво*, "Марксизам у свету", 2/1975, стр. 23.

заједница. Без ових "кључних знања" (2) која се непосредно тичу сопствене прошлости и која, мање или више, носе историјско обележје, тешко је замислити и разумети друштвено-политички живот и правни систем дате заједнице.

Покушај бољег разумевања прошлости је људска потреба, при чему је (ре)интерпретација прошлости, најчешће посредована и изазвана савременим конфликтима (3). Као таква, она може да представља борбу за нову прошлост. На овај начин интерпретације прошлих догађаја и докумената (укључујући ту и разне нормативне прописе) постају предмет нових тематизовања. Тако је и традиција увучена у свакодневно деловање и подвргнута ревизији и критичком преиспитивању (4). Стога је нужно признати вечност везе које постоји између прошлости и садашњости (5).

Данас је све израженија (а и схватљива) људска потреба да се човек услед несналажења и незадовољства постојећим стањем окреће трагању за (изгубљеним) вредностима из прошлости: националним, државно-правним итд. Окрећући се прошлости, човек на њу, међутим, често гледа селективно; радо верује у њену часност и правду; њене законе и морал памти као такве - супротстављајући их, понекад, актуелним неправдама и заборављајући оно што му се у њима не свиђа. (6).

Прошлост је, дакле, присутна у свим актуелним друштвеним збивањима и утиче на понашање чланова једне заједнице. Структура односа према традицији, према прошлом, постаје и структура свакодневног делања и оних правила која учествују како у процесу стварања, тако и у примени права. Опхођење са традицијом и у њеним вредностима утиче на обликовање садашњости и планирање будућности (7).

Однос између права и историје не може се адекватно размотрити а да се пре тога не обрати пажња на улогу историје и историјске свести у једном друштву.

II. ИСТОРИЈА И ИСТОРИЈСКА СВЕСТ

Људи од давнина имају свест о свом трајању. Временом је ту свест обележила реч *историја* (8). Са схватањем себе као дела цивилизацијске културе, човек мисли и о традицији, о историји, покушавајући да се

---

(2) С. Врачар, *Значај упознавања уставотворне прошлости Србије*, Архив, 5/1989, стр. 531.

(3) "Када би људи могли да и непосредно стварају своју историју, тада лажна свест не би била потребна..." М. Алмаши, *Стварност привида, идеологија као квазистварност*, "Марксизам у свету", 5-6/1979, стр. 188.

(4) З. Ђинђић, *Југославија као недовршена држава*, Нови Сад, Књижевна заједица, 1988, стр. 28.

(5) "У *сада* се продужава прошло и у њему почиње будуће." А. Хелер, *Теорија историје*, предговор А. Митровића, Београд, едиција "Печат", 1984, стр. 11.

(6) И. Ђурић, *Историја - прибежиште или путоказ*, "Свјетлост", Сарајево, 1990, стр. 28.

(7) *Ibid.*

(8) А. Хелер, *op. cit.*, стр. 12.

одређује и према животу који управо живи. Историја је субординирана категорија времена. Због тога је свака расправа о историји, уједно и расправа о времену: човек време које неминовно утиче на прошлост оплођује на тај начин што га претвара у историју. То чини својим радом у времену. Судећи по томе, историја би се могла одредити као рад духа у времену. За тај рад је карактеристична свесност.

Појам *историјске свести* (9) настао је као израз и потреба за рационалним човековим одношењем према самом себи и историјским токовима. Зато је јасно да нема историје без историјске свести, а да је човекова свест о сопственој прошлости, садашњости и будућности *conditio sine qua non* његовог историјског трајања.

Историјска свест помаже људима да пронађу себе. Од тог налажења умногоме зависи њихова лична, национална, општељудска будућа судбина (10). Без сталног трагања за идентитетом и успостављањем континуитета извесне историјске свести, која је заправо и национална свест (11), без правих цивилизацијско-културних трагања, тешко је идентификовати народе, њихову културу - која укључује и државно-правни поредак. У цивилизацијско-културној формацији сваког народа налазе се, и од пресудног су значаја, дакле, основни облици духовне културе - у којима се испољавају и историјска, народна (правна) свест, као и наука која обухвата и државно-правну науку. Историјска свест, као део симболичке културе друштва, представља динамичан и слојевит појам (12). Њена структура, с обзиром на конститутивне елементе, показује велику сличност са правном свешћу. Тако се оба ова облика друштвене свести састоје од когнитивног и аксиолошког момента. Први елемент је знање о историји, тј. о историјским чињеницама и везама међу људима. Ово знање може бити развијено или неразвијено, садржајно или испразно, (не)одређено итд., али оно што је најзначајније, оно може бити и (потпуно) нетачно и непотпуно (12). Адекватност мишљења о историјској стварности представља вечити проблем, што опет, никако не значи да историјска свест не може бити стално тачнија.

Извори знања, битни како за историјску, тако и за правну свест, могу бити веома различити, али међу њима најзначајније место заузимају документи и догађаји. *Документ* је битно средство за обнову историјске и правничке меморије. Оно је "интерни, немушти, мртви траг коме треба удахнути живот, натерати га да проговори, да ода своју тајну" (13)-. Речено се односи и на документе правног карактера.

---

(9) Љ. Миросављевић, *Свест о историји и историјска свест*, "Хуманитас", Ниш, 19(1-2), 1990, стр. 163.

(10) С. Врачар, *Достојници драгоцене научне баштине*, Архив, 2/1992, стр. 241.

(11) Б. Перић, *Народна правна свијест и њени велики идеали*, Зборник Правног факултета у Загребу, 3-4/1982, стр. 318.

(12) И. Тополски, *Култура и историјска свест*, "Савременост", 12 (1987), стр. 38. и 45.

(13) А. Хелер, *op. cit.*, стр. 12.

"*Догађај* који опседа историјску свест" представља увек обновљен гест, који разрешава случајеве и дозвољава да се расплете или пресече увек ирационални утицај околности (14). Ту спада још и традиција, која настаје на основу личних сећања и заборава, затим, у овај домен улазе и разни митологизовани садржаји и легенде. Управо постојање оваквих извора когнитивног момента приближава историјску свест посебној врсти правне свести - тзв. народној правној свести (15).

Когнитивни елемент се не може одвојити од аксиолошког момента. Реч је, наиме, о систему вредности који проистиче из одређеног знања о прошлости и представља збир оцена које се односе на историју. Пошто се детерминанте овог елемента налазе у структури знања, она су у стању да коригују свакодневну слику коју човек носи о прошлости, као и њихове друштвене поруке. Ова порука условљава формирање и општег погледа на свет, што свакако утиче и на формирање свести о држави и праву.

У историјском моменту, сећању на неку бившу садашњост, остварује се сусрет прошле и садашње историјске свести. Прошла историјска свест се већ реализовала, и јавља се, као остварење које поручује. Садашње свесно хтење, које може бити намера правне регулације једног друштвеног односа, може, дакле, поћи и од овакве поруке. У фокусу, нпр., нормотворца уједињује се подстицај изазван прошлошћу, актуелни захтев садашњости и наслућује се будућност.

Са друге стране, међутим, садашњост, која обухвата и цивилизацијско - културну надградњу, па према томе и право - неминовно се претвара у историју. То се догађа и помоћу историјске свести која произлази из неке прошле, претходеће историјске свести. Али, свест о историји, као знање, познавање прошлости - па и прошлих закона, правних система - неопходан је предуслов за рађање свести која ће усмеравати и будуће нормативне прописе.

III. ПРАВО КАО ИСТОРИЈА И ИСТОРИЈА КАО ПРАВО

У погледу појмовне идентификације права, у свакој културно-цивилизацијској заједици која познаје право, постоји и извесни дуализам. С обзиром на значај права у решавању конфликтних ситуација - као и на његову улогу у регулисању основних односа, а тиме и у обезбеђивању крајњег јединства друштва - свако право има један владајући облик који омогућава његову спознају, идентификацију и примену. Форма испољавања може бити различита, али имајући у виду савремену европску културу и модерно формално право, право се традици-

(14) "Писани правни акти спадају међу *најстарије језичке споменике*: Хамурабијев законик и мноштво мезопотамских плочица у глинопису, прастари државни акти у Кини, римски закон XII плоча, религијско-правна правила *Библије* и *Курана* итд." Н. Висковић, *Језик права*, "Напријед", Загреб; 1989, стр. 9. и 10. Такође: М. Козомора, *Археолошка критика историјске свести*, "Теорија", 1-2/1984, стр. 116.

(15) Б. Перић, *op. cit.*, стр. 318.

онално схвата као систем норми, односно као инструмент за постизање одређених циљева.

Поред овог, релативно поједностављеног одређења постоји и једно шире схватање, по коме је право битна компонента цивилизацијско-културне формације (16). Као последица разлике у схватањима настају и различити ставови у погледу односа који постоји између историје и права.

Ако се овај однос посматра са полазишта ужег схватања, утицај историје на право био би минималан, док би укупност историјских токова, истина стихијски и случајно, ипак могла да утиче на право, да преко свог инструментарија реагује на одређене односе и да их модификује (17). Познато је да садржина једне норме представља апстракцију која тек у пракси тумачења и примене постаје нешто конкретно. Зато су често нереална очекивања и већ унапред осуђени на неуспех покушаји који, полазећи од права настоје да изврше реконструкцију људске историје, или, пак, они који на основу историјских токова желе да изведу закључке у погледу права неке заједнице.

Тако, нпр., било би тешко искључиво на основу економских, политичких или општедруштвних услова историје објаснити разлике у развоју права у земљама европског континента, упркос чињеници да све оне у основи имају као полазиште римску правну традицију.

Ако се, међутим, право постави у шири контекст и посматра у својој друштвеној стварности, узимајући у обзир и предуслове његовог функционисања - долази се и до другачијих закључака. Као органски део цивилизацијске културе друштва - право је одређено и историјом (18). С друге стране, такође, право истовремено обликује и историју. Захваљујући дубоким коренима које право има у цивилизацијској култури, и њиховом чврстом међуутицају, нека права, чак и у случају изразито јаког политичког притиска и искушења, могу да задрже висок степен континуитета, односно успевају да се супротставе сили која настоји да га измени (19). У оваквим случајевима, право у извесној мери може да утиче на историју, модификујући је. Са становишта историјске науке и друштвено-онтологијске реконструкције јасно је да није реч о једностраној детерминацији већ превасходно о томе да право на разне захтеве и изазове средине реагује на одређени начин (20). Право модификује утицај спољашњих појава, пошто му његова релативна самосталност омогућава да у свој систем угради новонастале промене и

---

(16) Упоредити: С. Врачар, *Историчност државноправног поретка*, Архив, 1-3/1991, стр. 82.

(17) Cs. Varga, *A jog mint történelem* (Право као историја), Jogtörténti szemle, 2/1987, стр. 65

(18) Упор.: Б. Ђурић, *Увод у повесно мишљење*, "Хуманитас", (Ниш), 1/79, стр. 56, такође: Л. Вајт, *Наука о култури, студија о човеку и цивилизацији*, "Култура", Београд, 1970, стр. 82.

(19) Б. Перић, *op. cit.*, стр. 317; такође: Ф. Зулиновић, *Народно право*, Београд, 1938, стр. 14.

(20) Cs. Varga. *op. cit.*, стр. 71. О овој проблематици - такође материјал XII светског конгреса Међународног удружења за право и друштвену филозофију, Атина, 1985.

прилагоди их својој структури, водећи рачуна и о захтевима духа датог времена.

Као што је на почетку већ истакнуто, у свакој заједници, као део њене цивилизацијске културе, налазе се извесни историјски трајни облици духовности, који изражавају највише домете народне (правне) свести (21). Ту се не мисли само на значајније законике и друге сличне акте, већ и на дубоко усађене представе о правди, правичности обезбеђеној и древним обичајима (22). Све док постоје, оне носе у себи своју бившу, некадашњу нормативну садржину и на тај начин могу утицати на историјску и нормативну свест свих који долазе у додир са овим садржинама (23).

Стари правни прописи у једном новом државно-правном поретку постоје - али не више у својој нормативности, пошто њима недостаје позитивноправно важење. Њихова егзистенција је ограничена само на објективну страну (24). Бивши прописи, који чине део једне целокупне цивилизацијске културе, постоје тако што за ону свест која из сазнаје откривају одређену правну садржину, која је некад у историји важила. Утолико ови (бивши) прописи за садашњу егзистенцију могу да захвале оној свести која их је открила и сазнала њихову садржину. Ова садржина у сусрету са свешћу (историјском и правном) чланова заједнице, васкрсава, почиње живети (односно, наставља свој живот), утичући на све људе који долазе у додир са њима. Бивши закони, на пример, који данас не важе, али су некада важили - не живе у знацима, у словима, на пергаменту итд., већ превасходно преко нас, непрестано посредујући између живог и у читању поново сазнатог духа (25).

Ако се, међутим, право посматра уско, као инструмент за постизање одређеног циља, може се догодити да се при регулисању новонасталих проблема решења траже у старим прописима, у њиховој реинтерпретацији, имитацији или, пак, у новој комбинацији негде или некад већ виђених прописа и њихових решења (26). Као резултат овакве "технике" настају непрецизни, неадекватни и пре свега застарели прописи. Занимљиво је напоменути да резултат новонастале правне регулације може зависити и од врсте старих књига, историјских докумената и историјско-правне литературе итд., која је законодавцу била приступачна у датом моменту и простору.

---

(21) С. Врачар, *Достојници* ..., стр. 241.

(22) *Ibid.*, стр. 248.

(23) Д. Баста, *Преображаји идеје права. Један век правне филозофије на Правном факултету у Београду (1841-1941)*, Хрестоматија, Правни факултет у Београду - Центар за публикације, 1991, стр. 343.

(24) Супротно: Харт тврди да (за оног ко прихвата), старо римско право може бити исто тако важеће као и право царевине коју је *укинула* социјалистичка револуција. H.L.A. Hart, *The concept of law*, Oxford, 1970, p. 101, 147.

(25) V. Peschka, *A jog sajàtossàga* (Особености права), Budapest, Akadémia, 1988, стр. 123.

(26) Cs. Varga, *Politikum és logikum a jogban* (Политичност и логичност у праву), Budapest, Magvetö, 1987, стр. 264.

Историја права обилује оваквим примерима рецепције, адаптације бивших правних института. Познати су примери периодичног нестајања, заборављања, па затим поновног откривања, актуализовања старих закона. Међутим, наизменична замена егзистенције нових са бившим прописима - само је привидна.

Реинтерпретације, адаптације, "пресађивања", по правилу, не доводе до жељених резултата и решења. Трансплантирани кодекси, преузети правни институти постепено се преображавају, рецепција врши селекцију и у погледу материје која се жели преузети, да би се на крају, рецепирано право, мање или више, преобразило, изменило - пошто се иначе не може афирмисати (27). Није реч, дакле, о "реинкарнацији" историје, већ о формирању и егзистенцији новог права - сада већ дела савремене културе. Ово је углавном модел који је могућ у земљама које су у културном, етничком итд. смислу мање-више хомогене.

Све ово може да постане веома компликовано, али и занимљиво, у случају мултикултуралних заједница (28). Нове тенденције које су настале у Европи, све више наводе на закључак да се исти правни принципи морају интерпретирати и из перспективе различитих националних традиција и различитих националних историја (29).

* * *

Потребно је настојати да се право што више укључи у општу културу друштва. То практично значи да треба настојати конституисати један такав правни систем, који ће подједнако укључити у себе потребне савремене цивилизацијске вредности, али ће неговати и традицију и културу дате средине. Да би се речено остварило, потребно је право схватити шире, дакле - не искључиво као укупност правних норми, као инструмент за постизање одређених циљева.

Правници, који се уједно баве и правном културом, морају зато спознати значај који право има у обликовању друштва, и да, радећи на регулисању садашњости, уједно утичу и на будућност.

Тако, предмет правниковог рада, али и његов резултат, може бити и историја.

Ни у ком случају, дакле, не треба потценити улогу и значај историје на право и друштвену културу уопште. Бивши закони, документи итд., могу бити од великог значаја за правну науку, историју права, за упоредноправну делатност или теорију права, као и за праксу стварања и примене права. Начин постојања било позитивног, било историјског права, дакле, претпоставља неку врсту суделовања, учешћа историјске и правне свести. Без ове активности свести не може се

(27) Cs. Varga, *A kodifikàció mini tàrsadalmi - történeti jelenség* (Кодификација као друштвено-историјска појава), Budapest, Akadémia, 1979, III, pod tač. 2.

(28) И. Хабермас, *Држављанство и национални идентитет*, "Филозофска истраживања", св. 1/1991, стр. 143.

(29) *Ibid.*, стр. 144.

говорити ни о историјском постојању права. Ово учешће свести, међутим, варира, мења се, у зависности од тога да ли је реч о постојању бившег или сада важећег права.

(Примљено 26. новембра 1992)

Dr. Agneš Kartag-Odri,
Assistant Professor of the Faculty of Law in Novi Sad

LAW AND HISTORY

Summary

In every political community, as part of its civilisational culture, there exist certain historically permanent forms of spirituality, which include also significant laws, as well as deeply rooted ideas of justice, equity and the like. These key knowledge are characterized by historical elements - the ones which influence the specific legal system of every community.

The past is present in all actual social events, exerting thus necessarily an influence on the present times. Significant role is played also by historical awareness. Its structure may be compared to legal awareness, and both mentioned forms of social consciousness, in addition to the cognitive, contain also axiological moments. They may correct day-to-day picture of everyone about the past. These messages influence our general view of the world, which includes our ideas of the existing state and legal order.

The relationship between the law and history may be analyzed from two different standpoints. If one conceives law in a narrow way, namely as a collection of norms, or an instrument for achieving specific goal - the influence of law on history is minimal. In the contrary case, if are conceives law in a wider way, namely as a part of the culture of society, mentioned influence may be rather significant.

Key words: *History. - Historical awareness. - Legal awareness. - Law as an instrument. - Law as a part of civilisational culture. - Reception.*

Agneš Kartag-Odri,
chargée de cours à la Faculté de droit de Novi Sad

LE DROIT ET L'HISTOIRE

Résumé

Dans l'introduction à son travail, l'auteur part du fait que dans chaque communauté politique se trouvent, comme partie intégrante de sa civilisation et de sa culture, certaines formes historiques durables de productions de l'esprit, qui englobent aussi des lois importantes, ainsi que les représentations profondemment implantées de la justice,

de l'équité etc. Ces connaissances fondamentales portent certaines caractéristiques historiques qui se répercutent aussi sur le système juridique de la communauté en question.

Le passé est présent aussi dans tous les événements sociaux actuels et influe de ce fait inévitablement sur le présent aussi. La conscience historique y joue également un rôle important. C'est pourquoi la deuxième partie de l'article est consacrée à la conscience historique. Sa structure est comparée à la conscience juridique et on constate que les deux formes citées de conscience sociale contiennent non seulement un moment cognitif, mais aussi des moments axiologiques. Elles sont en mesure de corriger l'image quotidienne que l'homme a du passé. Ces messages conditionnent la formation d'une vue générale sur tout, ce qui influe inévitablement sur les vues sur l'Etat et le droit existants.

Dans sa conclusion, l'auteur analyse le rapport du droit et de l'histoire en partant de deux positions possibles. Si l'on comprend le droit de manière étroite, c'est-à-dire comme un ensemble de normes, à savoir comme instrument de réalisation d'un objectif défini - l'influence du droit sur l'histoire est minimale. Par contre, si l'on comprend le droit d'une manière plus large, comme partie intégrante de la culture de la société, l'influence mutuelle citée peut être très importante.

Mots clé: *L'histoire. - La conscience historique. - Le droit comme instrument. - Le droit comme partie de la civilisation et de la culture. - La réception.*

UDK-34(91)..340.1
Изворни научни рад

др Александар Молнар,
асистент Правног факултета у Новом Саду

ФОРМАЛНА ЛОГИКА И ПРАВО - ПОКУШАЈ РЕКОНСТРУИСАЊА ЊИХОВОГ НАСТАНКА У АНТИЧКОЈ ГРЧКОЈ

У раду се покушава доћи до једног социолошки релевантног одређења формалне логике и утврдити њен значај за настанак правног феномена. У том смислу аутор поставља три тезе. Прва гласи да се у античкој Грчкој по први пут у историји јавља право stricto sensu, а не само његови рудименти. Друга теза је да настанак права подразумева постојање и примену формалне логике у нормативној сфери (тј. да је то обележје по којем се право разликује од обичаја и од морала). Напокон, трећа теза гласи да је за примену формалне логике у нормативној сфери нужан минимум баланса моћи у друштву, који омогућава издвајање законодавства од судске и "извршне" власти.

Централно место у раду представља анализа Аристотелове логичке и социјалне теорије. Прва говори о веома високом ступњу формализације мишљења, до које је доспела грчка мисао тог доба, а друга о јачини искустава са поделом и организацијом власти, адекватно постојећем балансу моћи главних друштвених група у полису. То није случајност: тек она друштва која познају друштвене сукобе који се не решавају силом, већ расправом и мериторном одлуком трећег, развијају формалну логику, која стоји у основи правног феномена. Иако је главни циљ ове логике да онемогући психичке и социјалне процесе деструкције смисла нормативних структура, она постиже тек толико да ове деструктивне процесе ублажи и модификује, каналишући и спутавајући их унутар једне херметичке сфере - права.

Кључне речи: *Право. - Форма. - Логика. - Принцип. - Систем.*

О томе какви се широки хоризонти за социолошки увид у друштвену природу правног феномена указују отварањем проблема односа између права и рационалности сведочио је већ социолошкоправни одељак Веберове књиге *Привреда и друштво*. У том одељку се (напоредо с настојањима да се излагање ограничи на "идеалнотипски" карактер) износи једна, у основи, генетичка теорија развоја права од његовог формално-ирационалног обика (магијског типа) до савременог формално-рационалног облика. Другима речима, у основи правног развитка сагледава се један други развитак: развитак од формално-

-ирационалне логике магије до формалне логике као такве (примењене на право). Социолошка анализа отуда се налази у служби сагледавања друштвено-историјских токова који су довели, прво, до формалне логике као такве, а затим и до њене примене у праву. Оно што се чини теоријски најчистијим језгром социолошкоправне анализе јесте исходиште ових токова: модерно формално-рационално право.

"А сада да видимо како силе које учествују у формирању права утичу на развој формалних квалитета права. Данашњи јуристички рад, бар онај његов облик који је достигао највиши степен методичко-логичне рационалности - облик, који ствара обичноправна (*gemeinderechtlich*) јуриспруденција, полази од 5 постулата: 1. да је свака конкретна правна одлука 'примењивање' апстрактне правне поставке на неко конкретно 'чињенично стање'; 2. да уз помоћ средстава правне логике мора бити могућно за свако конкретно чињенично стање извући одлуку из важећих апстрактних правних ставова; 3. дакле, да важеће објективно право мора само представљати, или у себи латентно садржавати, систем правних поставки у коме нема 'правних празнина' или да се према њему треба односити као према таквом за циљеве примењивања права; 4. да оно што се јуристички не може рационално 'конструисати' није ни правно релевантно; 5. да се заједничко делање људи апсолутно мора тумачити као 'примењивање' или 'извршавање' правних поставки или, обрнуто, као 'потврда' правних поставки(...), пошто је, адекватно 'непостојању празнина' правног система, и 'правна уређеност' основна категорија сваког социјалног збивања." (Вебер, 1976:551)

Но, упркос постављању проблема на прави начин, Вебер није покушао да га реши: из његове теорије не може се сазнати какав је друштвени значај формалне рационализације права. Посебно је интересантно да Вебер нема нимало критички однос према формалној логици која лежи у основи (по његовом схватању само модерног) права, док, за узврат, у његовој социолошко-сазнајној теорији доминира оштра критика употребе формалне логике у научне сврхе: појмови би у науци требало да буду само својеврсни идеални типови према којима би се научници равнали у захватању у "објективну" збиљу. Онога момента када се ти појмови скруте у форме према којима се почне стварност конструисати, више нема ништа од објективне науке. Самопотврђивање хипостазираних појмова без обзира на збивања у стварности постаје циљ формалне логике, уместо да се они "идеалнотипски" користе као средства за спознавање стварности (Вебер, 1986:78).

Тако се отвара питање да ли формална логика може бити добар савезник норми, а рђав ослонац науке. Да ли може бити адекватно средство за спознају садржаја на који упућује норма, а неупотребљиви баласт научних напора да се спознају садржаји оног дела стварности који одговарајућа наука изучава? Напокон, да ли само у науци од првобитног средства (у служби циља трагања за истином) прераста у аутономни циљ, док у норми остаје послушно средство у служби њених аутентичних циљева?

У изучавању овог сложеног проблемског корпуса мислим да би требало разлучити три правца или тока анализе: 1. прво би требало утврдити од чега се састоји феномен формалне логике; 2. након чега би се размотрило коју квалитативну промену за собом доноси појава формалне логике у области норми, тј. каква је улога формалне логике у конституисању права; 3. да би се на крају прешло на проучавање друштвених услова који стимулишу, односно онемогућавају развој логичке формализације како мишљења уопште, тако и, уже, процеса стварања и примене (правних) норми. У овом раду бих покушао да прво у најкраћим могућим цртама дам једну за социологију права релевантну одредбу феномена формалне логике, да бих потом размотрио питање значаја формалне логике за настанак права. Социолошки можда најзначајнији проблем друштвених услова који су били од значаја за, прво, успостављање формалне логике, а затим и за њено продирање у нормативну сферу (утичући на тај начин и на сам процес конституисања правног феномена) због ограничености простора биће остављен за неку другу прилику.

Формална логика јесте један од начина мишљења којим се настоји у потпуности отклонити деструктивни утицај психичке и социјалне димензије појма на процес закључивања о одређеним садржајима стварности за чију спознају чулна перцепција није адекватно средство. Знакова које су већ захватили деструктивни психички и социјални процеси интеракције ознаке и означеног (види даље: Молнар, 1992) мисао настоји да се ослободи тако што свим стварима додељује нову ознаку - артифицијелни израз једне *lingua characterica systematica* - да би их при томе неприметно препарирала и у ново означено. Промена у означеноме се дешава сходно имплицираној онтолошко-категоријалној концепцији о структури "суштинских" садржаја стварности који своју адекватну мисаону репрезентацију добијају тек унутар дедуктивног система, образованог око једног или више темељних принципа. У формалној логици се мисао одриче претензије на непосредну рефлексију садржаја стварности у њиховој сопственој динамици, проглашавајући да унутар система нових ознака и означених постоји такав склад да је процес закључивања могуће упростити све до анализе синтактичких структура у којима семантички моменат својом транспарентном имплицираношћу постаје једноставно небитан. Кретање у оквиру ових новообразованих синтактичких структура артифицијелног - системског - језика наводно је олакшано утолико што процес закључивања више не мора да врши сталну контролу смисла која се непрестано мења (те у том смислу и увек изнова деструира) у психичкој и социјалној динамици знака (тј. означеног и ознаке), него се ослања на (претпостављену) једнозначност и смисаону транспарентност свих системских израза (тј. по угледу на математику третира их као од сваког симболизованог садржаја осамостаљене и одређеним "алгоритмима" подвргнуте симболе), извлачећи закључке на формалан начин из априорно формулисаних постулата. Смисленост на тај начин добијених закључака зависи, наравно, од тога колико сам систем има везе са

стварношћу и њеном динамиком, те напосе са психичком и социјалном динамиком појма (као делом те стварности), чије је деструктивно дејство на једнозначност знакова хтео да елиминише. То је могуће само уколико се прихвати темељни онтолошки став да свим стварима одговарају одређене "суштине" (појмови) са тачно одређеним, једнозначним смисловима, услед чега је само потребно: 1. генерализовати искуство до одређеног ступња, на коме ће бити могућно 2. формулисати генералне емпиријске тенденције трајно, јасно и непротивуречно означених појава, из чега ће се даље - 3. излучити темељни принципи система, класификације генусних и свих осталих појмова, те узрочно-последичне ("нужне") релације међу њима, из система којих ће потом: 4. процес закључивања тећи чисто формално. Из овог концепта би се могао извући закључак да се формално-логичко мишљење не може састојати само од два у науци о логици стандарно прихваћена процеса, процеса формализације (односно систематизације, тј. састављања система артифицијелних знакова са тако јасним значењима, да ће у њему бити могуће радити само "на синтактичкој равни") и процеса формалног, силогистичког закључивања (Kutschera, 1967:5-9). Претходно је свакако потребно препарирати стварност у комплекс "суштинских" појава (и то не само дедуковањем искуствених тенденција, него и сврсисходном конструкцијом), који онда "радом" принципа, класификација и узрочно-последичног повезивања прераста у формално-логички систем, од чије "истинитости" зависи и "истинитост" крајњег исхода закључивања, када га буде било потребно употребити у сврхе спознаје нечег "дубљег" што нашој мисли пре тога није било доступно у стварности. Отуда је социологија заинтересована не толико за исправност формално-логичког извођења закључка унтар већ постављеног система, колико за критеријуме по којима формална логика из стварности узима материјале, који ће јој послужити: 1. за изградњу принципа, класификација и узрочно-последичних релација који носе систем; и 2. као објекти на којима је, применом ових принципа, класификација и узрочно-последичних релација, могуће применити закључивање, као пут ка "дубљим" спознајама целокупне стварности. Ако је тачно да је за сваку врсту формалног логицирања нужна једна металогика која ће "контролисати" шта се може доказати, а шта не, као и шта је уклопиво у систем, а шта није, онда се социологија не задовољава закључком да та металогика почива једоставно на "интуицији" (Бркић, 1985:35) него инсистира на друштвеним условима - интересима пре свега - који воде ову "интуицију".

Најупечатљивија карактеристика формалне логике јесте да цепа стварност прво на ону која се спознаје како би се оформили принципи, класификације и узрочно-последичне релације, а затим и на ону која се спознаје тим истим принципима, класификацијама и узрочно-последичним релацијама. Тиме се: 1. одустаје од претензије на непрекидно рефлектовање садржаја стварности у њиховој динамици, како се она јавља неопосредована формалној логици својственим принципима, класификацијама и узрочно-последичним релацијама; 2. оставља мо-

гућност да се емпиријски материјал на један начин користи приликом оформљења општих принципа, класификација и узрочно-последичних релација, као и из њих изведеног система, а на сасвим другачији начин приликом решавања неког појединачног (нпр., правно релевантног) проблема (за чију се спознају и разрешење сматра да је потребна интервенција тих принципа, класификација и узрочно-последичних релација); 3. напокон, поставља формална исправност закључивања за циљ мишљења коме се као средства јављају чак и принципи, класификације и узрочно-последичне релације *као такви, тј. без рефлектовања на њихову првобитну повезаност са стварношћу из које су настали, али зато са отвореном могућношћу њиховог тумачења према једном од могућих (интересно опредељених) решења појединачног проблема.* Самим тим што су се први принципи, класификације и узрочно-последичне релације одвојили од стварности из које су индуковани, њихова апстрактност ствара маневарски простор за противудар стварности: могуће је спознати како их, огољене у њиховој апстрактности и противстављењу "чињеницама" стварности, треба користити да би се спознало оно што се хоће спознати. Тиме формална логика долази под власт управо онога што хоће да избегне: тежећи да докине деструктивност психичке и социјалне динамике појма, она појмовни смисао ствари ништа мање не деструира, постулирањем "суштина" које су мисливе још једино као форме и негирањем саме динамичности садржаја стварности (која се увек мора разликовати од свих психичких и социјалних процеса у којима се изобличује, било спонтано, било манипулацијом, и на крају деструира). Формална логика успева да сузбије отворене мисаоне манипулације утолико што надомешта психичку и социјалну динамику појма једном формалном конструкцијом у којој је могуће повезати највиши принцип система и закључак који се тих ствари тиче *sub aeternitatis specie*. Но, то није довољно. "Суштина" (као трајни и фиксирани смисао) ствари тиме постаје једино што обезбеђује континуитет формалног логицирања унутар система, док сазнање губи претензије рефлектовања на динамику ствари и остаје још само евидентирање решења којима ће се удовољити критеријуму могућности уклапања у априорни формално-логички систем. А управо су ова - увек бројна - решења отворена за тумачење "суштина" према интересној перцепцији елемената конкретног проблема, након чега се примена формалне логике на решавање тог проблема од средства спознаје (која тежи да се непрекидно "припија" уз ствари и "прати" њихову динамику) нужно претвара у средство оправдања једног, априорно одабраног решења проблема.

Али, чему уопште служи формална логика у нормативној сфери, тј. у праву? У праву је норма фиксирана у једној или више нормативних реченица, тако да формална логика мора служити (ре)конструисању одређеног смисла норме из свих појмова од којих су односне нормативне реченице образоване, што би требало да реши проблем исправности делања у појединачним ситуацијама. Претпоставља се да сви правни појмови чине формално-логички систем, из кога се дедуктив-

ним путем могу добити смислови појединих реченичних комбинација појмова (у логичкој форми "судова"). Иако у том процесу дедуковања има обично много закључака, најважнији је онај закључак у коме се крајњи резултат формално-логичке анализе (у виду смисла норме коју нуди прва премиса) суочава са смислом садржаја стварности за које се претпоставља да су релевантни за исправно делање у конкретном случају (тзв. чињенично стање које пружа друга премиса) и једнозначно разрешава проблем "непристрасне примене апстрактне и опште норме у датом случају". Тај поступак је карактеристичан само за право, јер га не познају ни морал ни обичајне норме, те се у том смислу и може говорити о праву као о јединoм *систему* норми, који мора имати право субјекта који га ствара, а онда и субјекта који га примењује. Смисао целокупног решења јесу друштвено усклађена и предвидљива долажења до исправних делања у конретним ситуацијама након предузимања мисаоних аката препарирања релевантних садржаја конкретних ситуација, и то: 1. оформљењем принципа, класификација и узрочно-последичних релација, 2. формализацијом (систематизацијом) и 3. силогистичким закључивањем. Циљ првог процеса је обезбеђење да на путу до истинитог сазнања тога како сваки члан друштва у конкретној ситуацији треба исправно да поступа, не дође до деструктивних дејстава психичке и социјалне димензије појма на мисаоно представљање нормативно релевантних садржаја стварности, што се постиже фиксирањем нормативних појмова према (правним) принципима, класификацијама и узрочно-последичним релацијама; циљ другог процеса је да ово фиксирање појмова заврши једним артифицијелним (правним) системом знакова за које се претпоставља да трајно и хармонично у себи усклађују ознаке и означења; док би циљ трећег процеса био обезличавање и униформисање пута до истинитог (правног) сазнања у један једини универзални силогистички образац.

За даљи ток излагања мислим да би било корисно поставити три тезе. Прва гласи да се у античкој Грчкој по први пут у историји јавља право *stricto sensu*, а не само његови рудименти. Друга теза је да настанак права подразумева постојање и примену формалне логике у нормативној сфери (тј. да је то обележје по којем се право разликује од обичаја и од морала). Напокон, трећа теза гласи да је за примену формалне логике у нормативној сфери нужан минимум баланса моћи у друштву, који омогућава издвајање законодавства од судске и "извршне" власти. Прва теза биће у даљем тексту - ради јасности и прегледности излагања - расправљана у склопу преосталих двеју теза.

Развој логике (тј. правила мишљења која имају претензије да воде истинитим закључцима о стварности) једног друштва може се - између осталог - реконструисати и проучавати на основу општих рефлексија о логици у теоријским расправама мислилаца односног друштва. Прихватимо ли то за адекватан показатељ развоја логике у самом друштву и узмемо ли у обзир писане логичке расправе из најраније историје људске мисли, доћи ћемо у ситуацију да можемо нешто више рећи о

квалитативној новини која се појављује у логици античке Грчке и која, применом у нормативној сфери, омогућава настанак права.

Погледамо ли, примерице, рана кинеска или индијска логичка учења, видећемо да ниједно од њих не достиже ону формализованост, каква постоји код Аристотела и, касније, код стоика. У кинеској логици полази се од претпоставке да речи евоцирају бескрајни комплекс партикуларних представа, што још више поспешује идеографски карактер кинеског писма. У кинеској реченици нема доминације субјекта и предиката, већ преовладава слободна јукстапозиција независних знакова у којој долази до изражаја целокупни доживљај аутора о бивствовању. Само изражавање је афористичко, у концизном енигматском и парадоксалном маниру. Уопште, кинеска мисао стално тендира парадоксу ("све што постоји јесте друго, све што постоји јесте оно само") и ослања се на аналогију. Речи нису апстракције, већ комплекси визуелних утисака са евокативном и дескриптивном снагом. Самим тим, нема тих речи које могу претендовати да изражавају целину стварности као апстрактну самосвојност, као што нема ни помисли о образовању некаквог система из кога би се откривали "скривени" делови стварности. За разлику од на Западу тако само по себи разумљивог тока сазнања од познатог ка непознатом, кинеска мисао иде од непознатог ка познатом (*Dumitriu*, 1977:34). А, генерално узев, две главне кинеске "непознанице" јесу стално променљиви доживљај индивидуе и Пут (*Тао*) стално променљивих креација (Kia-Hway, 1961:85).

Ако је тачно да "историја доказује да граматичка студија претходи и утиче на логичку" (Dumitriu, 1977:64), онда главне доприносе логици можемо очекивати код оних друштава која су овладала словним писмом, јер оно не само да пружа много бољи увид у конструкцију језика него идеографско писмо него и омогућава јачи повратни утицај писма на сам говор (Јенсен, 1958:13), као и на мишљење уопште (Молнар, 1992:390-1 и 397). То, другим речима, значи стварање основних предуслова за формализацију мишљења. Тако, у индијској мисли постоји већ ситуација нешто ближа западној него што је то кинеска, али ни у њој нема оне формализације логике коју су постигли Грци. Иако у филозофији *Nyaya* долази до образовања једног петочланог силогизма (што је неке руске писце понукало на прављење паралела између логичког развоја у Грчкој и Индији: Бонгард-Левин, 1983:205), који ће будисти наставити да формализују, карактеристика индијске логике ће још увек остати неразлучиви спој логике садржаја и логике форме. Индијски израз је парадоксалан као и кинески, а дихотомија универзалног и индивидуалног - која је постојала и код Аристотела - пати од немогућности да се универзално одреди као егзистирајуће и да постане отворено за шест *padārtha* ("могућности бити именован"). То ће бити и главна препрека да се индијска логика формализује до граница потребних за систематизацију целокупне стварности.

Родно место теоријских рефлексија о логици у сваком друштву јесте спор међу људима који се не решава силом већ расправом и мериторном одлуком трећег. Гледајући етимолошки, појам логике и у

Индији и у Грчкој има изворно значење правила расправе и методологије дискусије (Bochenski, 1962:482), о чему се још може наћи доказа како у учењу *Nyaya*, тако и у Аристотеловом "језичком" третману *аналитике*. То није нимало случајно, с обзиром на то да је поприште решавања спора у исто време место на коме се интензивирају деструктивна дејства психичке и социјалне динамике појма. До којих размера могу нарасти дискрепанције између речи и ствари осведочавају се сва друштва у којима су се развиле могућности за несметано вођење спорова пред неком врстом арбитраже или судом од стране сукобљених партикуларних интереса, и спорова између политичких опција на јавној сцени, где доношење одлука од значаја за целу заједницу зависи од неког облика учешћа свих или већег броја чланова заједнице. Форензична и политичка искуства о бескрајним могућностима да се манипулацијом речи утиче не промене међу стварима довела су до тога да се почело истраживати како да се контролом употребе речи мисао присили да следи и поштује ток догађаја у стварности. Отуда не треба да чуди чињеница да су адвокати (у најширем смислу те речи) били међу првима који су се почели бавити не само развијањем реторике него иизучавањем логике. На основу свог практичног искуства у деструирању логике, адвокати су међу првима осетили потребу да логику усавршe и начине је отпорном на све већ тада тако распрострањене манипулације. У Кини ће, тако, једна од првих филозофских школа која ће своју пажњу готово у потпуности посветити проучавању напетости између "имена и датости", бити *Школа имена*, настала међу адвокатима (Ју-Лан, 1977:98-111). О једном од првих представника ове школе, адвокату Донг Сију (из VI века пре Христа), постоји овакво сведочанство:

"У држави Џонг је било много људи који су приликом поступака изврталн законике. Дзи Чан је забранио изврташе закона. Донг Си је на то ставио на располагање лажне сведоке. Дзи Чан је забранио да свједоци тумаче закон. Донг Си је био подједнако неисцрпив у средствима којима их је заобилазио. На тај начин није више било могуће никакво разликовање између допуштеног и недопуштеног. (...) Дзи Чан је владао Џонгом, а Донг Си је учинио својом посебном задаћом да му прави тешкоће. (...) Неправо је постало правом, а право неправом, тако да се напосљетку више није знало што је право, а што неправо, док се оно што је допуштено и недопуштено мијењало из дана у дан. Кад би желио да тко добије поступак, омогућио би му да га добије, кад би желио да тко буде осуђен, дао би га осудити. Тако је држава Џонг доспјела у велики неред, а међу народом су колале гласине. Дзи Чан се напосљетку засити тога, па наложи да смакну Донг Сија и обзнане његове злочине. Тада се смири дух људи, право и неправо се учврсте, закон и право су важили." (*Прољеће*, 1982:301-3)

Завршетак ове приче типичан је за источњачке деспотије и заправо показује не да су се "право и неправо учврстили" него да до настанка права уопште није ни дошло. У друштву у којем један човек или једна група људи има довољно моћи да одлучује шта је право и неправо, тј. да "штити" оно што сматра за право и прогања оно што сматра за

неправо - право не постоји. Још од Хобса стално понављана истина да онај ко има довољно моћи да заштити све припаднике друштва има довољно моћи и да све припаднике друштва подјарми, важи и у домену норми: онај ко има довољно моћи да сам заштити целокупну нормативну област од манипулације, има у исто време и довољно моћи да целокупном нормативном облашћу манипулише.

Сасвим други пример пружају софисти у античкој Грчкој, где и долази до историјски првобитног успостављања минимума баланса моћи у једном политичком друштву. Настанак првих писаних закона и увођење формалног судског поступка у Грчкој поклапају се са друштвеним кризама у којима губитак моћи носилаца власти (појединаца или привилегованих група) да суверено доносе све одлуке од значаја за целокупну заједницу, није довео до пропасти *полиса*, него, обрнуто, до његовог усавршавања у виду увођења механизама за међусобну контролу носилаца власти у *општем друштвеном интересу* (што, наравно, није увек значило и демократизацију: види даље Гагарин, 1986:125-6). Носиоци ("извршне" и судске) власти (какви су, нпр., у Атини били Архонти и Ареопаг), који су до тада имали довољно моћи да самостално доносе све појединачне одлуке од значаја за целокупну заједницу, сада морају да прихвате долазак једне особе (врло често странца) која је по вољи целокупног *полиса* и која има овлашћење да у име *полиса* донесе општеобавезујућа правила за у начелу све области живота *полиса*. То означава појаву институције законодавства која репрезентује, модерним речником речено, "вољу народа" и може опстати само док у држави тог народа механизам ефикасне контроле носилаца власти обезбеђује одређени баланс моћи између ширих друштвених група, што, опет не дозвољава да се један партикуларни интерес наметне за аутономног и неспутаног интерпрета садржаја "права". Последице таквог законодавства - како то речито показује грчки пример - првенствено се огледају у регулацији процедура у којима ће се доносити појединачне (било политичке, било судске) одлуке, и то на такав начин да се - ако не непосредно, а оно барем посредно - заштите интереси свих оних које ће те одлуке погађати. Али, то даље значи и да би сви који су непосредно заинтересовани за доношење неке одлуке требало да учествују у расправама, чији би резултат у том случају био "права" одлука. Важна импликација оваквог решења јесте да се физичко насиље потискује у други план, само против оног члана друштва - макар он био носилац највише власти - *који се успротиви закону или одлуци донетој у складу са законом*. Наравно, у доношењу одлуке и даље игра улогу количина друштвене моћи, статусна припадност и друге "нерелевантне" околности али се сада све оне морају појавити у аргументационом медијуму, који има за циљ да квалитет ваљаности и правилности конкретне појединачне одлуке одржи у логичкој форми неких, макар најосновнијих принципа постављених законодавством. Јер, флагрантно кршење логичког минимума на којем је подигнута правна грађевина доводи до окончавања баланса моћи између друштвених група грађанским ратом. Због тога свако истинско право повлачи за собом развој техника аргу-

ментације, вођених искључивим циљем да се докаже кореспондентност интереса аргументатора са законским нормама, а да се у исти мах не доведе у питање логичка основа тих норми. Умеће аргумантовања доводи до парадоксалних ефеката: с једне стране - оно распламсава и заоштрава процесе деструирања склада између речи и ствари, док - с друге стране - интензивира настојања да се осигура барем минимум логичке заснованости одлука у правном систему. Грчко искуство то добро показује. Софисти не само да су заслужни за ударање темеља правној аргументацији (која је, управо због тога што је настала из њиховог практичког, више форензичног него политичког искуства, увек била оптуживана за преферирање онога што изгледа као истина у односу на истину саму: види Аврамовић, 1988:27 и даље), него су такође заслужни и за формирање грчке - превасходно формалне - логике.

Решење које је напокон омогућило право као друштвени феномен била је формална логика, као покушај да се уведе нови ред - систем - међу стварима, чија је осуђеност на неуспех само отварала ново, много комплексније бојно поље за аргументационе стратегије и реторичке маневре. Вербални окршаји на политичкој сцени и у судници не само да су заменили физичке сукобе ширих размера него су достигли, паралелно са високим нивоом софистицираности реторичких средстава спорења, и прве формално-логичке критеријуме за евидентирање победника у политичким и судским споровима. Откада су настале и у праву примењене, формална логика и реторика представљају две стране истог новчића. Само у од на властите динамике стварности одвојеног формално-логичког правног система може да се развија правна аргументација, која од "стриктне" примене права стално покушава да начини средство афирмације партикуларног интереса.

Аристотел је несумњиво први (не само хеленски) мислилац код кога можемо пронаћи све оно о чему је горе било речи. У његовој социјалној мисли долази до веома важног одвајања државног уређења, које почива на подели власти, и закона:

"Државно уређење је *организација власти* у државама, *начин на који је власт распоређена*; државним уређењем одређено је ко је носилац врховне власти у држави и шта је крајњи циљ сваке поједине државне заједнице. Закони су, напротив, одвојени од онога што одређује једно државно уређење као такво, по њима треба да владају они у чијим је рукама власт и да сузбијају оне који крше те законе" (Аристотел, 1975:88:128-9a, курзив А. М.).

Закони, дакле, претпостављају распоређење власти на више носилаца, међу којима Аристотел помиње "саветодавну власт", "извршну власт и "судску власт". Али, да би једно државно уређење уопште могло да добије адекватне законе, оно мора бити "исправно", тј. "имати у виду општу корист", а не "корист оних који су на власти" (Аристотел, 1975:64:12-79a). Јер, "под оним што је право треба подразумевати једнакост, а та једнакост и та правда захтевају да се има у виду корист целе државе и интереси свих грађана, а грађанин је, уопште узев, онај ко има

права и да влада и да се потчињава, али је у сваком државном уређењу друкчији (Аристотел, 1975:75:1283б).

Законодавац, заправо, није носилац власти већ репрезентант "опште користи", а то значи репрезентант самог "разума без прохтева", тј. ван домашаја партикуларних интереса који разарају друштво (Аристотел, 1975:83:1287а). Доношење закона није акт власти већ формулација друштвеног консензуса о томе како треба расподељивати и вршити власт, што води закључку да "врховна власт" треба да припада мудро састављеним законима". Важност закона произлази из Аристотеловог схватања разума, односно могућности да се изађе на крај са деструкцијом смисла до које доводи распад између речи и ствари: "добро састављени закони треба да, колико је то могуће, сами дају тумачење свих случајева и да што мање препусте нахођењу судија" (Аристотел, 1987:7:1354а). То значи да закони имају моћ да својом иманентном рационалношћу на прави начин омогуће да доношење појединачних одлука у свим споровима - било да су у њих увучени носиоци власти, било да је реч само о сукобу између појединачних интереса обичних грађана - буде примерено свим околностима случаја, не дозвољавајући да их угрозе процеси психичке и социјалне деструкције појмова. Разлог за то лежи у чињеници што се норме закона односе "на будуће и опште", користећи се логиком која омогућава ефективну примену на све проблематичне случајеве. Логика о којој је реч јесте формална логика. Аристотел заправо само доводи до врхунца логичку револуцију, која је код Грка отпочела у домену математике. Наиме, са Питагором и припадницима његове школе геометрија постаје од емпиријске дисциплине, или "мерења земље", како су је до тада развијали Египћани, "демонстративна *a priori* наука". Управо то ће касније постати моделом по којем ће Аристотел засновати свој метафизички систем *a priori* знања о стварности, као претпоставци даљих логичких анализа (Kneale and Kneale, 1962:3). Главни доприноси Аристотелове метафизичке мисли његовој логици јесу: 1. схватање да све ствари имају свој *eidos*, као оно што постоји стално, што је увек било и што ће увек бити оно што јесте, и 2. схватање да опште кретање и промене које задешавају ствари почивају на универзалним узрочно-последичним интеракцијама међу стварима, при чему "прва филозофија" мора доћи до онога што је "вечно, непокретно и издвојиво", а што представља "прве принципе и узроке" (*proton arhon kai aition*) (Аристотел, 1985 :7:982б). Проблем дискрепанција између ствари и речи решава се отуда проналажењем првих принципа од којих почињу детерминистички ланци промена у односима међу стварима. Грчки хомоним *arhé*, поред тога што код филозофа, почев од Анаксимандра надаље, означава логички (и, уопште, теоријски) принцип, у себи чува митско наслеђе "архајског", првобитног, изворног (те је у том смислу "прапочело": упор. Kerényi, 1973:6-7), али такође обухвата и значење власти, господства. Аристотел наглашава овај моменат власти у првом принципу, који све покреће - остајући сам непокренут - цитатом из Хомерове *Илијаде*: "Није добро многовлађе, нека је један владар." Ту је аналогија

између принципа и војсковође, односно целокупне стварности и војске, чије је добро: "и у поретку и у војсковођи, и више у томе другоме, будући да није тај због поретка, али је поредак због њега. Све су ствари сређене некако, али не истим начином, и рибе и птице и биљке; а ништа се не понаша тако као да нема никаквог одношаја једнога према другоме, него јест некакав одношај. Јер све се ствари сређују према *једном*, али као у кућанству, где је слободнима најмање допуштено чинити било што насумице него су им све ствари или већина већ уређене, док је у робова и животиња мало тога што је поради заједништва, а много тога онако насумице. Јер такво почело сваког појединог од тих њихова је нарав. Исто тако је неопходно да све буде подвргнуто разлици (суђењу) (да изађе пред суд); али понешто је такво да све са њим има неки заједнички однос према целини" (Аристотел, 1985:315:1075, последња реченица преузета је из превода: Хегел, 1975:276).

Ово место упозорава да не треба прерано признати *arhé* за еманципатора од "монархистичког" мита у геометризираном друштвеном простору демократског *полиса*, у коме су сви грађани ("друштвене силе") једнаки спрам власти (*isonomia*, полагање власти у средиште, *en mesoi*, Вернан, 1990:96, 107, 112-121). Монархистички принцип још увек важи, али сада формализован и стављен на инструментално располагање управо свакој "друштвеној сили" која га се барем накратко докопа. "Друштвена сила" којој у (политичкој или форензичној) расправи припадне наклоност *arhé*, покреће ("организује") целокупну стварност као "вођено" (*to eromenon*), као *causa finalis*. Уз помоћ *arhé* цео свет постаје (само)сврховит, при чему реч телос (сврха) добија неугодни призвук свога другог значења: државне службе или управе. Нови свет који се свакој "друштвеној сили" указује из перспективе првог (као владајућег) принципа јесте свет који она треба да за своје сврхе организује попут државног апарата, управљајући њиме једноставно попут командовања војском.

У цитираном пасусу помиње се потреба да свака ствар "изађе пред суд" мишљења, што такође звучи веома чудно. Погледа ли се Аристотелова прва књига *Органона*, долази се до неких још занимљивијих закључака. Десет датих, фиксираних смислова које речи придају свакој ствари (супстанција, квантитет, квалитет, релација, место, време, положај, поседовање, делање и трпљење), називају се категоријама (*kategoria*), што значи оптужбама за кривицу, тужбама. Класификујући сваку ствар у једну од ових десет група, принцип их заправо оптужује, тежи их осудити на један одређени смисао. Критеријум (*kriterion* = судило, средство суђења) који при том користи јесте истина, схваћена као узрочно-последична повезаност свих ствари. А, како је већ Келсен добро приметио, грчка реч *aitia* има смисао како узрока, тако и кривице: идентификовати нешто као узрок значи утврдити његову кривицу за последицу (Келсен, 1941:256). Једини узрок који није у исто време и окривљени јесте први принцип - он је *arhé*, суверена власт сама и извор нужности (*ananke* = сила) истине, којом се све ствари доводе у међусобне узрочно-последичне односе. Доказно средство којим се при том

принцип служи јесте силогизам, у коме се полази од *аксиома* (вредности: реч *aksiun*, из које вуче корен ова реч, означава једноставно прихватање или одбијање) или претпоставки да нешто постоји (тј. нечему припада, афирмација) или не постоји (тј. нечему не припада, негација) - "доказати не знати питати него претпостављати", нужношћу, тј. силом принципа (Аристотел, 1965:86). Но, пошто постоје две врсте силогизама, формални ("теоријски") и дијалектичко-реторички (топички), то морају постојати и две врсте доказних средстава (наравно, између дијалектичког пута до силогизма - пута постављања питања и одговарања на њих кроз расправу - и реторичког пута - пута убеђивања кроз беседништво - постоји разлика, али она овде неће бити проблематизована). У случају теоријског силогизма, доказ јесте само онај који задовољава свеобјашњавајући принцип, док у случају дијалектичко-реторичког силогизма одсуство везе са принципом попуњавају само пука, раштркана мада "уверљива" места (*topoi*, Аристотел, 1987:21:13-58a).

Упоредимо ли сада Аристотелову социјалну и логичку (тј. логичко-реторичку) мисао, одмах пада у очи, с једне стране, тенденција ка разградњи, расподели власти у социјалном учењу, и, с друге стране, јачање репресије мисли над стварима у логичком систему. То указује и на реалну појаву да што се више суверенитет разграђује у једну компликовану структуру носилаца власти, која се темељи на барем минималном балансу моћи између кључних друштвених група у држави, то више припадници свих група постају свесни раста репресије и туђих и сопствених мисли над стварношћу. Након дефинитивног распада склада речи и ствари, у условима када у друштвеној стварности више не постоји неприкосновени центар моћи, кадар да увек својом силом гарантује сопствено решење конкретних проблема тумачења смисла, долази до притиска на мисао да се формализује. То се чини на тај начин што се борба устремљује ка првом принципу, да би се његовим запоседањем и постављањем за *causa finalis* почело са "оптуживањем" ствари за поседовање (или непоседовање) извесних општих карактеристика и утврђивањем кривице за узрочна дејства. Крајњи исход требало би да буде логичка целина која у стварности не само државе, већ и целог космоса (*kosmos* = уређење, назив носилаца власти на Криту), има свој *telos,* тј. која је конструише као нужно (силом) повезани скуп једнозначно схваћених елемената. Или, како ће то касније изразити стоик Посејдоније, "космос је систем створен од неба и земље и свих бића која се налазе у њему, или систем који сачињавају и богови и људи и све ствари, *створен управо ради њих*" (Лаертије, 1979:244, курзив А. М.). Но, систем који су увели стоици само ће још више заоштрити круцијални проблем одређења сврха којима се руководе поједини процеси "подвођења" стварности под *arhé*. Онај ко хоће да дође до стварних циљева система, тај мора одбацити "глупе керефеке" у исказаним и легитимним циљевима система, "а то може само ако пажљиво проматра што систем стварно чини, а не што каже да чини" (West Churchman, 1986:33). Унутар његове формалне структуре циљеви

система су постали *de facto* необавезујући, што је довело до тога да сама форма система постане средство које нови, "еманциповани" циљеви користе једино због сопствене легитимације. Покушајем редукције легитимационог основа употреба правног система за остваривање циљева "заинтересованих" на чисту процедуру отишло се корак даље: "правно уређена процедура као социјални систем" има за задатак још једино "да гарантује доношење одлука, и то независно од тога да ли логика функционира и да ли омогућава израчунавање једино правилног решења или не" (Luhmann, 1983:12, Luhmannov пример показује да се ова, "класична" теорија процедуре може "осветлити" само по старом метафизичком рецепту - сада осавремењеном социолошком терминологијом - "унапред датих смисаоних структура" и "фактичких процедура" у "свеобухватним, предструктуираним системима друштва" у које се право "укотвљује").

Оно што је системска парадигма неоспорно успела да осветли јесу тзв. "кондиционални програми", који - *као функција система* - морају претходити тзв. "сврховитосним програмима", што се у правној сфери показује као темељ правне државе и њена *differentia specifica* у односу на полицијску државу (Luhmann, 1981:72-86). Ван система, другим речима, постаје немогуће разликовати ("кондиционални") закон и ("сврховиту") појединачну одлуку (било власти, било грађана) која је законом "кондиционирана". Али, ово законодавно "кондиционирање" - које се првобитно одвија као суђење *arhéa* смисаоно нестабилним нормативним појмовима (у форми правних нормативних реченица, тј. "судова") према његовом *telosu*, довело је до адекватног поступка код свих правних субјеката, али са једном битном разликом: *садржајно* остварење њихових - чак и "најсумњивијих" - циљева постаје могуће уколико им се успешно "кондиционирају" и она средства која ће у каснијим *аргументационо-правним* стратегијама послужити искључиво да се прикаже *формално-правна* усклађеност поступка остварења тих циљева са "кондиционирањем" које је законодавац номинално везао за своје - понекад потпуно другачије - циљеве.

ЛИТЕРАТУРА

- Аристотел, *Органон*, Београд, 1965.
- Аристотел, *Политика*, Београд, 1975.
- Аристотел, *Метафизика*, Загреб, 1985.
- Аристотел, *Реторика* 1/2/3, Београд, 1987.
- Аврамовић С., *Исејево судско беседништво и атинско право*, Београд, 1988.
- Bochenski I., *Formale Logik*, Fribourg, 1962.
- Бонгард-Левин Г., *Стара индијска цивилизација*, Београд, 1983.
- Brkić J., *Legal Reasoning. Semantic and Logical Analysis*, New York, Bern and Frankfurt/Main, 1985.
- Dumitriu A., *History of Logic*, Vol. 1, Tumbridge Wells, 1977.
- Gagarin M., *Early Greek Law*, Berkeley, etc., 1986.
- Хегел Г., *Историја филозофије*, Књига 2, Београд, 1975.
- Jensen H., *Die Schrift in Vergangenheit und Gegenwart*, Berlin, 1958.

- Ju-Lan F., *Istorija kineske filozofije*, Beograd, 1977.

- Kelsen H., *Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung*, The Hague, 1941.

- Kerényi C., *Пролегомена*, у: Jung C. and Kerényi: *Essays on a Science of Mithology*, Princeton, 1973.

- Kia-Hway L., *L'espirit synthétique de la Chine*, Paris, 1961.

- Kneale W. and Kneale M., *The Development of Logic*, Oxford, 1962.

- Kutschera F. von, *Elementare Logik*, Wien und New York, 1967.

- Лаертије Д., *Животи и мишљења истакнутих филозофа*, Београд, 1979.

- Luhmann N., *Teorija sistema. Svrhovitost i racionalnost*, Zagreb, 1981.

- Luhmann N., *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt/Main, 1983.

- Молнар А., *Психичка и социјална димензија појма и формална логика права*, "Социологија", vol. XXXIV, бр. 3, (1992)

- * * * *Proljeće i jesen Ly Bu Vea (Prva enciklopedija stare Kine)*, Zagreb, 1982.

- Вебер М., *Привреда и друштво*, том 1, Београд, 1976.

- Вернан Ж., *Порекло грчке мисли*, Сремски Карловци и Нови Сад, 1990.

- Weber M., *Објективност спознаје у друштвеној знаности и друштвеној политици*, у: *Методологија друштвених наука* (избор: А. Марушић), Загреб, 1986.

- C. West Churchman, Системски приступ, Zagreb, 1986.

(Примљено 10. новембра 1992)

Dr. Aleksandar Molnar,
Assistant at the Faculty of Law in Novi Sad

FORMAL LOGIC AND LAW - AN ATTEMPT OF RECONSTRUCTING THEIR ORIGIN IN ANCIENT GREECE

Summary

The attempt to define a sociologically relevant formal logic and determine its significance for the phenomenon of law has three theses. The first: for the first time in history law appears, stricto sensu, in Greece - namely, not only its rudiments. The second: appearing of law presupposes the existence and implementation of formal logic in the normative sphere (namely, in this respect law is distinguished from custom and morals). Finally, the third thesis: in order to implement formal logic in the sphere of law it is necessary to have a minimum of balance of power in a society, which makes possible separation of legislative power from the judicial and "executive" ones.

Central issue in the present study is the analysis of Aristotle's logical and social theory. The first refers to a rather high degree of formalisation of thinking reached by Greek philosophers of that time, while the other to the level of experience relating to the division of power, commensurate to the existing balance of power of principal social groups in the polis. This is not accidental: only those societies knowing social conflicts which are not settled by force, but by discussion and meritorous decision of a third party, are able to develop formal logic, which is in the very foundation of the phenomenon of law. Although the principal goal of that logic is to prevent psychical and social processes of destruction

of sense of normative structures, it only attenuates and modifies them, channelling them within a closely connected sphere of law.

Key words: *Law. - Form. - Logic. - Principle. - System.*

Aleksandar Molnar,
assistant à la Faculté de droit de Belgrade

LA LOGIQUE FORMELLE ET LE DROIT - UNE TENTATIVE DE RECONSTRUIRE LEUR NAISSANCE DANS LA GRÈCE ANTIQUE

Résumé

L'auteur essaie dans son article d'aboutir à une définition socialement pertinente de la logique formelle et d'établir son importance pour la naissance du phénomène juridique. Dans ce sens, il formule trois thèses. La première est que dans l'ancienne Grèce, apparaît pour la première fois dans l'histoire le droit *stricto sensu*, et non seulement ses rudiments. La deuxième est que la création du droit implique l'existence et l'application de la logique formelle dans la sphère normative (c'est-à-dire que c'est là une caractéristique qui distingue le droit des coutumes et de la morale). Et enfin, la troisième thèse est que pour l'application de la logique formelle dans la sphère normative, il est nécessaire qu'il existe un minimum de balance du pouvoir dans la société, ce qui permet de séparer la législation du pouvoir judiciaire et "exécutif".

La place centrale est consacrée à l'analyse de la théorie logique et sociale d'Aristote. La première se penche sur le degré très élevé de la formalisation de la pensée, auquel est parvenu la pensée grecque de cette époque, alors que la deuxième parle de la puissance de l'expérience avec la division et l'organisation du pouvoir, de la balance existante adéquate des principaux groupes sociaux dans le *polis*. Cela n'est pas dû au hasard: seules les sociétés qui connaissent les conflits sociaux qui ne sont pas réglés par la force, mais par le débat et la décison mériroitre d'un tiers, développent la logique formelle qui est à la base du phénomène juridique. Bien que le principal but de cette logique soit d'empêcher les processus psychiques et sociaux de destruction du sens des structures normatives, elle ne parvient qu'à atténuer et modifier ces processus destructifs, en les canalisant et en les freinant à l'intérieur d'une sphère hermétique - le droit.

Mots clé: *Le droit. - La forme. - La logique. - Le principe. - Le système.*

UDK - 34(091)
Изворни научни рад

др Александар Миљковић,
виши научни сарадник Института за социјалну политику

ПРОФЕСОР БОЖИДАР С. МАРКОВИЋ И АНРИ БЕРГСОН

О професору Божидару С. Марковићу влада уверење да је био под утицајем Анрија Бергсона. У овом чланку се покушава да се тачније одреди однос г. Марковића према овом француском филозофу. Иако тада још није познавао Бергсона, у докторској тези је г. Марковић дошао до неких закључака до којих је дошао и Бергсон. Кад се упознао с Бергсоновим делом Два извора морала и религије, *понесен њиме, написао је чланак* Криза друштвених наука и мистицизам у савременој Француској, *у коме је Бергсоново учење изложио његовим речима. У зборнику "Социолошки преглед" који је објављен 1938. године један од два његова прилога представља критички приказ Бергсонове књиге* Два извора морала и религије, *где је подвргао критици претерани мистицизам и антиинтелектуализам Бергсонов. Поводом Бергсонове смрти објавио је у "Архиву за правне и друштвене науке" некролог, у којем пише о значају Бергсоновом за друштвену, моралну и правну филозофију. По г. Марковићу, Бергсонову друштвену и моралну филозофију треба схватити више као синтезу једног правца у новијој француској филозофији и друштвеним наукама, али и као подстицај који је оптимистички по томе што отвара нове перспективе. Бергсоново учење је допринело да г. Марковић развије до краја своја схватања у области филозофије права и социологије.*

Кључне речи: *Бергсонова филозофија. - Божидар С. Марковић. - Утицај. - Критика.*

О господину професору Божидару С. Марковићу влада готово неподељено мишљење да је у својим схватањима из области филозофије права и филозофије уопште био под снажним утицајем филозофије Анрија Бергсона, који је у времену између два светска рата несумњиво био доминантна фигура француске и светске филозофије. Међутим, иако се никако не би могло оспоравати да је филозофска мисао г. Марковића била блиска Бергсоновој, штавише - да се проф. Марковић одушевљавао њоме, ово општеприхваћено мишљење је више погрешно, или барем непрецизно него тачно - као, уосталом, и све априорне тврдње ове врсте. Однос г. Марковића према Бергсону још нико досад није узео да озбиљно размотри, а што је неопходно да би се дошло до праве и потпуне истине о њему. Сâм проф. Марковић се

никада није одлучио да ово питање разјасни, мада је посредно, говорећи о појединим својим објављеним радовима у раздобљу између два светска рата (1), дао довољно материјала да се оно може поставити.

Бергсон је несумњиво једна од најзначајнијих појава у филозофији прве половине нашег века. Њиме су се и код нас у међуратном раздобљу одушевљавали неки знатни филозофски писци као, на пример, Владимир Вујић, Првош Сланкаменац и Филип Медић (2), мада ни они који су, као Бранислав Петронијевић (3), хтели да буду према њему непристрасни или се, као Душан Недељковић (4), нису с њим слагали, нису могли а да о њему не пишу, односно да не одреде на неки начин свој став према њему. Бергсон се у филозофији свог доба једноставно наметнуо својим филозофским погледима.

Један од наших људи који су се између два светска рата бавили проучавањем Бергсоновог дела био је и г. Марковић. И то бављење није могло а да не остави трага на његово стваралаштво тога раздобља. Отуда је, ако се хоће што боље разумети филозофско правни и социолошки погледи г. Марковића, веома важно што тачније и што исцрпније утврдити његов однос према Бергсону. То је, међутим, потребно и због тога да би се боље и потпуније проникнуло у ону општу интелектуалну атмосферу која је у то доба владала српским културним подручјем, то јест у Београду и Скопљу као српским културним центрима.

* * *

Као што је познато, а и он сâм је на то указао, "рад на општој теорији и философији права" г. Марковић је "започео својом докторском дисертацијом *Оглед о односима између појма правде и развитка позитивног приватног права*" (5). Г. Марковић је тезу радио у Паризу, бранио је и одбранио 6. јуна 1930. на париском Правном факул-

---

(1) *О позитивном и праведном праву,* "Зборник за теорију права", IV, Српска академија наука и уметности, Београд, 1990, стр. 31-80.

(2) Овде, пре свега, имамо у виду књигу Владимира Вујића и Првоша Сланкаменца, *Нови хуманизам*, Београд, 1923, као и два огледа Владимира Вујића *Бергсонова филозофија* и *Прагматистичка филозофија и савремена култура*, оба објављена под насловом *У кругу Бергсона и прагматизма*.., у књизи *Спутана и ослобођена мисао*, Београд, 1931. Др Филип Медић је превео на српски језик Бергсонову *Стваралачку еволуцију* (*L'évolution créatrice*), која је објављена у чувеној филозофској библиотеци "Каријатиде", Београд, 1932. уз коју је објавио предговор пун одушевљења за Бергсона

(3) Б. Петронијевић је Бергсону посветио два чланка: један је *Анри Бергзон*, објављен најпре у "Летопису Матице српске", 1913. и прештампан у: *Чланци и студије* II свеска, Панчево, 1920, и *Бергзонова теорија органског развитка*, објављен у часопису "Дело", 1913. и прештампан у књизи *Чланци и студије*, III свеска, Београд, 1922. Поред тога, у литератури уз прву свеску својих *Основа емиријске психологије*, Београд, 1923, међу делима "филозофске психологије", наводи *Matière et mémorie* Анрија Бергсона.

(4) Др Д. Недељковић је дао критику Бергсонове филозофије у својој књизи под насловом *Анти-Бергсон, Прилог критици савременог интуиционизма и друштвеног мистицизма*, Скопље, 1939.

(5) *Зборник за теорију права* IV, стр. 33. Наслов дисертације г. Марковића на француском гласи: *Essai sur les rapports entre la notion de Justice et l'élaboration du Droit privé postitif.*

тету а исте године дисертација је у Паризу и објављена. Пошто сам знао све ове податке, упитао сам једном приликом г. Марковића да ли је у току свог боравка у главном граду Француске отишао понекад да чује неко Бергсоново предавање или да ли је бар видео Бергсона. Његов је одговор био одречан. Објаснио ми је да је све време док је тамо боравио био потпуно обузет радом на докторској тези и да није имао времена ни за шта друго (6). И заиста, у његовој тези, у којој се налазе имена и античких и модерних филозофа (Платона, Аристотела, Цицерона, Сенеке, Спинозе, Монтескјеа, Русоа, Канта, Бентама, Алфреда Фујеа и других) као и социолога (Диркема, Леви-Брила, Буглеа, Давија и још неких), нигде се не наводи име Анрија Бергсона, што свакако указује да г. Марковић у том периоду свог рада још није познавао Бергсоново учење. Међутим, упркос овој чињеници, г. Марковић је у својој докторској дисертацији, сасвим независно од Бергсона, дошао до неких закључака који су били блиски Бергсоновим.

У ствари, закључак тезе г. Марковића садржи у својој основи неке од поставака којима као да се приближио Бергсоновим филозофским схватањима. Он истиче да је позитивно право, кад се посматра с једне одређене тачке, "у несагласности са животом" ("en désharmonie avec la vie"), који, како пише, "не познаје ни правила, ни формуле, ни процедуре" ("ne connaît ni règles, ni formules, ni procédures"); живот се креће путевима "који ће остати увек мистериозни за нас" ("qui resteront toujours mystérieuses pour nous"). Реч *mystérieux-euse*, коју је овде употребио Г. Марковић, и реч *mystique*, са којом се читалац Бергсоновог дела *Два извора морала и религије* (*Les deux sources de la morale et de la religion* (7) често среће, имају истоветно значење. А ни Бергсоново схватање живота не разликује се од схватања до којих је дошао г. Марковић у својој тези. У крајњој консеквенци, он заступа гледиште да се "прави проблем права не састоји у трагању за једном коначном правдом" ("le vrai problème du droit ne consiste pas dans la recherche d'une justice définitive"). Сва је ствар у томе да се "настоји" ("s'efforcer") да се "техничко правило позитивног права" ("la règle technique du droit postitif") доведе у склад, "колико је год могуће" ("aussi grande que possibile"), "са стварном концепцијом правде у једном датом тренутку" ("avec la conception réélle de la justice d' un moment donné"), као и да "верно прати ову концепцију у свим њеним осцилацијама" ("à suivre fidelement cette conception dans toutes ses oscillations"). Међутим, усклађивање позитивног права с појмом правде не може се вршити "без једне усавршене правничке методе" ("sans une méthode juridique perfectionnée"). Задатак правника ће увек бити да трагају за правом и да га откривају, али никако да

(6) Занимљив је податак који сам чуо од г. Марковића да је од наших људи који су студирали у Паризу Бергсона можда лично познавао Милан Жујовић, који се једно време дружио с његовом ћерком Жаном (*Jeanne Bergson*, 1893-1961) и одлазио у његову кућу. Ово је г. Марковићу саопштио покојни М. Жујовић у једном разговору који су водили у Београду после рата.

(7) У овом чланку служили смо се трећим издањем ове књиге (Париз, 1932), као и њеним преводом: *Два извора морала и религије*, превео Бранко Јелић, Књижевна заједница Новог Сада, 1989.

га стварају. Ни законодавац нити онај који законе тумачи нису позвани да их стварају. То је, по г. Марковићу, посао који остаје "компетентнијима ("laisser aux plus compétents") који су способни да "зароне у дубине метафизике" ("sonder les profondeurs de la métaphysique"). И овде као да је имао на уму Бергсонове велике реформаторе и мистике, попут великих хришћанских мистика ("les grands mystiques chrétiens"). Ипак, у овом сегменту мисао г. Марковића остаје унеколико недоречена. Њу је три-четири године касније г. Марковић допунио оним с чим се срео у Бергсоновом делу *Два извора морала и религије* (8).

Ово Бергсоново дело појавило се први пут 1932. године а чланак г. Марковића *Криза друштвених наука и мистицизам у савременој Француској* (9) 1935. године. У ствари, г. Марковић се за Бергсона дубље заинтересовао тек пошто је Бергсон штампао своју књигу *Два извора морала и религије*. Издвојили смо овај рад г. Марковића не толико због тога што је то први његов рад који је написао у духу Бергсонове филозофије већ зато што се у њему г. Марковић показује као одушевљени "бергсоновац". То је једини његов чланак од неколико оних које је посветио Бергсоновој филозофији - у којем недостаје известан критички однос, који је г. Марковић исказао у осталим својим чланцима.

Циљ који је г. Марковић хтео да постигне овим чланком је двојак: да читаоцима "Српског књижевног гласника" скрене пажњу на појаву мистицизма у друштвеним наукама у савременој Француској, чему је посвећен мањи део чланка, као и да, сасвим сажето, изложи Бергсонову друштвену и моралну филозофију и филозофију религије како је она дата у његовом делу *Два извора морала и религије*, чиме је испуњен претежни део чланка. Ово друго г. Марковић је остварио на један неуобичајен начин; Бергсонове поставке и идеје изложио је не својим већ Бергсоновим речима. Он, истина, нигде не каже да излаже Бергсоново учење које је овај изнео у делу *Два извора морала и религије*, штавише - не наводи ни наслов ни овог нити било којег другог Бергсоновог дела. Он чак не ставља ни наводнице тамо где је Бергсонов текст уткан у његове реченице и изразе. Међутим, упоређивањем чланка г. Марковића с одређеним местима у наведеној књизи Бергсоновој, лако се може утврдити колико је Бергсонов текст густо испреплетан с текстом г. Марковића.

Као и Бергсон, и г. Марковић полази од тога да је друштвена обавеза, дужност, она појава која, по Бергсоновом мишљењу, чини суштину друштва. Прво од укупно четири поглавља на колико је Бергсон поделио своју књигу, посвећено је моралној обавези. Наравно, поглавља су код Бергсона читаве расправе, док је код г. Марковића, имајући у виду обим чланка, ово само једна констатација. На њу он одмах надовезује Бергсоново схватање апсолутно категоричког императива, који се "веома разликује од смисла који је Кант придавао том

(8) Сви наводи су из књиге г. Марковића *Essai sur les rapports entre la notion de Justice et l'élaboration du Droit privé positif*, стр. 219-223.

(9) "Српски књижевни гласник", 1. мај 1935, стр. 34-40.

појму" (10), а који је, како стоји код г. Марковића, "инстинктивне, сомнабуличке природе". Ово су, заправо, Бергсонове речи, јер управо он тако објашњава императив који је апсолутно категорички, то јест пише да је "un impératif absolument catégorique de nature instictive ou somnambulique" (11).

Бергсон није, како је то тачно констатовао г. Марковић, "само синтетичар него и стваралац који гради на целокупном сазнању што му га пружа цивилизација". "Бергсонов мистик", продужава г. Марковић, "личност је сопственим напором ослобођена граница које је материјалност поставила његовој врсти и која тако продужава божанско дело". Али, рецимо овде одмах, да ово нису речи г. Марковића већ Бергсонове. У *Два извора морала и религије читамо*: "Le grand mystique serait une individualité qui franchirait les limites assignées à l'espèce par sa matérialité, qui continuerait et prolongerait ainsi l'action divine" (12). И овде г. Марковић као да није имао снаге да се одупре и да не продужи да репродукује даље Бергсоново размишљање о мистицизму Плотиновом, које се наставља на његов наведени текст: "Плотин, највећи мистик којег је дала грчка цивилизација, долазио је до мистичне екстазе, али ту етапу Плотин није прекорачио да би дошао донде где се контемплација утапа у акцију и људска воља спаја с божанском. Плотин је заиста казао да акција значи слабљење контемплације и ту је врхунац његовог мистицизма." Код Бергсона, пак, овај бриљантни текст овако гласи (у преводу г. Бранка Јелића): "Било му је (Плотину) дато да види обећану земљу, али не и да по њој ходи. Стигао је до екстазе, стања у коме душа осећа да се налази пред Богом - или у коме јој се чини да то осећа - пошто је просветљена његовом светлошћу, али није превалио ту последњу деоницу да би стигао до оне тачке у којој се, пошто се контемплација потпуно утапа у делање, људска воља поистовећује са божјом вољом. Он је веровао да је доспео до врхунца контемплације; продужити даље значило би, по његовом мишљењу, кретати се наниже. То уверење он је изванредно изразио, али његове речи нису речи којима се изражава потпуни мистицизам: 'Делање', каже он, 'представља слабљење контемплације.' Тиме он остаје веран грчком интелектуализму и чак га сажето изражава једном упечатљивом формулацијом; у сваком случају, дубоко га је прожео мистичношћу. Једном речи, грчка мисао није досегла до мистицизма у оном апсолутном значењу те речи у коме је по договору употребљавамо" (13).

Потпуно разумемо понесеност г. Марковића из тог доба за дубину и лепоту исказану у овом одломку из овог величанственог Бергсоновог дела. Г. Марковић је, сасвим извесно, имао ону потребну осетљивост да

(10) *Два извора морала и религије*, стр. 19.

(11) *Les deux sources de la morale et de la religion*, стр. 20. Речи "*instictive*" и "*somnambulique*" г. Бранко Јелић преводи са *"нагонски"* и *"месечарски"*. Превод г. Јелића је необично гибак, али језички беспрекоран, мада нешто слободнији.

(12) *Ibid.*, стр. 235. "Велики мистик", преводи ову дефиницију г. Јелић, "био би индивидуалност која би прекорачивала границе које људској врсти поставља њена телесност, и на тај начин настављала и продужавала божје делање" (*op. cit.*, стр. 182-183).

(13) *Два извора морала и религије*, стр. 183.

проникне у дубински смисао ових Бергсонових реченица, да схвати њихову лепоту. И то је највероватније онај прави разлог због кога се сматрало да је био под Бергсоновим утицајем.

Иако је чланак г. Марковића *Криза друштвених наука и мистицизам у савременој Француској* прилично кратак и износи свега неколико страница, чини се непотребним даље наводити паралелно одломке из Бергсонове књиге *Два извора морала и религије* и делова чланка г. Марковића. Већ на основу онога што је досад изнето јасно је да је г. Марковић био понесен овим Бергсоновим делом и да је овај чланак израз те његове понесености. При томе је сувишно спомињати да је у чланку изложио и свој поглед на правац у којем се развијала друштвена, морална и религијска мисао у Француској у годинама које су непосредно претходиле години у којој се појавило ово Бергсоново дело - на што је, уосталом и сâм Бергсон указао на више места у својој књизи. Овде имамо пре свега на уму Леви-Брила и Емила Диркема, које наводе и Бергсон и г. Марковић. На крају да кажемо још и то да је г. Марковић свој чланак завршио констатацијом да појава мистицизма у француској филозофији отвара "оптимистичке перспективе", да "носи (...) све високе одлике француског духа" и да је израз "ведрине, усталаштва, отпорности и животне снаге француске расе". С овим се закључком г. Марковића ми, нажалост, не бисмо могли сложити, јер нам Бергсон не само у филозофији него и као творац филозофске теорије мистицизма изгледа особена појава и у Француској и у осталом свету.

Када се 1938. године појавила прва књига зборника "Социолошки преглед", који је издало Друштво за социологију и друштвене науке, г. Марковић је, објављујући у њему два прилога, показао да је имао живог интересовања за социологију и друштвене науке. У овој књизи од та два прилога је несумњиво значајнији рад у којем расправља о односу права и социологије. Други рад нас, међутим, овде више интересује, јер је то критички приказ Бергсоновог дела *Два извора морала и религије* (14). Иначе, о оба ова рада, као и о чланку о којем је већ било речи, имали смо прилике да пишемо у огледу *Социолошка мисао у делу Божидара С. Марковића* (15), поводом осамдесетогодишњице рођења. Чињеница да је и у "Социолошком прегледу", после отприлике три године, узео да поново пише о овом Бергсоновом делу, довољна је да се потврди његово трајније интересовање како за Бергсонову теорију уопште, тако и за његову друштвену и моралну теорију. Али, она је исто тако могла у јавности да учврсти мишљење о њему као о Бергсоновом следбенику.

За однос г. Марковића према овом Бергсоновом делу могло би се сада рећи да је одређенији. У њему је Бергсон развио оно "што би се могло назвати његовом филозофијом друштва. Основу социалности он

(14) "Социолошки преглед", књига I, Београд, 1938, стр. 350-351. Сâм приказ нема наслова већ су уместо њега наведени библиографски подаци о овој књизи.

(15) "Социолошки преглед", бр. 4, Београд, 1982, стр. 99-106.

види у једном моменту биолошког порекла, у факту солидарности", који је "природом дат". "Тај (...) део друштвености је статичне и подсвесне природе. Други је, напротив, динамичан и надсвестан. Његов је носилац стваралачки животни полет који се изражава преко позива што их појединим савестима упућују изабране личности, велики мистици. То су истовремено и та два извора морала и религије" (16). Из ње Бергсон изводи своју поделу на "затворено и отворено друштво". У затвореном друштву "статична солидарност оваплоћена у моралу и религији врши притисак на појединце", док у отвореном друштву "мистичним животним полетом ослобођена индивидуа ствара дубљу и ширу социалност". Г. Марковић је очигледно на сажетији и систематичнији начин него у чланку објављеном у "Српском књижевном гласнику" изнео срж Бергсонове друштвене филозофије (17). Овде је још једном подвукао да Бергсонов антиинтелектуализам представља, у извесном смислу, углавном потврду резултата до којег су дошле неке друштвене науке. По речима г. Марковића, Бергсон им је "својим закључцима" дао "ону теоретску ширину, општост и ауторитет као што је то у могућност да учини једна синтетична и основна дисциплина каква је филозофија". Г. Марковић као да види Бергсона на врху једне мисаоне пирамиде која је најдоминантнија међу другим мисаоним творевинама тог доба, у којој и он сâм има неко своје место.

Кад ово кажемо, мислимо на она два пасуса овог приказа у којима г. Марковић износи свој став да је он сâм у праву, независно од Бергсона, дошао до тога да се "рационални елемент показао немоћним да остављен сâм себи логичким путем изграђује ново право". "Ми смо у праву дошли до искуства", пише г. Марковић, "да правни систем једне периоде и једнога друштва представља затворен оквир у чијој унутрашњости се постојећа правна логика ригорозно примењује као притисак на појединце. А кад се појаве нови социјални факти којима треба признати правну егзистенцију, а који формално не улазе у дати систем, тада се он на њихов позив отвара да би *via facti* примио у себе нову садржину! Зар нас овом напоменом г. Марковић не подсећа на закључке своје докторске тезе?

Свој приказ г. Марковић завршава занимљивим критичким опаскама које се односе на Бергсоново залагање за мистично и антиинтелектуално. Он замера Бергсону што је интелигентно лишио "сваког стваралаштва", али још више што "нас је оставио без поузданог инструмента којим бисмо били у стању да одвајамо од интуитивног све оно што је неразумно". Отуда и закључак да "Бергсонову социјалну теорију ми (...) разумемо пре свега као реакцију на претераности употребе рационалног апарата при изучавању друштвених појава", као

(16) "Социолошки преглед", Београд, 1938, стр. 350.

(17) На пример, у чланку из 1935. године он не спомиње Бергсонову теорију о отвореном и затвореном друштву, која је тако снажно деловала на политичку филозофију нашег доба, а специјално на Карла Попера (*K.R. Popper*), упркос томе што је Попер испољио јаку жељу да умањи значај тог утицаја (видети његову књигу: *The Open Society and its Enemies*, Volume I, Routledge, London, 1966, p. 202.)

и "израз разочарења људског духа због неуспеха разума у решавању тешкоћа друштвеног живота". Зато Бергсонов биолошки и виталистички став може "у друштвеној области" да га задовољи само као полазна тачка.

Било би сувишно, а за ову тему то и није толико важно, рашчлањавати критичке опаске г. Марковића и одмерити њихову ваљаност и оправданост. Међутим, може се слободно констатовати да је, одлучивши се да их изнесе у овом приказу, сасвим сигурно желео да пред јавношћу одреди свој однос према круцијалним тачкама Бергсонове друштвене теорије. Али, те опаске казују још нешто. Опредељујући се за Бергсонову друштвену теорију као најприхватљивију за савремене друштвене науке и социологију, г. Марковић је заузео самостално становиште. Он је свакако хтео да покаже да га она није потпуно освојила већ да ју је прихватио јер је у складу с његовим погледима на друштвене науке и правну теорију.

Бергсон је умро 3. јануара 1941. године у 81. години живота. Смрт га је задесила у његовом стану у Паризу, у који се вратио новембра 1940. из неокупираног дела Француске. Управо зато његова смрт није наишла готово ни на какав одјек у француској јавности. Сахрањен је без погребних свечаности, говора, комеморација или пригодних написа у дневним и периодичним публикацијама. Једино се огласио Пол Валери (*Paul Valéry*) у Француској академији 9. јануара, дакле - шест дана после Бергсонове смрти.

Чим је дознао за Бергсонову смрт, г. Марковић је очигледно осетио потребу, а и неку врсту дуга, да напише некролог (18), који је објављен у "Архиву за правне и друштвене науке" (19) непосредно уочи избијања шестоаприлског рата. То је, хронолошки, последњи напис г. Марковића посвећен Бергсону, а вероватно и његов последњи текст који је објављен у раздобљу између два светска рата. Али, пре него што нешто више кажемо о овом напису, потребно је исправити један погрешан податак. Наиме, г. Марковић је написао да је Бергсон умро у неокупираном делу Француске. Према једној од новијих књига о Бергсону (20), он је, како смо већ навели, умро у Паризу, у свом стану (47, Bulevard Beauséjour, где је становао од 1929. године), у који се вратио новембра 1940. године. Очигледно да г. Марковић није располагао тачним подацима, јер су у то доба информације које су допирале до Југославије о ономе што се тада дешавало у Француској биле врло оскудне и несигурне. Чак и у самој Француској, непосредно после рата, писало се, на пример, да је Бергсон умро 4, уместо 3. јануара. Све су ово, уосталом, неважни детаљи и овде их спомињемо једино да би читалац имао тачну информацију.

---

(18) Овај напис г. Марковића називаћемо у даљем тексту "некролог".

(19) Бр. 2, 25. фебруар 1941, стр, 156-157.

(20) Видети: Madeleine Barthélemy-Madaule, *Bergson*, Bourges, 1985 (прво издање 1967), стр. 18. И све остале податке о Бергсону и његовим делима проверавали смо према овој књизи. Подаци који се односе на Бергсонову ћерку Жану (*Jeanne*) и на речи Пола Валерија у Француској академији поводом Бергсонове смрти узети су такође одатле.

У некрологу г. Марковић истиче значај Бергсонове филозофије уопште, али се задржава само на његовој друштвеној филозофији и њеном значају за социологију и право. "Бергсоново схватање друштва се органски наслања на његову општу филозофију, чији су главни елементи (...) витализам, еволуција, солидарност, мистика и интуиција." "Бергсон инсистира на духовном принципу живота." Стваралачка еволуција је дело животног полета (21), које настаје у напору да се савлада нежива материја (22). Оно што у основи одликује друштвене појаве, то је солидарност. "Солидарност је по Бергсону битно обележје животињских заједица." Г. Марковић понавља Бергсонове примере чврстих животињских заједница, које инстинкт држи у неразрушивој кохезији, а то су ћелије у неком организму ("les cellules d'un organisme"), пчеле у кошници ("les abeilles de la ruche") и мрави у мравињаку ("les fourmis de la fourmilière"). У људским друштвима, за очување друштвене целине, а "против разорне моћи интелигенције појединаца", делују морал, религија, право и сл. Све су то снаге мистичног порекла, "као и сâм животни полет". У њима нема рационалне основе. Али, уз ово сасвим ново тумачење еволуције и солидарности, за социологију је од огромног значаја још и Бергсонова теорија (23) о отвореном и затвореном друштву, "као и закон двоструке френезије".

У некрологу је г. Марковић указао и на везу између Бергсона и неких теоретичара права (на пример, на Женија - *François Gény*), а тако и на неке значајније његове претече (Диркема, Фујеа, Бутруа и друге). И управо полазећи од чињенице да су његову појаву наговештавали многи који су му претходили, г. Марковић је сматрао да ће у историји друштвених наука Бергсон "остати можда мање новатор а више потврђивач и синтетичар извесних струјања која су већ прожимала новију друштвену мисао". Ипак, његов највећи допринос је, по његовом мишљењу, методолошки, то што је унео "освежење" у атмосферу пресићену "јаловим рационализмом", и што је "научној мисли, укоченој у рационалистичке калупе, отворио кроз интуицију нове путеве и могућности". Као филозофија, она учи да можемо бити "један активан чинилац универзума" и да, бар једним делом, и ми можемо бити "ковачи своје судбине" и да "еволуција за нас не мора остати фатална и стихијска појава која ће нас носити као вихор сламку". По том свом обележју, та је филозофија "идеалистичка и охрабрујућа".

Кад се све сведе, испада да се г. Марковић више саглашавао с једним правцем мишљења, који је поникао и развијао се у Француској и који је у Бергсоновој друштвеној филозофији добио свој крајњи и најцеловитији израз него са самим Бергсоновим учењем, како га је он сâм развио у систематском облику. Овај би закључак могао тим пре да важи кад се узме у обзир да је у приказу *Два извора морала и религије* у "Социолошком прегледу" из 1938. године изнео чак и неке критичке опаске на рачун Бергсоновог мистицизма. Немогућност, по г. Марко-

(21) Г. Марковић употребљава израз "стваралачки полет".
(22) Г. Марковић употребљава израз "мртва материја".
(23) Г. Марковић је назива конструкцијом.

вићу, да се интуитивно јасно разграничи од не само неразумног него и од "нездравих могућности" - а то би могло да значи и од таквих лажних профета и реформатора какви су у то време били Лењин или Адолф Хитлер - представља у његовим очима ону критичку преграду која одваја његово схватање мистицизма од Бергсоновог. Бергсон, на пример, говори о разорној моћи интелигенције у односу на друштво, док се г. Марковић пита није ли још опаснија разорна моћ мистичног а и упозорава на "опасну низбрдицу ирационалности". Узгред да напоменемо своје мишљење да Бергсонова филозофија управо у интуитивном сазнавању садржи истовремено и интуитивне критеријуме за разграничење истинитог и изворног од лажног, праведног од неправедног, моралног од неморалног.

Досадашњим прегледом нисмо обухватили све предратне радове г. Марковића у којим се огледа његов однос према Бергсоновој друштвеној теорији и њеним импликацијама у области социологије и правне филозофије. Сâм г. Марковић је на крају некролога Анрију Бергсону навео још неколико радова релевантних за његов однос према овом великом филозофу (24). Међутим, овим чланком нисмо ни имали намеру да ово питање исцрпимо до краја, већ једино да истакнемо основне идеје о овом предмету.

* * *

Прошло је више од пола века од смрти Анрија Бергсона и толико исто времена од последњег написа г. Марковића посвећеног Бергсону. То је довољно дуго раздобље да се сме претпоставити да се однос г. Марковића према овом великом филозофу може сагледати јасније и непристрасније. Сада се сасвим поуздано сме тврдити да би било погрешно рећи за г. Марковића да је био бергсоновац, у смислу да је слепо и безрезервно усвојио његово учење и да се сасвим повео за њим. Чини нам се да више одговара стварности то да је г. Марковић у својим размишљањима у области филозофије права и, касније, социологије, кренуо путем који би га одвео Бергсоновим закључцима, али потпуно независно од њега, чак, у почетку, ни не познавајући његову мисао и његово дело. А и кад га је, нешто доцније, открио, он је обратио пажњу искључиво на његову друштвену филозофију, ону која је била изложена у његовом монументалном делу *Два извора морала и религије*. Ни касније он углавном није показао неко веће интересовање за друге делове његовог филозофског система. У једном моменту је хтео да Бергсона види више као неког ко је синтетизовао читав један правац мишљења који је већ постојао у друштвеним и правним наукама у Француској, а мање као самониклог ствараоца и новатора. Испољио је, како смо видели, и извесну сумњу у исправност неких његових постав-

(24) Међу радовима о Бергсону, а о којима у нашем чланку није било речи, то су ови: *О методи у приватном праву* ("Архив" за фебруар 1934), *Солидаризам и право* (*"Архив"* за април 1935), као и *Један поглед на филозофију права у савременој Француској* (*"Архив"* за мај-јун 1939).

ки. Али и поред свега овога, у односу г. Марковића према Бергсону једно је несумњиво. Као и сви велики филозофи и мислиоци, тако је и Бергсон допринео да г. Марковић доврши своју мисаону зграду и да развије до краја свој поглед на свет и друштво. У Бергсону је нашао компас који му је омогућио да слободније заплови кроз овај наш плуралистички универзум, да у њега закорачи са већим поуздањем. Сваком од нас који нисмо стваралаци који обележавају епохе остављено је да се сами опредељујемо који ћемо компас одабрати. Што се тиче г. Марковића из тог времена, он се определио за великана чији је дух досегао највише врхунце. У културној средини за коју је највише био везан после ове наше, бољега није могао наћи (25).

(Примљено 25. марта 1993)

Dr. Aleksandar Miljković,
Senior Associate at the Institute for Social Policy

PROFESSOR BOŽIDAR S. MARKOVIĆ AND HENRI BERGSON

Summary

Controversial issue of B. Marković being influenced by French philosopher Bergson is treated in the article. Although not knowing Bergson at the time of writing his doctoral thesis, Marković came to the same conclusions in the matter treated in it. After reading Bergson's work "Two sources of morals and religion" and taken by it, Marković wrote the article "Crisis of social sciences and misticism in France" where he stated Bergson's conceptions using his words. For the collection of works "Sociological Review", published in 1938, Marković wrote a critical review of mentioned book challenging Bergson's excessive misticism and anti-intellectualism.

In his obituary notice on Bergson Marković wrote (in the review "Arhiv za pravne i društvene nauke") about the significance of Bergson for social, moral and legal philosophies. According to Marković, Bergson's social and moral philosophy should be conceived more as a synthesis of a school of thoughts in French philosophy of new era in the sphere of social sciences, but also as an incentive for opening new perspectives.

Bergson's school of thoughts has contributed in Marković's developing and finalizing his (Marković's) conceptions on the philosophy of law and sociology.

Key words: *Philosophy of Bergson. - Božidar S. Marković. - Criticism.*

(25) Захвалан сам господину Божидару С. Марковићу што је овај чланак прочитао у рукопису и дао ми корисне сугестије.

Alekandar Miljković,
collaborateur scientifique à l'Institut pour la politique sociale

LE PROFESSEUR BOŽIDAR S. MARKOVIĆ ET HENRI BERGSON

Résumé

La conviction règne que le Prof. Božidar S. Marković a été sous l'influence d'Henri Bergson. L'auteur du présent article essaie de définir de manière plus précise le rapport de B. Marković envers ce philosophe français. Bien qu'à cette époque il n'ait toujours pas connu Bergson, B. Marković a abouti dans son doctorat à certaines conclusions auxquelles Bergson avait abouties lui aussi. Après avoir lu l'oeuvre de Bergson "Les Deux Sources de la morale et de la religion", ravi par elle, il a écrit son article "La crise des sciences sociales et le mysticisme dans la France contemporaine", où il avait éxposé l'enseignement de Bergson par ses propres mots. Dans le recueil *Revue sociologique* paru en 1938, un de ses deux articles est une critique du livre de Bergson "Les Deux Sources de la morale et de la religion", où il avait soumis à la critique le mysticisme et l'anti-intellectualisme exagéré de Bergson. A l'occasion de la mort de Bergson, il a publié dans *Les archives des sciences juridiques et sociales* une nécrologie, dans laquelle il se penche sur l'importance de Bergson pour la philosophie sociale, morale et juridique.

Selon B. Marković, la philosophie sociale, morale et juridique de Bergson doit être comprise plutôt comme la synthèse d'un certain courant dans la philosophie française récente et dans les sciences sociales, mais aussi comme un encouragement qui est optimiste dans ce sens qu'il ouvre de nouvelles perspectives. L'enseignement de Bergson a contribué à ce que B. Marković développe jusqu'au bout ses concepts dans le domaine de la philosophie du droit et de la sociologie.

Mots clé: *La philosophie de Bergson. - Božidar S. Marković. - La critique.*

UDK - 342.228
Изворни научни рад

др Драган Митровић,
доцент Правног факултета у Београду

ПРАВНА ДРЖАВА КАО ПРАВНА МИСАО И КАО ПРАВНО ИСКУСТВО (1)

"Да је човечанство желело правду, одавно је могло имати." Пошто то, очигледно, није до сад био случај са свим људским намерама, човечанство је створило правну државу, којом је правду као вредност заменило вредношћу правне државе. На тај је начин учињено мало, јер је једна општељудска вредност замењена другом, чисто правном вредношћу. Међутим, на тај је начин учињено много, јер је у људске односе унета еманципаторска демократска идеја о општој једнакости и правној предвидљивости.

Од правне државе као правне мисли и као правног искуства не треба, међутим, очекивати оно што она никако не може да пружи. Тај раскорак између намера и могућности чини правну државу и данас крхком творевином у теоријском, а поготово у искуственом смислу.

Кључне речи: *Право. - Правна држава. - Владавина права. - Правна мисао. - Правно искуство.*

I

Начело законитости у најширем смислу има изванредан значај за нормално функционисање сваке друштвене заједнице у којој постоје држава и право. То важи за све стране начела законитости, а посебно за његову социолошко-политичку страну. Међутим, ни ова страна начела законитости нема свуд исто значење. У европској континенталној правној традицији и искуству начело законитости се поистовећује са правном државом (*Rechtsstaat*), коју је створила и посебно развила немачка правна филозофија и теорија, а у англосаксонском систему и традицији са владавином права (*the Rule of Law*), која као да данас оличава модеран појам законитости уопште (2). Па, ипак, иако су данас правна држава и владавина права готово истоветни појмови, њихова велика сличност не укида једну важну разлику међу њима - правна

(1) William Hazlit, *The Plain Speaker*, (1826): "If mankind had wished for what is right, they might have had it long ago".

(2) *Правна држава, људска права и владавина права*, "Гледишта", Београд, октобар-децембар 1989, година XXX, бр. 10-12.

држава у европском континенталном систему и данас има посебно а не основно значење, док у англосаксонском систему владавина права представља основно значење начела законитости. Изједначавање правне државе са владавином права треба због тога доводити у везу с овим посебним а не са општим европским значењем законитости.

Начело законитости у социолошко-политичком смислу има своје посебне облике. На њих утичу различити друштвени, државно-организациони и правни узроци и услови. Због тога чак и пореци са истим социолошко-политичким садржајем показују велику шароликост у погледу облика у којима се испољава начело законитости. То је могуће због тога што је реч о облику државе а не о садржини, тј. о правном облику који има релативно независно кретање у односу на карактер државе и права (3). Уз то, начело законитости ни историјски није увек на исти начин одређивано нити је увек имало оно место које му данас бар номинално припада. Наиме, из апсолутистичке државе полицијског типа створена је законска држава, из које је, касније, настала правна држава. Због тога се могу разликовати три главна социолошко-политичка облика законитости и три правна облика државе: држава са законима, законска држава и правна држава (4).

Држава са законима обележава развој законитости од њених самих почетака до грађанских револуција у XVI и XVIII веку. Законска држава је карактеристична за XVIII и XIX век, док се правна држава појављује у последњим деценијама XIX века и данас представља заједно са владавином права главни социолошко-политички облик начела законитости у савременом смислу.

Овакав развој начела законитости у наведеном смислу одређен је испуњавањем различитих услова. Тамо где је уместо демократије аутократија, уместо поделе власти њено јединство оличено у личности владара, уместо рационалне државе с функционалном бирократијом свемоћна бирократска држава, тамо постоји држава са законима. Тамо где је власт подељена и управа подређена, иако не и до краја спутана законима, тамо постоји законска држава. Тамо, пак, где је уместо аутократије демократија, уместо јединства власти подела власти, уместо самовољне и свемоћне власти рационална демократска држава с функционалном бирократијом, уместо владавине људи владавина права, тамо је и правна држава (5).

---

(3) Радомир Лукић, *Методологија права*, Београд, 1977, стр. 201-221.

(4) Драган Митровић, *Правни облици државе*, у: *Косово животоносни источник, опстанак и окрепљење српског народа 1389-1989*, "Правни живот", Београд, 1989, стр. 141-154.

(5) Поменута парафраза Платонових запажања о држави у *Законима* сусреће се и у радовима наших старијих правних писаца (В. Вуксановић, *О појму правног поретка и државе*, Београд, 1931; Д. Аранђеловић, *Принципи државног уређења у скорој прошлости и садашњости*, Београд, 1935; И. Крбек, *Законитост управе*, Загреб, 1936; М. Ч. Марковић, *Правна држава*, Београд, 1939).

II

Држава са законима означава саму државу као правну организацију, што и јесте свака држава. У таквој држави, међутим, закон и начело законитости постоје али не обавезују, изузев: "Quod principi placuit, legis habet vigorem." Воља владарска је изнад закона, јер је владар истовремено и правно неограничен и правно неодговоран. Стога његова воља одређује непосредно или посредно шта су право и законитост. Управо због тога начело законитости у таквој држави нема на сталан и предвидљив начин ону обавезујућу снагу коју би требало да има већ се схвата као допуна начелу целисходности схваћеном у најширем смислу речи. Занемаривање и лако одрицање од начела законитости у таквој држави представља, с друге стране, појаву која је осим повремених изузетака трајно присутна све до настанка грађанских држава тзв. старијег либерализма, а посебно је уочљива у државама тзв. просвећеног апсолутизма. Свим државама с правним обликом државе са законима, а посебно држави просвећеног апсолутизма која је одговарајући пример из не тако давне прошлости, заједничка је опширност државних задатака, свеприсутност државне силе, изразита централизованост државног апарата успостављеног на строгим хијерархијским основама, укидање сваког посредништва између власти и народа и успостављање непосредног односа поглавара државе са становништвом, моћна и неодговорна управа и подређено и контролисано судство (6). Задатак владара у таквој држави јесте да у најбољем случају, као "први слуга државе", "усрећи" своје поданике. *Salus publica, suprema lex esto.*

Не треба, наравно, много маште да се наведена својства државе са законима препознају и у савременим, само по имену демократским правним државама (7). Особеност је таквих држава да само привидно прихватају и, чак, величају вредности које с њима немају много веза. У таквим државама начело законитости се схвата као средство за обрачун са неистомишљеницима или са људима друге вере и нације, док мимикрија којој се прибегава, посебно кад је реч о формалном инсистирању на примени начела законитости, треба да код припадника таквих надзора створи свест о посебној мисији због које су посебно повлашћени у моралном и правном смислу. У ствари, на тај се начин један аутократски режим прикрива иза правног облика државе који му никако не припада. У стварности такве државе инсистира се на једнакости која се често своди на Орвелово запажање у *Животињској фарми*: "Све су животиње једнаке, али неке животиње су једнакије од других." У сваком случају, постојање законитости у таквој држави представља ствар оцене уске државне елите, док је сама законитост сведена до пуког правно-техничког средства које може послужити сваком замишљеном

(6) Д. Аранђеловић, *Принципи државног уређења у скорој прошлости и садашњости*, Београд, 1935, стр. 4-7.

(7) Б. С. Марковић, *Деспотска, идеолошка и демократска држава*, у: *Правна држава - порекло и будућност једне идеје*, Београд, 1991, стр. 105-107.

циљу (8). И апсолутистичка држава и савремена држава кад је само номинално демократска, као што може да се примети, припадају правном облику државе са законима.

Начело законитости обезбеђено је идејно и у стварности на једном вишем и модернијем нивоу тек консолидовањем власти у новооснованим грађанским државама. Том циљу су подређени и најважнији акти таквих држава, који често имају уставни карактер. Најзначајнији кораци у правцу коначног раскидања са духом полицијске државе истовремено су и цивилизацијски напори да се човек правно одреди као грађанин који располаже правима и обавезама које му по природи ствари припадају, да се ојача уставни положај парламента и управа стави под законе нове грађанске државе, да се обезбеди правна једнакост и сигурност свих грађана (без обзира на пол, веру, националну припадност или политичко убеђење) као и њихових колективитета. Овакву оријентацију чију су теоријску подлогу поставили грађански мислиоци позног средњег века, потоњи правни теоретичари развијају и преносе у писано право. У најважнијим радовима и политичко-правним документима тог доба, проблематика законитости се усредсређује на ограничавање слободног деловања дотле готово самовољне управе и на успостављање независног судства. У полицијској држави, на пример, управа је била правно невезана законима; у законској држави управа је везана законима и одговара за свој рад. У полицијској држави власт управног органа је схваћена као средство за постизање постављеног циља; у законској држави власт управног органа представља средство за постизање циља предвиђеног законима и другим најважнијим државним изворима права. У законској држави, уз то, контроли рада управе посебно доприноси успостављање уставно-судске контроле и одговарајућих правних механизама за њено спровођење. Установа управног спора, предузимање на закону заснованих процесуалних и материјалних радњи и друге сличне мере представљају само неке важне кораке који имају за циљ да оживотворе идеју законске државе. Законска држава, међутим, није могла да спречи два екстрема у вези с радом управе: једном управу са широким овлашћењима у закону, а други пут управу ограничену више него што је то захтевала природа послова који су јој предати у надлежност. То је натерало правне писце да и законску државу, коју су противстављали држави са законима, прогласе "шупљом законском формом" (9).

Оваква оцена учинка законске државе може се објашњавати на различите начине. Па, ипак, разлоге треба пре свега тражити у стварности законске државе, која се само једним делом приближила прокламованим правним, политичким и идеолошким циљевима. Таква половичност у захвату довела је до тога да је управа у законској држави врло брзо повратила привилегије које је имала у полицијској држави. Уз то, променљива садржина материјалног појма законске државе

(8) М. Ч. Марковић, *Правна држава*, Београд, 1939, стр. 22. На сличан начин поменуту разлику подвлачи и Ф. А. Гарнер у *Administrative Law* (1979, стр. 26-28).

(9) И. Крбек, *Законитост управе*, Загреб, 1936, стр. 49.

проширила је већ у прошлом веку обим овог појма и на сасвим аутократске режиме. Разлог напуштању законске државе, најзад, треба тражити и у разочараности правних писаца - претеча и отаца таквог правног облика државе. Па ипак, у законској држави је први пут снажно истакнут општеобавезни карактер закона и афирмисане су идеје сигурности и једнакости.

У том смислу, законска држава је утрла пут настанку модерног појма правне државе.

Правна држава као трећи правни облик развијена је из законске државе, али се од ње разликује како по садржају и циљевима, тако и по друштвеним, политичким, правним и културним дометима. Правна држава је, другим речима, резултат победе схватања да право треба да влада над целисходношћу, па су и њени теоријски и практични домети другачији. Основни принцип правне државе јесте да правна правила све док важе имају подједнаку обавезну снагу и за управљаче и за оне којима се управља (10). На тај се начин спајају у правној држави две важне идеје: идеја о правној обвезаности суверена и филозофски индивидуализам схваћен и интерпретиран кроз постојање и гарантовање грађанских слобода и права.

Идеја о "омнипотенцији" правне норма и "*ratio iurisa*" над "*ratio statusom*" у правној држави су посебно довођени у везу са радом судских и управних органа. Наиме, један од основних постулата правне државе јесте независно судство. Повињавање закону сада се схвата као "прва врлина судијина", а законитост као "благо за које, као и за свако друго благо, вреди да се боримо ако желимо његову корист" (11). Према мишљењу великог броја правних писаца, почев од Лабанда и Лутолда, правна је она држава у којој постоји изграђен систем правних и законских норми, у којој су судови независни, у којој законодавац суверено доноси законе и управа се у свом раду првенствено руководи начелом законитости (12). Правни писци се, исто тако, слажу да у правној држави правна правила морају у строгом смислу речи да подједнако обавезују све њене субјекте. За Аншуца то је "нарочита сврха начела законитости управе" (13), док је за Јелинека правна само она држава где је сама "управа сведена на строги правни поредак" (14). Идеја правне државе сусреће се и у нашој нововековној политичко-правној мисли, почев од Боже Грујовића, а пре тога у *Душановом законику* (15).

Схватањима о правној држави својствено је, поред истицања независности судства и везаности управе за законе, и својеврсно пре-

(10) М. Ч. Марковић, *Правна држава, исто*, стр. 6.
(11) Р. Јеринг, *Циљ у праву*, књ. II, Београд, 1894, стр. 382.
(12) И. Крбек, *Истинитост управе, исто*, стр. 3-4.
(13) Anshütz, *Encyklopädie Holtzendorf-Kohler*, стр. 593.
(14) Г. Јелинек, *Управно право*, књ. I, Београд, 1940, стр. 79.
(15) М. Ђорђевић, *Уставни развитак Србије у Првом српском устанку*, у: *Зборник радова о судству и законодавству у Првом српском устанку*, Бѐоград, 1979, стр. 31-35. и *Душанов законик* (посебно чланови 171. и 172), приређивач Н. Радојчић, Београд, 1960, стр. 134-135.

плитање легитимности са законитошћу. Том приликом, заговорници демократске правне државе ове две ствари спајају изводећи легитимност из законитости. Заговорници аутократске оријентације, пак, легитимност раздвајају од законитости, дајући у крајњој линији предност легитимности. Најпознатији такав покушај у овом веку учинио је у немачкој теорији Карл Шмит, који је дефинисао појам тзв. "националне правне државе" која је ослобођена свих "либералистичких примеса" које могу "потамнети... праву садржину правне државе" (16) а тим путем су се запутили и други национал-социјалистички писци, као, на пример, Келеројтер и Хубер. Инаугуришући, као и сам Шмит, фашистички тип правне државе, они су истицали да легитимност не зависи од законитости и да законитост није доказ за легитимност државне власти. Практичне последице оваквих учења састојале су се у теоријском припремању терена за рушење правне државе уопште (17).

Са пропашћу фашизма обнављају се идеје о правној држави "либерално-демократског типа". Нови дух демократије сусреће се у свим послератним научним радовима и правним документима, посебно у оним правним декларацијама које су одређивале садржину начела законитости по узору на англосаксонски модел државе владавине права (18). Сходно томе, правна држава се поново одређује као "генерални постулат друштва" (19) чији је задатак да "унапреди све човекове могућности" (20). Због тога државни захвати морају да буду "изузетни, мерљиви, предвидљиви и подложни објективној контроли" (21), а правне одлуке "етички добре и на моралу засноване" (22).

У савременој правној теорији правна држава није постала мање занимљива тема. Једно време изгледало је, наиме, као да је све што се могло рећи о правној држави већ речено, па је правна држава постала предмет посебног интересовања позитивно-правних дисциплина. Мир правне теорије није много помућен ни кад је правна држава постала посебан предмет интересовања из политичко-идеолошких разлога, посебно кад је доведена у везу с доктрином о људским слободама и правима. Тек појава нових научних дисциплина и бурне политичке промене у свету учиниле су да се, с једне стране, поново преиспитају дотле неспорне поставке правне теорије, а, с друге стране, старе поставке доведу у везу с новим идејама и новим изазовима с којима се сучељава правна држава. То је довело до занимљивог развоја, који у

(16) За Карла Шмита правна правила представљају "пре објекат или средство правног поретка, неголи елемент његова структуре" (*Legalität und Legitimität*, München und Leipzig, 1932, стр. 19).

(17) Упореди: Г. Радбрух, *Законско неправо и надзаконско право*, у: *Филозофија права*, Београд, 1980, стр. 287-289. и А. Р. d'Entrèves, *Legality and Legitimacy*, у: *The Notion of the State*, Oxford, 1967, стр. 141-153.

(18) Видети: *Quolloquium on the Rule of Law as understood in the West*, Chicago, 1959; *Делхијска декларација* из 1960. и *Act of Lagos* из 1961. Остали правни документи само употпуњују основне поставке начела законитости које су изложене у овим документима.

(19) Gneist, *Gesetz und Budget*, 1879, стр. 7.

(20) R. von Mohl, *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, 1872, стр. 325.

(21) F. A. Garner, *Administrative Law*, *исто*, стр. 87.

(22) Nawiasky, *Allgemaine Staatslehre*, III, 1956, стр. 123.

новим условима идеју правне државе поново актуелизује и приказује у сасвим новом светлу. Наиме, поред поновног преиспитивања поставки о форми и садржини правне државе, правна држава се испитује или као организационо-информатички проблем и модел (23) или се као идеја и модел сучељава са социјално-политичким променама друштава средње и источне Европе (24)или се, као крајње "крхка идеја", доводи у везу са "изазовима" технолошког друштва развијеног Запада (25). Како год било, није тешко уочити разлику у погледу приступа идеји правне државе, која ни у својој постојбини много не личи на оно што је првобитно била.

Разноврсност која се придаје правној држави и њен ништа мање драматичан развој нису могли да одстране један формални и један садржински приговор који доводе у питање саму основаност и формално-логичку конзистентност правне државе и правну државу смештају у царство правних вредности.

Први приговор правној држави је формалног карактера и односи се на несклад који постоји између прокламоване опште обавезности права и правне обвезаности суверена. Поменути приговор постоји и кад се обвезаност правом замени слободом у стварању права, јер се тад сучељава правна ограниченост аутономних правотвораца са правном неограниченошћу суверена као врховног правотворца. Другим речима, у средишту идеје правне државе налази се проблем како суверена, који је по дефиницији правно неограничен а често и правно неодговоран, довести у везу са правном ограниченошћу воља и општом правном одговорношћу. Најпознатији одговор, којим је требало отклонити овај проблем, дао је у другој половини прошлог века познати немачки правник Георг Јелинек теоријом о тзв. самообвезивању суверена. Према њему, идеја правне државе формално је очувана чињеницом да суверен стварајући право и самог себе њим обвезује, па је, због тога, и сам суверен под правом. Према томе, суверен није изнад права, већ је подређен праву, што је довољно за постојање правне државе у наведеном смислу. Јелинек, међутим, не казује да ли је правотворац под правом и кад, без ауторитета изнад себе, мења већ створене прописе онако како њему самом одговара. Због тога треба разликовати правну обвезаност грађана, њихових колективитета, па чак и правну обвезаност самих државних органа, од привидне обвезаности суверена правом. Она се не заснива ни на "пранорми", како је Келзен предлагао нити на одговорности суверена пред "Богом и историјом", како је предвиђао пољски Устав у члану 6. из 1935. године, већ на моралу и интересима који претходе праву и одређују његову форму и садржину. Као што

---

(23) Видети: *Правна држава - порекло и будућност једне идеје.*
В. Кравјац, *Друштвена правила игре и право у перспективи теорије система*, у: *Правна држава - порекло и будућност једне идеје*, *исто*, стр. 13-20.

(24) У. Пројс, *Улога правне државе у трансформацији посткомунистичких друштава*, у: *Правна држава - порекло и будућност једне идеје*, *исто*, стр. 73-85.

(25) Е. Денингер, *Границе и угрожавања правне државе*, у: *Правна држава - порекло и будућност једне идеје*, *исто*, стр. 35-41.

може да се примети, самообвезивање суверена правом није никакво истинито правно обвезивање, па и Јелинеков покушај са поменутом теоријом више истиче него што ублажава противуречност која доводи у сумњу формално-логичку конзистентност правне државе.

Други приговор правној држави односи се на њену садржину. Наиме, правна држава се на првом месту представља као један оквир који може да се испуни разноврсном садржином, што на неки начин и саму правну државу приказује као "шупљу правну форму". Историјско искуство и различити филозофско-теоријски покушаји са одређивањем садржаја правне државе познају и бирократску правну државу, каква је била Аустро-угарска монархија, и демократску правну државу, каква су савремена развијена демократска друштва. Релативизам у погледу садржаја правне државе постоји, исто тако, и кад се тај садржај везује за одговарајуће правне вредности, кад, на пример, правна држава треба да омогући "човеков усправан ход" (26). У сваком случају, пут од Платонове замисли да људима треба да владају закони а не људи законима, и на примеру садржаја правне државе данас, изгледа значајнији по трајању те замисли него по њеној остварености. То приказује правну државу као творевину која, као и демократија, има своју посебну вредност само као оквир који се може испуњавати различитом садржином (27). Посматрана у својој "принципијелној чистоти", правна држава представља "пре једно жељено друштвено стање" него што представља "једну стварност која траје или можда крајњу сврху друштвеног развића" (28). Другим речима, правна држава има сталан садржај само кад постоји као правна вредност. Правна држава као правно искуство (тзв. позитивна правна држава) има, пак, променљив садржај који се може мењати у широком распону и у сваком погледу.

Оба поменута приговора правној држави нису истог порекла. Први приговор произлази у крајњој линији из човекове несавршености, а други из несавршености друштва. Њихово различито порекло, међутим, не умањује њихову оправданост која доводи у сумњу основаност традиционалне аргументације о правној држави. Та аргументација је данас на посебној проби кад се правна држава као правно искуство сучељава са новим "изазовима" (29) који су понекад такви да доводе у питање не само постојање какве-такве правне државе већ и било какво постојање државе и друштва као таквих.

Међу различитим изазовима правној држави посебно место припада претераном нормативизму, који, на дужи рок посматрано, демократску државу претвара у бирократску и, у крајњој линији, доводи до злоупотребе права и до правне аномије. Таква продукција прописа није случајна и није је тешко довести у везу са програмским и идеолошким изазовима, који у заоштреним друштвеним неприликама доводе до тзв. ратоборне демократије. Претерани нормативизам и с тим

(26) Е. Блох, *Природно право и људско достојанство*, Београд, 1977.
(27) Б. С. Марковић, *Начела демократије*, Београд, 1937.
(28) Б. С. Марковић, *Начела демократије, исто*, стр. 10.
(29) Е. Денингер, *Границе и угрожавања правне државе, исто*, стр. 35-41.

у вези одговарајући програмски и идеолошки изазови, често праћени народно-историјским фолклором као заменом за истину, нису и једини изазови правној држави. Међу новим изазовима посебно место припада новим технологијама, које, нажалост, нису еколошке него антиеколошке. Посебан технолошко-еколошки изазов представља свеопште загађивање радиоактивним отпацима у најширем смислу речи. Тзв. антинуклеарни покрети и нарасла свест становништва о апокалиптичној опасности још нису натерали светске моћнике да закључају Пандорину нуклеарну кутију. За сада се овај проблем решава тако што се из богатијих и еколошки загађенијих земаља легално и нелегално у сиромашније и још сасвим еколошки незагађене земље пребацују прљаве технологије и отпаци који их претварају у депоније.

Сучељавање правне државе са искуством нових изазова неизбежно намеће питање може ли правна држава да одговори таквим изазовима. Иако одговор на поменуте изазове не може бити једнак, као да је истини ближе тврдња да савремена правна држава почива на претпоставкама које не може да гарантује стварно већ само привидно, што правну државу и као правно искуство чини "шупљом правном формом". Ново је само то што се новим изазовима не одбацује већ користи мисао о правној држави. Злоупотреба идеје и мисли о правној држави треба, у ствари, да заклони и омогући стварања државе елите чија власт неће више морати да буде анонимна. Због тога је правна држава данас интересантна и за идеологе "новог поретка" и за правне научнике.

* * *

Правна држава као правна мисао и као правно искуство, није тешко запазити, због теоријских приговора и прагматичних изазова, представља истовремено и "не-правну државу". Стога правну државу треба схватити као покушај да се теоријским и практичним сукобима дâ потребан легитиман и законит облик. У немогућности да се таквом циљу одговори на потребан начин, налазе се и разлози за еволуцију од државе са законима до правне државе и за деволуцију од правне државе до државе са законима. То, међутим, не значи да треба одбацити идеју правне државе пошто је она одиграла изузетну улогу у преобликовању колективне свести, популарисању и правном утврђивању вредности које су блиске идеји правде и у чијем је средишту човек. То јесте и данашњи задатак правне државе.

Правна држава (или држава владавине права) као правна мисао и као правно искуство никад није остварена како је замишљена, али то не одузима смисао потрази за што бољом и за најбољом правном државом. Такав напор је једина залога да још нису напуштене главне цивилизацијске тековине из којих је и због којих је правна држава и настала. Другим речима, чак ако човечанство и није желело апсолутну правду,

сигурно је желело правну државу у којој је препознало важно средство за остварење људске правде.

(Примљено 23. новембра 1992)

Dr. Dragan Mitrović,
Assistant Professor of the Faculty of Law in Belgrade

THE STATE OF LAW AS A LEGAL THINKING AND LEGAL EXPERIENCE

Summary

The state of law as a legal thinking and legal experience - due to theoretical objections and pragmatic challenges is, at the same time, a "non-law state". Therefore this notion should be conceived as an attempt to provide necessary lawful form to theoretical and practical conflicts. Since such goal is impossible to reach in an adequate way, the reason is found for the evolution of "state" with laws" up to the state of law", as well as for devolution of the state of law down to the state with laws. This, however, does not mean that the idea of state of law should be rejected, since it was instrumental in establishing collective awareness and values which were close to the idea of justice with the man in its center. This in fact is the present-day goal of the state of law.

The state of law (or the one of the rule of law) as a legal thinking and as legal experience has never been realized in the way it has been conceived originally. This, however, does not diminish the need for striving toward an ever better, and best, state of law. Such an effort is the only firm proof that principal civilisational achievements have not yet been abandoned, namely the ones which have been in the very foundations of the original idea of the state of law.

Key words: *Law. - State of law. - Rule of law. - Legal thinking. - Legal experience.*

Dragan Mitrović,
chargé de cours à la Faculté de droit de Belgrade

L'ETAT DE DROIT EN TANT QUE PENSÉE JURIDIQUE ET EXPÉRIENCE JURIDIQUE

Résumé

L'Etat de droit comme pensée juridique et comme expérience juridique représente, ce qui n'est pas difficile de noter, en raison des remarquer théoriques et des défis pragmatiques, dans le même temps un "Etat de non-droit". C'est pourquoi il faut comprendre l'Etat de droit comme une tentative de donner aux conflits théoriques et pratiques la légitimité nécessaire et une forme légale. En raison de l'impossibilité de répondre à un tel but de manière nécessaire, on trouve la raison de l'évolution de l'Etat avec des lois jusqu'à l'Etat de droit et de la dévolution de l'Etat de droit jusqu'à l'Etat avec

les lois. Cela ne signifie pour autant pas qu'il faut rejeter l'idée de l'Etat de droit en raison du fait que jusqu'à présent il a joué un rôle extraordinaire dans la transformation de la conscience collective, dans la popularisation et dans la définition juridique des valeurs qui sont proches de l'idée de la justice, au centre de laquelle se trouve l'homme. Cela reste l'objectif actuel de l'Etat de droit.

L'Etat de droit (ou l'Etat du règne du droit) comme pensée juridique et comme expérience juridique n'a jamais été réalisé de la manière de laquelle il a été conçu. Cependant, cela n'enlève pas le sens à la recherche de l'Etat de droit aussi bon que possible et du meilleur Etat de droit. Un tel effort est la seule gage que les principaux acquis de la civilisation en raison desquels l'Etat de droit a été créé n'ont toujours pas été abandonnés.

Mots clé: *Le droit. -L'Etat de droit. - Le règne du droit. - La pensée juridique. - L'Expériece juridique.*

UDK - 34(091)(43)
Изворни научни рад

др Драгољуб Поповић,
ванредни професор Правног факултета у Београду

ОПШТЕ ЗЕМАЉСКО ПРАВО ПРУСКЕ

Опште земаљско право Пруске донето је 1794. године. Представља веома обиман и специфичан законик, којим је кодификовано читаво материјално право. Законик је настао у апсолутној монархији и понео је печат природноправног учења.

Кључне речи: *Кодификација. - Пруска. - Апсолутна монархија. - Природно право.*

ПРУСКА МОНАРХИЈА У ВРЕМЕ ДОНОШЕЊА ЗАКОНИКА

Пруска је у XVIII веку представљала државу у којој је сталешко уређење све више потискивало онај државни облик који је остао познат под именом апсолутне монархије. Премда су пруски краљеви били наклоњени племству и покушавали чак и законским мерама да спрече опадање његове привредне моћи и друштвеног утицаја, државна власт се све више усредсређивала управо у монарховим рукама.

Краљеви су се у току обликовања апсолутне монархије ослањали на потпору какву су им стварали добро организована војска и чиновништво. При томе је положај грађанства био унеколико особен и заостао, јер је, притиснуто механизмом разгранате власти јаке државе, пруско грађанство остајало у положају једног од државних сталежа. Тај сталеж је био затворен и у њега се могло ступити само на основу пријема у какву гилду или цех, а такав пријем надзирала је и својим нормама уређивала државна власт.

Овако уређена држава се током времена, после успешно вођених ратова, ширила, у привредном животу приклањала меркантилистичкоме учењу и политици, а упознала је и плодове просвећеног апсолутизма. У Халеу је 1694. године основан Универзитет, док је на самоме почетку XVIII века Пруска добила Академију наука.

Пруско право дочекало је доба апсолутне монархије у стању сличном оном које је постојало и у другим немачким земљама. Од како је средином XV века римско право почело да се проучава у Немачкој, његов утицај се непрестано ширио. Римско право беше постало немачко царско право и као такво је у великој мери потискивало тамошња

покрајинска права. Покрајинска права су, међутим, и даље важила, а читаву шаролику слику употпуњавала је законодавна делатност апсолутног монарха, која ће при крају XVIII века довести до кодификације пруског права. Та кодификација је показала многе особености и занимљиве црте. Била је дуго припремана, наилазила је на отпор неких друштвених кругова и у своме завршном облику показала је утицај појединих токова правне мисли, који су дали коначан изглед делу пруског законодавца.

КОДИФИКАТОРСКИ РАД

Кодификовање права у Пруској прошло је током XVIII века кроз три главне етапе. Почетни корак био је учињен на самоме прагу тога столећа кад је, под владом Фридриха Вилхелма I, на Правноме факултету у Халеу био израђен нацрт кодификације земаљскога права. Тај нацрт је у својим идејама полазио од римскога права, али је био и под утицајем природноправног учења као и пруског покрајинског права. Овај најранији кодификаторски напор није, међутим, дао плода и остао је без законодавне санкције.

Тек неколико десетлећа доцније настављен је кодификаторски рад. За владе Фридриха Великог настао је, под руководством тадашњег великог канцелара, функције која би у наше време одговарала положају министра правде, нов нацрт општег законика. Велики канцелар пруски био је у то доба знаменити правник Самуел фон Кокцеји, ранији професор права у Франкфурту на Одри, који је огроман посао преуређења пруског правосуђа започео 1747. године, кад је био постављен за великог канцелара.

Кокцеји је током 1747. и 1748. године поступно уводио реформе у поједине пруске провинције. Реформа правосудног реда довела га је до закључка да се тај посао не може ваљано обавити без кодификовања материјалнога права. Због тога је приступио изради обимног нацрта кодификације материјалнога права, који је добио назив *Projekt des Corporis Juris Fridericiani*. Почетком 1749. године појавио се први део овога нацрта, у којем је било обрађено статусно право. Кокцеји је наставио рад на кодификовању и две године доцније био је довршен део који је уређивао стварно право. Преостајало је облигационо право, чему се Кокцеји потом посветио, али је читав нацрт остао недовршен, а велика замисао неостварена. Кокцеји је преминуо 1755. године и по његовој смрти кодификаторски рад био је више десетлећа обустављен и напуштен.

Основна мисао којом се руководио Самуел фон Кокцеји била је она о реформи правосуђа. Он је хтео да створи што стручнији и што организованији правосудни ред у држави. При томе, он није био присталица идеја о подели власти и у изрицању правде гледао је, свакако под утицајем природноправних учења, најстручнију, па самим тим и најисправнију примену материјално-правне норме на конкретан случај. Због тога је дошао до мисли о изједначењу и кодификовању права које

скупљено у законик представља *ius certum*, те као такво чини основу правне сигурности и самим тим једног поретка заснованог на идеји правде.

Управо идеја правде, повезана са стањем пруског правосуђа под апсолутном монархијом, довешће крајем седамдесетих година XVIII века до оживљавања кодификаторских напора. Подстицај за то дао је један судски преседан, познат у повесници пруског права као случај млинара Арнолда.

Јохан Арнолд био је житељ Померциха у покрајини Нојмарк, где је имао своју воденицу. Његов сусед био је један племић. Имање Арнолдовога суседа налазило се узводно од воденичаревога, тако да је, кад је племић одлучио да зајази водени ток, како би себи уредио рибњак, због слабијег протока воде Арнолдов млин морао да стане.

Незадовољни воденичар је против свога суседа племића повео парницу, коју је у највишој инстанци, пред Камерним судом, изгубио. Ипак, упорни тужилац се није предавао; преостајала му је још једна могућност. Краљ је у апсолутној монархији вршио касациону власт и могао је укинути пресуду највишег суда. Арнолд се обратио краљу таквим захтевом и успео.

Краљ, међутим, није само овоме тужиоцу дао за право, већ је поједине судије које су у Арнолдовоме случају пресуђивале отпустио, осудивши их на накнаду штете, а круна читавога поступка, било је исте те, 1779. године отпуштање тадашњег министара правде, односно великог канцелара. На то место буде онда постављен Фон Кармер, ранији министар правде у Шлезији. Фон Кармер је између осталог био познат по томе што је почетком седамдесетих година XVIII века радио на кодификацији шлеског покрајинског права, те је под његовим старањем била израђена *Збирка старих и нових шлеских покрајинских закона.*

Новонаименовани велики канцелар Пруске имао је, међутим, способног сарадника и одличног саветника, чије је дело у ствари представљао управо поменути зборник шлеских закона. То је био Карл Готлиб Сварец, који се заједно с новим великим канцеларом преселио у Берлин. Био је то трећи и одлучан корак, који ће Пруска учинити у своме ходу према кодификацији.

Сварецове политичке идеје састојале су се углавном у следећем. Он је, као и Кокцеји пре њега, тежио непристрасном правосуђу, које исправно и тачно примењује законе. У томе је видео владавину закона, која обичном човеку доноси срећу, исто онако као што штедљиве финансије читавоме народу олакшавају порески терет. Сварец није био присталица представничке владе и држао је да представништво државних сталежа треба да има само саветодавну улогу. Славни Дернбург је најкраће и најефектније описао Сварецов идеал, рекавши да је то била "народу наклоњена монархијска чиновничка држава".

Овакве политичке мисли биле су у блиској вези са Сварецовим основним погледима на право. Држава, по његовом схватању, има моно-

пол на стварање права, али упркос томе правни поредак не може почивати на самовољи носиоца врховне власти. Просвећени монарх, кад се појављује у улози законодавца, заснива своје стварање на разуму, те се Сварец указује као један од присталица мисли о разумскоме природном праву као основи позитивноправног поретка.

Још на један начин је природноправно учење извршило утицај на Свареца. Он је, наиме, држао да је дужност појединца да помаже другима, те је из овога основног става проистицао закључак о томе како, на пример, племић мора бринути о својим феудалним подложницима, што доводи до закључка да се свака друштвена повластица мора подвргнути врховном начелу испуњења државнога циља. Због тога и својина мора бити потчињена захтеву да се пре и изнад свега оствари опште добро.

Као што се види, сви су ови Сварецови погледи одговарали добу просвећености у једној средини у којој индивидуалистичко друштвено учење није однело превагу. Такве мисли обојиле су пруско кодификаторско дело. Идеја о просвећеном монарху као непристрасном, разумом надахнутом законодавцу, који прописујући законе доноси срећу својим поданицима, била је камен - темељац пруског законика. То схватање није заступао само Сварец већ и његов претпостављени, велики канцелар Фон Кармер. Он је у предвечерје проглашења законика, крајем 1793. године, о изгледу и задатку тога великог дела овако писао своме колеги, Данкелману: "Требало би сачинити један потпун, повезан, што је могуће више одређен законик, из кога би не само судије и адвокати него сви државни поданици могли сазнати своја права и обавезе и путем којег би се могло помоћу законских прописа на исправним појмовима и чврстим начелима засновати једно *Jus certum*, уколико је оно за људе и грађанска удружења уопште достижно, те да се тако углед и снага закона постави на место доктринарног ауторитета, тзв. *Usus Fori* и тако непоуздане и опасне судијске арбитрерности."

ДОНОШЕЊЕ ЗАКОНИКА

Године 1781, свега две године по окончању Арнолдовога случаја и именовању новога великог канцелара, било је кодификовано процесно право. Ова кодификација је почивала на идејама апсолутне монархије. Предвиђала је истражни поступак, а уместо самосталних адвоката и правозаступника увела је комесаре правде и асистентске саветнике. Они су били државни чиновници, којима је између осталог у задатак био стављен и надзор над судијама. Процесни законик је делимично био ревидиран 1793. године, али те промене нису утицале на његов основни изглед и садржину.

Од 1783. до 1788. трајао је рад на састављању нацрта једног свеобухватног законика у осам томова. По објављивању овога дела настала је расправа у којој су се јавили многобројни предлози за измену појединих решења, садржаних у нацрту. Ти су предлози узети у разматрање,

те је 1791. године био сачињен нацрт, који је добио име *Општи законик за пруске државе.*

Објављивање нацрта прускога законика дошло је управо у оно време кад су се распламсали револуционарни догађаји у Француској. Ово је навело реакционарне и просветитељској мисли ненаклоњене кругове у Пруској да кодификаторски рад представе као опасност за постојећи поредак. Покрајинско племство и извесни престонички кругови успели су у пролеће 1792. године да осујете доношење законика, који је као већ обликован текст требало да ступи на снагу 1. јуна 1792. године. Противницима кодификације сметало је и само име законика, јер је подсећало на револуционарни поредак.

На судбину нацрта законика утицала је затим ратна срећа. Пруска је већ следеће 1793. године учествовала у другој деоби Пољске, па је у новоосвојеним крајевима постојећи нацрт законика био озакоњен и ступио је на снагу. То је свакако помогло напоре кодификаторске струје међу пруским првницима, али је нацрт великога законика ипак морао бити подвргнут делимичној измени пре него што је био прихваћен као општи пруски законик. Међу овим изменама свакако није била од најмање важних она која је нацрту дала ново име, односно нов наслов. Велико кодификаторско дело било је 1794. године озакоњено и 1. јула ступило је на снагу као *Опште земаљско право за пруске државе* (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*). Реч *законик* била је због свога револуционарног и либералног призвука избегнута у наслову.

САДРЖИНА И СИСТЕМ ОПШТЕГА ЗЕМАЉСКОГ ПРАВА

Редактори *Општега замаљског права* узели су за основу кодификације римско право и то у ономе облику у којем је, како се једном изразио Сварец, то право "важило у краљевским земљама и било одређено у судској пракси". Поред тога су се определили за решење које би се могло назвати средњим путем, јер су, с једне стране, избегавали претеране новине, али су, с друге стране, били уздржани и кад је требало остати при појединим застарелим установама. Ипак се мора приметити да су у много чему подлегли традицији. Тако су, нпр., задржали установу цехова, иако је било много разлога који су говорили у прилог њиховог укидања.

Опште земаљско право је огроман законик, који обухвата више од 19.000 параграфа. У погледу садржине, то дело представља изузетак у светској повести кодификација, утолико што је *Опште земаљско право* законик у којем је кодификавано читаво материјално право. Приватно и јавно право нашли су се заједно у томе обимном зборнику, али не и процесно право, које је, како смо видели, било засебно кодификовано пре доношења *Општега земаљског права.*

Састављачи законика су тежили да материју изложе природним редом, који је људском разуму лако схватљив. Поделили су је по сродности на делове и наслове и то тако да се од општег иде ка посебном и да се најпре изложи правило, па тек потом изузеци од правила.

Опште земаљско право има два дела, од којих први део обухвата двадесет и два, а други двадесет наслова. У првоме делу обрађено је приватно право, али не цело, док други део обухвата јавно право, али истовремено и неке делове материје приватног права.

Сварец је пошао од институционалнога система, али га је развио и у суштини напустио при обради приватнога права у законику. Ово се лако може показати навођењем наслова првога дела законика. Прва три наслова гласе: 1. *О лицима и њиховим правима уопште;* 2. *О стварима и њиховим правима уопште;* 3. *О чињењима и правима која из њих проистичу.*

Изгледало би на први поглед да је ово образац институционога система у којем је трећи члан - *actiones* - схваћен као чињења, а не као тужбе. Такав утисак не кваре него - напротив, појачавају и четврти, пети и шести наслов првог дела законика, који су посвећени изјавама воље, уговорима и недопуштеним чињењима.

Даљи ток излагања материје приватнога права у прускоме законику, међутим, показује напуштање институционог обрасца, јер је седми наслов посвећен државини, затим осми својини уопште узев, а потом су сви наслови од деветога, па закључно са осамнаестим, посвећени својини, а посебно њеном стицању. У том оквиру је под дванаестим насловом обрађено наследно право. Читава та грана схваћена је као стицање својине услед чињенице смрти.

Сви наслови до краја првога дела законика посвећени су такође установама стварнога права. То су наслови о подељеној својини, о стварним и личним правима на туђим стварима уопште, затим о правима на супстанцу туђе ствари, о службеностима уопште и посебно о земљишним службеностима.

На почетку другога дела законика налази се породично право, које је обрађено у четири наслова. За овим долазе наслови у којима је уређено право које се тиче односа између господара и слугу, као и оно о разним удружењима уопште. Од седмога до десетог наслова обрађено је право различитих сталежа: сељака, грађана, племића и чиновника. Једанаести наслов посвећен је цркви, а дванаести школству. Потом долази неколико наслова посвећених државноме праву, финансијама и државним добрима. За овим је у три наслова уређено државно старање о поданицима, старатељство и туторство као и заводи за сиромашне и задужбинско право. Најзад, последњи, двадесети наслов другога дела *Општега земаљског права* носи наслов *О злочинима и казнама* и представља потпун кривични законик.

Као што се из прегледа садржине може видети, пруски законик није само веома обимно кодификаторско дело него је и неуобичајеног склопа, а свакако носи печат апсолутне монархије и духа просвећености. То је законик јаке државе, која је желела да донесе срећу својим поданицима успостављањем, како се веровало, једног поретка потпуне правне сигурности.

Овакве законодавне идеје утицале су и на језик законика. *Опште земаљско право* је написано јасним и разумљивим језиком. Сматрало се да је велико зло ако је законима потребно објашњење и накнадно тумачење. Сварец је, иако се, рецимо у обради приватнога права, пошло од римскога права, многе римске изразе понемчио. Ипак су састављачи законика у овоме погледу пронашли разумну меру, тако да су у законику задржане оне речи и изрази који су се у прускоме праву већ били одомаћили.

СУДБИНА ОПШТЕГА ЗЕМАЉСКОГА ПРАВА

Судбину овога великог кодификаторског дела одредиле су пре свега његове напред поменуте особине и садржина, али и неке додатне околности, које проистичу из појединих схватања састављача законика.

Опште земаљско право је типичан законик једне апсолутне монархије, али је било донето онда кад је тај државни облик био на своме заласку. Свега неколико десетлећа после његовога озакоњења Пруска ће постати уставна држава. У њој ће се, то се мора признати, после преласка на уставни поредак задржати многи остаци старих времена, па међу овим и велики законик о којем је овде реч. Но, то ипак не мења слику о овоме кодификаторском делу као понешто застарелом, сталешком начелу привржено и модернијим друштвеним токовима недовољно прилагођеном праву.

Додатне околности које су утицале на судбину *Општег земаљског права* представљају став његових састављача према правним празнинама и према коментарисању.

Законодавац је, наиме, стао на гледиште да крај овако обимног законодавног дела, од више од 19.000 параграфа, не може бити правних празнина. Судија је био дужан да у законику пронађе норму по којој ће пресудити конкретан спор. Уколико то не би могао да учини, морао се обратити највишој власти, која би му онда указала на норму по којој је дужан да се равна. Сматрало се да је законик свеобухватан и да је довољан за све врсте случајева који се јављају у друштвеном животу. Зато је Сварец био мишљења да се, уколико се у пракси појаве нови видови правних послова, за те ситуације морају донети нови закони.

Овакво неповерење према тумачењу и начелан став о непризнавању правних празнина довели су до тога да се с неповерењем и чак извесним ниподаштавањем гледало на могућност коментарисања законских норми *Општега земаљског права*. Због тога се овај законик није могао развијати ни у судској пракси, ни у науци. Штавише, услед постојања формалне забране коментарисања, све до 1819. године на пруским универзитетима није се уопште предавало, нити научно обрађивало *Опште земаљско право*. Те године су почела предавања на Берлинскоме универзитету, да би се, почев од 1826. године, *Опште земаљско право* изучавало на свим универзитетима у Пруској.

Због свега тога ово монументално дело познога просветитељства није у повести светскога права, па чак ни немачкога, извршило онакав утицај какав би можда заслуживало по величини напора својих састављача и кодификаторском захвату какав доцније, све до данас, неће бити забележен у повести кодификација, захвату који једва да је био нешто мањи од Јустинијановога.

КЊИЖЕВНОСТ

Опште земаљско право није преведено на српски језик. Овде је коришћено издање: *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (mit Erläuterungen von J.Rehbein und O.Reincke), Berlin, 1894.

C.Bornhak, *Preussische Staats - und Rechtsgeschichte*, Berlin 1903.

H. Dernburg, *König Friedrich Wilhelm III und Suarez. Rede zur Gedächtnissfeier des Stifters der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin*, Berlin, 1885.

G. Kleinheyer - J. Schröder, *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*[3], Heidelberg, 1989.

H. Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, Heidelberg-Karlsruhe, 1979.

В. Водинелић, *Савремени појам грађанског права (настанак и систематика)*, "Архив за правне и друштвене науке", 1-2/1989.

G. Wesenberg-G. Wesener, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschishte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*[3], Lahr/Schwarzwald, 1976.

H. Thieme, *Die preussische Kodifikation*, ZSS, Germ. Abt. 57/1937.

A. Zycha, *Deutsche Rechtsgeschichte der Neuzeit*, Weimar, 1937.

T. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen*, 1967.

(Примљено 27. марта 1993)

Dragoljub Popović,
Professor of the Faculty of Law in Belgrad

UNIVERSAL TERRITORIAL LAW OF PRUSSIA

Summary

In the 18th century Prussia was a typical state of enlightened absolutism. Roman law was spread in the same way as German imeperial law, although provincial laws were still dominant, as well as statutes enacted by the monarch.

Codification activities began in Prussia in the 18th century at its beginning with drafting the plan of codification. In the middle of the century Cocceji made a draft of a code, which has never been finished. Finally, in the last stage the draft was ready becoming law in 1794.

The Universal Territorial law of Prussia is a comprehensive codification of substantive law with a particular system of distribution of the matter treated. There are two parts, the first one with 22 and the second with 20 chapters. The first one includes private (civil) law, while the second has, in addition to civil, also the public law.

The evolution of this code was dependent on some conceptions of its creators, such as those concerning the principle of nonrecognition of legal voidness and prohibition of making comments.

Key words: *Codification. - Prussia. - Absolute monarchy. - Natural law.*

Popović Dragoljub,
professeur à la Faculté de droit de Belgrade

LE DROIT NATIONAL GÉNÉRAL DE LA PRUSSE

Résumé

La Prusse a représenté au 18ème siècle un Etat typique d'absolutisme éclairé. Le droit romain s'y propageait comme le droit allemand impérial, mais les droits provinciaux restaient toujours en vigueur, ainsi que les lois que le monarque décrétait.

Le travail de codification en Prusse a connu trois périodes. Au cours de la période la plus récente, au début du 18ème siècle, un projet de codification a été élaboré. Par la suite, vers le milieu du siècle, Cocceji a élaboré un projet de code, qui est resté inachevé. Et promulgé enfin, au cours du dernier quart du siècle, vit le jour un projet global, qui a été légalisé en 1794.

Le droit général national de la Prusse représente la codification globale du droit matériel et possède un système spécifique de la distribution de la matière. Elle est divisée en deux parties, dont la première a 22 titres, alors que la deuxième en a 20. La première partie englobe le droit privé, alors que la deuxième englobe une partie du droit privé et le droit public.

Le sort de ce code a été influencé par certains concepts de ses auteurs, tels que ceux sur la non-reconnaissance en principe des lacunes juridiques ou ceux sur l'interdiction des commentaires.

Mots clé: *Codification. - Prusse. - Monarchie absolue. - Droit naturel.*

UDK-347.9
Изворни научни рад

др Боривоје Познић,
редовни професоф Правог факултета у Београду у пензији

ГЛАСАЊЕ О ОДЛУЦИ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Примењујући компаративни метод, аутор износи и анализира правила о гласању у судском већу приликом одлучивања. Посебна пажња поклоњена је случају у коме приликом првог гласања није постигнута већина. Аутор даје своју оцену правила појединих националних закона, која важе за такав случај. Он се изјашњава за уређење које назива елиминационим. По том уређењу се о сваком питању које се поставља приликом одлучивања, износе на гласање по два мишљења, тако да се о оном које је остало у мањини више не гласа. У чланку се предлаже измена важећег закона у том смислу.

Кључне речи: *Судска одлука. - Већање. - Упоредно право. - Елиминациони модел.*

Господина Марковића познајем много година. (Први наш сусрет био је на испиту из Грађанског права, октобра 1934.) Од онда одржавам с њим пријатељски контакт. Дуже времена после рата тај контакт био је и стручни, на пословима израде и тумачења законских текстова у истом надлештву. Нека овај скромни прилог буде израз захвалности за оно што сам као човек и правник од њега научио.

1. Одлуком колективних органа изражава се становиште већине, до које се долази гласањем. Исти принципи важе и за судове кад одлучују у зборном саставу. Поред тога, гласању у судском већу претходи већање. Под овим треба разумети изношење сопственог образложеног мишљења и разлога против друкчијег мишљења других чланова већа. Наведени принципи су толико инхерентни у правосуђу, да аутори неких процесних закона нису сматрали за потребно да у њих те принципе унесу. Тако, на пример, у српском законику о грађанском судском поступку из 1865. године не може се наћи одредба којом би поменути принципи били прописани. Такву одредбу не садржи ни јапански Закон о грађанској процедури (1).

2. Готово је непотребно рећи да већина гласова мора бити апсолутна, јер је само то већина у правном смислу речи. Ипак, у неким законима

(1) The law of civil procedure, ed. Supreme court of Japan, 1959.

је изрично речено да суд своје одлуке доноси апсолутном већином гласова. Такву одредбу садрже, на пример, аустријска Јурисдикциона норма (§ 12) (2), немачки Закон у уређењу судова(§ 196)(3) и швајцарски Савезни закон о правосудној организацији (чл. 10) (4).

3. Посебан осврт заслужује питање како се решава ситуација настала тиме што ни за једно мишљење није образована већина гласова. Таква ситуација изражава се у неслагању чланова већа о коначном силогистичком закључку о основаности захтева који је предмет одлучивања (диспозитиву одлуке) или о примесама тог закључка (разлозима одлуке). У даљим излагањима приказујемо решења неких националних закона за случајеве у којима се веће састоји од три или пет члано- ва (5). Ваља приметити да се у тим законима не помиње бројни састав суда приликом одлучивања. У одредбама које на поменуто питање дају одговор, ти закони редиговани су тако да се могу односити на сваки непарни зборни састав.

4. Теоријски посматрано, за излаз из поменуте ситуације постоји више начина. Као могући, у науци се помињу, поред осталог, прихватање мишљења које је најповољније за туженог или које заступа најстарији члан судског колегијума, па чак и одређивање одлучујућег мишљења жребом (6). Ако се по страни оставе изузетни начини решавања, од којих ћемо неке поменути под 4а, упоредноправно посматрање показује да су најчешћа два основна начина. Суштину једног чини додавање мањинског гласа другом гласу да би се добила већина или поновно расправљање и одлучивање, све у зависности од поделе гласова. Други начин решавања поменуте ситуације састоји се од елиминационог гласања о свим мишљењима. Први начин, који се може сматрати старијим, прописан је, на пример, грчким Законником о грађанском судском поступку из 1968. године (7), по коме, после неуспеха да се постигне већина, нема места даљем гласању о предмету о коме се одлучује. Поступак у већу петорице у коме има три мишљења (2,2,1) наставља се тако што је судија који сам заступа једно мишљење дужан, по свом избору, прикључити се неком од друга два. - До одлуке већа у коме има четири мишљења (2,1,1,1) долази се тако што се један од тројице судија који су са својим мишљењем усамљени, не узима у обзир. Који ће од тројице то бити, одређује се гласањем свих судија. Пошто буде тако одређен, тај судија придружује се једном од других мишљења. То не мора бити оно за које су дата два гласа. Његовим изјашњењем за то мишљење образована је већина. Ако приступи неком од мишљења за које је дат само један глас, поступа се даље по правилу

(2) Strohanzl, Zivilprozessgesetze, 1985, стр. 36.

(3) Gerichtsverfassungsgesetz, Thomas-Putzo, Zivilprozessordnung, 1970, стр. 1188.

(4) Loi fédérale d'organisation judiciaire, Nouveau manuel du Droit suisse, 1946, стр. 808.

(5) У ЗПП-у је веће петорице предвиђено, у зависности од степена суђења, односно од врсте правног лека, за другостепени суд, врховни суд републике и Савезни суд (чл.44, ст.2-4; чл. 45, ст.1. и 3).

(6) Тако Carnelutti, *Diritto e processo*, 1958, стр. 223.

(7) Beumgärtel, Rammos, *Das griechische Zivilprozessgesetzbuch mit Einführungsgesetz*, 1969, стр. 103.

за случај да у већу петорице има три мишљења. Лоша страна овог решења је у томе што се у спору у коме постоје четири мишљења мора гласати који ће од тројице судија приступити неком другом мишљењу. Ово правило може довести до нове поделе гласова. Тиме се поступак одлучивања компликује. - Изложено уређење засновано је на идеји да мањина гласова мора да се сагласи са релативном већином, а ако постоје две такве већине, онда са једном од њих. Та идеја не може се спровести ако се у већу тројице или петорице мишљење сваког судије разликује од других (једнака подела гласова). У таквом случају грчки закон прописује да у састав већа улази још један судија. Затим се пред тако проширеним већем одржава нова усмена расправа, на основу које се поново одлучује о предмету спора. Понављање је потребно зато што начело непосредности налаже да се нови члан већа упозна са процесним градивом непосредно, а не из записника и других списа. - Решење грчког законика за случај неједнаке поделе гласова прописано је Законником о грађанском и трговачком судском поступку Туниса за случај једнаке поделе гласова (8). По том законику, који прописује одлучивање у већу тројице, најмлађи међу судијама дужан је да се прикључи једном од друга два мишљења. - Оба поменута законика су очигледно инспирисана старим француским Законником о грађанском судском поступку из 1806. године (чл. 117. и 118), који прописује да се одредбе о начину одлучивања у спору у коме није формирана већина примењују тек после неуспелог покушаја да се одлука постигне још једним гласањем. Разлика у односу на грчки законик састојала се и у томе што се у случају једнаке поделе гласова веће проширивало уласком двојице судија у његов састав. Тиме је било постигнуто да се нова расправа одржава пред непарним бројем судија. Ако смо тачно разумели, на исти начин поступало се не само кад је број гласова подједнак него и кад у већу петорице постоји само једна релативна већина. Пре поновне расправе, доносила се формална одлука, ограничена на констатацију да због једнаке поделе гласова спор није могао бити решен. Приликом одлучивања на основу нове расправе, чланови већа нису били везани за мишљење које су заступали раније (9). У француској науци изнесено је и тумачење да се по старом законику расправа понављала пред већем у проширеном или новом саставу (10).

Систем елиминационог гласања усвојен је нарочито у новијим законицима. Проблем који настаје непостојањем већине решава се тако што се на гласање износе по два мишљење. О ономе које остане у мањини више се не гласа, а оно које је добило већи број гласова ставља се на даље гласање уз мишљење о коме се чланови већа још нису изјасили. Гласањем о последња два мишљења која преостану постиже се коначна већина. Ако неслагање постоји о више питања, одлука се постиже тако што се она раздвајају и о сваком се посебно гласа. - Није

(8) Le Code de procédure civile et commerciale - La justice dix ans après, Secrétariat d'Etat à la justicé, 1966, стр. 456.

(9) Тако Glasson, Tissier, Morel, *Procédure civile*, Tome III-ème, 1929, N° 740. и 741.

(10) Cornu, Foyer, *Procédure civile*, 1958, стр. 435.

допуштено да се судија у току елиминационог гласања изјасни супротно мишљењу за које је раније гласао. - У неким законицима елиминациони систем прописан је како за питање износа, тако и за свако друго. Тај систем је у италијанском Законику о грађанском судском поступку изрично прописан (чл. 276, ст. 4) (11). Законици неких других земаља не садрже изричну одредбу о одлучивању елиминацијом. Аутори тих законика сматрали су довољном одредбу да се одлука доноси већином гласова. Пошто није речено нешто више, таква одредба не може се протумачити друкчије него да се на сва питања мора одговорити већином гласова у сваком случају, па и кад првим гласањем после већања није образована већина. Тај закључак намеће се, на пример, за руски, пољски, бугарски, ранији чешкословачки и нови француски законик о поступку (12).

Посебну групу чине закони којима је начелно прописан систем елиминационог гласања, али и значајно одступање од тог система. Одступање је предвиђено за спор у коме већина није постигнута о новчаном износу или количини ствари. (У даљем излагању говоримо само о износу.) Решење у том случају даје сâм закон: глас дат за највећи износ додаје се гласу за најближи мањи и тако редом, док се не добије већина. У већу у коме постоје три или пет мишљења, то је оно које се налази у средини између осталих. Од четири мишљења меродавно је мишљење које је најближе највећем. Такво уређење постоји, на пример, у аустријском (предратном југословенском), немачком, шведском и швајцарском праву (13). Исто уређење пренето је из предратног југословенског права у Закон о парничном поступку из 1956. године, а из овог у данашњи закон. У чл. 131. ЗПП речено је то да се пре додавања гласова мора учинити још један покушај да се добије већина (14). У прилог правилу о додавању гласова у случају неслагања о износу може се навести да се поштовање мишљења сваког судије противи даљем,

---

(11) G.G.Traverso, *Codice di procedura civile*, 1953, стр. 176.

(12) Види: за руски законик Основи грађанског законодавства и грађанског судског поступка СССР и савезних република (чл. 37, ст. 4, стр. 61), 1963. и Јудељсон, *Гражданский процес*, 1972. стр, 227; за пољски - Verfahrensgesetzbuch der Volksrepublik Polen (Art. 324, § 2, стр. 106); за бугарски (1962. год.) - (тач, 187, стр. 28); за чешкословачки - (чл. 37, ст. 2), Bulletin de Droit tchecoslovaque, 1976/1-2, стр. 78; за нови француски - Blanc, Viatte, *Nouveau Code de procédure civile et commerciale* (чл. 449, стр. 305); Vincent, Guinchard, *Procédure civile*, 1981, N° 751.

(13) За шведско право: The sweedish code of judicial procedure, trad. Bruzelius, Thelin (Part 2,I Proceedings in civil cases, Chapter 10, section 16, p. 64; Das Zivil - und Strafprozessgesetz Schwedena, übers. Simson, 1953, стр. 29; за права швајцарских кантона Guldener, *Schweizerisches Zivilprozessrechi*, 1958, стр. 192. и 193.

(14) Примећујемо узгред да је одговарајућа одредба ЗПП-а нејасна (чл. 16). Прво је речено да ће се, ако ниједно мишљење нема већину, питања раздвојити и гласање "понављати док се не постигне већина". Затим је прописано да се у случају у коме већина ни на такав начин не буде образована, одлука доноси тако што се гласови најнеповољнији за окривљеног прибрајају гласовима који су мање неповољни, све док већина не буде образована. Поводом тих правила примећујемо, прво, да је одредба о понављању гласања апсурдна јер се та радња може поновити безброј пута, а да већина не буде постигнута. Оправдано може бити само једно понављање. Друго, није јасно који је то случај да се раздвајањем питања и понављањем гласања не може добити већина.

елиминационом гласању, јер би он у противном могао доћи у ситуацију да се изјашњава о једном мишљењу које не заступа. Уређењу у поменутим земљама може се учинити начелна примедба да одлука о износу не проистиче непосредно из мишљења судија. Уместо тога, она је одређена законом на основу њиховог мишљења. Поред тога, не изгледа ни нужно ни оправдано правити разлику у погледу начина одлучивања с обзиром на питање о коме се одлучује.

4а. Ретки су закони који прописују да је, ако не постоји већина, одлучујући глас председника већа. Као пример закона којим је такво правило прописано, може се навести већ поменути швајцарски савезни Закон о правосудној организацији (чл. 10), који се односи на Савезни суд. Исто правило прописано је за одлуку Арбитражног суда међународне трговинске коморе (15). Ова солуција није прихватљива јер се председнику придаје приликом одлучивања значај који он не треба да има. И у ситуацији у којој нема већине, он треба да остане само *primus inter pares*. - Као пример за начин одлучивања који излази из оквира два основна начина може се навести поступак прописан законом швајцарског кантона Солотурн. По том закону, прво се одлучује о захтеву тужиоца. Ако тај захтев не добије већину, онда се гласа о захтеву туженог. Приликом гласања, увек се полази од становишта којим се захтев потпуно усваја или које од њега најмање одступа. Дакле, не гласа се о томе коме од два гледишта треба дати предност него се на гласање износи један предлог и утврђује се колико се судија изјашњава "за", а колико "против". Овај начин одлучивања не мора довести до одлуке јер се сваки члан већа може изјаснити против сваког мишљења које се разликује од његовог (16).

Сасвим по страни од изложених система је правило прописано за апелационе судове у Енглеској. Одлука не проистиче из заједничког гласања. Уместо тога, сваки судија гласа изношењем свог мишљења одвојено од мишљења других. Пресуда се доноси по систему *seriatim opinion*, што значи да чланови суда дају редом, један за другим, свој глас у јавном заседању. При томе је могуће кратко изношење становишта или само саопштавање да се судија саглашава са мишљењем већине или да га одбија. Збир појединих гласова даје у свом разултату одлуку. Појединачна мишљења објављују се у збиркама одлука. На исти начин одлучују Дом лордова и Правни комитет крунског савета (17). Позитивна страна овог начина одлучивања је у томе што се посебним гласањем појачава осећање одговорности судија за њихов рад.

De lege ferenda, изјашњавамо се за доследну примену система елиминационог гласања, који је, као што је речено, са поменутим одступањем, већ прописан Законом о парничном поступку. Другим речима, сматрамо да тај систем треба да обухвати и случај непостојања већине мишљења о новчаном износу. У том смислу требало би из ст. 4,

(15) Règlement de la Cour d'arbitrag de la CCI. 1975, Art. 20, стр. 19.

(16) Guldener, *наведено дело*, стр. 193.

(17) Bunge, *Das englische Zivilprozessrect*, 1974, стр. 93. Аутор овог дела не говори о случају у коме нема већине.

чл. 131. ЗПП изоставити прву реченицу или, можда, просто брисати цео став.

4. О редоследу питања о којим се гласа, није могуће поставити правила које би важила за свако одлучивање. Извесно је да о допуштености тужбе мора бити решавано пре питања које се тиче мериторне стране спора. Приликом одлучивања о новчаном захтеву који је оспорен и у основу и у износу, правило је да питање које се тиче основа има предност у односу на питање које се односи на износ. Кад постоје разлике и у погледу чињеничне подлоге пресуде и у погледу правне основе, прво треба дати одговор на питање подлоге. - Ваља нагласити да исправност одлуке може да зависи од исправног редоследа питања када се приступи елиминационом гласању. О томе редоследу и о другим питањима која се тичу гласања, а нису изрично уређена законом, одлучује председник већа сходно одредби да он руководи гласањем. Ако се у том погледу укажу разлике у мишљењима, одлучује веће (18). У неким швајцарским кантонима прописано је да оно гласањем решава о редоследу питања (19).

5. Гласање мора бити одвојено од већања. Неправилна је пракса по којој се изношење сопственог мишљења сматра давањем гласа, тако да до формалног гласања не долази. - Гласању треба приступити тек пошто се сваки члан већа изјасни о томе како да се пресуди и изнесе разлоге које противставља становишту са којим се не слаже. - Приликом гласања члан већа није везан за мишљење које је заступао у току већања.

6. Неким законима је прописано да млађе судије гласају пре старијих. Циљ одредбе је да старији својим гласом не утичу на млађе. ЗПП такву одредбу не садржи. Према томе, редослед којим чланови већа гласају, одређује председник већа, примењујући правило да он руководи већањем и гласањем. - За поступак пред вишим судом требало би такође прописати да судија известилац гласа први. Таква одредба садржана је у неким страним законима, на пример, у италијанском (20). - Поводом одредбе ЗПП-а о одвојеном мишљењу (чл. 128, ст. 3), може се приметити да се не види да је давање таквог мишљења факултативно. (На основу постојећег текста, пре би се рекло да је обавезно.) Уобичајени термин "одвојено мишљење" није срећан јер није реч о неком одвајању. Судија који је остао у мањини није напустио неко заједничко мишљење свих судија. Предлажемо да се у Закону, приликом ревизије његовог текста, каже да судија који је остао у мањини има право да писмено изнесе своје образложено мишљење, које се уноси у записник или му се прикључује.

7. Повреда тајности гласања има значај релативно битне повреде одредаба парничног поступка (ч. 354, ст. 1). Друге повреде одредаба о

(18) Види: §13. аустр. јурисдикционе норме, Strohanzl, *наведено дело*, стр. 37; §194. немачког Закона о уређењу судова. Thomas-Putzo, *наведено дело*, стр. 193.

(19) Guldener, *наведено дело*, стр. 193.

(20) Види напомену (11).

гласању имају исти значај, али практично не долазе у обзир пошто тајност гласања спречава да странка за њих сазна, а виши суд их због њихове релативне природе не узима у обзир по службеној дужности.

(Примљено 20. децембра 1992)

Dr. Borivoje Poznić,
Retired Professor of the Faculty of Law in Belgrade

VOTING ON THE DECISION IN THE LITIGATION PROCEEDINGS

Summary

While applying comparative method, the author analyzes the rules of voting in the court chamber in the process of decision-making. Particular attention is dedicated to failure to reach the majority vote at the first voting. The rules are reviewed of foreign legislations regarding this issue as well as solution proposed to settle the matter, which is termed as the model of elimination. Every issue, namely, in that process is put to vote with two different opinions presented. In such a way the one remaining without majority is not subject to any more voting. The existing Yugoslav law should be amended along the above lines.

Key words: *Judicial decision. - Deliberation. - Decision-making. - Comparative law. - Elimination.*

Borivoje Poznić,
professeur à la retraite de la Faculté de droit de Belgrade

LE VOTE SUR LA DÉCISION DANS LA PROCÉDURE CONTENTIEUSE

Résumé

En appliquant la méthode comparative, l'auteur expose et analyse les règles du vote au conseil judiciaire lors de la prise des décisions. Une attention particulière est accordée au cas où, lors du premier vote, la majorité n'est pas réalisée. L'auteur expose son évaluation de la règle de certaines législations nationales qui s'appliquent à un tel cas. Il se prononce en faveur d'un modèle qu'il appelle le modèle d'élimination. Selon ce système, à propos de chaque question soulevée lors de la prise de décisions, on soumet au vote deux opinions, de sorte que celle qui reste minoritaire, n'est plus soumise au vote. L'auteur propose dans son article que la loi actuellement en vigueur soit modifiée dans ce sens.

Mots clé: *Décision du tribunal. - Délibération. - Droit comparé. - Modèle éliminatoire.*

UDK - 34(091)
Изворни научни рад

др Мирољуб Д. Симић,
ванредни професор Правног факултета у Нишу

ЈОВАН ФИЛИПОВИЋ - ЗАБОРАВЉЕНИ ФИЛОЗОФ ПРАВА

У историји српске правнофилозофске мисли посебно место припада Јовану Филиповићу (1819-1876). Непристрасни судија, министар правде и просвете, књижевник и преводилац, Филиповић је објавио прво систематско дело из филозофије права (1839; друго издање 1863). Филиповић је присталица природног (умног) права. У својој филозофији права спаја природно право с моралом, супротстављајући се Томазијусу и Канту.

Кључне речи: *Јован Филиповић. - Философија права. - Природно (умно) право.*

Од сто учених Срба, наших савременика, вероватно би се на прсте једне руке могли избројати они који су уопште чули за Јована Филиповића. Број оних који о њему знају нешто више, свакако је још мањи. Зато је сасвим оправдано питање на које најпре треба одговорити: Ко је заправо Јован Филиповић, писац прве, и за читав век наше једине књиге из философије права?

Први помен о Филиповићу у Србији налазимо у писму Јакова Гершића, директора и професора Карловачке гимназије. Писмо је јула 1838. године упућено Исидору Стојановићу и у њему се Гершић извињавао што не може да прихвати понуђено професорско место на Књажеско-српском Лицеју у Крагујевцу; препоручује за тај посао друге особе, а међу њима и Јована Филиповића "који је из нашег Гимназијума пре две године са првом еминенцијом изишао и ове године философију код протестаната у Пожуну свршио (1). На основу овога писма, Стефан Стефановић, ондашњи министар просвете, августа исте године, препоручује кнезу Милошу Јована Филиповића за професора гимназије у Крагујевцу (2). Филиповић ће, међутим, у Србију прећи тек наредне, 1839. године.

Драгоцене податке за животопис Филиповићев пружају Милан Ђ. Милићевић и Станоје Станојевић (3). Они наводе да је Филиповић

(1) Архив Србије, Фонд Министарства просвете, 1838, бр. 139.
(2) Архив Србије, Фонд Министарства просвете, 1838, бр. 21.

рођен у Сремским Карловцима 1819. године, да је основну школу и гимназију завршио у родном месту, а студије права у Пожуну (4). Из Аустрије је прешао у Србију почетком 1839, да би 15. марта био постављен за канцелисту у Совјету. Ту је већ 3. децембра 1840. унапређен у звање експедитора, да би 7. новембра 1842. био постављен за архивара Кнежеве канцеларије. Затим прелази у судску струку. Био је председник Апелационог суда, а од 1858. је судија Касационог суда, где председава у Кривичном одељењу. Током краткотрајне Милошеве друге владавине био је месец дана (од 9. фебруара до 12. марта 1860) министар правде. У то време је, по налогу кнеза Милоша од 5. јануара 1860, Филиповић израдио нацрт закона о кривичном поступку, користећи аустријски Законик из 1853. године (5). После Милошеве смрти, кнез Михаило га поставља за управитеља просвете (у рангу министра) и за председника Друштва српске словесности. Током 1861. године Филиповић је дошао у сукоб са митрополитом Михаилом, и вратио се у Касациони суд (6). Са још четворицом судија, Филиповић је као председник Касације дошао под удар једног скандалозног закона, закона са дебелом и нескривеном политичком позадином - Закона о давању судија под суд; у тзв. Мајсторовићевој афери, осуђен је 23. јуна 1863. на три године затвора и две године губитка грађанске части. Казну је издржавао у Карановцу (данашњем Краљеву), али је под притиском јавног мнења помилован почетком септембра 1865. Изгубивши државну службу, Филиповић се бави превођењем и адвокатуром у Београду, где је и умро 28. јануара 1876. у својој педесет седмој години живота.

Милан Ђ. Милићевић је оставио изванредан опис лика и карактера Јована Филиповића. По његовим речима, то бејаше човек "висока раста, сув, коштуњав, малих зелених очију, шиљаста носа, груди слабих, а нарави веселе и у друштву врло погодне". Био је чврстог карактера; "у оном што је држао да је право, није попуштао ни за чију љубав. Што је мислио да му је дужност - вели Милићевић - радио је нимало не гледајући да ли је то ком по вољи или није". Законе је знао "као својих пет прста", а "писао је слогом веома заплетеним; па и у говору чак са сељацима, служио се је језиком сасвим канцелариским".

---

(3) М. Ђ. Милићевић, *Поменик знаменитих људи у српског народа новијега доба*, XXVII књига Чупићеве задужбине. У Београду 1888 (фототипско издање, "Слово љубве", Београд, 1979, стр. 737-738); Станоје Станојевић, *Народна енциклопедија. Српско-хрватско-словеначка*. Књ. IV. *С-Ш*., Библиографски завод, Загреб, 1928-1929, стр. 740 (писац одреднице о Филиповићу је Ј. Продановић). В. и *Мала енциклопедија Просвете. Општа енциклопедија*. Друго издање. Књ. 2. *М-Ш*. "Просвета", Београд, 1969, стр. 782.

(4) Тако тврде М. Ђ. Милићевић и Ј. Продановић. Међутим, Гершић у писму И. Стојановићу, који је био професор Филиповићу, пише да је "свршио" философију. Димитрије Маринковић, савременик Филиповићев, у својим успоменама пише: "... Филиповић, који је важио као један од најбољих зналаца закона, иако чини ми се није био правник..." (В. Драгослав Страњаковић, *Успомене и доживљаји Димитрија Маринковића 1846-1869*. Предговор написао Слободан Јовановић, СКА, Београд, 1939, стр. 44).

(5) В. шире: Божидар Марковић, *Уџбеник Судског кривичног поступка Краљевине Југославије*, Београд, 1930, стр. 62-65.

(6) В. шире: Васиљ Поповић, *Сукоби између Митрополита Михаила и владе*, Летопис Матице српске, год. CIX, књ. 342, март-април 1935, стр. 169-170, 173-175. и 181-185.

Чврстину Филиповићевог карактера, али и његову човечност на коју се указује у малобројним записима о њему, осликавају и неке конкретне животне околности у којима је бивао. Тако је, на пример, као председник Апелационог суда године 1857. одолео притиску владе и кнеза Александра Карађорђевића и ослободио оптужбе Видоја Ивковића, трговца из Зајечара; овог трговца је првостепени суд у Зајечару прогласио бунтовником и чак осудио на смрт због велеиздаје, а он је заправо само тражио заштиту од правог зулума који је у Црноречком округу био завео његов начелник Александар Трипковић, иначе кнежев рођак. Упркос личној кнежевој заинтересованости да се првостепена пресуда потврди, Апелациони суд на челу са Филиповићем доноси ослобађајућу пресуду, и читав тај случај се изродио у тзв. Видојеву аферу која је прилично узбуркала духове у Србији (7). Тако је, нарочито захваљујући Филиповићу, на најдоследнији начин испоштован императив који је онако лепо срочен још у *Душановом законику*: "Све судије да суде по законику... а да не суде по страху од царства ми." Пребацивања Филиповићу да је у Видојевој афери тако поступао зато што је био обреновићевац, постала су беспредметна избијањем тзв. афере пропасти Великог суда; тада ће се он замерити и кнезу Михаилу Обреновићу, и због упорне одбране слободног судијског уверења и независности судова изгубити државну службу. Године 1864, наиме, првостепени суд у Смедереву осуђује Антонија Мајсторовића и његове другове за дело завере и увреде кнеза; Велики суд за кривична дела под Филиповићевим председништвом ослобађа их кривице; огорчени тиме, кнез и влада су испословали да се 11. јуна 1864. донесе специјални кривични закон о стављању судија под суд; уместо оптужених у затвору су се нашле судије које су их ослободиле кривице (8).

Филиповић је један од првих (ако не и први) који тражи укидање смртне казне у Србији. Као члан комисије за израду Кривичног законика он издваја своје мишљење у погледу њеног даљег постојања у казненом систему Кнежевине Србије. "Не видим необходиму потребу задржања речене казни смрти - вели у свом образложењу - дакле ни оправдателна зато узрока, јер ако се оће поправленије кривца, такво уништењем људи достигнути се не може, а баш ако се узме да држава због опасности велике, која би јој од они криваца предстојала, за које је намерна смрт, као казну определити, нема кад мислити о њиовом поправљенију ил ако се узме да би неке као непоправиме сујетно поправљати било... опет то стоји, да држава има и други средства да друштво грађанско и од опасног и непоправимог сачувати и предох-

(7) В. шире: Димитрије Маринковић, *op. cit.*, стр. 42-44; Слободан Јовановић, *Уставобранитељи и њихова влада (1838-1858)*, Сабрана дела, том 3, Београд, 1990, стр. 146-147.

(8) В. шире: Жив. Живановић, *Политичка историја Србије у другој половини деветнаестог века. Књига прва. Од Свето-Андрејске Скупштине до прогласа независности Србије 1858-1878*, Београд, 1923, стр. 101-112; Слободан Јовановић, *Друга влада Милоша и Михаила*, Сабрана дела, том. 3, Београд, 1990, стр. 432-442; Димитрије Маринковић, *op. cit.*, стр. 167-169. и 262-263; Тихомир Васиљевић, *Ђорђе Д. Ценић - развој кривичноправне мисли у Србији XIX века*, Београд, 1987, стр. 52-82.

ранити може, кад је овај већ у рукама власти... Смрћу се неисправља качество, нити мењају својства, ни карактер индивидуални, већ се индивидуум у самом сушествовању уништожава" (9). Остао је усамљен у својим захтевима, и смртна казна је унета у Кривични законик из 1860. године (10).

II

Јован Филиповић није био само непристрасни судија већ и научни и књижевни посленик у најширем смислу. Исте године када је прешао у Србију, он штампа своју *Философију права*, коју је, вероватно, највећим делом већ био написао у Пожуну и Карловцима. Мада је уобичајено да се једно овакво дело пише при крају научне каријере и, по правилу, у познијем животном добу, Филиповић своју *Философију права* објављује као двадесетогодишњак. Уз то, објављује је у једној средини у којој су реткост не само правници и философи већ и писмени људи уопште; у средини где су се још пре десетак година могли чути предлози кнезу "да се побију сви који знаду читати и писати" (11); колико још 1832. године, Јован Стејић, аутор прве књиге (*Сабор истине и науке*) издате у тек набављеној државној штампарији, морао је да бежи из Србије још током штампања књиге. Зато је већ и само појављивање Филиповићеве *Философије права* чин достојан дивљења (12).

Руковођен идејом која је мото његове књиге (*"Кад се од нас иште, да ми оно што је право чинимо, није л'нуждно да ми оно што је право знамо"*), Филиповић се са овим делом појављује прилично смело, будући да дотле из философије права није био објавио нити један текст. То, међутим, није препрека да се за Филиповића веже "осамостаљење и дисциплинарно уобличење правне философије у нашој средини" (13). Тако ће претплатници (којих је, с обзиром на тему књиге, био приличан број - 257) добити књигу која ће задуго остати усамљена у нашој правној књижевности.

---

(9) Одвојено мнение у призрењу смртни казни од 2. октобра 1858, Архив Србије, Фонд Државног савета, П Н 259/859. На то је у књижевности указао још 1906. Тома Живановић (*Извршење смртне казне по Душановом законику и у обновљеној српској држави пре и после издања казненог законика* 1860, "Бранич", 1906, стр. 373) назвавши Филиповића погрешно професором философије права, вероватно под утиском његове књиге *Философија права*. И. Јанковић (*Смрт у присуству власти. Смртна казна у Југославији и свету*, Београд, 1985, стр. 153) преузима погрешку од Т. Живановића да је Филиповић професор философије права.

(10) О изради Кривичног законика и о решењима у њему в. Драган Николић, *Кривични законик Кнежевине Србије*, "Градина", Ниш, 1991.

(11) Вук Стеф. Караџић, *Писма*, Српска књижевност у сто књига, књ. 14, Нови Сад - Београд, 1969, стр. 149.

(12) В. шире о развоју правнофилозофске мисли: Мирољуб Д. Симић, *Развој теорије права у Србији до Другог светског рата*, Зборник за теорију права, св. II, САНУ, Београд, 1982, стр. 301-310.

(13) Данило Н. Баста, *Преображаји идеје права - Један век правне философије на Правном факултету у Београду (1841-1941)*, Хрестоматија, Београд, 1991, стр. 5.

Филиповићева књижевна мисија, међутим, није била завршена објављивањем *Философије права*. Најширој читалачкој публици која је у књизи тражила лако штиво, разоноду и поуке за свакодневан мукотрпан живот, он ће се представити двема књигама из жанра који је кроз читав XIX век био омиљен код наших људи - календари, алманаси и забавници (14), године 1846. и 1847. објављује две књиге под насловом *Авала или Забавник*.

Четврт века после првог издања, Филиповић ће 1863. године ("о трошку Правитељства" како истиче на корицама) објавити друго, допуњено издање *Философије права* под насловом *Философија права као наука о истраживању извора и начела наравног или умног права и овога нарочитој примени на разна грађанска односенија*. Двоструко већег обима, знатно прерађена и проширена излагањима о јавном праву, она се у односу на издање из 1839. појављује као потпуно нова књига. Намера му је била да слушаоцима Правословног одсека Велике школе прошири знања "и са философичним испитивањем права, а особито правни начела", како би добили жељу, вели, "и даље овакве испите из други књига читати, а можда по времену и сами предузимати". Занимљиво је да се те исте године на Великој школи у наставни план уводи предмет Философија права, уместо дотадашње Енциклопедије права; до 1873. године (када се поново враћа назив Енциклопедија права) њу предаје Стојан Марковић који, међутим, за све ово време није објавио ниједан рад из философије права. Зато и није могућно упоредити његову и Филиповићеву философију права, али се из једног сачуваног програма предавања Философије права од 21. јануара 1864. године (15) већ на први поглед примећује да се њихове глобалне концепције не подударају (16). И поред тога, логично је претпоставити да је Филиповићева књига била радо читана у круговима студената на Великој школи. Уосталом, друге књиге из те области није ни било код нас.

У предговору другог издања *Философије права* Филиповић наговештава своје даље замисли о заокруживању сопственог правнофилософског система. Ту видимо да је предговор написан не само за науку умног права у грађанским односима већ и за теорију казнителног права, коју је намеравао издати као засебно дело. Те његове планове осујетили су познати догађаји произашли из тзв. афере пропасти Великог суда. Када се вратио из затвора, будући без државне службе, Филиповић се поново окренуо публицистичком раду и пуне три године преводио с немачког и објавио тада популаран роман Луизе Милбах *Цар Јосиф II и његов двор*, као и француски роман *Голуб*.

---

(14) О значају ових књига в. Миодраг Матицки, *Забавници, Алманаси и Календари* у књизи *Библиографија српских алманаха и календара*, САНУ, Београд, 1986, стр. 1-57; Стојан Новаковић, *Српска књига - њени продавци и читаоци у XIX веку*, Београд, 1900, стр. 118.

(15) Архив Србије, Фонд Велике школе, 1864, бр. 98.

(16) В. шире: Мирољуб Д. Симић, *Филозофија права на Правном факултету Велике школе у Београду (Фрагментарна скица)*, Гласник Правног факултета у Крагујевцу, Крагујевац, 1987, стр. 151-161.

III

Не упуштајући се у дубља разматрања Филиповићеве философије права, побројаћемо само неке најбитније карактеристике (17).

1. По идејама изнетим у *Философији права* Јован Филиповић је присталица природног (умног) права, чији је најзначајнији представник Кант. Тако философију права Филиповић одређује као науку "права наравног или умног, које је сасвим емпирическом ил установљеном противно". Део је практичке философије, поред аретологије, науке о дужностима ("наука добродетели").

2. Филиповић повезује философију права (тј. наравно право) с етиком, пристајући тако уз "јединствователе". Положивши право на морални темељ (праву и моралу је практички ум њихов једини извор); идеју права извлачи из идеје моралног добра, заједно с идејом добродетели и идејом дужности; Филиповић се супротставља свима онима, а нарочито Томазијусу и Канту, који су природно право и етику раздвојили.

3. Философију права дели на два дела, и то "философију права општег приватног" и "философију права општег публичног" (јавног), разматравши у првом издању само приватно право.

4. Метод којим се служи у философији права је "синтетически", допуњаван аналитичко-критичким методом.

5. У философији приватног права усваја уобичајену поделу на "одрешено" или неусловно и "относително" или условно право. Расправљајући о праву одрешеном Филиповић разматра подметно и предметно право и тзв. урођена права, а у праву относителном расправља о стварном и личном праву. Право подметно (субјективно) Филиповић одређује као "могућство радења идеји правог сходно", а предметно као "право у самом дејствију". Како је право "изискивање моралног бића", Филиповић за прво и најглавније урођено право сматра "право човечности или морала, тј. право суштествовати човеком и човеком бивати, јер човечност или морал јест наше определеније". Тиме се поново супротставља Канту, који "на место тог слободу поставља", као оскудном излагању. Само право човечности се појављује у три вида, као право личног опстанка, право слободне узрочности и као право једнакости.

6. У разматрању "о праву личном", Филиповић је у обради појединих питања и конзервативан и напредан. У односу између супружника, предност даје мужу као глави фамилије, тако да супруга "последовати мора, гди би год он хотео се станити и удомити". Али се у случају ванбрачне деце залаже за њихову заштиту "будући да за погрешку родитељску знати и трпети неморају"; супротставља се Кантовом мишљењу да државу не треба да интересује смрт таквог детета, као "самој човечности противно".

(17) У излагању се делимично ослањамо на крађу анализу Д. Басте, *op. cit.*, стр. 5-6.

IV

Осврти на Филиповићу *Философију права* су изузетно малобројни. Први траг о њој налазимо у једном огласу у "Српским новинама" 1867. године - 28 година после првог и 4 године после другог издања. Скупљајући претплатнике за превод књиге *Философија права и друштва*, Мита Ракић се у новинском огласу осврће на нашу књижевност и изриче негативан суд о Филиповићевој *Философији права*: "... писао је о томе нешто г. Ј. Филиповић, али оно не одговара ствари..." (18). Милан Кујунџић у свом недовршеном спису *Философија у Срба*, Филиповића сврстава у "другу мену, прелаз" другог доба, високоучености, заједно с Јованом Стејићем (19).

Између два рата Филиповића помиње Тома Живановић као присталицу природног права, цитирајући друго издање његове *Философије права* (20). Ђ. Тасић у приказу Живановићеве књиге истиче да је Филиповићева *Философија права* из 1863. прво дело наше правне књижевности рађено као "филозофија природног права (умног)" (21).

Шири осврт чини Т. Тарановски. Пише да Филиповићева *Философија права* конструисана у духу "старе традиције школе природног права" може бити забележена у српској правној књижевности "као више-мање самостално дело из опште теорије права". Сматра да је њена карактеристика што "иступа против оног противстављања права моралу које се почело од Хр. Томазија и било је усвојена и од Канта" и да "Филиповић признаје начелну истоветност права и морала (умног права и етике) и у овом се погледу придружује претечама оног органског учења о праву, које је доцније било развијено од Крауза (*Krause*) и Аренса" (22).

У истом смислу о Филиповићу пише Ђ. Тасић. Истиче да наша наука може забележити Филиповићеву философију права "као самостално научно дело из 19. ст." и да припада "школи природног права". У кратком прегледу развоја наше философије и енциклопедије права Тасић истиче Филиповића као првог систематичара философије права код нас који је дао "опширну критику схватања Томазија и Канта о

(18) "Српске новине", Београд, од 20. јунија 1867, бр. 80.

(19) В. "Гласник Српскога ученог друштва", књ. 23, Београд, 1868, стр. 175-186.

(20) Тома Живановић, *Систем синтетичке правне философије (Предавање на париском и београдском Правном факултету), I. Наука о синтетичкој правној философији*, Београд, 1921, стр. 68.

(21) Ђорђе Тасић, *Систем синтетичке правне философије I од Д-р Томе Живановића*, "Архив за правне и друштвене науке" , свеска за децембар 1921, стр. 398.

(22) Теодор Тарановски, *Енциклопедија права*, Геца Кон, Београд, 1923, стр. 56. Тарановски цитира Филиповићеву *Философију права* из 1839. у прегледу литературе првог дела своје *Енциклопедије права* у другој глави (§10 и § 12) у којој говори о односу између права и морала (в. стр. 103. и 117). У глави VI - *Јавно и приватно право* §21 : *Подела права на јавно и приватно према разлици у својствима објективне правне норме*, Тарановски истиче да Филиповић у приватном праву посебно издваја "право господарско" ("одношења господара и слуге" и "право дома") што модерно право не чини (в. прим. на стр. 225).

праву и моралу" користећи се идејама "немачког писца Ернест Готлоб Шулцеа" (23).

Љ. Јенко понавља Тасићеве речи (24) а Р. Радовић у једној реченици констатује да су Филиповић, Н. Крстић, М. Хр. Ристић и Д. Матић трансформисали либерално природно право "у новију фазу развитка природног права у нас - тзв. чистог умног (природног) права... под искључивим утицајем немачке критичке и идеалистичке филозофије XIX века..." (25).

После Другог светског рата, осим Т. Живановића и Д. Басте, остали само узгред помињу Јована Филиповића.

Живановић замера Недељковићу што је у раду *Apercu de la Philosophie contemporaine en Yougoslavie*, писаном за VIII међународни конгрес за филозофију у Прагу 1934, пропусти да наведе Филиповићеву *Философију права* (26). Осам година касније, Живановић се поново враћа Филиповићу истичући да је био заступник умног права у Србији. Филиповић је, по Живановићу, побијао схватање ("емпиристичко") да је позитивно право дало повода философији права а посебно римско право, и да због тога она може бити само емпиријска а не умна наука, јер нема умног права. Међутим, ум је, по Филиповићу, свима, па и римском законодавцу, показивао шта је добро и право, а шта не; зато, ако је позитивно право дало повода философији права (њеном постанку и развоју), то не значи да је оно "порекло или извор њен". Живановић замера Филиповићу, као присталици природног права, што у свом делу не тражи "највише начело, из кога би науку права наравног извели". Како право сматра делом морала, то Филиповић излаже разне моралне принципе који су уједно и правни, те истиче да је "појам право, по самом корену наравствен", јер би се у противном право претворило само у физичку силу. Живановић истиче да Филиповићево "излагање умног права није продубљено и принципијелно", као и код многих његових савременика, и код Шулцеа кога Филиповић посебно цени. Но, и поред тога, Филиповићева *Философија права* је "интересантна појава за доба зачетка српске правне науке", и да до појаве његове (Живановићеве) прве књиге *Система синтетичке правне философије 1921. године* "у целом XIX веку до треће деценије XX века није било другог укупног правнофилозофског дела или расправе..." (27).

---

(23) Ђорђе Тасић, *Увод у правне науке (Енциклопедија права)*, Београд, 1933, стр. 5-6. и 314. Приказујући ово Тасићево дело, Никола Вучо наводи и Филиповићеву *Философију права*. В. Никола Вучо, *Др Ђорђе Тасић, Увод у правне науке*, "Правна мисао" (Београд), 8/1935, стр. 285.

(24) Љубиша Љ. Јенко, *Енциклопедија права (за потребе слушалаца Правног факултета у Београду)*, Београд, 1937, стр. 4. и 114.

(25) Раде Вл. Радовић, *Либерално природно право у политичкој философији Јована Стејића и Димитрија Давидовића*, "Архив за правне и друштвене науке", свеска за мај-јуни 1940, стр. 464.

(26) Тома Живановић, *Систем синтетичке правне философије. 1. Наука о синтетичкој философији права. 2. Наука о синтетичкој философији правних наука (с елементима науке о синтетичкој општој философији и науке о синтетичкој философији наука)*, САНУ, Београд, 1951, стр. 214-215.

Д. Баста пише да је Филиповић био "међу првима (а можда и први) који су код нас систематски изложили правну филозофију" и да зато треба за њега "везати коначно осамостаљење и дисциплинарно уобличење правне филозофије у нашој средини". По Басти је "необично значајно и пажње вредно што је Филиповић на правну филозофију гледао у духу аристотеловске традиције, тј. што ју је сматрао делом практичке филозофије" и да је последица тога "тесна повезаност правне филозофије и етике". Баста истиче да важну улогу у философији права Ј. Филиповића игра разлика између "подметног" (субјективног) и "предметног" права. Закључује да је Филиповић "изразит представник гледишта по којем правна филозофија и етика чине јединство" (28).

Остали, А. Стојковић, М. Поповић, Д. Бабић, као што је речено, само узгред помињу Јована Филиповића (29).

У иностраној правној књижевности, Ђорђо дел Векио у својим *Лекцијама из философије права*, у прегледу развоја философије права, на Филиповића се осврће следећим речима: "Quale prima opera sistematica serba di Filosofia del diritto, puó indicarsi il trattato di J. Filipovic (1819-1876); *Filosofia del diritto*, 1839, 2. ed. 1863, che s'ispira a dottrine germaniche" (30).

Са Ђ. Векијем завршава се невелика листа аутора који су се макар посредно дотакли Филиповићеве *Философије права* (31). Очигледно је да ова књига за протеклих сто педесет година од њеног појављивања није била попраћена пажњом коју једно овакво дело објективно заслужује. *Философија права* Јована Филиповића, посматрана с временске дистанце од једног и по века, књига је која је имала наглашено просветитељску улогу у средини у којој је настала, без обзира на одзиве у тој истој средини. Из њене структуре, једнако као и из њеног садржаја, види се да је била намењена не само правницима и философима, већ и обичном колико-толико образованом читаоцу.

---

(27) Тома Живановић, *Систем синтетичке правне философије*. 1. *Синтетичка философија права*. 2. *Синтетичка философија правних наука (Правна логика и Теорија правног сазнања у оквиру Опште)*, САНУ, Београд, 1959, стр. 157 (прим. 2), 552-553 и 871.

(28) Данило Н. Баста, *op. cit.*, стр. 5-6.

(29) В. Андрија Б. Стојковић, *Развитак философије у Срба 1804-1944*, "Слово љубве", Београд, 1972, стр. 27. и 256; Милијан Поповић, *Глигорије Гершић као теоретичар права*, Зборник за друштвене науке Матице српске, 59/1974, прим. 16. на стр. 76; Исти, *О правној философији Томе Живановића*. У књизи *О философији права. Из теорије права*, књ. 2. САНУ, Београд, 1978, стр. 582; Драган Бабић, *Место Томе Живановића у развоју грађанске философије права у Срба*, "Гледишта", 7-8/1980, прим. 8. на стр. 108.

(30) "Као прво систематско дело из философије права може се означити трактат Ј. Филиповића... који се инспирише немачким доктринама". В. *Giorgio del Vecchio, Lezioni di Filosofia del Diritto*, XIII edizione riveduta, Milano, 1965, стр. 184.

(31) Занимљиво да се Љубомир Тадић у својој *Философији права* ("Напријед", Загреб, 1983, стр. 244), у којој прати развој њених праваца и износи "погледе појединих философа", уопште не бави *Философијом права* Јована Филиповића, осим што је наводи у библиографији.

Њену вредност треба тражити, пре свега, у промишљању права као моралног добра, што се данас заборавља и оно своди само на физичку силу.

(Примљено 26. фебруара 1993)

Dr. Miroljub Simić,
Associate Professor of the Faculty of Law in Niš

JOVAN FILIPOVIĆ - A FORGOTTEN PHILOSOPHER OF LAW

Summary

Special position is taken in the history of Serbian legal-philosophical thinking by Jovan Filipović (1819-1876). An impartial judge, the minister of justice and education, man of letters and a translator, Filipović has published his work in the sphere of philosophy of law which was first systematic treatment of the matter (first published in 1839, second edition in 1863). Filipović was a follower of the natural (prudent) law. In his philosophy of law he connects natural law with morals, while challenging the ideas of Tomasius and Kant.

Key words: *Jovan Filipović. - Philosophy of law. - Natural (prudent) law.*

Miroljub D. Simić,
professeur titulaire à la Faculté de droit de Niš

JOVAN FILIPOVIĆ - PROFESSEUR OUBLIÉ DU DROIT

Résumé

Jovan Filipović (1819-1876) occupe une place particulière dans l'histoire de la pensée juridiço-philosophique yougoslave. Juge impartial, ministre de la justice et d'enseignement, écrivain et traducteur, Filipović a publié la première oeuvre systématique de philosophie du droit (1839; deuxième édition: 1863). Filipović est partisan du droit naturel. Dans sa philosophie du droit, il relie le droit naturel à la morale, s'opposant à Tomasius et à Kant.

Mots clé: *Jovan Filipović. - Philosophie du droit. - Droit naturel.*

UDK-342.2
Изворни научни рад

др Марија М. Тороман,
научни саветник Института за упоредно право

ПРАВНА ПРИРОДА ЗАДУЖБИНА И ФОНДОВА

Питање правне природе задужбина и фондова значајно је за одређивање адекватног правног положаја ових друштвенокорисних установа и њихово уклапање у одређени правни систем. Историјски развој и облици задужбинарства указују на задужбинарство као на специфичан облик грађанскоправних односа који садрже елементе и јавног и приватног права. Међу тим елементима нарочиту пажњу заслужују мотиви задужбинара и фондатора, циљеви задужбина и фондова, као и врста имовине коју донатори дају за остваривање тих циљева. Та три елемента представљају основне компоненте правне природе задужбина и фондова и мерило за одређивање и разликовање њихових појмова.

Кључне речи: *Задужбина. - Фонд. - Правна природа.*

Ако се пође од тога да су задужбине и фондови установе настале поклањањем имовине која се налази у приватној својини задужбинара и фондатора ради постизања одређених друштвенокорисних циљева, поставља се, као једно од основних, питање правне природе тих установа. Значај овог питања је у томе што од начина његовог решавања зависи одређивање адекватног правног положаја поменутих установа и њихово уклапање у правни систем једне земље. Непотпуно познавање правне природе ових установа и њихово неадекватно уклапање у правни систем могу довести до парадоксалне ситуације да им се признаје друштвено користан циљ, али да буду стављене у такве услове да немају средстава за остваривање циљева којима су намењена - што је случај данас у Србији.

Наиме, својевремено се Законом о национализацији пошло од тада општеприхваћеног става према приватној својини уопште, па је усвојена концепција на основу које су и све задужбине приватноправна лица и да их као такве треба национализовати и њихову имовину експроприсати. При томе, није се имала у виду суштина задужбинарства и могућност остваривања друштвенокорисних циљева којима оно служи и због чијег постизања се и оснивају задужбине и фондови.

Међутим, чињеница је да је задужбинарство давање заувек добара која се налазе у приватној својини ради постизања поменутих циљева. Кроз њега се, између осталог, манифестује посебан облик патриотизма и оно представља нераскидиви део српске духовне баштине. Наиме, не би требало изгубити из вида то да задужбинарство у Србији постоји почев од XII века, када је основана Студеница у којој су се зачеле српска култура и писменост. Од тада је оно непрекидно постојало и развијало се све до завршетка Другог светског рата, када је дошло до раскида континуитета традиције и преласка свих задужбина у друштвену својину.

С обзиром на то да је задужбинарство специфичан облик грађанскоправних односа, који у себи садржи елементе и јавног (друштвенокорисни циљеви) и приватног (имовина која се даје за остварење тих циљева) права, оно може да буде веома захвалан предмет анализе како у области националног, тако и упоредног права. Међутим, једно од основних, од којих у сваком случају ваља поћи, јесте питање правне природе задужбина и фондова. А када се од њега пође, одмах пада у очи да је оно тесно повезано са мотивима који опредељују донатора да оснује задужбину, односно фонд, циљевима који се желе постићи оснивањем ових друштвених установа, као и природом имовине коју донатор даје заувек да би остварио те циљеве.

1. Као што је познато, задужбинарство као израз духовности преузето је из византијске културе и цивилизације. Према тој, византијској, концепцији "дати нешто за душу заувек" чини суштину задужбинарства, па би се могло сматрати да је првобитан и претежан мотив задужбинара религиозан. Међутим, досадашњи развој задужбинарства показао је да мотиви за такво давање могу бити и други, као што су: просвећивање, култура и наука народа коме задужбинар, односно фондатор припадају.

Могло би се рећи да је сваки од ових мотива у одређеној епохи био доминантан. Тако је у средњем веку у периоду феудалног друштвеног уређења био нарочито изражен религиозни мотив задужбинара, док су уласком у нови век у периоду развоја индустрије и трговине приоритет имале просвета и култура, да би у XIX и XX веку и наука добила значајно место као мотив за оснивање задужбина и фондова у свету и код нас.

Инспирисани овим мотивима, припадници економски јачег слоја друштва као задужбинари разликовали су се у различитим периодима развоја друштва. Тако, у средњем веку задужбинари су били првенствено, ако не и искључиво, црквени великодостојници, владари и њихова властела, док се у новом веку у том својству појављују војно племство, грађански сталеж, индустријалци и трговци, а почев од XIX века и поједина друштва и удружења, да би у XX веку дошло до изражаја и тзв. масовно задужбинарство.

На пример, може се сматрати да је први задужбинар у Србији био велики жупан Стеван Немања, изградњом Хиландара на Атосу у Грчкој и Студенице у Србији, која је, као што је познато, залагањем његовог

сина Саве и других потомака лозе Немањића постала расадник српске просвете, културе, медицине и зачетник српског права (*Студенички типик*). Развојем просвећености задужбинарство се проширује на коренима средњовековног духовног задужбинарства. После бројних задужбина Немањића, нешто касније, улогу задужбинара преузма ситно племство, а већ крајем XVI века као ктитори појављују се и група грађана, а у XVIII веку као задужбинари долазе до изражаја грађански сталеж и војно племство. У XIX веку настаје нови размах задужбинарства у Србији, чији су носиоци поједине друштвене организације (Друштво српске словесности), као и појединци-трговци, који нарочито помажу просвету и културу (капетан Миша Анастасијевић, Илија Коларац, Сима Игуманов, Сава Текелија, Павле Бељански). Приступајући задужбинарству у световне сврхе и увиђајући значај науке за развој привреде и друштва уопште, ови задужбинари остављају своју покретну и непокретну имовину најзначајнијим установама друштвеног живота, као што су Краљевска академија из које је настала Српска академија наука и уметности и Велика школа из које се развио Београдски универзитет. С обзиром на то да су ове установе претежан део својих прихода црпле из многобројних легата задужбинара и фондатора, оне су могле врло дуго рачунати да ће неометано деловати, односно бити самосталне у своме раду. Најзад, почетком XX века и у току XX века развија се масовно, народно задужбинарство као последица настојања да се задужбинарство обнови на радикални начин и обухвати све друштвене слојеве, а не само имућније слојеве и интелектуалце. Најбољи и временски нама најближи пример таквог масовног задужбинарства је изградња храма Светог Саве на Врачару у Београду.

Овај кратак историјски преглед развоја задужбинарства у Србији од XII века до данас указао је како на различитост мотива за оснивање задужбина и фондова, тако и на различитост друштвених слојева којима су припадали задужбинари током протеких осам векова. Међутим, оно што је заједничко свим епохама кроз које је задужбинарство пролазило, јесте духовна повезаност задужбинара са народом коме припадају и њихова жеља да задужбинарством манифестују ту своју везу и оставе неки траг о себи и у временима када њих више не буде било. А овај елемент није занемарљив када је реч о утврђивању правне природе задужбина и фондова као специфичних инситута грађанског права из којих настају одређене обавезе како задужбинара и фондатора, тако и друштва као целине у погледу остварења циљева због којих су задужбине и фондови основани.

2. За утврђивање правне природе задужбина и фондова значајну улогу имају и циљеви којима су ове друштвенокорисне установе намењене. Наиме, ти се циљеви могу сматрати једним од основних елемената који чине суштину правне природе задужбинарства, тј. њену јавноправну компоненту.

Када је реч о циљевима задужбина и фондова, могло би се рећи да су они веома блиски мотивима који опредељују задужбинаре и фондаторе да приступе оснивању ових установа и да обезбеде средства за

њихово постојање и функционисање. Повезаност мотива и циљева задужбинарства изражена је до тог степена да би се, чак, могло сматрати да је појам циља интегрисан у појам мотива.

Међутим, разлика која постоји међу овим појмовима довољан је разлог за њихов посебан третман као елемената правне природе задужбина и фондова. Наиме, као што је познато, основи циљ сваке задужбине, односно фонда јесте очување и употреба намењене имовине уз пуно поштовање жеље и мотива задужбинара и фондатора. А начин остваривања тих мотива заслужује посебну пажњу, с обзиром на различитост циљева којим су задужбине и фондови намењени.

Тако, када је реч о задужбини, односно фонду чији је мотив религиозног карактера, њихови циљеви манифестују се у очувању традиције изражене кроз разне облике религиозности: учење, сликарство, архитектуру и сл. У овим случајевима циљеви оснивања задужбине, односно фонда могу да буду: школовање и оспособљавање кадрова за ширење одређеног религиозног учења, омогућавање одржавања старих манастирских здања и подизање нових сакралних објеката, верских школа, теолошких институција, музеја и сл. Може се рећи да су ови циљеви усмерени, претежно, ка чувању историјских тековина и указивању на корене духовности једног народа.

За разлику од ових циљева, циљеви задужбина и фондова световног карактера манифестују се на другачији начин. Наиме, када је реч о просвећивању, култури и науци као мотивима задужбинарства, циљеви оснивања задужбина и фондова састоје се, углавном, у стварању и очувању материјалне основе за развој ових делатности. А то се манифестује кроз: обезбеђење простора и опреме потребних за унапређивање наставе и развој културе и науке, обезбеђење стипендија ученицима и студентима, као и средстава за стручна и научна усавршавања истакнутих просветних и научних радника и сл. Према томе, за разлику од циљева религиозног задужбинарства, циљеви световног задужбинарства усмерени су ка даљем и непрестаном развоју поменутих друштвенокорисних делатности.

Међутим, независно од поменутих различитости циљева религиозног и световног задужбинарства, и код једног и код другог облика циљеви задужбина и фондова представљају посебан елеменат правне природе. Тај елеменат јавноправног карактера и даје специфичност задужбинарству као грађанскоправном институту. Наиме, док задужбинар, односно фондатор једностраним правним послом даје заувек своју имовину са жељом да оснује задужбину, односно фонд ради остваривања неког од друштвенокорисних циљева, друштво као целина има моралну и правну обавезу да се стара и омогући остваривање циљева којима је задужбинар био мотивисан у тренутку оснивања задужбине.

3. Имовина коју донатори дају за остваривање друштвенокорисних циљева представља трећи основни елеменат правне природе задужбина и фондова. Она је нужан предуслов и за мотивисаност

задужбинара и фондатора и за одређивање циљева чијем остваривању су задужбине и фондови намењени.

Када је реч о имовини коју задужбинар и фондатори дају заувек ради остваривања циљева задужбинарства, поставља се питање разграничења задужбина и фондова као два основна облика задужбинарства. Наиме, питање мерила разграничења ових грађанскоправних института поставља се приликом одлучивања донатора да приступи оснивању једног од поменутих облика задужбинарства у том смислу да ли је задужбинар, односно фондатор потпуно слободан у свом одлучивању или га у томе ограничава врста имовине којом у том тренутку располаже.

Ово је питање у тесној вези са циљевима и временским границама у којима задужбине, односно фондови треба да се остварују. А те су границе одређене суштином једног, односно другог облика задужбинарства, с једне, и природом имовине која треба да омогући њихово функционисање на начин који је донатор одредио, с друге стране.

Као што је познато, задужбине су, у поређењу са фондовима, установе разноврснијег садржаја и трајнијег карактера. Наиме, намењене остваривању циљева у оквиру одређене друштвене делатности, задужбине својим функционисањем треба да омогуће континуирани развој различитих облика те делатности, као што су, на пример: одржавање и проширење материјалне основе рада, набавке средстава за рад и опреме, школовање потребних кадрова и сл. Одржавање тог континуитета и свеукупан развој поменутих облика делатности којима је задужбина намењена захтевају и знатно већа и разноврснија средства за њихово реализовање него што је случај са фондовима. Зато се имовина задужбине, поред одређених покретних ствари и новчаних средстава донатора, састоји и од његових непокретности које чине основу задужбине и извор њених прихода који треба да омогуће њено континуирано функционисање.

Међутим, фондови као посебни облици задужбинарства скромнијег су садржаја и, зависно од обима средстава датих за оснивање фонда, краћег или дужег трајања. Наиме, у највећем броју случајева фондови се оснивају за награђивање изузетних резултата и достигнућа у одређеној друштвеној делатности, као и за стипендирање даровитих ученика, студената и стручњака у одређеној области привреде, науке, уметности. Зато се имовина фонда најчешће и састоји од новчаних средства и покретних ствари веће вредности.

С обзиром на различитост садржаја и врсте имовине од којих се састоје задужбине и фондови, постоје и разлике у погледу својстава задужбинара и фондатора као оснивача задужбина и фондова. Тако је, мада у принципу свако лице може основати задужбину, ипак општеусвојено правило да задужбине могу оснивати само физичка лица, док се као оснивачи фондова могу појавити и правна и физичка лица. Ово правило има свој основ, између осталог, у томе што је задужбинар мотивисан углавном субјективним мерилом приликом одређивања

циљева задужбине, док фондатори своје мотиве заснивају претежно на објективном мерилу, тј. друштвеној процени значаја постигнутих резултата у делатностима којима су фондови намењени. Осим тога, задужбинар оснива задужбину својим сопственим средствима, док се фондови оснивају како средствима појединих физичких лица, тако и средствима групе грађана који чине правно лице.

Имовина којом донатори оснивају задужбине и фондове, као један од елемената правне природе ових специфичних грађанскоправних установа, представља истовремено и основно мерило за разликовање њихових појмова.

Тако, може се рећи да је задужбина имовина са својством правног лица, која је одлуком оснивача дата на трајно коришћење добротворних циљева. Ти циљеви су делатности задужбина на општем духовнм, културном, спортском и материјалном плану, као и делатности кроз које се унапређује рад одређеног круга лица (на пример, групе књижевника или уметника који се баве одређеном тематиком вазаном за природу одређене задужбине и сл.). Исто тако, циљеви задужбине могу бити усмерени и на пружање помоћи лицима којима је она неопходна (на пример, лицима која болују и лече се од одређених болести и сл.).

За разлику од појма задужбине, појам фонда је нешто ужи, у том смислу што фонд представља ону имовину са својством правног лица, која је одлуком оснивача дата на наменско коришћење и то са ограниченим трајањем, а чији приходи служе за остваривање општекорисних, односно добротворних циљева. При томе, ови циљеви су у суштини исти као и циљеви задужбина, а основна разлика међу њима постоји само у погледу намена и трајања коришћења имовине што је био циљ основачима задужбина, односно фонда.

* * *

Аналитичко разматрање правне природе задужбина и фондова показало је да су то специфичне грађанскоправне установе, које представљају имовину са својством правног лица која се даје на трајно коришћење друштву ради остваривања циљева које су задужбинари, односно фондатори одредили.

Овако схваћена суштина задужбинарства налазила је своју примену у Србији почев од XII вка, па све до завршетка Другог светског рата, када је дошло до прекида континуитета традиције и преласка свих задужбина у друштвену својину. Наиме, Законом о национализацији од 1956. и 1958. године национализоване су све задужбине и фондови као приватноправна лица, при чему се нису имали у виду друштвенокорисни циљеви којима су ове установе намењене, као ни мотиви њихових оснивача. Није се водило рачуна о томе да задужбина не припада у правом смислу те речи ни појединцу ни друштву него да се само по намени даје на коришћење друштву. Другим речима, задужбине и фондови су наменска имовина, чије је циљеве поставио њихов оснивач.

Међутим, полазећи од ове концепције, нови устав Србије предвиђа могућност да свако лице може основати задужбину, што је добило свој конкретан израз у новом српском Закону о задужбинама из 1989. године. Наиме, овај закон изрично прописује да задужбину могу оснивати физичка лица сопственим средствима, фондације правна лица друштвеним средствима, а фондове и физичка и правна лица приватним и друштвеним средствима. Доношењем овог закона створени су предуслови како за оснивање нових задужбина и фондова, тако и за оживљавање оних које су постојале до Другог светског рата, који су својевремено одиграли значајну улогу у развоју науке, културе и уметности у Србији. При томе, када је реч о оживљавању старих задужбина, не би требало изгубити из вида ни то да је денационализација њихове непокретне имовине нужан материјални предуслов како за остваривање циљева због којих су оне основане, тако и за давање подстрека за оснивање нових задужбина и фондова.

(Примљено 1. априла 1993)

Dr. Marija Toroman,
Senior Associate at the Institute of Comparative Law in Belgrade

LEGAL NATURE OF ENDOWMENTS AND FOUNDATIONS

Summary

While pointing at the significance of the issue of legal nature of the above institutions, the author begins with the fact that the way of their settlement depends on determining the adequate position of these useful institutions, which are taking place by renouncing on the part of the persons granting the endowment and foundation their property in order to realize socially beneficial purposes.

Historical development of forms of endowment points at the fact that this is a specific form of civil-law relationship containing both elements of public and private law. These elements include particularly the motives of benefactors, aims of resources set aside for the purpose, as well as the legal nature of property given by the benefactor for the realisation of set aims. These elements are the points of disctinction and basic components of legal nature of this institute.

The property granted is a legal entity being engaged to the aims set by the benefactors. The difference between endowments and foundations is only in the purpose and duration of use of the property.

Contemporary legislation on endowments and foundations provides the conditions for establishing new and revival of the existing institutions of this kind, especially since they have played an important role before the Second World War in promoting science, culture and fine arts.

Key words: *Endowment and Foundation. - Legal nature.*

Marija Toroman,
conseiller scientifique à l'Institut du droit comparé

LA NATURE JURIDIQUE DES FONDATIONS ET DES FONDS

Résumé

Soulignant l'importance de la question de la nature juridique des fondations et des fonds, l'auteur part de la position que c'est du mode de leur règlement que dépend la définition de la position juridique adéquate de ces institutions socialement utiles, qui sont créées par la renonciation des fondateurs à leurs propres biens en vue de la réalisation des objectifs socialement utiles.

L'auteur considère sur ce plan que l'évolution historique des formes de fondations démontre qu'il s'agit d'une forme spécifique de relations de droit civil, qui contient aussi des éléments du droit public et du droit privé. Parmi ces éléments, l'auteur accorde une attention particulière aux motifs des fondateurs, aux objectifs des fondations et des fonds, et aussi à la nature des biens que le donnateur donne en vue de la réalisation de ces objectifs. L'auteur considère que ces éléments sont les composantes fondamentales de la nature juridique des fondations et des fonds et le critère de la définition et de la distinction des concepts de ces établissements socialement utiles.

Sur la base de l'examen analytique de ces éléments de la nature juridique des fonds et des fondations, l'auteur conclue qu'il s'agit d'instituts spécifiques de droit civil qui représentent un bien ayant la qualité de personnalité morale qui est donné afin de réaliser les objectifs que les donateurs ont fixés. Cependant, la différence entre les fondations et les fonds n'existe que sur le plan de la destination et de la durée du bien, en raison desquels la fondation ou le fonds ont été créés.

Partant de ce concepts, l'auteur considère que la législation contemporaine sur les fondations en Serbie crée des conditions pour la création de nouvelles fondations et de nouveaux fonds et pour la relance de ceux qui existent déjà et qui avaient, jusqu'à la Deuxième guerre mondiale, joué un rôle important dans le développement de la science, de la culture et de l'art.

Mots clé: *Fondation. - Fonds. - Nature juridique.*

UDK - 340.1
Изворни научни рад

мр Јасминка Хасанбеговић,
асистент Правног факултета у Београду

Господину Божидару С. Марковићу у знак поштовања и дивљења: Изузетно су ретки људи који упркос великој нанетој им неправди успеју да се сачувају од мржње или бар великог огорчења и да очувају свој људски и стручни интегритет и у невремена.

"Правичан се човек радије сећа добара која је примио него зала што их је претрпео; радије доброчинстава што их је примио, него оних што их је другом учинио." - Аристотел

МЕСТО "ТОПИКЕ" У АРИСТОТЕЛОВОМ ДЕЛУ

Да ли је Топика *акроаматски или егдозички (езотерички) Аристотелов спис? - Да ли је* Топика *логички или практички (реторички и поетички) Аристотелов спис? - Да ли је садашње место* Топике *у* Органону *ваљано одређено, или она треба да стоји између* Херменеутике *и* Аналитикâ*? - Је ли* Топика *настала пре Аристотеловог открића силогизма, пре* Аналитика*? - Да ли је* Топика *настала као целина или су неки њени делови накнадно написани? - Какав је однос између* Топике *и* Софистичких побијања*? Да ли их је Аристотел замислио као једно дело, јединствен спис? - Како проблемски систематизовати* Органон *и* Топику *у њему?*

Кључне речи: Топика. - Аристотел. - Органон.

Уобичајено је да се Аристотелови (384-322) списи - тачније оно што је од њих остало до наших дана - разврставају према предмету, односно садржини у следеће групе: 1) *логички*, који обухватају дела традиционално насловљена *Органон*; 2) *физички*, који укључују и природнонаучне - астрономске, метеоролошке, списе о души, животињама итд. - и метафизичке, који се налазе у четрнаест књига *Метафизике*; 3) *практички*, који обухватају, пре свега, дела из етике и политике, али и из економије; 4) списи везани за уметност или вештину, који се односе на реторику и поетику (1); 5) остали списи, где, најпре, спадају

(1) Ове четири групе списа (или пет, или чак шест - зависно од приређивача: да ли раздваја етичке и политичке, и чак физичке и метафизичке) спадају у акроаматске Аристотелове списе. Они су настали по оснивању Лицеја 335. пре н.е. и били су писани

Атински устав и други припремни радови - збирке материјала заснованог на истраживањима, о чијем ауторству постоји сумња (2); затим, низ радова његових ученика или старијих перипатетичара - ако ти радови нису распоређени у претходне групе (3) и најзад, нешто поезије - која сведочи о стилистичком и песничком дару Аристотела, насупрот увреженом мишљењу које се стекло на основу претходних група списа, нарочито у њиховом поређењу с Платоновим стилом - а која се понекад сврстава у следећу, последњу групу: 6) фрагменти разних дела (4).

као предавања ученицима. Стога је Аристотел у овим предавачким списима и могао занемарити правила форме уметничке прозе, стављајући тежиште на садржину. Он их сам није одредио за објављивање (грч. *ekdosis*), дакле, нису била намењена широј читалачкој публици, већ само зналцима, посвећенима. А овај податак је значајан за разумевање и реконструкцију рецепције Аристотелове мисли. Наиме, до I в. пре н.е. ови су списи изван Лицеја били непознати, а вероватно изван тог перипатетичког школског круга све то дуго време и заиста недоступни. До тада су била позната само ранија, егдозичка дела, која је Аристотел сам одредио за објављивање и која су била доступна широј читалачкој публици, па су једино она и могла вршити утицај. Тек под Сулом (138-78, диктатор 88-79) Аристотелови предавачки списи појављују се поново, а то њихово откривање вероватно је подстакло Андроника с Родоса (око 70. пре н.е.) да обнови перипатетичку школу, а потом и приреди критичко издање и започне израду коментара ових списа. Не зна се поуздано да ли је Андроник допринео поновном откривању Аристотелових предавачких списа, али је сигурно да се од његовог времена - од средине I в. пре н.е. - ситуација у погледу познавања Аристотеловог дела потпуно обрнула. Ранија, егдозичка или егзотеричка дела (о дуговременом погрешном схватању овог последњег термина H. Diels - в. нап. на крају), која су већ оснивањем Лицеја дошла у други план, не само да више нису доминирала у широј читалачкој публици него су потпуно ишчезла из свести образованих. И вероватно је Александар из Афродизије у Карију (крај II и почетак III в. н.е.) био последњи који их је познавао и користио. Уместо ранијих, тзв. егзотеричких дела, читани су и коментарисани само Аристотелови предавачки списи. Аристотелов утицај је преовлађивао у позној антици и у средњем веку нарочито у настави логике. Нпр., Порфиријев (234-304) коментар његовог списа о категоријама (*quinque voces*) био је општеприхваћени уџбеник. Али и преко неоплатонизма, коме у основи стоје Аристотелове логика и онтологија, Аристотелови предавачки списи, који су били преведени на арапски у позној антици, а у раном средњем веку и на латински, утицали су доцније на схоластику, посебно ону која је била под арапским и латинским утицајима. О овоме и о литератури о овоме Heinrich Dörrie, *Aristoteles,* у: *Der Kleine Pauly - Lexikon der Antike*, München, DTV, 1979, Bd. 1, стб. 586, 583, 589-591.

(2) Ови припремни радови су настали после оснивања Лицеја као израз специфичног начина истраживања ове школе и нису, наравно, били намењени објављивању. Скупљање и обраду, уопште, сачињавање неких од њих Аристотел је препуштао ученицима, али је много сам сачинио, нпр. *Атински устав*. О ауторству ове монографије, која је 1890. највећим делом пронађена на папирусу, готово да више не постоји сумња. Скоро сви ови припремни радови су изгубљени. Остало је само нешто фрагмената. О овоме Heinrich Dörrie, *op. cit.*, стб. 585-586.

(3) Ови радови је требало да попуне празнине које би се иначе осетиле у раду Школе и допринели су да се Corpus aristotelicum заокружи у енциклопедију. О томе: *ibid.*, стб. 588-589.

(4) Овде су најзначајнији фрагменти најстаријих, раних Аристотелових дела, тзв. егзотеричких или егдозичких, који су настали пре оснивања Лицеја, намењени широј публици, те стога и по форми прилагођени ондашњим захтевима објављивања - писани су претежно у дијалошкој форми, коју је пронашао и чије је каноне поставио Платон. Ниједно од ових двадесетак дела није сачувано. Позната су само из доцнијих, веома кратких цитата. Нека од њих су и по темама и по приступу веома блиска Платоновом мишљењу, док се друга све више од њега удаљавају, али сва - и на основу фрагмената - сведоче о Аристотелу као изванредном стилисти, па су поједина - иако несачињена у

Топика се најчешће сврстава у логичке списе. Али није увек тако. Још од средњег века неки филозофи - а Виљем Окам (око 1300 - око 1350) је најпознатији међу њима - сматрају да *Топика* не спада у логичке списе, већ да је треба одстранити из *Органона* и придружити *Реторици* (5). Слично, још радикалније је гледиште (6) по коме *Топика* спада у поетичке и егзотеричке списе, а за разлику од осталих делова *Органона*, посебно *Аналитикâ*, које се сврставају у спекулативне, метафизичке и акроматске списе. Но, ово гледиште није распрострањено. Не поричући несумњиво тесну везу између топике и реторике, о којој овде неће бити речи, ваља се позабавити традиционалним и доминантним гледиштем о *Топици* као делу *Органона*.

Познато је да је Аристотелове логичке расправе перипатетичар Александар из Афродизије још од око 200. године н.е. називао - позивајући се на "старе" - "органоном", оруђем или инструментом науке (7), а да се обједињене под насловом *Органон* ове расправе појављују од VI века (8), да их има шест и да, чак кад не носе поменути наслов, традиционално имају следећи редослед (9):

1) *Категорије* - сматрају се помоћном расправом у којој је изложено Аристотелово учење о основним облицима бића и мишљења (тј. учење о десет категорија), а у уже логичком смислу Аристотел се овде углавном бави термином, односно појмом. Расправа није подељена на књиге него непосредно на петнаест глава.

2) *О тумачењу* - такође се сматра помоћном расправом. Бави се пропозицијом, односно садржи учења о ставу, суду и модалном исказу. Такође неподељена на књиге, садржи четрнаест глава.

форми дијалога - била чак узор читавој једној врсти филозофског списатељства (међу осталима и Цицерону). О томе: ibid., стб. 583-585, 588.

(5) Нав. према Eugène Thionville, *De la théorie des lieux communs dans les topiques d'Aristote et des principales modifications qu'elle a subies jusqu'à nos jours*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1983 (édition reprise de l'ouvrage paru à Paris 1855), стр. 18. У једном смислу исти, а у другом сасвим супротан став има Марко Вишић, *Поимање и значај беседништва код древних народа*, студија уз: Аристотел, *Реторика*, Београд, изд. Слободан Машић, 1987, стр. XXX. Он се на крају ове студије пита зашто Александар из Афродизије није *Реторику* сматрао делом *Органона*. Вишић, наиме, с обзиром на теорију доказивања и побијања, разликовање општих и посебних места, као и навођење и разврставање истих, сматра да (и) "*Реторика* спада у Аристотелове логичке списе, и то у логику вероватног, баш као *Дијалектика*, односно *Топика*".

(6) Ravaisson, *Essai sur la Métaphysique d'Aristote*, t. I, стр. 252 - нав. према: Eug. Thionville, *op. cit.*, стр. 18-19.

(7) Carl Prantl, *Geschichte der Logik im Abendlande*, Leipzig, Buchandlung Gustav Fock G.M.B.H., 1927 (Manuldruck der Originalausgabe aus 1855), Erster Band, стр. 532. и ту напомене бр. 4 и 5. Уп. и E. S. Forster, M. A. *Indroduction* - Aristotel, *Topica*, Cambridge, Massachusetts/London, Harvard University Press/William Heinemann Ltd., 1976, стр. 266.

(8) Heinrich Dörrie, *op. cit.*, стб. 586.

(9) Уп. нпр. српскохрватски превод Ксеније Атанасијевић - Аристотел, *Органон*, Београд, "Култура", 1970. или издање Имануела Бекера (Immanuel Bekker, Berlin, Academia regia Borussica, Berolini, 1831), према коме се равнају сва доцнија издања и преводи, а које у прва три тома Аристотелових дела садржи све оно што одговара садржини *Органона*.

3) *Прва аналитика* - садржи силогистику, учење о силогизму у његовом формалном аспекту, без обзира на садржину којом се он бави. Подељена је на две књиге с четрдесет шест, односно двадесет седам глава.

4) *Друга аналитика* - расправа о карактеристикама расуђивања које оно нужно мора да поседује да би уистину било научно. Обухвата, дакле, учење о доказу, дефиницији, узроку и др. Подељена је такође на две књиге с тридесет четири, односно деветнаест глава.

5) *Топика* - садржи учење о дијалектичком или вероватном закључивању, тј. о облицима коректних расуђивања која немају научни карактер. Подељена је на осам књига (са 18, 11, 6, 6, 9, 14, 5 и 14 глава).

6) *О софистичким побијањима* - садржи анализу и критику софистичких - привидних и лажних закључака. Ова расправа није подељена на књиге, а обухвата тридесет четири главе.

Сама *Топика* чини скоро трећину *Органона*, док је топичкој проблематици у ширем смислу, тј. *Топици* и *О софистичким побијањима*, посвећена готово половина *Органона*.

Ваља напоменути да овај традиционални редослед није био увек општеприхваћен. Тако су Петрус Рамус (1515-1572), а пре њега и више других средњовековних и ренесансних мислилаца (10), сматрали да *Топика* треба да дође после расправе *О тумачењу* а пре *Аналитика*. Ово стога што су они *Топику* сматрали не теоријом једне посебне врсте расуђивања које је различито од доказивања, већ општим упутством за проналажење идеја у било којој материји. Зато изучавање топике треба да претходи изучавању силогизма. Јер, прво треба знати открити материјал за расуђивање, па тек потом учити како се оно конструише. Овакво мишљење произлази из схватања предмета расправе о топици: њен предмет је универзални, а не партикуларни метод.

Традиционални редослед, који би се могао назвати логичким или садржинским, није идентичан временском. Наиме, што се времена настанка *Топике* тиче, тј. временског односа *Топике* према осталим деловима *Органона*, мишљења се разликују. Тако Мајер (11) сматра да је *Топика* као целина старија од обеју *Аналитика*. Још нијансираније, Золмсен (12) претпоставља да је поредак настанка био следећи: 1) *Топика* - књиге од прве до седме, 2) *Друга аналитика* - књига прва, 3) *Топика* - књига осма и *О софистичким побијањима*, 4) *Друга аналитика* - књига друга, 5) *Прва аналитика*. Најзад, Голке (13) сматра традиционални поредак *Аналитика* исправним, али је мишљења да *Топика* и *О софистичким побијањима* претходе *Аналитикама*.

---

(10) Eug. Thionville, *op. cit.*, стр. 17-18.

(11) H. Maier, *Die Syllogistik des Aristotel*, Tübingen, 1900, нав. према E. S. Forster, *op. cit.*, стр. 267.

(12) F. Solmsen, *Die Entwicklung der aristotelischen Logik und Rhetorik*, Berlin, 1929, нав. према E. S. Forster, *loc. cit.*

(13) P. Gohlke, *Die Enstehung der aristotelischen Logik*, Berlin, 1936, нав. према: *ibid.*

На основу овога може се закључити да постоји сагласност о томе да главни део *Топике* представља најранији Аристотелов допринос систематском изучавању логике, односно расуђивања, тј. да је она највећим делом написана пре открића силогизма.

Но, не постоје само специфичности у временском настајању целине која се зове *Органон*. Један од ретких општеприхваћених ставова у вези с *Топиком* јесте став да целина *Топике* не припада истом периоду (14). Тако Мајер (15) сматра да њен најстарији део обухвата књиге од друге до седме, и то до друге главе (укључив и њу) у седмој књизи. Он је мишљења да је тај део написан под директним утицајем Академије и да припада истом периоду као и Аристотелови *Дијалози*, од којих су остали само фрагменти. Као главни аргумент за свој став истиче да термин силогизам није у овом делу *Топике* коришћен у техничком смислу, који је после добио (или, ако је коришћен у том смислу, нпр. књ. V, гл. II 130 a 6-9, то је доцнија интерполација), док се у другој половини седме књиге термин користи у свом добропознатом аристотеловском смислу. Сходно томе, књиге од друге до седме (друга глава) створене су пре него што је Аристотел дао свој највећи допринос логици. Мајер сматра да прва и осма књига припадају истом периоду као и четврта и пета глава седме књиге и да чине увод и закључак расправе, који су написани после открића силогизма, а да је *О софистичким побијањима* каснији додатак *Топици*. С друге стране, Золмсен (16) и Голке (17) сматрају да књиге од прве до седме чине ранији део дела, а да су осма књига и *О софистичким побијањима* додати накнадно.

Већ ово указује на посебну везу *Топике* и *О софистичким побијањима* унутар *Органона*. А да је она изузетно тесна, толико да се друга расправа сматра додатком прве и да последњи део друге чини епилог обеју, види се и из тога што и сам Аристотел, изгледа, понекад сматра ова два списа једним делом, па два пута цитира *О софистичким побијањима* под насловом *Топика* (18). Иначе, за ова два Аристотелова дела везан је још један, редак неспоран став: оба су увек сматрана изворним Аристотеловим радовима (19), што није случај с осталим деловима *Органона*, нпр. с *Категоријама* и *О херменеутици* (или *О тумачењу*) (20).

Када је реч о месту *Топике* унутар *Органона*, поред питања традиционалног редоследа његових делова, редоследа који се користи приликом његовог приређивања, и питања временског редоследа настанка тих делова, посебну пажњу заслужује и питање систематизације делова

(14) E. S. Forster, *op. cit.*, str. 266-267.
(15) H. Maier, *op. cit.*, нав. према E. S. Forster, *op. cit.*, стр. 267.
(16) F. Solmsen, *op. cit.*, нав. према: *ibid.*
(17) P. Gohlke, *op. cit.*, нав. према: *ibid.*
(18) E.S. Forster, *op. cit.*, стр. 265. Та места, иначе, Форстер не наводи, али се основано може претпоставити да мисли нпр. на: *Аналитика прва*, књ. II ,гл. XVII, стр. 211, а.в. и нап. бр. 230 на стр. 254. сх. превода.
(19) E. S. Forster, *op. cit.*, стр. 265.
(20) Eug. Thionville, *op. cit.*, стр. 10, нап. бр. 1.

Органона. О једном делу тог питања већ је нешто речено указивањем на тесну везу *Топике* с расправом *О софистичким побијањима.* Али, ни ту везу није могуће потпуније сагледати и објаснити ако се не пође систематски, од целине.

У до сада јединој монографији посвећеној Аристотеловој *Топици* Тјонвил (21) износи мишљење да се *Органон*, односно Аристотелове логичке расправе могу поделити на два дела. Први обухвата *Категорије*, *О тумачењу* и *Прву аналитику*, а други *Другу аналитику, Топику* и *О софистичким побијањима.* У првом је изложена теорија о механизмима расуђивања, а други садржи теорију разних коришћења расуђивања. За ову поделу Тјонвил каже (22) да није општеприхваћена, али да највише одговара најстаријим каталозима, па наводи Амонија (око 550), Прокловог (412-485) следбеника, Симплиција (око 530) и Давида Јерменина (VI в.) (23), који у, основи, усвајају ову поделу, да би из тога закључио да она одговара традицији перипатетичке школе. Дакле, предмет првог дела је расуђивање, закључивање као такво, његови елементи - пропозиције и њихови елементи - термини. Отуда три дела овог првог дела. Први, *Категорије*, бави се основним материјалом логичара, терминима (или појмовима) као елементима мисли и језика, који се деле на десет врста (категорија), и зато се може назвати речником логике. Аристотел не одваја реч од мисли, па је подела термина истовремено подела ствари. То објашњава и зашто се *Категорије* често сматрају метафизичком расправом, тј.општом теоријом бића (24). Други унутар првог дела, *О херменеутици*, може се схватити као граматика логичара, јер објашњава како се термини уједињују у пропозиције и како се ове деле. А трећи, неспорно најоригиналнији део, јесте студија силогизма, његових својстава, фигура, облика и трансформација, садржана у *Првој аналитици* (25). Други део посвећен је трима врстама расуђивања или закључивања (или силогизма - Аристотеловим речима), које се разликују према степену истинитости својих пропозиција: демонстративном (или доказујућем), чије су пропозиције нужне, затим, дијалектичком - чије су пропозиције вероватне и, најзад, софистичком - чије су пропозиције погрешне. У свим врстама расуђивања силогизам је увек силогизам, али се не користи на исти начин: аргумент се не мења али се начин на који се води аргументација умногоме мења - сматра Тјовнил (26). Ово правилима подвргнуто коришћење расуђивања подучава се данас под именом метод, па се може рећи да први део *Органона* показује шта је оруђе науке, а други део како се њиме рукује, дакле, показује метод, или методе: демонстративни, дијалек-

(21) *Ibid.*, стр. 11-19.

(22) *Ibid.*, стр. 11, нап. бр. 2.

(23) О најзначајнијим грчким и латинским као и доцнијим коментаторима Аристотеловог *Органона* в. напомену Ксеније Атанасијевић: *Поводом превода Органона на наш језик* у: Аристотел, *Органон*, стр. XXXIX-XLI, посебно стр. XL, а опширно код: Carl Prantl, *op. cit.*, посебно стр. 617-659.

(24) Eug. Thionville, *op. cit.*, стр. 12.

(25) *Ibid.*, стр. 12-13.

(26) *Ibid.*, стр. 15.

тички и софистички (27). Но, будући да сам Тјонвил каже да је расправа *О софистичким побијањима* комплементарна *Топици*, тј. да софистика није ништа друго до погрешна употреба дијалектике (28), може се поставити питање није ли онда боље други део *Органона* поделити на два: демонстративно и дијалектичко расуђивање, а потоњи, други део, који се бави дијалектичким, затим поделити даље на два: учење о ваљаној и оно о погрешној употреби дијалектике. А да би се на ово питање могло засновано одговорити, потребна су још многа истраживања Аристотеловог *Органона*. За сада, чини се, треба истаћи да одговор на то зависи (и) од одговора на претходно питање јесу ли демонстративно и дијалектичко врсте расуђивања, или је прво само посебан случај (подврста) другог.

(Примљено 18. марта 1993)

Mr. Jasminka Hasanbegović,
Assistant at the Faculty of Law in Belgrade

THE POSITION OF "TOPICA" IN ARISTOTLE'S WORK

Summary

The author dedicates her study to Božidar S. Marković as a sign of respect and admiration, since exceptional are the people who, in spite of great injustice inflicted to them, succeed to preserve themselves from hatred or, at least, great bitterness, and to continue to have their human and professional integrity even in rainy days. As Aristotle said: A just man prefers to remember good things he received from others, than harm suffered; to remember acts of kindness by others rather than those he extended to others.

Is "Topica" acroamatic or esoteric writing of Aristotle? Is it logical or practical (rhetorical and poetical) writing? Is the present position of "Topica" in the "Organon" validly established, or should it stay between "Hermeneutics" and "Analytics"? Whether "Topica" was created prior to Aristotle's discovery of syllogism, namely before the "Analytics"? Whether it was written as a whole, or were some parts subsequently added? What is the relationship between "Topica" and "Sophistical refutations"? In what way to systematize, in terms of setting the problems, the "Organon" and the "Topica" in it?

Key words: *Topica. - Aristotle. - Organon.*

(27) *Ibid.*, стр. 15-16.
(28) *Ibid.*, стр. 16-17.

Jasminka Hasanbegović,
assistante à la Faculté de droit de Belgrade

LA PLACE DE "LA TOPIQUE" DANS L'OEUVRE D'ARISTOTE

Résumé

A Monsieur Božidar S. Marković, en guise de respect et d'admiration: exceptionnellement rares sont ceux qui, en dépit de la grande injustice qui leur a été faite parviennent à se garder de la haine ou au moins d'une grande amertume et à maintenir leur intégrigé d'homme et d'expert même par les temps les plus néfastes. J. H.

"Un homme juste se rappelle plus volontiers des biens qui lui ont été faits que des maux qu'il avait subis; il se rappelle plutôt des biens qu'on lui avait faits que de ceux qu'il avait fait aux autres. Aristote.

"La Topique" est-elle une oeuvre acroamatique ou ésotérique d'Aristote? - "La Topique" est-elle une oeuvre logique ou pratique (rhétorique et poétique) d'Aristote? - La place actuelle de "La Topique" dans "L'Organon" a-t-elle été fixée de manière adéquate ou bien faudrait-il la placer entre "L'Herméneutique" et "L'Analytique"? - "La Topique" a-t-elle été créée avant la découverte du syllogisme par Aristote, avant "L'Analytique"? . -"La Topique" a-t-elle été créée comme une entité, ou bien certaines de ces parties ont-elles été écrites ultérieurement? - Quel est le rapport entre "La Topique" et les "Contestations sophistiques"? Aristote les avait-il imaginés comme une oeuvre, comme une entité unique? - Comment systématiser en tant que problème "L'Organon" et "La Topique" en son sein?

Mots clé: *"La Topique". - Aristote. - "L'Organon".*

ОБЈАВЉЕНИ РАДОВИ ПРОФ. БОЖИДАРА С. МАРКОВИЋА

ОРИГИНАЛНИ РАДОВИ

ПОСЕБНО ОБЈАВЉЕНО

Essai sur les rapports entre la notion de Justice et l'élaboration du droit privé positif, докторска теза, Rousseau et Cie éditeurs, Париз, 1930, стр. 238.

Право побијања изван стечаја, књижара Геце Кона А.Д., Београд, 1935, стр. 189.

Начела демократије; Библиотека "Политика и друштво", Београд, 1937, стр. 38.

Реформа нашега грађанског законодавства, Библиотека "Политика и друштво", бр. 25, Београд, 1939, стр. 48.

Објашњења Закона о наслеђивању, (у публикацији *Закон о наслеђивању* Савеза удружења правника Југославије, стр. 81-185), "Архив за правне и друштвене науке", Београд, 1955.

Димитрије Матић - лик једнога правника, Српска академија наука и уметности, Београд, 1977, стр. 115.

Живан Спасојевић - Нацрт једне опште теорије права, Српска академија наука и уметности, Београд, 1989, стр. 141.

ЧЛАНЦИ

Проблем основа и интерпретације приватног права у светлости учења социолошке школе, "Архив за правне и друштвене науке" (у даљем тексту: "Архив"), Београд, септембар1931.

Теорија права у филозофском систему Баруха Спинозе; "Архив", Београд, новембар 1931.

О методи у приватном праву, приступно предавање, "Архив", Београд, фебруар 1934.

Солидаризам и право, "Архив", Београд, април 1935.

Криза друштвених наука и мистицизам у савременој Француској, Београд, "Српски књижевни гласник" од 1. маја 1935.

Право и социологија, Београд, "Правна мисао" од октобра 1935.

Демократија и савремено приватно право, Београд, "Бранич" од септембра-октобра 1936.

Оглед о принципима демократије, Београд, "Правна мисао" од септембра-октобра 1936.

Демократија и њено приватно право, Београд, "Архив", од априла 1937.

Правичност као мисао и правно искуство, Београд, "Архив " од септембра 1937.

Нормативност приватног права и политички режими, Београд, "Правна мисао" од новембра-децембра 1937.

Правичност и правни поредак, Београд, "Архив" од јануара-фебруара 1938.

Француска мисао у праву, Библиотека "Политика и друштво", бр. 19, Београд, 1938.

Правичност као извор права, Београд, "Архив" од јануара 1939.

Један поглед на филозофију права у савременој Француској, Београд, "Архив" од маја-јуна 1939.

Право и социологија - Београд, "Социолошки преглед I", 1939.

Улога судске праксе и њено обрађивање, Београд, "Архив" од фебруара 1940.

Аналогија и дело Живана Спасојевића, Београд, "Архив" од марта 1940.

О појму позитивног права, Београд, "Архив" од октобра 1940.

Le droit d'auteur et la révision de Stockholm - á propos de la prochaine révision de la Convention de Berne, Париз, у часопису "Бабел" од јануара 1966.

Le nouvelle loi yougoslave sur le droit d'auteur, Женева, у часописима "Le Droit d'Auteur" и "Copyrght" од децембра 1968.

Суђење по правичности, Београд, "Југословенска адвокатура", бр. 3-4 за 1969.

О искључивом праву аутора на превођење свога дела, Београд, "Мостови", бр. 11 за 1972.

Легат, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, том I, Београд, 1978.

Побијање изван стечаја, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, том II, Београд, 1978.

Сећање на "Социолошки преглед" - Београд, "Социолошки преглед", бр. 3 за 1978.

Побијање дужникових правних радњи, Коментар Закона о облигационим односима, том I, "Савремена администрација", Београд, 1980.

Издавачка задруга "Политика и друштво" - Београд, "Социолошки преглед", бр. 3-4 за 1984.

Суђење по правичности у општем и у арбитражном праву, Београд, "Правни живот", бр. 2 за 1986.

О арбитражном суђењу с посебним освртом на Спољнотрговинску арбитражу у Београду, Правни факултет Универзитета у Београду, Институт за правне и друштвене науке, Београд, 1987.

Димитрије Матић - Живот и дело, Београд, "Правни живот", бр. 4 за април 1987.

О социолошком и етатистичком нормативитету у праву, Београд, "Правни живот" за март-април 1990.

Михаило Константиновић, кодификатор југословенског права, Београд, "Правни живот", бр. 4 за јули-август 1990.

Допринос Живана Спасојевића теорији права, "Анали Правног факултета у Београду" (у даљем тексту: "Анали"), бр. 4 за јули-август 1990.

О позитивном и о праведном праву, Зборник за теорију права IV, Српска академија наука и уметности, Београд, 1990.

О социолошком и о етатистичком нормативитету у праву, Зборник за теорију права IV, Српска академија наука и уметности, Београд, 1990.

Марксизам и право, по рукопису Живана Спасојевића, Зборник за теорију права, IV, Српска академија наука и уметности, Београд, 1990.

Односи између праведног и позитивног права, Београд, "Анали", троброј за јануар-јуни 1991.

Деспотска, идеолошка и правна држава (у публикацији *Правна држава порекло и будућност једне идеје"*, издање београдског Правног факултета), Београд, 1991, стр, 105-106.

Развитак идеје права на београдском Правном факултету, Београд, "Анали", бр. 1 за 1992.

Сећање на Правни факултет Београдског универзитета 1922-1992, Београд, "Анали", бр. 2-3 за 1992.

Научни лик Ђорђа Тасића, *Ђорђе Тасић и права човека*, издање Правног факултета у Новом Саду, стр. 19-23.

Ђорђе Тасић као организатор научних истраживања, Коларчев народни универзитет, Београд (у штампи)

Увод у правне науке Ђорђа Тасића, издање Правног факултета у Београду (у штампи)

О дуалитету позитивног права, Црногорска академија наука и уметности, Подгорица (у штампи)

ПРИКАЗИ И БЕЛЕШКЕ

Vélimir N. Dimitch, La courtoisie internationale et le droit des gens, белешка у "Архиву" од јула-августа 1930.

Radmilo Bélitch, Des restrictions apportées aux Actes de disposition en Martière de propriété foncière dans le Droit serbe, белешка у "Архиву" од септембра 1931.

Dr Artur Lenhoff, Privatrechtliche Probleme des Devisennotrechtes, приказ у "Архиву" од јуна 1932.

Dr Ernst Swoboda, Bevollmächtigungsvertrag, Geschaftsfiihrung ohne Auftrag, versio in rem, приказ у "Архиву" од фебруара 1933.

Dr Karl Wahle, Beitrage zum Devisenrecht, приказ у "Архиву" од фебруара 1933.

Henri de Page, A propos du gouvernement des juges, приказ у "Архиву" од априла 1933.

Студија проф. Тасића у аргентинском часопису, белешка у "Архиву" од априла 1933.

Douchan Lj. Pantélitch, Etude Philosophique et juridique de la Réserve Héréditaire, белешка у "Архиву" од децембра 1933.

Pierre Guérin, L'idée de Justice dans la conception de l'univers chez les premiers philosophes grecs, приказ у "Архиву" од децембра 1934.

Реформа правосуђа у Француској, белешка у "Архиву" од фебруара 1933.

Др Радивоје М. Ристић, Теорија објективне одговорности, белешка у "Архиву" од фебруара 1935.

Ljubomir Bayalovitch, L'Unification du Droit du Change, приказ у "Архиву" од марта 1935.

Правна мисао (појава новог часописа), белешка у "Архиву" од априла 1935.

Др Ђорђе Тасић, Увод у правне науке, приказ у "Архиву" од јула-августа 1935.

Dr Ernst Swoboda, Die Neugestaltung des Bürgerlichen Rechts, приказ у "Архиву" од октобра 1935.

Dr Gerhard Husserl, Der Rechtsgegenstand, Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums, приказ у "Архиву" од новембра 1935.

Emerentienne de Gaudin de Lagrange, La crise du contrast et le rôle du juge, приказ у "Архиву" од март 1936.

W. Lienhard, Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit privé interne et en droit privé international, приказ у "Архиву" од априла 1936.

Zéno Opréa, Essai sur la notion de bonnes moeurs dans les obligations en droit civil allemand, приказ у "Архиву" од јуна 1936.

Giorgio Del Vecchio, Lezioni di Filosofia del Diritto, приказ у "Браничу" од марта 1937.

Midrag Toutzakovitch, Elaboration scientifique du Droit positif dans la conception de François Geny, приказ у "Архиву" од априла 1939.

Etudes de Droit civil à la mémoire de Henri Capitant, приказ у "Архиву" за април 1939.

Henri Bergson, Les deux sources de la Morale et de la Réligion, приказ у зборнику "Социолошки преглед" I, 1939.

За боље обрађивање наше судске праксе, белешка у "Архиву" од фебруара 1940.

Радомир Љ. Живковић, Проблем правне природе уговора о раду, приказ у "Архиву" од априла 1940.

Философија права Лазара Марковића, приказ у Зборнику за теорију права *IV*, Српска академија наука и уметности, Београд, 1990.

Војислав Грол, Правна мисао Милована Миловановића, приказ у "Аналима", број 5, 1990.

Данило Баста, Преображаји идеје права - Један век правне философије на Правном факултету у Београду 1841-1941, приказ у "Политици" од 10. августа 1991.

Поводом једне хрестоматије, приказ исте књиге Данила Н. Басте у "Архиву", бр. 2-3 за 1991.

Милан Грол, Искушења демократије, приказ у "Политици" од 1. фебруара 1992.

Нова издања Библиотеке "Политика и друштво", приказ у "Политици" од 29. фебруара 1992.

РАЗНО

† *Живан Спасојевић*, некролог у "Архиву" од априла 1938.

† *Анри Капитан*, некролог у "Архиву" од маја 1938.

Praetium doloris, примедба уз судску праксу, "Архив" од маја-јуна 1939.

Уставност Уредбе о заштити сељачког поседа од оврхе, напис у "Политици" од 19. маја 1940.

Осујећење наступања услова, примедба уз судску праксу, "Архив" од маја-јуна 1940.

О својини на приновку између оца и сина, примедба уз судску праксу, "Архив" за јули-август 1940.

О губитку права на издржавање, примедба уз судску праксу у "Архиву" од септембра 1940.

† *Анри Бергсон* - некролог у "Архиву" од фебруара 1941.

Нашим читаоцима - уводна реч уз 52. свеску обновљене Библиотеке "Политика и друштво", октобар 1991.

НОВИНСКИ НАПИСИ

Зашто је донета Уредба о ликвидацији земљорадничких дугова, лист "Напред", бр. 1, од јуна 1938.

Разговор са читаоцем, лист "Напред", бр. 3, од августа 1938.

Војничка храброст и грађанска кураж, лист "Напред", бр. 6, од 26. октобра 1938.

Наши студенти данас, лист "Београдски студент" од 1. фебруара 1939.

Сила и право, лист "Напред", ускршњи број 13, од 1939.

Омладина на делу, лист "Напред" бр. 17, од 15. јуна 1939.

Демократија и политичко просвећивање, лист "Напред" од 9. јануара 1940.

Два патриотизма, лист "Напред", ускршњи број 49-50, од 1940.

Монроева доктрина, лист "Напред", бр. 58, од 26. јуна 1940.

Око универзитетских аутономија, лист "Напред", број 60.

Правнички дух и друштвена улога правника, лист "Напред", број 81-82, од 1. јануара 1941.

О политичком плурализму и монизму, лист "Демократија", бр. 5, од 19. маја 1990.

Повратак верске литературе (О угледању на Христа), лист "Политика" од 9. новембра 1991.

БИБЛИОГРАФИЈА ПРИКАЗА РАДОВА Б.С. МАРКОВИЋА

René Demogue, приказ докторске тезе у "Revue Trimestrielle du Droit civil", II св. за 1930.

X.Y., приказ докторске тезе у "Rivista des abogados" 1930 (Buenos Aires).

Драгољуб Аранђеловић, приказ докторске тезе у "Архиву" од септембра 1930.

Felice Battaglia - приказ докторске тезе у "Rivista internazionale di Filosofia del Diritto", бр. 1-2, 1931.

Henri de Page, *A propos du gouvernement des juges*, Брисел, 1930.

Душан Недељковић, *Aperçu de la philosophie contemporaine en Yougoslavie*, 1934.

Ђорђе Тасић, *Увод у правне науке*, Београд, 1935.

Бранисав Недељковић, приказ *Право побијања изван стечаја*, "Архив за правне и друштвене науке", октобар 1935.

Борислав Благојевић, приказ *Право побијања изван стечаја*, "Бранич", децембар 1935.

Адам Лазаревић, приказ *Право побијања изван стечаја*, "Правосуђе", бр. 11-12 за 1935.

Giorgio Del Vecchio, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Рим и Париз, 1936.

Wilhelm Sauer, *Rechts-und Staatsphilosophie*, Stuttgart, 1936.

Миодраг Туцаковић, *Школе о интерпретацији права*, "Архив за правне и друштвене науке", децембар 1936.

Велимир Н. Димић, приказ *Начела демократије*, "Правда", 27. III 1937.

Јован Ђорђевић, приказ *Начела демократије*, "Архив за правне и друштвене науке", март 1937.

Димитрије Живаљевић, приказ *Начела демократије* "Живот и рад", од априла 1937.

Милош Радојковић, приказ *Начела демократије*, "Политика", од 9. VI 1937.

Љубомир Радовановић, приказ *Начела демократије*, "Мисао", 1937.

Илија Пржић, приказ *Начела демократије*, "Српски књижевни гласник", јули 1937.

Ђорђе Тасић, приказ *Начела демократије*, "Социолошки преглед", књ. I, 1938.

Златко Гашпаровић, приказ *Начела демократије*, "Хрватска ревија", март 1938.

Радомир Живковић, приказ *Начела демократије*, "Бранич", 1938.

Ђорђе Тасић, приказ чланка *Демократија и њено приватно право*, "Социолошки преглед", књ. I, 1938.

Адам Лазаревић, приказ *Реформа нашега грађанског законодавства*, "Архив" за фебруар 1939.

А. М. Коробов, приказ *Реформа нашега грађанског законодавства*, "Правосуђе" од јуна 1939.

Стоја Бајич, приказ *Реформа нашега грађанског законодавства*, "Misel in delo", за јуни-јули 1939.

С. Савковић, приказ *Реформа нашега грађанског законодавства*, "Правнички гласник" од марта 1939.

Мехмед Беговић, приказ *Реформа нашега грађанског законодавства*, "Политика" од 27. јула 1939.

Трива Инђић, приказ *Димитрије Матић - лика једног правника*, "Економска политика" од 25. септембра 1978.

Војислав Коштуница, приказ *Димитрије Матић - лик једног правника*, "Архив" за октобар-децембар 1979.

Андрија Стојковић, приказ *Димитрије Матић - лик једног правника*, "Дијалектика", бр. 1-2 за 1980.

Александар Миљковић, приказ *Реформа нашег грађанског законодавства*, часопис "Социологија" за октобар-децембар 1982.

Александар Миљковић, *Социолошка мисао у делу Божидара С. Марковића - поводом једног Јубилеја*, часопис "Социолошки преглед", бр. 4 за 1982.

Данило Баста, приказ *Нацрт једне опште теорије права Живана Спасојевића*, "Борба" од 23. новембра 1989.

Радомир Лукић, приказ, *Зборник за теорију права IV* (напомена Уредништва) Београд, 1990, стр. 31-32.

Данило Баста, *Преображаји идеје права - Хрестоматија* (издање Правног факултета у Београду), 1991.

Драган М. Митровић, *Држава и право у теорији државе и права - Хрестоматија*, Београд, 1992.

БИБЛИОГРАФИЈА ПРЕВОДА

КЊИЖЕВНИ ПРЕВОДИ

Бил Нотон, *Дечаци* - превод с енглеског, "Просвета", 1949.

Чарлс Дикенс, *Оливер Твист* - превод с енглеског, "Ново поколење", 1953.

Едгар Алан По, *Огледи* - превод с енглеског у *Одабраним делима*, "Ново поколење", 1954.

Вилјем Фокнер, *Коњички гамбит* - превод с енглеског, "Просвета", 1954.

Бернард Шо, *Млада Црнкиња у трагању за Богом* - превод с енглеског, "Просвета", 1955.

Гертруда Стајн, *Одабрана дела* - превод с енглеског, Нолит, 1955.

Жерар де Нервал, *Одабрана дела* - превод с француског, Нолит, 1956.

Џон Голсворти, *Конац дела* - превод с енглеског, "Просвета", 1957.

Андре Малро, *Метаморфоза богова* - превод с француског, часопис "Дело" од фебруара 1958.

Жан-Пол Сартр, *Путеви слободе I, Зрело доба* - превод с француског, Нолит, 1958

Жан-Пол Сартр, *Путеви слободе II, Одлагање* - превод с француског, Нолит, 1958

Жан-Пол Сартр, *Путеви слободе III, Убијене душе* - превод с француског, Нолит, 1958

Џонатан Свифт, *Прича о буретy* - превод с енглеског, Нолит, 1961.

Џорџ Мередит, *Егоист* - превод с енглеског, "Просвета", 1962.

Џек Лондон, *Бели очњак* - превод с енглеског, "Бранко Ћоновић", 1962.

Алфонс Доде, *Тартарен Тарасконац - Тараскон-Лука* - превод с француског, "Бранко Ћоновић", 1963.

Хорхе Луис Борхес, *Маштарије* - превод с француског, Нолит 1963.

Стендал, *Картузијански манастир у Парми* - превод с француског, "Бранко Ћоновић", 1964.

Роберт Луис Стивенсон, *Острво с благом* - превод с енглеског, "Бранко Ћоновић", 1964.

Уеда Акинари, *Приче кише и месеца* - превод с француског, Нолит, 1966.

Жерар де Нервал, *Аурелија, Силвија* - превод с француског, "Југославија", 1967.

НАУЧНИ И СТРУЧНИ ПРЕВОДИ

Луј Ле Фир, *Међународно јавно право* - превод с француског у заједници с В.Н. Димићем и М.М. Радојковићем, у Библиотеци јавног права, Геца Кон, 1931.

Повеља Уједињених нација - Статут Међународног суда правде - превод с енглеског и француског, Информативни центар УН у Београду, 1955.

Сузана Лангер, *Дискурсивни и представни облици* - превод с енглеског, "Дело" од марта 1958.

Гастон Башелар, *Уобразиља и материја* - превод с француског, "Дело" од јула 1958.

Ален Боске, *Сер Џон Перс* - превод с француског, "Дело" од новембра 1958.

Пјер Франкастел, *Уметност и техника у XIX и XX веку* - превод с француског, Нолит, 1964.

Жан Митри, *Естетика и психологија филма* - превод с француског, Институт за филм, Београд, 1966.

Општа енциклопедија Ларус I (грађанско, трговачко и радно право, социјално осигурање) - превод и адаптација с француског, "Вук Караџић", 1971.

Емил Диркем, *О подели друштвеног рада* - превод с француског, "Просвета", 1972.

Рут Бенедикт, *Обрасци културе* - превод с енглеског, "Просвета", 1976.

Препорука Унеска о положају уметника - превод и коментар Препоруке с француског, "Мостови", бр. 44 из 1980.

Иван Ђаја, *Човек и инвентивни живот* - превод с француског, "Дело", бројеви од марта до октобра 1982.

Правилник о Спољнотрговинској арбиртажи при Привредној комори Југославије од 23. XII 1981 - превод са српског на француски, Привредна комора Југославије, 1982.

НОВИНСКИ ПРЕВОДИ

Анри Бергсон, Снага која се троши и снага која се не троши - превод с француског у листу "Напред", бр. 38, од 7. фебруара 1940.

Један законик грађанског морала - превод с француског, лист "Напред", бр. 38, од 7. фебруара 1940.

Обале Велике Британије - превод с француског, лист "Напред", бр. 56, од 12. јуна 1940.

Генерал де Гол, човек који је предвидео данашњи начин ратовања - превод с француског, лист "Напред", бр. 57, од 19. јуна 1940.

Војна сила Турске републике - превод с француског, лист "Напред", бр. 58.

Генерал Дует, проналазач тоталног рата - превод с француског, лист "Напред", бр. 59, од 8. јула 1940.

Поводом суђења у Француској - превод с француског, лист "Напред", бр. 61.

Како ће се бранити Британија? - превод с француског, лист "Напред", бр. 62, од 24. јула 1940.

Гибралтар и Малта - превод с француског, лист "Напред", бр. 64, од 7. августа 1940.

Петролејска поља у Киркуку - превод с француског, лист "Напред", бр. 67, од 28. августа 1940.

Један манифест швајцарске Народне демократске странке - превод с француског, лист "Напред", бр. 67, од 28. августа 1940.

Поморска снага Сједињених Држава и Јапана - превод с француског, лист "Напред", бр. 76, од 27. новембра 1940.

Могућност зимске инвазије на Британско острво - лист "Напред", бр. 78, од 11. децембра 1940.

Један актуелан диалог - превод с француског, лист "Напред", бр. 94, од 28. марта 1941.

Наличје богатства, превод с француског, лист "Напред", бр. 94, од 28. марта 1941.

Ђорђе Тасић, Расправе из филозофије и теорије права, превод с француског следећих чланака: *Реализам и нормативизам у правној науци, Начело законитости у доктринама Дигија и Келзена, Проблем друштвене равнотеже, Стање друштвених наука у Југославији, Политички режим у Југославији почев од 6. јануара 1929. у светлости савремене правне науке*. Правни факултет у Београду и Дом културе "Студентски град", 1992.

НАПИСИ О ПРЕВОДИЛАШТВУ

La protection des Traducteur, у часопису "Бебел" (Париз) за март 1960.

La Charte du Traducteur, чланак у часопису "Бебел" за септембар 1963.

Преводилачка повеља, текст *Повеље* на српском и француском, издање Савеза књижевних преводилаца Југославије, Београд, 1964.

О проблемима превођења, у "Билтену" Савеза књижевних преводилаца Југославије, бр. 2 за 1968.

Типски уговор о превођењу, чланак у часопису "Мостови", бр. 11 за април 1972.

Десетогодишњица Преводилачке повеље, чланак у часопису "Мостови" бр. 18 из 1974.

Међународна активност Удружења књижевних преводилаца Србије, "Мостови" бр. 27 за 1976.

Међународна препорука Унеска о заштити преводилаца, "Мостови", бр. 28 из 1976.

† *Душанка Перовић*, некролог, "Мостови", бр. 30 из 1977.

De la Charte du Traducteur à la Recommandation de l'Unesco, "Бебел", бр. 2 из 1977.

Унеско и преводилаштво, зборник *Преводна књижевност*, (издање Удружења књижевних преводилаца Србије), Београд, 1976.

Један наш заборављени преводилац - др Димитрије Матић, зборник *Преводна књижевност*, Београд, 1979.

Унескова Препорука о положају уметника и преводилаца, приказ и превод *Препоруке,* "Мостови", бр. 44, октобар-децембар 1980.

Hommage à Pierre Caillé - Grand champion de la Traduction, у споменици *In memoriam - Pierre-François Caille* 1907-1979", Софија, 1981.

У спомен Милошу Ђурићу, "Мостови", бр. 47 за април-јун 1981.

Реч поводом додељивања медаље Пјер-Франсоа Каје, "Мостови", бр. 47 за јул-септембар 1981.

Le Recommandation de l'Unesco relative à la condition de l'artiste - et les traducteurs, "Бабел", No. 3/1981.

О вредности и слободи при превођењу, "Мостови", бр. 51/52 за јул-септембар 1982.

Vingt ans de la Charte du Traducteur, "Бабел", No. 1 за 1984.

О двадесетогодишњици Преводилачке повеље, у часопису "Преводилац", бр. 4 за 1983.

Реч поводом додељивања медаље Пјер-Франсоа Каје - на француском, Actes du IX congres mondial de la Federation internationale des traducteurs, Варшава, 1918.

Introduction (à la brochure sur la Recommandation de Nairobi) - на француском, No. 2-3, 1984.

Наше Удружење и Међународна федерација преводилаца, "Мостови", бр. 68 за октобар-децембар 1986.

Сећање на Живојина Симића, "Мостови", бр. 68 за октобар-децембар 1986.

Међународна федерација преводилаца и југословенски преводиоци, у часопису "Преводилац", бр. 3 за 1988.

У броју 5/1992 "Анала Правног факултета у Београду" поткрао се, на нашу жалост, известан број штампарских грешака, због којих се Уредништво извињава ауторима и читаоцима. Посебно молимо да се исправе следеће грешке.

У чланку проф. др Владимира Водинелића "Проблеми чињеница у доказној теорији кривичног процесног права" на стр. 371, 4. пасус одозго, у 5. реду стоји "статичар" а треба *сатиричар*; на стр. 371, 1. пасус одоздо, у 4. реду иза речи "преткривичног" треба додати *и кривичног*; на стр. 375, последњи пасус, у 6. реду уместо "квазификати" треба *квазифакти*; на стр. 378, 1. пасус, у 4. реду одозго, на стр. 384, 1. пасус, у 1. реду одозго, 2. пасус, у 2. реду и 4. пасус, у 3. реду одштампано је "релативних", "релативне", "релативно", "релативне", а треба *релевантних*, *релевантне*, *релевантно*, *релевантне*; на стр. 380, последњи пасус, у претпоследњем реду уместо "објект" треба *субјект*.

У "Садржају", на стр. 506, као аутор рада "Међународни стандарди права на слободу мирног окупљања и удруживања", означена је "мр Милана Пауновић", док треба мр *Милан* Пауновић, а није наведен *коаутор - Невена Вучковић*, за коју је на стр. 416. погрешно одштампано да је стручни сарадник у МУП Србије, док треба - у *МИП* Србије.

АПФ, година XLI Београд, бр. 1-2, јануар-април, стр. 1-242
UDC 34/35 YU-ISSN 0003-2565

САДРЖАЈ

страна

Реч уређивачког одбора ---------- 3-6

др Радомир Д. Лукић, Проф. др Божидар С. Марковић --- 7-10

ЧЛАНЦИ

др Светислав Аранђеловић, Привредни значај и правна природа складишнице (изворни научни рад) ---- 11-18

др Данило Баста, Похвала једној доследности (изворни научни рад) ---------- 19-25

др Лидија Баста - Посавец, Правна држава и конституционална демократија (изворни научни рад) ---------- 26-31

др Радмила Васић, Божидар С. Марковић: Једно трагање за праведним правом (изворни научни рад) ---------- 32-42

др Владан А. Василијевић, Људска права у ванредним приликама (Пут ка једној утопији или блиска стварност) (изворни научни рад) ---------- 43-58

др Владимир В. Водинелић, Београдска цивилистика и њено европско окружење (Школе и правци у првом веку српске цивилистике) (изворни научни рад) ---------- 59-74

др Стеван Врачар, Илузорност апсолутне правде ------ 75-84

др Гордана Вукадиновић, Дуалитет позитивног права у делу Божидара С. Марковића (изворни научни рад) ---------- 85-97

др Младен Драшкић, Ћутање као изјава воље у правном промету (изворни научни рад) -------- 98-114

Миодраг Јањић, Међународни трансфер технологије и рестриктивна пословна пракса (изворни научни рад) ---------- 115-126

Миодраг Јовичић, Три теоријска модела територијалне организације власти (Унитарна држава, федерација, регионална држава) (изворни научни рад) ---------- 127-135

др Агнеш Картаг-Одри, Право и историја (изворни научни рад) ---------- 136-144

др Александар Молнар, Формална логика и право - - покушај реконструисања њиховог настанка у античкој Грчкој (изворни научни рад) ---------- 145-160

др Александар Миљковић, Професор Божидар С. Марковић и Анри Бергсон (изворни научни рад) ---- 161-172

др Драган Митровић, Правна држава као правна мисао и као правно искуство (изворни научни рад) -- 173-183

др Драгољуб Поповић, Опште земаљско право Пруске (изворни научни рад) ---------- 184-192

др Боривоје Познић, Гласање о одлуци у парничном поступку (изворни научни рад) ---------- 193-199

др Мирољуб Д. Симић, Јован Филиповић - заборављени филозоф права (изворни научни рад) ---------- 200-209

др Марија М. Тороман, Правна природа задужбина и фондова (изворни научни рад) ---------- 210-217

мр Јасминка Хасанбеговић, Место "Топике" у Аристотеловом делу (изворни научни рад) ---------- 218-225

БИБЛИОГРАФИЈА

Објављени радови проф. Божидара С. Марковића ------ 226-235

AFL, Year XLI Belgrade Nr. 3, May - June Pp. 1-242
UDC 34/35 YU-ISSN 0003-2565

TABLE OF CONTENTS

page

Editors' Note ---------- 3-6

Dr. Radomir D. Lukić, Prof. Dr. Božidar S. Marković -------- 7-10

ARTICLES

Dr. Svetislav Aranđelović, Economic Significance and Legal Character of Warrant (original study) ---------- 11-18

Dr. Danilo Basta, Homage to a Consistence (original study) ---- 19-25

Dr. Lidija Basta - Posavec, The State of Law and Constitutional Democracy (original study) ---------- 26-31

Dr. Radmila Vasić, Božidar S. Marković - A Search for a Just Law (original study) ---------- 32-42

Dr. Vladan Vasilijević, Human Rights in Emergency Situations (Road to an Utopia or a Forthcoming Reality?) (original study) ---------- 43-58

Dr. Vladimir Vodinelić, Belgrade System of Civil Law Theory and European Environment (Schools of Thought and Conceptions in the First Century of Serbian System of Civil Law) (original study) ---------- 59-74

Dr. Stevan Vračar, Illusory Quality of Absolute Justice (original study) ---------- 75-84

Dr. Gordana Vukadinović, Dualism of Positive Law in the Work of Božidar S. Marković (original study) ---------- 85-97

Dr. Mladen Draškić, Keeping Silent as a Statement of Intent in Legal Transactions (original study) ---------- 98-114

Dr. Miodrag Janjić, International Technology Transfer and Restrictive Business Practices (original study) ---------- 115-126

Dr. Miodrag Jovičić, Three Theoretical Models of Territorial Organisation of Power - Unitary State, Federation, Regional State (original study) ---------- 127-135

Dr. Agneš Kartag-Odri, Law and History (original study) ------ 136-144

Dr. Aleksandar Molnar, Formal Logic and Law - An Attempt of Reconstructing their Origin in Ancient Greece (original study) - 145-160

Dr. Aleksandar Miljković, Professor Božidar S. Marković and Henri Bergson (original study) ---------- 161-172

Dr. Dragan Mitrović, The State of Law as a Legal Thinking and Legal Experience (original study) ---------- 173-183

Dr. Dragoljub Popović, Universal Territorial Law of Prussia (original study) ---------- 184-192

Dr. Borivoje Poznić, Voting on the Decision in the Litigation Proceedings (original study) ---------- 193-199

Dr. Miroljub Simić, Jovan Filipović - a Forgotten Philosopher of Law (original study) ---------- 200-209

Dr. Marija Toroman, Legal Nature of Endowments and Foundations (original study) ---------- 210-217

Mr. Jasminka Hasanbegović, The Position of "Topica" in Aristotle's Work (original study) ---------- 218-225

BIBLIOGRAPHY

Published Works of Professor Božidar S. Marković ---------- 226-235

ANNALES DE LA FACULTE DE DROIT DE BELGRADE

APF, année XLI, Belgrade page 1-242

UDC 34/35 YU - ISSN 0003-2565

TABLE DES MATIÈRES

page

Note de la Rédaction ---------- 3-6

Radomir D. Lukić, Prof. Božidar S. Marković ---------- 7-10

ARTICLES

Svetislav Arandjelović, L'importance économique et la nature juridique des warrants (travail scientifique original) ------- 11-18

Danilo Basta, L'hommage à un esprit conséquent (travail scientifique original) ---------- 19-25

Lidija Basta-Posavec, L'Etat de droit et la démocratie constitutionnelle (travail scientifique original) ---------- 26-31

Radmila Vasić, Božidar Marković: A la recherche d'un droit juste (travail scientifique original) ---------- 32-42

Vladan Vasilijević, Les droits de l'homme dans les situations d'urgence (travail scientifique original) ---------- 43-58

Vladimir V. Vodinelić, La civilistique belgradoise et son environnement européen (travail scientifique original) ----- 59-74

Stèvan Vračar, Le caractère illusoire de la justice absolue (travail scientifique original) ---------- 75-84

Gordana Vukadinović, La dualité du droit positif dans l'oeuvre de Božidar S. Marković (travail scientifique original) ------ 85-97

Mladen Draškić, Le silence comme déclaration de volonté dans le trafic juridique (travail scientifique original) ---------- 98-114

Miodrag Janjić, Le transfert international de la technologie et la pratique d'affaires restrictive (travail scientifique original) --- 115-126

Miodrag Jovičić, Trois modèles théoriques de l'organisation territoriale du pouvoir (travail scientifique original) ------- 127-135

Agneš Kartag-Odri, Le droit et l'histoire (travail scientifique original) ---------- 136-144

Aleksandar Molnar, La logique formelle et le droit - une tentative de reconstruire leur naissance dans la Grèce antique (travail scientifique original) ---------- 145-160

Aleksandar Miljković, Le Professeur Božidar S. Marković et Henri Bergson (travail scientifique original) ---------- 161-172

Dragan Mitrović, L'Etat de droit en tant que pensée juridique et expérience juridique (travail scientifique original) ---------- 173-183

Dragoljub Popović, Le droit national général de la Prusse (travail scientifique original) ---------- 184-192

Borivoje Poznić, Le vote sur la décision dans la procédure contentieuse (travail scientifique original) ---------- 193-199

Miroljub Simić, Jovan Filipović - philosophe oublié du droit (travail scientifique original) ---------- 200-209

Marija Toroman, La nature juridique des fondations et de fonds (travail scientifique original) ---------- 210-217

Jasminka Hasanbegović, La place de la *Topique* dans l'oeuvre d'Aristote (travail scientifique original) ---------- 218-225

BIBLIOGRAPHIE

Oeuvres publiées du Prof. Božidar S. Marković ---------- 226-235

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 апстракт (скраћени резиме) од 10 до 20 редова, резиме до највише 25 редова, и кључне речи са највише пет израза, без свеза. Апстракт и резиме куцати на исти начин као што је предвиђено под тачком 1.

3. Уз сваки рад доставити следеће податке: тачну адресу, потпуне податке о звању, број жиро-рачуна, телефон на радном месту и у стану.

4. Сваки рад доставити потписан.

5. Прикази књига које су мање од 200 страна не треба да буду дужи од 5 куцаних страна. Прикази књига које су по обиму веће од 200 страна могу се сразмерно повећати и то за по једну куцану страну на сваких додатних 100 штампаних страна. Уколико је приказ књиге по природи аналитичан, редакција ће толерисати повећање обима приказа за 20%.

6. Фусноте треба куцати на крају рада (не испод текста на страни), такође са проредом и са довољно белине са стране, и то тако да нумерација фуснота иде од броја 1 па надаље за цео рад (не правити посебну нумерацију за поједина поглавља).

7. Цитирање треба да обухвати следеће податке и то следећим редом: аутор (прво име, па онда презиме), назив дела, место издавања, година издавања, број цитиране стране или тачке пасуса. ПРИМЕР: Живојин Перић, *Стварно право*, Београд, 1922. стр. 141; Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1929, стр. 93.

8. За радове објављене у часописима, као и за прописе објављене у службеним гласилима, навести, после података о аутору и о раду, податке о: називу часописа (службеног гласила), броју и години излажења часописа (службеног гласила), броју цитиране стране. ПРИМЕР: Радомир Лукић, *Субјективни фактор и непосредна демократија*, „Анали Правног факултета у Београду", бр. 2-3/1964, стр. 153; чл. 7. Закона о шумама СР Србије, „Службени гласник СРС", бр. 19/1974.

9. За радове објављене у зборницима, енциклопедијама и сл, навести: име и презиме аутора, назив дела, назив зборника односно енциклопедије, име и презиме редактора (уколико је означено на зборнику), место издања, годину издања, број цитиране стране. ПРИМЕР: Божидар Јелчић, *Пораст и разлози пораста порезног оптерећења*, „Финанције и финанцијско право", ред. Божидар Јелчић и Владимир Срб, Осијек, 1982, стр. 37; Владимир Капор, *Купопродаја*, 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 се односи и на фусноте.

14. Речи и реченице које треба да буду штампане курзивом подвући црном или плавом оловком. Сви наслови цитираних радова треба да буду штампани *курзивом*.

15. Речи и реченице које треба да буду штампане латиницом и курзивом истовремено подвући и црвеном и црном (плавом) оловком. ПРИМЕР: Jan Tinbergen, *Does Self-management Approach the Optimum Order?*, "Yugoslav Workers Self-management", ed. by F. J. Brockmeyer, Dotrecht, 1970.

16. Места која се желе истакнути штампају се искључиво курзивом а не ш п а ц и о н и р а н о (размакнутим словима). Због тога у рукопису ништа не треба куцати размакнутим словима.

17. Поднаслове највишег реда обележавати римским бројевима и куцати великим словима. Уже поднаслове обележавати арапским редним бројевима и куцати малим словима, а још уже словима азбуке и такође куцати малим словима. ПРИМЕР: III. УТИЦАЈ ПОРЕСКЕ ПОЛИТИКЕ НА ПОНУДУ ЧИНИЛАЦА ПРОИЗВОДЊЕ; 1. Ефекти пореске политике на штедњу; (а) Ефекти пореске политике на штедњу становништва.

18. Моле се сарадници да после прекуцавања рукописа пажљиво прочитају текст и отклоне евентуалне дактилографске грешке.

Претплата за часопис „Анали Правног факултета у Београду" у 1993. години за целу годину износи:

1. За правна лица – – – – – – – – – – – – – – – –	дин.	4.000.000.–
2. За физичка лица – – – – – – – – – – – – – – –	"	2.000.000.–
3. За студенте (редовне и ванредне) – – – – – – –	"	400.000.–
4. За један примерак – – – – – – – – – – – – – –	"	700.000.–
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 15. октобра 1993. 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