АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

UDK 34/35

YU ISSN 003-2565

АПФ

3-4

БЕОГРАД, 1994.

АПФ, година XLII, Београд, бр. 3-4, мај-август 1994, стр. 243-478

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 Ђекић, Радивоје Јевтић, др Љубиша Лазаревић, Драгутин Милићевић, Михаило Младеновић, Гордана Симеуновић и др Обрен Станковић.

ИЗДАВАЧ: Правни факултет у Београду

Слог: Александар Владисављевић, Г. Жданова 58, Београд, тел/факс: 681-703
Штампа: Завод за графичку технику Технолошко-металуршког факултета, Карнегијева 4, Београд
Лектор и коректор: Јасна Жарковић

АНАЛИ
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

АПФ, Година XLII, Београд, бр. 3-4, мај-август 1994, стр. 243-478

UDK 34/35 YU-ISSN 0003-2565

ЧЛАНЦИ

UDK-341.231(497.12)
Изворни научни рад

Peter Radan,
Law Extension Committee, University of Sydney

SECESSIONIST SELF-DETERMINATION: THE CASES OF SLOVENIA AND CROATIA

Secession (1), as a manifestation of the broader principle of self-determination, has in the past few years emerged to prominence in international law and politics (2). The collapse of communism in the Union of Soviet Socialist Republics (USSR) and Eastern Europe, and the resulting end of the Cold War, has been the principal factor in this rise to prominence.

Prior to the end of the Cold War, self-determination was given a narrow focus by the international community. Demands based upon self-determination were confined to claims to independence from colonial rule. The "cryptic references" (3) to self-determination in the United Nations Charter (4) were gennerally interpreted to exclude secessionist self-determination (5), with the case of Bangladesh being the only exception (6). Indeed as Alexis Heraclides

(1) Secession can be defined as "the creation of a State by the use or threat of force and without the consent of the former sovereign". See James Crawford, *The Creation of States in International Law*, Clarendon Press, 1979, (hereinafter Crawford, *The Creation of States*), at 247.

(2) Crawford, *The Creation of States*, at 88-89 notes that "the question of the ambit of self-determination, the territories to which it applies, has at least arguably remained as much a matter of politics as law."

(3) Crawford, *The Creation of States* at 89.

(4) Articles 1(2) and 55. Various UN General Assembly Resolutions also deal with self-determination.

(5) Richard F. Iglar, "The Constitutional Crisis in Yugoslavia and the International Law of Self-Determination: Slovenia's and Croatia's Right to Secede" in (1992) 15 *Boston College International and Comparative Law Review*, 213-239, (hereinafter Iglar, "The Constitutional Crisis"), at 224-229.

(6) Bangladesh was not seen as creating a precedent, but rather as a unique phenomenon, unlikely to reoccur. See Alexis Heraclides, "Secession, Self-Determination and Non-Intervention:

has written, "the main legal bulwark against secession (was) the principle of self-determination which developed during the late 1950s and 1960s" (7). Illustrative of the then prevailing sentiment was the statement by then Secretary-General of the United Nations (UN), U Thant, who in 1970 stated unequivocally:

"(T)he United Nations has never accepted and does not accept and I do not believe it will ever accept the principle of secession of a part of its Member State" (8).

Events since mid-1991 in the former Yugoslavia have shown U Thant to be wrong. In 1992 the former Yugoslav republics of Slovenia, Croatia and Bosnia-Hercegovina all achieved widespread recognition as international states and membership of the UN. In 1993 Macedonia was admitted to the UN under the name of The Former Yugoslav Republic of Macedonia (9), to be later followed by recognition being granted by a number of the member states of the European Community (EC). The republics of Slovenia and Croatia were the first to secede from Yugoslavia and were the first to be accorded widespread international recognition. The cases of Slovenia and Croatia were the first instances of successful secession since Bangladesh seceded from Pakistan in 1971. (10) Indeed the former Yugoslavia has provided the first (11) and only (12) cases of successful secession since Bangladesh.

In Quest of a Normative Symbiosis" in (1992) 45 *Journal of International Affairs*, 399-420, (hereinafter Heraclides "Secession"), at 406; Crawford, *The Creation of States*, at 116-117. Others have suggested that the Bangladesh case provides a precedent in international law justifying secession where one group within a state has been systematically oppressed by another: Lee C. Buchheit, Secession: *The Legitimacy of Self-Determination*, Yale University Press, 1978, (hereinafter, Buchheit, *Secession*), at 212-213. Oppression here relates to denial of relevant group's human rights. For a discussion of the "oppression theory" of secession see, Thomas Duncan Musgrave, *Self-Determination and National Minorities*, (Unpublished Doctoral Thesis), University of Sydney, 1993, (hereinafter Musgrave, *Self-Determination*), at 331-338.

(7) Alexis Heraclides, *The Self-determination of Minorities in International Politics*, Frank Cass & Co Ltd, 1991, (hereinafter Heraclides, *Self-Determination of Minorities*), at 21.

(8) Quoted in John Dugard, *Recognition and the United Nations*, Grotius Publications Ltd, 1987, (hereinafter Dugard, *Recognition*), at 85.

(9) On this question of whether admission to the UN equates to recognition by existing member states of the new state see Dugard, *Recognition*, at 41-80.

(10) On the Bangladesh secession see, Heraclides, *Self-Determination of Minorities*, at 147-164; Buchheit, *Secession*, at 198-215.

(11) The breakaway of the Baltic States from the USSR and their "recognition" by the international community, although occurring before the secessions of Slovenia and Croatia, were not cases of secession, given that the incorporation of the Baltic States into the USSR was never legally accepted by the international community. Thus these states retained their *de jure* recognition as independent states at all times, although the international community *de facto* admitted their annexation to the USSR. On the independence of the Baltic states see, Susan E. Himmer, "The Achievement of Independence in the Baltic States and its Justifications" in (1992) 6 *Emory International Law Review*, 253-291. In so far as the other republics of the USSR are concerned the dissolution of the USSR proceeded by agreement reached at Alma Ata in Kazakhstan, rather than secession, and all these republics eventually became part of the Commonwealth of Independent States. Dissolution of states by agreement is not prohibited by international law, and indeed there are a number of such cases that have occurred in the twentieth century: Musgrave, *Self-Determination*, at 198.

(12) The recognition of Eritrea and its admission to the UN in 1993 does not fit the category of secession from an existing independent state, but rather was an instance of decolonisation from

Although secession has rarely been achieved to date, there is little doubt that more successful secessions will occur in the future, with Africa, the former USSR and Eastern Europe providing the most likely examples (13). Scholars have argued that the principle of self-determination should not be confined to decolonisation, and must be extended to include a qualified right to secede from existing international states (14). For this reason the secessions of Slovenia and Croatia are important because of what they indicate about the emerging principles of international law relating to secessionist self-determination. The Slovene and Croat examples have sparked considerable discussion within the international law fraternity (15). This is a clear reflection of the growing relevance of secession within the body of international law.

Ethiopian rule. See Bereket Hahte Selassie, "Eritrean War of Independence" in Joel Krieger (ed), *The Oxford Companion to Politics of the World*, Oxford University Press, 1993, at 277-278.

(13) On the significance of the secessions of Slovenia and Croatia for the numerous potential secessionist movements in Africa see Jeffrey Herbst, "Challenges to Africa's Boundaries in the New World Order" in (1992) 46 *Journal of International Affairs*, 17-30, at 23-24. On Africa also see Ali A Mazrui, "The Bondage of Boundaries, Why Africa's Maps Will Be Redrawn" in The Future Surveyed (Supplement), *The Economist*, 11 September, 1993. One of the active secessionist movements in Africa is the claim for independence of Somaliland from Somalia: see Anthony J Carroll & R Rajagopal, "The Case for the Independent Statehood of Somaliland" in (1992-1993) 8 *The American Journal of International Law & Policy*, 653-681. The precedents of Slovenia and Croatia have also been cited in favour of recognition of the secession of the "Turkish Republic of Northern Cyprus" in Zaim M Necatigil, *The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law*, Second Edition, Oxford University Press, 1993, (hereinafter Necatigil, *The Cyprus Question*), at 231-233.

(14) Buchheit, *Secession*, at 17; Lea Brilmayer, "Secession and Self-Determination: A Territorial Approach" in (1991) 16 *Yale Journal of International Law*, 177-201; Heraclides, "Secession", at 407-408; Heraclides, *Self-Determination of Minorities*, at 27-30; Allen Buchanan, *Secession, The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*, Westview Press, 1991, at 20-21; Allen Buchanan, "Self-Determination and the Right to Secede" in (1992) 45 *Journal of International Affairs*, 347-365; Necatigil, *The Cyprus Question*, at 226. See also Robert W McGee, "The Theory of Secession and Emerging Democracies: A Constitutional Solution" in (1992) 28 *Stanford Journal of International Law*, 451-476.

(15) Colin Warbrick, "Recognition of States" in (1992) 41 *International and Comparative Law Quarterly*, 473-482; Marc Weller, "The International Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia" in (1992) 86 *The American Journal of International Law*, 569-607 (hereinafter Weller, "The International Response"); Benedict Kingsbury, "Claims by Non-State Groups in International Law" in (1992) 25 *Cornell International Law Journal*, 481-513, (hereinafter Kingsbury, "Claims By Non-State Groups"), at 504-508; Marc Weller, "International Law and Chaos" in (1993) *Cambridge Law Journal*, 6-9, (hereinafter Weller, "International Law and Chaos"); Alain Pellet, "The Opinions of the Badinter Arbitration Committee, A Second Breath for the Self-Determination of Peoples" in (1992) 3 *European Journal of International Law*, 178-181, (hereinafter, Pellet, "The Opinions of the Badinter Arbitration Committee"); Lawrence S Eastwood Jr, "Secession: State Practice and International Law After the Dissolution of the Soviet Union and Yugoslavia" in (1993) 3 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 299-349, (hereinafter Eastwood, "Secession"); Roland Rich, "Recognition of States: The Collapse of Yugoslavia and the Soviet Union" in (1993) 4 *European Journal of International Law*, 36-65, (hereinafter Rich, "Recognition of States"); Danilo Turk, "Recognition of States: A Comment" in Patricia L Small, *Self-Determination in the New World Order*, Carnegie Endowment for International Peace, 1992, (hereinafter Halperin et al, *Self-Determination*), esp at 32-38; Milenko Kreca, *The Badinter Arbitration Commission, A Critical Commentary*, Jugoslovenski Pregled, 1993, (hereinafter Kreca, *The Badinter Arbitration Commission*); Musgrave, *Self-Determination*, at 202-220, 351-364.

SELF-DETERMINATION

The meaning of self-determination has been the subject of considerable controversy and discussion both by the practitioners and scholars of international law (16). In the European context it can be stated that the major West European states have linked self-determination to the principles of popular sovereignty and representative government. These states have insisted that self-determination had to be associated with the Western understanding of democracy and representative government. On this understanding of self-determination, whenever the population of a particular state or territory elect a representative government of their choice, self-determination takes place (17). This notion of self-determination sees it as a continuing process. Furthermore it is consistent with the principles of territorial integrity and inviolability of state borders.

In Central and East Europe, including the Balkans, the concept of self-determination has been traditionally understood as an expression of ethnicity and nationalism, in that self-determination entitled an ethnic group to its own nation-state (18). This ethnic self-determination permits the alteration of existing state boundaries, and clearly contemplates secession, as well as irredentism. The secession of the Bengali dominated East Pakistan from Pakistan in 1971 and the unresolved secession of Turkish Cypriots from Cyprus are examples of ethnic self-determination.

In the context of the secession of Slovenia and Croatia from Yugoslavia, each republic sought to justifiy secession on the basis of ethnic self-determination, and not on self-determination based on principles of popular sovereignty and representative government.

RECOGNITION AND SECESSION

An important aim of any secessionist claim is to seek international recognition as an independent state for the territory claimed by the secessionist movement. It is generally agreed that recognition is not necessary before independent statehood can be said to exist. In this sense recognition is essentially declaratory rather than constitutive (19). Thus nonrecognition does not necessarily mean that an international state does not exist.

However, in the context of secession recognition is of greater significance (20). It has been suggested that the achievement of independence by the secessionist republics of Yugoslavia can, at least in part, be attributed to the

(16) For a discussion of the concept of self-determination and the literature discussing it see, Edward A Laing, "The Norm of Self-Determination, 1941-1991" in (1991-1992) 22 *California Western International Law Journal*, 209-308.

(17) Musgrave, *Self-Determination*, at 175-182.

(18) Musgrave, *Self-Determination*, at 183-193.

(19) Crawford, *The Creation of States*, at 16-25; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Fourth Edition, Clarendon Press, 1990, (hereinafter Brownlie, *Public International Law*) at 88-91; *Oppenheim's International Law, Volume 1, Peace*, Ninth Edition, Robert Jennings & Arthur Watts (eds), Longman Group UK Ltd, 1992, (hereinafter, *Oppenheim's International Law*), at 128-133.

(20) Crawford, *The Creation of States*, at 248; Heraclides, *Self-Determination of Minorities*, at 25.

willingness of the international community to extend recognition to them (21). In the past, the lack od widespread international recognition of independent statehood has been an important factor in the failure of secessions such as Katanga and Biafra. In present times, the fact that the "Turkish Republic of Northern Cyprus", which seceded from Cyprus in November, 1983, has only been recognised by Turkey, means that it cannot be seen as an independent state and member of the international community in general (22). Much the same can be said of the "Republic of Kosovo", which seceded from Yugoslavia in October, 1991, but has only been recognised by Albania (23), and the "Republic of Serbian Krajina", which declared its independence from Croatia on 19 December, 1991. (24) On the other hand the recognition by a major power such as India, was critical to the ultimate success of the Bangladesh secession.

SELF-DETERMINATION IN SLOVENIA

In September, 1989 the Slovenian Assembly passed various amendments to its republican constitution, including a provision giving the Republic of Slovenia the "complete and undeniable right" to "self-determination, including the right of secession". This amendment was justified by reference to Article 1 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted by the General Assembly of the UN in December, 1966. (25)

Article 1 of the UN Resolution states that "all peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they ... freely pursue their economic development." The Constitutional Court of Yugoslavia, in March, 1990, ruled that these amendments were illegal and should be revoked (26). This ruling was ignored by the Slovenian leadership, and on 2 July, 1990, the Slovenian Assembly overwhelmingly adopted the "Declaration on the Sovereignty of the Republic of Slovenia", basing the republic's claim to sovereignty on "the Slovenian nation's right to self-determination (27). Slovene Prime Minister Lojze Peterle, stated that the sovereignty declaration did not mean independence as yet, but would lead to independence unless Yugoslavia was re-organised into a con-

(21) Eastwood, "Secession", at 316.

(22) *Oppenheim's International Law*, at 130. On the Cyprus issue generally see Necatigil, *The Cyprus Question*; Musgrave, *Self-Determination*, at 391-402.

(23) On the Albanians of Kosovo see Fabian Schmidt, "Kosovo: The Time Bomb That Has Not Gone Off" in *RFE/RL Research Report*, Vol 2, No 39, 1 October, 1993, 21-29, especially at 23; Fabian Schmidt, "Has the Kosovo Crisis Been Internationalized?" in *RFE/RL Research Report*, Vol 2, No 44, 5 November, 1993, 35-39.

(24) On the Krajina Serbs see Stan Markotich, "Croatia's Krajina Serbs" in *RFE/RL Research Report*, Vol 2, No 41, 15 October, 1993, 5-10.

(25) On the general political background to the dissolution of Yugoslavia see Lenard J Cohen, *Broken Bonds, The Disintegration of Yugoslavia*, Westview Press, 1993, (hereinafter Cohen, *Broken Bonds*); Predrag Simic, "Civil War in Yugoslavia - The Roots of Disintegration" in (1992) 5 *Yearbook of European Studies*, 73-100. On the 1989 Slovenian constitutional amendments see Robert M Hayden, *The Beginning of the End of Yugoslavia, The Slovenian Amendment Crisis of 1989*, The Carl Beck Papers in Russian & East European Studies, No 1001, Centre for Russian and East European Studies, University of Pittsburgh, 1992.

(26) Cohen, *Broken Bonds*, at 115.

(27) Cohen, *Broken Bonds*, at 120. The Constitutional Court of Yugoslavia in January, 1991 ruled the Slovene sovereignty declaration to be unconstitutional, but this, as with other rulings of the Court, was ignored and had no political impact. See Cohen, *Broken Bonds*, at 177-178.

federation (28). Entry into such a confederation was viewed as being a voluntary act based upon "the inalienable and unexpendable right of every nation to self-determination" (29). On 23 December, 1990 in a plebiscite in Slovenia approximately 88.5% of the citizens who voted, expressed support for Slovenia's secession should that be deemed necessary (30). Three days later the Slovene Assembly adopted a declaration of the republic's sovereignty (31).

On 20 February, 1991 the Slovene Assembly passed a resolution by which Slovenia disassociated itself from Yugoslavia and the other republics. The disassociation, as opposed to secession (32), was justified "on the basis of the permanent and inalienable rights of self-determination of the Slovene nation, which is one of the basic principles (33) of international law" (34). Disassociation evolved into secession with the Declaration of Independence (35) od 24 June, 1991, which declared Slovenia "an independent state ... no longer ... a part of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia", as of 25 June, 1991. The Declaration further stated that "Slovenia expects legal recognition from all countries which respect the democratic principles and the right of all nations to self-determination". Independence was based on "the fundamental principles of natural law, namely the right of the Slovene nation to self-determination, ... the principles of international law and the Constitution of the Republic of Slovenia, and on the basis of the absolute majority vote in the plebiscite held on December, 23, 1990." Given that the Slovene constitutional right to secession was based on self-determination principles, and that the 1990 plebiscite was seen as an exercise of these principles, the Declaration of Independence by Slovenia was deeply rooted in the notion of self-determination.

SELF-DETERMINATION IN CROATIA

In Croatia, claims to secession based upon self-determination were later in surfacing as compared to Slovenia. Following the electoral victories of Dr Franjo Tudjman and his Croatian Democratic Alliance, in late April and early May, 1990, the Croatian republican constitution was amended. The amended Constitution in Part I (Historical Foundations), declared that pursuant to the "right of the Croatian nation to self-determination and state sovereignty, including the inviolable right to secession and association", the Republic of Croatia was thereby "established as the national state of the Croatian nation and the state of the members of other nations and minorities who are its citizens" (36). By Article 140 Croatia would remain part of Yugoslavia "until a

(28) Cohen, *Broken Bonds*, at 121.

(29) Cohen, *Broken Bonds*, at 179.

(30) In the April, 1990 elections in Slovenia, Milan Kucan won a "stunning" victory, a victory which he partially attributed "to the popular perception that he was best qualified to defend 'Slovenia's right to self-determination in a non-disruptive manner'". See Cohen, Broken Bonds, at 94.

(31) Cohen, *Broken Bonds*, at 176.

(32) Cohen, *Broken Bonds*, at 219(n1).

(33) On whether self-determination is a legal right or political principle see Buchheit, *Secession*, at 90-91, and Necatigil, *The Cyprus Question*, at 213-215.

(34) *Focus*, Special Issue, (Belgrade), 14 January, 1992, (hereinafter *Focus*), at 14.

(35) For the text of the Slovene Declaration of Independence see *Focus*, at 92-96.

(36) Cohen, *Broken Bonds*, at 130-131, 176.

new agreement is reached by the Yugoslav republics, or until the Croatina Sabor decides otherwise." Furthermore Article 140 stated that if Croatia was in any way endangered, threatened or disadvantaged within Yugoslavia, Croatia would make appropriate decisions protecting its interests. Such actions would be justified "on the basis of the right to self-determination and the sovereignty of the Republic of Croatia" (37).

Following receipt of the Slovene Assembly's disassociation resolution of 20 February, 1991, the Croat Assembly (the Sabor), passed a resolution the following day endorsing the process of the "disunion" of Yugoslavia. The Assembly based the resolution on "the inalienable and inexpendable right of the Croatian nation to self-determination, including the right to secession and association with other nations and states" (38). On 28 February, 1991, the Serbian Autonomous Region of Krajina (SAR Krajina) within Croatia adopted a resolution on the disunion of Croatia and the Krajina region, which declared that Krajina wished to stay within Yugoslavia (39). On 19 May, 1991 an independence referendum was held in Croatia with 93% of those voting supporting the creation of a "sovereign and independent" Croatia (40). The Krajina Serbs boycotted the referendum, as in the previous week they had held their own referendum in which an almost unanimous vote was recorded in support of Krajina's union with Sebia (41).

On 25 June, 1991 The Croat Assembly passed its Declaration of Independence, proclaiming Croatia an independent and sovereign state, based upon Croatia's constituional rights "to self-determination, including the right of secession" (42). The Declaration did not state that Croatia was seceding from Yugoslavia, but rather that Croatia was beginning the process of "disassociation" from Yugoslavia and beginning the process of gaining international recognition.

Croatia's Declaration of Independence was not as bold and forthright as its Slovenian counterpart. Whereas Slovenia declared itself no longer part of Yugoslavia, Croatia declared it was starting the process of disassociation from Yugoslavia. Similarly, Slovenia expected prompt international recognition, whereas Croatia was starting the process towards international recognition. On 7 July, 1991, at the behest of the European Community (EC), both republics agreed to a three month moratorium on implementation of their independence declarations. After the expiration of that period both republics, on 8 October, 1991, formally seceded from Yugoslavia (43). On 19 December, 1991, SAR Krajina declared its independence from Croatia under the name of Republic of Serbian Krajina.

In both Slovenia and Croatia, secession was justified on the basis of ethnic self-determination rather than self-determination base on principles of popular sovereignty and representative government. Both Slovenia and Croatia jus-

(37) Cohen, *Broken Bonds*, at 193(n12).

(38) For the text of the Croatian resolution see *Focus*, at 17-20.

(39) For the text of the Krajina resolution see *Focus*, at 21-22.

(40) Cohen, *Broken Bonds*, at 212.

(41) Cohen, *Broken Bonds*, at 213.

(42) For the text of the Croatian Declaration of Independence see Stipe Mesić, *Kako Smo Srušili Jugoslaviju*, Politički Memoari, Globus, 1992, (hereinafter, Mesić, Kako Smo Srušili), at 44-45.

(43) Fot the text of the Croat declaration of secession see *Focus*, at 178-180.

tified secession on the basis of the self-determination rights of the Slovene and Croat nations. This was more pronounced in the case of Croatia, with its substantial population of Serbs, who also claimed the right of ethnic self-determination. Thus, the Croatian constitutional amendments declared Croatia to be the "*national state* of the *Croatian* nation" and "the *state* of *other* nations and minorities who are its citizens."

THE INTERNATIONAL RESPONSE TO SECESSION BY SLOVENIA & CROATIA

In the months leading up to the Slovene and Croat declarations of independence, the international community publicly opposed secession by these republics and supported the territorial integrity of Yugoslavia (44). In his a letter of 28 March, 1991, to Yugoslav Prime Minister, Ante Markovic, President George Bush of the United States of America (USA) stated that "the United States ... will not encourage those who would break the country apart" (45). A subsequent and detailed State Department Statement in May, 1991 by Margaret Tutwiler, declared that "the US will not encourage or reward secession", and reiterated US support for unity in Yugoslavia. Unity was declared to mean "the territorial integrity of Yugoslavia within its present borders." The Statement further declared that "any dissolution of Yugoslavia is likely to exacerbate rather than resolve ethnic tensions" (46). Finally, on 21 June, 1991, during a visit to Yugoslavia US Secretary of State James Baker made it clear that the USA would not recognise the planned declarations of independence by Slovenia and Croatia (47).

The USSR, beset with its own centrifugal forces, supported Yugoslav unity. In April, 1991, Soviet Foreign Minister Bessmertnykh remarked that Yugoslavia's territorial integrity was "one of the essential preconditions for the stability of Europe" (48).

The EC expressed views similar to those of the USA (49). A high-powered EC delegation to Yugoslavia in late May, 1991 supported Yugoslavia's integrity (50). This attitude was reinforced at a meeting of EC Foreign Ministers on 23 June, 1991, which in an issued statement, declared that the EC would not recognise the independence of Slovenia or Croatia should these two republics unilaterally decide to leave Yugoslavia (51). On 19 June, 1991 the 35 member

(44) For a comprehensive discussion of the international and in particular the European, response to the Yugoslav crisis in 1991, see Jonathan Eyal, *Europe and Yugoslavia: Lessons From a Failure*, Whitehall Paper No 19, The Royal United Service Institute for Defence Studies, 1993, (hereinafter, Eyal, *Europe and Yugoslavia*).

(45) For the text of the Bush letter see *Focus*, at 44-45.

(46) For the text of the Tutwiler Statement see *Focus*, at 72-76.

(47) Cohen, *Broken Bonds*, at 217; Eyal, *Europe and Yugoslavia*, at 15-16.

(48) Cohen, *Broken Bonds*, at 215; Eyal, *Europe and Yugoslavia*, at 15.

(49) Maarten Lak, "The Involvement of the European Community in the Yugoslav Crisis During 1991" in (1992) 5 *Yearbook of European Studies*, 175-185, (hereinafter Lak, "The Involvement of the EC") at 177-178.

(50) Cohen, *Broken Bonds*, at 216; Eyal, *Europe and Yugoslavia*, at 13.

(51) *The European Report*, No 1688, 26 June, 1991; Cohen, *Broken Bonds*, at 218; Eyal, *Europe and Yugoslavia*, at 13-14.

Conference on Security and Co-operation in Europe (CSCE) issued a Statement supporting Yugoslavia's integrity (52).

Following the Slovene and Croat declarations of independence management of the Yugoslav crisis, at the international level, passed, by general international consensus, to the EC.

Three days after the Slovene and Croat declarations of independence the European Council issued a Statement in which earlier pronouncements of the EC and CSCE on Yugoslavia were given continued support. Further the Statement declared that the Council was firm in its conviction that "neither unilateral acts, not threats or the use of force" could be the basis for the peaceful resolution of the Yugoslav crisis. On the other hand the Council Statement called for a three month moratorium concerning the Slovene and Croat declarations of independence (53). The Council's Statement was clearly equivocal. On the one hand it supported earlier statements supporting the territorial integrity of Yugoslavia, but on the other hand it did not close the door on recognising the secessions of Slovenia and Croatia. The door was left open by the call for the three month moratorium. The moratorium statement was a compromise provision, behind which lay deep divisions within the EC on the question of recognition of the seceding republics. This division reflected a conflict between international law principles relating to self-determination, on the one hand, and that of territorial integrity of existing states, on the other.

The division in the EC saw France and Spain in favour of maintaining a federal Yugoslavia. The other viewpoint favouring the possible recognition of Slovenia and Croatia was supported by Germany and Belgium in particular (54). Thus, German Chancellor Helmut Kohl, soon after the European Council Statement, declared his support for the principle of self-determination (55). Similarly, Belgian Prime Minister Wilfried Martens called upon the EC members "to envisage the recognition of independence of Slovenia and Croatia, if, after a period of three months, it is not possible to organise the co-existence of the republics on a new legal basis in a peaceful manner" (56). The division in EC ranks was all but publicly declared in a statement following an emergency meeting of EC Foreign Ministers on 5 July, 1991. The statement in openly referring to the clash of international law principles relating to self-determination and territorial integrity of existing states (57), reflected the conflicting views over the possible recognition of the rebel republics. On 8 July, 1991 European Commission President, Jacques Delors, in a statement reflecting the pro-recognition view within the EC, stressed that the EC had not ruled out the possibility of recognising Slovenia and Croatia, and also stressed that there was no question of contesting a people's right to self-determination (58).

On 27 August, 1991 an EC Declaration on Yugoslavia stated, in reference to Croatia, that the EC was determined never to recognise changes to frontiers which were brought about by force. The Declaration went on to state:

---

(52) Cohen, *Broken Bonds*, at 217; Eyal, *Europe and Yugoslavia*, at 15. For the text of the CSCE Statement see *Focus*, at 108.

(53) *Europe*, No 5523, 29 June, 1991; Cohen, *Broken Bonds*, at 229.

(54) *The European Report*, No 1691, 6 July, 1991.

(55) *Europe*, No 5525, 1-2 July, 1991.

(56) *Europe*, No 5528, 5 July, 1991.

(57) *Europe*, No 5529, 6 July, 1991, and *The European Report*, No 1692, 10 July, 1991.

(58) *The European Report*, No 1692, 10 July, 1991.

"The Community and its member States will never accept a policy of fait accompli. They are determined not to recognise changes of borders by force and will encourage others not to do so either" (59).

This was a significant statement in that it apparently accepted Croatia as a subject of international law. Further, it made it clear that the principles of territorial integrity applied not only to international borders, but also to internal federal boundaries of an internationally recognised state.

The 27 August, 1991 EC Declaration also established the EC Conference on Yugoslavia, and in due course appointed former British Foreign Secretary Lord Carrington as its Chairman. The mandate given to Lord Carrington included two significant conditions. Firstly, none of the six republics would be recognised as independent states unless there was an overall settlement reached that was acceptable to all six republics. Secondly, no changes could be made to boundaries except by peaceful means (60). This latter point was made explicitly clear in the EC Declaration on the occasion of the opening of the Conference on Yugoslavia on 7 September, 1991, which stated:

"We (the EC) are determined never to recognise changes of *any* borders which have not been brought about by peaceful means and by agreement." (Author's emphasis) (61)

In a similar vein a CSCE Statement of 10 October, 1991, stated that the member states would "never ... recognise any changes of borders, whether external or internal, brought about by force" (62)

In a joint Declaration of the EC, the USA and the USSR on 18 October, 1991, it was stated that there could be no acceptance of changes of borders, internal or external, obtained by force, and that all such changes would be considered "unacceptable in 1991 in the heart of Europe" (63).

The consequence of the EC approach was that if new international states were to emerge from Yugoslavia, these states would be based upon the republics of Yugoslavia, either as separate independent states, or as combinations of republics forming new states. This was confirmed in the EC Declaration of 8 November, 1991, which referred to the "prospects of recognition of independence of those Republics wishing it" (64).

It was at this stage that German political leaders assumed the initiative within the EC. Since July, 1991, Germany had been manoeuvring behind the scenes to secure Western recognition of Slovenia and Croatia (65). German

(59) For the text of the 27 August, 1991 EC Declaration see *Focus*, at 128-129.

(60) Lord Carrington, "Turmoil in the Balkans" in *The RUSI Journal*, Vol 137, No 5, 1-4, (hereinafter Carrington, "Turmoil in the Balkans"), at 1.

(61) For the text of the 7 September, 1991 EC Declaration see *Focus*, at 150.

(62) For the text of the 10 October, 1991 CSCE Statement see *Focus*, at 172-174.

(63) *Europe*, No 5592, 19 October, 1991.

(64) For the text of the 10 October, 1991 EC Declaration see *Focus* at 226-228. It must also be noted that a statement made on 4 October, 1991, by the Chairman of European Political Cooperation said that "it would be necessary to formulate a political solution on the basis of the perspective of recognition of the independence of those republics wishing it". See *Focus* at 169-171. This was the first formal admission of possible recognition of the secessionist republics. See Weller, "The International Response" at 581-582.

(65) Cohen, *Broken Bonds*, at 230. Thus on 3 July, 1991, German Foreign Minister Hans Dietrich Genscher assured prominent Croat politician Stipe Mesic that Germany would intervene with leading states to gain support for recognition of Slovenia and Croatia: Mesić, *Kako Smo Srušili*, at 75. In September, 1991, German Chancellor Helmut Kohl in addressing German parliament

public opinion, especially of its managerial elite, supported recognition of the seceding republics (66).

RECOGNITION OF SLOVENIA AND CROATIA

Under strong German pressure and following a "raucous" (67) meeting on 16 December, 1991, the EC issued its guidelines for recognition of the seceding republics. The conditions for obtaining EC recognition were:

(a) respect for the provisions of the UN Charter, the Final Act at Helsinki and the Charter of Paris, especially with respect to the rule of law, democracy and human rights;

(b) guarantees for the rights of ethnic and national groups and minorities;

(c) respect for the inviolability of all frontiers, which could only be changed by peaceful agreement;

(d) commitment to settle by agreement or arbitration, all questions concerning State succession and regional disputes;

(e) acceptance of all relevant commitments with regard to disarmament and nuclear non-proliferation as well as to security and regional stability (68).

All the Yugoslav republics were invited to apply for recognition by 23 December, 1991. In their applications they had to state whether:

(a) they wished to be recognised as independent states;

(b) they agreed to accept the commitments in the above guidelines;

(c) the agreed to accept obligations respecting human rights and the rights of national or ethnic groups;

(d) they supported the continued effort of the UN and EC to resolve the Yugoslav crisis.

Finally, the EC required constitutional assurances that each applicant had no territorial claims towards any neighbouring EC member state (69).

Each application was to be referred to the Arbitration Commission headed by French lawyer Robert Badinter (the Badinter Commission), which

---

declared that if peaceful coexistence of the Yugoslav republics could not be obtained "we must in line with our understanding of the right to self-determination consider ... recognising under international law those republics which no longer wish to belong to Yugoslavia": Weller, "The International Response" at 586(n115). In October, 1991, Slovene politicians were assured by Bonn that recognition was "only a matter of choosing the right moment and the right circumstances": Cohen, *Broken Bonds,* at 233. On the behind the scenes German diplomatic efforts also see Eyal, *Europe and Yugoslavia.*

(66) Cohen, *Broken Bonds*, at 230.

(67) Cohen, *Broken Bonds*, at 233. It is reported that prior to the meeting there was a two-thirds majority of EC members against recognition, but that on the insistence of the German Foreign Minister, Hans-Dietrich Genscher, the meeting would not adjourn until his EC counterparts unanimously agreed to support recognition. By 4 am the next morning Genscher's demand was agreed to by the other 11 foreign ministers: Walter Roberts, "The Balkan Debacle Could Have Been Averted" in *Defence & Foreign Affairs Strategic Policy*, Vol 21, No 4-5, April-May, 1993, 6-7, (hereinafter Roberts, "The Balkan Debacle"), at 7.

(68) *EPC Press Release 128/91* (16 December, 1991), reprinted in *Focus,* at 249-250.

(69) *EPC Press Release 129/91* (16 December, 1991), reprinted in *Focus*, at 251-252. The last of the conditions, relating to no territorial claims against EC states, was included specifically to allay Greek fears that Macedonia had territorial claims to Greek Macedonia.

had been established pursuant to the EC Declaration of 27 August, 1991. (70) The EC further agreed that recognition of any of the republics chould not occur before 15 January, 1992, to give time for the Badinter Commission to consider the applications that were received (71).

The Yugoslav Assembly in a Declaration of 21 December, 1991, strongly criticised the EC decision on issuing guidelines for recognition. The major criticism was on grounds that the EC had violated its own earlier conditions on any recognition, namely that no Yugoslav republic would be recognised as an independent state in the absence of an overall settlement accepted by all six republics (72). The EC decision, according to Lord Carrington, "changed the whole nature of the Conference (on Yugoslavia, removing) the one real instrument to keep the parties engaged in the negotiating process" (73), namely the prospect of recognition. UN Special envoy on Yugoslavia, Cyrus Vance agreed with Carrington's observation (74).

Applications for recognition were received from Slovenia, Croatia, Macedonia and Bosnia-Hercegovina. Additional applications were submitted by the Republic of Kosovo and the Republic or Serbian Krajina. The latter two applications could not be considered as the guidelines clearly only invited applications from former Yugoslav republics, a status that neither Kosovo nor Krajina enjoyed under the Yugoslav Constitution. The Badinter Commission in its opinions recommended recognition of Slovenia (75) and Macedonia (76), but not for Croatia (77) and Bosnia-Hercegovina (78).

In relation to Croatia, The Badinter Commission was not satisfied with the Croat constitutional provisions relating to minorities, and thus recommended against recognition. However, it further stated that if this deficiency was rectified, Croatia would then have satisfied the EC's conditions for recognition.

In relation to Bosnia-Hercegovina, the Badinter Commission recommended an internationally supervised referendum to be held before any recognition be granted, in order to see if a majority of its citizens wanted independence and international recognition. This in effect amounted to an additional condition for recognition as it was not included in the EC guidelines and conditions issued on 16 December, 1991.

---

(70) For the text of the 27 August, 1991 EC Declaration see *Focus*, at 128-129.

(71) Cohen, *Broken Bonds*, at 234.

(72) For the text of the 21 December, 1991 Yugoslav Assembly Declaration see *Yugoslav Survey*, Vol XXXII, No 4, 1991, at 5-7.

(73) Carrington, "Turmoil in the Balkans", at 1. This was also the view of Dutch diplomat Henry Wynaendts who served as part of Lord Carrington's negotiating team on the Yugoslav crisis: David Wedgwood Benn, "A Diplomat on Yugoslavia's Breakup" in (1993) 49 *The World Today*, 220-221 at 220.

(74) Cohen, *Broken Bonds*, at 234-235.

(75) The Badinter Commission, Opinion No 7, reprinted in Kreca, *The Badinter Arbitration Commission*, at 54-59.

(76) The Badinter Commission, Opinion No 6, reprinted in Kreca, *The Badinter Arbitration Commission*, at 50-54.

(77) The Badinter Commission, Opinion No 5, reprinted in Kreca, *The Badinter Arbitration Commission*, at 48-50.

(78) The Badinter Commission, Opinion No 4, reprinted in Kreca, *The Badinter Arbitration Commission*, at 46-48.

However, before any application for recognition had even been filed, Germany broke ranks with its other EC partners and on 18 December, 1991, recognised Croatia and Slovenia, although it stated that it would not implement its decisions on recognition until 15 January, 1992. (79) On 15 January, 1992, and left with no real option but to follow the German lead, the EC member states recognised Slovenia and Croatia. Macedonia was not recognised in deference to Greek demands that Macedonia change its name to exclude the word Macedonia from it. Bosnia-Hercegovina was not recognised in accordance with the Badinter Commission advice.

OBSERVATIONS ON THE RECOGNITION OF SLOVENIA & CROATIA

The first observation that can be made about the eventual recognition of Slovenia and Croatia, is that political factors, rather than legal ones, dominated in the decision to recognise. Statements on the Yugoslav crisis by key international players in the early part of 1991, calling for the territorial integrity of Yugoslavia and warning against secession, were largely made against the background of events in the USSR, which was in the process of dissolution. Concern that Yugoslavia would provide a precedent for the USSR, at a time when both the political leadership in the USA and the USSR were committed to the continued territorial integrity of the latter (80), meant that the international community was almost unanimous in calling for the maintenance of a unified Yugoslavia (81) However, with the failure of the August, 1991 military putsch in the USSR, and the emergence of Boris Yeltsin as the dominant figure in the USSR, a change of approach with respect to Yugoslavia was now possible. With Yeltsin's rise to prominence, and Russia's recognition of the Baltic states on 6 September, 1991, and the later agreement amongst other Soviet republics to form the Commonwealth of Independent States (CIS), the way was opened for the consideration of the secessionist claims of Slovenia and Croatia, in a more favourable manner (82). The precedent value of Yugoslavia for the USSR was no longer a concern. More than anything else, the rise to power of Yeltsin in the USSR and the eclipse of Mikhail Gorbachev, followed by the peaceful dissolution of the USSR, opened the way for the eventual recognition of the secessionist Yugoslav republics.

There is little doubt that Germany was the principal architect of the EC move to eventual recognition of Slovenia and Croatia. The German justification for such a policy was that recognition would bring an end to the hostilities

(79) Cohen, *Broken Bonds*, at 234.

(80) See Michael Beschloss & Strobe Talbot, *At The Highest Levels*, Little, Brown & Co, 1993, for details of US and Soviet concerns over the possible disintegration of the USSR.

(81) Allen Lynch & Reneo Lukic, "Russian Foreign Policy and the Wars in the Former Yugoslavia" in *RFE/RL Research Report*, Vol 2, No 41, 15 October, 1993, 25-32, at 27; Rich, "Recognition of States", at 40; Lak, "The Involvement of the EC", at 177.

(82) Dutch Foreign Ministry official Maarten Lak has since written: "Western interest in Yugoslavia had been conditioned by the Cold War realities of a divided Europe and as the old bipolarity began to break down so too did western concerns for Yugoslav security": Lak, "The Involvement of the EC", at 176.

that had engulfed a large part of Croatia in the latter part of 1991. (83) Thus, recognition was being used as an instrument to achieve foreign policy objectives (84).

The EC decision to ignore the opinions of its own Badinter Commission concerning recognition of Macedonia and Croatia was political. It was well known that whatever the Badinter Commission stated in its opinions Slovenia and Croatia would be recognised (85). As Eyal has observed:

"Badinter's mission was an utter irrelevance; this lawyer-politician persevered in playing his role in the charade more out of a sense of duty, rather than any serious conviction" (86).

On Macedonia, recognition was refused due to strenuous objections by the Greeks to the use of the name Macedonia (87). To overcome the Badinter Commission's to the recognition of Croatia, the EC sought hurried last minute assurances from President Franjo Tudjman that Croatia would guarantee the rights of minorities within Croatia. These assurances were given on 15 January, 1992, just prior to formal recognition being granted to Croatia (88). Events since recognition of Croatia clearly establish that the German justification for recognition was misguided, with fighting having continued, and indeed, in late 1993, threatening to escalate (89). This is what critics of the German push for recognition feared at the time, and the political wisdom of recognition has been widely criticised ever since (90). Thus, in February, 1993, former French Premier, Michel Debre, called upon France to suspend recognition that it has accorded to Croatia and other former Yugoslav republics (91), and in November, 1993, Greek European Affairs Minister Theodoros Pangalos, attacked the EC decision to recognise Croatia as being "wrong" (92).

---

(83) John Zametica, *The Yugoslav Conflict*, (Adelphi Paper 270), Brassey's (UK) Ltd, 1992, (hereinafter, Zametica, *The Yugoslav Conflict*), at 69.

(84) Hans-Heinrich Wrede, "'Friendly Concern' - Europe's Decision-making on the Recognition of Croatia and Slovenia" in (1993) 4 *The Oxford International Review*, No 2, 30-32; Rich, "Recognition of States", at 55; Weller, "The International Response", at 587.

(85) Eyal, *Europe and Yugoslavia*, at 48.

(86) Eyal, *Europe and Yugoslavia*, at 48.

(87) For a Greek perspective on the recognition of Macedonia, see Spyros Economides, "Riding the Tiger of Nationalism: The Question of Macedonia" in (1993) 4 *The Oxford International Review*, No 2, 27-29.

(88) Weller, "The International Response" at 593. *The Economist*, 18-24 January, 1992, commented that the assurances given by President Tudjman, "were as flimsy as the standards they were supposed to meet."

(89) Patrick Moore, "A Return of the Serbian-Croatian Conflict?" in *RFE/RL Research Report*, Vol 2 No 42, 22 October, 1993, 16-20.

(90) In an editorial *The European*, 27-30 May, 1993, described the decision to recognise as "precipitate". In October, 1993, newly elected Greek President, Andreas Papandreou, stated that the breakup of Yugoslavia should not have been allowed, placing the blame for the EC decision on Germany: "Withdrawal Of Sanctions On Serbia May Be Justified", *The European*, 21-24 October, 1993. See also Misha Glenny, "The Massacre of Yugoslavia" in *The New York Review of Books*, 30 January, 1992; Misha Glenny, *The Fall of Yugoslavia, The Third Balkan War*, Penguin Books, 1992, at 143, Zametica, *The Yugoslav Conflict*, at 68-70; Gregory R Copley, "The New 'Euro-Bantustans'" in *Defence & Foreign Affairs Strategic Policy*, Vol 21, No 1, 31 January, 1993, 2; Roberts, "The Balkan Debacle"; C G Jacobsen, "Myths, Politics and the Not-So-New World Order" in (1993) 30 *Journal of Peace Research*, 241-250, at 243-244.

(91) "Unilateral US Policy on the Balkans Tilts Peace Process" in *Defence & Foreign Affairs Strategic Policy*, Vol 21, No 2, 28 February, 1993, at 20.

From the perspective of international law one can observe that the EC decision to recognise Slovenia and Croatia is important for its implications as to principles relating to self-determination, the inviolability of borders and the recognition of states.

The principle of self-determination has clearly now evolved beyond the narrow application to post-World War II decolonisation. The right to self-determination has been extended to peoples forming part of an existing internationally recognised state. An important principle that emerges from the EC guidelines on recognition, is that self-determination rights can only be exercised by a clearly defined and established territorial unit within a state. The EC guidelines explicitly confined applications for recognition to the republics of Yugoslavia. On this ground alone recognition could not be granted to the former autonomous province of Kosovo, nor the Republic of Serbian Krajina. This has profound implications for federal state structures, and may influence political leaders to favour maintaining unitary structures and resist "constitutional devolution, if such devolution carries with it the seeds of a right to secession" (93). The EC decision to confine self-determination to established territorial units within a state, was no doubt due to a realisation that acceptance of a much broader right to self-determination entailed profound consequences for existing states, including many of its own member states, especially those with disaffected ethnic minorities (94).

The EC guidelines on recognition also are a clear instance of self-determination which conforms with the traditional Western understanding of self-determination being based on principles of popular sovereignty and representative government (95). The guidelines implicitly reject ethnic self-determination, even though the secessions of Slovenia and Croatia were based on ethnic self-determination.

The cases of Slovenia and Croatia clearly herald the emergence of a new international law on secession. Secession is not a new phenomenon (96), and many of today's long-established states were established in the past by means of secession. However, in the post-World War II era, secession was not favoured by a system of international law and relations that favoured the norm of

(92) "Greek Minister Hits Fiercely At Germany", *Sydney Morning Herald*, 27 November, 1993.

(93) Weller, "The International Response", at 606. In negotiations over the internal structure of Bosnia-Hercegovina, it is more likely that the Moslem resistance to divisions within Bosnia along ethnic lines, was based on grounds that it would pave the way for the Serbian and Croatian regions to secede and unite with Serbia and Croatia. In the case of Quebec, the EC guidelines would probably permit that province's secession from Canada. On Quebec's claims to secession, prior to the EC guidelines on Yugoslavia, see Gregory Marchildon & Edward Maxwell, "Quebec's Right of Secession Under Canadian and International Law" in (1992) 32 *Virginia Journal of International Law*, 583-623.

(94) In the context of the USA, the EC guidelines would preclude the secession from California of the northern California counties that in 1991 introduced plans to secede from California and create the 51st state of the USA. To this extent the Krajina secession from Croatia has parallels with the situation in California, in that neither Krajina nor the northern counties of California formed a single recognised administrative unit as at the time of secession: see Milica Zarkovic Bookman, *The Economics of Secession*, St Martin's Press, 1993, at 5-6.

(95) Musgrave, *Self-Determination*, at 218-220.

(96) Crawford, *The Creation of States*, at 247 states: "Until this century, secession was certainly the most conspicuous, as well as probably the most usual, method of the creation of new States."

territorial integrity over secessionist self-determination (97). This clearly is no longer the case.

The recognition of Croatia and Slovenia also has its implications for the principle of the inviolability of borders. International law provides that external or international borders must be respected (98). The Badinter Commission in its Opinion No 3 (99), advised that the same principles applied to established internal federal boundaries when a federation breaks apart and new states emerge in its place. As a result internal republican boundaries acquire the same status as international borders, and no changes to them can be made except by peaceful agreement. In reaching its conclusion on the inviolability of internal borders the Commission relied heavily on the principle of *uti possidetis juris*, and its application by the International Court of Justice in a 1986 decision concerning the border dispute between Burkina Faso and Mali. The principle of *uti possidetis juris* states that a newly independent state which was formerly a colony succeeds to all the territory within the former colonial boundaries. The Commission's extension of the *uti possidetis juris* principle to the dissolution of a federation has been both criticised (100) and supported (101) by international legal experts. It has also been suggested that the *uti possidetis juris* principle has another meaning, namely the principle of effective control, and that borders of a seceding state are determined by reference to where the seceding entity has effective control. In the context of Croatia this would mean that Croatia's borders would not include those regions approximating to the Republic of Serbian Krajina (102). In this context an EC Declaration of 31 December, 1991, assumes significance. The EC Declaration stated that:

"recognition does not imply the acceptance by the European Community and its Member States of the position of any republic as regards territory which is under dispute by two or more republics" (103).

This Declaration was issued with respect to the USSR, but would appear to be equally applicable to Yugoslavia, especially as the 16 December, 1991 guidelines for recognition applied to both the USSR and Yugoslavia. Clearly, the EC recognition of Slovenia and Croatia, and the opinions of the Badinter Commission which guided the process of recognition, has significant implications for the existing principles of inviolability of borders (104).

---

(97) In late 1991, after the Slovenian and Croatian declarations of independence, but before EC recognition was granted to the seceding republics, one international legal scholar maintained that Slovenia and Croatia, although possessed of the right to self-determination did not have the right to secede, as the right to secede was not part of international law: Iglar, "The Constitutional Crisis".

(98) See for example the United Nations Charter, and the Helsinki Final Act.

(99) Reprinted in Kreca, *The Badinter Arbitration Commission*, at 44-45.

(100) Kreca, *The Badinter Arbitration Commission*, at 32-40; Musgrave, *Self-Determination*, at 409-414. Weller expressed a general criticism of the Badinter Commission opinions as follows: "Overall, the generally very brief opinions of the Commission are likely to attract considerable and probably hostile scholarly interest. They are underpinned by the shallowest legal reasoning and do not appear destined to assist the international community greatly when addressing the potentially dangerous problem of secession in the future." See Weller, "International Law and Chaos", at 8.

(101) Pellet, "The Opinions of the Badinter Arbitration Committee", at 180; Kingsbury, "Claims By Non-State Groups", at 488. Kingsbury suggests that the principle should have extended to the boundaries of Yugoslavia's autonomous provinces, as well as the republics.

(102) Kreca, *The Badinter Arbitration Commission*, at 38-39.

(103) Quoted in Kreca, *The Badinter Arbitration Commission*, at 39.

On the question of recognition of statehood the EC has substantially modified accepted international practice. Firstly, traditional international law criteria for recognition have been abandoned, and secondly, new criteria have been added.

The traditional formulation of the basic criteria for statehood is contained in Article 1 of the Montevideo Convention, 1933, which states:

"The State as a person of international law should possess the following qualifications: (a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with other States" (105).

In the case of Croatia, the provisions of Article 1 were not met, in that the Croatian government, at no time, has had control over approximately one-third of the territory of the newly recognised state. These areas have been controlled by the Serbs of Croatia, and Croat government forces have been unable to assume control over these regions for their government. The Croatian government has been, and remains, incapable of exercising sovereignty over a significant part of its putative population or territory (106).

On the other hand, the EC guidelines of 16 December, 1991 added further criteria to be satisfied before recognition could be granted. The EC guidelines stated that recognition would only be granted if, *inter alia*, the new states respected the provisions of the UN Charter, the Helsinki Final Act, and the CSCE Charter of Paris for a New Europe, particularly concerning the rule of law, democracy, and human rights. New states would also be required to guarantee the rights of ethnic and national minorities. Three observations can be made about these additional requirements. Firstly, apart from the nonbinding declarations of the CSCE there are no international treaties detailing the meaning of, nor the means of ensuring, the rule of law, democracy or the rights of ethnic and national minorities. Indeed, in some of these matters there is a variety of different views within the international community (107). Given this state of affairs the granting of recognition is open to quite arbitrary application. Secondly, in the area of human rights, the international law on that subject is one modelled on underlying Western principles and values. The implementation of existing human rights conventions to societies not steeped in Western traditions, apart from creating difficulties, raises the question of the validity of insisting that non-Western states abide by Western notions of human rights. In the case of the former Yugoslavia, this is directly relevant, given the Eastern Orthodox tradition of the southern and eastern republics (108). Finally, the EC guidelines on recognition amount to a breach of the principle of non-interference in the internal affairs of a state. This appears to be part of an emerging

(104) The principle of inviolability of internal boundaries has been attacked as unjust on political grounds. In the context of Yugoslavia it has been written: "Marshall Tito delineated borders for his Yugoslavia for his purpose - one of which was an ethnic mix that would preclude separatism(!) ... Like many other internal boundaries elsewhere, these stand testimony to their creator(s), not natural justice. To sanctify them as inviolable is to perpetuate and embed injustice, and conflict": Carl Jacobsen, "On the Search for a New World Security Order: 'The Inviolability of Borders': Prescription for Peace or War?" in (1992) *European Security*, 50-57, at 55.

(105) For a discussion of the criteria in the Montevideo Convention, see Crawford, *The Creation of States*, at 36-71.

(106) Musgrave, *Self-Determination*, at 361-362.

(107) Kingsbury, "Claims By Non-State Groups", at 505-506.

(108) Adamantia Pollis, "Eastern Orthodoxy and Human Rights" in (1993) 15 *Human Rights Quarterly*, 339-356.

trend in international law as is witnessed by the developing principle of international humanitarian intervention (109), and has raised the concerns of many under-developed states who view the "intervention principle" as merely a mask for Western domination and control of the Third World.

The end result of the EC practice as determined by the 16 December, 1991 guidelines, is that it has "turned recognition into a constitutive element of statehood", despite the fact that its own Badinter Commission declared that the recognition of states is "purely declaratory" (110). The debate on the declaratory versus constitutive theories (111) of recognition has again been revived. Furthermore, the various criteria in the EC guidelines make recognition an avowedly political act, with recognition of a secessionist claim based on self-determination becoming a privilege to be granted to the "deserving", rather than being a right of universal applicability (112).

CONCLUSION

The secession of Slovenia and Croatia, and their recognition as international states has had a significant impact on the principles of self-determination. It was on the basis of self-determination that both republics justified secession, and this argument found favour wiht the international community. The recognition of Slovenia and Croatia means that self-determination can manifest itself by the act of secession from an internationally recognised state. This is a dramatic departure from previous international practice. At the time of the drafting of the United Nations Charter and its provisions on self-determination, concerns were expressed, especially by the French, that these articles could lead to secessionist claims (113). This has now occurred. As a consequence there is now an emerging international law on secession. The EC guidelines upon which the aspirations of the secessionist Yugoslav republics were assessed, are important constituents in this new law on secession. As Musgrave has observed:

"The response of the international community to the events in Yugoslavia has done much to weaken the principle of territorial integrity and to encourage the notion that self-determination can be achieved through secession from an independent and sovereign state ... A precedent has thus been established whereby a separate state can be unilaterally created by a constituent unit of an existing sovereign state, and will be recognised as such by the international

(109) On international humanitarian intervention see Nigel Rodley (ed), *To Losse the Bands of Wickedness, International Intervention in Defence of Human Rights*, Brassey's UK) Ltd, 1992.

(110) The Badinter Commission, Opinion No 1, reprinted in Kreca, *The Badinter Arbitration Commission*, at 41-43.

(111) See Crawford, *The Creation of States*, at 16-25; *Oppenheim's International Law*, at 128-130; Brownlie, *Public International Law*, at 88-91.

(112) That recognition should be a political act is regarded as proper by some commentators. See Halperin et al, *Self-Determination*, which adopts criteria for recognition of secessionist states, similar to those adopted by the EC in relation to Yugoslavia. The view of Halperin et al is criticised in a review of *Self-Determination*, by Hurst Hannum in (1993) 33 *Virginia Journal of International Law*, 467-471.

(113) A Rigo Sureda, *The Evolution of the Right of Self-Determination, A Survey of United Nations Practice*, A W Sijthoff, 1973, at 99.

community even though it has not fulfilled the traditional legal criteria for statehood" (114).

On a political level the EC decision to recognise Slovenia and Croatia was based on the false premise that it would end the carnage and bloodshed in Yugoslavia. Indeed, the result has been the opposite. The decision was made at the result of German pressure within the EC, and masked political divisions over the wisdom of recognition, whilst at the same time it severely strained the EC's crisis management capacity (115). Recognition of the rebel Yugoslav republics, or "wreckognition" (116) as *The Economist* labelled it, was, in the words of Eyal, "a shameful game that failed both to preserve the Community's reputation, or prevent the war from widening" (117). The political ramifications have been that the international community now has dramatically limited options available for reaching a speedy and equitable solution to the problems of former Yugoslavia.

(114) Musgrave, *Self-Determination*, at 363-364.

(115) Lak, "The Involvement of the EC", at 181.

(116) *The Economist*, 18-24 January, 1992.

(117) Eyal, *Europe and Yugoslavia*, at 49.

UDK-341.231(497.12)
Изворни научни рад

Питер Радан,
професор Универзитета у Сиднеју

СЕЦЕСИОНИСТИЧКО САМООПРЕДЕЉЕЊЕ: СЛУЧАЈЕВИ СЛОВЕНИЈЕ И ХРВАТСКЕ

У чланку се разматрају међународноправни оквири и последице сецесије две републике бивше југословенске федерације, а посебно околности у којима се став међународне заједнице односно њених водећих чланица у односу на акте сецесије југословенских република трансформисао у само неколико месеци. Уместо начелног указивања на нужност поштовања територијалног интегритета СФРЈ и одбијања признавања сецесије њених чланица, за неколико месеци дошло је до међународног признања отцепљених република које се правдало поштовањем начела самоопредељења народа. При томе су се најутицајније земље руководиле сопственим интересима независно од тога што је њихова реализација често била у супротности са начелима међународног права. Тако су створени преседани који могу послужити као модел за разбијање низа сложених држава у свету.

Кључне речи: *Сецесија. - Територијални интегритет. - Признање држава. - Самоопредељење. - Југославија.*

Сецесија (1), као манифестација ширег начела самоопредељења, привлачи последњих година све већу пажњу у међународном праву и политици (2). Пад комунизма у Савезу Совјетских Социјалистичких Република (СССР) и Источној Европи и, као последица, крај хладног рата, представљали су главни разлог те повећане пажње.

Пре завршетка хладног рата, самоопредељење није у већој мери занимало међународну заједницу. Захтеви засновани на самоопредељењу били су ограничени само на оне за независношћу од колонијалне владавине. Једва видљиво позивање на самоопредељење (3) у Повељи Уједињених нација (4) углавном се тумачило тако да искључује сече-

(1) Сецесија се може дефинисати као "стварање државе употребом или претњом силе и без пристанка ранијег суверена". Види: James Crawford, *The Creation of States in International Law*, Clarendon Press, 1979, (у даљем тексту - *The Creation of States*), стр. 247.

(2) Crawford, *The Creation of States*, на стр. 88-89 примећује да је "питање обима самоопредељења, тј. територија на које се оно односи, у најмању руку подложно дискусији о томе да ли је оно ствар политике или права".

(3) Crawford, *The Creation of States*, стр. 89.

(4) Чланови 1(2) и 55. У разним резолуцијама Генералне скупштине УН говори се такође о самоопредељењу.

сионистички начин за остварење самоопредељења (5) уз једини изузетак који је представљао случај Бангладеша (6). Заиста, како је писао Алексис Хераклидес, "главна правна авенија против сецесије било је начело самоопредељења које се развило током касних педесетих и у шездесетим годинама (7). Илустративна за тада преовлађујуће осећање у вези са овим предметом била је недвосмислена изјава тадашњег генералног секретара Уједињених нација (ОУН) У Танта:

"Уједињене нације нису никада прихватиле, не прихватају, а не верујем и да ће икада прихватити, начело сецесије дела својих држава-чланица" (8).

Догађаји од половине 1991. у бившој Југославији показали су, међутим, да У Тант није био у праву. Године 1992. бивше југословенске републике - Словенија, Хрватска и Босна и Херцеговина, добиле су широко признање од стране међународне заједнице као државе и постале чланице ОУН. Године 1993. и Македонија је примљена у ОУН под именом Бивша Југословенска Република Македонија (9), па су уследила признања од стране извесног броја држава-чланица Европске заједнице (ЕЗ). Републике Словенија и Хрватска прве су се отцепиле од Југославије, добивши прве и широко међународно признање. Случајеви Словеније и Хрватске представљали су прву успешну сецесију од када се Бангладеш одвојио од Пакистана 1971. године (10). Бивша Југославија је, тако, постала први (11) и једини (12) успешни случај сецесије после Бангладеша.

---

(5) Richard F. Iglar, *The Constitutional Crisis in Yugoslavia and the International Law of Self-Determination: Slovenia's and Croatia's Right to Secede*, у (1992) 15 Boston College International and Comparative Law Raview, 213-239 (у даљем тексту - Iglar, *The Constitutional Crisis*), стр. 224-229.

(6) Бангладеш се није сматрао преседаном, већ пре јединственом појавом, до које неће поново долазити. Види: Alexis Heraclides, *Secesion, Self-Determination and Non-Intervention: In Quest of a Normative Symbiosis,* у (1992) 45 Journal of International Affairs, 399-420 (у даљем тексту - Haraclides, Secession), стр. 406; Crawford, *The Creation of States*, стр. 116-117. По другим мишљењима, случај Бангладеша представља преседан у међународном праву који оправдава сецесију, ако је реч о томе да једна група у оквиру државе систематски тлачи другу: Lee C. Buchheit, *Secession: The Legitimacy of Self-Determination*, Yale University Press, 1978 (у даљем тексту - Buchheit, *Secession*), стр. 212-213. "Тлачење" се овде односи на оспоравање људских права релевантној групи. У вези са расправом о "теорији тлачења" поводом сецесије види - Thomas Duncan Musgrave, *Self-Determination and National Minorities* (необјављена докторска дисертација), Универзитет у Сиднеју, 1993 (у даљем тексту - Musgrave, *Self-Determination*), стр. 331-338.

(7) Alexis Heraclides, *The Self-Determination of Minorities in International Politics*, Frank Cass & Co. Ltd., 1991 (у даљем тексту - Heraclides, *Self-Determination of Minorities*), стр. 21.

(8) Наведено у: John Dugard, *Recognitiion and the United Nations*, Grotius Publications Ltd., 1987 (у даљем тексту - Dugard, *Recognition*), стр. 85.

(9) О питању да ли пријем у ОУН значи истовремено и признање нове државе од стране постојећих држава-чланица, види: Dugard, *Recognition,* стр. 41-80.

(10) О сецесији Бангладеша види: Heraclides, *Self-Determination of Minorities*, стр. 147-164; Buchheit, *Secession*, стр. 198-215.

(11) Раскид односа балтичких држава са СССР-ом и њихово "признавање" од стране међународне заједнице, иако је до њега дошло пре сецесија Словеније и Хрватске, није представљао случај сецесије, због тога што инкорпорација балтичких држава у СССР није никада била правно прихваћена од стране међународне заједнице. На тај начин, те државе су задржале своје *de jure* признање као независне државе током читавог протеклог времена, иако је међународна заједница *de facto* допустила њихово анектирање од стране СССР-а. О независности балтичких држава види - Susan E. Himmer,

Иако је до данас сецесија била ретка као случај, нема много сумње да ће убудуће бити успешних сецесија у Африци, бившем СССР-у и Источној Европи (13). Теоретичари су износили мишљење да начело самоопредељења не би требало да се ограничи на деколонизацију, већ да се мора проширити тако да обухвати и сецесију од постојећих међународно признатих држава (14). Због тога су сецесија Словеније и Хрватске значајне, јер пружају одређене показатеље о начелима међународног права која се тичу сецесионистичког начина самоопредељења и која су сада у фази формирања. Примери Словеније и Хрватске подстакли су зато широку расправу у круговима стручњака за међународно право (15).

The Achievement of Independence in the Baltic States and its Justifications, у (1992) 6 Emory International Law Review, 253-291. Што се тиче осталих република СССР-а, распад СССР-а одвијао се путем споразума постигнутог у Алма Ати у Казахстану, а не путем сецесије, па су све те републике, на крају, постале део Заједнице Независних Држава. Распад државе путем споразума није забрањен међународним правом и, у ствари, у двадесетом веку било је више случајева ове врсте: Musgrave, *Self-Determination*, стр. 198.

(12) Признање Еритреје и њен пријем у ОУН 1993. године не спада у категорију сецесије од једне постојеће независне државе, већ пре представља случај деколонизације у односу на етиопску владавину. Види: Bereket Hahte Selassie, *Eritrean War of Independence*, у: Joel Krieger (издавач), The Oxford Companion to Politics of the World, Oxford University Press, 1993, стр. 277-278.

(13) О значењу сецесија Словеније и Хрватске за многобројне потенцијалне сецесионистичке покрете у Африци види: Jeffrey Herbst, *Challenges to Africa's Boundaries in the New World Order* у (1922) 46 Journal of International Affairs, 17-30, стр. 23-24. О Африци, исто тако, види; Ali A. Mazrui, *The Bondage of Boundaries, Why Africa's Maps Will Be Redrawn*, у: The Future Surveyed (Supplement), The Economist, 11. септембар 1993. Један од активних сецесионистичких покрета у Африци односи се на независност Сомалиленда од Сомалије: види: Anthony J. Carroll & R. Rajagopal, *The Case for the Independent Statehood of Somaliland*, у (1992-1993) 8 The American Journal of International Law & Policy, 653-681. Преседани Словеније и Хрватске такође су навођени у прилог признања сецесије "Турске републике Северни Кипар", у: Zaim N. Necatigil, *The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law*, друго издање, Oxford University Press, 1993 (у даљем тексту - Necatigil, The Cyprus Question), стр. 231-233.

(14) Buchheit, *Secession*, стр. 17; Lea Brilmayer, *Secesion and Self-Determination*: A. *Territorial Approach* у (1991) 16 Yale Journal of International Law, 177-201; Heraclides, *Secession*, стр. 407-408; Heraclides, *Self-Determination of Minorities*, стр. 27-30; Allen Buchanan, *Secession, The Morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania an Quebec*, Westview Press, 1991, стр. 20-21; Allen Buchanan, *Self-Determination and the Right to Secede* у (1992) 45 Journal of International Affairs, 347-365; Necatigil, *The Cyprus Question*, стр. 226. Види такође - Robert W. McGee, *The Theory of Secession and Emerging Democracies; A Constitutional Solution* у (1992) 28 Stanford Journal of International Law, 451-476.

(15) Colin Warbrick, *Recognition of States* у (1992) 41 International and Comparative Law Quarterly, 473-482; Marc Weller, *The International Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia* у (1992) 86 The American Journal of International Law, 569-607 (у даљем тексту, Weller, The International Response); Benedict Kingsbury,*Claims by Non-State Groups in International Law* у (1992) 25 Cornell International Law Journal, 481-513 (у даљем тексту - Kingsbury, *Claims by Non-State Groups*), стр. 504-508; Marc Weller, *International Law and Chaos* у (1993) Cambridge Law Journal, 6-9 (у даљем тексту - Weller, *International Law and Chaos*); Alain Pellet, *The Opinions of the Badinter Arbitration Committee, A Second Breath for the Self-Determination of Peoples* у (1992) 3 European Journal of International Law, 178-181 (у даљем тексту - Pellet, *The Opinions of the Badinter Arbitration Committee*); Lawrence S. Eastwood Jr., *Secession: State Practice and International Law After the Dissolution of the Soviet Union and Yugoslavia* у (1993) 3 Duke Journal of Comparative & International Law, 299-349 (у даљем тексту - Eastwood, Secession); Ronald Rich, *Recognition of States: The Collapse of Yugoslavia and the Soviet Union* у (1993) 4 European Journal of International Law, 36-65 (у даљем тексту - Rich,

I. САМООПРЕДЕЉЕЊЕ

Значење израза "самоопредељење" било је предмет великог неслагања и расправе како међу правницима-практичарима тако и међу теоретичарима међународног права (16). У европским оквирима, може се рећи да су највеће западноевропске државе повезивале самоопредељење са начелима народног суверенитета и представничком владавином. Те државе инсистирале су на томе да је самоопредељење нужно везивати за западњачко схватање демократије и представничке владавине. Према тој концепцији самоопредељења, кад год становништво одређене државе или територије изабере, својом вољом, представничку владу, долази до самоопредељења (17). Оваквим појмом самоопредељење се види као континуирани процес. Надаље, тај појам је у складу са начелима територијалног интегритета и неповредивости државних граница.

У Централној и Источној Европи, укључујући Балкан, концепција самоопредељења традиционално је значила изражавање етничке припадности и национализма, што је имало за последицу право етничке групе на сопствену националну државу (18). Овакво етничко самоопредељење дозвољава промену постојећих државних граница и, сасвим јасно, наговештава сецесију, као и иредентизам. Сецесија Источног Пакистана, са већинским Бенгали становништвом, 1971. године и нерешена сецесија турских Кипрана примери су етничког самоопредељења.

Кад је реч о сецесији Словеније и Хрватске од Југославије, обе републике хтеле су да оправдају сецесију етничким самоопредељењем а не самоопредељењем заснованим на народном суверенитету и представничкој владавини.

II. ПРИЗНАЊЕ И СЕЦЕСИЈА

Важан циљ сваког захтева за сецесијом јесте тражење међународног признања независне државе на територији на којој сецесионистички покрет сматра да има право да оснује државу. Постоји општа сагласност да признање није потребно пре, односно као услов постојања, својства независне државе. У том смислу, признање је, у суштини,

---

Recognition of States); Danilo Turk, *Recognition of States: A Comment* у (1993) 4 European Journal of International Law, 66-71; Morton H. Halperin & David J. Scheffer, sa - Patricia L. Small, *Self-Determination in the New World Order*, Carnegie Endowment for International Peace, 1992 (у даљем тексту - Halperin et al., *Self-Determination*), нарочито стр. 32-38; Milenko Kreća, *The Badinter Arbitration Commission, A Critical Commentary*, Jugoslovenski pregled, 1993 (у даљем тексту - Kreća, *The Badinter Arbitration Commission*); Musgrave, *Self-Determination*, стр. 202-220, 351-364.

(16) О расправама о концепцији самоопредељења и библиографији о том питању, види - Edward A. Laing, *The Norm of Self-Determination, 1941-1991* у (1991-1992) 22 California Western International Law Journal, 209-308.

(17) Musgrave, *Self-Determination*, стр. 175-182.

(18) Musgrave, *Self-Determination*, стр. 183-193.

декларативног пре него конститутивног карактера (19). Према томе, одсуство признања не мора нужно да значи да једна држава у међународном смислу не постоји.

Међутим, у контексту сецесије, признање је од великог значаја (20). Постоји мишљење да се постизање независности југословенских сецесионистичких република бар, делимично, може приписати вољи међународне заједнице да их призна (21). Раније, на пример, недостатак широког међународног признања независне државности био је важан чинилац неуспеха сецесија, као што су оне у случају Катанге и Бијафре. У данашње време, пак, чињеница да је Турску Републику Северни Кипар, која се отцепила од Кипра новембра 1983. године, признала само Турска, значи да се таква држава не посматра као независна држава и чланица међународне заједнице уопште (22). Готово исто може се рећи и за "Републику Косово", која се од Југославије отцепила октобра 1991. године, јер ју је признала само Албанија (23), и за "Републику Српску Крајину" која је своју независност од Хрватске прогласила 19. децембра 1991. (24). С друге стране, признање од стране велике силе као што је Индија, било је од примарне важности за коначни успех бангладешке сецесије.

III. САМООПРЕДЕЉЕЊЕ У СЛОВЕНИЈИ

Септембра 1989. године Словеначка скупштина донела је неколико амандмана на свој републички устав, укључујући и одредбу по којој Република Словенија добија "потпуно и необориво право" на "самоопредељење, укључујући и право на отцепљење". Овај амандман ослањао се, правно, на члан 1. Међународног споразума о економским, социјалним и културним правима, који је Генерална скупштина ОУН усвојила децембра 1966. (25). У члану 1. Резолуције ОУН каже се да "сви народи имају право на самоопредељење. У складу са тим правом они...

(19) Crawford, *The Creation of States*, стр. 16-25; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, *IV* издање, Clarendon Press, 1990 (у даљем тексту Brownlie, *Public International Law*) стр. 88-91; *Oppenheim's International Law*, књ. 1 - Peace, IX izd., Robert Jennings & Arthur Watts (уредници), Longman Group (UK) Ltd., 1992 (у даљем тексту - *Oppenheim's International Law*), стр. 128-133.

(20) Crawford, *The Creation of States*, стр, 248; Heraclides, *Self-Determination of Minorities*, стр. 25.

(21) Eastwood, "*Secession*", стр. 316.

(22) *Oppenheim's International Law*, стр. 130. Генерално о питању Кипра види - Necatigil, *The Cyprus Question;* Musgrave , *Self-Determination*, стр. 391-402.

(23) О Albancima na Kosovu vidi - Fabian Schmidt, "*Kosovo*": *The Time Bomb That Has Not Gone Off*" - у: RFE/RL Research Report, књ. 2, бр. 39, 1. октобар 1933, 21-29, нарочито стр. 23; Fabian Schmidt, *Has the Kosovo Crisis Been Internationalized?* - у: *RFE/RL Research Report*, књ 2, бр. 44, 5 новембар 1933, стр. 35-39.

(24) О Србима Крајине види - Stan Markovich, *Croatia's Krajina Serbs*, у: RFE/RL Research Report, књ. 2, бр. 41, 15. октобар 1993, 5-10.

(25) О генералној политичкој подлози распада Југославије види - Lenard J. Cohen, *Broken Bonds, The Disintegration of Yugoslavia,* Westview Press, 1993 (у даљем тексту - Cohen, *Broken Bonds*); Предраг Симић, *Civil War in Yugoslavia - The Roots of Disintegration* - у (1992) 5 Yearbook of European Studies, 73-100. О словеначким уставним амандманима из 1989. године види - Robert M. Hayden, *The Beginning of the End of Yugoslavia, The Slovenian Amendments Crisis of 1989, The Carl Beck Papers in Russian & East European Studies*, бр. 1001, Centre for Russian and East European Studies, University of Pittsburgh, 1992.

слободно раде на свом економском развоју". Уставни суд Југославије је, марта 1990, донео одлуку да су ти амандмани незаконити и да треба да се повуку (26). Ову одлуку је словеначко руководство игнорисало, па је 2. јула 1990. године Словеначка скупштина великом већином усвојила "Декларацију о суверенитету Републике Словеније", заснивајући захтев те републике за суверенитетом на "праву словеначког народа на самоопредељење" (27). Словеначки председник владе Лојзе Петерле изјавио је да декларација о суверености још не значи независност, али ће довести до независности уколико се Југославија не реорганизује у конфедерацију (28). Улазак у такву конфедерацију сматран је добровољним чином, заснованим на "неотуђивом и стално постојећем праву сваког народа на самоопредељење" (29). Двадесет трећег децембра 1990. године, у плебисциту у Словенији, око 88,5% грађана који су узели учешћа у гласању изразило је своју подршку сецесији Словеније уколико она буде била потребна (30). Три дана касније, Словеначка скупштина усвојила је декларацију о суверености своје републике (31).

Двадесетог фебруара 1991. године Словеначка скупштина донела је резолуцију којом се Словенија раздружује од Југославије и осталих република. Раздруживање, насупрот сецесији (32), правдало се "на основу сталних и неотуђивих права на самоопредељење словеначког народа, што је једно од основних начела (33) међународног права" (34). Раздруживање се развило у сецесију доношењем Декларације независности (35) 24. јуна 1991. године, којом је Словенија проглашена "независном државном... која више није... део Социјалистичке Федеративне Републике Југославије" и то од 25. јуна 1991. године. У тој Декларацији даље стоји да "Словенија очекује правно признање од свих оних земаља које поштују демократска начела и право свих народа на самоопредељење". Независност се заснивала на "фундаменталним начелим природног права, то јест, на праву словеначког народа на самоопредељење, ... начелима међународног права и Уставу републике Словеније, као и на апсолутној већини гласова у прилог томе на плебисциту одржаном 23. децембра 1990.". С обзиром на то да се словеначко уставно право на сецесију заснивало на начелима самоопредељења и да је плебисцит 1990. године сматран остваривањем тих начела, Декларација независности Словеније била је дубоко укорењена у појму самоопредељења.

(26) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 115.

(27) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 120. Уставни суд Југославије је јануара 1991. године донео одлуку по којој је словеначка декларација о суверености неуставна, али је то, као и остале одлуке тога Суда, било игнорисано и није имало никакав политички ефекат. Види - Cohen, *Broken Bonds*, стр. 177-178.

(28) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 121.

(29) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 179.

(30) У изборима априла 1990. године у Словенији Милан Кучан је однео "убедљиву" победу, а он је ту победу делимично приписао "општенародном схватању да је он, као личност, најбоље квалификован да одбрани "право Словеније на самоопредељење на безболан начин". Види - Cohen, *Broken Bonds*, стр. 94.

(31) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 176.

(32) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 219 (напомена 1).

(33) О томе је ли самоопредељење законито право или политичко начело, види - Buchheit, *Secession*, стр. 90-91, и Necatigil, *The Cyprus Question*, стр. 213-215.

(34) Focus, посебан број (Београд), 14. јануар 1992 (у даљем тексту - *Focus*), стр. 14.

(35) Види о тексту словеначке декларације независности у - *Focus*-у, стр. 92-96.

IV. САМООПРЕДЕЉЕЊЕ У ХРВАТСКОЈ

У Хрватској су захтеви за сецесијом засновани на самоопредељењу избили на површину после оних у Словенији. Пошто је др Фрањо Туђман победио на изборима са својом Хрватском демократском заједницом крајем априла 1990. године, измењен је хрватски републички устав. У измењеном уставу, у првом делу (историјски темељи), изјављује се да се, у складу са "правом хрватског народа на самоопредељење и државну сувереност, укључујући и неотуђиво право на отцепљење и удруживање", Република Хрватска овим "успоставља као национална држава хрватског народа и држава припадника других народа и мањина који су њени грађани" (36). Према члану 140, Хрватска би остала део Југославије "све док се не постигне нови споразум између југословенских република, или док Хрватски сабор не одлучи другачије". Надаље, у члану 140. стоји да уколико Хрватска на било који начин буде доведена у опасност, изложена претњи или западању у неповољан положај у Југославији, она ће донети одговарајуће одлуке којима ће заштитити своје интересе. Такве акције биле би оправдане "на основу права на самоопредељење и сувереност Републике Храватске" (37).)

Подражавајући рецепт Словеначке скупштине о раздруживању путем резолуције од 20. фебруара 1991. Хрватска скупштина (Сабор) донела је резолуцију следећег дана, потврђујући "разједињење" од Југославије. Скупштина је засновала ту резолуцију на "неотуђивом и стално постојећем праву хрватског народа на самоопредељење, укључујући и право на отцепљење и удруживање са другим народима и државама" (38). Двадесет осмог фебруара 1991. године Српска Аутономна Област Крајина (САО Крајина) у оквиру Хрватске усвојила је резолуцију о разједињењу од Хрватске крајинског региона, којом се изразила жеља да Крајина остане у Југославији (39). Деветнаестог маја 1991. одржан је у Хрватској референдум о независности, у коме је 93% оних који су гласали подржало стварање "суверене и независне Хрватске" (40). Крајински Срби бојкотовали су тај референдум, јер су недељу дана пре тога одржали свој референдум у коме се, готово једногласно, изразила подршка унији Крајине са Србијом (41).

Двадесет петог јуна 1991. године хрватска Скупштина донела је декларацију независности, прокламујући Хрватску независном и суверeном државом на основу уставних права Хрватске "на самоопредељење, укључујући и право на отцепљење" (42). У декларацији није стајало да се Хрватска одваја од Југославије, него да отпочиње процес "раздруживања" од Југославије и процес добијања међународног признања.

---

(36) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 130-131, 176.
(37) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 193 (напомена 12).
(38) О тексту хрватске резолуције види - *Focus*, стр. 17-20.
(39) О тексту хрватске резолуције види - *Focus*, стр. 21-22.
(40) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 212.
(41) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 213.
(42) О тексту хрватске декларације независности види - Стипе Месић, *Како смо срушили Југославију*, Политички мемоари, Глобус, 1992 (у даљем тексту - Месић, *Како смо срушили*), стр. 44-45.

Хрватска декларација независности није била тако смела и недвосмислена као словеначка. Док је Словенија изјавила да није више део Југославије, Хрватска је изјавила да почиње процес раздруживања од Југославије. Исто тако, Словенија је очекивала брзо међународно признање, док је Хрватска тек почињала процес чији је циљ међународно признање. Седмог јула 1991, на тражење Европске заједнице (ЕЗ), обе републике су се сагласиле са тромесечним мораторијумом у вези са применом њихових декларација независности. После истека тог периода, обе републике су се 8. октобра 1991. године формално отцепиле од Југославије (43). Деветнаестог децембра исте године САО Крајина је објавила своју независност од Хрватске, под именом Република Српска Крајина.

И у Словенији и у Хрватској сецесија се правдала на основу етничког самоопредељења, пре него на основу самоопредељења на начелима народне суверености и представничке владе. И Словенија и Хрватска оправдавале су сецесију на основу права на самоопредељење словеначког и хрватског народа. Ово је било више изражено у случају Хрватске, јер је добар део њеног становништва српски, а Срби су такође тражили право на етничко самоопредељење. Тако је у амандманима на хрватски устав формулисано да је Хрватска "*национална држава хрватског* народа" и "*држава других* народа и мањина који су њени грађани".

V. МЕЂУНАРОДНИ ОДГОВОР НА СЕЦЕСИЈУ СЛОВЕНИЈЕ И ХРВАТСКЕ

У месецима који су претходили словеначким и хрватским декларацијама независности, међународна заједница се јавно супротстављала сецесији тих република и подржавала територијални интегритет Југославије (44). У свом писму од 28. марта 1991. године југословенском председнику владе Анти Марковићу, председник Сједињених Америчких Држава (САД) Џорџ Буш је изјавио да "Сједињене Државе... неће охрабривати оне који би да разбију земљу" (45). У детаљнијем саопштењу америчког министарства спољних послова (Стејт департмента) које је убрзо уследило, у мају 1991, Маргарет Татвајлер је изјавила да "САД неће охрбривати или награђивати сецесију", поново нагласивши да САД подржавају јединство у Југославији. Под јединством се подразумевао "територијални интегритет Југославије у њеним садашњим границама". У саопштењу се даље изјављује да је вероватно да ће "било какав распад Југославије само погоршати а не решити етничке напетости" (46). Коначно, 21. јуна 1991. године, током своје посете Југославији, амерички државни секретар Џејмс Бејкер јасно је ставио до знања

(43) О тексту хрватске декларације о сецесији види - *Focus*, стр. 178-180.

(44) За добар приказ расправа у вези са међународним и, посебно, европским одговором на југословенску кризу, види - Jonathan Eyal, *Europe and Yugoslavia: Lessons From a Failure*, Whitehall Paper No. 19, The Royal United Service Institute for Defence Studies, 1993 (у даљем тексту - Eyal, *Europe and Yugoslavia*).

(45) За текст Бушовог писма види - *Focus*, стр. 44-45.

(46) За текст изјаве Татвајлерове види - *Focus*, стр. 72-76.

да САД неће признати планиране декларације независности од стране Словеније и Хрватске (47).

СССР, потресан својим сопственим центрифугалним силама, подржавао је југословенско јединство. Априла 1991. совјетски министар спољних послова Бесмјертних приметио је да је територијални интегритет Југославије "један од основних предуслова за стабилност Европе" (48).

ЕЗ је изразила гледишта слична онима у САД (49). Делегација ЕЗ на високом нивоу, која је посетила Југославију крајем маја 1991, подржала је интегритет Југославије (50). Овај став је поново подвучен на састанку министара спољних послова земаља ЕЗ 23. јуна 1991. У саопштењу које је издато, истиче се да ЕЗ неће признати независност Словеније или Хрватске уколико се те две републике једнострано одлуче да напусте Југославију (51). Деветнаестог јуна 1991, Конференција 35 чланова КЕБС-а издала је саопштење у коме се подржава интегритет Југославије (52).

После доношења словеначке и хрватске декларације којом се проглашавала независност, решавање југословенске кризе је, на међународном нивоу, прешло, према општем консензусу, на Европску заједницу.

Три дана пошто су објављене поменуте декларације Словенаца и Хрвата, Европски савет је издао саопштење у коме се наглашавала подршка ставу који су раније изнели ЕЗ и КЕБС у вези са Југославијом. У саопштењу се даље износило чврсто уверење да "ни једнострани акти а ни претња употребом силе" не би могли бити основа за мирољубиво решење југословенске кризе. С друге стране, у саопштењу Савета позивало се на тромесечни мораторијум поводом словеначке и хрватске декларације независности (53). Саопштење Савета било је потпуно двосмислено. С једне стране, подржало је раније саопштења којима се подржавао интегритет Југославије, али, с друге стране, није затворило врата признавању сецесије Словеније и Хрватске. Врата су остала отворена кроз поменути позив на тромесечни мораторијум. Изјава о мораторијуму представљала је компромисну одредбу иза које су стајале дубоке поделе у самој ЕЗ у вези са питањем признавања сецесионистичких република. Поделе су одражавале сукоб између начела међународног права о самоопредељењу, с једне стране, и оних о територијалном интегритету постојећих држава, с друге.

У тој подели у оквиру ЕЗ, Француска и Шпанија биле су за одржавање федеративне Југославије. Друго гледиште, којим се фаворизовало евентуално признавање Словеније и Хрватске имало је посебну по-

(47) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 217; Eyal, *Europe and Yugoslavia*, стр. 15-16.

(48) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 215; Eyal, *Europe and Yugoslavia*, стр. 15.

(49) Maarten Lak, "*The Involvement of the European Community in the Yugoslav Crisis During 1991*" - у (1992) 5 Yearbook of European Studies, 175-185 (у даљем тексту - Lak, *The Involvement of the EC*), стр. 177-178.

(50) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 216; Eyal, *Europe and Yugoslavia*, стр. 13.

(51) The European Report, No. 1688, 26. јун 1991; Cohen, *Broken Bonds*, стр. 218; Eyal, *Europe and Yugoslavia*, стр. 13-14.

(52) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 217; Eyal, *Europe and Yugoslavia*, стр. 15. За текст саопштења КЕБС-а види - *Focus*, стр. 108.

(53) Europe, No. 5523, 29. јун 1991; Cohen, *Broken Bonds*, стр. 229.

дршку Немачке и Белгије (54). Тако је немачки канцелар Хелмут Кол, убрзо после поменутог саопштења Европског савета, пружио подршку начелу самоопредељења (55). Слично томе, белгијски председник владе Вилфрид Мартенс, позвао је чланове ЕЗ "да предвиде признавање независности Словеније и Хрватске ако, по истеку периода од три месеца, не буде било могуће организовати коегзистенцију република на новој основи и на миран начин" (56). Подела у оквиру ЕЗ постала је видљива у саопштењу издатом после ванредног састанка министара спољних послова ЕЗ (одржаног 5. јула 1991). У саопштењу се отворено говори о сукобу начела међународног права која се односе на самоопредељење и оних која се тичу територијалног интегритета постојећих држава (57), што говори и о различитим гледиштима поводом могућег признавања побуњених република. Осмог јула 1991. године председник Европске комисије Жак Делор, у саопштењу у коме се изражава позитиван став у оквиру ЕЗ-а кад је реч о признавању, нагласио је да Заједница није искључила могућност признавања Словеније и Хрватске, а такође и то да се не поставља питање оспоравања права народа на самоопредељење (58).

Двадесет седмог августа 1991. у једној декларацији ЕЗ о Југославији речено је, у вези са Хрватском, да је ЕЗ одлучна да никада не призна промене граница до којих се дошло силом. У тој декларацији даље се каже:

"Заједница и њене чланице никада неће прихватити политику свршеног чина. Оне су решене да не признају промене граница путем силе и да пруже сваку подршку и другима да то не учине" (59).

То је била значајна изјава јер се њоме, очито, Хрватска прихватала као субјект међународног права. Надаље, она је значила да се начела територијалног интегритета примењују не само у односу на међународне границе већ и на унутрашње федералне границе међународно признате државе.

Европска заједница је, исто тако, својом декларацијом од 27. августа 1991, оформила Конференцију ЕЗ о Југославији, па је после извесног времена поставила за њеног председника раније британског министра спољних послова Лорда Карингтона. Мандат поверен Лорду Карингтону обухватао је два значајна услова. Прво, ни једна од шест република неће бити призната као независна држава док не буде постигнуто генерално решење које би било прихватљиво свим републикама. Друго, промена граница може бити само мирољубивим средствима (60). Овај други услов изричито је наглашен у декларацији ЕЗ поводом отварања Конференције о Југославији - 7. септембра 1991, где је речено:

"Ми (ЕЗ) смо одлучни да никада не признамо промене *било којих* граница до којих се не буде дошло мирољубивим средствима и путем споразума" (курзив ауторов) (61).

(54) The European Report, No. 1691, 6. јул 1991.
(55) Europe, No. 5525, 1-2. јул 1991.
(56) Europe, No. 5528, 5. јул 1991.
(57) Europe, No. 5529, 6. јул 1991.
(58) The European Report, No. 1692, 10. јул 1991.
(59) За текст декларације ЕЗ од 27. августа 1991. године види - *Focus*, стр. 128-129.
(60) Lord Carrington, *Turmoil in the Balkans*, у - The RUSI Journal, свеска 137, бр. 5, 1-4 (у даљем тексту - Carrington, *Turmoil in the Balkans*), стр. 1.

У сличном тону, у саопштењу КЕБС-а од 10. октобра 1991. каже се да државе-чланице "никада... неће признати било какве измене граница, спољашних или унутрашњих, до којих се дошло путем силе" (62).

У заједничкој декларацији ЕЗ, САД и СССР, од 18. октобра 1991, речено је да не може бити прихватања измена граница, како унутрашњих тако и спољашњих, до којих се дошло путем силе, као и да ће се свака таква измена сматрати "неприхватљивом у 1991. години, у срцу Европе" (63).

Последица оваквог приступа ЕЗ била је да ће се, уколико дође до појаве нових држава из Југославије, такве државе заснивати на републикама Југославије, било као независне државе или комбинација република које формирају нове државе. Овај став потврђен је у декларацији ЕЗ од 8. новембра 1991, која се позива на "изгледе за признавање независности оних република које то буду желеле" (64).

То је била фаза у којој су немачки политички лидери преузели иницијативу у оквиру ЕЗ. Од јула 1991. године, Немачка је маневрисала иза сцене како би обезбедила да Запад призна Словенију и Хрватску (65). Немачко јавно мњење, посебно његова руководећа елита, подржавали су признавање сецесионистичких република (66).

VI. ПРИЗНАЊЕ СЛОВЕНИЈЕ И ХРВАТСКЕ

Под снажним немачким притиском и после "исцрпљујућег" (67) састанка 16. децембра 1991, ЕЗ је саопштила смернице за признавање

(61) За текст декларације ЕЗ од 7. септембра 1991, види *Focus*, стр. 150.

(62) За текст саопштења КЕБС-а од 10. октобра 1991, види - *Focus*, стр. 172-174.

(63) Europe, No. 5592, 19. октобар 1991.

(64) За текст декларације ЕЗ од 10. октобра 1991, види *Focus*, стр. 226-228. Треба се, исто тако, подсетити да је 4. октобра 1991. године објављена изјава председника тела за европску политичку сарадњу према којој "би било потребно формулисати политичко решење на основу перспективе признавања независности оних република које то желе". Види - *Focus*, стр. 169-171. То је био први формални наговештај могућег признања сецесионистичких република. Види - Weller, *The International Response*, стр. 581-582.

(65) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 230. Тако је, 3. јула 1991. године, немачки министар спољних послова Ханс Дитрих Геншер уверавао истакнутог хрватског политичара Стипу Месића да ће Немачка интервенисати код водећих држава како би се добила подршка за признавање Словеније и Хрватске: Месић, *Како смо срушили*, стр. 75. Септембра 1991. године, немачки канцелар Хелмут Кол, обраћајући се немачком парламенту, изјавио је да, уколико се не може остварити мирна коегзистенција југословенских република, "ми морамо, у складу са нашим схватањем права на самоопредељење, размотрити могућност... признавања, на основу међународног права, оних република које више не желе да припадају Југославији": Weller, *The International Response* , стр. 586 (напомена 115). Октобра 1991. године словеначки политичари добили су уверавања од Бона да је признавање "само ствар избора погодног тренутка и правих околности": Cohen, *Broken Bonds*, стр. 233. О немачким дипломатским напорима иза сцене види, исто тако, Eyal, *Europe and Yugoslavia*.

(66) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 230.

(67) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 233. Пре састанка извештено је да је већина од две трећине чланова ЕЗ била против признавања, али је на инсистирање немачког министра спољних послова Ханса Дитриха Геншера састанак продужаван све док се његове колеге из осталих земаља-чланица ЕЗ нису, једногласно, сложиле да ће подржати признање. У четири сата у зору следећег јутра, осталих једанаест министара спољних послова сагласили су се са Геншеровим захтевом: Walter Roberts, *The Balkan Debacle Could Have Been Avertedy* - Defence & Foreign Affairs Strategic Policy, свеска 21, бр. 4-5, април - мај 1993, 6-7 (у даљем тексту - Roberts, *The Balkan Debacle*), стр. 7.

сецесионистичких република. Услови за признавање од стране ЕЗ били су:

(а) поштовање одредаба Повеље ОУН, Финалног акта из Хелсинкија и Париске повеље, а нарочито оних у вези са владавином права, демократијом и људским правима;

(б) гаранције за права етничких и националних група и мањина;

(в) поштовање неповредивости свих граница, које се могу мењати само путем (мирног) споразума;

(г) обавеза да се, споразумно или путем арбитраже, решавају сва питања у вези са сукцесијом државе и са регионалним споровима;

(д) прихватање свих релевантних обавеза у вези са разоружањем и спречавањем ширења нуклеарног оружја, као и са безбедношћу и регионалном стабилношћу (68).

Све југословенске републике биле су позване да се пријаве за признавање до 23. децембра 1991. године. У својим пријавама биле су дужне да назначе:

(а) да ли желе да буду признате као независне државе;

(б) да ли се слажу да прихвате обавезе назначене у наведеним смерницама;

(в) да ли се слажу да прихвате обавезе у вези са људским правима и правима националних или етничких група;

(г) да ли подржавају стални напор ОУН и ЕЗ ради решавања југословенске кризе.

Коначно, ЕЗ је захтевала уставне гаранције по којима свака пријављена република нема никаквих територијалних захтева према суседним државама - чланицама ЕЗ (69).

Све пријаве требало је да се поднесу Арбитражној комисији на чијем је челу био Роберт Бадентер (Бадентерова комисија), која је установљена у складу са декларацијом ЕЗ од 27. августа 1991. (70). ЕЗ се даље сагласила да до признавања било које од република неће доћи пре 15. јануара 1992. године, како би се дало времена Бадентеровој комисији да размотри примљене пријаве (71).

Југословенска скупштина је, у својој декларацији од 21. децембра 1991, снажно критиковала одлуку ЕЗ о објављивању смерница за признавање. Највећи део критике био је заснован на томе да је ЕЗ повредила своје сопствене раније услове у вези са било каквим признањем, а наиме да ни једна југословенска република неће бити призната у одсуству укупног решења које треба да прихвате свих шест република (72). Одлука ЕЗ је, по мишљењу Лорда Карингтона, "изменила читаву природу Конференције (о Југославији, уклањајући) једини прави инстру-

(68) EPC Press Release 128/91 (16. децембар 1991), прештампано из *Focus*-а, стр. 249-250.

(69) EPC Press Release 129/91 (16. децембар 1991), прештампано из *Focus* -а, стр. 251-252. Последњи услов који се односио на територијалне захтеве према државама-чланицама ЕЗ био је унет како би се ублажио грчки страх да би Македонија могла имати територијалне захтеве према грчкој Македонији.

(70) За текст декларације ЕЗ од 27. августа 1991. године, види - *Focus* , стр. 128-129.

(71) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 234.

(72) За текст декларације југословенске Скупштине од 21. децембра 1991. године, види - Yugoslav Survey, свеска XXXII, бр. 4, 1991, стр. 5-7.

мент којим би се стране ангажовале у преговарачком процесу" (73). Одлука ЕЗ је, по мишљењу Лорда Карингтона, "изменила читаву природу Конференције (о Југославији, уклањајући) једини прави инструмент којим би се стране ангажовале у преговарачком процесу", то јест изглед за признањем. Специјални изасланик ОУН за Југославију, Сајрус Венс, сагласио се са Карингтоновом опаском (74).

Пријаве за признање примљене су од Словеније, Хрватске, Македоније и Босне и Херцеговине. Накнадне пријаве стигле су од Републике Косово и Републике Српске Крајине. Последње две пријаве нису могле бити разматране јер су у смерницама изричито тражене пријаве од бивших југословенских република, који статус по југословенском уставу нису имали ни Косово ни Крајина. Бадентерова комисија је у својим мишљењима препоручила признавање Словеније (75) и Македоније (76) али не и Хрватске (77) и Босне и Херцеговине (78.

У вези са Хрватском, Бадентерова комисија није била задовољна хрватским уставним одредбама које се односе на мањине, па је стога одбила да препоручи признање. Међутим, даље је стајало да би уколико се овај недостатак уклони, Хрватска задовољила услове ЕЗ за признање.

У вези са Босном и Херцеговином, Бадентерова комисија препоручила је одржавање међународно надгледаног референдума пре него што би до признања дошло, како би се видело да ли већина грађана ове републике жели независност и међународно признање. То је, у ствари, представљало додатни услов за признање, с обзиром да није било обухваћено смерницама и условима које је ЕЗ објавила 16. децембра 1991.

Међутим, пре но што је уопште била примљена било која пријава за признавање, Немачка је искочила из редова осталих партнера ЕЗ и, 18. децембра 1991, признала Хрватску и Словенију, иако је изјавила да своје одлуке о признавању неће спровести у дело до 15. јануара 1992. године (79). Немајући другог реалног избора осим, да следе немачко вођство, државе-чланице ЕЗ су, 15. јануара 1992. године, признале Словенију и Хрватску. Македонија није била призната услед грчких захтева да промени своје име и да из њега искључи реч "Македонија". Босна и Херцеговина није била призната у складу са саветом Бадентерове комисије.

---

(73) Carrington, *Turmoil in the Balkans*, стр. 1. Ово је такође било гледиште холандског дипломате Хенрија Вајнендтса који је био члан преговарачког тима Лорда Карингтона у југословенској кризи: David Wedgewood Benn, *A Diplomat on Yugoslavia's Breakup* - у (1993) 49 The World Today, 220-221, стр. 220.

(74) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 234-235.

(75) Бадентерова комисија, мишљење бр. 7, прештампано из - Крећа, *The Badinter Arbitration Commission*, стр. 54-59.

(76) Бадентерова комисија, мишљење бр. 6, прештампано из - Крећа, *The Badinter Arbitration Commission*, стр. 50-54.

(77) Бадентерова комисија, мишљење бр. 5, прештампано из - Крећа, *The Badinter Arbitration Commission*, стр. 48-50.

(78) Бадентерова комисија, мишљење бр. 4, прештампано из - Крећа, *The Badinter Arbitration Commission*, стр. 46-48.

(79) Cohen, *Broken Bonds*, стр. 234.

VII. ПРИМЕДБЕ НА ПРИЗНАЊЕ СЛОВЕНИЈЕ И ХРВАТСКЕ

Прва примедба која би се могла упутити у вези са евентуалним признањем Словеније и Хрватске састоји се у томе да су политички фактори, а не правни, доминирали у одлучивању о признавању. Изјаве о југословенској кризи од стране кључних међународних чинилаца у почетку 1991. године, којима се залагало за територијални интегритет Југославије и опомињало против сецесије, биле су углавном даване с погледом на догађаје у СССР-у, који се тада налазио у процесу распада. Забринутост да би Југославија могла постати преседан за СССР, у време у које је политичко вођство и у САД и у СССР надаље подржавало територијални интегритет СССР-а (80), значила је да је међународна заједница, готово једногласно, позивала на одржавање јединствене Југославије (81). Међутим, после неуспеха војног пуча у августу 1991. и појаве Бориса Јељцина као доминантне фигуре у СССР-у, промена у приступу у вези са Југославијом постала је могућа. С Јељциновим успоном и са руским признавањем балтичких држава 6. септембра 1991, као и са споразумом између осталих совјетских република да формирају Заједницу Независних Држава (ЗНД), био је отворен пут за разматрање сецесионистичких захтева Словеније и Хрватске на повољнији начин (82). Карактер преседана случаја Југославије за СССР, више није представљао бригу. Више но било шта друго, долазак на власт у СССР-у Бориса Јељцина и пад Михаила Горбачова, као и миран распад СССР-а, отворили су пут евентуалном признавању сецесионистичких југословенских република.

Има мало сумње у то да је Немачка била главни архитекта корака ЕЗ ка евентуалном признању Словеније и Хрватске. Немачко оправдање за овакву политику сводило се на то да ће признање довести до престанка непријатељстава која су обухватила велики део Хрватске у другој половини 1991. године (83). На тај начин, признање је било коришћено као инструмент да се постигну спољнополитички циљеви (84).

Одлука ЕЗ да игнорише мишљења своје сопствене - Бадентерове комисије у вези са признавањем Македоније и Хрватске била је политичке природе. Било је, наиме, добро познато да ће, без обзира на то шта Бадентерова комисија изјави у својим мишљењима, Словенија и Хрватска бити признате (85). Као што је Ејал приметио:

---

(80) Види - Michael Beschloss & Strobe Talbot, *At the Highest Levels*, 1993 - о детаљима америчких и совјетских страховања у вези са могућим распадом СССР-а.

(81) Allen Lynch & Reneo Lukic, *Russian Foreign Policy and the Wars in the Former Yugoslavia*, у - RFE/RL Reseacrh Report, књ. 2, бр. 41, 15. октобар 1993, 25-32, стр. 27; Rich, *Recognition of States*, стр. 40; Lak, *The Involvement of the EC*, стр. 177.

(82) Службеник у холандском министарству спољних послова Мартен Лак после тога је написао: "Западни интерес за Југославију био је условљен хладноратовским реалностима једне подељене Европе, а кад је стара биполарност почела да пуца, тако исто је слабило и западно интересовање за безбедност Југославије": Lak, *The Involvement of the EC*, стр. 176.

(83) John Zametica, *The Yugoslav Conflict (Adelphi Paper 270)*, Brassey's (UK) Ltd., 1992 (у даљем тексту - Zametica, *The Yugoslav Conflict*), стр. 69.

(84) Hans-Heinrich Wrede, *Friendly Concern - Europe's Decision-making on the Recognition of Croatia and Slovenia*, у (1993) 4 The Oxford International Review, бр. 2, 30-32; Rich, *Recognition of States*, стр. 55; Weller, *The International Response*, стр. 587.

(85) Eyal, *Europe and Yugoslavia*, стр. 48.

"Бадентерова мисија била је тотално ирелевантна; овај правник и политичар упорно је наставио да игра своју улогу у шаради више из осећања дужности него из неког озбиљног уверења (86)".

У случају Македоније, признање је одбијено услед снажних примедаба Грчке у вези са именом - Македонија (87). Да би превазишла примедбе Бадентерове комисије поводом признавања Хрватске, ЕЗ је затражила, у последњем минуту, уверавања од председника Фрање Туђмана да ће Хрватска гарантовати права мањина у Хрватској. Та уверавања су дата 15. јануара 1992, непосредно пред признавање Хрватске (88). Догађаји после признања Хрватске јасно су показали да је немачко оправдање за признавање било погрешно, јер су борбе настављене па су, чак, у другој половини 1993. године, претиле и да се појачају и прошире (89). То је оно чега су се критичари немачког настојања за признавањем у то време бојали, па је зато политичка разумност тог чина од онда била широко нападана (90). Тако је, фебруара 1993, бивши француски премијер Мишел Дебре позвао Француску да суспендује признање које је било дато Хрватској и другим бившим југословенским републикама (91), а новембра исте године, грчки министар за европске послове Теодорос Пангалос напао је одлуку ЕЗ да призна Хрватску као "лошу" (92).

Из перспективе међународног права може се рећи да је одлука ЕЗ да призна Словенију и Хрватску значајна због импликација које има у односу на начела самоопредељења, неповредивости граница и признања држава.

Начело самоопредељења је очигледно прешло границе уске примене које је имало у периоду деколонизације, после другог светског рата. Право на самоопредељење проширено је на народе који чине део постојећих међународно признатих држава. Такође је значајно оно начело које је произашло из смерница ЕЗ за признавање, и према коме права на самоопредељење могу бити остварена на јасно дефинисаној

(86) Eyal, *Europe and Yugoslavia*, стр. 48.

(87) О грчком ставу око признавања Македоније, види - Spyros Economides, *Riding the Tiger of Nationalism: The Question of Macedonia*, у (1993) 4 The Oxford International Review, бр. 2, 27-29.

(88) Weller, *The International Response*, стр. 593. The Economist, 18-24. јануар 1992. коментарисао је да су уверавања која је дао председник Туђман "била онолико климава колико и стандарди које су она требало да испуне".

(89) Patrick Moore, *A Return of the Serbian-Croatian Conflict?* - у RFE/RL Research Report, свеска 2, бр. 42, 22. октобар 1993, 16-20.

(90) У једном уводнику је часопис The European, од 27-30. маја 1993 описао одлуку о признању као "пренагљену". Октобра 1993. године новоизабрани грчки председник Андреас Папандреу изјавио је да распад Југославије није требало дозволити, па је за одлуку ЕЗ оптужио Немачку: *Withdrawal of Sanctions on Serbia May Be Justified*, The European, 21-24. октобар 1993. Види такође - Misha Glenny, *The Massacre of Yugoslava*, у - The New York Review of Books, 30. јануар 1992; Misha Glenny, *The Fall of Yugoslavia, The Third Balkan War* , 1992, стр. 143; Zametica, *The Yugoslav Conflict*, стр. 68-70; Gregory R. Copley, *The New 'Euro-Bantustans'*, у - Defence & Foreign Affairs Strategic Policy, свеска 21, бр. 1, 31. јануар 1993, 2; Roberts, *The Balkan Debacle*; C. G. Jacobsen, *Myths, Politics and the Not-So-New World Order*, у (1993) 30 Journal of Peace research, 241-250, стр. 243-244.

(91) *Unilateral US Policy on the Balkans Tilts Peace Process*, у - Defence & Foreign Affairs Strategic Policy, свеска 21, бр. 2, 28. фебруар 1993, стр. 20.

(92) *Greek Minister Hits Fiercely at Germany*, Sidney Morning Herald, 27. новембар 1993.

територијалној јединици у оквиру државе. Смерницама ЕЗ пријаве за признање биле су изричито ограничене на републике Југославије. Стога се признање није могло дати само на тој основи бившим аутономним областима Косово и Република Српска Крајина. Ово има дубоке импликације за федералне структуре државе и може утицати на политичке вође да се залажу за одржавање унитарних структура и да се противе "уставној деволуцији, уколико таква деволуција носи собом семе права на сецесију (93)". Одлука ЕЗ да сузи самоопредељење само на постојеће формиране територијалне јединице у оквиру једне државе била је, несумњиво, последица схватања да би прихватање ширег права на самоопредељење изазвало неповољне последице за постојеће државе, укључујући многе њене чланице, а нарочито оне у којима постоје незадовољне етничке мањине (94).

Смернице ЕЗ за признавање такође се јасно уклапају у традиционалну западњачку концепцију самоопредељења по којој се оно заснива на начелима народног суверенитета и представничке владавине (95). Смерницама се изричито одбацује етничко самоопредељење, иако су сецесије Словеније и Хрватске биле засноване на таквој врсти самоопредељења. Случајеви Словеније и Хрватске јасно обзнањују стварање једног новог међународног права у области сецесије. Сецесија није нова појава (96) и многе данашње државе које одавно постоје биле су некада формиране путем сецесије. Међутим, у ери после другог светског рата сецесија није била омиљена у систему међународног права и у односима међу државама, јер су оне тада уважавале норму територијалног интегритета насупрот сецесионистичког самоопредељења (97). Ово, без сваке сумње, данас више није случај.

Признање Хрватске и Словеније такође утиче и на начело неповредивости граница. Међународним правом предвиђа се да спољне и

---

(93) Weller,*The International Response*, стр. 606. У преговорима о унутрашњој структури Босне и Херцеговине вероватније је да се муслимански отпор поделама у Босни по етничким линијама заснива на бојазни да би то отворило пут српским и хрватским областима да се отцепе и уједине са Србијом и Хрватском. У случају Квебека, смерницама ЕЗ би се вероватно дозволила сецесија те провинције од Канаде. О захтеву Квебека да се отцепи, пре но што су донете смернице ЕЗ о Југославији, види - Gregory Marchildon & Edward Maxwell, *Quebec's Right of Secession Under Canadian and International Law*, у (1992) 32 Virginia Journal of International Law, 583-623.

(94) У случају САД, смернице ЕЗ не би ишле у прилог сецесији од Калифорније округа северне Калифорније, који су 1991. године изнели своје планове да се отцепе од Калифорније и створе педесет прву државу САД. Што се тог елемента тиче, сецесија Крајине од Хрватске може се поредити са ситуацијом у Калифорнији, јер ни Крајина ни северни окрузи Калифорније нису формирали јединствену административну јединицу у време саме сецесије: види - Milica Zarkovic Bookman, *The Economics of Secession*, 1993, стр. 5-6.

(95) Musgrave, *Self-Determination*, стр. 218-220.

(96) Crawford, *The Creation of States*, на страни 247 каже: "Све до овог века, сецесија је несумњиво била најупадљивији и можда најуобичајенији метод стварања нових држава."

(97) Крајем 1991. године, после доношења словеначке и хрватске декларације независности, али пре но што је Европска заједница признала сецесионистичке републике, један теоретичар међународног права заступао је став да Словенија и Хрватска, иако су имале право на самоопредељење, нису имале и право на отцепљење, јер право на отцепљење не представља део међународног права: Iglar, *The Constitutional Crisis*.

унутрашње границе морају бити поштоване (98). Бадентерова комисија се у свом мишљењу бр. 3. (99) изјаснила за то да ова иста начела важе за постојеће федералне границе у случају да дође до распада федерације и да се, уместо ње, појаве нове државе. Као последица таквог схватања, унутрашње републичке границе стичу исти статус као међународне границе, па се не могу вршити никакве промене таквих граница, осим путем споразума и мирним путем. Долазећи до свог закључка о неповредивости унутрашњих граница, Комисија се снажно ослонила на начело *uti possidetis juris* и на чињеницу да га је применио - у једној одлуци 1986. године, Међународни суд правде, решавајући гранични спор између Буркине Фасо и Малија. Према начелу *uti possidetis juris* нова независна држава, која је раније била колонија, наслеђује читаву територију у оквиру некадашњих колонијалних граница. Чињеница да је Комисија проширила примену наведеног начела и на распад федерације била је и критикована (100) и подржавана (101) од стране стручњака за међународно право. Такође је било речено да начело *uti possidetis juris* има и друго значење, а наиме, да обухвата начело ефективне контроле, па се границе државе која се одваја одређују на територији на којој она, као ентитет, има ефективну контролу. У случају Хрватске то би значило да хрватске границе не би укључиле регион Републике Српске Крајине (102). У вези са овим, посебан значај добија декларација ЕЗ од 31. децембра 1991. У тој декларацији, наиме, стоји:

"... признање не подразумева да Европска заједница и њене државе-чланице прихватају став било које републике у вези са територијом која је спорна за две или више република (103)".

Ова декларација донета је поводом СССР-а, али се чини да је подједнако применљива и на Југославију, посебно зато што су смернице за признавање од 16. децембра 1991. године намењене и СССР-у и Југославији. Сасвим је јасно да признање Словеније и Хрватске од стране ЕЗ, и мишљења Бадентерове комисије којима је усмераван процес признавања, имају значајне импликације за постојећа начела неповредивости граница (104).

(98) Види, на пример, Повељу Уједињених нација и Финални акт из Хелсинкија.

(99) Прештампано из - Креча, *The Badinter Arbitration Commission*, стр. 44-45.

(100) Креча, *The Badinter Arbitration Commission*, стр. 32-40; Musgrave, *Self-Determination*, стр. 409-414. Велер је на овај начин изразио своју општу критику мишљења Бадентерове комисије: "Све у свему, углавном веома кратка мишљења Комисије имају изгледа да привуку знатну и, вероватно, непријатељску пажњу теоретичара. Она су подупрта најплићим правним резоновањем и, по свему судећи, неће много помоћи међународној заједници кад се буде трудила да решава потенцијално описани проблем сецесије у будућности." Види - Weller, *International Law and Chaos*, стр. 8.

(101) Pellet, *The Opinions of the Badinter Arbitration Committee*, стр. 180; Kingsbury, *Claims By Non-State Groups*, стр. 488. Кингсбари мисли да ово начело треба проширити и у односу на границе југословенских аутономних покрајина, као и на републике.

(102) Креча, *The Badinter Arbitration Commission*, стр. 38-39.

(103) Наведено код - Креча, *The Badinter Arbitration Commission*, стр. 39.

(104) Начело неповредивости унутрашњих граница нападнуто је као неправедно из политичких разлога. Кад је реч о Југославији, занимљив је следећи текст: "Маршал Тито нацртао је границе за своју Југославију за своје сопствене циљеве - а један такав циљ био је етничка мешавина која би спречила сепаратизам (!)... Као и многе друге унутрашње границе у другим деловима света, и оне су сведочанство свог творца (или твораца), а не природна правда. Сматрати их светим и неповредивим значило би овековечити уграђену неправду и конфликт": Carl Jacobsen, *On the Search for a New World Security Order: The*

У вези са питањем признања државности, ЕЗ је знатно изменила прихваћену међународну праксу. Пре свега, напуштени су традиционални критерији међународног права за признање, а, друго, додати су нови критерији. Традиционална формулација основног критерија државности налази се у члану 1. Конвенције из Монтевидеа из 1993. године, у коме се каже:

"Држава као лице у међународном праву треба да има следећа својства: (а) стално становништво; (б) одређену територију; (ц) владу; и (д) способност да ступи у односе са другим државама (105)".

У случају Хрватске, одредбе члана 1. нису задовољене због тога што хрватска влада ниједног тренутка није имала контролу над приближно једном трећином територије своје тек признате државе. Те области биле су под контролом Срба из Хрватске и снаге хрватске владе нису биле у стању да преузму контролу над тим регионима за своју владу. Хрватска влада била је, а то и остаје, неспособна да врши суверенитет над значајним делом свог претпостављеног становништва или територије (106).

С друге стране, смерницама ЕЗ од 16. децембра 1991. додати су нови критерији који би требало да се задовоље пре но што се оствари признање. У тим смерницама стоји да ће до признања доћи ако, између осталог, нове државе поштују одредбе Повеље ОУН, Финални акт из Хелсинкија и Париску повељу за нову Европу КЕБС-а, а посебно оне које се односе на владавину права, демократију и људска права. Од нових држава се тако исто тражи да гарантују права етничких и националних мањина. О овим додатним критеријумима могу се истаћи три примедбе. Прво, изузев необавезујућих декларација КЕБС-а, не постоје међународни уговори којима се дефинишу (у детаљима) појмови владавине права, демократије или права етничких и националних мањина, а ни средства којима се све то обезбеђује. У ствари, у овој материји у међународној заједници постоји мноштво различитих гледишта (107). С обзиром на овакво стање ствари, додељивање признања може бити изложено разноликим начинима примене у пракси. Друго, у области људских права, међународно право у тој материји моделирано је према западњачким начелима и вредностима. Примена постојећих конвенција о људским правима на друштва која нису прожета западном традицијом, поред тога што изазива тешкоће, поставља и питање целисходности инсистирања на томе да се не-западњачке државе придржавају западних појмова о људским правима. У случају бивше Југославије то је од најнепосреднијег значаја, с обзиром на источно-православну традицију њених јужних и источних република (108). Коначно, смернице ЕЗ о признавању представљају кршење начела немешања у унутрашње послове држава. То такође изгледа као део једне нове тенденције у

Inviolability of Borders': *Prescription for Peace or War?* - у (1992) European Security, 50-57, стр. 55.

(105) О расправи поводом критерија у Конвенцији из Монтевидеа, види - Crawford, *The Creation of States*, стр. 36-71

(106) Musgrave, *Self-Determination*, стр. 361-362.

(107) Kingsbury, *Claims by Non-State Groups,* стр. 505-506.

(108) Adamantia Pollis, *Eastern Orthodoxy and Human Rights* - у (1993) 15 Human Rights Quarterly, стр. 339-356.

међународном праву, која се огледа и у развијању начела међународне хуманитарне интервенције (109), што изазива забринутост многих неразвијених земаља које посматрају "начело интервенције" само као маску за доминацију Запада и његову контролу над Трећим светом.

Коначни исход праксе ЕЗ према смерницама од 16. децембра 1991. своди се на то да је Заједница "претворила признање у конститутивни елемент државности", упркос чињенице да је њена сопствена Бадентерова комисија изјавила да је признање држава "чисто декларативно" (110). На овај начин поново је оживела дебата о декларативним насупрот конститутивним теоријама (111) признавања. Надаље, различити критерији у смерницама ЕЗ чине од признања изразито политички акт, па тако признање сецесионистичког захтева заснованог на самоопредељењу постаје привилегија оних који то "заслужују", а не универзално применљиво право (112).

VIII. ЗАКЉУЧАК

Сецесија Словеније и Хрватске и њихово признавање као држава у међународноправном смислу, имало је значајно дејство на начела самоопредељења. Обе републике правдале су сецесију на основу самоопредељења и тај аргумент наишао је на одобравање међународне заједнице. Признавање Словеније и Хрватске значи да се самоопредељење може манифестовати актом сецесије од једне међународно признате државе. То је драматично одступање од претходно постојеће међународне праксе. У време израде нацрта Повеље Организације Уједињених нација и њених одредаба о самоопредељењу, изражена је забринутост, посебно од стране Француза, да ће се ти чланови узимати као основ за сецесионистичке захтеве (113). То се сада догодило. Последица је да се данас ствара једно ново међународно право сецесије. Смернице ЕЗ на основу којих су оцењене аспирације југословенских сецесионистичких република јесу, стога, значајни конститутивни елементи тог новог права сецесије. С овим у вези значајан је став Масгрејва:

"Одговор међународне заједнице на догађаје у Југославији много је допринео слабљењу начела територијалног интегритета и јачању схватања да се самоопредељење може остварити кроз сецесију од једне независне и суверене државе... На тај начин, установљен је преседан по коме се од конститутивне јединице једне постојеће суверене државе

(109) О међународној хуманитарној интервенцији види - Nigel Rodley (уредник), *To Loose the Bands of Wickedness, International Intervention in Defence of Human Rights*, Brassey's (UK) Ltd. 1992.

(110) The Badinter Commission, мишљење бр. 1, прештампано из - Крећа, *The Badinter Arbitration Commission*, стр. 41-43.

(111) Види - Crawford, *The Creation of States*, стр. 16-25; Oppenheim's International Law, стр. 128-130; Brownlie, *Public International Law*, стр. 88-91.

(112) Према неким коментаторима оправдано је да признање буде политички чин. Види - Halperin et al., *Self-Determination*, који износи критерије за признавање сецесионистичких држава сличне онима које је ЕЗ усвојила у односу на Југославију. Гледиште Халперина и осталих критиковано је у приказу рада *Self-Determination*, који је Hurst Hannum објавио у (1993) 33 Virginia Journal of International Law, 467-471.

(113) A. Rigo Sureda, *The Evolution of the Rihgt of Self-Determination*, A Survey of United Nations Practice, 1973, стр. 99.

може створити, унилатерално, посебна држава, као и онај да ће, као таква, она бити призната од стране међународне заједнице, иако није испунила традиционалне правне критеријуме за државност (114)".

На политичком нивоу, одлука ЕЗ да призна Словенију и Хрватску била је заснована на погрешној премиси да ће то обуставити кланицу и крвопролиће у Југославији. Резултат је, међутим, био супротан. Одлука је била донета под немачким притиском у оквиру ЕЗ, прекривајући политичке поделе маском мудрости признања, али је истовремено у великој мери сузила способност Европске заједнице да се носи са кризом (115). Признање побуњених југословенских република, или "сломпризнање" (116) - како га је духовито назвао "Економист" (*"wreckognition"* - на енглеском - *прим. прев.*) - представљало је, по речим Ејала, "срамну игру која нити је сачувала углед Заједнице нити је спречила ширење рата (117)". Политичке последице свега биле су да је међународна заједница сада драматично ограничила опције које су јој стајале на располагању да се постигне брзо и правично решење проблема бивше Југославије.

(Превео: Ђурица Крстић)

(Примљено, 7. јануара 1994)

(114) Musgrave, *Self-Determination*, стр. 363-364.
(115) Lak, *The Involvement of the EC*, стр. 181.
(116) The Economist, 18-24. јануар 1992.
(117) Eyal, *Europe and Yugoslavia*, стр. 49.

UDK-343.1
Изворни научни рад

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

НАУЧНИ ПРОБЛЕМИ НА РЕЛАЦИЈИ ДОКАЗНИ ИЗВОР - ДОКАЗ - ДОКАЗИВАЊЕ У КРИВИЧНОМ ПРОЦЕСНОМ ПРАВУ

У страној и нашој кривично-процесној науци постоје неслагања и контроверзе у погледу дефинисања и утврђивања односа на линији доказни извор-доказ-доказивање. Један од узрока немоћи да се мериторно одреде фундаментални појмови доказне теорије сагледавам у херметизму великог броја процесуалиста, који су се затворили према значајним открићима савремене науке: системно-структурној теорији. теорији информације (1) и криминалистичким сазнањима. Ова сазнања, наиме, важе за све, па и најспецијалније научне области и представљају неопходан методолошки допринос, без кога се кривично-процесне теорије морају, заробљене у садашњем свом догматском оклопу, задовољити тапкањем у месту. Још од моје дисертације (1969) и у свим каснијим радовима из криминалистике и доказне теорије, убеђен да се не могу изнаћи правилне дефиниције основних појмова доказне теорије без коришћења резултата и метода теорије информације и системно-структурне теорије, трудио сам се да створим доследно и конзистентно учење (2).

Кључне речи: *Доказни извор. - Доказ. - Доказивање. - Предмет доказа. - Информација.*

I. ДА ЛИ ЈЕ ДОКАЗИВАЊЕ ЈЕДИНИ ПУТ УТВРЂИВАЊА СПОРНИХ ЧИЊЕНИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ?

По овој дилеми постоје у нашој кривичнопроцесној науци два схватања. По првом учењу, истинитост тврдње о чињеницама из прошлости (*themi probandi*, спорним чињеницама) може се проверити и утврдити само путем откривања и установљавања доказа тј. доказних чињеница, дакле посредним путем - доказивањем (3).

(1) У криминалистици и кривичнопроцесном праву ова становишта заступа и оживотворује још и др Б. Павишић, професор кривичнопроцесног права и криминалистике на Правном факултету у Ријеци и судија Врховног суда у Загребу.

(2) Овај рад чини целину са чланком *Проблематика чињеница у доказној теорији кривичног процесног права*, Анали Правног факултета у Београду, 5/1992.

(3) Б. Марковић, *О доказима у кривичном поступку*, Београд, 1921. "Али извесност или истинитост једне чињенице може се добити само из других чињеница, које су већ

Схватање да доказивање није јединин начин утврђивања чињеница у кривичном поступку створио је у нас V. Bayer у капиталном делу о доказима (4). Он тврди да суд неке чињенице не утврђује доказивањем него властитим опажањем. "Но суд утврђује неке чињенице и *властитим опажањем*, а не доказивањем". "Из онога што је речено произлази да су индицији за органа кривичног поступка *извор сазнања* о правно релевантним чињеницама. Како изворе сазнања о чињеницама у кривичном поступку, различите од властитог опажања кривичног поступка називамо доказима, произлази да су индицији докази...". "Доказе у ужем смислу ријечи не можемо поистовјетити с чињеницама било које врсте, јер су докази у ужем смислу ријечи извори сазнања о чињеницама, а не чињенице". Bayer је био у заблуди, сматрајући да је он једини творац учења да се неке чињенице утврђују и властитим опажањем. Међутим, на исти начин размишља и низ совјетских процесуалиста (5). *Сматрам да уопште не постоји могућност непосредног запажања предмета доказивања (theme probandi).* Он се може утврдити једино и само процесом доказивања. Надаље докази су, по мени, чињенице, које се деле на непосредне и посредне (индицијалне) доказе. Чињеницу схватам битно другачије од писаца које критикујем. Чињеница је гносеолошка категорија. Нека ствар, појава, догађај, процес постаје чињеницом само онда и управо тиме што их је орган кривичног поступка *спознао* (концептуализовао), придајући им одређено значење (интерпретацију) као релевантним у кривичној ствари (6). Истинитост тврдње о кривичном делу као скупу чињеница из прошлости, нпр. о извршеној провалној крађи, не може нико утврдити непосредним опа-

---

извесне и које стоје у тако тесној вези с чињеницом, која треба да се докаже, да се ова из оних изводи... једна доказује другу, њен је доказ", стр. 4-5. *Уџбеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије*, Београд, 1937, стр. 281; Тихомир Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд, 1981. "Суд изводи закључке о извесности одређене чињенице коју треба доказати из других чињеница које су већ доказане, а у вези су са оним које треба доказати ... чињеница која је већ утврђена и из које се изводи закључак о истинитости чињеница коју треба доказати назива се доказни основ...", стр. 294.

Драгољуб Димитријевић, *Кривично процесно право*, Београд, 1981. "Доказ је чињеница о истинитости или неистинитости спорне чињенице." стр. 184; Д. Димитријевић, Милица Стефановић-Златић, Ђорђе Лазин, *Кривично процесно право*, Београд, 1986, стр. 182; В. Водинелић, *Доказивање - једини пут утврђивања спорних чињеница у кривичном поступку*, Наша законитост, 11-12/1978, стр. 31-52.

(4) *Југословенско кривично процесно право*, Књига друга, Право о чињеницама и њиховом утврђивању у кривичном поступку, Загреб, 1972, стр. 15, 19, 30. Вауегово схватање нарочито примењује Загорка Јекић, *Докази и истина*, Београд, 1989, стр. 9-12.

(5) В. Ја. Лившиц, *Принцип непосредствености в советском уголовном процессе*, М-Л. 1949, стр. 18-19; А.А. Пионтиковский, *К вопросу о теоретических основах советскои криминалистики*, Советскаја криминалистика на службе следствија, вип. 6, М., 1955, стр. 25; А.А. Старченко, *Логика в судебном исследовании*, М., 1958, стр. 19-20; В.С. Николаев, *Обоснованност приговора*, М., 1959, стр. 37-39; В.Д. Арсеньев, *Вопроси обшеи теории судебних доказательств в советском уголовном процессе*, М., 1964, стр. 71-82; П.А. Лупинскаја, *Доказивање в советском уголовном процессе*, М., 1966, стр. 21-22; J.M. Луизгин, Раследование как процесс познанија, М., 1968, стр. 12-13, Р.С. Белкин, А.J. Винберг, *Криминалистика и доказивание*, М., 1966, стр. 12-13; В. Ја. Дорохов, *Теорија доказательств в советском процессе*, М., 1973, стр. 202-204.

(6) В. Водинелић, *Проблематика чињеница у доказној теорији кривичног процесног права*, Анали Правног факултета у Београду, 5/1992.

жањем. Орган кривичног поступка (и то нико не оспорава) може чулно опажати лице места, предмете и трагове (за које треба утврдити да ли су настали кривичним делом), оштећене објекте, претресом пронаћи плодове кривичног дела (нпр. украдене ствари, новац, фалсификоване новчанице, наркотике) итд. итд. *Кривично дело је извршење забрањене радње, а њу суд не може непосредно опажати.* Уколико је кривично дело (што је крајње изузетно) извршено пред судским већем, ово је самим тим изузето, а његови чланови фунгирају у улози сведока. То налаже начело неспојивости кривичнопроцесних функција. Није проф. Bayer једини научник који робује заблуди да је управо судско чулно опажање најквалитетније. П. Ј. Савић је мислио да је у кривичном поступку идеалан случај за утврђивање истине када неко изврши кривично дело на очиглед судског већа (7). 1977. године десио се у Крагујевцу догађај, који, поред других, ову тезу ставља под озбиљну сумњу. За време одржавања главног претреса у бракоразводној парници, тужени супруг, који је хтео по сваку цену спречити развод брака, изненада је извадио пиштољ и испалио метак у таваницу. Судије, изненађене и доведене у афективно стање, нису касније могле дати поуздане исказе у погледу круцијалних чињеница: да ли је окривљени уперио пиштољ у правцу супруге (покушај убиства), па му је бранилац савио руку према поду, док је он тежио да руку са пиштољем доведе у водораван положај (према супрузи). Његов адвокат је коначно успео да пиштољ у тренутку испаљења усмери према таваници. Да ли се радило само о демонстративном пуцању, што би значило да је учинилац одмах уперио пиштољ према плафону, а бранилац није у хрвању успео да му отме пиштољ пре испаљења хица, или овај није располагао поузданим сећањем, а узроке за ту несигурност је одавно проучила психологија исказа (8)? Сва круцијална питања кривично веће је принуђено решавати балистичким, судскомедицинским вештачењем, реконструкцијом догађаја, експериментом итд., дакле искључиво доказивањем. Види се да ни "идеалан случај" није "имун" од још како сложеног доказивања. А што тек остаје да се каже за супротан, загонетан случај несћанка заповедника брода "Christofera Olendorfa", Bernarda Janicke-a, који је у дубокој ноћи "ишчезао" са брода, док се непосредно пре тога зачуо крик. Криминалистичко-тактичка диференцијална дијагноза, која је задавала главобољу полицији и истражном судији у Бару, колебала се између две верзије: убиство или самоубиство?

Bayer (9) овако резонира: "По нашем мишљењу, доказивати да нека чињеница постоји или не постоји, *значи увјеравати некога или увјеравати самога себе у то* да односна чињеница постоји или не постоји. Никога, међутим, није потребно увјеравати да постоји односно да не постоји нека чињеница ако онај тко треба да спозна (утврди) ту чињеницу може његино постојање односно непостојање установити властитим осјетилима (властитим опажањем)... И *суд се доказима служи само онда када чињенице не може утврдити властитим опажањем.* Увиђај тј. процесна радња у којој орган кривичног поступка властитим

(7) "Судија би најбоље догађај сазнао онда када би био присутан самоме догађају у моменту када се овај збива." *Теорија судских доказа*, Београд, 1886, стр. 127.

(8) В. Водинелић, *Криминалистика*, Београд, 1987, стр. 281-304.

(9) Bayer, *op. cit.*, стр. 16, фуснота 14.

опажањем утврђује чињенице, није, дакле, доказ. Доказ би се, према томе, могао дефинирати као извор из којег је неко стекао увјерење да постоји или не постоји нека чињеница коју он не може утврдити властитим опажањем." Окривљени је за време главног претреса замахнуо ножем према главном сведоку оптужбе, који је нагонски устукнуо тако да је у том тренутку убоден у слабину. *Иако је кривично веће непосредно опажало баш само извршење физичке радње* (напад ножем), *спорне чињенице* (покушај убиства, умишљајна телесна повреда?) *не могу се утврдити на другачији начин осим доказивањем.* По мени, истражни и расправни судија *могу непосредно опажати само сигнале - физичке носиоце доказне информације о последици кривичног дела, али не и саму његову последицу. Исто тако стоји ствар и са предметима кривичног дела. То су доказне чињенице, чија се веза са кривичним делом мора тек доказати.* Пиштољ нађен поред руке мртваца није увек самим тим и средство извршења убиства, јер се догађа да учинилац на лицу места остави туђи пиштољ како би сумња пала на невиног човека, а свој пиштољ сакрије. Или учинилац изврши убиство жртвиним пиштољем, те му га стави у руку да би прикрио убиство, тј. симулирајући самоубиство приказао да пиштољ није corpus delicti (10). Увиђајни орган чулно опажа да је на вратима трговине разбијена брава и да нема вредности које су се ту, наводно, налазиле. Истражни судија непосредно запажа да је ладица стола, из којега је нестао новац, оштећена, криминалистички техничар ће макро и микро трагове наводног обијања, узмимо, квалитетно и верно фиксирати нпр. помоћу силиконске масе lastic. Саму провалну крађу (предмет доказивања, суштину или привид опажене појавности) нико не може утврдити, непосредним чулним опажањем. Зар је једанпут иза "очигледне провалне крађе" откривена фингирана крађа ради прикривања сукцесивно вршене проневере? Суштина ствари: да ли су што стварно обили, којим и чијим средством, да ли су трагови обијања прави или лажни, проблем идентитета оруђа решава се експерименталним обијањем нападнутог објекта и механоскопским вештачењем упоредних трагова (одливених микрорељефа) помоћу компаративног микроскопа, дакле, доказивањем. Ако је пак "обијен или провољен" објекат приступачан непосредном чулном опажању, то нико не може рећи за микро-траг употребљеног оруђа, чије је вештачење (дакле, доказивање) одлучујуће у овој кривичној ствари. Те су две ствари међусобно повезане узрочно-последичном, индивидуализујућом корелацијском, синалетичком, супстанционалном, функционалном, супсидијарном, трансформационом, интегралном и кумулативном везом (11), али се та повезаност (суштина кривичне ствари) може открити не непосредним чулним опажањем него процесним доказним радњама, чији су резултати докази. Доказивање се збива на основу планирања верзија као вероватних модела кривичног догађаја и мисаоних реконструкција претпостављених или утврђених доказних чињеница. Увек, без изнимке, имамо посредни пут утврђи-

(10) В. Водинелић, *(Не)држање оружја у руци жртве као индиција у кривичном поступку*, Безбедност, стр. 701-714.

(11) *Идентитет особа и ствари као елемената предмета доказивања у кривичном поступку*, Законитост, 6/1991, стр. 661-689.

вања предмета доказа (12). Не смемо превидети да *истражни судија може врло добро опажати неки предмет или траг као макроскопску физичку ствар,* али се она јавља као предмет кривичног дела или криминалистички траг тек и само ако је путем криминалистичке идентификације (тј. вештачењем, што ће рећи доказивањем) доведена у релевантну везу с извршењем дотичног кривичног дела. То што је судија непосредно чулно опажао облик макро-трага или макро-предмета не решава проблем предмета доказивања. Убица је извршио провалну крађу у трговини и оставио на поду своју личну карту како би унапред отклонио од себе сумњу у погледу убиства. Нема сумње да судија ту легитимацију запажа својим чулом вида. Пошто не постоји сумња да је она кривотворена, није потребно вештачење. Али, питање улоге те личне карте као доказне чињенице у тој кривичној ствари не може решити ничији чулни опажај.

У селу је изгорела осигурана зграда. Тог дана је било олујно невреме, севале су муње. Да ли је стварно гром запалио кућу или је посреди умишљајна паљевина ради добијања осигурања? Истражни судија може сатима "непосредно опажати" згариште. Што ће то значити? Потпаљивачи више пута користе кишне олује за своју криминалну делатност, јер желе оставити утисак да је посреди природан пожар изазван ударом муње. Када се као узрок пожара наводи тај удар, мора се увиђајем (13) и вештачењем утврдити стање металних делова. Гвоздени делови показују тада магнетична својства, а жице спиралне завртње. Ако истражни судија у динамичкој фази увиђаја утврди да су метални делови намагнетисани, те твари ће асервирати, наредити вештачење и имати доказ да је посреди кривичноправни случај. Ако се не нађу намагнетисани делови, то је доказна чињеница да није било удара грома, дакле, извршена је умишљајна паљевина.

Конкретне чињенице у вези са проналажењем предмета или трагова (*па да би они постали предмет и траг кривичног дела или били елиминисани као ирелевантни*) даду се установити само посредованим сазнањем.

Концепција о непосредном опажању чињеница у кривичном поступку полази од, по мени, погрешне премисе: ако су две ствари међусобно повезане, а прва је доступна непосредном опажању, тада то мора бити случај и с другом ствари. Али, када би се суштина кривичне ствари непосредно откривала чулима, коме би били потребни теорија информације, доказна теорија, хеуристичка криминалистика, свака наука, па и мишљење. Гледиште о два пута утврђивања спорних чињеница у кривичном поступку је погрешно, надаље, и стога што дотични писци нису узели у обзир сазнања криминалистике и других форензичких наука. Они би иначе морали доћи до спознаје да када је нека појавност (физичко "тело" чињеница) доступна непосредном чулном опажању, то нипошто истовремено не значи да судија спорне чињенице спознаје "непосредно", без доказивања. У кривичном поступку се чулно опажање не збива изван сфере доказивања. Чулно опажање истражног (и

(12) В. Водинелић, *Доказивање - једини пут утврђивања спорних чињеница у кривичном поступку*, Наша законитост, 11/12, 1978, стр. 31-52.

(13) В. Водинелић, *Криминалистика*, Београд, 1978, стр. 375-400.

расправног) судије одвија се искључиво у радњама које добијају процесно (доказно) значење не само због тога што их предузима судија него и зато што су опажени трагови и предмети кривичног дела фиксирани и придодати судском предмету у својству стварних доказа. Ако то није могуће, сигнали, носиоци доказних информација, су у најмању руку описани у записнику о увиђају итд, па је првостепени (и жалбени) суд у могућности да (бар приближно) начини исто такво опажање, као да је и сам обавио аутентични увиђај, да уједно располаже грађом за пуну, свестрану и објективну проверу доказних информација и њихову оцену. Иначе би и непосредно опажање судије, које није фиксирано уз провођење процесних одредаба могло бити употребљено у кривичном поступку. ЗКП, међутим, не познаје пресуде које би се заснивале на резултатима непосредног опажања судије, а не на доказима. Он је у том погледу веома децидиран и категоричан: пресуда се може заснивати само на доказима, који су изнети на главном претресу. Не постоје доказна средства нити процесна форма за "непосредно спознавање спорних чињеница". Потребно знање о кривичној ствари може се постићи само процесуалним доказивањем. Једини могући пут за истинито спознавање целокупности чињеница, које улазе у предмет доказивања, налази се у прикупљању, проверавању, изградњи доказне зграде и њеној оцени, из простог разлога што су спорне чињенице ствар прошлости, а непосредном опажању су доступни само докази - чињенице у смислу сигнала - носиоца информација (реликата који су још остали). Т. Васиљевић (14) је у праву: "Доказ у поступку управљен је и намењен свим процесним субјектима (процес је правни однос између њих) и сви су субјекти заинтересовани за доказ, не само суд". Др. Младен Грубиша (15) је пружио убедљиву критику Bayerovog схватања, подупирући Водинелићеву критичку анализу из 1978.

II. ПОЈАВНОСТ И СУШТИНА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Докази су само оне конкретне чињенице објективне стварности чија целокупност (суштина) служи утврђивању истине у кривичном поступку. Оне су "извађене" из система реалности у коме су се држале заједно по принципу универзалне повезаности и међусобне условљености појава. Судија је чињеничном супстрату придао ово или оно значење (интерпретирао је $ч_1$), али $ч_1$ не претвара у доказ ($ч_2$) околност да је судско веће на основу ње стекло одређено уверење о кривичној ствари. Bayer доживљава доказ на субјективистички начин. Да би била истински доказ, чињеница мора имати објективна својства, бити у таквим односима који реално постоје изван и независно од свести судског већа, а допуштају закључак о предмету доказивања. *Није важан само резултат него и пут доказивања*: зашто чињенице ($ч_1$) тако утичу на судско веће, на чему се заснива такво деловање доказа. То, по мени, не значи ништа друго него *изнаћи и повезати чињенице у такав систем који с извесношћу (сигурношћу) утврђује предмет доказивања.* Су-

(14) *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд, 1981. стр. 296.

(15) Младен Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Загреб, 1980, стр. 11; В. Водинелић, *Доказивање - једини пут утврђивања спорних чињеница у кривичном поступку*, Наша законитост, 11/12, 1978, стр. 31-52.

штина доказа је таква њихова објективна веза са предметом доказивања, која је кривичноправно релевантна и истинита. Чињеница (доказ) добија свој "ауторитет" и "достојанство" од стварности која је "судија" о истини без призива. Она то постиже јер је исечак, фрагмент те исте стварности. Али објективно-реална $ч_1$, сама по себи и сама од себе, ћути као нека врста "немог сведока", који дакако постоји, али не говори. Увек је кривично-процесни субјект онај који разјашњава (интерпретира) $ч_1$, те је "претвара" у $ч_2$. Отуда у кривичном поступку једну исту $ч_1$ ЈТ објашњава на један начин, одбрана на сасвим други, често супротан, а суд није обавезан да прихвати ниједно тумачење него, можда, има своје посебно, које даје у образложењу пресуде.

Петар је испустио опушак и запалио шуму. То је свакако кривични догађај (16). Али, он је *могао*, заокупљен бригама, тај опушак да испусти сасвим несвесно (суштина: несвесни нехат), *могао* је лакомислено држати да се од тог опушка шума неће запалити (суштина: свесни нехат), *могао* је то учинити свестан свог дела, хотећи његово извршење (суштина: директан умишљај), *могао* је помислити: "До пожара може доћи од тог бацања опушка, читао сам већ о таквим случајевима, е па шта" (суштина: евентуални умишљај). Биће кривичног дела (његова суштина) није, са гносеолошког становишта, ништа друго него информациони модел кривичног дела. Модел пружа кривичару правилне представе о томе која обележја кривичног дела (суштина) морају постојати у конкретном случају, која својства, везе и односе морамо изнаћи у процесу доказивања (ако је одређено кривично дело стварно извршено). Све релевантне чињенице ($ч_1$) - као појаве објективне стварности - међусобно су повезане - у унутрашњем погледу - управо тиме што оне одражавају - за све идентичне типске појаве - *заједничку и јединствену суштину догађаја у прошлости* - нпр. проневеру (чл. 251 КЗ Р Србије). Све те чињенице које су настале извршењем кривичног дела, или су се њим у некој другој релевантној вези, појављују се у кривичном поступку као докази (чињенице), на основу чијег система (доказне зграде) се изводи закључак о (не) постојању кривичног дела и кривца.

Пракса непобитно доказује да се суштина не испољава одмах и сва него делимично, појединим тек страном, фрагментарно. У појединим доказу суштина налази само своје делимично испољавање - свој парцијални одраз. Фрагментарно испољавање значи уједно и вишезначност. Док је суштина обавезно само једна, појава је вишезначна. У томе и леже потешкоће око правилности интерпретације $ч_1$ (дакле $ч_2$). Унутрашњу повезаност свих појава ($ч_1$) могуће је утврдити тек истраживањем и изналажењем система појава које чине конкретно кривично дело. Баш зато што је у суштини кривичног дела унутрашња одредба, она, за разлику од појава ($ч_1$), не може бити дата непосредном чулном опажању него је приступачна само рационалној обради. У оквиру појава постоји и општеспољно (много заједничких испољавања). Нпр. у бројним случајевима инсценирања (фингираних) провалних крађа пословођа разбија стакло на радњи изнутра, јер се боји да би га неко могао запазити ако то чини споља. Искусан кривичар, полазећи од алгоритма

(16) О кривичном догађају види монографију В. Водинелића, *Што је откривање, а што разјашњавање кривичног дјела и разоткривање учиниоца*, Загреб, 1990, стр. 25-28.

који му пружа криминалистика, изучава увиђајем радијалне и концентричне пукотине на површинама бридова преломљеног стакла. Њихов рељеф показује са које је стране стакло разбијено. Увиђајни орган не утврђује само да је прозор разбијен (та је чињеница очита, али она још није кривичноправно релевантна). Он, ако позна методу Bauernfeinda и Матвејева (17), дедуковано "зна" шта је опште, заједничко - спољно, а не види се механички, "голим" запажањем. Кривичар мора знати да дешифрује "код" информације, коју му пружа разбијен прозор, сигнал информације. Он уме да "гледа" знањем (мозгом који је оштручен). Стога сам и одредио $ч_1$ као онај фрагмент стварности с којим је кривичар радно-мисаоно (у нераскидивом јединству) дошао у додир (и трансформисао је у $ч_2$). Тај исечак стварности постаје чињеницом тек стварањем односа на линији субјект - објект. У примеру са прозором, чулно (појавно) и унутрашње (суштина) су сливени у знању да провалник (кад би постојао) не би могао разбити прозор изнутра као пут продирања споља и та се сливеност испољава у планирању хеуристичке верзије о фингираној провали.

III. ДОКАЗНИ ИЗВОР, ДОКАЗ И ПРЕДМЕТ ДОКАЗА

Сигнал је материјални носилац информације (који означавам са $ч_1$), а информација је његова слика (производ) у свести спознајног субјекта. Али, информација има своју материјално-тварну и енергетску страну, која њу укључује у сферу материје, при чему су свест и мишљење њена друга страна ($ч_2$). Имамо случај јединства, баш као што језик и мишљење чине јединство. Важно је овде истаћи да информацију као јединство сигнала и семантике не смемо укључивати само у сферу свести, нити само у сферу материје. Сигнал (нпр. генетски) може постојати и остати као објективна реалност изван и независно од свести. Тако је донедавна било у целом свету, а у нашој земљи је и данас. Тај генетски сигнал ($ч_1$) постао је $ч_2$, када је генетика открила да је и крв сваког човека индивидуална (непоновљива), управо као и цртеж папиларних линија, те ту индивидуалност и називају геномским "отиском прста", који се открива вештачењем ДНК. У Немачкој, Великој Британији и другим земљама донесене су већ и правоснажне пресуде сексуалним насилницима и убицама на основу вештачења микро-трагова крви, сперме из вагиналног бриса, пљувачке, делића ткива, длака са кореном итд., биолошког материјала, сигнала ($ч_1$), који садржи биолошке информације ($ч_2$). Нико не би могао у погледу ове сретне илустрације образложено негирати да доказ не чине биолошки материјал (сигнал-траг), који је јединствена чињеница ($ч_1$), са чињеницом резултата вештачења ($ч_2$), дакле, чињеницом - доказом - мишљењем вештака. Пошто је спознаја главни елеменат људске свести, информација не постоји изван ње. Ако не постоји релација између сигнала и људске спознаје, сигнал остаје део неспознате стварности, физички носилац латентне, необелодањене, неоткривене информације (18).

(17) В. Водинелић, *Криминалистика*, стр. 494-507.
(18) Види студије наведене у фусноти 11. и 15.

Када спознајни субјект (сведок, оштећени, суд) ступи у однос са сигналом ($ч_1$) овај први остаје, дакако и даље објективно-реалан носилац информације, али сада откривене ($ч_2$). Та информација је чињеница која има свој објективан садржај. У основи мога тумачења јесте схватање да су субјективна и објективна страна судске спознаје нераздељиве. Вероватно је сада јасније зашто сматрам погрешком став оних процесуалиста који у појам доказа не укључују и доказни извор (сигнал), тј. извор информације о $ч_1$. У ранијем тексту сам доказивао да *извори информација о чињеницама ($ч_1$) и саме те информације (доказне чињенице) имају доказно значење само у узајамној повезаности.* Како би уопште било могуће доказне чињенице ($ч_2$) круто одвојити од доказних извора? *Доказна чињеница је еманат кривичног дела* (чињенице материјалне или идеалне природе, дакле, сигнала), свеједно да ли је та чињеница у саставу предмета доказа или се она налази изван овога. Овако јединствен доказ има увек свој објективни садржај ($ч_1$) и знање о њему ($ч_2$). Примарна је $ч_1$, а секундарна, из ње изведена $ч_2$. Сведок очевидац је запажао $ч_1$, у памћењу задржао њену слику, о којој информише суд ($ч_2$), без обзира што је $ч_1$ сада ствар прошлости. *$ч_1$ је довела до свог идеалног лика у $ч_2$. У спознаји фактуалног $ч_1$ тј. у $ч_2$ се спољни материјални објект-сигнал реконструише не више као материјални физички супстрат него као његова идеална "копија", информација.* Реч "копија" сам ставио под наводнике, јер се *не ради о пасивној слици попут оне у огледалу, него о $ч_2$ тј. креативној реконструкцији, која не зависи само од стварног објекта ($ч_1$), али нити само од $ч_2$. $ч_2$ (као информација) се разликује од $ч_1$ (сигнала информације) по себи, јер овај други постоји као материјални систем, а $ч_2$ је идеална, мисаона творевина у свести спознајућег субјекта.*

Ово признање материјалног - објективно реалне чињенице, $ч_1$, тражи да се адекватна идеална информација о $ч_1$ изрази формулом $ч_1$ - $ч_2$, при чему инсистирам на њиховој нераскидивости. *Доказ у кривичном поступку није ни само доказни извор* (сведок, окривљени, вештак, материјални доказ) *нити само информација* (коју наши процесуалисти непрецизно називају чињеничним податком) него управо *то јединство доказног извора и доказне чињенице,* тј. сигнала и информације.

Није правилно из исказа нпр. сведока - очевица оштро исећи доказни извор и грубо га одвојити од садржаја исказа. Наиме, околност да је Петар Петровић стварно посматрао долазак провалника, разбијање сефа и бежање са пленом има управо исто толику вредност као и чињенични садржај његовог исказа. Сваку доказну информацију ваља увек оцењивати у светлу јединства доказног извора (сигнала) и доказне чињенице - информације ($ч_2$). Извор мора бити аутентичан. Зар сведок не може бити патолошки лажљивац или услед неких других недостатака (па и моралних) дати несвесно неистинит или лажан исказ? Увек је нужно утврдити да ли је сведок стварно запажао, као и тачност самог запажања. Савремена судска психологија и криминалистичка тактика енергично траже да суд савесно и свестрано провери колико информацију ($ч_2$) толико и доказни извор. Ове науке су изградиле и методе, које су судијама у нашој земљи непознате. Није потребно посебно указивати да сведок није могао запажати извршење дела и почин-

ителља, ако није посматрао или је у нечему дефектан. Ако је пак пијан спавао, немамо ни извора доказа ни сам доказ ($ч_2$). Мени је очигледно да се аутентичност доказног извора не може одвојити од доказне чињенице. Судска психологија је израдила цели систем критерија опште и посебне веродостојности сведока, што обавезује и суд на њихову примену. Ако окривљени даје исказ једном реченицом: "Признајем дело које ми се ставља на терет", он у ствари одбија да буде доказни извор, баш као и када ћути. Када неки реални "доказ" нпр. предмет нема у својој спољашњој или унутрашњој структури релевантних обележја, он не може бити доказни извор, па самим тим ни доказна чињеница, информација. Неиздиференцирани отисак прста на лицу места, ни мрља за коју вештак не може утврдити да је људска крв није доказни извор, те самим тим не садржи доказну чињеницу ($ч_2$) - информацију.

Надаље, многи процесуалисти раскидају везу између предмета доказа и доказних чињеница, одсечно их супротстављајући.

Као што је познато, предмет испитивања у свакој кривичној ствари чини одређени скуп (тражених, неразјашњених) чињеница, које имају кривично-правно значење тј. представљају предмет доказа. Њих утврђује суд помоћу чињеница, које називамо доказним чињеницама или информацијама ($ч_2$). Оне су, као у некој ораховој љусци, садржане у доказним изворима, који могу предмет доказа изразити непосредно или посредно (индицијално).

У форензичком животу је веома честа појава да доказни извори не одражавају правне чињенице непосредно него управо посредним путем тј. кроз чињенице, које на или у себи носе само неке црте, обележја својства, стране тражене чињенице (предмета доказа). Када се затим ове индицијалне чињенице повежу у систем са непосредним доказима, или чак (у случају да нису нађени непосредни докази) узму као самосталан доказни систем, могуће је путем њих утврдити обележја предмета доказа, а по њиховој вези закључити о самом предмету доказа. Енглези тачно кажу: "Чињенице су тврдоглава ствар".

Доказни извори су са своје стране (како предметни материјални односно идеални носиоци (тј. сигнали) $ч_1$, што ће рећи један или више елемената стварности конкретног кривичног дела. На тај начин, *црпећи из доказног извора, судија има посредно посла са* $ч_1$, а његова властита мисаона реконструкција тих чињеница јесте такође чињеница као одраз, еманација конкретног кривичног дела у виду $ч_2$. Неретко се доказни извор јавља као материјални сигнал о предмету доказа, те је потребно правилно дешифровање реалних информација, за коју операцију дају "кључ" криминалистика и друге форензичке науке.

Веродостојност информација ($ч_2$ и $ч_1$) се може утврдити само путем исцрпног и свестраног испитивања како свих доказних извора тако и доказних чињеница, при чему је посебно вредна *метода упоређивања информација из међусобно независних доказних извора.*

По мом мишљењу, много греше они аутори који доказне чињенице (фактуелне информације, $ч_2$) не разматрају конкретно у њиховој узајамној вези са предметом доказа. Чини се да ова методска грешка потиче управо из несхватања: а) да су и информације (чињенични подаци) чињенице; 2) да се чињенице прожимају, прелазе једна у другу. Наиме, *једна иста чињеница разматрана у једном односу може бити*

елеменат предмета доказа, а у другој релацији доказна чињеница. Учинилац, вршећи кривично дело, уједно ствара доказне чињенице. Докази и нису друго него израз узајамне везе у стварности деликта.

Категорија "везе" и "издвојености" су полазне тачке од битног значаја за нашу тему.

Веза нас овде занима као однос зависности једне ствари, појаве, процеса од другог, при чему промена својстава и стања једног објекта значи уједно и одговарајућу промену у другој ствари (објекту).

Ипак, категорија везе је једна од најапстрактнијих категорија. Зашто? Јер се њоме само тврди да постоји свеопшта повезаност објеката, чиме се још не открива природа тог односа, него је то остављено у задатак свакој појединој науци.

Објективни свет се очима гносеолошког субјекта приказује као *динамични систем* свестраног узајамног деловања међу објектима, њихове разноврсне и многоструке зависности.

Спознаја у кривичном поступку не може се задовољити категоријом "везе" него тежи да продре дубље, до категорије *узајамне везе, узајамног деловања.* Пракса и теорија кривичног поступка уважавају истину да ствари, појаве, људи нису пасивно међусобно повезани него делују једни на друге у разним односима.

Како је промена једна од кардиналних гносеолошких категорија кривичног поступка и криминалистике, потребно је стално имати на уму да је узајамно деловање објеката извор мењања ствари, процеса, појава, људи и њихових односа.

Ако је узајамно деловање универзално испољавање активности објеката, његова је главна карактеристика узајамно мењање објеката, *при чему нема само активних или само пасивних ствари.* Наравно, конкретна веза има своје границе.

Сваки се објект у једном односу налази у вези, а у другом односу у издвојености (изолованости). Постојање специфичних својстава (обележја) неког објекта израз је његове везе са једном и у исто време издвојености од других ствари (пример с алибијем).

Данас је идеја о свеопштој универзалности веза и узајамног деловања опште прихваћена у науци и пракси. Сазнање да су узајамна веза и деловање основа постојања свих процеса, ствари, појава изванредно је плодоносна у кривично-процесној науци и криминалистици.

Доказ јесте, по моме мишљењу, установљена релевантна веза међу појавама, процесима, стварима и људима. Гледано гносеолошки (спознајно), докази су све промене у средини припремања, извршења, прикривања и уживања плодова кривичног дела, које су у релевантној вези са наведеном средином. Тако, није сваки отисак прста на пушци доказ. Да би такав отисак прста постао доказом, он мора бити повезан са извршењем убиства из те пушке, а не са њеном употребом за лов на зечеве.

Пошто је кривично дело извршено, орган кривичног поступка може наићи само на информације о променама, које је оно изазвало. Дела више нема, остале су само његове резидуе-резултати. На основу тих резултата ми сазнајемо о узроцима - извршењу кривичног дела. *Хеуристичка функција доказа је у одређивању непознатих или непотпуно познатих узрока на основу последица - резултата и других видова везе.*

Као узрочник показује се овде активни субјект (учинилац кривичног дела), који предузима радњу извршења, услед чега се успоставља узрочно-последична веза између субјекта акције и предузете радње, са једне стране, и резултата, с друге стране. Процес спознавања тече обрнуто него у ванкривичној сфери: овде се иде од последице према узроку, по последици се сазнаје узрок. *Форму чулно-предметне делатности органа кривичног поступка одређује ЗКП, а њен материјални садржај дају форензичке науке* као што су криминалистика, судска хемија, судска физика, судска медицина, судска психологија, судска психијатрија итд. У предметно-чулној делатности доказивања орган кривичног поступка наилази на две доказне ситуације. Прву има када не постоји јасноћа о природи предузете радње и активном субјекту. Тако, ову ситуацију налазимо увек када настаје потреба за криминалистичко-тактичком дијагнозом: да ли је по среди убиство, кривичноправни случај или самоубиство; пожар, умишљајна или нехатна паљевина, итд. Друга ситуација се јавља када је потребно утврдити само активни субјект (починитеља) или само радњу извршења, јер је утврђивањем радње ео ipso утврђено оруђе или учинилац, односно обрнуто. Тако, утврђење да је аутомобилско стакло на вертобрану разбијено каменицом а не зрном из ватреног оружја, допушта и верзију о случајном узроку, а утврђење да је пожар изазван мућом, распршује сумњу о умишљајној паљевини осигуране зграде.

За утврђивање истине у кривичном поступку подобне су само оне чињенице, које се налазе у објективној вези са предметом доказивања и само се оне могу сматрати доказима. Кривично дело, као и свака друга чињеница објективне стварности, многоструко је повезано са безбројним чињеницама, али се *као докази могу појавити само такве чињенице чије везе значе информацију, која допушта закључивање о делу и починитељу.* Докази су, по мом мишљењу, објективно релевантни, јер су настали планирањем, припремањем, извршењем, прикривањем и уживањем плодова кривичног дела на начин да су дошли у узајамну везу са свешћу човека (сведока или окривљеног) или предметима.

Мора постојати неки од видова везе (доказне) информације са предметом доказивања. Управо због природе тих веза докази су незаменљиви. Докази објективно припадају кривичном делу и чине његов подсистем. Доказ је само она чињеница која је изнутра повезана са кривичним делом. У том смислу, доказ не може створити орган кривичног поступка својим процесним радњама него га проузрокује само извршење кривичног дела у процесу узајамног деловања, узајамне везе са носиоцем доказа, извором доказа, сигналом информације. Како се предмети, појаве, процеси у природи и друштву налазе у сталном узајамном деловању, а оно ствара сталне промене, то се *доказ јавља као специфична страна те промене.* Кривично дело као активни елемент у вечитом процесу, који се збива са сваким објектом под утицајем других објеката, испољава релативну независност. Због тога је *доказ увек секундаран према кривичном делу и учиниоцу, као свом "аутору" примарном елементу.* Овим објашњавам разлику између спорних чињеница *(thema probandi)* и доказа. Ипак, *разликујући чињенице које улазе у биће кривичног дела од оних путем којих доказујемо околности дела, не смемо заборавити њихову најтешњу међусобну повезаност.* При-

рода веза код кривичног дела је таква да прва група чињеница, примарна, условљује другу, секундарну. Настајање резултата кривичног дела условљено је радњама његовог учиниоца и читавим комплексом збивања око тога. Веза између извршења дела (предмета доказивања) и доказних чињеница може бити врло сложена, а открива се управо помоћу идеалних и материјалних трагова, које је кривично дело као догађај, који је прошао самим извршењем дела, оставио иза себе.

Видови објективне везе могу бити врло различити. Савремени развој науке открио је велико богатство веза. На жалост, у пракси па и теорији кривичног поступка, још се увек претежно задовољавамо трагањем за узрочно-последичном везом. Пошто је каузалитет само мали делић сложене везе, неопходно је у кривичном поступку, ради утврђивања објективне истине, фиксирати све видове релевантних веза. Сматрамо да се узрочно-последична веза не може потпуно и правилно утврдити без истраживања осталих видова везе.

Питању видова везе поклонио сам посебну пажњу у два своја рада (19).

Као што се у стварности уопште објективна повезаност не да свести само на један - генетички тип везе, то је немогуће учинити ни у стварности кривичног поступка.

У светској кривичнопроцесној науци од капиталне је важности истраживање видова објективне везе у кривичном поступку, које је извршио А. Жирјаев (20).

Жирјаев је пронашао да *између "главне" чињенице (предмета доказивања) и доказних чињеница постоје следећи типови веза:*

I. Први тип везе остварен је онда када се *"главна" чињеница (Thema probandi) јавља као узрок доказне чињенице* - нпр. претресом стана одузета је секира на којој се налазе трагови људске крви. Трагови крви су овде доказна чињеница, резултат који је настао извршењем кривичног дела убиства. Њеним изучавањем утврђујемо постојање кривичног дела.

II. У другој ситуацији имамо посла са супротним типом везе, јер се овде *доказна чињеница испољава као узрок главне (спорне) чињенице.* Када је мржња довела до извршења убиства, тај се мотив уједно јавља и као доказна чињеница.

III. Трећи тип везе се одликује тиме што су *како главна чињеница тако и доказне чињенице једна иста последица заједничких узрока.* Убица је претио жртви у свађи. Завада, мржња и акт свађе су заједнички узрок за претњу (психолошку индицију испољавања воље за извршење убиства) и убиство.

IV. Четврти тип везе карактерише се тиме што се *доказна чињеница јавља према главној као један од услова кривичног догађаја.* Трагови ципела провалника у просторији проваљене трговине не могу се третирати ни као узрок ни као последица извршења кривичног дела, али се појављују као индиција присутности на лицу места, а ово је услов без кога нема извршења кривичног дела.

---

(19) В. Водинелић, *Ново схватање увиђаја у кривично-процесној науци и криминалистици*, Наша законитост 9/1979, стр. 62-82; *Идентитет особа и ствари као елеменат предмета доказивања у кривичном поступку*, Законитост, 6/1991, стр. 661-689.

(20) *Теорија улик*, Дерпт, стр. 49-51.

Све везе у *целини* дају доказима објективно својство релевантности.

Везе се не смеју конструисати и извана уносити у процес доказивања, по познатом Прокрустовом правилу: "Уколико се чињенице не слажу са мојом претпоставком, то горе по њих". Везе, као објективну категорију, треба у кривичном поступку открити и утврђивати.

Важно је схватити да сваки однос није, сам по себи, узајамна веза, он још не значи да промена неког објекта опредељује било које промене на другом објекту. *Узајамна повезаност постоји само када промена једног објекта бива пропраћена одговарајућом (адекватном) променом код другог објекта* (нпр. траг "прасеће ноге" на проваљеној каси, честице боје са касе на "прасећој нози"; свест сведока очевидаца је промењена посматрањем извршења дела итд.). Док сваки однос није узајамна повезаност, дотле је веза у облику узајамног деловања увек посебна врста односа међу објектима.

Релевантност доказа и јесте унутрашње, чињеници иманентно својство да садржава и изражава у својој конкретности њену битну објективну везу са спорном чињеницом (и то само такву повезаност која је узајамна), везу која није небитна и случајне природе. Због конкретности те узајамне, релевантне повезаности за кривичним делом, докази су му органски иманентни и стога незаменљиви.

Информација и јесте доказна (када и) зато што има функцију везе између два система, који су узајамним деловањем нераскидиво повезани. Доказни сигнал (извор доказа) јесте физички носилац те информације, њено "спремиште", због чега не може бити замењен ничим другим, а информација јесте релевантна само онда ако нас обавешава о кривично-правно релевантним везама.

Сам факт узајамног деловања - као такав - још не одређује конкретну функцију објеката, који су се нашли у односу узајамности. Тако нпр. један исти ауто може у једном случају бити средство извршења (пресуда у Црној Гори), у другом нападнути објект (предмет крађе), а у трећем средство за бекство провалника са лица места и брзу реализацију плена.

Важно је овде истаћи да нападнути објект не остаје пасиван. Тада не бисмо ни могли говорити о узајамној вези него само о једностраном деловању. Такав објект активно реагује на акцију субјекта кривичног дела *секундарним променама*, које су, када се посматра смер деловања, узвратне природе. Секундарне промене имају такође велико доказно значење (трагови угриза на подлактици убице у Црној Гори).

Сваки објект, који се нашао у односу узајамог деловања са другим, може о њему и кривичном догађају да пружи само ограничени фрагмент целокупне информације, тек део њен. Отуда и вишезначност доказа, ако их посматрамо изоловане. Тако, загрљај који је посматрао сведок с одређене даљине може бити израз страствене љубави, али и лукав, подмукли потез ради загушења или задављења, па чак и отров може забуном да буде дат уместо лека. (Пијаница неретко потегне из боце. Да ли се боца с отровом случајно, из непажње или с умишљајем нашла при руци самоубице или "самоубице", то не можемо оценити по физичко-хемијским својствима боце с отровом и самог отрова него тек према целини свих доказа, доказној згради).

Исто то мисли *Karl Peters* (21), један од најзначајнијих теоретичара кривичног поступка, када се залаже за *коришћење комбинованог доказа*. "О комбинованом доказу треба говорити када су за исту чињеницу, коју треба доказати, повезане различите врсте доказа. У погледу једне одређене чињенице саслушани су сведоци и вештаци, примењена објективна доказна средства, као исправе и трагови. Комбиновани доказ игра велику улогу у пракси".

У том светлу релевантне промене могу бити *умножене измене* (трагови учиниоца на путу доласка на лице места, на самом лицу места и на путу повратка, сећања у свести више сведока, искази више саокривљених итд.); *паралелне промене* (траг једног пнеуматика аута, трагови свих или два односно три трага пнеуматика, вештачења тих трагова, искази сведока који су запазили тај ауто при бегу са лица места итд.); *узвратне промене* (узајамна оштећења на оба аутомобила - објеката саобраћајне несреће, окривљени исказује да је у близини лица места запазио сведоке који га терете) и *промене изазване извршењем више кривичних дела* (нпр. серијски провалник је извршио више провалних крађа, остављајући исту "карту посетницу").

(Примљено 17. маја 1993)

Dr. Vladimir Vodinelić,
Retired Professor of the Faculty of Law in Kragujevac

SCIENTIFIC PROBLEMS IN TERMS OF SOURCE OF EVIDENCE, EVIDENCE, PROCEDURE OF PRESENTING EVIDENCE, IN THE LAW OF CRIMINAL PROCEDURE

Summary

In foreign and Yugoslav science of criminal procedure there exist controversies regarding the definition and determination in the sphere of source of evidence, evidence and procedure of presenting evidence. One of the reasons of lack of valuable determination of fundamental notions of the theory of evidence is the refusal of quite a number of jurists in the area of procedure to use significant achievements of contemporary science, namely: system-structural theory, theory of information and criminalistics devices and procedures. This is true also for the most specialized scientific areas which, thus, fail to utilize necessary methodological achievements in this sphere, without which criminal procedure theories would remain closed in their present-day suit of armor.

The author mentions that the above line of thinking has been already pointed out in his doctoral thesis in 1969, and that since that time he has been attempting to create a consequent and consistent theory of criminalistics and theory of evidence.

Key words: *Source of evidence. - Evidence. - Procedure of presenting evidence. - Subject of evidence. - Information.*

(21) Karl Peters, *Fehlerquellen im Strafprozess*, Karlsruhe, 1972, стр. 193-194.

Vladimir Vodinelić,
professeur à la retraite de la Faculté de droit de Kragujevac

LES PROBLÈMES SCIENTIFIQUES SUR LA LIGNE: SOURCE DE PREUVE - PREUVE - PROCÉDURE DE PREUVE DANS LE DROIT DE PROCÉDURE PÉNALE

Résumé

Des désaccords et des controverses existent dans la littérature étrangère et yougoslave en ce qui concerne la définition et l'établissement du rapport sur la ligne source de preuve - preuve - procédure de preuve. Je vois une des causes de l'impossibilité de définir de manière méritoire les concepts fondamentaux de la théorie des preuves dans l'hermétisme d'un grand nombre d'experts pour la procédure pénale, qui se sont fermés aux découvertes importantes de la science contemporaine: la théorie des systèmes et des structures, la théorie de l'information et les acquis criminologiques. Ces acquis s'appliquent en fait à tous les domaines de la science, même à ceux qui sont les plus spécifiques et fournissent une contribution méthodologique indispensable sans laquelle les théories de procédure pénale, prisonnières de leur actuelle fermeture dogmatique, se voient obligées de piétiner sur place. Dans ma thèse de doctorat (1969) et dans mes travaux ultérieurs consacrés à la criminalistique et à la théorie des preuves, j'ai exprimé ma conviction qu'il est impossible de trouver des définitions valables des principaux concepts de la théorie des preuves sans utiliser les résultats et les méthodes de la théorie de l'information et de la théorie des systèmes et des structures, et j'ai essayé de créer une théorie conséquente et consistente.

Mots clé: *La source de preuve. - La preuve. - La procédure de preuve. - L'objet de preuve. - L'information.*

UDK-347.6
Изворни научни рад

др Оливер Антић,
ванредни професор Правног факултета у Београду

СИСТЕМИ ГРУПНЕ РАСПОДЕЛЕ СРОДНИКА КАО ЗАКОНСКИХ НАСЛЕДНИКА

Аутор анализира системе расподеле сродника као законских наследника, прво теоријски, а затим примену теоријских система у законодавној пракси (историјски и упоредноправно). На тај начин је у овом раду пружена заокружена слика расподеле сродника као законских наследника, посебно у савременим правима: у европско-континенталном систему (француско, шпанско, португалско, аустријско, немачко, руско и домаће право), англо-америчком систему, као и у праву које се примењује у Индији - које је иначе у многим елементима сасвим различито од других наследноправних система, али не и у погледу главне идеје коју аутор у раду заступа. Анализа је показала да је правило да се сродници, као интестатски наследници, позивају на наслеђивање у правој линији сродства (како нисходној тако и усходној) неограничено, а такође и у прве три парентеле неограничено (по праву представљања). Полазећи од тога, али узимајући у обзир и друге релевантне елементе (нпр. начело узајамности), аутор закључује да би требало извршити измену прописа према којима је пре две деценије дошло до знатног сужења круга сродника као законских наследника, посебно у Закону који се примењује у Србији, и предлаже да се врати оно решење које је било установљено Савезним законом о наслеђивању из 1955. године.

Кључне речи: *Сродник. - Парентела. - Наследник. - Представљање (репрезентација). - Прираштај.*

У правној историји било је различитих појмања породице, рачунања сродства, поделе сродника, различитих схватања о својини и имовини и односу породице и појединца према својини, имовини и др. С друге стране, постоји објективна потреба да се у сваком друштву, у складу са конкретним јавним поретком, начини одговарајући редослед позивања сродника на законско наслеђивање. Све то, наравно, имало је одређеног утицаја и на уобличавање законског реда наслеђивања у конкретном праву. У науци се најчешће наводе три основна система груписања сродника који служе као модел за регулисање интестатског наслеђивања (1)

(1) В. Благојевић-Антић, *Наследно право*, Београд, 1991, стр. 118-131.

I. СИСТЕМ ЗАЈЕДНИЦЕ КРВИ

Према овом моделу наближи сродници су она лица која имају највећу количину заједничке крви. Систем полази од физиолошке претпоставке да сваки родитељ даје својој деци по 50% крвних фактора. Отуда су наближи сродници оставиоца његови рођени браћа и сестре, јер међусобно поседују 100% заједничке крви. Потом следе оставиочева деца, његови родитељи, његови полубраћа и полусестре, који сви међусобно имају 50% заједничке крви итд. (2). Наравно, сродници са већом количином заједничке крви имају предност над онима који имају мању количину заједничке крви, што би практично значило да рођени брат или сестра аутоматски искључује из права на наслеђе оставиочеву децу, родитеље и друге сроднике. Сродници са истом количином заједничке крви наслеђивали би на једнаке делове.

Добра страна овог система огледала би се у могућности егзактног постављања одговарајућег реда позивања на наслеђе. Међутим, с друге стране овај систем не узима у обзир одређене битне чињенице које су од пресудног значаја за утврђивање правнорелевантног интензитета везе међу сродницима. Тај систем, пре свега, не узима у обзир поделу сродника на потомке, претке и побочне сроднике, нити води рачуна о степену сродства између оставиоца и његових сродника. Његова доследна примена, посебно у савременим правима, очигледно би довела до поремећаја у основном систему вредности оличеном у јавном поретку модерних држава. То су разлози који су утицали да овај систем не буде прихваћен.

II. СИСТЕМ СТЕПЕНА СРОДСТВА

Степен сродства је у праву опште усвојена чињеница која има значаја у многим областима, нпр. у породичном, управном и кривичном праву, процесном (грађанском и кривичном) праву (од ње зависи могућност ступања у брак, издржавање, изузеће, инцест и др.). Ту чињеницу је лако утврдити, а рачунање је егзактна операција која пружа објективност и сигурност у реду сукцесије. Овај систем био је прихваћен у једном периоду развоја римског права.

Ако се прихвати цивилно рачунање сродства (Qod generationes, tot gradus), иначе прихваћено од свих савремених права (3), онда се сродници, у односу према оставиоцу, позивају по следећем реду: његова деца и родитељи (први степен сродства); његови унуци, браћа и сестре, деде и бабе (други степен сродства); праунуци, прадеде и прабабе, сестрићи и братанци, стричеви, ујаци и тетке (трећи степен сродства) итд. Разуме се, сродници ближег степена сродства искључују сроднике даљег степена. Видљиво је да по овом систему такође може доћи до ситуација које не одговарају стварном интензитету везе међу сродницима, нпр. да

(2) "По систему заједнице крви, када се он апстрактно примени, без обзира на прописе позитивног права, при распореду наслеђа десило би се то, да би свако удаљење генерација повлачило собом смањивање у пола наследног дела, тако да би наследни делови опадали у геометријској размери, исто онако као што би се и количина заједничке крви смањивала у тој размери." - Л. Марковић, наведено дело, стр. 40.

(3) Други је систем натуралног рачунања сродства, који прихвата канонско право.

родитељи искључе унуке, да браћа и сестре искључе праунуке и сл. У ствари главни недостатак овог система такође лежи у чињеници игнорисања поделе сродника на потомке, претке и побочне сроднике.

III. СЛОЖЕНИ СИСТЕМИ

Уочавајући главни недостатак у оба претходна система, сложени, тј. комбиновани систем полази од чињенице да се сваки законски редослед позивања на наслеђе мора базирати на више елемената, од којих се као основни узима подела сродника на потомке, претке и колатерале. У зависности од комбинације елемената, уз основни, разликују се, у ствари, два система: систем блискости сродства и парентеларни систем.

1. Систем блискости сродства

Систем блискости сродства полази од поделе сродника на потомке, претке и побочне сроднике, формирајући у основи три одговарајуће групе сродника, али уз неке додатне критеријуме који полазе од претпостављеног интензитета везе унутар тих група сродника, што је отворило могућност формирања и неких посебних (мешовитих) група.

Овај систем заступљен је у француском праву (4). Према Кодсивилу (Code civil) први наследни ред чине потомци оставиоца; у други улазе привилеговани сродници оставиоца, тј. његови преци (родитељи) и одређени побочни сродници (5); у трећи спадају деде и бабе и остали преци и четврти чине остали побочни сродници (осим оних из другог реда). Исто решење предвиђа и белгијско право.

2. Парентеларни систем

Овај систем заснива се на подели крвних сродника у одређене групе - парентеле (наследна колена, наследна кола). У ствари парентеле су скупови сродника који потичу од родоначелника који су, према оставиоцу, истога ранга. Родоначелник прве парентеле, на пример, је сам оставилац (колено потомака), родоначелници друге парентеле су родитељи оставиоца и њихово потомство, родоначелници треће парентеле су деде и бабе оставиоца (четири родоначелника) са својим потомством, родоначелници четврте парентеле су прадеде и прабабе оставиоца (осим родоначелника) са својим потомством итд.

Парентеларни систем (6) се заснива на комбинацији хијерархијског позивања сродника на наслеђе, при чему се узима у обзир подела сродника на потомке претке и побочне сроднике, близина сте-

(4) У ствари тај систем је промовисало Јустинијаново законодавство у чувеној 118. новели, тако да је француско право усвојило римски систем наслеђивања у његовом зениту.

(5) Интересантно је напоменути да у колену привилегованих сродника наслеђују истовремено и преци (родитељи - по 1/4) и побочни сродници (браћа и сестре - деле 1/2) - в. чл. 748-749 и 751-752 Code civil-a.

(6) О спору о пореклу установе в. код А. Ђорђевић, *Наследно право Краљевине Србије*, Београд, 1910, стр. 65-66; Л. Марковић, наведено дело, стр. 63-64.

пена сродства, те примена правила о прираштају, или представљању и прираштају. Управо према односу примене прираштаја и представљања парентеларни систем се одваја у две гране: парентеларно-градуелни и парентеларно-линеарни систем.

а) Парентеларно-градуелни систем

Овај систем, који се некад означава и као линеарно-градуелни систем, заснива се на неограниченој примени права прираштаја (jus accrescendi). У ствари ради се о томе да се одлучујућа предност даје степену сродства (степен-gradus, отуда и име система) унутар парантеле, тако да рођак ближег степена сродства у сваком случају искључује из наслеђа рођака даљег степена сродства. Другим речима, у овом систему нема места примени права представљања.

На пример, оставилац је у првој парентели оставио ћерку и два унука од раније преминулог сина. Целокупну заоставштину ће, као једини наследник, добити ћерка оставиоца, с обзиром да је она са оставиоцем у првом, а његови унуци у другом степену сродства. Дакле, наслеђе се увек предаје оном сроднику, одн. сродницима који су са оставиоцем у ближем степену сродства, што даље значи да се предност увек даје старијој генерацији.

Из разлога што доводи до неправичних решења, посебно у првој парентели, овај систем готово ни у једном праву није неограничено прихваћен (7). У савременим правима примењује се најчешће од четврте парентеле, мада се понекад јавља и у трећој (8).

б) Парентеларно-линеарни систем

Парентеларно-линеарни систем или, како се некад назива - чист линеарни систем, одликује се првенственом и неограниченом применом права представљања (jus representationis). Унутар једне парентеле сроднци се позивају на наслеђе првенствено по линијама (отуда и назив овог система). То значи да уколико је, на пример, оставилац имао двоје деце, формирају се две основне линије. У случају да једно оставиочево дете, на пример, није доживело тренутак делације или је недостојно, на наслеђе се позивају деца тог лица (унуци оставиоца), добијајући онај део који припада тој линији, одн. онолико колико би добило оставиочево дете (као носилац линије) да је могло да се прими наслеђа. Дакле представљање, тј. репрезентација се примењује докле год има ма и једног члана нисходне линије. Тек у случају да у једној линији нема чланова (сродника), примењује се право прираштаја.

Овај систем показује неколико предности: редослед позивања на наслеђе је правичнији; млађе генерације се изједначавају са старијим у могућности позивања на наслеђе; обезбеђује да се на наслеђе позове већи број сродника, што омогућава и остварење социјалне функције наслеђивања. То су разлози због којих је овај систем усвојен као основни при формирању законског наследног реда у већини права, на при-

(7) Важио је у турском праву и то неограничено, док се у саксонском праву примењивао од друге парентеле, В. Л. Марковић, наведено дело, стр. 66.

(8) Према чл. 9. ЗОН-а Србије примењује се у трећој парентели.

мер, у енглеском, америчком, аустријском, швајцарском, немачком, грчком, нашем праву.

IV. СИСТЕМ ЗАКОНСКОГ НАСЛЕЂИВАЊА СРОДНИКА

а) Јустинијанов систем

Према Јустинијановој реформи (Новела 118.), наследници су били смештени у четири наследна реда. У први су долазили оставиочеви потомци са неограниченом репрезентацијом. Други наследни ред сачињавали су сви преци оставиоца, са његовим браћом и сестрама и представљањем до синоваца, братаница, сестрића и сестричина; ближи преци искључивали су даље (репрезентација не иде усходном линијом), а у случају конкуренције побочних сродника и предака наслеђивало се на једнаке делове (per capita). У трећи наследни ред улазили су оставиочеви полубраћа и полусестре са својим првостепеним потомством. Четврто наследно колено било је састављено од осталих оставиочевих колатерала, који су се позивали на наслеђе према близини степена сродства (без права представљања). Између наследних колена владао је принцип искључивости, тј. ближи наследни ред аутоматски је искључивао даљи наследни ред.

б) Француско право

Француски Code civil инспирисан правилима Јустинијанове кодификације, предвидео је четири наследна реда. У први ред улазе оставиочеви потомци, уз неограничену примену репрезентације. Друго колено чине родитељи оставиоца (добијају по 1/4 заоставштине, а уколико је само један у животу добија само своју четвртину) и браћа и сестре оставиоца (деле 1/2, одн. 3/4 заоставштине). Полубраћа и полусестре (консангвини и утерини) наслеђују само део из очеве, одн. линије мајке. Трећи наследни ред састављен је од предака оставиоца. Наслеђе се дели на два дела: 1/2 за очеву лозу и 1/2 за лозу мајке. Блискост сродства је одлучујућа: предак ближег степена искључује претка даљег степена сродства. У случају да нема предака једне лозе, наслеђе у целини припада прецима друге лозе. Коначно, четврти наследни ред наступа ако нема предака. Тај ред чине побочни сродници и то до дванаестог степена сродства (9).

в) Шпанско и португалско право

У први наследни ред, према шпанском праву, улазе деца оставиоца и, по праву представљања, остали потомци оставиоца. Други ред чине оставиочеви преци, искључујући све побочне сроднике. Наслеђе се дели на две родитељске лозе. Трећи ред чине побочни сродници до шестог степена сродства.

У португалском праву први ред чине потомци оставиоца. У други наследни ред спадају родитељи оставиоца, који деле равноправно заос-

(9) Прописи чл. 731-755 француског Code civil-a, који уређују ову материју, одговарају одредбама које уређују ову материју у белгијском праву. Слични систем је заступљен и у италијанском праву.

тавштину. У случају да је остао само један родитељ, онда он постаје једини наследник. Трећи наследни ред чине оставиочеви браћа и сестре и њихово потомство, по праву представљања. У четвртом реду наслеђују остали колатерали (10).

г) Аустријско право

Аустријски грађански законик усваја парентеларно-линеарни систем позивања сродника на наслеђе. У прву парентелу долазе сви оставиочеви потомци, дакле уз неограничену примену репрезентације. Другу парентелу чине родитељи оставиоца и сви њихови потомци. У трећи ред убрајају се дедови и бабе са потомством, по праву представљања, без ограничења. Четврто колено чине прадеде и прабабе оставиоца (11).

д) Немачко право

У први наследни ред улазе сви оставиочеви потомци, дакле уз неограничену примену репрезентације. Други наследни ред чине родитељи, као родоначелници парентеле, и сви њихови потомци по праву представљања. Трећи ред је састављен од оставиочевих деда и баба и свих њихових потомака. У четвртом наследном реду наслеђују родоначелници, тј. прадеде и прабабе оставиоца, али од овог наследног реда побочни сродници наслеђују по парентеларно-градуелном систему (ако није у животу ни један прадед или прабаба, наслеђе добија њихов потомак који је у најближем степену сродства са оставиоцем). Пети наследни ред чине прапрадеде и прапрабабе оставиоца, а уколико њих нема наслеђе добијају њихови потомци по истом правилу као у претходном реду. Шести, седми итд. наследни ред ad infinitum позива се на наслеђе по истим правилима као и претходни (12).

ђ) Англо-амерички систем

Англо-амерички систем заснива се на прецедентном праву. Ипак, када је реч о наслеђивању како у Енглеској, тако и у савезним државама САД та правна материја уређена је законима (13). Овај правни систем такође, у основи, прихвата парентеларно-линеарни ред позивања сродника на наслеђе. Наиме, у први ред наслеђивања свакако долазе потомци оставиоца уз неограничену примену репрезентације. У другом реду,

(10) В. А. Ђорђевић, *Породично право наслеђа у данашњим романским и германским државама*, Београд, 1908, стр. 31-38.

(11) Параграфи 731-741. АГЗ. У неновелираном тексту Законика четврти, пети и шести наследни ред изгледали су овако: четврти наследни ред састављен је од оставиочевих прадеда и прабаба, са неограниченом репрезентацијом; у пету парентелу улазе оставиочеви прапрадедови и прапрабабе са целокупним потомством; шесто колено чине чукундеде и чукунбабе са пуном применом репрезентације (измењени параграф 741. и укинути параграфи 742-749).

(12) Параграфи 1924-1930. ХГЗ.

(13) B. A.R. Mellows, наведено дело, XXIX-XXXVII (Table of Statutes) & Intestacy, s. 203-204; Parry and Clark, наведено дело, LIX-LXX (Table of Statutes) & Intestacy, s. 66. У САД се чини покушај да се обједине главна правила наслеђивања и на савезном нивоу, путем The Uniform Probate Code в. Mc.Govern, Kurtz, Rein, наведено дело, s. 1-32.

у енглеском праву родитељи оставиоца наслеђују целокупну заоставштину, а у неким државама САД систем је као у енглеском праву, у неким пак родитељи деле заоставштину са својим потомством (браћом и сестрама оставиоца) (14). Следећи се позивају на наслеђе браћа и сестре оставиоца и њихово потомство. После њих позивају се полубраћа и полусестре, са својим потомством. Потом на ред долазе деде и бабе оставиоца, такође уз примену правила репрезентације, с тим што се увек позивају на наслеђе прво пунородни сродници, па тек ако њих нема полуродни. У праву САД Јединствени закон о заоставштинама уређује три парентеле: у првој су оставиочеви потомци, у другој његови родитељи са својим потомством и у трећој деде и бабе оставиоца са својим потомством (право представљања је у свим парентелама неограничено) (15).

У многим државама САД законодавац се определио да је боље да наслеђе припадне макар и најудаљенијим сродницима оставиоца, неголи држави као последњем наследнику. Тако, на пример, према прописима Илиноиса, Вајоминга, Алабаме, може се догодити случај "насмејаног наслеђа", одн. ситуација када наследник постане тако далек сродник који за оставиоца, чији је наследник постао, није ни чуо. Наравно, такви случајеви нису чести, поред тога и зато што је у англоамеричком систему веома често позивање на наслеђе по основу тестамента. Ипак, пракса је забележила неколико таквих случајева који су у америчкој судској пракси постали познати (16).

е) Руско право

У позитивном руском праву сродници као интестатски наследници помињу се само у првом наследном колену. Наиме прво колено чине "директни потомци" оставиоца, али под тим изразом се подразумевају како оставиочева деце, тако и остали потомци (унуци, праунуци, чукунунуци). Закон, после усвојеника и њихових потомака и супружника, помиње право на наслеђе лица која су сиромашна и за рад неспособна, која су се налазила на издржавању код оставиоца најмање годину дана пре делације. То значи да у ту последњу групу наследника, поред несродника, могу ући и сродници најразличитијег степена сродства (17).

(14) B. Mc.Govern, Kurtz, Rein, наведено дело, с. 13.

(15) The Uniform Probate Code, pharagraph: 2-103(1); 2-103(2)(3); 2-103(4). У праву Калифорније одређено је да наслеђе добија најближи сродник (next of kin) у истом степену сродства, при чему, у складу са принципом ordo parentelaris сродник из ближе парентеле искључује сродника из даље, макар и сам био даљег степена сродства.

(16) Године 1930. умрла је Хенријета Герет, не оставивши тестамент, нити ближе сроднике, али је оставила заоставштину вредну 17.000.000 долара. На наслеђе је конкурисало близу 26.000 лица. Њена заоставштина расправљана је преко две деценије. Или, у случају богате њујорчанке Иде Вуд, која је умрла 1932. године, 1003 лица су доказивала сродство са оставиљом. Суд је утврдио да су најближи сродници у конкретном случају унуци стричева, ујака и тетки оставиоца (пети степен сродства) које оставиља није видела 65 година. - B. Mc.Goven, Kurtz, Rein, наведено дело, с. 17.

(17) Руски законик предвиђа и могућност да уколико је малолетно лице оставилац, а живело је у заједници живота са другим члановима породице, онда ће ти чланови породице (нпр. родитељи, браћа и сестре) моћи да наследе имовину малолентика. - В. Агарков, Братус, Генкин, Серебровски, Шкундин, Совјетско грађанско право, књ. 2., Београд, 1949, стр. 381-382.

ж) Индуско право

Савремено индуско право чине: судске одлуке (некодификовано право); кодификовано право и обичаји. Наслеђивање је регулисано кодификованим правом (18).

Редослед сродника који се позивају на законско наслеђе је уређен, са становишта европско-континенталног или англо-америчког права, на специфичан начин. То се пре свега односи на различита правила која уређују наслеђивање оставиоца, дакле мушког лица, и оставиље, одн. женског лица. Проучићемо прво правила која се односе на случај када је у питању оставилац.

Наиме, у том случају постоје два велика реда наследника. Први је састављен од следећих лица: мајка оставиоца; ћерка (наравно оставиоца); син; син раније преминулог сина; ћерка раније преминулог сина; ћерка раније умрлог сина раније умрлог сина; син раније умрлог сина раније умрлог сина; ћерка раније умрле ћерке; син раније умрле ћерке (19). Сви сродници првога степена добијају једнак наследни део (правило per capita) (20), а потомци даљег степена добијају по правилима репрезентације.

У други наследни ред улази девет категорија наследника, с тим што ближа (нижа) категорија искључује дању (вишу), а сви припадници исте категорије добијају исти део, по правилу per capita.

У прву категорију долази оставиочев отац и он, као једини наследник прве категорије другог наследног реда, добија целокупну заоставштину. Другу категорију чине оставиочеви: син ћеркиног сина; ћерка синовљеве ћерке; брат и сестра. Међутим, ако постоје рођена браћа и сестре оставиоца они искључују полубрађу и полусестре. Полубраћа и полусестре су, дакле, позивни на наслеђе тек уколико нема германа, али уз додатно правило да су утерини свакако искључени из наслеђа (21). У трећу категорију позвани су оставиочеви праунуци и то: оставиочевог ћеркиног сина син (праунук од раније преминулог унука раније преминуле ћерке); затим ћеркиног сина ћерка; ћеркине ћерке син и ћеркине ћерке ћерка. Четврту сачињавају оставиочеви: синовци; синовице; сестрићи и сестричине. Колатерали утерини су искључени. У пету категорију долазе оставиочеви деда и баба по оцу. Шеста категорија се састоји од следећих лица: удовице оставиочевог оца (маћеха оставиоца) и удовице оставиочевог брата (под условом да се не уда пре делације). Седму категорију чине: стриц и тетка - и то очева сестра

(18) B. P. Diwan, *Modern Hindu Law*, Allahabad, 1987, c. IX. Пре тог закона наслеђивање је такође било уређено законским прописима - The Indian Succession Act 1965; The Hindu Wills Act 1870; The Probate and Administration Act, углавном заснованим на енглеском праву, али са тако великим бројем изузетака за локално становништво да за њих практично и није било од значаја. B. Jhabvala, H.N. - Pithawalla, D.H., The Indian Succession Act, Bombay, 1986, c.1.

(19). Интересантно је напоменути да осим сродника у први наследни ред ("разред") улазе и: оставиочева удовица; удовица раније умрлог сина; удовица раније умрлог сина раније умрлог сина. - P. Diwan, наведено дело, стр. 355.

(20) Удовица добија исто као првостепени сродник, а ако их је више (важи за бракове закључене у време када су полигамни бракови били допуштени, тј. пре 1955) деле тај наследни део (као да је једна). в. P. Daiwan, наведено дело, стр. 357.

(21) О неким колебањима у судској пракси у вези наследноправних односа полубраће и полусестара в. Исто, стр. 360.

(важи само за пунородно сродство). У оквиру ове категорије позивају се и очев брат и сестра по усвојењу (грађанско сродство). У осму категорију улазе оставиочеви деда и баба по мајци. Последњу, девету категорију у оквиру другог наследног реда чине оставиочев ујак и тетка - мајчине сестре.

Уколико, пак, нема никога из ова два наследна реда, позивају се сродници из трећег. Ту се, у ствари, позивају сви остали сродници. Редослед је следећи: прво се позивају агнати, па тек уколико нико од њих не може или неће да наследи, позивају се когнати (22).

Од агната се прво позивају на наслеђе сви (остали) потомци оставиоца, затим, ако њих нема, преци и на крају колатерали. Унутар ове три групе агната важи неограниченост степена сродства, тј. на наслеђе се позивају и сродници најудаљенијег степена, при чему потомци искључују претке и побочне сроднике, а преци искључују колатерале.

Уколико нема агната, наслеђују когнати. Редослед позивања на наслеђе је исти као када су у питању агнати: прво по нисходној линији, затим по усходној и на крају по побочној линији сродства. Иста су и правила о неограничености степена сродства и искључивости између група (23).

С друге стране, у случају када се наслеђује женско лице - оставиља, правила су следећа:

Правила наслеђивања зависе од поделе имовине на: а) имовину наслеђену или добијену бестеретним располагањима од родитеља; б) имовину наслеђену од мужа или свекра и в) на осталу имовину.

а) Овде постоје две категорије наследника: прву чине оставиљини синови, ћерке, затим синови и ћерке раније преминулог сина и синови и ћерке раније преминуле ћерке (по правилима репрезентације); у другу улази отац, одн. наследници оца оставиље.

б) Када у састав заоставштине улази имовина наслеђена од мужа или свекра оставиље, такође постоје две категорије наследника: прву чине синови и ћерке оставиље, а затим по праву представљања синови и ћерке раније умрлог сина и синови и ћерке раније преминуле ћерке; другу, пак, чине наследници мужа оставиље.

в) У овом случају, насленици се деле у пет категорија. У прву улазе син, ћерка и муж (наслеђују једнако), а по праву представљања и син и ћерка раније преминулог сина, одн. син и ћерка раније преминуле ћерке. Другу категорију чине наследници мужа оставиље. У оквиру треће се позивају отац и мајка оставиље (на једнаке делове). Четврта категорија је састављена од наследника оставиљиног оца, а пета од наследника оставиљине мајке (24).

---

(22) Агнати су оставиочеви сродници по мушкој линији или лози (они који заснивају сроднички однос са оставиоцем преко мушког лица, при чему је пол лица у питању ирелевантан (нпр. то може бити нека оставиочева чукунунука, као потомак мушких потомака оставиоца). И обрнуто, када неки сродник изводи своју везу са оставиоцем преко женске линије или лозе, онда је реч о когнатима. Исто, стр. 366-369.

(23) За неке специфичности в. код P. Diwan, стр. 369.

(24) В. P. Diwan, наведено дело, стр. 379-381. Правила интестатског наслеђивања налазе се у другој глави, одељ. 5-29. Закона о наслеђивању из 1956. године (The Hindu Succession Act).

V. СИСТЕМ ЗАКОНСКОГ НАСЛЕЂИВАЊА СРОДНИКА У НАШЕМ ПРАВУ

Свако конкретно право одабира пре свега систем који ће послужити као основица за формирање законског реда наслеђивања. У нашем праву је, као основа, прихваћен парентеларно линеарни систем.

Савезним законом о наслеђивању из 1955. године било је предвиђено да се као интестатски наследници позивају следећи сродници оставиоца: сви припадници праве линије сродства, нисходне и усходне и сви колатерали прве, друге и треће парентеле. Право представљања се, дакле, неограничено примењивало у првом, другом и трећем наследном реду (25).

Закон о наслеђивању Србије (26) знатно је сузио круг сродника као законских наследника. Тим законом је ускраћено оставиочевим прецима трећег и даљих степена сродства, дакле праве усходне линије, да се јаве као његови законски наследници. Ово право ускраћено је такође и оставиочевим побочним сродницима четвртог (и даљих) степена сродства, који су припадници трећег законског наследног реда (27).

Законом о наслеђивању Црне Горе (28) такође је онемогућено оставиочевим прецима удаљенијим од другог степена сродства да се јаве као законски наследници, али је остављено неограничено право представљања у сва три наследна реда (29).

Ускраћивањем законског наследног права наведеним припадницима праве усходне линије сродства, повређено је једно од основних правила наследног и породичног права. Наиме, оставилац својим поменутим прецима који му нису законски наследници улази у први наследни ред. Он им је чак нужни наследник. С друге стране, ти преци су искључени из законског наслеђивања. Тиме је повређено тзв. златно правило узајамности (реципроцитета).

Такође треба имати у виду да знатно ограничење права представљања, како је то учињено у Србији, доводи до сужења могућности да наши држављани наследе своје сроднике који имају домицил у иностранству. У таквим случајевима, у ствари, наше право отвара шире могућности да се на наслеђе оставиоца позове страна држава (30).

VI. ЗАКЉУЧАК

Анализирајући различите системе расподеле сродника као законских наследника, како у историји тако и у савременим правима и то у међусобно знатно различитим моделима, закључујемо да се сродници, као законски наследници, позивају у прве три парентеле неограни-

(25) Чл. 9. Савезног закона о наслеђивању (пречишћени текст).
(26) Закон је донет 30.12.1974. године.
(27) Чл. 9. ЗОН Србије.
(28) Закон је донет 29.12.1975.
(29) Чл. 9. ЗОН Црне Горе.
(30) В. О. Антић, *Држава као наследник*, Анали ПФ, 1991, бр. 1-3, стр. 19-27.

чено (31). Поред тога, највећи број права, доследно поштујући начело узајамности, прихвата неограничено наслеђивање између сродника у правој линији сродства. С друге стране, интерес је емиграционих држава, у које спада и наша, да омогући законско наслеђивање између ширег круга сродника (чињеница је да и имиграционе државе прихватају систем законског наслеђивања ширег круга сродника, чак не ретко и неограниченог).

На основу изложеног, сматрамо да у нашем наследном праву треба да постоји неограничено позивање сродника на законско наслеђивање у прве три парентеле, као и у правој линији сродства, како нисходној тако и усходној. Сматрамо, дакле, да интестатско наслеђивање у српском праву треба кориговати на начин како је то питање било уређено у бившем Савезном закону о наслеђивању из 1955. године.

(Примљено 22. децембра 1993)

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

THE SYSTEMS OF GROUP DISTRIBUTION OF RELATIVES AS LEGAL SUCCESSORS

Summary

This is an analysis of systems of distribution of relatives as legal successors, firstly in terms of theory and then in terms of application of theoretical systems in legislative practice (both historically and on a comparative-law basis). This concerns predominantly contemporary legal systems, such as European continental (French, Spanish, Portuguese, Austrian, German, Russian and Yugoslav laws), Anglo-American, as well as Indian, which in many an element is entirely different in comparison to other inheritance systems, but not in terms of the principal idea promoted by the author.

The analysis shows that the rule is unlimited (by the right of representation) according to which relatives, as intestate successors, are called to inherit in a straight line (both up and down the stream); the same applying also to first three lines of parental successors.

The author pleads for a change in legislation due to the above analysis, since some two decades ago the number of relatives as legal successors has been drastically narrowed, especially in the Law which is implemented in Serbia. The author suggests the solution which was provided for by the Federal Inheritance Law of 1955.

Key words: *Relative. - Parentelar successor. - Successor. - Representation. - Accruing.*

(31) И у оним системима који не усвајају парентеларни систем, као законски наследници обухваћени су сродници који у парентеларном систему улазе у прве три парентеле (ограничења која су постављена у извесним правима практично се своде на исто - ограничење репрезентације до шестог или до дванаестог степена сродства). Изузетак је, као што смо навели, начињен у руском праву и то, може се са сигурношћу рећи, из идеолошких разлога. У праву бив. СФРЈ ограничење права представљања у трећем наследном реду уведено је у ЗОН-у Србије и БиХ, без одговарајуће научне и стручне расправе.

Oliver Antić,
professeur à la Faculté de droit de Belgrade

LES SYSTÈMES DE LA RÉPARTITION EN GROUPES DES PARENTS COMME HÉRITIERS LÉGAUX

Résumé

L'auteur analyse les systèmes de la répartition des parents en tant qu'héritiers, tout d'abord sur le plan théorique, et ensuite sur le plan de l'application des systèmes théoriques dans la pratique législative (au niveau historique et du droit comparé). C'est ainsi que ce travail fournit une image complète de la répartition des parents comme héritiers légaux, notamment dans les droits contemporains: dans le système continental européen (le droit français, espagnol, portugais, autrichien, russe et yougoslave), dans le système anglo-americain, et aussi dans le droit qui est appliqué en Inde - qui, par ailleurs, diffère dans de nombreux éléments des autres systèmes du droit successorial, mais pas en ce qui concerne l'idée générale que l'auteur préconise dans son travail. L'analyse a demontré qu'en règle générale, les parents en tant qu'héritiers ab intestat, sont conviés à l'héritage en ligne ascendante et descendante, de manière illimitée, et aussi en trois premières parentèles, de manière (aux termes de la loi de représentation). Partant de cela, mais tenant compte aussi des autres éléments pertinents (par exemple, le principe de la réciprocité), l'auteur conclue qu'il faudrait effectuer une modification des règlements qui ont réduit sensiblement, il y a deux décennies, le cercle des parents comme héritiers légaux, notamment dans la Loi appliquée en Serbie et propose qu'on réintroduise la solution qui a été adoptée dans la Loi fédérale sur la sucession de 1955.

Mots clé: *Le parent. - La parentèle. - L'héritier. - La représentation. - L'accession.*

UDK-341.9
Изворни научни рад

др Гашо Кнежевић,
ванредни професор Правног факултета у Београду

ПРЕТХОДНО ПИТАЊЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

Сагледавајући претходно питање са аспекта МПП и Грађанског процесног права, аутор покушава да помири начела интерне и међународне хармоније одлучивања, методом повезивања претходног питања колизионим нормама који задовољава оба начела.

Кључне речи: *Претходно питање. - Зависно везивање. - Независно везивање.*

I. ПОЈАМ ПРЕТХОДНОГ ПИТАЊА У ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ

Почетком тридесетих година овога века, у немачкој књижевности међународног приватног права, идентификован је нови проблем ове гране права, донекле сличан квалификацији и узвраћању и преупућивању (renvoi). Очеви су га назвали "претходно питање" (1). Од тада па до данас, и у немачкој и у светској књижевности ове гране права, проблем је често разматран (2). Насупрот светском тренду југословенски писци су остајали неми, а да ја прави разлог таквог понашања тек наслућујем (3). Надам се да ће га и читаоци, на крају овог излагања, наслућивати. Назив претходно питање за наш језик чини се подесним, а у упоредној књижевности у оптицају су изрази Vorfrage, question pealable и incidental question (4). Питање је у чему се проблем састоји.

Проблем претходног питања, у принципу, није специфичан проблем Међународног приватног права, већ се јавља и у другим гранама

(1) Melchior, *Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, 1932, стр. 245 и даље: Wengler, *Die Vorfrage im Kollisionsrecht*, Rabels Z 8 (1934), стр. 148-251.

(2) За исцрпан списак радова посвећених претходном питању в. Kegel, IPR, Минхен, 1987, стр. 227. (даље: Kegel).

(3) Можда треба критиковати моју необавештеност, али није ми познат ниједан рад на српском језику посвећен овом питању. У хрватској литератури, у последњем издању свог уџбеника, на проблем се осврнуо Сајко - в. Sajko, *Medunarodno privatno pravo, opći dio*, Загреб, 1993. (даље: Sajko).

(4) Термин incidental question, за енглески језик, приписује се Wolff-u и сматра се најадекватнијим, а може се срести и под називом preliminary question. В. Morris, *The Conflict of Laws*, Лондон, 1984, стр. 489, напомена 2 (даље: Morris): За комплетнију терминологију в. Salma, *Претходно питање у грађанском судском поступку*, док. дис, необјављено, Београд, 1993, стр. 18. и даље (даље: Salma).

материјалног грађанског права (облигационо, стварно, породично итд.), с тим да у МПП изазива специфичне дилеме везане за одређивање меродавног права (наравно, проблем тангира и кривично право, управно право, итд, али ја то остављам сада по страни). Велика пажња њему посвећана је у књижевности процесног, посебно Грађанског процесног права (5), те је најбоље поћи од његове дефиниције дате од аутора те гране права, а она ће се, накнадно, обогатити специфичностима МПП.

Пут од покретања судског поступка па до доношења мериторне одлуке дуг је и може захтевати пуно мисаоних операција. Једна од њих настаје уколико је за решавање по тужбеном захтеву у једној ствари (тзв. *главно питање*) потребно претходно решити да ли постоји неко друго право или правни однос (тзв. *претходно питање*) од чијег решења зависи одговор на главно питање (6).

Уколико се покушају идентификовати елементи појма, они би били следећи: 1) Претходно питање мора бити *правно питање* (постоји ли или не неко право или правни однос), не сме се никако сводити на чињенично (какво би, на пример, било питање утврђивања истинитости исправа) (7). 2) Оно мора представљати *самосталну правну целину*, тј. мора бити подобно за решавање као главна ствар у самосталном поступку. 3) Од његовог решења мора зависити одговор на главно питање (тужбени захтев), те је оно зато *условљавајуће*. 4) Најзад, у нашем процесном систему, о том питању, као о самосталном (главном), *не сме постојати правоснажна одлука суда* или неког другог органа пре него што се оно појави као претходно (што, за сада, остављам по страни) (8).

Покушаћу исти проблем да прикажем кроз пример: Тужбом за издржавање лице А, као претпостављени син лица Б, тражи од лица Б да га издржава. У покренутој парници за издржавање тужени (лице Б) оспорава да је отац тужиоца (лица А).

У наведеном примеру предмет спора је захтев за издржавање (главна ствар, главно питање). Међутим, евентуално усвајање тужбеног захтева (одговор суда на главно питање), зависи од тога да ли је лице Б (тужени) заиста отац лицу А (тужиоцу), тј. постоји ли између њих однос оца и сина који, са аспекта материјалног права, представља основ алиментације. Питање да ли постоји однос оца и сина између тужиоца и туженог представља правно, и условљавајуће питање у напред наведеном смислу. Оно представља и самосталну правну целину јер може бити предмет посебног, самосталног, поступка - патернитетског спора.

Како ће се суд, који је наишао на претходно питање, понашати у процесном смислу зависи од налога његовог законодавца, тј. од тога ком

(5) В. за списак радова уместо свих у нас Salma 333.

(6) Или, како то каже Triva: "Кад одлука суда зависи од претходног рјешења питања постоји ли неко право или правни однос, па се без рјешења тог питања не може рјешити главна ствар, а то питање чини самосталну правну цјелину, такво се питање назива претходно или прејудицијелно (инцидентално)" В. Triva, *Građansko parnično procesno pravo*, Загреб, 1983, стр. 72. (Даље: Triva): Слично Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1987, стр. 220. (даље: Познић).

(7) В. за могућност да оно буде и чињеничног карактера Salma, стр. 31.

(8) В. Познић, 220.

процесно-правном систему припада. Упоредно посматрано могу се разликовати три таква система (9).

а. По *систему самосталног решавања претходног питања* (немачки систем) суд пред којим се претходно питање појави овлашћен је да о њему увек сам одлучује, и то без обзира у чију надлежност то питање спада када је главно, дакле и ако, као главно, не би било у надлежности тог суда (органа). Ако се о том питању, као о главном, већ одлучује пред другим надлежним органом, суд пред којим је то питање претходно, не мора сачекати одлуку тог органа. Најзад, суд пред којим се неко питање појави као претходно, чак и уколико постоји правоснажна одлука неког органа о том истом питању као о главном, није везан том одлуком (10).

б) По *систему несамосталног решавања претходног питања* (француски систем) уколико се пред неким судом неко правно питање појави као претходно, суд мора прекинути поступак о главној ствари, да би сачекао да то (за њега) претходно питање реши надлежни суд (или други орган) као главно. Одлука тог органа веже суд, тј. он не може одлучити другачије (11).

ц) По *мешовитом систему* (аустријски, примењује се и у нас) суд је овлашћен да одлучује о свим претходним питањима која пред њега искрсну, без обзира да ли би за њих био надлежан или не када би она била главна ствар. Али, ако је о том питању већ одлучено у неком другом поступку као о главној ствари, суд је везан том одлуком у границама њене правоснажности, тј. не може одлучити другачије. Најзад, ако му се учини сврсисходним, суд може прекинути поступак и сачекати да о претходном питању, овог пута као о главној ствари, правоснажно одлучи надлежни орган.

II. ПРЕТХОДНО ПИТАЊЕ У МПП

Напред описану ситуацију (пример) можемо пренети и на терен МПП. Али, на том терену она мора имати једно специфично обележје иманентно овој грани права, тј. она у чињеничном склопу мора имати страни елемент. Узмимо да се тај страни елемент састоји у томе што су тужилац и тужени (евентуални отац и син) држављани различитих држава, а обојица су домицилирани у трећој држави, држави X. Тужилац тужи туженог за издржавање у тој држави. Тужени у том спору истакне приговор да он није отац детета. За суд државе X (поступајући суд) поставља се једно главно и једно претходно питање. Главно је питање основаности захтева за издржавање, али одговор на њега зависи од решења претходног питања, а наиме постоји ли између тужиоца и туженог однос оца и сина. Ако се на претходно питање негативно одговори, тужбени захтев ће се одбити, и обрнуто.

Без обзира на то постоји ли или не страни елемент, поступајући суд ће решити претходно питање сам (у не малом броју случајева)

(9) B. Salma, 94. и даље: Triva, 73. и даље.

(10) За позитивне и негативне карактеристике оваквог процесног нормирања в. Triva, 74.

(11) За позитивне и негативне карактеристике в. Triva, 73; За историјско објашњење овог система в. Salma, 95.

уколико припада земљама које су усвојиле немачки или аустријски процесно-правни систем, или ће прекинути поступак очекујући решење претходног питања као решење главне ствари од стварне надлежног суда (органа), уколико припада земљама које су усвојиле француски систем, јер му такво процесно понашање налажу норме о процедури права земље којој припада (у питањима процедуре начелно се примењује домаће право - lex fori). Међутим, суд који решава спор са елементом иностраности, а у земљама које су прихватиле немачки или аустријски систем (па дакле и наш суд), и који је решио да и о претходном питању одлучи сам, има један додатни проблем који своје постојање дугује елементу иностраности.

Задатак суда који је констатовао постојање елемента иностраности је да одреди меродавно материјално право за решавање спорног питања. Као логички прво питање, са аспекта МПП, пред судију се поставља главно питање - захтев за издржавање у нашем примеру. Правило је МПП да се меродавно материјално право за главно питање увек одређује на основу одговарајуће домаће колизионе норме (повезивање lex fori). Из тога следи да ће суд, користећи своје колизионо право, одредити материјално право неке земље, које ће одговорити на питање да ли је захтев за издржавање оправдан (12). Претпоставимо да је суд земље X, а на основу своје полазне колизионе норме, одредио као меродавно право за главно питање право земље Y. Рецимо да по том праву син, до одређене доби старости, има право на издражавање од стране особе која је његов отац. Даљи проблем за суд састоји се у томе што тужени (путативни отац) оспорава своје очинство (претходно питање). Како овај проблем представља самосталну правну целину, и за њега се мора одредити меродавно право. Дилема, коју су први поставили Melchior и Wengler, а која је специфично међународноприватноправна, је: да ли ће суд одредити меродавно право и за ово претходно питање полазећи од сопствених, lex fori, колизионих норми (у нашем случају колизионих норми земље X), или ће га одредити полазећи од колизионих норми земље чије је материјално право меродавно за главно питање, дакле lex causae колизионих норми (у нашем случају - Y) (13).

Другим речима, *са аспекта МПП*, претходно питање се може дефинисати као правни однос из диспозитива материјалне норме права меродавног за главно питање (14) (диспозитив те норме, на пример, је - отац детета испод 21 године: санкција је - мора дете издржавати). Овај однос из диспозитива (јесам ли ја отац - оспоравање очинства) подобан је за самостално колизионо повезивање, као и за самостално појављивање пред судом у форми главне ствари (15). Питање је да ли ће суд

(12) Уколико би земља X била Југославија, југословенски суд би пошао од чл. 40. Закона о међународном приватном праву којим се одређује меродавно право за односе родитеља и деце, па дакле и за питање међусобног издржавања. Материјално право до кога се дође применом чл. 40. одговарало би на питање оправданости тужбеног захтева. B. Dika, Knežević, Stojanović, *Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Београд, 1991, стр. 134. (даље: Dika).

(13) B. Morris, 489; Schwind, *IPR*, Wien, 1990, стр. 43 (даље: Schwind): Kegel, 230; Makarov, Grundris des IPR, Франкфурт, 1970, стр. 91. (даље: Makarov); Sajko, 120.

(14) Тако исправно и концизно Sajko, 121.

(15) У нашем колизионом праву чл. 41. ЗМПП одређује право меродавно за оспоравање очинства, в. Dika, 139.

меродавно право за тај правни однос одређивати полазећи од колизионих норми lex fori, или полазећи од колизионих норми lex causae. Те, најкраће, повезује ли се претходно, условљавајуће питање колизионом нормом lex fori, или колизионом нормом lex causae.

Дилема није академска. Ово стога што колизиона норма lex fori, применљива на (на пример наше (16)) претходно питање, може бити садржински различита од историодне колизионе норме lex causae. То, даље, значи да оне могу водити примени материјалног права две различите државе. Уколико су и у садржинском погледу та два права различита ето неприлике за поступајући суд: меритум спора, главно питање, зависи од опредељења за једну од метода повезивања претходног питања. Уколико lex fori повезивањем дође до материјалног права по коме, из неког разлога, тужени није отац тужиоцу (претходно питање), тужбени захтев за издржавање биће одбијен (главно питање). Уколико би се, пак, lex causae методом повезивања претходног питања дошло до материјалног права које тужиоцу даје статус детета, тужбени ће захтев бити усвојен (17).

Срећом, број горе описаних ситуација неће бити толико чест у пракси, колико се то може учинити на први поглед. Наиме, неки додатни услови, који се траже да би једно претходно питање изазвало описане проблеме међународног приватног права, сужавају круг случајева проблематичних са аспекта ове гране права. Те услове је најпотпуније формулисао Morris, па их преузимамо (18).

Право претходно питање поставља се када су испуњена три услова:

а) За главно питање мора, на основу домаће (Morris, каже енглеске - м.п.) колизионе норме, бити меродавно страно материјално право. Логика увођења овог услова у Morrisovu схему веома је једноставна: Уколико страно право није меродавно за главно питање, меродавно је домаће, што значи да је lex causae = lex fori. Када је то већ тако нема ни дилеме за које се повезивање претходног питања определити: могуће је само повезивање lege fori.

б) Претходно питање, које садржи страни елемент, мора бити подобно да се појави и као главно, или у другом контексту, и за то питање мора постојати специјална колизиона норма. Значи, нужно је да и у чињеничном стању претходног питања постоји страни елемент. Затим, већ је напоменуто да претходно питање мора бити самостална правна целина, која се може појавити пред судом и као главно питање, или (и) као споредно и у другом контексту, што значи као условљавајуће питање неког другог главног питања (на пример пуноважност брака може бити и самостално питање и претходно у поступку насле-

(16) За разлике в. Dika, 141.

(17) У упоредној судској пракси међународног приватног права могу се наћи бројни примери одлука у којима се појавило претходно питање и изазвало толико забуна да је одлука навела правне писце да се о њој опширно изјашњавају у коментарима. Највећи број тих одлука везан је за породично право и дугује своје порекло браку, као извору многих других права која се јављају као главна питања: личноправни захтеви, издржавање, наслеђивање итд. В. за случајеве Morris, 490-491; Schwind, 42-43; Makarov, 91; Kegel, 228 и 232.

(18) Morris, 489; Сматрајући је добром и Kegel у свом уџбенику цитира исту дефиницију, в. Kegel, 231.

ђивања, или издржавања итд.) Трећи подуслов у оквиру б) није претерано ригорозан пошто, у савременим условима развоја МПП, колизионе норме садрже све уже категорије за надовезивање (дакле све су бројније колизионе норме), те о томе неће бити више речи.

ц) Lex fori повезивањем претходног питања мора се доћи до резултата који је различит од резултата до кога би се дошло lex causae повезивањем. Ово стога што различито повезивање које води истом резултату (меритуму спора) због једнаке садржине права, изазива само фалш, лажну дилему. Нажалост, до закључка о томе је ли дилема лажна или не, може се доћи тек пошто се провере оба метода повезивања, што је и само по себи компликован поступак. Ипак, утеха је утеха.

III. РЕШАВАЊЕ ПРОБЛЕМА ПРЕТХОДНОГ ПИТАЊА У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ

1. Став теорије

Уколико сам успео да јасно поставим проблем претходног питања, из те поставке произлазе и могућа опредељења теоретичара ове гране права. Наиме, ако су опције за повезивање претходног питања "повезивање lex fori" или "повезивање lex causae", тада се и опредељење писца мора кретати између та два пола. У средини се налазе опрезни (мудри?).

(а) Један број аутора залаже се за тзв. *зависно повезивање* претходног питања. Овим термином они желе рећи да се меродавно материјално право за претходно питање мора одредити применом колизионе норме земље чије материјално право је меродавно за главно питање (*повезивање lex causae, а не lex fori*) (19). Основни аргумент за овакав метод повезивања, за њих, састоји се у потреби за тзв. међународном хармонизацијом решења (20). Под овим се подразумева потреба (жеља) да судови свих земаља, у спору истог идентитета, донесу одлуку идентичне садржине. На који се начин то постиже?

Претходно питање, које се појављује пред судом једне земље, може се појавити, после извесног времена, и као главно питање пред судом друге земље, јер оно, да би било претходно, мора бити подобно за самостално појављивање и повезивање. Узмимо да је један случај везан за две земље: А и В. Поступајући суд земље А, применом своје колизионе норме, одреди да је за главно питање (нпр. захтев за издржавање) меродавно материјално право земље В. За претходно питање (нпр. пуноважност брака) одредиће меродавно материјално право применом колизионе норме земље В (зависно повезивање). На основу тако одређеног права донеће одлуку о претходном питању (нпр. брак је пуноважан) и тиме прејудицирати меритум спора (постоји право на издржавање). Хармонизација се постиже због тога што се наше претходно питање, сутра или кроз неколико година, може појавити као главно пред судом земље В. Тада ће тај суд, користећи своју колизиону норму одредити меродавно право за (за њега) главно и једино питање

(19) Тој групи еминентних аутора припадају: Melchior, Wengler, Wolff, Moreira, Machado, Ferrer-Correia, Keller-Siehr, Lagarde, итд; B. Kegel, 231; Sajko, 122.

(20) B. Schwind, 44; Makarov, 91; Kegel, 233.

(пуноважност брака). Како су и суд земље А, у спору у коме је то за њега било претходно питање, и суд земље В, у спору у коме је то за њега било главно питање, користили исту колизиону норму - *норму земље В* - морали су доћи до истог мериторног резултата - *брак је пуноважан*, а то значи да је хармонија међународног (упоредног) решавања постигнута. Најкраће, формула зависног повезивања за претходно питање гласи: Судићу о претходном питању, са аспекта МПП, на исти начин на који би о том питању, као о главном, судио суд оне стране земље чије је право меродавно за (мени) главно питање (21).

(б) Све изнето било би и лепо и прихватљиво да се зависним повезивањем не угрожава једно друго начело, а наиме начело интерне хармонизације решења. И то је главни аргумент оних аутора који се опредељују за метод *независног повезивања* (22). По том методу меродавно материјално право за претходно питање одређује се применом *lex fori* колизионих норми (23). Дакле, формула независног повезивања претходног питања гласи: Судићу о претходном питању, са аспекта МПП, на исти начин као да ми је главно. Зашто? Са разлога што данас претходно питање (пуноважност брака као услов права на издржавање) сутра може, не само пред страним, већ и пред домаћим судом бити главно и једино, а тада ће се сигурно везивати колизионом нормом lex fori. Ако се једно те исто правно питање једном повезује домаћом (када је главно), а други пут страном (када је претходно) колизионом нормом, може се доћи до парадоксалних резултата: Пред судом једне те исте земље, један те исти брак може бити ништав као главно питање, а пуноважан као претходно питање, или обрнуто. Интерна хармонија је уништена, поцепана, од стране шизофрених правника.

(ц) У теорији је присутно и средње, компромисно решење. Његови поборници сматрају да је тешко унапред се определити за једно од два сукобљена начела: међународна или интерна хармонија. Стога треба *у сваком конкретном случају вагати интересе*, те ако се in concreto стане на становиште о потреби међународне хармоније - треба везивати lege causae, и обрнуто (24). Неки покушавају да направе и корак више, да поступајућим судовима дају неке критеријуме који им могу бити од помоћи. Тако Neuhaus дели све последице важности брака на нужне (право брачних другова на заједнички живот, родитељска власт над децом из брака и захтев детета за издржавање од стране родитеља) и оне које то нису (наследноправне и имовинскоправне последице било које врсте, подела родитељске власти од стране родитеља и захтев родитеља за издржавање од стране деце). Интерна хармонија има предност у сфери нужних последица (везивање lege fori), а у осталим случа-

(21) Принцип зависног везивања претходног питања пуно подсећа на "теорију страног суда" која се у англосаксонским земљама примењује у пракси за решавање renvoi проблема: в. спор In Re Annesley; в. о овој теорији Morris, 69.

(22) Став је већински. Безрезервни његов заговорник је Kegel који не преза чак ни од тога да поборнике супротног мишљења окарактерише као правничке шизофренике, или возаче који свесно испуштају волан из руку. Пореди их и са правницима који квалификују по lex causae, што, имплицитно, значи недостатак логике, или логику по схеми filius ante patrem. В. Kegel, 231-233.

(23) В. Schwind, 43; Morris, 491.

(24) Тако Neuhaus, Makarov, Gamillscheg итд. В. Makarov, 92-93; Kegel, 231; Sajko, 123.

јевима предност треба дати међународној хармонији решавања (везивање lege causae) (25).

2. Став праксе

Као и теорија, и судска пракса је подељена између два крајња решења.

Амерички, аустралијски, енглески и канадски судови склони су да претходно питање повезују колизионом нормом lex causae, чиме предност дају међународној хармонизацији решавања (26). Насупрот њима, немачки и аустријски судови склонији су потреби за заштитом интерне хармоније, мада постоје и (малобројне) судске одлуке у супротном правцу (27).

IV. ЛИЧНИ СТАВ

Уколико би моје опредељење за једно од понуђених метода колизионог повезивања претходног питања, зависило искључиво од аргумената који су из сфере Међународног приватног права, задатак би ми био тежак.

а) Сматрам да иза сваког колизионог решења мора стојати принцип најближе везе. Ово значи да творац колизионе норме (законодавац) мора за сваки однос пронаћи повезницу која ће, као на меродавно, указати на право земље са којом је однос најтешње повезан, па је она њиме највише тангирана. Пошто претходно питање дугује своје постојање диспозитиву материјалноправне норме стране земље (која је, тиме, а по мишљењу домаћег законодавца, највише заинтересована за главну ствар), тада колизионом праву те исте земље треба препустити даље повезивање претходног питања. То значи да, најначелније, плединам за повезивање lex causae, зависно повезивање.

б) Међутим, садашњи ниво развоја сарадње међународне заједнице у области приватног права диктира потребу да се, као императив, очува интерна хармонија одлучивања, јер је много већа опасност од њеног угрожавања, него од угрожавања међународне хармоније, до које је, уосталом, још далек пут (то не значи да њој не треба тежити, дапаче). Зато ме елементарни захтеви правне логике и страх од правне шизофреније (како би то рекао Kegel) окрећу потреби да и претходно, као и главно питње, везујем колизионим нормама домаћег права, дакле lex fori - независно повезивање.

ц) Из реченог произлази да изнети аргументи МПП цепају моју личност. Инстинкт менталног самоодржања диктира даље питање: може ли се очувати интерна хармоничност, а да се изађе у сусрет потреби за међународном хармонизацијом и да се заштити принцип најближе везе - могу ли се сучељене потребе помирити. Или, другим речима, да ли се, бар понекад, може повезивати lex causae, а да се не угрози унутрашњи систем.

(25) Neuhausa нисам читао директно него преко Makarova, Зато се не упуштам у коментарисање ове поделе. Само напоминьем да Makarov њену оправданост доводи у питање. B. Makarov, 93.

(26) B. Morris, 491.

(27) B. Kegel, 232 (са навођењем одлука); Schwind, 44 ф.н. 23. Због специфичности француског решења, њега овде не узимам у обзир. B. Sajko, 123.

На нивоу правила МПП одговор је, неспорно, негативан. Али, шта ће се десити уколико у разматрање уведемо и правила југословенског Грађанског процесног права везана за претходно питање, тј. поступак његовог решавања, као и чврсте ставове судске праксе. Може ли из тог угла сагледавања слика бити другачија (28)? Релевантне одредбе парничног законодавства садржане су у Закону о парничном поступку и Закону о међународном приватном праву (29). Правила су следећа:

Парнични суд може сам решавати о сваком претходном питању, уколико о њему већ није одлучивао, као о главном, други надлежни суд или други надлежни орган, домаћи или страни (за страни суд арг. из чл. 86. ЗМПП). Уколико су домаћи органи већ одлучивали и донели правоснажну одлуку, парнични суд, пред којим је исто питање претходно, везан је том одлуком па га не може решавати као претходно. Уколико су, пак, о том питању као о главном, већ правоснажно одлучивали страни органи, даља судбина поступка зависи од статуса те одлуке у Југославији. Уколико је она већ призната, у ванпарничном поступку у коме је то признање било главна ствар, она добија статус југословенске правоснажне одлуке, те се питање њом одлучено не може решавати као претходно ни пред једним домаћим судом. У супротном сваки суд може о њеном признању решавати као о претходном питању, са дејством само за тај поступак. Уколико је призна - њеном је садржином само он везан при одлучивању о својој главној ствари. Уколико је не призна, она за тај суд и (уопште) југословенски правни систем и не постоји, па даље излагање важи и за ову алтернативу. Моја је препорука да домаћи судови, иако у закону имају формалну легитимацију, о признању страних одлука не одлучују прејудицијелно, већ да прекину поступак како би се о томе одлучило као о главној ствари (30). Уколико одлука домаћег или страног органа не постоји парнични суд има пред собом две алтернативе: 1. или ће сам решавати о претходном питању, или 2. ће, ако нађе да је то сврсисходно, прекинути поступак док надлежни орган о њему, као главном, мериторно, правоснажно одлучи. Сматра се да је посебно оправдано поступити као под 2. ако се а) о том питању, као о главном, већ води поступак, или б) се може покренути ex offo, или ц) уколико странка, у чијем интересу је његово покретање, изјави да ће га покренути, или д) (поновимо) ако се ради о признању стране судске одлуке (31). Уколико парнични суд сам одлучује о претходном питању онда одлука о њему не улази у изреку пресуде, није обухваћена правоснажношћу. Значи, она не обавезује ни један други суд, ни онај који о том истом питању одлучује као о главном, ни онај који о њему одлучује као о претходном, али у другом контексту. Међутим, ако претходно питање спада у надлежност суда пред којим се појавило, тај суд може о њему и правоснажно одлучити на иницијативу странака. Тужилац иницијативу преузима тзв. инциденталном тужбом за утврђење, а тужени прејудицијелном противтужбом. Најзад, у дома-

(28) B. Salma, 257; Triva, 75.

(29) Чл. 12, 187, 189 и 213 ЗПП, Сл. лист СФРЈ 4/77; Чл. 86. и 101 ЗМПП, Сл. лист СФРЈ 42/82.

(30) В. Кнежевић, *Поступак признања и извршења страних судских и арбитражних одлука*, ПЖ, Књига о грађанском судском поступку, II том, Београд, 1989, стр. 135.

(31) B. Triva, 75; Познић, 211.

ћој судској пракси постоји чврст став да се о постојању брака и очинству не може решавати као о претходним питањима: поступак треба прекинути и странке упутити да о томе расправе као о главној ствари (32).

У међународноприватноправној пракси судова, везаној за проблем претходних питања, далеко највећи број случајева отпада на оне у којима се као условљавајуће претходно питање појављује питање постојања брака (33). Уопште, у породичноправној сфери појава претходног питања изазива спектакуларне ефекте. Међутим, у нас је појава те, спектакуларне, сфере предупређена ставом судске праксе. Како се о питањима постојања брака и очинства може расправљати само као о главним питањима, то ће се и повезивање, одређивање меродавног материјалног права, увек вршити по колизионој норми lex fori, јер другачије и не може бити. Тако добијена правоснажна одлука је одлука о главној ствари и она веже све друге судове пред којима се питање њоме решено појави као прејудицијелно, снабдевена је ефектом ne bis in idem, чиме је очувана интерна хармонија одлучивања. Исто важи и за све оне случајеве у којима је поступајући суд (иако није обавезан) одлучио да прекине поступак и сачека одлуку другог суда или органа о претходном питању као о главном.

Међутим, и ван области Породичног права има појава претходног питања у поступку са страним елементом, мада много ређе. На пример, поднет је тужбени захтев према јемцу, а главни дуг и јемство подлежу различитим статутима, при чему је главни дуг (предмет претходног питања) по једном статуту пуноважан, по другом не (34). У овом, и у другим сличним примерима, треба се крајње потцењивачки односити према странкама па сумњати у то да ће се они користити својом процесном иницијативом и истаћи или инциденталну тужбу за утврђење, или прејудицијелну противтужбу, а уколико је испуњен услов стварне надлежности истог суда за противтужбу (35), а стварне и месне за инциденталну тужбу. Када су ти услови испуњени, а странке су користиле своја права, по мени се претходно питање о постојању условљавајућег правног односа мора везивати по lex causae. Таквим повезивањем интерна хармонија се не доводи у опасност, а излази се у сусрет међународној усклађености одлука и очувању принципа најближе везе. Ово стога што по захтевима тужиоца, односно туженога, поступајући суд одлучује правоснажно, па су његовом одлуком везани сви други домаћи судови, дакле опасности од цепања интерног система нема, а међународна хармонија је постигнута.

Остају ситуације у којима је претходно питање истакнуто само на иницијативу суда, или у којима није испуњен услов надлежности за инциденталну тужбу и прејудицијелну противтужбу. Ове ће ситуације бити екстремно ретке, али без обзира на њихову реткост, решење повезивања се мора наћи. Сматрамо да претходна питања садржана у опи-

(32) В. Triva, 76.

(33) В. Schwind, 42 и 45.

(34) В. Schwind, 45-46; Dika, 89.

(35) В. за атракцију међународне надлежности Dika, 163; Из досадашњег излагања произлази да ја, посматрано са аспекта МПП, међупресуду не сматрам обликом одлучивања о претходном питању. Уколико би се стало на становиште да она то ипак јесте, и за њу би важило исто што и за инциденталну тужбу и прејудицијелну противтужбу. В. за аргументе Salma, 247.

саним процесним ситуацијама, са аспекта МПП, треба везивати lex fori (независно) како би се очувала унутрашња хармонија одлучивања.

Као изузетак од изнетих правила јавља се проблем држављанства. Постоји општа сагласност у теорији и пракси, без обзира на евентуално различит начелни став о повезивању претходних питања, да се питање припада ли неко лице једној држави процењује по праву те државе (зависно повезивање) (36). Ово стога што држављанство спада у суверену власт сваке државе, па се против воље те државе њој не могу наметати или одузимати држављани. Исто тако, уколико стицање или губитак држављанства зависе од неког условљавајућег претходног односа, тај се однос процењује материјалним правом до кога се долази применом колизионе норме државе чије је држављанство у питању, а не колизионе норме lex fori (нпр. држављанство зависи од пуноважности брака, усвојења, позакоњења и сл). Посебно напомињемо да, уколико стицање (губитак) држављанства зависи од ваљаности брака, па се то условљавајуће питање појави као главно (а хоће због става наше судске праксе), суд га мора повезивати lex causae, што је веома велики изузетак од правила lex fori повезивања главног питања.

V. ЗАКЉУЧАК

Када се проблем претходног питања МПП просуђује аргументима југословенског Међународног приватног и Грађанског процесног права, чини ми се да је могуће помирити потребу за очувањем унутрашње хармоније одлучивања и жељу за изградњом међународне хармоније.

а) То се постиже тиме што се, у свим оним случајевима у којима одлука о претходном питању улази у диспозитив судске одлуке (због инцидентално тужбе или прејудицијелне противтужбе), и обухваћена је правном снагом, претходно питање повезује *зависно*, тј. колизионом нормом lex causae.

б) Уколико стицање или губитак држављанства зависе од постојања неког статусног односа (брак, усвојење) тај ће се однос просуђивати повезивањем lex causae (што је опште усвојен изузетак), без обзира улази ли или не у диспозитив одлуке о главној ствари.

ц) Наравно, уколико суд одлучи да прекине поступак и сачека одлуку о претходном питању, као о главном, а (посебно) када је претходно питање пуноважност брака и очинство (потоње због става домаће судске праксе да се о њима не може прејудицијелно одлучивати), суд пред којим је то главно питање повезује lex fori.

д) Најзад, lex fori се повезује и када по сопственој иницијативи суд разматра претходна питања, или када нису испуњени предуслови о надлежности неопходни за инцидентално захтеве странака, пошто одлука о тим питањима није обухваћена правном снагом (не улази у изреку пресуде).

(Примљено 3. марта 1994)

(36) B. Sajko, 123; Kegel, 233.

Dr. Gašo Knežević,
Associate Professor of the Faculty of Law in Belgrade

PRELIMINARY ISSUE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

While considering the issue treated from the aspect of private international law and civil procedure law, the author attempts to reconcile the principles of internal and international harmony in decision-making process, by using the method of connecting the preliminary issue with conflict of law norms - which meet the requiriments of both principles.

Key words: *Preliminary issue. - Dependent connecting. - Independent connecting.*

Gašo Knežević,
professeur à la Faculté de droit de Belgrade

LA QUESTION PRÉALABLE DANS LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Résumé

Envisageant la question préalable du point de vue du droit international privé, et du droit civil de procédure, l'auteur essaie de réconcilier les principes de l'harmonie interne et de l'harmonie internationale de la prise des décisions par la méthode d'intégration de la question préalable par les normes de collision satisfaisant les deux pricipes.

Mots clé: *La question préalable. - L'intégration dépendante. - L'intégration indépendante.*

UDK 341.9(44)
Изворни научни рад

др Милорад Рочкомановић,
редовни професор Правног факултета у Нишу

ORDRE PUBLIC У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ ФРАНЦУСКЕ

Аутор анализира теоријску мисао Француске о суштини и функционисању установе јавни поредак, као и њено схватање у француској судској пракси у разним областима међународног приватног права. У првом делу изложени су ставови француске доктрине од којих су неки, снагом својих аргумената, имали пресудан утицај на судове. У другом, пак, аутор је, користећи обиман материјал презентирао сво богатство решења француских судова, које је, по правилу, представљало рефлекс законодавних промена што су се одиграле у француском праву, али које, такође, неизбежно носи печат теоријске мисли француске доктрине међународног приватног права. У закључку се подвлачи да је француско схватање ordre public у смислу међународног приватног права, добрим делом, али не и увек, на линији прогресивних достигнућа у одређеним сегментима приватноправних односа која се сматрају доминантним на плану упоредног права. Такође, да би, независно од различитих друштвено-економских основа француског и нашег правног поретка, и наши судови могли прибећи резерви јавног поретка у већини случајева у којим је ова установа била коришћена у пракси француског правосуђа.

Кључне речи: *Јавни поредак. - Француска. - Доктрина. - Судска пракса.*

I. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

1. Установа ordre public у међународном приватном праву Француске има свој формални извор у одредбама чл. 3. ст. 1. и чл. 6. Грађанског законика ове земље (1). Непрецизност законског текста са једне и садржинска неодређеност овог института са друге стране, учинили су да је главни терет око уобличавања његове физиономије поднела пракса француских судова. У том послу она је имала сарадника у правној науци, чији су ставови утицали на одлуку судова о употреби ordre public. Њен позитивни допринос не умањује ни околност да међу њеним протагонистима није било увек једнодушности у вези са тумачењем садржине односно домашаја ових и неких других прописа

(1) Чл. 3 ст. 1 Code Civil: "Закони о полицији и јавној сигурности обавезују све оне који бораве на подручју државе", Чл. 6: "Не могу се посебним споразумом дерогирати ordre public и добри обичаји".

C. civil. Приклањајући се оним доктринарним гледиштима која су им изгледала најприхватљивијим у датом моменту, француски судови су били у прилици да пруже ефикасну правну заштиту основним друштвеним, правним и моралним принципима и вредностима француског друштва, који су могли бити угрожени ако би се остало доследно у примени домаћих норми међународног приватног права.

Када се све то има у виду, јасно је да је за сагледавање ове установе неопходно у исто време упознати и ставове правне науке о њој и решења судске праксе у погледу њене непосредне примене.

Анализа ове последње, нарочито, могла би да покаже да ли су могућа нека поређења у погледу обима употребе јавног поретка у француском и нашем праву. Одговор на то питање утолико је интересантнији када се зна да правни системи ових држава почивају на различитим друштвено-економским основама. За наше судове то би могло да буде од практичног значаја, јер би се са одређеном сигурношћу могла предвидети реакција француских судова у односу на решења нашег права.

II. ФРАНЦУСКА ПРАВНА НАУКА О СУШТИНИ И НАЧИНУ ФУНКЦИОНИСАЊА ORDRE PUBLIC У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ

1. За развојни пут теоријске мисли о установи ordre public у Француској може се рећи да је ишао у два различита правца, при чему је сваки од њих припадао одређеном временском раздобљу.

У XIX веку, као израз превласти тзв. школе персоналиста, доминирало је мишљење да би за међународно приватно право ваљало усвојити принцип о екстериторијалном дејству закона. На тај начин, вероватно као одговор на дотада владајућу концепцију о територијалности у примени закона, и ordre public, као његова својеврсна потврда, био је схваћен као изузетак. И то у два правца: као одступање од примене страног редовно надлежног закона и као инспирација за доношење једностраних колизионих норми (2).

Са Pillet-om и његовом деобом закона на императивне законе материјалног карактера, који су екстериторијални у примени, јер се тичу појединаца и оне законе који се односе на заштиту друштва, који су, с обзиром на општост, територијалног карактера, афирмише се уверење о аутономном карактеру установе ordre public. Сврставајући ове друге у законе који чине домаћи јавни поредак, он, слично Savigny-у у Немачкој, полази од тога да је основни критеријум за давање својстава ordre public неком пропису његов циљ (3).

Крајем XIX века појављује се концепција чији је идејни творац био Bartin. Овај теоретичар полази од тога да је ordre public средство које служи за избегавање примене страног надлежног закона. Ово схватање, које у дефинисању јавног поретка полази од његовог функционалног одређења, послужило је потоњим ауторима као основ на коме ће градити ставове и критику његове употребе у судској пракси ове земље.

(2) J. Maury; *L'ordre public en droit international privé francais et allemand*, Rev. crit. de droit int. privé, 1954, p. 10.

(3) Ово схватање нарочито је критиковао Lagarde. (Види: P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé, thèse*, 1959, Paris, p. 128).

2. Док Y. Loussouarn сматра да позивање на ordre public зависи од тога да ли су у датом случају тангирани интереси француске државе (4), дотле L. Lucas иде још даље када тврди да "општи и универзални ordre public і његов ауторитет не познаје границе (5)".

Схватање Niboyet-a, према којем се француски суд може позвати на свој ordre public у случају неспојивости страних правних прописа и lex fori, био је критикован као једностран и штетан. С обзиром на то да су такви случајеви у пракси веома чести, то би употреба овог правног института међународног приватног права у циљу замене страног француским правом, водила негацији самог међународног приватног права (6).

Веома је аргументовано критиковано и становиште да садржину ordre public, у смислу међународног приватног права, чине једино прописи принудног карактера lex fori (7).

3. Анализа француске правне литературе показује да се јавни поредак најчешће посматрао са аспекта примене и дејства у домену сукоба закона. Чини се да је тако концентрисана пажња правне науке ове земље била последица става о њему као елементу колизионе норме, који долази до примене само онда када колизиона норма lex fori упућује на примену страног закона. Због тога, сматрају неки аутори (8), не може се замислити употреба овог института независно од колизионе норме, пошто он нема самостално поље примене.

На питање шта је то што провоцира одбијање примене страног надлежног закона, француски правни писци нису имали истоветан одговор. Док Niboyet основ за употребу ordre public налази у садржини страног закона (9), дотле неки други аутори (Batiffol, Lagarde, Maury) сматрају да је само тај елеменат у већини случајева недовољан да дâ надлежност француском закону и да зато превагу треба дати околностима под којима страни закон треба да се примени у датом случају. Тако, рецимо, Maury наводи да иако грађанска форма брака представља садржину домаћег ordre public у међународном приватном праву, неће се сматрати да је овај повређен једино зато што одредба страног закона о томе предвиђа религиозну форму брака. Француски ordre public интервенисао би само у случају да је брак склопљен у Француској, док се његово дејство не би осетило ако би до тога дошло у некој другој држави, макар да је брак закључен између француских држављана (10). Ово схватање, познато као ублажено дејство јавног поретка, као што ћемо доцније видети, добило је пуну подршку у судској пракси ове земље.

Разрађујући концепт Batiffol-a (11), о томе да је задатак међународног приватног права координација националних правних система,

(4) Lagarde, *op. cit.*, p. 65.

(5) Види његов чланак у Revue crit. de droit int. privé, 1966, n. 273.

(6) Lagarde, исто, n. 185.

(7) Lagarde (*op. cit.*, p. 128) сматра да је сасвим могуће да француски ordre public буде употребљен и онда када је неко питање у домаћем праву регулисано диспозитивном нормом (нпр. када страни закон надлежан за уговор о продаји искључује било какву гаранцију за продату ствар).

(8) Lagarde, *op. cit.*, p. 185. Исто и Maury.

(9) Niboyet, *Traité de droit international privé francais*, t. III, n° 1022, p. 496.

(10) H. Batiffol, *Principes de droit international privé*, p. 267, 268.

(11) Исто.

Lagarde учи да је од пресудног значаја за одлуку домаћег суда о употреби ordre public, однос који има одређена правна установа страног права са одговарајућим правним установама lex fori. Отуд до непримене страног закона не долази само онда када је он у колизији са основним принципима правног поретка домаће државе, већ првенствено онда када пропис страног закона не може бити интегрисан на један стабилан начин у домаћем праву. Ordre public тада треба да "удахне живот" тој немогућој заједници страних и домаћих правних установа (12).

За разлику од немачких и швајцарских аутора, за које је територијална веза спорног случаја и lex fori неопходан услов за употребу института ordre public, француска правна наука није била јединствена у том погледу. У поређењу са оним правним писцима који овај проблем посматрају кроз анализу ставова судске праксе, Lagarde га третира у контексту примене француских закона полиције и сигурности. Док је за њихову употребу, каже он, неопходно постојање извесне везе случаја са француском територијом, дотле је за примену ordre public битно да постоји таква веза са међународним приватним правом Француске (13).

Maury, са своје стране, заступа становиште да ни надлежност домаћег суда у датом случају, сама по себи, не може бити довољна за заснивање тражене "везе" која оправдава употребу ordre public lex fori. Такав везивни карактер могу имати неке друге одлучне околности, као, рецимо, домаће држављанство или домицил, те боравиште у њој (14).

4. Међутим, та "веза" у пракси француских судова некада се фингира, истина на посебан начин. У настојању да одреде случајеве у којима захтев очувања кохерентности унутрашњег правног поретка Француске налаже одступање од домаћих колизионих норми, француски судови полазе од тога да се императиван карактер неких прописа домаћег права намеће страном закону. Ти прописи, које је Francescakis, вероватно први у доктрини, назвао законом за непосредну примену (les lois d'application immédiate) представљају специјалне колизионе норме које изражавају императиве домаћег ordre public и који зато морају да буду поштовани и у материји међународног приватног права у овој држави (15).

Мада се у француској судској пракси не врши увек јасно разликовање између ових закона и установе ordre public, с обзиром да и у једном и у другом случају на крају долази до примене француског материјалног права (16), између њих ипак постоји неколико значајних разлика.

---

(12) Lagarde, *op. cit.*, p. 238, 239.

(13) Lagarde, *op. cit.*, p. 101. Као што ћемо доцније видети, француски судови, мада не увек експлицитно, примењују свој јавни поредак полазећи од критеријума територијалне повезаности случаја са Француском.

(14) Maury, исто, p. 19, 20.

(15) Ph. Francescakis, *Quelques précisions sur "les lois d'application immediate" et leurs rapports avec les règles de conflict des lois*, Rev. crit. de droit int. privé, 1-1966.

(16) J. P. Karaquillo, *Etude de quelques manifestations des lois a'application immédiate dans la jurisprudence francais de droit international privé*, Paris, 1979, истиче да је непосредна примена француских закона на случајеве међународног приватног права нормална појава са становишта француских судова, при чему је неважно да ли до тога долази позивом на ordre public или коришћењем израза "закони за непосредну примену".

Једна од њих огледа се у механизму примене: док ordre public подразумева претходно испитивање садржаја страног редовно надлежног закона, дотле у случају ове врсте прописа домаћи судови то не чине, већ, независно од упутства домаће колизионе норме, непосредно примењују одговарајући пропис француског права.

Друга разлика између њих огледа се у различитости карактера "везе" случаја са домаћим правним поретком у једном и у другом случају. Ordre public захтева постојање класичних тачака везивања, јер почива на претходном консултовању колизионе норме. Када је, пак, реч о законима који се непосредно примењују и потребној "вези" са lex fori, тада се не тражи онај карактеристичан моменат у виду тачке везивања која "национализује" правни однос у питању зависности од његове природе. Оно што је овде неопходно, то је посебна додирна тачка која је довољна да оправда непосредну примену lex fori у циљу омогућавања успеха француске законодавне политике и унутрашње стабилности њеног правног поретка (17). Она није објективно дата, већ произлази из сврхе одређеног прописа (18).

5. Иако у новијој теорији међународног приватног права у Француској постоји једнодушан став о томе да садржину ordre public у праву ове државе не би требало изједначавати са императивним прописима lex fori (19), чињеница је да су домаћи судови у његовој процени, начелно били руковођени садржином унутрашњег ordre public, тако да је еволуција овог другог директно утицала на еволуцију садржине ordre public као установе међународног приватног права (20).

Ordre public би изузетно могао произаћи из међународног уговора (21) и само се у том случају може говорити о "међународном" карактеру овог института (22).

6. Уобичајено схватање о пермисивном и прохибитивном дејству јавног поретка, француска правна наука прихвата уз одређене корекције. Тако, рецимо, Niboyet сматра да примена домаћег ordre public има за последицу потпуну замену страног закона са lex fori, јер се одређена правна ситуација, која је забрањена страним а допуштена домаћим законом, на известан начин "национализује".

Неки други правни писци нешто су умеренији у том погледу. Иако свестан негативних последица аутоматске супституције страног закона са lex fori, Lagarde је мишљења да када функционисање колизионе норме lex fori доводи до озбиљних неусклађености страног и домаћег права, замена о којој је реч мора да буде потпуна. У противном,

(17) Karaquillo, исто, p. 143, 146, 155.

(18) Karaquillo, исто, p. 172.

(19) Francescakis, (Rep. Dalooz de droit int. privé, n° 499 и 500) сматра да унутрашњи ordrepublicзначи давање преваге јавним над приватним интересима, придев "међународни" не би требало схватити као нешто што се односи на извор, већ на његов предмет.

(20) Lagarde, *op. cit.*, p. 189.

(21) Francescakis (*op. cit.*, N° 502) наводи да је поморска хипотека постала француски ordre public тек онда када је установљена уаконом у овој земљи. Једнако важи и за издржавање ванбрачног детета, почев од закона из 1955. године.

(22) Тако су неке пресуде донете пре 1966. године сматрале да извесне одредбе Бриселске конвенције о унификацији одређених питања у области коносмана од 24. VIII 1924, представљају француски ordre public и да зато не могу бити укинуте споразумним одређивањем надлежног права за уговор.

на један правни однос биће примењено "прекрајање" законских текстова, што може довести до резултата који су лишени сваког смисла. Зато, се закључује он, искључење примене страног редовно надлежног права не односи једино на оне његове одредбе које су у опреци са схватањем ordre public lex fori, већ и на оне прописе који му нису противни, али који се не могу одвојити од првих (23).

Да позив на ordre public нема увек за циљ потпуну замену страног права, произилази из става овог аутора да његова употреба треба да допринесе да се из страног закона елеминише оно што је у очитој супротности са правним схватањима lex fori (24).

Став о ограниченој замени страног редовно надлежног закона услед његове супротстављености домаћем ordre public, био је, као што ћемо доцније видети, прихваћен и у једном броју пресуда француских судова.

7. Домаћи суд начелно води рачуна једино о угрожавању сопственог ordre public. Ово универзално правило без резерве је подржано и у француској науци међународног приватног права. Међутим, када је требало одговорити на питање, да ли се изузетно могу признати правне ситуације настале у другим државама захваљујући њиховом ordre public, француски аутори нису увек били једнодушни.

Повод за њихово разилажење пружила им је једна старија одлука белгијског суда којом је признат брак пољских држављана различите вере, склопљен у Белгији противно забрани из пољског закона, и то позивом на домаћи ordre public.

Они аутори који су били за доследно поштовање принципа (нпр. Bartin, Maury) држали су да француски судија не би требало да узме у обзир разлоге страног ordre public, независно од тога што је његова садржина у конкретном случају била истоветна са садржином француског ordre public и што би, да се питање признања тог истог односа најпре поставило у Француској, он морао да буде третиран као пуноважан.

Насупрот њима, Pillet (25), Batiffol (26), Niboyet (27),и Lagarde (28), сматрају да би уважавањем тзв. рефлексног дејства страног ordre public француски суд требало да призна правни однос који је пуноважно настао захваљујући употреби јавног поретка Белгије. Ово утолико пре, сматрају они, што обе државе припадају истом правном миљеу.

8. Занимљиво мишљење износи Lagarde у погледу утицаја који има установа узвраћања (renvoi) на употребу страног ordre public. Полазећи од напред цитираног случаја и разлике у примени овог института на претходно и на главно питање (29), аутор истиче да ако страно право, на које упућује домаћа колизиона норма, не прихвата надлежност за

(23) Lagarde (*op. cit.*, p. 206) сматра да је такво решење оптерећено неизвесношћу за тужиоца, а сем тога у неким случајевима може се показати да lex fori не одговара суштини спора.

(24) Lagarde, исто, p. 237.

(25) Pillet: Principes de droit international privé, n° 217.

(26) Batiffol, *op. cit.*, n° 369.

(27) Niboyet, *op. cit.*, n° 1048.

(28) Lagarde, *op. cit.*, p. 224.

(29) Опширније о томе: Lagarde, исто, p. 78, 79.

регулисање главног питања (30), тада примена страног ordre public остаје беспредметна. Зато, закључује он, о страном јавном поретку ваља водити рачуна само у мери у којој је страно материјално право доиста било примењено на однос у питању (31).

9. С обзиром да је ordre public установа чија је садржина променљива у времену, то је за судове веома значајно практично питање: које схватање ordre public применити, ако је од момента настанка спора до тренутка његовог решавања протекао известан дужи период времена.

Ово питање изазвало је одређене недоумице у француској науци међународног приватног права. Неки старији правни писци (Niboyet) мишљења су да ако је стицање неког права у одређеном моменту у колизији са домаћим схватањем ordre public, тада остаје без икаквих правних последица његова доцнија промена (32). Међутим, када се ради о примени овог инситута у области признања и извршења страних судских одлука, већина аутора сматра да се оцена његове садржине врши с обзиром на моменат доношења одлуке о спору.

Поједини аутори теорију о актуелности садржине јавног поретка објашњавају нужношћу његове казуистичке процене (Lagarde). Други, пак, полазећи од циља његове употребе, сматрају да ако ordre public треба да заштити основне поставке правног поретка lex fori, онда је незамисливо да то буде учињено тако што ће домаћи судија да се позове на принципе и схватања који су давно напуштени (33). У том правцу била је и оцена L. Pigeonnière-a да дефиниција ordre public у великој мери зависи од става који у одређеном моменту преовлађује у Француској (34).

Такав став о временској условљености садржине ordre public усвојен је, као што ћемо показати, и у француској судској пракси.

10. Проблем који изазива промена садржине ове установе до доношења одлуке највише судске инстанце о признању стране одлуке, по мишљењу Lagarde-a, треба решити позивом на његово актуелно значење. Зато Касациони суд може да укине нападану одлуку суда нижег степена услед тога што је у међувремену дошло до промене схватања садржине ordre public lex fori. Иако овакво решење може изгледати строго, оно је ипак логично по мишљењу овог аутора (35).

У прилог оваквог става говори и околност да од тренутка давања егзекватуре страној одлуци она може произвести правне последице res iudicata на домаћој територији. Због тога, када се ради о признању неког односа или остваривању права које је задобијено у иностранству, актуелни ordre public не трпи никакве изузетке.

---

(30) Главно питање може бити, рецимо, наслеђивање међу супрузима, а претходно, пуноважност њиховог брака.

(31) Lagarde, исто, p. 233.

(32) Niboyet, *op. cit.*, p. 535.

(33) Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente: l'ordre public international et la fraude à la loi*, 1952, p. 122.

(34) Цит. према Francescakisu, исто, n° 505.

(35) Lagarde, *op. cit.*, 191.

III. ORDE PUBLIC У ПРАКСИ ФРАНЦУСКИХ СУДОВА

1. С обзиром на релативну неодређеност садржине установе ordre public у међународном приватном праву, то њена употреба зависи од процене судије који расправља неко од питања из домена који је уређен нормама међународног приватног права. На његову активну и креативну улогу указује и околност да је резерва ordre public у исто време и нека врста директиве која му је упућена од стране његовог законодавца. Зато, сматра се у једном делу француске науке међународног приватног права, он не би могао да прогласи да одређени пропис lex fori чини садржину ordre public, већ би такав закључак требало да изведе обраћањем на принцип изведен из домаћег законодавства, водећи притом рачуна и о општој примени установа и о потреби међународне сарадње (36).

Анализа актуелне судске праксе у Француској сведочи о томе да је ordre public највише био коришћен против примене страних прописа или на њима заснованим решењима у области статусних односа физичких лица. Нешто је ређа била његова употреба у материји имовинских односа, као и у домену наследних и облигационих односа или у материји признања и извршења страних арбитражних одлука.

2. Околност да страно национално право (закон Румуније) утврђује брачну способност веренице на 18 година, није у колизији са француским поимањем ordre public у смислу међународног приватног права. Због тога ће у Француској бити признат брак који је она склопила, без обзира на то што је то било учињено без сагласности њених родитеља (37).

Уколико није било изричитог позивања на одсуство слободно изјављене воље потенцијалних супружника, чињеница да је отац веренице примио новац од будућег зета на име закључења брака, не противи се француском схватању ordre public, нити вређа добре обичаје (38).

Мада су француски судови ненадлежни за проглашење рођења детета до којег је дошло у иностранству (чл. 55 С.с.), у пракси се показало да ово правило није било без изузетка. Тако је Апелациони суд Париза у пресуди од 24. II 1977. године прихватио надлежност, јер је лице које је тражило такву одлуку било у фактичкој немогућности да се за то обрати суду надлежном по месту рођења детета у страној држави. Суд се није изричито позвао на властити ordre public, али се у коментару његове одлуке подвлачи да је пређутно прихваћен разлог за доношење одлуке у питању био у чињеници да се интерес домаћег ordre public везује за свако лице које редовно борави у Француској, макар се радило о странцу који је рођен изван Француске. На тај начин ordre

(36) Francescakis, исто, n° 501.

(37) У образложењу одлуке Trib. de grande instance Париза од 15. III 1972 (Rev. crit. de d. i. p., 1973, n. 507) речено је да и румунско право, као и француско, настоји да фаворизује заснивање брачне заједнице на легалан начин, те да ordre pubic осуђује непромишљене одлуке младих људи, али не искључује могућност склапања брака пунолетних лица у смислу њиховог lex nationalis. Коментатор ове одлуке сматра да би ordre public могао да буде употребљен ако страни закон допушта закључење брака без претходне сагласности родитеља девојци млађој од 15, а младићу од 18 година.

(38) Cass. civ., 1^re^, 4. IV 1978, Clunet, 1979, p. 353.

public постао је основ за међународну надлежност домаћих судова у области односа стања и способности физичких лица (39).

3. Проучавање судске праксе Француске показује да има знакова да је употреба установе ordre public прилично изгубила на строгости у односу на признање страних одлука о утврђивању ванбрачног очинства. Међутим, то никако не значи да је он у потпуности елеминисан у овој материји.

Неки француски судови одбијали су да признају пресуде страних судова као противне домаћем ordre public, ако је одлука о ванбрачном очинству почивала на претпоставци о постојању интимних односа једног мушкарца са мајком детета у време зачећа (нпр. Trib. de grande instance de Grasse, 2. I 1963. и Dijon, 7. VI 1967). Сличан став заузео је и Tribunal de grande instance Париза у одлуци од 1. III 1977. када је одбио да призна страну пресуду која је утврдила очинство, мада је муж у критично време зачећа живео одвојен од његове жене.

Са друге стране, Trib. de grande instance Seine, у одлуци од 1. II 1965, закључио је да није противна домаћем схватању ordre public одредба Грађанског законика Чилеа (чл. 185) која проглашава ванбрачним дете које је рођено након 300 дана од престанка брака његове мајке.

Касациони суд Француске је 22. XII 1970. одбацио приговор ванбрачног оца да немогућност доказивања неморалног владања мајке ванбрачног детета вређа схватање француског ordre public у међународном приватном праву. Суд је сматрао да овај није био доведен у питање, јер и чл. 324 т. 4 С.с. оставља могућност неприхватања таквог приговора у истој ствари без елемента иностраности.

Принципијелан став француских судова дошао је до израза у одлуци суда Париза од 13. VII 1977. Када је требало да се изјасни о признању норвешке пресуде о утврђеном ванбрачном очинству, суд је констатовао да није повређен домаћи ordre public чињеницом да због неморалног понашања мајке детета то лице и не мора бити истински отац детета. За суд је било одлучно то што је непобитно установљено да је то лице имало сексуалне односе са мајком детета у време зачећа.

За разлику од пресуде Апелационог суда Париза од 4. V 1979. који је сматрао да одредба пољског закона, која не познаје неморално владање мајке као разлог за забрану подношења тужбе за утврђивање ванбрачног очинства, није у колизији са ordre public Француске (40), суд Париза је, одлуком од 14. XII 1978, одбио да примени одредбу аустријског закона са истом садржином, сматрајући да она вређа домаћи ordre public (41).

У поређењу са старијом судском праксом (нпр, Civ., 30. XI 1938), неке новије одлуке нису сматрале да је био доведен у питање домаћи

(39) У коментару ове пресуде изражава се неслагање са оваквом употребом ordre public. Осим случајева хитног поступања и избегавања стварног deni la justice, никакав виши разлог не налаже одступање од чл. 55 С.с. сматра A. Huet. (Види: Rev. crit. de d.i.p. 1978, п. 520, 521.

(40) Види: Rev. crit. de droit int. privé, 1980, p. 313.

(41) Види: Rev. crit. de droit int. privé, 1979, п. 604. Неки француски аутори (Malaurie) сматрају да би француски ordre public био повређен само ако би се признала страна одлука утврђеном ванбрачном очинству, а мајка детета се пре тога одала проституцији. M. S. Depitre, пак, мисли да би до тога могло доћи само ако је notorno утврђено неморално владање мајке ванбрачног детета.

ordre public чињеницом да у страном закону (lex nationalis детета) није био предвиђен никакав рок застарелости тужбе за утврђивање ванбрачног очинства детета (нпр., Paris, 18. III 1954) или ако је тај рок био дужи од оног прописаног чл. 340 С.с. Француске (Paris, 14. III 1952).

4. Употреба ordre public, по свему судећи, била је најчешћа у брачним стварима.

Сходно чврстом ставу судске праксе у Француској, чињеница што страни закон не познаје установу развода брака (42), или што не предвиђа ни један од начина престанка брака који је усвојен у Француској (43), није противна схватању домаћег ordre public.

Међутим, једном другом приликом била је одбијена, као противна домаћем схватању јавног поретка, примена закона Бразила који ослобађа брачне другове обавезе супружанске верности након изрицања одлуке о растави (desquitada) (44).

Такође, сматрано је да је у колизији са домаћим ordre public пропис права Камеруна према којем једино муж има право да истиче као бракоразводни узрок неверство супруге (45). Употреба овог института у овом случају показује да је француско схватање садржине ordre public било на линији респектовања начела равноправности супружника и у односу на њихову обавезу верности у браку.

Француски суд показао је значајну меру разумевања за ситуацију пољских држављана који су пре доношења Декрета о Пољској о укидању установе расставе 25. IX 1945. године, добили једну такву одлуку у овој држави. Позивом на то да се француски ордре публиц противи да се брачне несугласице морају неизоставно решавати разводом, Апелациони суд Париза је одлуком од 10. IV 1973. године прогласио ова лица разведеним.

У пресуди Tribunal de grande instance Seine од 11. III 1964. изражено је уверење да није у опреци са француским ordre public чињеница да грчко право временски ограничава право на подношење тужбе за развод брака.

Да лаички карактер брака представља елеменат садржине француског ordre public потврђено је одлуком Trib. de grande instance Seine од 7. IV 1981. године. Позван да се изјасни о мароканској пресуди којом је поништен брак између једног Мароканца и једне Францускиње, зато што претходно није био закључен у религиозној форми коју захтева марокански закон, француски суд закључио је да је таква одредба страног права у колизији са схватањем његовог ordre public и зато је одбио да дâ егзекватуру страној одлуци (46).

Ordre public, међутим, није био употребљен у циљу оглашавања брака неважећим, до чијег је закључења дошло у Алжиру, у форми јеврејског права. На тај начин потврђен је принципијелан став судске праксе о тзв. ублаженом дејству ordre public, јер је правни однос био настао ван подручја француске у складу са прописима страног надле-

(42) Cour de Paris, 11. VII 1978. у вези са применом шпанског закона.

(43) Coru de Paris, 12. III 1976, у вези са применом закона Туниса. Види: Rev. crit. de droit int. privé, 1978, п. 741.

(44) Cour de cass., I^re^ch. civ. 11. VIII 1977, Rev. crit. de d.i.p., 1979, p. 395.

(45) Cour d'appel de Paris (I^re^ ch. suppl.), 28. VI 1973, Rev. crit. de d.i.p., 1974, p. 505.

(46) Одлука је објављена у Rev. crit. de d.i.p., 1981, p. 501.

жног закона, иако би тај исти брак био проглашен ништавим да је до његовог склапања било дошло у Француској (47).

5. Преглед решења француске судске праксе показује да је француско право нарочито осетљиво када се ради о обавези издржавања, како између супружника (48), тако, и нарочито, када је у питању издржавање деце. Зато је релативно чешће прибегавање јавном поретку у овом другом случају када се сматра да би им применом страног закона то право било ускраћено.

Ова констатација потврђена је једним бројем судских пресуда у којима је признавано право на подношење тужби за издржавање ванбрачној деци, као и деци рођеној из прељубе или инцеста. Мада у смислу чл. 335 и 342 С.с. ова деца не би могла бити изједначена са брачном, почев од закона из 1955. године тужбе за издржавање које она подижу не сматрају се више противним домаћем схватању ordre public у међународном приватном праву (49). Сем ретких изузетака (50), и новија пракса оријентише се у том правцу.

Тако је, рецимо, Касациони суд одлуком од 15. XII 1964. прогласио да не вређа француски јавни поредак могућност оспоравања ванбрачног очинства која постоји по националном закону детета (аустријско право), ако признање ванбрачног очинства има једино за последицу остваривање обавезе издржавања истог.

Једном другом приликом Апелациони суд Париза одбио је, позивом на свој ordre public, да примени чл. 1708 BGB на основу које одредбе обавеза издржавања ванбрачног детета треба да буде примерена потребама истог и могућностима његове мајке, али не и економским могућностима његовог ванбрачног оца (51).

Пресуда Касационог суда од 23. XI 1976. потврђује теоријску поставку да садржина установе јавни поредак треба да се цени у време давања егзекватуре страној одлуци, а не с обзиром на његово поимање у моменту њеног доношења. Услед тога била је призната немачка одлука о осуди ванбрачног оца на плаћање алиментације његовом детету, иако би њено признање и извршење у време њеног доношења било у колизији са француским ordre public у међународном приватном праву (52).

6. Употреба јавног поретка забележена је и у вези са чувањем деце и старањем о њима након развода њихових родитеља.

Тако је Касациони суд одлуком од 30. I 1979. одбио да призна одлуку туниског суда о разводу брака, на основу које је дете било поверено на чување оцу Тунижанину. Суд је сматрао да дубоко вређа француски ordre public околност што је поменута одлука пошла од принципа права Туниса да се првенствена додела деце у оваквим слу-

(47) Види: Paris, 10. XI 1964, Rev. crit. de d.i.p., 1966.

(48) Тако је, рецимо, Апелациони суд Париза, одлуком од 10. XI 1964. прогласио за ordre public обавезу издржавања између брачних другова.

(49) Francescakis, исто, N° 144 и 145.

(50) Тако је Касациони суд 18. V 1976. позивом на ordre public одбио да призна страну одлуку о досуди издржавања ванбрачном детету зато што је била основана једино на сведочењу мајке детета о постојању интимних односа са претпостављеним оцем детета.

(51) Апелациони суд Париза (1re ch. suppl.), 3. XII 1964, Rev. crit. de d.i.p., 1965, p. 697.

(52) Види: Revue crit. de droit int. privé, 1979, p. 839.

чајевима врши њиховом оцу као шефу породице, не водећи рачуна о стварним интересима малолетног детета (53).

Принципијелан став француског правосуђа дошао је до изражаја у одлуци Касационог суда од 2. V 1979. Позван да се изјасни о признању одлуке аргентинског суда, којом је ванбрачној мајци било досуђено дете на чување, суд је закључио да због тога није био угрожен француски ordre public и зато је дао егзекватуру поменутој одлуци, иако се томе противио отац детета.

Исто тако, није сматран противним француском ordre public споразум којег су склопили супружници пре развода брака, а који се односио на издржавање њиховог малолетног детета. Ово зато што је споразумом био предвиђен начин деобе обавезе издржавања, при чему дете није било лишено права да тражи издржавање од било којег од родитеља (54).

7. Одређивање меродавног права за законски брачни имовински режим у међународном приватном праву Француске врши се прихватањем надлежности lex domicilii супружника као тачке везивања (55). Међутим, судови у овој држави могу од тога да одступе и да примене сопствени закон као закон за непосредну примену. Треба истаћи да је ова појава већ забележена у пракси (нпр., суд Париза, 2. VIII 1954), а потврђена је и мишљењем надлежног Министарства у вези са применом чл. 1379 француског С.с. (56).

Другачији је изгледа однос француских судова када је у питању споразумна промена брачног имовинског режима.

Тако је у случају "Fontaine" суд Париза, одлуком од 29. VI 1969. године, сматрао да ово питање треба подврћи праву Канаде које је иначе било меродавно за законски имовински режим. На одлуку суда није утицала околност што су у питању били супрузи француског држављанства са пребивалиштем у Канади (57).

Идентичан је био став и Tribunal de grande instance Дижона у вези са променом брачног имовинског режима супруга немачког држављанства 58), те Апелационог суда у Колмару у одлуци од 7. III 1973. у вези са променом брачног имовинског режима италијанских држављана (59).

8. Неспособност за наслеђивање која се оснива на неприпадању одређеној религији вређа француски јавни поредак (60).

---

(53) У овом случају дете је већ живело са мајком у Француској 10 година.

(54) Апелациони суд Париза, 18. VI 1971, Clunet, 1972, p. 823.

(55) Апелациони суд Париза, 3. XII 1980, Clunet, 1981, p. 578. По неким ауторима овакво решење доводи до негирања аутономије воље странака, јер слободно локализујући пребивалиште супрузи посредно утичу и на надлежно право (Karaquillo, исто, p 69.).

(56) Како чл. 1397 С.с. представља ordre public у области породичних односа, то би он морао бити примењен на све брачне другове француског држављанства, па и на странце са пребивалиштем у Француској, независно од одредбе породичног права коме су они потчињени.

(57) Karaquillo, *op. cit.*, p. 73.

(58) Одлука је донета 18. XI 1969.

(59) Суд је сматрао да чл. 162 и 215 италијанског Грађанског законика који дају могућност супрузима да накнадно уговоре режим заједнице покретне имовине, не вређају француски јавни поредак.

(60) Cass. civ., I^re^, 17. XI 1964.

Према становишту француских судова установа прелевмана, предвиђена законом из 1819. године, представља елеменат садржине француског ordre public у међународном приватном праву и зато се мора примењивати по службеној дужности, чак и онда када су сви санаследници француски држављани (61).

Ако су једино у питању наследноправна дејства полигамног брака, тада се не сматра да је повређен француски ordre public ако би се као потенцијални претенденти на заоставштину у Француској, поред прве жене оставиоца, појавили и његова друга жена и деца из брака са њом. Ово зато што се њихов други брак сматра пуноважним у смислу алжирског закона, на чију надлежност упућује француска колизиона норма (62).

9. Сходно објашњењу функционера француског Министарства иностраних послова, фрнацуски ordre public веома је осетљив када треба признати страну пресуду о усвојењу која би могла да послужи као основ за стицање домаћег држављанства усвојеника. Међутим пошто то није био случај у датом примеру, француски суд није оклевао да призна одлуку суда SAD, с обзиром да се радило о усвојењу једног Француза старог 18 година од стране брачног пара из SAD (муж је био држављанин SAD, а жена Францускиња) (63).

Није се сматрало да је повређен домаћи ordre public ни у случају признања једне немачке одлуке којом је био потврђен акт о усвојењу ванбрачног детета до којег је дошло без сагласности његовог природног оца (64).

10. Употреба установе ordre public у француској судској пракси среће се, мада ретко, и у материји грађанскоправних деликата са обележјем иностраности.

Зато је, рецимо, суд Париза, одлуком од 30. VI 1964, заузео став да је чињеница што страни lex loci delicti не познаје могућност деобе одговорности за случај да је штети допринело и оштећено лице, у колизији са француским појмом ordre public.

Са друге стране, по одлуци Касационог суда од 6. I 1971. није се сматрало да је тангиран домаћи ordre public када је требало применити швајцарски пропис према којем се само изузетно признаје право на надокнаду неимовинске штете родитељима лица које је страдало у саобраћајном удесу (65).

Такође, није процењено да вређа домаћи ordre public одредба чл. 429 Грађанског законика ЧССР, којом је прописана оборива претпоставка о одговорности штетника односно то што му је по страном закону дата могућност доказивања да штета није искључиви резултат његовог скривљеног понашања (66).

Околност да су алжирска законска решења о несрећама на раду другачија од француских прописа о томе, не представља довољан разлог за употребу института ordre public у циљу одбијања њихове примене.

(61) Trib. de grande instance de Bayonne, 15. II 1977.
(62) Kasacioni sud, 3. I 1980.
(63) Trib. de grande instance de Paris, 15. XII 1975, Rev. crit. de d.i.p., 1976, p. 728.
(64) Trib. de grande instance de Grasse, 4. I 1977.
(65) Одлука је објављена у Clunet-y, 1972, p. 47.
(66) Cass. civ., I[re], 4. V 1976.

Но, противна је домаћем схватању ordre public одредба у страној пресуди којом је умешач осуђен да изврши солидарну накнаду штете са главним дужником. Ово зато што је по мишљењу француског суда алжирски суд на тај начин био прекорачио тужбени захтев (67).

11. Принципијелан став француских судова о одбијању признања правним дејствима страним актима о национализацији која је извршена уз верску, националну или политичку дискирминацију, био је потврђен у неким старијим судским пресудама (нпр. Paris, 25. VI 1958).

Овај институт међународног приватног права био је коришћен у исте сврхе и за случај да је национализација била извршена без претходно утврђеног износа правичне накнаде (68). Али било је и таквих пресуда које су због немогућности брзе процене поменуте накнаде одустајале од овог захтева (Aix-en-Provence, 2. XII 1965).

Неке новије одлуке, чини се, остају доследне у ставу да свако одузимање имовине без накнаде, макар да је то учињено и на бази изјаве о напуштању имовине од стране њеног власника, вређа француски јавни поредак (69). Утолико пре биће одбијено признање конфискације која је била извршена од стране совјетских војних власти у Источном Берлину (70).

12. Иако је позивање на ordre public у материји признања страних арбитражних одлука знатно ређе у односу на његову примену у погледу признања и извршења страних судских одлука, ипак је у неколико наврата одбијање признања овој врсти страних одлука било учињено са разлога заштите домаћег јавног поретка.

Тако је, на пример, Апелациони суд Париза 28. IV 1976. године стао на становиште да одсуство образложења стране арбитражне одлуке само по себи није у колизији са француским ordre public, осим ако странка која тражи њен поништај успе да докаже да непостојање образложења покрива повреду права одбране у поступку.

Ваља нагластити да се према ставу суда странке не могу пуноважно одрећи права да траже поништај стране арбитражне одлуке ако су арбитри повредили француски ordre public или право одбране у поступку (71).

Са друге стране, Апелациони суд Париза био је мишљења да се ordre public Француске не противи да се жалба против стране арбитражне одлуке уложи пре доношења одлуке о њеној егзекватури (72). Једном другом приликом овај исти суд закључио је да одредба уговора о арбитражи која налаже арбитрима да поштују аутономију воље странака, нема карактер француског ordre public (73).

---

(67) Зато је у овом случају алжирској пресуди била дата делимична егзекватура. Види: Trib. de gr. instanca de Paris, 24. XI 1977, Rev. crit. de d.i.p., 1978, p. 860.

(68) Civ., 14. III 1939 и Civ., 2. III 1955. Основ за овакву праксу налази се у чл. 545 С.с.

(69) Civ., I^re, 23. I. 1979.

(70) Види коментар Ph. Kahn-a у Clunet-y, 1976, p. 123.

(71) Апелациони суд Париза, 2. VII 1976.

(72) Апелациони суд Париза, 22. XII 1978. Суд је сматрао да није било повреде права одбране када је арбитар који је остао у мањини био у прилици да се изјасни и изложи своја запажања у вези са нацртом првобитне одлуке сходно Правилнику спољнотрговинске арбитраже.

(73) Апелациони суд Париза, 2. II 1978. и 16. III 1978.

Француско схватање ordre public у међународном приватном праву не изискује временско ограничавање рока у којем су арбитри дужни да донесу одлуку, сем ако тај рок није био одређен уговором о арбитражи (74).

Захтев за поништај прве арбитражне одлуке биће уважен ако постоји озбиљан спор о њеној дефинитивности, као и онда када је у року предвиђеном у арбитражном споразуму именован други арбитар од стране противне стране у спору, на који начин је признато право на именовање контра-арбитра у складу са Правилником спољнотрговинске арбитраже. Наведени недостатак, по мишљењу Апелационог суда у Паризу, директно погађа француски ordre public (75).

13. Француски судови, сем ретких изузетака, изгледа нису били склони употреби ordre public у материји имовинских односа.

Тако је суд Париза одлуком од 19. XI 1965. године сматрао да принцип хијерархије дужника издржавања, који у француском праву важи само за узајамне односе супружника, не може бити сматран елементом садржине ordre public Француске у смислу међународног приватног права (76).

Идентичан став заузео је суд у односу на одредбу страног закона према којој не застарева право на подношење тужбе због увреде части (Civ., 4. V 1965, Bull. civ., I, n° 293).

Суд у Руану је одлуком од 16. III 1965. године сматрао да када је извршење једне обавезе у натури забрањено унутрашњим *ordre public*, тада њено еквивалентно извршење у форми плаћања накнаде штете такође није допуштено ако вређа јавни интерес.

Са друге стране, суд у Aix-en-Provence није сматрао да је домаћи јавни поредак угрожен ако би се у Француској признало правно дејство стечаја једног нетрговца до којег је дошло у иностранству (77).

IV. ЗАВРШНА ИЗЛАГАЊА

На бази свега реченог о употреби института ordre public у међународном приватном праву Француске, може се закључити следеће.

Најпре, да у схватању садржине овог специфичног института међународног приватног права у правној науци и његовој операционализацији у судској пракси Француске, не постоји апсолутан склад, што је и логично с обзиром на фактичку немогућност његовог прецизног дефинисања. Тај склад тешко је достижан и због тога што су судови, по природи њиховог задатка, први позвани да се супротставе примени страних правних прописа, решења и схватања, тако да се може десити да чешће него што је то неопходно посегну за њим. Притом не треба занемарити ни околност да је за судију много лакше да одбије да примени страно редовно надлежно право позивом на потребу заштите свог јавног поретка, него да се упусти у дубљу анализу претпостав-

(74) Cass. civ., 30. VI 1976.

(75) Апелациони суд Париза, 11. VII 1978.

(76) Зато је суд признао страну одлуку којом је деда осуђен да плаћа издржавање унуци, а да пре тога није био тужен њен супруг. У том смислу и Grenoble, 2. I 1966, Rev. crit. de d.i.p., 1966, p. 655.

(77) Aix-en-Provance, 29. VI 1964. Такође и Civ., 20. V 1967, Clunet, 1967, p. 629.

љених правних учинака страних правних решења у локалној средини имајући у виду императиве свог јавног поретка.

Друго, најопштији став у вези са обимом употребе ordre public у судској пракси Француске јесте да је он био коришћен у толерантним границама. Уочљива је појава појачане склоности француских судова према његовој примени у материји статусних односа физичких лица, где је у највећој мери он био на линији афирмације прогресивних схватања о установи брака и права и обавеза који из њих произилазе.

Међутим, може се критиковати став француске праксе у односу на забрану развода брака која постоји или је постојала у праву мањег броја држава. Одбијањем захтева за развод држављана тих земаља, са мотивацијом да право на развод не улази у сам појам домаћег јавног поретка, француски судови показали су да заостају за савременим схватањима која о овом проблему данас постоје у пракси других држава.

Упркос националне "обојености" садржине овог института и релативне вредности закључака о оправданости његове примене у појединим случајевима која из тога произлази, преглед решења француске судске праксе уверава нас у мишљењу да би у већини случајева и наши судови могли поступити на сличан начин.

Наиме, неки од прокламованих принципа, од којих су француски судови полазили када су се одлучивали за његову употребу или када су је одбијали, истовремено представљају битна опредељења нашег правног поретка. Могуће разлике у гледању на извесне правне установе и категорије које улазе у садржај појма јавни поредак код нас, последица су различитог карактера друштвеног и правног система Француске и наше државе. Зато оне не би требало да буду разлог за критику опсега примене ordre public у француској судској пракси, осим ако би из тога резултирала флагрантна повреда оних схватања у којим су оживотворене универзалне људске вредности и морални принципи, као што су: личне слободе, забране дискриминације у праву с обзиром на социјално порекло, пол, веру или расну припадност, изједначавање ванбрачне са брачном децом у свим областима права, и томе слично.

(Примљено 5. јуна 1993)

Dr. Milorad Ročkomanović,
Professor of the Faculty of Law in Niš

ORDRE PUBLIC IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF FRANCE

Summary

The author analyzes theoretical conceptions in France concerning the essence and functionning of the institute of public policy (ordre public), including the situation in the sphere of judicial practice in various areas of private international law.

First discussed are the views of French doctrine which have much influenced the attitude of courts. While using abund and materials of courts' practice, the author discusses the solutions of French courts, which mostly reflect legislative changes taking place in French law in general, and in the sphere of private international law more particularly.

In the conclusions, the author emphasizes that French conception of ordre public in terms of private international law is progressive regarding specific areas of property law which are otherwise dominant at the level of comparative law. Another conclusion is that Yugoslav courts, too, could apply that institute ty analogy with French courts, regardless of the existing differences between the legal orders, since such reservation has been well argumented in French judicial practice.

Key words: *Public policy. - France. - Doctrine. - Judicial practice.*

Milorad Ročkomanović,
professeur à la Faculté de droit de Niš

L'ORDRE PUBLIC DANS LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FRANCE

Résumé

L'auteur analyse la pensée théorique de la France sur l'essence et sur le fonctionnement de l'institut de l'ordre public et sa compréhension dans la pratique des tribunaux français dans divers domaines du droit international privé. Dans la première partie, il expose les positions de la doctrine française parmi lesquelles, certaines ont eu, par la force de leurs arguments, une influence décisive sur les tribunaux. Dans la deuxième partie, utilisant un matériel abondant, l'auteur présente toute la richesse des solutions des tribunaux français qui représentait, en règle générale, le reflet des changements législatifs opérés dans le droit français, mais qui porte aussi inévitablement le cachet de la pensée théorique de la doctrine française du droit international privé. Dans sa conclusion, l'auteur souligne que le concept français de l'ordre public dans le sens du droit international privé, est en grande partie, mais pas toujours, sur la ligne des acquis progressifs dans certains segments des relations du droit privé qui sont considérés comme dominants sur le plan du droit comparé. Il souligne également, que bien que les bases socio-économiques de l'ordre juridique français et yougoslave soient différentes, les tribunaux yougoslaves pourraient eux aussi avoir recours à la réserve de l'ordre public dans la plupart des cas où cet institut a été utilisé dans la pratique des tribunaux français.

Mots clé: *L'ordre public. - La France. - La doctrine. - La pratique des tribunaux.*

UDK-340.6
Изворни научни рад

др Весна Клајн-Татић,
научни сарадник Института друштвених наука у Београду

ПРАВО УМИРУЋЕГ ПАЦИЈЕНТА ДА ОДБИЈЕ УПОТРЕБУ ИЛИ ДА ЗАХТЕВА ОБУСТАВУ МЕДИЦИНСКИХ МЕРА КОЈИМА СЕ ОДРЖАВА У ЖИВОТУ

У раду се разматра проблем односа правних дужности лекара према умирућем пацијенту и пацијентовог права на лични избор и самоодређење у односу на властито тело и живот, односно на властиту смрт. Улази се у дискусију о менталној способности и праву пацијента да донесе одлуку да пристане, односно да одбије медицинске мере којима се његов живот вештачки продужава и дужностима лекара да обавести пацијента о облицима и ризицима лечења.

Писац, затим, истражује којим се етичким и правним правилима руководи медицинска и правна пракса у доношењу одлуке о употреби, обустави или непредузимању мера којима се умирући пацијент одржава у животу.

Кључне речи: *Вештачко продужавање живота. - Еутаназија. - "Достојанствена смрт". - Право избора.*

"Ја сам одувек држао да је исто толико језиво колико и карактеристично што је Кафка једини европски геније који се уистину и несумњиво растао од света... правом "последњом речи"; кад више није могао подносити болове, подсетио је свог пријатеља и лекара др Клопштока на његово обећање да ће му, кад дође до тога, дати смртоносну инјекцију опијума, а кад је овај оклевао, Кафка му је рекао: "Убијте ме - јер ћете иначе постати убица!" Ко би још могао, осим њега, у последњој агонији телесних мука послати у ваздух такву пламену мућу - да ли се то некоме свиђало или се не свиђало."

Вили Хас (1)

I. УВОД

1. Скорашња достигнућа у медицини и биомедицинским наукама омогућују да се данас умирући пацијент одржава у животу много дуже него што је то раније икада било могуће. Пацијент у коми може бити одржаван у животу за неодређено време. Помоћу савремене меди-

(1) Цит. у: Миодраг Б. Шијаковић, *Франц Кафка - сведок нашег отуђења*, Београд, 1986, стр. 179.

цинске технологије, а нарочито помоћу инфузија, респираторних уређаја и машина које замењују срце и плућа, лекари су у стању не само да краткорочно премосте престанак рада срца и парализу дисања, него и да вештачки надокнаде изостанак других функција током дужег времена (2).

2. С друге стране, развој нових техничких уређаја и медицинских поступака који омогућују вештачко продужење живота и пресађивање људских органа, побудили су интересовање и бригу законодавца за проблем еутаназије или "убиство из милосрђа", који је једно време био сасвим запостављен. Еутаназија се односи како на ублажавање процеса умирања, тако и на проузроковање саме смрти (3). Нови увид у процес умирања присилили су правнике да ревидирају дуговечну правну дефиницију смрти. Осим тога, неједнака примена поступака за пролонгирање живота изискује надзор над професионалним дужностима лекара према њиховим умирућим пацијентима. Као што рече један немачки професор права: "Смрт је сувише важна да би се медицинска професија оставила на миру." (4). Због нових начина лечења тешких болесника, који област смрти гурају далеко преко граница природног, постало је нужно редефинисати правне дужности лекара према умирућим пацијентима, као и право пацијента на лични избор и самоодређење у односу на властито тело и живот, на "достојанствену смрт" у ситуацији неизлечиве, смртоносне болести. Другим речима, достигнућа у области медицине покренула су читав низ нових питања која се тичу законитог и моралног односа наспрам умирућег пацијента. Најпре: када престаје професионална дужност лекара да одржи пацијентов живот средствима медицинске технологије? Друго: може ли лекар преписати болеснику лекове који ублажавају његов бол, али му скраћују и живот? Може ли доктор прекинути лечење на изричит захтев свог пацијента? Ко разматра лекареву одлуку да прекине вештачко одржавање живота?

У овом раду покушаћемо да укажемо на неке од одговора које на постављена питања нуде савремено законодавство, медицинска и правна пракса и теорија.

II. ПАЦИЈЕНТОВО ПРАВО САМООДРЕЂЕЊА У ОДНОСУ НА ВЛАСТИТИ ЖИВОТ

1. Дужности лекара према умирућем пацијенту

1. У начелу, лекарске дужности укључују лечење, профилаксу и ослобађање од бола. Но, кад се ради о неизлечивом и умирућем пацијенту, те се професионалне обавезе донекле модификују. Јер, доктор се мора концентрисати на ублажавање патње и пружање помоћи пацијенту током процеса умирања. У тој фази неизбежно се суочавамо са проблемом еутаназије или "убиства из милосрђа" (5). Пре него што се

(2) Види о томе: Ervin Deutsch, *Extremsituationen: Notfall, Intensivmedizin, Sterbehilfe, Todeszeitpunkt, Sektion*", у делу: Arztrecht und Arzneimittelrecht, Berlin, 1983, XII, стр. 153-155.

(3) Ervin Deutsch, "*Euthanasia: A German View*", у делу: Euthanasia. Edited by A. Carmi, Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo, 1984, стр. 92. (у даљем тексту: E. Deutsch, *Euthanasia*).

(4) Цит. према: *ibid*, стр. 91.

(5) *Ibid.*, стр. 92.

задржимо на неким специфичним аспектима еутаназије, потребно је да изнесемо неке идеје које садрже законски прописи у већини правних система, а који установљавају стандарде који се тичу питања живота и смрти.

2. И у континенталним и у англосаксонским правним системима, људски живот се сматра врхунском вредношћу друштва. Тако је и по уставима и по кривичним законицима. Мада кривични законици не прописују казне због покушаја самоубиства, будући да поштују озбиљну одлуку да неко сам себи одузме живот, они држе да је то злочин за сваког другог ко убије, чак и на изричит захтев жртве. То се образлаже тврдњом да постоји битна разлика између самог захтева жртве да је убије неко други и стварног убијања себе. Такође, право налаже дужност супругу, родитељу и доктору да заштите туђи живот. Докле год закон буде заинтересован, одговорност мора постојати и за намерно и за ненамерно убиство другога (6).

Сходно томе, члан 113. Швајцарског казненог законика третира еутаназију као привилеговано убиство на захтев жртве: "Онај ко на озбиљан, упоран захтев неке особе пружи овој смрт, казниће се затвором до пет година" (7). Право Велике Британије не инкриминише посебно еутаназију, али је третира као убиство са предумишљајем (8). У кривичним законицима Грчке, Данске, Исланда, Финске и Немачке, изричити захтев жртве да јој се скрате болови, односно да буде лишена живота третирају се као олакшавајуће околности, док се дело, само по себи, кажњава као кривично дело убиства с предумишљајем (9). Француски кривични законик не помиње еутаназију као посебно кривично дело, јер се ту стичу два основна елемента убиства: уништење човековог живота и намера да се проузрокује смрт. Мотиве извршиоца закон не узима у обзир, будући да признаје само оне олакшавајуће околности које се могу објективно доказати. Закон не признаје "самилост", а сагласност жртве је без вредности (10). Кривични закони СР Југославије не садрже никакву одредбу о еутаназији, јер убиство из милосрђа третирају као свако друго убиство. Да ли ће се у пракси еутаназија сматрати као олакшавајућа околност, то је фактичко питање јер суд слободно цени изнете доказе (11).

Једина европска земља која је, под одређеним околностима, недавно дозволила "убиство из милосрђа", јесте Холандија. Тако је после Кине и многих делова Сједињених Америчких Држава, Холандија постала прва европска земља са најтолерантнијом политиком у овој области. Било је за очекивати, а тако се и догодило, да ова одлука отвори врло емотивну расправу о пракси која није законита ни у једној европској земљи, иако судови у многима од њих толеришу скраћивање мука

(6) *Ibid.*, стр. 91.

(7) Олга Јелачић - Бранко Толић: *Еутаназија (деонтолошки и правни проблем)*, "Наша законитост", 1976, бр. 2, стр. 48.

(8) *Ibid.*

(9) *Ibid.*

(10) *Ibid.*, стр. 49.

(11) Члан 47. КЗ Србије, "Службени гласник СР Србије", бр. 26/1977; члан 28. КЗ Војводине, "Службени лист САП Војводине", бр 17/1977; члан 30. КЗ Косова, "Службени лист САП Косова", бр. 20/1977. и, члан 39. КЗ Црне Горе, "Службени лист СР Црне Горе", бр. 22/1977; Види о томе и: "Политика", понедељак, 1. март 1993, стр. 11.

безнадежно оболелима, односно показују наклоност према њеном практиковању или често пред њом затварају очи (на пример, Немачка, Белгија, Велика Британија, Данска) (12).

3. Како ни болест, ни мука, ни умирање нису нови, то ни питања која покреће еутаназија нису скорашња. Еутаназија је дело које је чињено и раније, а чини се и данас често од стране доктора у већини земаља. То не може бити сузбијено, нити би требало да буде. С друге стране, расправе за и против еутаназије воде се од античког доба па све до данашњих дана, од стране филозофа, етичара, правника, књижевника, лекара, лаика и болесника (13). Међутим, ниједна земља нема националну, систематски сакупљену званичну статистику која би показала колико су учестали захтеви умирућих пацијената за еутаназијом, односно помоћи у умирању. Ипак, подаци који постоје показују да међу разлозима за молбу јасно предњаче малигнитет, патња без перспективе за побољшање, и неподношљива бол (14).

Док неки мисле да је еутаназија увек погрешна и да треба да остане незаконит чин, чињенице у многим случајевима умирућих пацијената су присиљавајуће и изнуђујуће. Наиме, лекари јој прибегавају у околностима када је то једини начин да испуне пацијентову жељу да му се прекрати патња и када не постоји ништа више што би они могли учинити. Акценат се ставља на бескорисност даљег медицинског старања о пацијенту, јер то старање не досеже више до субјекта о коме је реч. Старање о ономе који умире постаје исто тако бесциљно као што су били бесциљни и ранији медицински покушаји да се спасе или излечи неизлечиви болесник. Јер поклон није поклон ако се не прими (15).

Према томе, не постоје ни моралне ни законске сумње да лекар може и мора ублажити пацијентову патњу, у случају кад симптоми болести прете да погоршају његово стање (16). У суочавању са смрћу, и продужење живота и квалитет живота представљају променљиве вредности. И право и етика признају да у очима пацијента квалитет живота може имати предност над дужином живота. Човек који умире може желети да се ослободи свога бола чак и по цену живота. Ипак, и у овој ситуацији карактеристичан је конфликт професионалних обавеза лекара: дужности да олакша патњу и задржи квалитет пацијентовог живота на најбољем могућем нивоу, и дужности да одржи пацијентов живот све дотле док је то могуће (17).

(12) Види: "Политика", субота, 13. фебруар 1993, стр. 5.

(13) *The Kidness That Kills*, "The Economist", September 26th 1992, p. 17 (у даљем тексту: "The Economist")

(14) Dirk J. van de Kaa: *Human Rights, Terminal Illness and Euthanasia*, у: "Population and Human Rights", United Nations, New York, 1990 (Geneve, 3-6 April 1989), стр. 189 и сл. (у даљем тексту: Dirk J. van de Kaa u: "Population and Human Rights"); Анкета која је спроведена у децембру 1991. у Данској, показала је да чак 57 % испитаника сматра да је смртоносна инјекција "добро и прихватљиво решење" за смртно оболеле који желе да скрате своје патње (цит. према: "Политика", субота, 13. фебруар 1993, стр. 5.)

(15) Упореди: "The Economist", p. 17; Paul Ramsey: *The Patient as Person: Exploration in Medical Ethics*, 120-123 (1970), у делу: Judith Areen, Patricia A. King, Steven Goldberg, Alexander Morgan Capron: Law, Science and Medicine, Mineola, New York, 1984, p. 1199 (у даљем тексту: *Law, Science and Medicine*)

(16) E. Deutsch, *Euthanasia* , стр. 92.

(17) *Ibid.*

4. Да бисмо рекли од ког тренутка еутаназија може бити извршена, морамо дефинисати процес умирања у појмовима времена. Тешкоће овог задатка изгледају несавладиве зато што поједини органи престају да функционишу у различитим временским тренуцима. Због тога смо суочени са разним дефиницијама смрти, мада се оне данас ослањају најчешће на престанак мождане функције и престанак крвне циркулације. Време од којег медицинска помоћ у умирању може бити пружена зависи искључиво од околности конкретног случаја. Али најпре мора бити установљено да пацијент пати од неизлечиве органске болести која неизбежно води ка смрти, да је смрт блиска или, у најмању руку, предвидљива (18).

Лекари су најпре дужни да се усредсреде на ублажавање патњи умирућих. У светлу овог приоритета, њима је допуштено да примене методе лечења које скраћују пацијентов живот све дотле док оне служе ублажавању његових болова. Тај вид медицинске помоћи у умирању упућује на "чисту" или "активну" еутаназију. То је једини случај у коме данашњи правни системи допуштају да се смрт проузрокује позитивним медицинским чином. Сваки други облик активне помоћи пацијенту у умирању позитивна законодавства забрањују (19).

Разлози хуманости налажу лекару обавезу да заштити крај пацијентовог живота, чија је личност умно мртва. У том случају су дефинитивно окончани услови за постојање човека као личности. Ако код пацијента наступи неповратни прекид свих можданих функција, одређених у складу са прихваћеним медицинским стандардима, личност је медицински и правно мртва. Зато у случају мождане смрти, лекар може окончати интензиван медицински третман тако што ће искључити уређај који је одржавао пацијентов живот. Са наступањем мождане смрти престаје дужност лекара да пацијента и даље лечи (20).

Поставља се, међутим, питање шта су дужности лекара према пацијенту који се налази у истрајном вегетативном стању. То је стање у коме пацијент нема контакт са околином, али делови његовог мозга настављају да живе. Када је у чувеном случају Quinlan Врховни суд Државе Њу Џерси одлучивао о "оптималном лечењу" пацијенткиње чији је живот одржаван средствима медицинске технологије, он је стао на становиште да "жаришна тачка одлуке" - да ли престати са изванредним напорима да се сачува живот - "треба да буду прогнозе разумне могућности повратка и спознајни, умни живот, а не присилно настав-

(18) *Ibid.*

(19) *Ibid.*

(20) Критеријум тзв. *иреверзибилне (неповратне) коме* развио је 1968. године *Ad-hoc committee* Универзитета Харвард. Потребно је да се престанак можданих струјних акционих потенцијала утврди путем EEG-a (A definition of irreversibile come J.A.M.A. 68, 337); види о дефиницији смрти и: *Uniform Determination of Death Act*, 12 у U.L.A. 236 (Spp. 1983): "Једна особа код које се одржава или (1) иреверзибилни престанак циркуларних и респираторних функција или, (2) иреверзибилни престанак свих функција целог мозга, укључујући мождани прекид, јесте мртва. Утврђивање смрти мора бити начињено у складу са прихваћеним медицинским стандардима". (О томе види у делу: "*Law, Science and Medicine*", *p.* 1063-1076); види о интензивном третману и можданој смрти и: Deutsch Ervin: *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, 2. Aufl., Berlin, 1991, стр. 194 (у даљем тексту: E. Deutsch: *Arztrecht und Arzneimittelrecht*).

љање биолошке вегетативне егзистенције" (21). Такође, у случају Dinnerstein, Апелациони суд Масачусеца је заузео став да "продужавање живота не значи пуко спречавање чина умирања, већ намера да се ослободе симптоми који би омогућили враћање нормалној, функционалној, интегралној егзистенцији" (22).

5. Из свега изложеног ваљало би закључити да су у савременој медицинској пракси за помоћ у умирању од значаја три руководећа принципа: активна помоћ у умирању начелно је недопуштена; смртно болесном човеку треба, уколико је то могуће, дати шансу да хумано умре; сем тога, такав болесник треба да буде господар над властитом смрћу (23).

2. Пацијентово право на "достојанствену смрт" у ситуацији неизлечиве, смртоносне болести

1. Међународни прописи о људским правима, као што су Општа декларација о људским правима из 1948. године (члан 3.) и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године (члан 6.1.), афирмишу право на живот као лично, неотуђиво право, али не и право на "умирање са достојанством", односно право на властиту смрт. Међутим, ти прописи не баве се правом на онемогућавање, ако неко жели да одузме себи сопствени живот, или правом да се одбије медицински третман нужан за продужавање живота. Најпосле, они се не односе ни на ситуацију у којој је живот човека окончан са његовим личним пристанком (24).

Будући да су ови прописи донети релативно давно, није необично што су се у међувремену неке идеје у свести људи промениле. Тако су данас све гласнија мишљења о потреби заштите права личности. У томе склопу и захтеви за еутаназијом и "достојанственом смрћу" имају све више поборника. Међу медицинским лаицима, филозофима, етичарима и правним теоретичарима који не признају да је људски живот једно објективно добро, тј. да има вредност или светост сам по себи, у моралном или правном смислу, све више добија на значају идеја о личности човековој (25). *Личност* (од латинске речи - personalitas) је особеност, властитост појединца (индивидуума) што га одликује и разликује од свих осталих појединаца јединственошћу и непоновљивошћу. Као рационални, самосвесни чинилац, личност има вољу и способност да

(21) *Matter of Quinlan*, 355 A. 2d 647, 669 (цит. у случају *Barber* в. *Superior Court*, Court of Appeal of California, Second District 2, 1983, 147 Cal. App. ed 1006, 195 Cal. Rptr. 484, у делу: *Law, Science and Medicine*, p. 1099).

(22) *Matter of Dinnerstein* (1978) 380 N.E., 2 d 134, at p. 138 (cit. u slučaju *Barber* в. *Superior Court*, Court of Appeal of California, у делу: *ibid.*)

(23) E. Deutsch: *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, 1991, стр. 194.

(24) Dirk J. van de Kaa, у: "*Population and Human Rights*", стр. 183 и сл.; 192-194.

(25) Van der Wal, G. A.: "*Bestaatet een recht op sterven? (Does a right to die exists?*", у делу: *Euthanasie: Knelpunten in een discussie (Euthanasia: issues in a discussion)*, G. A. van der Wal, ed. Boaru, Netherlands, Ambo, 1987, p. 146 (cit. prema: Dirk J. van de Kaa, у: *ibid*, стр. 195 и сл.); види о томе и: H. Tristram Engelhardt: "*Medicine and the Concept of Person*", in: Contemporary Issues in Bioethics, 94-99 (T. Beanchamp and L. Walters eds. 1982), у делу: *Law, Science and Medicine*, p. 1068-1069.

прави лични избор (26). Према томе, право на "достојанствену смрт" изискивало би заштиту битних карактеристика личности у ситуацији у којој се увећава њена патња, губи идентитет и прети обезличавањем (27).

2. Пацијентово право самоодређења произлази из његове способности, као људског бића, да ствара извесну дистанцу између свога живота и себе самог и док тако чини, његов идентитет као појединца је очуван (28). Сходно томе, не би могла бити учињена неправда онима који дају свој пристанак да умру "својом природном смрћу, у своје сопствено време" без сметњи и без тога да постану субјекти једног пролонгираног периода умирања и патње (29). У овом приступу наглашак лежи на праву да се има посебна врста смрти - смрти достојне људског бића и личности која је то била током живота. Као у животу, тако и у смрти, битне карактеристике човека морају наћи свој израз и морају бити обезбеђене, тј. заштићене. Постоји стандардни минимум испод кога људска егзистенција не би никад требало да падне, па ни у последњој фази смртоносне болести. Право "умрети са достојанством" добија тако значење *права на личну смрт* и није више везано за субјективни термин "достојанство" (30). Већина правних система не признаје експлицитно право на самоодређење у овом значењу, али га, по правилу, и не негира. Правом да се умре личном смрћу, експлицитно или имплицитно, признаје се и то да нема колизије између права на живот као неотуђивог права - у смислу да га човек не може уступити, односно пренети на другога - и некоришћења тог права у изузетним околностима, када живљење постаје један неподношљиви терет (31).

3. Пристанак пацијента као битни предуслов за медицински третман и пратеће право да га одбије или да захтева уздржавање од третмана за подупирање живота

а) Општи принципи

1. Устави већине земаља у свету гарантују човеку право приватности и слободе од напада на његов телесни интегритет (32). Отуда је за сваку медицинску интервенцију потребан претходни пристанак пацијента. Другим речима, медицинска професија нити сме узурпирати право пацијента на пристанак на лечење, нити сме игнорисати његово одбијање да то учини (33).

(26) *Филозофски речник*, Загреб, 1965, стр. 231; Van der Wal, *ibid.* (цит. према: Dirk J. van de Kaa, у: *ibid.*; H. T. Engelherdt, *ibid.* у делу: *ibid.*)

(27) Dirk J. van de Kaa, у: *ibid*, стр. 17.

(28) *Ibid.*, стр. 197.

(29) *Ibid.*, стр. 197-198, 195.

(30) Van der Wal, *op. cit.*, p. 146 (цит. према: *ibid.*, стр. 195)

(31) Dirk J. van de Kaa, у: *ibid.*, стр. 198.

(32) Види чланове 22. и 25, став 4. Устава СР Југославије, "Службени лист Савезне Републике Југославије", бр. 1/1992.

(33) Види: члан 10. Закона о здравственој заштити Србије, "Службени гласник Републике Србије", бр. 17/1992.; види о томе и Јаков Радишић: *"Неопходност пристанка на лечење"*, у: *Професионална одговорност медицинских посленика*, Београд, 1986, стр. 175-185; Dieter Giesen: *"Foregoing Medical Treatment"*, у: *International Medical Malpractice Law, A. Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care*, Tübingen, 1988, marg. 932, стр. 456 (у даљем тексту: D. Giesen: *"Foregoing Medical Treatment"*)

2. Доктрина о обавештеној сагласности обавезује лекара да информише пацијента о варијантама (облицима) који постоје у прилазу лечењу. Мада програм лечења мора бити индивидуализован, пошто је сваки пацијент случај за себе, разлике у онеспособљености умирућих пацијената диктирају разлике у начину и интензитету њиховог лечења. У принципу, постоје четири општа степена лечења која лекар треба да узме у обзир и размотри са умирућим пацијентом, његовом породицом и тимом укључених лекара: 1) хитно оживљавање (34); 2) интензивно лечење и настојање да се продужи живот; 3) опште медицинско лечење, које укључује антибиотике, лекове, операције, хемотерапију у случају рака и инфузију и, 4) општа болничка нега и напори да се пацијенту омогући удобност која укључује ослобађање од бола и давање пацијенту воде и хране према његовим потребама (35).

3. Интензивни медицински третман изискује сам по себи пристанак пацијента или његовог правног заступника. Кад се ради о пацијенту без свести, довољан је претпостављени пристанак. Битно је да се овде даје генерални пристанак, док је за поједине мере потребан још, потом, посебан пристанак, ако се ради о мери која је у тој области неуобичајена. Уопште узев, пацијент се може и прећутно сагласити са интензивним медицинским третманом, тако што се не противи предузимању одговарајућих мера (36).

Међутим, пацијент има могућност да интензивни медицински третман одбије. Он то може да учини у тренутку у коме је са одговарајућом мером требало започети. Али, пацијент може и *унапред* да одбије интензивну негу или да то учини преко свог заступника, тј. да заступника овласти да интензивну меру одбије. То се дешава или у тзв. *пацијентовом тестаменту* (Living Will) или преко заступника у правима личности (37). Пацијент једноставно изјави да над њим не треба предузимати мере за продужавање живота, посебно не интензивне мере у безнадежноме стадијуму (38). С друге стране, ни један од ових начина одбијања не ослобађа лекара дужности да утврди да ли раније изјављена воља пацијента одговара његовој претпостављеној вољи. Обе те воље (претпостављена и раније изјављена) имају значај индиције да је

(34) Види о томе: Mitchell T. Rabkin, Geral Gillerman and Nancy R. Rice: *Orders Not to Resuscitate*, 295 "New England Journal of Medicine", 634 (1976), у делу: *Law, Science and Medicine*, p. 1232.

(35) Sidney H. Wanzer, S. James Adelstein, Ronald E. Cranford, Daniel E. Federman, Edward D. Hook, Charles G. Moertel, Peter Safer, Alan Stone, Helen Taussig and Jan van Eys: *The Physcian's Responsibility Toward Hopelessly Ill Patients*, 310 "New England Journal of Medicine", 955, 958-959 (1984), u delu: *ibid.*, p. 1145-1147.

(36) E. Deutsch: *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, стр. 193.

(37) *Ibid.*

(38) Слично као у Немачкој тзв. *пацијентов тестамент*, тако у САД законодавство о *"Природној смрти" ("Natural Death")*, донето или предложено, допушта умирућим или пацијентима који су неизлечиво и смртоносно болесни да, пре почетка онеспособљености, одбију третман за подупирање живота без уплитања суда *(Deciding to Forego Life-Sustaining Treatment* of Bibliography under United States' President's Commission) - скраћено DFLST. Ни један лекар или медицинска установа неће бити субјекти грађанске одговорности или криви за било које кривично дело или за непрофесионално понашање ако су, поступајући у складу са захтевима овог закона, узроковали уздржавање или повлачење поступка за подупирање живота квалификованог (ментално способног) пацијента. (цит. према: D. Giesen: *"Foregoing Medical Treatment"*, marg. 939, стр. 459).

таква воља постојала и да постоји и даље (39). Истовремено, ни право умирућег пацијента да одбије употребу мера којима се он одржава у животу или његов захтев да се те мере обуставе, не лишавају лекара слободе да не прихвати таквог пацијента (40).

б) Правни статус ментално способног пацијента

1. Предуслов да пацијент, као аутономни појединац, оствари право да свој живот штити, да га чува или да га се одрекне, јесте однос поштовања и обзира околине према његовој болести, муци и умирању. Ако пацијент држи до свог живота, он може тражити, иако се налази у фази умирања, предузимање свих могућих медицинских мера. Ако те мере стоје на располагању, оне се морају предузети, чак и кад лекар сматра да је продужавање патње бесциљно. Живот, као највиша вредност у друштву, не може се сврстати у категорије као што је "користан" или "бескористан" и мора се подржати колико је год могуће, ако је то жеља пацијента (41). Јер, иако је процес његовог умирања у току, пацијент може бити из неких личних или породичних разлога високо мотивисан да продужи свој живот (42).

С друге стране, одрастао пацијент при здравој свести има право да одбије медицински третман, "ма колико неразумно или, чак, глупо ово могло изгледати у очима његових медицинских саветника (43)". У смислу обавештеног избора медицинског лечења, "способним" умирућим пацијентом сматра се онај који схвата релевантне ризике и алтернативе и чија одлука одражава његов промишљен избор, а није резултат привремено искривљеног суда условљеног, на пример, болом, лековима или, метаболичком абнормалношћу, који су утицали на његову способност да врши избор (44).

2. У свим земљама које су узете у разматрање у овом чланку, судска пракса подржава право одраслог пацијента при здравој памети да после прегледа, дијагнозе, савета и консултација, одлучи да ли ће се, ако ће се уопште, подврћи операцији или неком третману. То значи да преовлађује став да је воља болесника, а не спас болесника највиши закон (*Voluntas aegroti, non salus aegroti suprema lex est!*). Јер, само поступање у интересу тела пацијентовог, без признавања да је он, као појединац, централни доносилац одлуке, негирало би сваки индивидуални пацијентов интерес у самоодређивању, способност да формира, мења и тражи своје сопствене планове за живот (45). Када дође до конфликта између пацијентовог права на самоодређење и лекареве дужности да се стара о његовом здрављу, тада би, у начелу, требало да превлада одлука

(39) E. Deutsch, *op. cit.*

(40) Dirk J. van de Kaa, у: "*Population and Human Rights*", стр. 194

(41) E. Deutsch, *Euthanasia*, стр. 93.

(42) P. Ramsey, *op. cit.*, у делу: *Law, Science and Medicine*, p. 1110; види и: David Jakson and Stuart Younger: *Patient Autonomy and Death With Dignity*, 299 "New England Journal od Medicine" 404 (1979), у делу: *ibid.*, p. 1131.

(43) D. Giesen, *op. cit.*, marg. 934, стр. 456; E. Deutsch, *op. cit.*

(44) M. T. Rabkin, G. Gillerman and N. R. Rice, *op. cit.*, у делу: *Law, Science and Medicine*, p. 1233.

(45) D. Giesen, *op. cit.*, marg. 934, стр. 457.

пацијента, тј. да буде заштићено његово право избора шта ће бити учињено са његовим телом (46).

ц) Правни статус ментално неспособног пацијента

1. "Неспособним" умирућим пацијентом сматра се онај који није никада био ментално способан или, у најмању руку, није никада изразио своја гледишта о лечењу и нези на коју би пристао, ако се нађе у фази умирања. У правном статусу он је изједначен са "способним" пацијентом. Наиме, у друштву је установљена пракса да се деци, сенилнима, ментално ретардиранима и другим ментално слабима, додељује статус личности (47). Но, за разлику од "способног" пацијента, који је као личност носилац и права и обавеза, "неспособни" пацијент има права, али не и обавезе. Он није морално одговоран чинилац, али се са њим поступа с поштовањем. Корисност овакве праксе лежи у чињеници што је често тешко рећи када је један појединац личност. На пример: колико је потребно да човек буде сенилан, да би се као личност сматрао неспособним да пристане на медицински третман, или да захтева да се он обустави. Другим речима, и "способни" пацијенти могли би се бојати начина на који би се поступало према њима уколико таква пракса не би била установљена (48).

III. МЕШАЊЕ У ОДЛУКУ О УПОТРЕБИ, ОБУСТАВИ ИЛИ НЕПРЕДУЗИМАЊУ МЕРА КОЈИМА СЕ УМИРУЋИ ПАЦИЈЕНТ ОДРЖАВА У ЖИВОТУ

1. Различите медицинске ситуације у којима је човек принуђен да донесе прецизну одлуку која се тиче живота и смрти безнадежно болесног пацијента, веома су компликоване и изазивају бројне етичке и правне дилеме. Проблеми долажења до одређене одлуке у граничној ситуацији између живота и смрти јако варирају у степену, ако не у врсти, у различитим околностима. Кључни разлог лежи у томе што појединачни избор умирућег пацијента о лечењу или нелечењу не одређује гласање већине, већ сложеност појединачне ситуације гледане из перспективе особе позване да одлуку донесе. Према томе, значајне одлуке о животу и смрти много су комплексније него статистички подаци који би показивали, на пример, да би већина људи у сличној ситуацији у којој је умирући пацијент изабрала лечење, јер то не помаже да се питање реши. Посебно је тешко донети етички и правно утемељену одлуку у ситуацији кад пацијент није у стању да изрази своје жеље у погледу медицинског третмана, а није начинио ни *тзв. тестамент*, затим кад се ради о болеснику који пати али му не предстоји блиска смрт, или ако се пацијентова фамилија не слаже са његовим жељама, или, кад се лекарево мишљење не поклапа са жељама пацијента или његове фамилије (49).

(46) *DFLST* 27 (цит. према: *ibid.*, marg. 936-937, стр. 457-458.

(47) Види о томе. H. T. Engelhardt, *op. cit.*, у делу: *Law, Science and Medicine*, п. 1069-1072.

(48) *Ibid.* у *ibid.*

(49) Упореди: Supreme Judical Court of Massachusetts *In re Saikewicz*, 1977, Mass 728, 370 N. E. 2d 417, у: *ibid.*, p. 1153, 1155; "The Economist", September 26th 1992, p. 17.

Сви ови разлози приморали су неке земље да у доношење одлуке о употреби, односно обустави или уздржавању од мера за подржавање живота умирућег пацијента укључе не само чланове његове породице, него и етичке одборе, па чак и јавног тужиоца и судове.

У болницама у којима су установљени одбори за лечење самртника, спроводе се у живот етички принципи о "оптималном лечењу". Ти одбори имају саветодавну улогу. Они помажу лекарима, пацијентима и њиховим породицама у доношењу одлука које се тичу задржавања, укључивања или искључивања уређаја за одржавање живота. У вези са тим у литератури се наглашава да иза потребе да се изађе у сусрет жељама умирућег пацијента да оствари своје право да "умре са достојанством", мора стајати чврст, јасан и доследан *клинички суд лекара*, који је истовремено и професионалан и задраворазумски (50).

2. У Холандији није неуобичајено да се лекар који размишља о еутаназији, саветује претходно са одговарајућим властима, на пример, јавним тужиоцем. Ако јавни тужилац нађе да се лекар придржавао свих стандардних критеријума пажљивости у лечењу свог пацијента, он може одлучити да не подигне тужбу. Но, ако то и учини, пресуда може бити ослобађајућа и то из два главна разлога: непостојања кривице и одсуства незаконитости. Наиме, иако је дело извршено, околности оправдавају чин, мада је дело учињено нема прекршиоца (сукоб савести, виша сила) (51).

3. У многим европским земљама и у САД често се дешава да су судови принуђени да се умешају и донесу одлуку која се тиче обуставе или уздржавања од лечења умирућег пацијента. То бива на иницијативу самог пацијента, који од суда тражи да даваоце медицинске неге присили на предузимање или непредузимање извесних корака, или на иницијативу самих давалаца медицинске неге који траже да суд одлучи о способности или праву пацијента да прекине лечење (52). На питање да ли умирући пацијент може да се изјасни против живота када му се овај вештачки продужава, судови данас спремније одговарају афирмативно. Суочени са потребом да одлучују у граничној ситуацији између живота и смрти, они све чешће усвајају став да се "вредност живота... умањује не са одлуком да се добије третман, већ са пропустом да се способном људском бићу допусти право избора (53)". Улога судова је веома важна и за даваоце медицинских услуга и за саме пацијенте. Како пацијенти, тако и даваоци медицинских услуга (уплашени од грађанске или кривичне одговорности или од губитка дозволе за бављење својом професијом) захтевају правна правила која би одредила ширину права на одбијање медицинског третмана за вештачко одржавање живота.

4. У случају *SATZ v. Perlmutter*, Окружни апелациони суд Државе Флорида је изнео мишљење да се због невероватног напредовања у научној медицини и због свих оних који су укључени у трагедије умирућих пацијената које муче данашње друштво, мора размотрити

(50) D. Jakson and S. Younger, *op. cit.*, у: *Law, Science and Medicine*, p. 1127; 1132.

(51) Cleton-van de Dikkenberg, E. C.: *Terminale zorg en Euthanasie (Terminal care and euthanasia)*, Utrecht, Netherlands; G. G., en G. D., 1989, p. 61 (цит. према: Dirk J. van de Kaa, у: *op. cit.*, стр. 201

(52) D. Giesen, *op. cit.*, marg. 937, стр. 458

(53) Цит. према: *ibid.*, marg. 939, стр. 459-460.

однос права појединца да одбије медицинско лечење према државном интересу очувања живота, према потреби да се заштите невина трећа лица, према дужности да се спречи самоубиство, и према захтеву да се помогне одржавању етичког интегритета медицинске праксе (54). Разматрајући овај однос у поменутом случају, Суд је стао на становишта да ниједан од четири обзира према држави нема предност у односу на индивидуалну жељу самосвесног и разумног пацијента да одбије, односно прекине лечење (55). Постоји, наиме, суштинска разлика између интереса државе да инсистира на спасавању људског живота у случају кад су мучење, бол и патња излечиви, и њеног интереса у односу на пацијента код кога се не поставља питање излечења, него када се и по коју цену његов живот може за кратко продужити (56). Према томе, када одрастао и свестан пацијент тражи искључивање респиратора и када су и одрасли чланови његове породице сагласни са тим, тада је прекидање оваквог лечења далеко од тога да би се могло сматрати узроком његове неприродне смрти; оно ће резултирати у његовој смрти од природних узрока (57). Другим речима, у овом случају несрећна, али ментално способна особа одлучује да не искористи једно од скупих чуда модерне медицинске науке. Таквом пацијенту не треба укинути уставно право слободе избора и самоодређења, задавањем бескрајне лекарске тортуре његовоме телу, све до неизбежног али вештачки и привремено удаљеног момента смрти (58).

5. Кад се од суда тражи да одреди који правни стандарди важе за одлуку о вештачком проудужењу живота ментално неспособног пацијента, тада су његови задаци још деликатнији. Јер, то питање обухвата и два посебна и важна потпитања. Као прво, да ли постоји пацијентово право избора или преовлађује интерес државе да заштити живот по сваку цену. Друго, ако право избора постоји под извесним условима, која разматрања улазе у процес доношења одлуке (59).

У случају *Superintendent of Belchertown v. Saikewcz,* Врховни суд Државе Масачусец је стао на становишта да се вредност људског достојанства протеже како на ментално способног тако и на ментално неспособног пацијента. Према томе, признаје се генерално право свим пацијентима да у одговарајућим околностима медицинску негу одбију (60). "Најбољи интереси" неспособног лица нису нужно заштићени тиме што му се натурају одлуке способних лица у сличној ситуацији. Већина ментално способних особа које болују од рака пристају, на пример, на лечење хемотерапијом, упркос споредних негативних дејстава и ризика таквог лечења, пре него што допуштају да њихова болест иде својим природним током. У случају Saikewicz-a, међутим, који је

(54) *SATZ v. Perlmutter*, District Court of Appeal of Florida, Fourth District, 1978, 362 So 2d 160, affirmed 379 So 2d 359, u delu: *Law, Science and Medicine.*

(55) *Ibid.*, y: *ibid.*

(56) Случај *Superintendent of Belchertown v. Saikewicz*, Supreme Judical Court of Massachusetts, 1977, p. 425-426 (цит. у случају SATZ v. Perlmutter), y: *ibid.*, p. 1121.

(57) In re Saikewicz, 426 fn. 11 (цит. у случају SATZ v. Perlmutter) y: *ibid.*, p. 1121-1122.

(58) Случај SATZ v. Perlmutter, y: *ibid.*, p. 1122-1123.

(59) *Superintendent of Belchertown v. Saikewicz*, Supreme Judical Court of Massachusetts, 1977, y: *ibid.*, p. 1147-1157; 1149.

(60) *Ibid.*, y: *ibid.*, p. 1152

дубоко ментално ретардирана особа, лечење токсичким лековима било би за њега невољно урањање у стање болне патње, из разлога које он никада не би разумео. Могућност да такав по природи некооперативан пацијент буде физички задржан, да би се омогућило полако интравенозно давање лекова, могло би једино да повећа његов бол и страх, као и опасност да његово тело не буде у стању да издржи токсичка дејства лека (61). Чак и кад би лечење хемотерапијом довело до попуштања болести, то би било само привремено, а његов "квалитет живота" значио би само продужавање стања бола и дезоријентације. Зато "замењујућа одлука" о нелечењу значи искрено поштовање интегритета и самосталности појединца. Јер, према ментално неспособном пацијенту поступамо "као да имамо разлога да верујемо да би се он користио својим правом избора кад би био у стању да расуђује и доноси одлуке рационално (62)". Пошто су код ментално неспособног пацијента приоритети непознати, ми морамо поступати с обзиром на приоритет разумне способне личности које би она имала у ситуацији неспособне. Чак и ако погрешимо у одређивању њених приоритета, личност би се могла сложити (ако она некад/некако постане способна) да је била сношљиво (добро) лечена, ако смо имали добар разлог да мислимо да би она учинила избор који јој је прописан/импутиран (63).

IV. ЗАКЉУЧАК

1. Све док у већини европских земаља постоје кривичноправни прописи којима се санкционише еутаназија или "убиство из милосрђа", а који су намењени првенствено лекарима, пацијенти неће бити у стању да легитимно и у пуној мери остваре своје право на самоодређење у односу на властити живот, односно право на властиту смрт. Другим речима, питање да ли право пацијента да у одређеним околностима изабере смрт има предност над интересом државе да очува живот грађана, није још законски уређено. Одговор на то питање зависи од случаја до случаја, па стога изгледа као да је све и допуштено и забрањено у исти мах. А неизвесност око тога како се морално и законито односити према умируће пацијенту, шкоди и медицинској професији и друштву у целости.

2. Додуше, право и ментално способног и ментално неспособног умируће пацијента да одбије употребу мера којима се он одржава у животу или да захтева да се те мере обуставе, изборило је данас свој морални и правни статус. Међутим, границе дозвољеног у примени овог права, у различитим медицинским сутуацијама, нису јасне, и око тога постоје озбиљне дилеме и у медицинској и у правној пракси. У начелу, ни кривично ни грађанско право не терају пацијента да се, противно својој вољи, подвргне медицинским мерама којима се његов живот вештачки продужава. Упркос томе, законодавци нерадо прихватају пацијентово право самоодређења у односу на властити живот и

(61) *Ibid.*, у: *ibid.*, p. 1153; 1155.
(62) *Ibid.*, у: *ibid.*, fn. 15, p. 1154.
(63) *Ibid.*, у: *ibid.*

не показују спремност да уведу нова правила која би одобрила еутаназију или "смрт из самилости". При томе се заборавља да благостање свог пацијента сваки лекар не ставља увек испред интереса науке или друштва у целини, нити да своје сопствене вредности замењује за пацијентове. Пренебрегава се чињеница да се технички уређаји за продужење живота могу употребити и ради циљева изван интереса дотичног пацијента. Из тих разлога, медицински посланици морали би бити много активнији *у објашњавању и оправдавању својих стандарда* који се тичу њихових професионалних дужности према умирућим пацијентима, независно од тога да ли ће њихови ставови бити уважени или неће.

(Примљено, 3. маја 1993)

Dr. Vesna Klajn-Tatić,
Research Associate of the Institute for Social Sciences in Belgrade

THE RIGHT OF TERMINAL PATIENT TO REFUSE MEDICAL TREATMENT

Summary

The subject matter of the present study is the problem of relations between legal duties of physician toward a terminal patient and the latter's right to decide on his (her) own life and body, namely death. Relevant issue is the intellectual capacity of the patient to accept, namely to refuse, medical treatment aiming at maintaining his (her) life functions. This corresponds to physician's duty to inform the patient on forms and risks of treatment.

Further discussed are the ethical and legal rules governing medical and legal professional practice in reaching a decision as to use, suspending or failing to apply specific treatment of a dying patient.

Key words: *Artificial maintaining of life functions. - Euthanasia. - "Dignified death". - The right of choice.*

Vesna Klajn-Tatić,
collaborateur scientifique à l'Institut des sciences sociales de Belgrade

LE DROIT DU MALADE MORIBOND DE REFUSER L'UTILISATION OU D'EXIGER LA SUSPENSION DES MESURES MÉDICALES GRACE AUXQUELLES IL EST MAINTENU EN VIE

Résumé

L'auteur examine le problème des rapports des devoirs juridiques du médecin envers le malade moribond et le droit du malade au choix personnel et à l'autodétermination par rapport à son propre corps et à sa propre vie, c'est-à-dire par

rapport à sa propre mort. L'auteur discute de la capacité mentale du malade d'adopter une décision acceptant ou refusant les mesures médicales qui prolongent sa vie de manière artificielle et les devoirs des médecins d'informer les mlades sur les formes et les risques du traitement.

L'auteur examine par la suite les règles éthiques et juridiques qui servent de guide à la pratique médicale et juridique dans la prise de la décision sur l'utilisation, la suspension ou la non utilisation des mesures qui maintiennent en vie un malade moribond.

Mots clé: *La prolongation artificielle de la vie. - L'euthanasie. - "La mort digne". - Le droit au choix.*

UDK-343.241
Изворни научни рад

др Весна Николић-Ристановић,
виши научни сарадник Института за криминолошка
и социолошка истраживања у Београду

ОКОЛНОСТИ ВЕЗАНЕ ЗА ЖРТВУ И ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ

У раду се анализирају решења која постоје у кривичним законима како у свету тако и у нашој земљи. Такође, указује се на резултате ретких светских и домаћих истраживања која су се бавила испитивањем начина на који су околности везане за жртву узимане у обзир од стране судова приликом одмеравања казне и анализирају резултати истраживања које је ауторка спровела у судовима Србије, а које је обухватило 385 кривичних предмета. Анализиран је начин на који су судови узимали у обзир следеће околности: последице кривичног дела, допринос и алкохолисаност жртве, однос учинилац-жртва, непридруживање жртве кривичном гоњењу, однос учиниоца према жртви после извршеног кривичног. На основу резултата истраживања закључује се да судови или не воде довољно рачуна о околностима везаним за жртву или то не чине увек на задовољавајући начин и да би било оправдано законом експлицитно обавезати судове да о овим околностима воде рачуна.

Кључне речи: *Жртва. - Одмеравање казне. - Кривично право.*

I. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

Место и значај који се жртви, њеним карактеристикама, понашању и претходном односу са учиниоцем дају у одредбама савременог кривичног права, у извесној мери представљају одраз повећаног интереса за жртву последњих деценија део којег је дошло развојем виктимологије. Ипак, има се утисак да, како страно тако и, посебно, наше кривично законодавство и пракса, доста касне за сазнањима до којих се долази све бројнијим виктимолошким истраживањима.

Није спорно да се допринос жртве као и њен претходни однос са учиниоцем, који кривично дело чине лакшим а друштвену опасност учиниоца мањом, морају имати у виду како при конципирању општих института кривичног права и прописивању појединих кривичних дела и кривичних санкција за њих тако и у практичној примени кривичноправних норми. Но, то нису и једине околности везане за жртву које су кривичноправно релевантне. То су околности које су прве уочене, али је у новије време начин на које се узимају у обзир од стране кривичног

права и највише критикован од стране виктимолога, с обзиром на опасности од злоупотреба, односно намерних и ненамерних неадекватних интерпретација на штету жртве (1). Другим речима, допринос жртве извршењу кривичног дела, иако увек значајан са становишта објашњења кривичног дела, није увек и кривичноправно релевантан. Кривичноправна заштита не би смела бити условљена захтевом да се људи понашају на један униформно одређен "нормалан" начин који код неких аутора с правом изазива асоцијације везане за поражавајућу визију будућности из Орвелове "1984" (2).

На жалост, допринос жртве је, како ћемо касније на примерима из законодавства и праксе показати (нарочито код сексуалних деликата), још увек најчешће и не увек правилно уважавана околност везана за жртву што, уз недовољно вођење рачуна о карактеристикама саме жртве и тежини последица, не ретко доводи у питање њену адекватну кривичноправну заштиту па тиме и остваривање заштитне функције кривичног права.

Такође, ни одсуство предузимања мера за спречавање виктимизације не би требало да има за последицу одсуство или умањивање кривичноправне заштите жртве, иако је од несумњиве важности како за објашњење виктимизације тако и за њено ефикасније сузбијање у будућности. Жртва не сме бити "кажњена" од стране кривичноправног система за своје понашање јер ју је казна стигла већ самом околношћу да је виктимизирана. Међутим, упркос овом захтеву који је у складу са заштитном функцијом кривичног права (3), неке земље предвиђају не само умањивање кривичноправне заштите већ и стварно кажњавање несвесних жртава. Илустративан пример за то су Грчка и Израел у којима може бити кажњен возач који заборави да закључа аутомобил, односно пешак који је прекршио саобраћајни пропис иако је и сам повређен због истовремене грешке другог учесника у саобраћају (4).

II. ОСВРТ НА РЕШЕЊА ИЗ СТРАНОГ И ДОМАЋЕГ КРИВИЧНОГ ЗАКОНОДАВСТВА

Савремена кривичноправна решења у свету, везано за уважавање околности које се односе на жртву кривичног дела, карактерише вођење рачуна о понашању жртве и њеном претходном односу са учиниоцем, али и веома изражена тенденција ка повећаној кривичноправној заштити појединих, посебно угрожених категорија жртава (деца, стара и немоћна лица, жене - жртве насиља у породици и сексуалног насиља) и вођење рачуна при прописивању појединих кривичних санкција о околностима у вези накнаде штете жртви.

---

(1) Видети: Ж. Хорватић, *Утицај жртве на судско одмјеравање казне и примјену других кривичних санкција према учиниоцу кривичног дјела*, Наша законитост, 1985, 5-6, стр. 525.

(2) Видети: G. Kellens, *Qu'a tu fais de ton frére, Pierre Mardaga Editeur*, Bruxelles, 1987, стр. 79.

(3) M. Joutseu, *The role of the victim of crime in European criminal justice systems*, Helsinki institute for crime prevention and control, Helsinki, 1987, стр. 115.

(4) M. Joutsen, *op. cit.*, стр. 116.

Понашање жртве, према решењима која постоје у свету, представља елемената бића кривичног дела, било да утиче на креирање лакшег облика одређеног кривичног дела, односно на креирање посебног кривичног дела, било да доводи чак и до кажњивости саме жртве у одређеним случајевима. Такође, понашање и друге околности везане за жртву предвиђају се и као околности од утицаја на кажњавање учиниоца, било да се тај утицај изричито одређује, било да се оставља као могућност суду да он оцени у којој мери околности у вези жртве утичу на кривичну одговорност учиниоца. Нас, у складу са темом нашег рада, интересују, пре свега, овлашћења која иностранн законодавци дају судовима у погледу узимања у обзир околности везане за жртву приликом изрицања кривичних санкција, односно одмеравања казне учиниоцу.

За већину европских кривичних закона карактеристично је да садрже генералне одредбе о томе да судови провокативно понашање жртве треба да узимају као олакшавајућу околност при одмеравању казне. Те одредбе уопштено под провокацијом подразумевају "душевно стање изазвано радњама друге особе" и садржане су у кривичним законима Аустрије, Данске, Немачке, Италије, Норвешке и бившег СССР (5).

Нешто другачије решење предвиђају кривични закони Француске, Финске и Холандије. Тако, Француски кривични закон предвиђа да провокација може бити олакшавајућа околност само код насилних кривичних дела против личности, док је по Финском кривичном закону значајан притисак, претња или сличан утицај на учиниоца кривичног дела основа за изрицање блаже казне унутар предвиђеног минимума и максимума. Занимљиво је да Кривични закон Холандије не садржи одредбу о провокацији као олакшавајућој околности, што је разумљиво с обзиром да иначе не предвиђа минимум већ само максимум казни које прописује за поједина кривична дела, па тако казна може бити неограничено ублажена због најразноврснијих околности, па и због провокације.

Као што смо већ поменули, једно од проблематичнијих питања у савременом кривичном праву јесте и питање узимања у обзир понашања жртве сексуалног деликта, посебно силовања, као околности од значаја за одмеравање казне. Наиме, у европским кривичним законима опште је правило да "позив" односно изазивања учиниоца да изврши кривично дело, изражено кроз нескривено упуштање у непотребни ризик, не доводи до изрицања блаже казне учиниоцу. Изузетак су, међутим, силовање и други сексуални деликти. Илустративан пример представља дебата до које је дошло у Шведској у вези са реформом кривичног законодавства 1984. године. Наиме, супротстављана су два схватања. Према једном схватању, понашање жртве сексуалног деликта пре извршења кривичног дела нема никаквог значаја, док према другом схватању понашање жртве пре извршења кривичног дела јесте важан елемената бића ових деликата. На крају се ипак дошло до компромиса и то тако што је прихваћено да понашање жртве нема значаја за класификацију деликата али може бити узето у обзир приликом одмера-

(5) Наведено према M. Joutsen, *op. cit.*, 103.

вања казне. При томе се углавном имају у виду две врсте понашања жртве: позив или непотребно упуштање у ризик и пристанак на сексуални однос који је био повучен непосредно пре извршења кривичног дела. Могућност узимања у обзир ових понашања приликом одмеравања казне у пракси заправо значи да када окривљени у својој одбрани истакне да је жртва претходно пристала на сексуални однос, жртвин карактер може постати мета сведочења и доказивања да су њено раније понашање и моралност релевантни за одређивање да ли је пристанак заиста постојао или не. Резултат је секундарна виктимизација жене (6).

Већина европских кривичних закона даје могућност суду да изрекне блажу кривичну санкцију односно казну у случају када је учинилац надокнадио штету жртви. При томе се разликују они кривични закони према којима је суд обавезан да о овој околности води рачуна (нпр. кривични закони Аустрије, Немачке, Данске, Мађарске, Норвешке и РСФСР) и кривични закони који само остављају могућност суду да при изрицању кривичне санкције имају у виду и околности у вези накнаде штете жртви или их на посредан начин обавезују да о овој околности воде рачуна. Тако, на пример, Кривични закон Финске захтева од суда да узме у обзир као олакшавајућу околност добровољни покушај учиниоца да спречи или уклони последице кривичног дела, при чему под такав покушај може бити подведена и накнада штете жртви (7).

Према одредбама Кривичних закона Немачке, Аустрије и Швајцарске напори учиниоца учињени у правцу уклањања штетних последица изазваних кривичним делом, а по КЗ Немачке и ка измирењу са жртвом, су релевантни при избору врсте и мере кривичне санкције, односно казне (8).

Већина европских земаља предвиђа могућност изрицања блаже казне учиниоцу који је предузео добровољно радње усмерене на спречавање или ублажавање последица кривичног дела. Common law чак захтева да суд приликом изрицања кривичне санкције узме у обзир последице које је кривично дело оставило на жртви, мада, са изузетком Јужне Аустралије, не признаје жртви право да изнесе пред судом све чињенице које се односе на утицај који је кривичним делом остварен на њој. У држави Вашингтон, према приручнику-водичу за поступање судова у свим деловима земље који је створен са циљем уједначавања казнене политике судова, учиниоцима кривичних дела која су извршена под сличним условима изричу се једнаке казне. Такође, кривична дела којима је изазвана већа штета за жртву и друштво резултирају већим казнама (9).

КЗ СФРЈ и КЗ РС имали су у виду околности везане за жртву кривичног дела, делом при конципирању општих кривичноправних одредби а делом при прописивању појединих кривичних дела. У различитој мери и на различите начине вођено је рачуна о понашању жртве,

(6) M. Joutsen, *op. cit.*, стр. 106.

(7) M. Joutsen, исто, стр. 242.

(8) F. Dunkel, D. Rossner, *Law and Practice of Victims (From Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community)*, London, 1989.

(9) *Sentencing Guidelines Implementation Manual*, Washington State Sentencing Guidelines Commission, Washington, 1987.

њеном претходном односу са учиниоцем, о карактеристикама жртве и о обезбеђивању накнаде штете жртви.

Када је у питању понашање жртве као кривичноправно релевантне околности, треба приметити да је у одредбама које о њој воде рачуна углавном реч о провокативном понашању жртве које искључује противправност кривичног дела, доводи до могућности ослобађања учиниоца од казне, до ублажавања казне или пак до прописивања блаже казне, односно кривичне санкције за одређено кривично дело, односно до прописивања лакших облика појединих кривичних дела. Поред узимања у обзир провокације од стране жртве у одредбама о нужној одбрани и прекорачењу нужне одбране, о овој околности водило се рачуна и при прописивању појединих кривичних дела.

Остављајући по страни случајеве у којима провокативно понашање жртве представља елеменат бића кривичног дела, указаћемо на неке случајеве у којима законодавац даје овлашћења суду у погледу изрицања кривичних санкција. Тако, на пример, провокативно понашање жртве ("непристојно или грубо понашање оштећеног") према одредбама КЗ РС предвиђено је као околност која даје суду могућност да учиниоцу изрекне судску опомену и то за следећа кривична дела: лака телесна повреда, клевета, увреда, изношење личних и породичних прилика и омаловажавање пребацивањем за кривично дело. Такође, код кривичног дела увреде могуће је да се у једном лицу стекну својства и жртве и учиниоца (када жртва увреду поврати). У нашем кривичном законодавству за такав случај предвиђена је могућност да суд или казни или ослободи од казне оба лица.

КЗ СФРЈ како ни КЗ РС не предвиђају ни у једном случају генералну обавезу за судове да при избору и одмеравању кривичне санкције, односно казне, воде рачуна о околностима везаним за жртву. Додуше, опште одредбе о одмеравању казне (чл. 41 КЗ СФРЈ), о изрицању условне осуде (чл. 53 ст. 4 КЗ СФРЈ) и судске опомене (чл. 59 ст. 1 КЗ СФРЈ) обавезују суд да поред изрично предвиђених узме и "друге околности под којима је дело учињено" и тиме генерално даје основа и за узимање провокативног понашања жртве, њеног односа са учиниоцем и њених својстава као олакшавајуће, односно отежавајуће околности. Значајне су и могућности које пружају одредбе о условној осуди (чл. 52 КЗ СФРЈ), да се учиниоцу одреди као услов накнада штете жртви као и одредбе о заштити оштећеног (чл. 86 КЗ СФРЈ), везано за његово намирење из одузете имовинске користи учиниоцу. Такође, за положај жртве од значаја су и могућности које пружа условна осуда са заштитним надзором која, на жалост, у нашим условима, иако предвиђена кривичним законима, још увек није заживела.

III. ОКОЛНОСТИ ВЕЗАНЕ ЗА ЖРТВУ И ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ У ПРАКСИ СУДОВА

Незнатан број истраживања која су везана за ову проблематику, спроведена како у свету тако и у бившој Југославији, чини да о пракси судова, везано за узимање у обзир околности у вези жртве кривичног дела, знамо врло мало. Једно од ретких страних истраживања које се у контексту истраживања казнене политике судова бавило и утицајем

околности везаних за жртву на изрицање кривичне санкције је истраживање спроведено у Холандији у периоду 1973-1976. На основу резултата овог истраживања закључено је да судови у Холандији дају мали значај при избору кривичне санкције и одмеравању казне последицама које је кривично дело оставило на жртви и карактеристикама жртве (10).

Слично овоме и истраживање праксе Вишег суда у Масачусецу показало је да последице и средство извршења кривичног дела (употребљено оружје) не утичу на тежину изречене казне. Међутим, резултати овог истраживања показују да је за одмеравање казне битан тип жртве. Наиме, строжије кривичне санкције изричу се учиниоцима чије жртве су биле велике продавнице и банке него учиниоцима кривичних дела према појединцима (11).

Једно од усамљених истраживања ове врсте спроведених на територији бивше Југославије јесте истраживање које је спровео Хорватић у судовима Хрватске (12).

Резултати до којих је дошао овај аутор показују да су испитивани судови околности везане за жртву узимали као олакшавајуће, односно отежавајуће у 29% укупног броја случајева, односно у 63,2% случајева кривичних дела против живота и тела, 20,8% случајева кривичних дела против безбедности јавног саобраћаја и у 16% случајева осталих кривичних дела. Међу случајевима у којима је суд околност везану за жртву навео као олакшавајућу, односно отежавајућу преовладавају случајеви у којима су ове околности наведене као олакшавајуће (84,1%). Колико је нама познато, на територији Републике Србије сличних истраживања до сада није било.

Настојећи да дођемо до сазнања о актуелној ситуацији која у овом погледу постоји у пракси наших судова, спровели смо истраживање на територији Републике Србије које је обухватило 385 кривичних предмета из праксе пет окружних и пет општинских судова чијом надлежношћу су обухваћени градови који представљају центре региона на територији уже Србије у којима је, према постојећим статистичким подацима, у периоду 1980-1985. било највише правноснажно осуђених лица за изабрана кривична дела (13).

На основу тог критеријума изабрани су окружни и општински судови у следећим градовима: Београд, Краљево, Ниш, Крагујевац и Ваљево. Кривични предмети које смо анализирали односили су се само на случајеве за које је у моменту прикупљања података постојала правоснажна осуђујућа пресуда и који су се односили на следећа кривична дела: убиства, тешке и лаке телесне повреде, крађе, разбојништва,

(10) O. J. Zoomer, *Sentencing Requirements and Sentences in Serious Offense Cases - An Overview of thet Years 1973-76 and Analysis of Decisions by Public Prosecutors*, A National Institute of Justice, Rockville, 1979.

(11) M. Hutner, *Sentencing in Massachusetts superior sourt*, 1977, Siracusa University, докторска дисертација.

(12) Ж. Хорватић, *op. cit.*, стр. 528.

(13) С обзиром да се подаци о жртвама кривичних дела у нашој земљи још увек не прате статистички, били смо принуђени да приликом формирања узорка пођемо од претпоставке да у регионима где је највише осуђених лица има и највећи број жртава посматраних кривичних дела.

преваре, силовања и угрожавање јавног саобраћаја. Истраживањем су била обухваћена кривична дела извршена у периоду 1980-1985 (14).

IV. ОКОЛНОСТИ ВЕЗАНЕ ЗА ЖРТВУ И ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ УЧИНИОЦИМА КРИВИЧНИХ ДЕЛА (РЕЗУЛТАТИ ИСТРАЖИВАЊА)

У складу са општим правилом о одмеравању казне (чл. 41 КЗ СФРЈ) судови чији су предмети били обухваћени нашим узорком узимали су у обзир широк сплет олакшавајућих и отежавајућих околности, при чему су доминантно место имале околности везане за личност учиниоца, посебно његова ранија осуђиваност и личне прилике, као и степен кривичне одговорности и јачина угрожавања, односно повреде заштићеног добра која је у великом броју случајева била изражена кроз последице кривичног дела остварене на жртви. Нешто ређе, али не у безначајној мери, судови су водили рачуна и о понашању жртве према учиниоцу које је претходило извршењу кривичног дела, претходном односу учинилац-жртва, као и о односу учиниоца према жртви после извршеног кривичног дела и сл. Такође, судови су водили рачуна и о неким обележјима жртве али у много мањој мери него што смо очекивали. Тако је, на пример, старост жртве узимана у обзир при одмеравању казне у сасвим безначајној мери (па није ни обухваћена нашом анализом) док је, на другој страни, узимање у обзир алкохолисаности жртве нешто чешће. О околностима везаним за жртву судови су, иако у мањој мери него у првостепеном поступку, водили рачуна и у другостепеном поступку.

1. Околности везане за жртву и одмеравање казне у првостепеном поступку

а) Последице кривичног дела остварене на жртви и одмеравање казне

Последице кривичног дела остварене на жртви узимане су у обзир приликом одмеравања казне учиниоцима из оквира нашег узорка у 18% случајева, при чему се претежно (12,5%) радило о узимању ове околности као отежавајуће а ређе (5,5%) као олакшавајуће околности. Узимање последица виктимизације као околности при одмеравању казне, посебно као отежавајуће околности, од несумњивог је значаја за остваривање адекватне кривичноправне заштите па управо зато разочаравајуће делује податак да чак у 80,5% случајева последица, иако је постојала, није узета у обзир (бар не експлиците) ни као олакшавајућа ни као отежавајућа околност. Овој констатацији би се могло наравно приговорити да је код знатног броја кривичних дела обухваћених узорком последица елеменат бића кривичног дела, па је као таква од стране законодавца већ узета у обзир при прописивању казне и да би се у случају њеног узимања у обзир при изрицању конкретне кривичне санкције заправо радило о двоструком вредновању ове околности. Мишљења смо да ипак има

(14) Видети: В. Николић-Ристановић, Н. Мрвић, *Жртве криминалитета и кривичноправна интервенција*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1990. (необјављено).

доста случајева у којима потреба адекватне кривичноправне заштите као и адекватне оцене кривичне одговорности учиниоца захтева узимање ове околности у обзир или при изрицању, односно одмеравању кривичне санкције од стране суда, посебно када се има у виду да и код исте врсте последице могу постојати различити степени угрожености, односно повређености жртве. Примера ради наводимо случај из предмета К-355/81 из праксе Окружног суда у Београду, где околност да је жртва извршењем кривичног дела силовања дефлорисана није узета као отежавајућа околност при одмеравању казне. Да се то негативно рефлектовало на кривичноправну заштиту жртве јасно је када се зна да допринос жртве није постојао, да ју је учинилац намамио у свој стан злоупотребљавајући поверење које је она у њега имала и да се изузетно дрско и безобзирно понашао према жртви после извршеног кривичног дела, а да изречена казна само незнатно прелази законски минимум: затвор у трајању од 1 године и 6 месеци.

Судећи према подацима добијеним нашим истраживањем, у случајевима у којима су наводили последицу као олакшавајућу, односно као отежавајућу околност судови су о овој околности заиста водили рачуна при одмеравању казне. Наиме, резултати истраживања које смо спровели показали су постојање значајне повезаности, као и не тако малог степена заједништва (ХИ-квадрат = 66,06, Ц = 0,383, БСС = 21) између навођења последице остварене на жртви као околности која је узета у обзир при одмеравању казне и врсте и мере изречене кривичне санкције. У случајевима у којима су последицу остварену на жртву узели као олакшавајућу околност, судови из оквира нашег узорка изрекли су казну затвора у 57,1% и то најчешће у трајању од 6 месеци (23,8%), условну осуду у 38,1%, а новчану казну у 4,8% случајева. Сасвим је супротна ситуација у случајевима у којима је последица узета као отежавајућа околност: затвор је изрицан у 97,9% случајева и то најчешће у трајању 2-3 године (22,9%), а далеко чешће у односу на случајеве у којима је узета у обзир као олакшавајућа околност или уопште није узета као околност при одмеравању казне и у трајању 3-5 година (16,7%) и 10-15 и 20 година (12,5%). Условна осуда била је изречена само у 2,1% ових случајева, а новчана казна уопште није изрицана.

Као што се може приметити, ови подаци говоре у прилог наших, горе изнетих, тврдњи о значају правилног узимања у обзир последица остварених на жртви за адекватну кривичноправну заштиту жртве.

б) Допринос жртве извршењу кривичног дела и одмеравање казне

Допринос жртве узет је као олакшавајућа околност при одмеравању казне учиниоцима од стране судова из испитиваног узорка у 46,1% укупног броја случајева у којима је допринос постојао. Иако је ствар оцене суда какав ће значај дати доприносу жртве при одмеравању казне, посебно имајући у виду степен доприноса жртве и његов утицај на кривичну одговорност учиниоца, чини нам се да је у једном делу случајева допринос жртве неоправдано потцењен при одмеравању казне. Примера ради наводимо два случаја: Пример бр. 1 (К-65/80, Окружни суд у Крагујевцу).

Учинилац и жртва су рођена браћа. Критичном приликом жртва је непосредно изазвала сопствену виктимизацију пуцајући на учиниоца у намери да га убије, али до тога није дошло јер је промашила. Након тога учинилац јој је отео карабин из којег је пуцала и више пута ударио жртву, наневши јој при томе тешку телесну повреду.

Пример бр. 2 (К-112/82, Окружни суд Крагујевац).

Учинилац и жртва су снаха и свекрва. Свекрва је критичном приликом ударила снаху дршком секире у леђа а онда јој је снаха, отевши од ње секиру, нанела ушицом секире тешку телесну повреду на глави.

Занимљиво је да је ефекат неузимања, тачније ненавођења доприноса жртве као олакшавајуће околности у ова два случаја битно различит. Док је у првом случају суд очигледно, иако је није изричито навео, овој околности дао значај при одмеравању казне ублаживши казну учиниоцу на свега 10, односно у другостепеном поступку чак на 4 месеца затвора, у другом случају она очигледно није имала знатнијег утицаја на висину изречене казне: иако ниједна отежавајућа околност није постојала изречена је казна од 3 године и 6 месеци затвора.

На другој страни, опет, мора се похвалити пракса појединих судова да учиниоцу, у случајевима када то указује на његову повећану друштвену опасност, узимају као отежавајућу околност чињеницу да је без икаквог повода, односно доприноса жртве, извршио кривично дело. Из оквира ових случајева, илустрације ради, изабрали смо два. Тако, на пример, у К-58/81 из праксе Окружног суда у Крагујевцу учинилац је без икаквог повода ударио жртву песницом у браду и нанео јој тешку телесну повреду квалификовану смрћу. Суд је као отежавајућу узео околност да није постојао било какав допринос од стране жртве, која је била и физички слабија од учиниоца. Такође, и у К-35/83 из праксе Окружног суда у Нишу узета је као отежавајућа околност чињеница да је учинилац убио родитеља без икаквог повода.

Правилна оцена и правилно узимање у обзир доприноса жртве при одмеравању казне учиниоцу од великог је значаја не само за оцену кривичне одговорности учиниоца и изрицање адекватне кривичне санкције, већ је од необичне важности и за адекватну кривичноправну заштиту жртве која се умањује у зависности од одговорности саме жртве. Но, то свакако не сме да значи кажњавање нити било какво шиканирање онога ко је оштећен кривичним делом, јер је он увек мање одговоран и у тежој позицији од учиниоца.

Допринос жртве најчешће је узиман као олакшавајућа околност при одмеравању казне за убиства (40%), тешке (36,5%) и лаке (36%) телесне повреде и кривична дела против безбедности јавног саобраћаја (26,7% за основни облик и 30,6% за тешка дела). У складу са овим су и добијени подаци о врстама доприноса жртве које су најчешће узимане у обзир при одмеравању казне учиниоцима.

Судови су најчешће узимали допринос жртве као олакшавајућу околност при одмеравању казне у случајевима када се он састојао у вербалној провокацији (25%), непристојном понашању у саобраћају (16,7%) и у комбинацији физичког напада и вербалне провокације (14,3%). Међу случајевима у којима је постојање доприноса жртве утврђено али није узето експлиците као олакшавајућа околност при одмеравању казне преовлађују лаковерност жртве (24,5%), пасивна прово-

кација (16,3%) и лакомислено понашање (12,2%). То указује да судови у значајној мери схватају да је жртва већ "платила" за своју грешку и да би умањивање кривичне одговорности учиниоца, па самим тим и кривичноправне заштите жртве, било непримерено циљевима криминалне политике, односно генерално и специјално-превентивном дејству кривичне санкције која се изриче. Но, постојање, истина ретко, и другачије праксе показује да то није правило без изузетка.

Узимање доприноса жртве као олакшавајуће околности од стране судова из нашег узорка утицало је на избор врсте и мере кривичне санкције у извесној, не нарочито високој, мери тако да се може закључити да за судије понашање жртве није увек значајна чињеница при оцени кривичне одговорности и одмеравању казне учиниоцу. Наиме, између навођења доприноса жртве као олакшавајуће околности у образложењу пресуде и изречене кривичне санкције учиниоцу постоји значајна повезаност али низак степен заједништва (ХИ-квадрат = 14,41, Ц = 0,190, БСС = 14). Између случајева у којима је допринос жртве наведен као олакшавајућа околност и оних у којима није наведен или допринос уопште није постојао мала је разлика у погледу структуре изречених кривичних санкција, како по врсти тако и по мери. У случајевима у којима је допринос жртве наведен као олакшавајућа околност затвор је изречен у 67,9% случајева, а у случајевима у којима није наведен као такав, односно у којима није постојао, у 74,5%, односно у 72,9%. У свим случајевима преовладавају казне затвора у трајању до 1 године.

в) Однос учинилац-жртва и одмеравање казне

Од укупно 264 случајева у којима је постојао претходни однос између учиниоца и жртве, тај однос је узет у обзир при одмеравању казне само у 17,7% случајева и то у 7,5% као олакшавајућа околност, а у 10,2% као отежавајућа околност. Чак у 78% случајева однос учинилац-жртва је утврђен а није узет у обзир, док у 4,1% тај однос уопште није ни утврђиван. Овако ретко узимање у обзир претходног односа између учиниоца и жртве није резултат само превиђања ове околности од стране судова при одмеравању казне, већ је у доброј мери одраз тесне повезаности истог односа са доприносом жртве и давањем, од стране судова, претежнијег значаја при одмеравању казне појединим понашањима учиниоца и жртве која су се искристалисала у том односу, па тако и доприносу жртве, него самој природи тог односа и укупним претходним односима између учиниоца и жртве. Оваква тврдња поткрепљена је и подацима о узимању односа учинилац-жртва у обзир при одмеравању казне учиниоцима појединих кривичних дела, као и посматрано по појединим врстама односа учинилац-жртва.

Однос учинилац-жртва најчешће је узиман као олакшавајућа околност учиниоцима лаких телесних повреда (45%), што је и разумљиво када се зна да се код ових кривичних дела углавном ради о лошим односима између учиниоца и жртве који трају дуже време и у којима је тешко утврдити чији је допринос извршеном кривичном делу претежнији. Међутим, мора се приметити да је било и случајева у којима је однос учинилац-жртва погрешно узет као олакшавајућа околност. Тако, на пример, у К-117/81 из праксе Окружног суда у Нишу син је

нанео лаку телесну повреду мајци и након тога није хтео да јој помогне нити да је води лекару. Такође, и раније је имао обичај да туче мајку. Упркос томе, суд је као особито олакшавајућу околност узео блиско сродство учиниоца са жртвом и, ублаживши казну, изрекао новчану казну од 2000 динара. Као отежавајућа околност однос учинилац-жртва је најчешће узиман код силовања (29,6%) и разбојништава (18,5%), што се може објаснити не само учесталошћу случајева злоупотребе поверења жртве које је стечено у њиховом претходном односу већ и правилним поступањем судова у погледу давања у таквим случајевима већег значаја претходном односу учинилац-жртва него евентуалном доприносу жртве који се код ових кривичних дела претежно састојао у лаковерности, пасивној провокацији и лакомисленом понашању. Сасвим ретко узимање у обзир односа учинилац-жртва као околности при одмеравању казне учиниоцима убистава и тешких телесних повреда, упркос њиховом релативно честом вршењу према познатим па и врло блиским лицима, последица је давања претежнијег значаја доприносу жртве у овим случајевима којим је практично конзумиран претходни однос између учиниоца и жртве.

У складу са наведеним подацима су и сазнања до којих смо дошли у погледу врсте односа учинилац-жртва које су судови најчешће узимали у обзир при одмеравању казне. Наиме, судови обухваћени нашим истраживањем најчешће су као олакшавајућу околност узимали околност да се ради о суседима (20%), даљим крвним сродницима (20%) и пријатељима (15%), а као отежавајућу околност да су у питању познаници (44,4%), односно пријатељи (18,5%).

С обзиром да између навођења односа учинилац-жртва као олакшавајуће околности и изречених кривичних санкција постоји значајна повезаност и висок степен заједништва (ХИ-квадрат = 65,91, Ц = 0,382, БСС = 28), може се констатовати да је претходни однос између учиниоца и жртве заиста био од значаја при избору врсте и мере кривичне санкције од стране судова. Тако је у само 30% случајева у којима је однос учинилац-жртва наведен као олакшавајућа околност био изречен затвор и то претежно у трајању од 6 месеци (10%) и 1-2 године (10%). Такође, чак у 50% ових случајева била је изречена условна осуда. На другој страни у случајевима у којима је однос учинилац-жртва био наведен као отежавајућа околност затвор је био изречен чак у 88,9%, а условна осуда само у 7,4%. Међу изреченим казнама затвора велики део чине казне дужег трајања (22,2% у трајању 1-2 године, а 14,8% у трајању 2 - 3 и исто толико у трајању 10-15 и 20 година).

г) Алкохолисаност жртве и одмеравање казне

Жртве из оквира нашег узорка нису често биле у алкохолисаном стању у време виктимизације. Још ређе алкохолисаност жртве била је узимана у обзир од стране судова при одмеравању казне. Тако, од укупно 64 случаја у којима је алкохолисаност жртве била утврђена свега у 7 случајева (1,8%), она је била узета у обзир при одмеравању казне и то у 5 случајева (1,2%) као олакшавајућа, а у 2 случаја (0,5%) као отежавајућа околност. Као олакшавајућа околност алкохолисаност жртве је узимана у случајевима разбојништва и убистава, а као отежавајућа околност у по једном случају силовања и разбојништва.

С обзиром на ретко постојање алкохолисаности жртве, као и на ретко узимање у обзир алкохолисаности жртве при одмеравању казне учиниоцу, не могу се дати неки поузданији закључци о пракси судова у овом погледу. Но свакако да у случајевима када је жртва својим понашањем условљеним алкохолисаним стањем директно утицала на извршење кривичног дела, према њој ова околност мора бити узета у обзир приликом оцене кривичне одговорности и одмеравања казне учиниоцу. Типични примери за то постоје код кривичних дела тешке телесне повреде, убистава и код кривичних дела против безбедности јавног саобраћаја. Управо код ових кривичних дела из оквира нашег узорка постојао је велики број случајева неузимања алкохолисаности жртве у обзир при одмеравању казне (на пример: код тешке телесне повреде 100%, убиства 84,6%, а код тешких дела против безбедности јавног саобраћаја у 3 од укупно четири случаја постојања алкохолисаности жртве).

д) Непридруживање жртве кривичном гоњењу и одмеравање казне

Околност да се жртва није придружила кривичном гоњењу узимана је у обзир при одмеравању казне учиниоцима кривичних дела из оквира нашег узорка као олакшавајућа околност и то у 34,3% случајева, док у преосталих 65,7% случајева, иако је постојала, суд ову околност није узео у обзир при одмеравању казне. При томе, поступање судова није било условљено врстом кривичног дела, тј. никаква правилност у том погледу није уочена. То је и разумљиво с обзиром да се у сваком конкретном случају мора процењивати којим се мотивима жртва руководила при давању изјаве о непридруживању кривичном гоњењу и од каквог је значаја за њену кривичноправну заштиту узимање, односно неузимање ове околности у обзир при одмеравању казне учиниоцу. Наиме, не може се на исти начин ценити изјава жртве да се не придружује кривичном гоњењу, када је очигледно да она то чини из страха од освете учиниоца, и изјава дата да би се заштитио блиски рођак или пријатељ који је из нехата извршио кривично дело (нпр. најчешћи пример за ово налазимо код кривичних дела против безбедности јавног саобраћаја извршених према блиском лицу које је било сапутник у возилу), или зато што су се жртва и учинилац у међувремену измирили (нпр. код крвних деликата извршених према блиским лицима, најчешће у афекту).

Судови су у добром делу случајева у којима су навели непридруживање жртве кривичном гоњењу као олакшавајућу околност ту околност и заиста имали у виду при одмеравању казне (ХИ-квадрат = 32,78, Ц = 0,280, БСС = 14), односно претежно при избору врсте кривичне санкције. Тако, у 57,1% случајева у којима је непридруживање жртве кривичном гоњењу наведено као олакшавајућа околност изречен је затвор, док је то исто учињено у 70,1% случајева у којима ова околност није наведена као олакшавајућа и у 74,6% случајева у којима се жртва придружила кривичном гоњењу. У свим случајевима, међутим, преовладавале су казне затвора у трајању до 1 године.

ђ) Однос учиниоца према жртви после извршеног кривичног дела и одмеравање казне

Судови обухваћени нашим истраживањем узимали су у обзир при одмеравању казне, истина не много често, и позитиван, односно негативан однос учиниоца према жртви после извршеног кривичног дела и то први као олакшавајућу а други као отежавајућу околност (15).

И позитиван и негативан однос учиниоца према жртви узимани су у обзир при одмеравању казне у сличној мери. Позитиван однос судови су узели као олакшавајућу околност у 66,6% од укупног броја случајева у којима је такав однос постојао. Негативан однос цењен је као отежавајућа околност у 61,8% од укупног броја случајева у којима је такав однос постојао. Између врсте кривичног дела и обе околности постоји значајна повезаност и прилично висок степен заједништва (позитиван однос: ХИ-квадрат = 75,27, Ц = 0,404, БСС = 30; негативан однос: ХИ-квадрат = 90,72, Ц = 0,437, БСС = 30). Тако је позитиван однос учиниоца према жртви најчешће узиман као олакшавајућа околност код кривичног дела угрожавање јавног саобраћаја (40%), а затим код преваре (22,9%), крађе (22,5%) и тешких дела против безбедности јавног саобраћаја (22,2%). То је и разумљиво када се зна да се позитиван однос према жртви најчешће састојао у накнади штете жртви, у пружању помоћи и бризи за њено здравље. Када се позитиван однос према жртви састоји у накнади штете, овакво поступање суда има велики виктимолошки значај јер може деловати подстицајно на остваривање једног од веома значајних, а са становишта практичне остварљивости, најпроблематичнијих захтева жртве. Но, на другој страни, не би се могло прихватити "награђивање" учиниоца за сваки па и најмањи знак пажње према жртви, посебно не за обећање да ће надокнадити штету жртви које је очито срачунато само на то да се избегне што блажа кривична санкција.

Негативни однос као отежавајућа околност најчешће је узиман у обзир код силовања (35,3%) и убиства (20%). Поражавајући за кривичноправну заштиту жртве су подаци о неузимању у обзир негативног односа учиниоца према жртви при одмеравању казне. Код силовања проценат таквих случајева достиже чак 21,6%, а није занемарљив ни код угрожавања јавног саобраћаја (13,3%) и убистава (12%).

Какве последице оваква пракса судова има на кривичноправну заштиту жртве јасно је када се погледају подаци који указују на меру стварног узимања ових околности у обзир при одмеравању казне од стране судова из испитиваног узорка. Тако је у 89,1% случајева у којима је негативан однос према жртви био наведен као отежавајућа околност био изречен затвор и то најчешће у трајању 3-5 године (16,4%), док је у случајевима у којима ова околност није наведена као отежавајућа затвор изрицан доста ређе (70,6%) и то претежно у трајању до 1 године. Самим

(15) Сматрали смо да постоји позитиван однос учиниоца према жртви онда када је он помогао жртви после извршеног кривичног дела, када је изразио спремност да јој надокнади причињену штету или је то већ учинио, када је жртву посећивао у болници, изразио кајање и спремност да се са њом помири и сл. На другој страни, узимали смо да постоји негативан однос учиниоца према жртви онда када је побегао са лица места без указивања помоћи жртви, када је одбијао да јој надокнади штету, када се према жртви понашао дрско и безобразно, када јој прети, вређа је у току поступка и сл.

тим, постојањем великог броја случајева у којима је ова околност постојала а није узета у обзир при одмеравању казне појачава се осећај несигурност и незаштићености жртве која, кроз негативан однос учиниоца, после примарне трпи и секундарну виктимизацију.

2. Околности везане за жртву и одлучивање о кривичној санкцији у другостепеном поступку

Далеко ређе него у првостепеном, околности везане за жртву узимане су у обзир у другостепеном поступку. То је, наравно уколико је оправдано, разумљиво, јер се у другостепеном поступку ради о узимању у обзир околности везане за жртву које су од значаја за одређивање кривичне санкције а првостепени суд их није узео у обзир или их није правилно ценио. Међутим, нисмо сасвим сигурни да је за интервенцију од стране другостепеног суда у овом погледу било места само у 5,2% случајева, колико их је било у оквиру нашег узорка. Од укупно 20 случајева, у 8 се радило о тешкој телесној повреди, у 5 о убиству, у 4 о силовању, у 2 о тешком делу против безбедности јавног саобраћаја, а у 1 случају о лакој телесној повреди.

V. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Полазећи од општег правила о одмеравању казне, односно о изрицању других кривичних санкција, које им само имплиците даје основа за узимање у обзир при одмеравању казне околности које се тичу жртве кривичног дела, различити судови, у различитој мери, на различите начине о овим околностима воде рачуна, што доводи до неадекватне, односно неједнаке кривичноправне заштите. Као што показују резултати истраживања, судови или не воде довољно рачуна о околностима везаним за жртву или то не чине увек на задовољавајући начин. У циљу уједначавања казнене политике судова, па тиме и пружања већих гаранција у погледу једнаке кривичноправне заштите грађана, било би оправдано, по угледу на нека страна решења, законом експлиците обавезати судове да о овим околностима воде рачуна и при томе чак можда и издвојити неке од околности као олакшавајуће а неке као отежавајуће.

(Примљено, 27. марта 1992)

Dr. Vesna Nikolić-Ristanović,
Senior Research Associate of the Institute for Criminological and Sociological Studies in Belgrade

VICTIM RELATED CIRCUMSTANCES AND ASSESSING THE PUNISHMENT

Summary

Circumstances relating to victim are analyzed in the article by using comparative method, together with elaboration of results of otherwise rare domestic and foreign research of the subject matter treated. Also presented are the results achieved by the

author by reviewing court practice in this respect throughout Serbia. Some 385 cases have been included in the analysis. Final conclusion is that the courts either fail to take sufficient account of circumstances relating to the victim, or fail to do that in a satisfactory way. The author pleads for legislative intervention in the matter which would expressly bind the courts to consider such relevant circumstances.

Key words: *Victim. - Assessing the punishment. - Criminal law.*

Vesna Nikolić-Ristanović,
collaborateur scientifique supérieur à l'Institut de recherches criminologiques et sociologiques de Belgrade

LES CIRCONSTANCES LIÉES À LA VICTIME ET À LA FIXATION DE LA PEINE

Résumé

L'auteur analyse dans son travail les solutions qui existent dans les lois pénales dans le monde et en Yougoslavie. L'auteur signale aussi les résultats des rares recherches mondiales et yougoslaves consacrees à l'examen des modalités de la prise en considération des circonstances liées à la victime, par les tribunaux, lors de la fixation de la peine, et analyse egalement les résultats de ses propres recherches effectuées dans les Tribunaux de Serbie sur un echantillon de 385 causes pénales. Sur la base des résultats des recherches, l'auteur conclue qu'ou bien les tribunaux ne tiennent pas suffisamment compte des circonstances liées à la victime, ou bien ne le font pas toujours de manière satisfaisante et qu'il serait justifié d'obliger les tribunaux explicitement, par la loi, de tenir compte de ces circonstances.

Mots clé: *La victime. - La fixation de la peine. - Le droit pénal.*

UDK-348(497.11)"04/14
Изворни научни рад

др Милутин Ђуричић
адвокат из Пећи, у пензији

АРБАНАШКЕ ВОЈВОДЕ СРПСКИХ СРЕДЊЕВЕКОВНИХ МАНАСТИРА

У Средњем веку српске цркве и манастири нису били само храмови за молитву и богослужења. То су била војна збориштa и саборна збориштa за доношење најважнијих државних и регионалних одлука и норми. На сабору у Скопљу донет је Законик Цара Стефана Душана (XIV век). Цркве и манастири били су и привредне, просветне, културне и здравствене установе - места одакле се вршио надзор на целокупним животом становништва. Зато је цркве и манастире требало чувати од момента њиховог подизања. Ако запусте, напушта их свештенство и престају да постоје. Средњевековни српски владари постављали су чуваре црквама и манастирима. Њих је чувала чак и турска окупациона власт. Од велике сеобе Срба (крајем XVII и почетком XVIII века) настаје велика инвазија анархичних племена са североарбанашких брда. Запретила је опасност да манастири на Косову и Метохији запусте. Турска војна управа била је све немоћнија да их чува. По савету турске управе манастири су тражили компромис са првацима арбанашких племена (фисова). Дошло је до нагодбе да се манастирима поставе као чувари арбанашке војводе. О тим војводама писано је на романтичарски начин из различитих побуда. Овим радом се, са гледишта историјског и социјалног реализма, скида романтичарски вео са арбанашких војвода косовскометохијских манастира и реалистички приказује невоља која је принуђавала манастире да прихвате војводе и да им дају феудалне привилегије.

Кључне речи: *Манастири. - Арбанаси. - Војводе. - Привилегије.*

Код арбанашких сељака у Метохији још постоје остаци једног средњевековног занимања - чувања српских православних храмова. То занимање је још остало у Дечанима, Ругову и Дреници. Чувари манастира: Пећке патријаршије, Девича и Високих Дечана зову се манастирске војводе. Својевремено су постојали и при другим храмовима и били добро плаћени.

Марк Краснићи је унео у нашу научну грађу свој прилог о манастирским војводама и сматра да они чувају старе српске манастире у Метохији зато што: поштују Канун Леке Дукађинија, који прописује врло оштре казне против преступника на штету цркве; што су на свечан начин дали часну реч (бесу) да ће помоћу фиса (племена) штитити

богомоље; што је велика част бити заштитник једног манастира; због култа према свакој богомољи; из страхопоштовања према лековитој моћи манастира и због велике гостољубивости монашког братства. Материјални моменат је, према Краснићиу, од споредног значаја, јер је био плаћен само један човек а манастир је чувао фис који од тога није имао никакве материјалне користи (1). Са оваквим гледиштем наука се данас не може задовољити. Нови извори показују да су материјалне привилегије биле одлучујући мотив за ангажовање војвода у чувању метохијских манастира. То се види из манастирских пословних књига (2), дечанских дневника руских калуђера пронађених у Хиландару (3), литературе и казивања известилаца. Зато је нужно поново прићи проучавању арбанашких војвода као заштитника српских манастира и цркава на Косову и у Метохији.

У време када познати историјски документи помињу арбанашке војводе као заштитнике српских храмова на Косову и Метохији (XVIII и XIX век) опште прилике за опстанак српског народа биле су несносне, озбиљно угрожене зулумима и терором. Људи су убијани наочиглед турских кадија (судија) и забита (жандарма). "На Србе су нападали зликовци као гусенице на воће". Арбанашке спахије нису давале пренос наполичарима, који су им силом обрађивали земљу. Српски сељаци су нагоњени да по десет година бесплатно раде на имањима арбанашких сељака. Српско становништво морало је да тражи дозволе од арбанашких сељака за удају својих кћери и сестара. Отимана су пољопривредна имања слободним српским сељацима и манастирима. Глобе су се плаћале приватним лицима, без икаквог суда. Само у једној дугој жалби султану Абдул Азису, шездесетих година XIX века, 68 села Пећке нахије, уз навођење имена и презимена арбанашких зулумћара и качака (одметника) и оштећених Срба, наводи се, између осталог, да су 54 Србина убијена или тешко рањена. Крађама, разбојништвом и глобама од српских сељака отето је 45.775 гроша (4). Опљачкано им је 489 коња, крава и волова, 1381 грло оваца и коза, 100 кошница пчела. Уграбљено им је 16 жена, разбијене 23 куће и однет сав намештај, отимана кафа, шећер, пиринач, вуна, сир, масло. Једна мајка је жива спаљена зато што је покушала да одбрани живот детета. Заробљавани су људи и жене да би се за њих узимао новчани откуп. У случају жалби турским властима следиле су нове глобе и од Турака и од Арбанаса, који су цепали царске фермане. Опљачкана добра су дељена са турским ефендијама (господа) и кадијама (5). Арбанаси су се наметали да постану властела над српским становништвом.

(1) Марк Краснићи, *Манастирске војводе у Косовско-метохијској области*. Гласник Музеја Косова и Метохије III Приштина, 1958, стр. 107-126.

(2) Главни протокол прихода и расхода манастира Високи Дечани од 1890-1896. године; Дневник касе манастира Пећке патријаршије у Пећи од 1914-1915. године. Деловодни протокол манастира Патријаршије у Пећи за 1906. годину. Журнал прихода и расхода манастира Патријаршије у Пећи за 1906. годину. Књига особља манастира Патријаршије у Пећи за 1908. годину.

(3) Димитрије Богдановић, *Исписи из Хиландарског архива "Дечански дневници руских калуђера"*, Хиландарски зборник 7, САНУ Хиландарски одбор, Београд 1989, стр. 199-253.

(4) Шездесет гроша био је један дукат.

(5) Хаџи Серафим Ристић, архимандрит Лавре Високих Дечана, *Плач Старе Србије*, Земун 1864, стр. 354-374.

У варошима је било слично стање. Арбанашки зулумћари су се наметали да деле приход трговаца и занатлија. Трговцима су силом затварали дућане док их оглобе. Спаљивани су им магацини и радње. У Пећи је српским трговцима запаљено робе у вредности од 100.000 гроша. У Призрену је запаљено 12 дућана, а у Приштини 90, са укупном штетом од 900.000 гроша (6).

Ни према српским богомољама није било обзира. Не обазирући се ни на какве кануне, богобојажљивост и бесу, част и углед, насилници су рушили незаштићене цркве. Црква у Белом Пољу код Пећи је похарана и из ње однето 40 ока воска, црквене књиге, 18 кандила од срме и 350 гроша. То је учинио Рам Жута из Истинића. Муса Мехмет из Истинића, Демир Јакуповић и Саит Арифов оскрнавили су свету трпезу цркве у селу Лукавац. У Истоку је разорена црква до темеља и све камење однето за грађење стаја. У селу Бело Поље код Истока Асан, Етем Хасан, Хаједар Махмут и Суљо Фетаховић раскопали су цркву, а грађевински материјал однели да себи граде куће и стаје. У Сиги разорена је црква и наређено српским сељацима да камен на леђима однесу ради грађења арнаутских стаја (7). Чак и за време Другог светског рата (1941-1945) срушене су капеле св. Николе код Призрена и св. Петке на Карагачу код Пећи. У Глоговцу су арбанашки добровољци спалили 109 српских кућа заједно са црквом (8).

Такве опште прилике на Косову и Метохији биле су до наших дана, са прекидом од 1919-1941, са великом жестином убистава, пљачке, паљевина, терора од 1941. до 1945. и оживљавањем терора од 1968. године.

У таквим приликама манастирске војводе чувају манастире. Овде нас интересује избор војвода, начин чувања богомоља, војводске привилегије и властелинство, извори средстава за финансирање заштите храмова и калуђера, наслеђивање властелинских привилегија, уцењивање свештенства, ко је стварно штитио старе богомоље и какав је удео арбанашких војвода у њиховом очувању.

I. ИЗБОР ВОЈВОДА

О избору манастирских војвода писао је Стојан Новаковић да Арбанаси у Ругови бирају између себе старешину, који треба да се брине о безбедности Пећке патријаршије. Њега зову црквеним војводом. Кога они изаберу, тога представљају игуману манастира и он је дужан да га прихвати (9). Из Дечанског дневника руских калуђера види се да је војводу постављало село на чијој се територији налази манастир, а да број војвода потврђује пећки паша (10). Основано се може тврдити да војводу поставља фис од којег постоји највећа опасност за манастир. Пећкој патријаршији представљао је највећу опасност фис

(6) Исто, стр. 372.

(7) Исто, стр. 360, 362. 367, 366, 370.

(8) Бранислав Божовић и Милорад Вавић, *Сурова времена на Косову и Метохији*, Београд 1991, стр. 20.

(9) Стојан Новаковић, *Црквени војводе*, "Годишњица Николе Чупића", кн. XI, Београд 1889, стр. 292.

(10) Д. Богдановић, *Исписи*, стр. 203-204.

Келменди из Ругове, па је и војвода био Руговац. Дечанском манастиру је претила опасност од фиса Гаши из Дечана, па је војвода из тог фиса. Манастиру Св. Јоаникија у Девичу претила је опасност од фиса Гаши из Ловуше (Лауша), па је и војвода био припадник фиса Гаши из тог села. То се може објаснити арбанашким обичајем бирања чувара бесе (алб. *dorzon*). Чувар бесе се бира између људи најспремнијих за извршење крвне освете. Њега треба припитомити да од осветника постане заштитник. Иначе, војвода ван подручја манастирског атара не би могао обуздавати непријатеље у манастирском атару.

Властелинске привилегије побуђивале су Арбанасе да се међусобно гложе и утркују ко ће бити црквени војвода. Бити манастирски војвода била је част и сласт. То је давало угледан положај у друштву, који се не би променио ни за положај ђаковачког кајмакама (11). Утркивања за војводство била су већа уколико је манастир био богатији, тамо где су ходочасници давали више прилога. У околини Дечана утркивали су се Шаље из Истинића са Гашима из Дечана. Победио је фис Гаши, тако што је откупио дечанске калуђере, који су били запали у дужничко ропство према арбанашкој властели из Челопека (12). Ни у самом фису Гаши у Дечанима није било племенске слоге око избора војвода, па су се нагодили да поделе привилегије тако што ће у Дечанском манастиру бити више војвода - по један из обе улице (13). Изгледа да ни са тиме нису били задовољни Гаши из Црнобрега код Дечана, па су у јуну 1905. године тражили од Шаћир - паше гусињског да смени војводу Рамуша, претећи да ће са 500 Арнаута ударити на манастир (14).

И у манастиру Девич било је трвења између фиса Бериша и фиса Гаши око "манастирског туторства" (15). Као и у Дечанима, однео је победу фис Гаши. Изгледа да само око избора војводе за манастир Пећка патријаршија није било гложења у Ругови. Цела Ругова припада фису Келменди, а братство Никћи је најјаче у фису.

Манастирима није било допуштено да сами бирају војводе, иако би то био ред по арбанашком обичају избора чувара бесе. Изгледа да је због тога било жалби турским властима, па су скадарски Мехмет - паша Беговић 1786. и Тахир - паша пећки 1779. строго осуђивали мешање фисова у избор манастирског војводе (16).

Можда је између војвода и манастира постојао уговор о заштити и привилегијама. Но о томе нема писаних трагова. Претпоставка се заснива на чињеници да је била фиксирана плата војводама, бакшиши и неке друге привилегије. Права и обавезе су се преносили традицијом. Манастири су имали више обавеза према војводама када су прилике биле опасније за храм и опстанак калуђера. Постепено, војводе су смањивале своје обавезе а повећавале своје привилегије.

Војводство се преносило наслеђивањем по обичајном реду. Обичајни наследни ред код Арбанаса на селу је хаотичан, па се зато овде не

(11) М. Краснићи, *Војводе*, стр. 111.
(12) Исти, стр. 125.
(13) Д. Богдановић, *Исписи*, стр. 203-204.
(14) Исти, стр. 254.
(15) М. Краснићи, *Војводе*, стр. 122.
(16) Иван Степанович Яастребов, *Старая Сербия и Албания*. Споменик СКА, Други разред 36, Београд 1904, стр. 108.

може прецизирати који је син преминулог војводе наслеђивао привилегију војводства. Највероватније, то је био предмет уговора међу већем мушкараца при деоби кућне заједнице. О новом војводи обавештевани су братственичко-племенска скупштина, турски паша и манастир. Из писма садашњег игумана манастира Високи Дечани Јустина (Тасића) од 1. октобра 1990. године (упућеног аутору) види се да је манастир 5. маја 1986. године добио обавештење од породице Руст Алије Демукаја из Дечана да су се укућани "у циљу настављања традиције, након смрти Али Љана, 17. марта 1986. године, сагласили да се за манастирског војводу предложи Хисен Али Демукај, старији син покојног Али Љана Демукаја, имајући у виду садашње могућности, околности и правила о избору војводе манастира Дечане (17). Према томе садашњи војвода је Хисен, његов претходник - отац Алија, пре Алије, како се у писму поменуте породице наводи, били су војводе Али Љан (унук Биљала Русте), затим Сали Руста, Биљал Руста и Руст Алија. У поменутом писму манастиру се "још једном ставља до знања да је још од друге половине XIX века кућа Руст Алије имала војводе, који су се старали о чувању и заштити манастира (18)". Марк Краснићи наставља генеалогију ове куће и даље од Руста: Алија - Демо - Ука - Исуф - Ибро - Хисен - Цаца - Коља (католик), али не тврди да су они били манастирски војводе (19). Према томе, војводство Демукаја у Дечанима изгледа да потиче од средине XIX века.

Ђорђе Микић, говорећи о чуварима Дечана, казује да су 1877 - 1878. године, када су приликом ослобођења Ниша и Куршумлије страдале неке тамошње џамије, Малисори хтели да сруше манастир Дечане да би се осветили Србима. Тадашњи манастирски чувар Руста Алија спречио је то делећи малисорским арбанашким првацима по оку-две кафе и манастирски новац у износу око 40 турских златних лира (20).

Душан Т. Батаковић помиње као војводе манастира Високи Дечани Рецу и Идриза, који су на дан 27. августа 1900. године успели да отерају арбанашке одметнике под вођством Цуљ Сокола из манастирске порте да не опљачкају ходочаснике (21). То су вероватно били мушкарци из војводских кућа или њихови рођаци, који су се називали војводама и дали бесу да ће чувати манастир и братију од напада Арнаута.

У Дечанским дневницима руских калуђера помиње се још војвода Рамуш (1903-1905) (22), а у Главном протоколу прихода и расхода манастира Високи Дечани за 1890-1896. годину и војводе Осман и Бећир, као и Садрија брат војводски (стр. 15-16). Помиње се још и подвојвода у Дечанима (23). Ко су они били, остаје неразјашњено.

Узлазна линија војвода Патријаршије у Пећи била би: садашњи војвода Рамо (рођен 1928), а његови преци: Каплан - Жујо - Весељ - Муђа

(17) Писмо дечанског игумана Јустина Тесића аутору од 1. октобра 1990. године.

(18) Писмо породице Руста Алије Демукаја из Дечана манастиру Високи Дечани од 5. маја 1986.

(19) Краснићи, *Војводе*, стр. 111.

(20) Ђорђе Микић, *Друштвене и економске прилике косовских Срба у XIX и почетком XX века*, САНУ, Београд, 1988, стр. 40-41.

(21) Душан Т. Батаковић, *Дечанско питање*, Београд, 1989, стр. 53.

(22) Д. Богдановић, *Исписи*, стр. 202 и даље.

(23) Исти, 202 и даље.

- Елез - Реџо - Пљаку (католик), сви рођени у Ругови. Њихов фис Келменди налази се широм Ругове, ближи рођаци у Алагиној Реци, Великом Штупељу и Краљану (24).

Према писању Краснићија, родослов војвода манастира Девича изгледа овако: Авдуљ стар 70 година (1958), његов отац Аљим, деда Ајет, прадеда Бехрам, сви из Лауше, села крај манастира (25). Епископ рашкопризренски Павле помиње девичког војводу Феха у време монахиње Евфимије, која је живела од 1815. до 1875. године (26). Никодим Савић помиње као војводе у Девичу Ајета и Сејдију (27). А у Девичком катастиху записано је 15. септембра 1776. године име Ибрахим војводе (28).

Арбанаси су чували и манастир Св. Марко Коришки код Призрена (29), као и манастир Горioч код Истока (30).

Манастир Св. Марко изнад села Корише био је дуго запустео, све до 1738. године, а онда је обновљен и пуних четрдесет година напредовао све до 1878. године, када је поново страдао. По обнављању, манастир је увећавао и свој негдашњи земљишни посед поновном куповином. Тако је само Сима Игуманов у времену после 1850. године купио за манастир преко 200 дулума њива, 100 дулума ливада, 400 дулума шуме, на што је манастир имао 18 признаница. Сима Игуманов је 1861. године уз цркву сазидао звоник. На трећини манастирске земље радили су Арбанаси који су чували и манастирску шуму, а Арбанас Саит Укић био је плаћени манастирски надзорник имања и шума. Данас манастир нема ни конака, ни воћњака ни шуме, ни ливада. Остала је само гола црквена зграда, коју скрнаве, обијају, руше иконостас са иконама и гроб Симе Игуманова уз црквени звоник - све дотрајава у мору чамотиње и туге (31).

И манастир Горioч, дечански метох, на Белој стени више варошице Исток, имао је своје чуваре. Тако је Рам Алија Арбанас Источанин био чувар манастира Горioча, а камбер Смаиљ Бљакај, такође Источанин, био је чувар српских кућа у селу Истоку. За та чувања њима је свака српска кућа морала годишње да плаћа златну турску лиру. Марта 1903. године Камбер Смаиљ Бљакај и Кеђа Бајра са дружином напали су и опљачкали манастир Горioч. Чувари су се међусобно посвађали јер нису могли да се договоре о деоби прихода који су добијали за чување цркве и манастира, па Рама убије Камбера на Каменом мосту у селу. Камберов брат Имер Смаиљ није смео да крвну освету по арбанашком обичајном закону Леке Дукађинија изврши на убици свога брата, него убије монаха и старешину манастира Горioча, Аџи Руфима

(24) Краснићи, *Војводе*, стр. 117.

(25) Исти, стр. 121.

(26) Епископ Рашкопризренски Павле, *Девич, манастир светог Јоаникија девичког*, Београд 1988, стр. 29, 31.

(27) Никодим Савић, *У манастир Девич, путописна писма*, "Голуб", год. VI Сомбор 1884, стр. 9, стр. 138.

(28) Глиша Елезовић, *Речник косовско-метохијског дијалекта*, Београд 1932, стр. 84.

(29) Јастребов, наведено дело, стр. 108.

(30) Тихомир Ђорђевић, *Наш народни живот*, кн. VI, Београд 1932, стр. 59.

(31) Ђ. Микић, наведено дело стр. 53; Задужбине Косова, Призрен - Београд 1987, стр. 462-463.

(на путу када је ишао да обави обред крштења у суседно српско село Синаје), под оптужбом да је монах завадио чуваре (32).

Црква у Белом Пољу код Пећи имала је војводе ("белопољски војводе") (33). Где год је било Арбанаса, требало је чувати цркве и манастире. Нокићи из села Доњи Тврдошевац у Рашком Подгору чували су Сопоћане. Ахмет Хоџић је чувао пећанску цркву у штавичком селу Паљево. Елез Елезовић и Авдул Барић, оба из села Рибарића на Ибру, чували су пећански манастир Св. Петра Коришког у Црној Ријеци. Кућа Исе Бољетинца штитила је цркву Св. Врача у Врачевима, на левој обали Ибра и манастир Соколицу код Косовске Митровице. Чуване су и цркве у околини Призрена (34).

II. ЧУВАЊЕ БОГОМОЉА

У немањићкој држави богомоље су чували властела и свештенство. У књизи Задужбине Косова наводи се албанско - српско село Зрзе код Ораховца на левој страни Белог Дрима, поред пруге Метохија - Призрен. То село помиње се у Дечанској повељи (1330) као село Зерзево, које је држао еклисијарх Василије Леонидовић. Нешто касније потврдио га је краљ Душан заједно са протопопом Прохором, који је био дужан да са људима из Зерзева буде први "кастрофилак" или "страж граду", што је касније прешло у традицију војвода манастира Дечани. У Душановој повељи о томе стоји: "и протопоп Прохор (са) своим селом Зерзевом да бљуде (чува, пази) град црковниј" манастир Дечане (35).

Касније су манастире чували војводе. За време прве турске владавине, војвода је био хришћанин који је уживао поверење турских власти и коме је била поверена управа једног града, поред градског диздара или једне покрајине: *EFLAK VOJVODOS, KAZIKLI VOJVODA*. Доцније се тако звао турски срески начелник. У Скопљу се и данас сачувао назив две махале: Синан војвода и Исмаил војвода још из XVI века (36).

За време петвековног турског ропства главна заштита православних богомоља на Косову и Метохији долазила је од турске војске и српског народа. Марк Краснићи с правом констатује да постоје многе наредбе султана, везира, паша и других великих везира, којима се наређује да се манастирима не чине никаква насиља. Тако је султан Сулејман (1529-1566) ферманом наредио да спахија Топли-оглу не дира у Дечански манастир. Султан Мехмед III издао је ферман 1600. године на име метохијског бега и ђаковачког кадије, којим налаже да праведно пресуде спор сељака Истинића са Дечанским манастиром, чији су читлуци били запоседнути (37).

Турска војска и полиција чувају манастир Високи Дечани све до свог повлачења 1912. године. Половином XIX века турску војску у мана-

(32) Задужбине Косова стр. 450; Милорад Радуновић, *Остала је реч*, Београд, СКЗ, 1988, стр. 118.

(33) Главни протокол прихода и расхода манастира Високих Дечана, стр. 26.

(34) М. Краснићи, *Војводе*, стр. 124-126.

(35) Задужбине Косова, стр. 448-449.

(36) Гл. Елезовић, Речник, стр. 84.

(37) М. Краснићи, *Војводе*, стр. 110.

стиру Дечане снабдевао је храном Лазар Станковић, коме су због тога Арбанаси отели оба вола из јарма и жену (38). У току арбанашких немира 1904-1905. године у манастиру је било од 30 до 600 турских војника. Око манастирских зидина била је постављена турска војна стража на три места. После убиства калуђера Висариона (1903. године) била је постављена турска стража и на капији и одузимала оружје од сваког посетиоца дечанског манастира (39). Султан Абдул Хамид је био дозволио да се 1907. године обнове темељи манастира у Дечанима (40). Калуђери су се од Арбанаса и сами бранили оружјем. Дечански јермонах Гаврило Дожић, пореклом из Црне Горе, имао је нож и револвер, које је изгледа држао уза се и за време богослужења у храму (41).

Према саопштењу Славка Хаџиристића, пензионера из Пећи, рођеног 1909, манастир Патријаршију у Пећи чувала је турска војска све до доласка црногорске војске. Године 1904. Арбанаси су ранили једног турског жандарма-хришћанина који је чувао Патријаршију у Пећи (42).

Манастир Девич је рушен више пута јер је био удаљен од турских гарнизона. Срушен је после велике сеобе Срба под Арсенијем III Чарнојевићем 1690. године (43).

За време црногорске управе 1912-1915. године манастире је чувала црногорска војска. Од 1916. до 1918, према казивању Славка Хаџиристића, Патријаршију у Пећи и манастир у Дечанима чувала је аустроугарска војска без помоћи икаквих војвода. Писар у мојој адвокатској канцеларији Емин Госка из Пећи (70 година) причао ми је, почетком шездесетих година, да је аустријска војска била завела такву строгост за Арбанасе да су била пуна вешала испред Шеремет куле у Пећи. "Ујутру је судио првостепени војни суд, по подне потврђивао другостепени, а о акшаму - вешала". Адвокат Милош Зоњић из Пећи ми је показивао фотографију која га приказује како му аустријски официр предаје кључеве Високих Дечана 1918. Додуше и Аустријанци су разорили манастир Девич, отерали мноштво стоке, сав намештај, а материјал неких зграда употребили за подизање својих зграда у Гор. Клини (44).

Између 1918. и 1941. године манастире је чувала власт Краљевине Југославије, без великог напрезања и помоћи војвода.

Од 1941. до 1944. године манастире су чувале окупационе снаге Италијана и Немаца. Греши Марк Краснићи кад приписује спаљивање манастира Девич италијанској војсци 1941. године (45). Он је поклонио сувише вере известиоцима из околине Девича, који прикривају своје саучешће у рушењу манастира. Ствар је боље позната епископу рашко-призренском Павлу, који пише: "У Другом светском рату, 1941. године, манастир је од шовинистички настројених Албанаца из околине разо-

(38) Хаџи Серафим Ристић, *Плач Старе Србије*, стр. 365.

(39) Д. Богдановић, *Исписи*, стр. 214-220, 231-241.

(40) Милија Шћепановић, *Дечане између Арбанаса и католика*, Ревија Свет, од 2. до 16. октобра 1990, Београд, стр. 78.

(41) Д. Богдановић, *Исписи*, стр. 232.

(42) Исто, стр. 237.

(43) Снежана Милошевић, *Манастир Девич на Косову*, Политикин Свет, Београд, новембар 1986, стр. 20.

(44) Епископ Павле, *Девич*, стр. 17.

(45) М. Краснићи, *Војводе*, стр. 122.

рен до темеља. Игуман Дамаскин Бошковић је убијен. Пошто су опљачкали све што је било у манастиру, нанели су топовску муницију бивше југословенске војске, запалили ју и тако насталом експлозијом разорили цркву и конаке, а материјал разнели. Срушена је и капелица над извором Св. Јоаникија (46)". И према казивању Славка Хаџиристића италијанска војска је чувала манастире. После капитулације Краљевине Југославије 1941. године покушала се створити велика Албанија. Председник албанске владе Мустафа Круја је 1943. године рекао како је требало уништити Дечане, Грачаницу и друга знамења српског народа (47). Дејан Медаковић преноси саопштење дечанског архимандрита Теодосија: "Ми сами а опасани стотинама наоружаних људи. Некако смо дојавили Италијанима у Пећи и они су дошли да нас спасу. Иначе би манастир био срушен (48)". После капитулације Италије (1943), Бајазит Бољетини је 1944. године "са својом гардом као оркан долетео и наредио калуђерима да изиђу јер намерава да га спали" - пише М. Шћепановић (49). А Медаковић наставља казивање дечанског архимандрита: "После капитулације Италије све се понови, а онда су помогли Немци. Један монах, отац Макарије обрија браду, обуче се по шиптарски и отрча у Пећ да дозове помоћ" (50).

Уочи Другог светског рата, 1939. године, у манастиру Пећка патријаршија изгорео је стари конак из XVI или XVII века, са кухињом, трпезаријом и пекаром (51). После Другог светског рата манастире чува јавна власт, али је Дечанима и Патријаршији подметнуто више пожара. У Дечанима је 26. јануара 1949. године изгорела готово половина свих конака - цео тзв. "Призренски конак" из XIX века и Савина трпезарија (XIV век), која је реконструисана 1967. године, где је сада смештена ризница (52). После 1945. године изгорео је и остатак старог конака - североисточни део са подрумом у манастиру Патријаршија. Ноћу између 15. и 16. марта 1980. године спаљен је и главни манастирски конак, тзв. "турски конак" да би се монахиње иселиле и да би манастир за кратко време скоро запустео. Конак је убрзо обновљен.

Уочавајући заинтересованост Срба, свештенства и турских власти за чување цркава и манастира, арбанашки фисови су прагматично схватили да се на том послу може профитирати. Зато су на једној страни угрожавали Србе, свештенство и богомоље, а на другој се наметали да их чувају. Тако се код њих зачело занимање за чување цркава и манастира, занимање које није ново већ потиче још из Немањићке државе. Занимање за чување богомоља било је раширено за време цара Стефана Душана. Његов Законик наређује: "Властеоски људи, који седе по цр-

(46) Епископ Павле, *Девич*, стр. 17.

(47) Б. Божовић - М. Вавић, *Сурова времена*, стр. 204.

(48) Дејан Медаковић, *Незнани јунаци српске духовности*, Политика (дневни лист), Београд 15. септембар 1990, стр. 16.

(49) М. Шћепановић, наведени рад, стр. 78.

(50) Д. Медаковић, *Незнани јунаци*, стр. 16.

(51) Бранислав Вуловић, *Стари конак у комплексу зграда манастира Пећке патријаршије*, Зборник заштите споменика културе, књ. XX, свеска 1, Београд 1952, стр. 119-120.

(52) Слободан Ненадовић, *Трпезарија манастира Дечана*, Проблеми заштите и егзистенције споменика културе на Косову и Метохији, Приштина - Београд, 1968, стр. 71-72.

квеним селима и катунима, да пође сваки своме господару (53)". Сем тога, у својој хрисовуљи датој манастиру Светих Арханђела код Призрена, цар Стефан Душан одређује неколико села, која су дужна да чувају манастир како буде наредио игуман и да буду пратиоци игумана на путу (54). Отуда се може основано тврдити да је још у XIV веку било познато занимање чување манастира од стране властеле. Законик цара Стефана Душана био је кратког века, па је вероватно властела, и после турске окупације, настављала да, уз привилегије, чува манстире. Великом сеобом Срба у XVII и XVIII веку то занимање преузима, уз накнаду, арбанашка сеоска властела и властеличићи. Она се легитимише као велики чувар цркава и манастира, "велики дорзон" (алб. *dorë* - рука, *zënë* - ухваћен), али не гледа на богомоље као на религиозне објекте и културно-историјске споменике, већ као на објекте којима верници дају прилоге: да верници доносе а властела односи. Да дође до тих привилегија, властела подстрекава фисове да прете, уцењују, застрашују, руше и убијају. Карактеристично је да то чини властела која припада ортодоксном исламу. Шиити подижу своје приватне текије у којима убирају новац и друге прилоге од својих дервиша.

Православно свештенство било је принуђено да прихвати заштиту арбанашке властеле. То су саветовале турске власти, а захтевали фисови на чијој су територији биле богомоље. Арбанашки фисови сматрали су богомоље својима, тј. својим власништвом. Као што је код Албанаца жена "њива која рађа децу", тако су и богомоље зграде које "доносе паре".

Дужности црквених војвода нису биле тешке. Као што господар куће само чува кућу и фамилију, тако и војвода треба да чува храм и свештенство, да мотри над посетиоцима шта ће донети. Тај његов посао је симболичан. Само присуство наоружаног војводе уливало је страх свима, иза њега је стајао његов фис. Друга дужност војводе била је да прати калуђере кад излазе из манастира. То је била значајна дужност, јер су у турско време путеви били затворени од пљачкаша, разбојника и убица. Праћен од стране војводе, калуђер се осећао безбедно зато што га Арбанаси нису смели напасти јер би се сукобили са војводиним фисом. И та функција војводе била је симболична. Али не треба губити из вида да формализам и симболика имају одлучујући значај у албанским обичајима. Позивајући се на Татомира П. Вукановића, М. Красниħи пише да су манастирске војводе имали и трећу дужност - да обилазе манастирска поља и стада, што су наводно радили војводе манастира Девич (55). Ходочасници су имали своје арбанашке пратиоце (56).

III. ПРИВИЛЕГИЈЕ ВОЈВОДА

Арбанашке војводе називале су своје привилегије *hak*, што на арапском језику значи: оно што је право, што је пристојно; плата, намет,

(53) Никола Радојчић, *Законик цара Стефана Душана*, САНУ, Београд 1960, пар. 22.
(54) Ст. Новаковић, наведено дело, стр. 281.
(55) М. Красниħи, *Војводе*, стр. 121.
(56) Н. Савић, наведени рад, стр. 7-9.

порез (57). Хак је код манастира представљао намет. Арбанашке војводе, обично из јаких племенских кућа, племенски прваци, настојали су да у феудалном друштву стекну легална права над приходима манастира и других православних богомоља. Зато су се наметали тобожњом оружаном службом као чувари богомоља од својих једноплеменика више него од иноплеменика и заузврат наплаћивали свој намет.

Пушке су давали манастири. То се види из Дечанских дневника руских калуђера. Они пишу да је неки Арбанас заробио неку Црногорку, хтео да је преведе у ислам и њоме се ожени. Уз помоћ турских власти дошло је до споразума са отмичарем да дечански манастир откупи заробљеницу. Немајући довољно новца, манастир је 17. августа 1904. године заложио војводску пушку (58). Да је пушка била војводина својина, манастир је не би могао заложити. То што је војводска пушка била манастирска својина је веома важно. По албанским обичајима, власник пушке сноси сваку одговорност за последицу која настане њеном употребом. То значи да је манастир плаћао крвне дугове у које би запао војвода који употреби манастирску пушку. А та крвнина није била мала: 12 кеса старих пара или 48 златних турских лира. То каже и игуман дечански Макарије, крајем шездесетих година: манастир је морао плаћати све крвне дугове за лица убијена на његовом земљишту.

Војвода је путовао на коњу који је припадао манастиру и кога је манастир хранио и опремао. Дечански момак прекорева игумана: "Лако је војводи он је увек на коњу као господин, за њега је коњ увек спреман (59)". Девички војвода је пратио на манастирском коњу калуђере кад су сакупљали милостињу по селима, кад су ишли у "писанија" (60). У Девичком катастиху забележено је 15. септембра 1776. да је калуђер дао војводи *hak* (намет) и *japandžu*, тј. покровац од кострети за коње и волове (61).

Војводин момак је био из војводске куће. Њега је плаћао манастир по 4 мецидије (турски сребрњак) месечно да слуша војводу. Он је био неопходан. Војвода Рамуш каже: "Даша (војводин момак - примедба М. Ђ.) свуда треба да иде а ми само са домаћином и калуђерима, зато он треба да буде овде". Понекад је и војводин момак имао манастирског коња, без чега није хтео никуд изван манастира (62). Војводиног момка хранио је манастир.

Војвода је био смештен уз манастирску капију. То има своје симболично значење: у манастир не може нико без његове дозволе, као што у арбанашку кућу нико не може ући без дозволе господара куће. Смештај поред капије био је потребан и ради евентуалног одбоја.

Исхрана војвода је бесплатна, било да су у манастиру или на путу. Дајући им "хлеб", свештенство је рачунало на албанску симболику стварања солидарности помоћу хране. Али војводе нису увек гледале тако. Они су доводили и људе ради исхране у манастирима. М. Шћепановић цитира текст јеромонаха Гедеона Јосифа Јуришића: "Арнаути

(57) Милан Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд 1954, стр. 1032.
(58) Д. Богдановић, *Исписи*, стр. 240-241.
(59) Исто, стр. 203.
(60) М. Краснићи, *Војводе*, стр. 121.
(61) Гл. Елезовић, *Речник*, стр. 457.
(62) Д. Богдановић, *Исписи*, стр. 203-204.

сваки дан, особито увече, по десет, двадесет а некад и по педесет насилно доћу, насилно јело и пиће захтевају, једу, пију, певају, кад кад што насилно пљачкају, а ако им се кад неучини, то они заинат упале сено или ограду, а више пута покоје манастирско зданије (63)". Војвода дечански је наређивао руским калуђерима да спреме бесплатан ручак за онолико људи колико он доведе. Једном приликом војвода је наредио спремање ручка за осам људи (64). Други пут, кад ни калуђери нису јели, загрмео је: "Ви спремате хлеб за себе а нама не дате". Тада је био спреман да изудара пекара (65). У манастиру Горioч код Истока Сали Мусић, Тахир Демир и Исљам Шаља нагонили су духовника Аћима да им мора чинити свако задовољство (66). Манастир Патријаршија у Пећи, на врху Песка (67), чува пекару у којој је све до 1945. године спреман хлеб и дељен Руговцима, бесплатно. Тиме се хтела постићи њихова наклоност да не дирају у манастир. Слично је било и са преноћиштем. Дечански војвода Рамуш је 1903. године тражио велики број постеља за своје Арбанасе, а када их није било, морали су му се дати кључеви од конака да сам пронађе постеље ако их има (68). Према казивању игумана Макарија, дечански конаци понекад су претварани у арбанашке болнице за рањенике у међуплеменским ратовима; рањеници су бесплатно смештани, храњени, а ране им чишћене лозовом ракијом.

Са војвода су скинути опанци и замењени кондурама (дубоке ципеле) и јеменијама (меке плитке ципеле), даривано им је кече и пар веша. То се чинило о муслиманском празнику бајраму. Тада су им давани бакшиши. То нису били дарови који су зависили од воље дародаваца, већ привилегије војвода, њиховог фиса и силеџија. Руски калуђери бележе да је дечанским војводама дато из манастирског економата за бајрам 1903, по једна ока кафе, ока шећера, ока пиринча и 15 ока пшеничног брашна, те по један пар лаких ципела - јеменија. Војводе нису биле задовољне већ су тражиле и по један пар гаћа и кошуља (69). У Главном протоколу прихода и расхода манастира Високи Дечани за 1890-1896. годину пише "куписмо три пара кондура ћацима и војводи", "за бајрам куписмо јеменије за војводу Руста и Османа" (70). У Девичу су им давали још веш и кече (71).

Војводе су наплатиле од дечанског манастира и бајрамске бакшише за своје сеоске поглавице: оку кафе и три оке шећера "да сви Арнаути и војводе славе свој бајрам" (72). Али војводе су изгледа то утајиле, па се убрзо јављају три Арбанаса за бајрамски бакшиш, те им калуђери дају 81 грош, нашто Арбанаси реагују: "Нека калуђер живи с нама и нека

(63) М. Шћепановић, наведени рад, стр.79.

(64) Д. Богдановић, *Исписи*, стр. 205.

(65) Исто, стр. 204.

(66) Хаџи Серафим Ристић, *Плач Старе Србије*, стр. 361.

(67) ПЕСАК је стари српски назив за средишњи део главне улице у Пећи, на левој обали Бистрице.

(68) Д. Богдановић, *Исписи*, стр. 204.

(69) Исто, стр. 205.

(70) Главни протокол прихода и расхода манастира Дечана 1890-1896, стр. 7, 20, 13, 16, 55, 56, 15, 11, 68, 71.

(71) М. Краснићи, *Војводе*, стр. 121.

(72) Д. Богдановић, *Исписи*, стр. 205.

нам све даје... Док смо под турским царем брзо можемо с њиме да се обрачунамо... Ми тражимо своје јер црква је наша". Тог дана и Сулејман ага из Батуше тражи за бајрамски бакшиш пет ока ракије. Војвода наређује да му се изда, јер је то велики разбојник који се може и у манастир уселити. "Овде се не зна за стид већ за метак у чело или што још горе (73)".

Бакшишима се називају и дневнице плаћене за праћење калуђера. Дневница је износила 3 гроша. Војвода Пећке патријаршије Жујо "буљукбаша" добио је из касе манастира у Дечанима три гроша бакшиша зато што је провео ђаке призренске богословије од Патријаршије до Дечана, а Бијал војвода дечански исто толико што их је одвео из Дечана у Пећ (74). Војводи Жују Никћи плаћено је 12,5 гроша за провођење калуђера од Пећи до манастирског поседа у селу Будисавце, а 1,32 гроша што је извео калуђера из манастирских зидина у пећку чаршију (75). Војводе Девича добијале су бакшише по повратку калуђера са "писанија" (76).

Понекад су калуђери поверавали своју пратњу другим Арбанасима. Ти пратиоци звали су се дорације (алб. dorë - рука: турски суфикс xhija). Дорација Кољ Гега је наплатио 11 гроша што је пратио Руфима из Дечана у Пећ за аргате, за праћење руфима и архимандрита у Призрен 34, 10 гроша, за провођење Висариона месец дана 80 гроша, а за праћење Ђерасима од Дечана до Велике Хоче 23 гроша (77). Манастир Високи Дечани имао је и своје сталне "дорације" на имањима у северној Албанији. У Главном протоколу прихода и расхода манастира Велики Дечани пише: "Дадосмо Алези дорацији 4,20 гроша (стр. 9), дадосмо Алези Адбулаовоме дорацији из Трнопоља годишњу плату од 25 гроша" (стр. 15). Као стални дорације помињу се Али Мацуљи из Симче са годишњом платом од 25 гроша (стр. 13), Јаја Зекин из Барде са годишњом платом од 15 гроша (стр. 15), Бардо Алић са годишњом платом од 25 гроша (стр. 15), Али Бајрам из Барде са годишњом платом од 15 гроша (стр. 124), Шути Алија из Барде са годишњом платом од 15 гроша (стр. 15). Све је то била ситна властела која је имала привилегије од манастира.

Годишње плате војвода биле су њихова главна привилегија. Оне су биле велике. Марк Краснићи наводи да су војводе примале плате, али да је то било од споредног значаја (78). Епископ Павле наводи да су манастири Високи Дечани и Пећка патријаршија редовно плаћали војводама, док за Девич то не тврди (79). Девич је био сиромашан манастир па зато можда и није могао увек исплаћивати плате војводама, те је често напуштан и разаран.

Војводе у Дечанима имале су за оно време баснословну плату. Из Главног протокола манастира Високи Дечани за 1890 - 1896. годину види се да је за период од 1. септембра 1890. до 30 августа 1891. манастир

(73) Исто, стр. 207-208.
(74) Главни протокол, стр. 65-67.
(75) Журнал манастира Патријаршије за 1906, стр. 13.
(76) М. Краснићи, *Војводе*, стр. 122.
(77) Главни протокол, стр. 65-67, 124-129.
(78) М. Краснићи, *Војводе*, стр. 126.
(79) Епископ Павле, *Девич*, стр. 31.

плаћао три војводе, да је војводи Русти исплаћена годишња плата 1.499 гроша, војводи Осману 1.440 гроша, а војводи Бећиру 543 гроша. То чини укупну суму од 3.482 гроша (близу 60 дуката или 60 оваца са јагањцима). Поред њих се помиње и син војводе Руста Бијал и Садрија, брат војводе Руста, чије се плате нису могле утврдити (80).

Војвода Жујо Никћи био је уведен у књигу особља манастира Пећке патријаршије са месечном платом од 150 гроша (81), а за време црногорске управе примао је на име плате 30 перпера (82).

Манастир Девич чували су два војводе - Ајет и Сејдија. Ако је веровати известиоцима Т. Вукановића, на које се ослања М. Красниħи, за њихове плате требало је обезбедити најмање 80 гроша месечно (83). Но, ваља увек имати у виду арбанашки обичај претстављања да нису важне привилегије већ чување бесе. Зато су арбанашки подаци о Девичу несигурни. Једна надница је у турско време плаћана три гроша. Пошто је Девич у исто време имао два војводе и пошто је Пећки манастир плаћао војводу по 150 гроша месечно, плате девичких војвода морале су бити веће.

Ваља увек имати у виду да је у турско време сваки грош био драгоцен. То је средњи век, доба турског војног феудализма и оскудице у новцу. А војводама се морало платити стриктно у року. Од плаћања у року и у новцу зависио је опстанак храмова и калуђера. Ако се не плати у року војводи као великом "дорзону", по арбанашким обичајима, запада се у дужничко ропство. Поверилац може са инсолвентним дужником радити шта хоће, чак га и убити (84). Свештенство и монаштво је знало за тај арбанашки обичај, па се по читавом православном свету сналазило да нађе новац за плаћање војвода. Оно се свим снагама трудило да храмови не западну у својину њихових арбанашких чувара, који би их опљачкали, настанили се у њима или их опустили, што се десило сиромашном али велелепном манастиру Светих Арханђела код Призрена, који је прво запустео, затим порушен између 1542. и 1615. године па је од његова камена сагрђена џамија Синан - паше из Љума (85). Да се то не би десило и манастиру Високи Дечани, давани су у залогу сакрални предмети (златни крст цара Стефана Душана и неки други златни крстови) само да се набави новац за плаћање чувања храма. То је чинио дечански игуман Хаџи Данило (1708-1820) (86).

Просјачење је у средњем веку било једно од занимања. Монаси су просили по читавом православном свету, до Русије и Јерусалима (87). Међу Србима који су гравитирали манастиру вршени су "записи", тј. писмено обавезивање колико ће новца који верник да приложи храму када дође на ходочашће (сабор) у манастир. Око новца који су носили

(80) Главни протокол, стр. 15-59.

(81) Књига особља манастира Патријаршије у Пећи, стр. 53.

(82) Дневник касе манастира Патријаршије за 1914-1915, стр. 15-16.

(83) М. Красниħи, *Војводе*, стр. 121.

(84) Милутин Р. Ђуричић, *Механизам ропства у арбанашкој беси*, Анали Правног факултета, Београд, 1990, 1/2, стр. 65-70.

(85) Лазар Трифуновић, *Свети Арханђели*, Задужбине Косова, стр. 161.

(86) М. Красниħи, *Војводе*, стр. 113.

(87) Исто, стр. 112, 113; М. Шћепановић, наведени рад, стр. 79.

ходочасници манастиру Високи Дечани, Арбанаси су се међусобно убијали да га опљачкају (88).

Кад свештенство не би платило хак, Арбанаси су га силом наплаћивали. Јастребов је нашао у протоколима манастира Високи Дечани да је од игумана 1846. и 1847. године на силу узето 1576 гроша у готовом новцу, а од 1850. до 1866. године сличних издатака у расходу било је у суми од 18.798 гроша, док је 1866. године манастир оштећен са 30.000 гроша у готовом новцу због грађења зида којим је хтео да се брани од Арбанаса. Ту треба још додати исхрану гомиле судија, чиновника и Арнаута у парници око убиства манастирског радника на обнови зида око цркве (89).

Да би сачували своје привилегије, арбанашке војводе су застрашивале и уцењивале монахе. Важио је принцип: држати свештенство увек у страху да плаћа арбанашку заштиту. То нису чиниле војводе непосредно, већ посредством других лица из свога фиса или других фисова. То су била у ствари смишљена и организована тајна вероломства (слично рим. *mala fides*) (90). Уцене и застрашивања састојала су се у претњи разарањем храмова, убиствима калуђера и манастирских радника, имовинским штетама. Монаси су постојали ради војвода, а не војводе ради чувања монаха.

Најчешће се пуцало из пушака на манастир и његову околину (91). У јулу 1904. године 11 Арбанаса пуцало је на манастир Дечане, претећи да ће ући у манастир (92). Други пут су пуцали код манастира поред Дечанске Бистрице (93). Једном је калуђерима подметнут куршум на капији, што по албанским обичајима симболизује претњу да ће неко погинути (94). У марту 1905. године фисовски поглавица Љуш, претећи игуману злом, изнудио је 12 мецидија (95). Војводе су дозвољавале да Шаље из Истинића секу кестенова стабла у околини Дечанског манастира (96). Војводин фис из Црнобрега поломио је брану на Дечанској Бистрици да омете наводњавање манастирских ливада. Од манастира је отето 140 коза, украдена крава, отет коњ од слуге; упадало се у манастир ради изнуђавања новца (97). У јануару 1904. убијен је манастирски радник. У фебруару 1904. године фис је најавио долазак 3000 Арбанаса из Ђаковице да упадну у манастир и побију све монахе (98). Године 1865. војводе нису дозвољавале манастиру да му радник поправи оградни зид. Намигнуто је фису и убијен је зидар (99). На Бадњи дан 1904. пуцано је на монаха Јелисеја (100). Још на путу, у Ђаковици, руском калуђеру

(88) М. Краснићи, *Војводе*, стр. 112-113.

(89) И. С. Јастребов, *Манастир Дечани*, Братство, Друштво светога Саве, књ. 22, XII и XIII Београд 1908, стр. 190-191.

(90) М. Ђуричић, *Вероломство у обичајима Албанаца*, Анали Правног факултета, Београд, 1990, 6, стр. 753-761.

(91) Д. Богдановић, *Исписи*, стр. 223, 224.

(92) Исто, стр. 223.

(93) Исто, стр. 221.

(94) Исто, стр. 253.

(95) Исто, стр. 241.

(96) Исто, стр. 228, 246.

(97) Исто, стр. 234, 225, 237, 254.

(98) Исто, стр. 234.

(99) Јастребов, *Стара Србија*, стр. 29-33.

(100) Д. Богдановић, *Исписи*, стр. 206, 216, 239.

Арсенију саопштено је да неће остати жив у Дечанима, а војвода Рамуш му је претио да би више волео да убије њега него каквог цара (101). Можда руски калуђери не би ни остали живи да није било више интервенција руских конзула из Призрена и Косовске Митровице код турских власти, па су турске власти појачале стражу и у манастирском дворишту. Арсеније не крије да је "видео велики страх од Арнаута", па је ради охрабрења у Дечане долазио и руски вицеконзул Тухалка (102).

Ради очувања привилегија и застрашивања није се презало ни од убиства калуђера. Епископ Павле пише, позивајући се на руског писца Александра Гиљфердинга, да је девички игуман Пајсије стрељан од Арбанаса из оближњег села и да су убице остале некажњене. Нису кажњене ни убице другог девичког игумана Дамаскина Бошковића, после чије смрти су се монаси разбежали а црква разорена (103). На Бадњи дан 1903. године у Дечанима је убијен јеромонах Висарион, и то после неколико претходних покушаја његовог убиства. Над монахом из Дечана Теофилом покушано је убиство кад је био код чифчија (104).

Да су то биле све уцене ради очувања привилегија, доказ је обичајно право Арбанаса. Војводе, као чувари бесе, имали су могућности да све изложене преступе према манастирима и калуђерима извиде и казне по обичајима. Они су сочењем могли да дознају ко је делинквент на штету манастира и да га гоне. Код чувања бесе арбанашка пословица гласи: своје могу опростити али туђе не могу поклонити. Међутим, војводе су поклањале манастирске штете зато што су их саме смишљале и припремале. Дечанске војводе су у свом братству у Дечанима имале и обичајну судницу - кућа Мухамед Љана, која још постоји. Они нису гонили злочинце ни по обичајима ни по турским законима. Напротив, делинквенте су прикривали од турских власти. У турском државном апарату било је Арбанаса који нису хтели ни да трагају за манастирским штеточинама. Из Дечанских дневника руских калуђера види се да је војвода, само једном ноћу, заједно са турском војском, пуцао на нападаче који су већ били побегли у густу шуму (105).

Истини за вољу, привилегија се понекад мора бранити и од других фисова. М. Краснићи пише да је војвода Муђ Елез из војводске куће Никћи у Ругови "погинуо од непријатеља Патријаршије" (106). Тиме није речено и у њеној одбрани. Уосталом, још нема сигурног податка да је неки војвода погинуо у одбрани манастира или калуђера. Војводе су гинуле, у међусобним размирицама међу Арбанасима, најчешће због жена и крвне освете.

Манастирске војводе као "богови" манастирских кућа употребљавале су обичајна средства да дисциплинују свештенство. Они су одређивали кућни притвор калуђерима. Руски калуђери бележе како их је дисциплиновао војвода Рамуш у Дечанима. Принудио их је да месецдва дана седе у манастиру са затвореном капијом (107). Чак је и војводин

(101) Исто, стр. 220.
(102) Исто, стр. 217, 256.
(103) Епископ Павле, *Девич*, стр. 12, 15, 17.
(104) Д. Богдановић, *Исписи*, стр. 242.
(105) Исто, стр. 237.
(106) М. Краснићи, *Војводе*, стр. 118.
(107) Д. Богдановић, *Исписи*, стр. 217.

момак могао да запрети калуђерима кућним притвором. Момак Даша, брат војводе Рамуша, који се самозвано наметнуо да буде у манастиру, тражио је 1903. године унапред плату за 6 месеци, а када су калуђери то одбијали запретио: "Ако ја изиђем из манастира, нико не сме изиђи ни до киселе воде, ни од братије ни од слугу". После такве претње манастир му је морао платити, по војводином наређењу, 6 меџидија (108).

Српски калуђери су се већ били привикли на такво понашање војвода. Руским калуђерима Арсенију и Дионисију, који су, на позив митрополита рашко-призренског Нићифора, примили управу у манастиру Високи Дечани почетком 1903. године, војводе су биле необичне. Зато их они називају зверима ("Шта да се ради са зверима, дај им све, иначе се не може ништа учинити", "Аман, Господе, када ћемо се спасити од тих звери") (109).

*

* *

После 1945. године нису кидане све везе између војвода и манастира. Иако је престала сврха војводске заштите, није престајао интерес војвода за привилегије. Манастири су позивали војводе о верским празницима за "трпезе љубави". Давали су им и мање дарове.

Игуманија Пећке патријаршије Февронија (Божић) у свом писму аутору од 18. новембра 1991. године саопштава да је војвода Рамо Никћи узимао од манастира жито које није враћао, да је 1957. или 1958. године тражио од манастира Патријаршија позајмицу од тридесет милиона динара (вредност 30 трособних станова), што му манастир није могао исплатити, да је поново тражио жито, па покушавао да на манастирском имању у Брежанику насели свога брата Маља, да је долазио у посету манастиру кад и патријарх, да је у присуству власти изјављивао да би он боље чувао манастир него државна власт, а да је, после пљевине манастирског конака 1981. године, сасвим престао да посећује манастир. Тада је манастир преузела на чување милиција, а војвода Рамо је изгубио сваки интерес за манастир, јер је схватио да више нема изгледа да од манастира добија било какав "хак".

Игуман манастира Високи Дечани Јустин Тасић саопштава у писму од 1. октобра 1990. године да је о Ускрсу 1986. године дао новом војводи књигу и дарове, а у другом писму од 1. октобра 1991. године обавештава аутора да је војвода отказао заштиту под политичким утицајем Ибрахима Ругове и да је вратио манастиру књигу коју је добио на дар. Тако је прекинута и војводска заштита манастира Високи Дечани (110).

Манастир Девич је престао да похађа војвода још од 1945. године, зато што од разореног манастира није могао очекивати никакав хак.

Војводе знају за велике привилегије које су имали за време турско, али о њима не говоре. Калуђери знају да су им војводе помогле за време турско: "Боље да те једе један него да те поједу сви". Војводама се плаћало колико се морало, али установа војводства сачувала је манас-

(108) Исто, стр. 203.
(109) Исто, стр. 204-205.
(110) Писмо игумана манастира Високи Дечани аутору од 1. октобра 1991. године.

тире од фисовске гомиле. Војводе су пратиле калуђере у "писанија", где су свршавали и послови од националног интереса. Српска раја је давала прилоге за манастире у очекивању националног ослобођења. Зато се не може порицати корист коју су војводе учиниле богомољама.

Нема сумње да су војводе биле лакоме на богатство, "гладни као звери" и грабежљиви, да су биле и чувари и пљачкаши манастира, да су уцењивале калуђере и биле подстрекачи њихових убистава - све ради чувања привилегија. Али, прагматично гледано помогли су да неки културно-историјски споменици остану центри националног окупљања за време турско, да се сачувају до наших дана. Запамћене привилегије везују војводе за манастире. Те везе се кидају јачањем снага јавне безбедности. Оне би се поново успоставиле, ако би безбедност ослабила и ако би наступило осећање неизвесности.

Прагматична користољубивост, без верског фанатизма, без осећања за уметност, везивала је војводе за манастире. Када би Албанци били фанатици, православне богомоље би биле давно претворене у џамије. Поштујући дечанску светињу и понекад се молећи моштима Светога краља за оздрављење, војводе су пљачкале и угњетавале калуђере. Тешки услови живота калуђера захтевали су да Албанцима треба стално угађати и стално се откупљивати. Уз то су се калуђери стално бојали да не буду убијени.

Нада да се могу вратити стара времена феудалне анархије и насилне експлоатације, до наших дана везује војводе за манастире. Страх калуђера од несигурних времена и арбанашког племенског хаоса везивао је калуђере за војводе. И код једних и код других сазрева свест да је племенски хаос сузбила савремена држава и да ће га и даље спутавати.

Тако је до наших дана сачуван део старе културно-историјске сакралне баштине у православним богомољама на Косову и Метохији.

(Примљено 18. децембра 1992)

Dr. Milutin Đuričić,
Retired Practicing Lawyer, Peć

ALBANIAN VOIVODES OF SERBIAN MEDIEVAL MONASTERIES

Summary

In the Middle Ages Serbian churches and monasteries were not only shrines dedicated to prayer and religious service. They were also military meeting place and assembly place for enacting most important decisions concerning State and regions, including legislating. Thus, at the Skoplje Assembly in fourteenth century the Code of Tsar Stephan Dushan has been promulgated. Churches and monasteries were economic, educational, cultural and healt care institutions, too, namely places effecting control over the entire activity of population.

This is why they had to be protected since the moment of their building. If deserted, they were abandoned by the clergy, which meant disaster. Medieval Serbian rulers have appointed guardians to churches and monasteries. They were preserved even by Turkish occupational forces. Since the great migration of Serbs by the end of seventeenth and the beginning of eighteenth centuries, there began massive invasion of anarchic tribes from

the North-Albanian mountains. It became possible that churches and monasteries be deserted by monks in the Kosovo and Metohija region, as the Turkish military government was unable to protect them. After the advice of Turkish authorities, monasteries have sought a compromise with the leaders of Albanian tribes (*fis* - in Albanian language). There were agreements according to which Albanian voivodes became protector and guardinas of the monasteries. These voivodes were the subject of many romantic texts, and the motives for such writing were of various origin. The present article therefore attempts to picture the issue from the viewpoint of historical and social realism. It is a description and an analysis of real difficulties in circumstances of monasterial life of the time. The monasteries, namely, were forced, in fact, to accept Albanian voivodes and to grant them feudal privileges.

Key words: *Monasteries. - Albanians. - Voivodes. - Privilegies.*

Milutin Đuričić,
avocat à la retraite de Peć

LES VO'IVODES ALBANAIS DES MONASTÈRES SERBES MÉDIEVAUX

Résumé

Au Moyen-Age, les églises et les monastères serbes n'étaient pas uniquement des temples destinés à la prière et à la lithurgie. Ils étaient aussi des lieux de rassemblement militaire et des lieux de réunion pour la prise des décisions et l'adoption des normes les plus importantes de l'Etat et régionales. L'Assemblée de Skopje a adopté le Code de l'empereur Stefan Dušan (XIV^{ème} siècle). Les èglises et les monastères étaient aussi des institutions économiques, d'enseignement, culturelles et sanitaires - des lieux depuis lesquels on effectuait le contrôle sur la vie globale de la population. C'est pourquoi il fallait garder les monastères depuis le moment de leur construction. S'ils étaient négligés, les prêtres les quittaient et ils cessaient d'exister. Les souverains serbes médievaux nommaient les gardes des églises et des monastères. Même les autorités turques d'occupation les gardaient. Depuis la grande migration des Serbes (à la fin du XVII^{ème} et au début du XVIII^{ème} siècles) nous assistons à une grande invasion des tribus anarchiques des montagnes nord-albanaises. Le danger menaçait que les monastères au Kossovo et en Metohie soient négligés. L'administration militaire turque devenait de plus en plus incapable de les garder. Sur conseil de l'administration turque, les monastères ont cherché à aboutir à un compromis avec les chefs des tribus albanaises (les *fis*). Un accord a été réalisé que des vo'ivodes albanais soient nommés gardes des monastères. Pour divers motifs, on a écrit de manière romantique sur ces vo'ivodes. Partant du point de vue de la réalité historique et sociale, le présent travail lève le voile romantique sur les vo'ivodes albanais au Kossovo et en Metohie et présente de manière réaliste les problèmes qui obligeaient les monastères d'accepter les vo'ivodes et de leur accorder des privilèges féodaux.

Mots clé: *Les Albanais. - Les vo'ivodes. - Les privilèges.*

UDK-347.672
Прегледни чланак

др Илија Бабић,
научни сарадник Института за упоредно право у Београду

ВОЈНИЧКИ ТЕСТАМЕНТ

Скоро заборављени облик посљедње изјаве воље - војнички тестамент, постао је стварност. Рат, деценијама невидљиви и притајени пратилац живота на нашим просторима, покренуо је и сукобио војске. Свакодневна смрт лица на војној дужности, васкрсла је неочекивано значај војничког тестамента. Али јуриспруденција није одговорила на бројна питања која он данас поставља. У покушају да такво стање у правној књижевности донекле промијени, аутор анализира рјешења римског права и других значајних правних система о војничком тестаменту, критички испитује важеће регуле, указујући на могући метод њиховог тумачења, и предлаже доношење нових, примјеренијих.

Кључне речи: *Војнички тестамент. - Мобилизација. - Рат. - Састављање тестамента. - Чување тестамента.*

I. УВОД

Војнички тестамент, иако регулисан позитивним правом, деценијама није запажен у судској пракси. То је разумљиво јер се овај облик тестамента саставља у специфичним и крајње неповољним приликама за људски живот - за вријеме мобилизације и рата.

Запретени термини "мобилизација" и "рат", као и саме те појаве, разгорјевали су се. У почетку далеки и страни они су почели прожимати наш живот, постали су свакодневни, добили страшне обрисе и оловну тежину. Муњевито, војнички тестамент, намијењен за тако озбиљне поремећаје живота, постао је стварност. Покренуле су се разне сукобљене војске и десили небројени оружани сукоби који на нашим просторима и даље трају.

Након престанка рата сазнаће се за многе војничке тестаменте и тек тада ће судови и правна књижевност поуздано моћи оцијенити да ли су постојеће законске одредбе о војничком тестаменту примјерене за прилике мобилизације и рата. Али се већ сада назиру проблеми за које се одговарајућа рјешења не могу наћи у неиздиференцираним регулама позитивног права. Стога сматрамо корисним, прије расправљања о војничком тестаменту у позитивном праву, изложити не само рјешења римског права о овом тестаменту него и неких других правних система.

II. ВОЈНИЧКИ ТЕСТАМЕНТ У РИМСКОМ ПРАВУ

Једна од најстаријих установа римског права је тестамент. Прављењем тестамента онемогућавана је примјена интестатског реда насљеђивања, који је из старог обичајног права преузет у Закону XII таблица. У таблици V је, поред осталог, прописано: "4. Ако умре без тестамента онај који нема свог наследника, нека најближи агнат добије имовину. 5. Ако нема агната нека гентили добију имовину" (1). Из ових одредаба произилазило би да дјеца оставиоца нису били интестатски насљедници него првенствено најближи агнат-agnatus proximus (најближи агнат умрлог је његов брат). Када најближи агнат не може или не жели да се прими насљеђа заоставштину не насљеђују сродници сљедећег степена, него сљедећи насљедни ред - gentili. Дјеца оставиоца су позвана на насљеђе тек када изумре очева генерација што је било у сукобу са новим обликом породице (familia) коју су, издвојену, сачињавали родитељи и дјеца.

Романисти, међутим, истичу аргументовано и супротно мишљење - да су у старом римском праву први насљедни ред сачињавали и heredes ("сопствени, своји насљедници") - лица под непосредном влашћу патер фамилијаса. То су били синови, рођени и усвојени, али не и еманциповани, други агнати, а тек трећи гентили (2).

Избјегавање примјене превазиђених и неправичних правила интестатског насљеђивања из Закона XII таблица се остваривало прављењем тестамента. "Направити тестамент се сматрало чак тако јаком моралном и религијском обавезом за сваког грађанина, да се сматрало великом несрећом умрети без тестамента, па је и једна од тешких клетви тога времена било пожелети некоме да га Јупитер казни тиме да умре без тестамента" (3).

Старо римско право је, поред јавног тестамента, који је доношен пред куријатском народном скупштином - комицијом (засиједала је ради прављења тестамента два пута годишње), названим због тога testamentum comitiis calatis, познавало и ванредну форму тестамента - testamentum im procintu, "када је због рата узимано оружје: procintus је наиме за бој спремна и наоружана војска. Један су, дакле, правили у миру и доколици, а други су се спремали за битку" (4).

Осим ових облика тестамента било је предвиђено и поједностављено састављање тестамента због особитих прилика (заразне болести, ван градова у унутрашњости земље, у случају нужде) (5).

Ипак, Закон XII таблица не познаје војнички тестамент (testamentum in procintu). како се то тврди у једном дијелу правне књижевности (6). У таблици V (која регулише насљеђивање и старатељство) и другим

(1) Антун Маленица, *Извори римског права*, I том, Научна књига, Београд, 1989, стр. 70.

(2) Обрад Станојевић, *Римско право*, Службени лист СФРЈ, Београд, 1992, стр. 220.

(3) Драгомир Стојчевић, *Римско приватно право*, Савремена администрација, 1985, стр. 314. и Обрад Станојевић, *op. cit.*, стр. 225.

(4) Гај, *Институције*, Нолит, Београд, 1982, II, 101, стр. 115. Види и Анте Ромац, *Рјечник римског права*, Информатор, Загреб, 1975, стр. 563. до 655.

(5) Л. Арнтс Ритер од Арнесберга, *Pandekte*, књига IV и V - Породично и наследно право, Краљевска српска државна штампарија, Београд, 1896, стр. 1194. и 1195.

(6) Драгомир Стојчевић, *op. cit.*, стр. 318.

таблицама није изричито прописан овај облик тестамента (7). То, сматрамо, произилази и из околности да су владари својим одлукама прописивали да "ова строга правила о прављењу тестамента, не примењују се на војнике због њиховог слабог познавања права" (8). У правној књижевности, међутим, не постоји сагласје од кога периода владари предвиђају могућност прављења војничког тестамента. По једном мишљењу то је било од "времена цара Тита" и да "од времена цара Трајана стално се у царским мандатима налазила одредба, да је за тестаменте војника (testamentum militis) у сваком погледу мјеродавно само воља тестаторова" (9). Супротно томе, истиче се да је ова привилегија давана "почев од Цезара" (10).

За војнички тестамент постојале су погодности у погледу способности за његово прављење (testamenti factio activa), способности бити насљедник по овом тестаменту (testamenti factio passiva), форме и садржине тестамента.

Строге претпоставке за активну и пасивну тестаменталну способност (11) нису важиле за војнике. Сходно томе војник је нпр. био тестаментално способан да начини војнички тестамент и када нема потпуну пословну способности или је intestabilis (обећао је да буде свједок неког посла, али то обећање није испунио те је, због тога, изгубио право да буде свједок и да позива свједока) иако би, с обзиром на те особине, био неспособан за прављење других облика тестамента.

За насљедника по војничком тестаменту могла су се одредити (и примити насљеђа) и лица која нису имала насљедничку способност (testamenti factio passiva). Наиме, "... њиме је допуштено да за наследника и легатаре одреде перегрине или латине, иако у другим случајевима ius civile забрањује перегринима да буду наследници или легатари, а Јунијев закон (то забрањује) Латинима" (12), пошто они у почетку нису имали право закључивања правних послова (commercium) насупрот римским грађанима.

Војнички тестамент је био ослобођен сваке форме "довољна је била озбиљна ма на који начин изјављена воља тестатора" (13) тј. могао се правити у свакој писменој и усменој форми у којој је довољно јасно била изражена његова воља. "Тако ће тестамент бити пуноважан иако нема законом прописаног броја сведока нити је обављена формална продаја (mancipatio familiae) нити је било свечане изјаве (нункупације)" (14), чак и у случају када је садржај тестамента написао у пијеску или на корицама мача (15).

(7) Види: Антун Маленица, *op. cit.*, стр. 65. до 80.

(8) Гај, *op. cit.*, II, 109, стр. 117.

(9) Драг. Аранђеловић, *Римско право*, предавања 1911-1912, Библиотека Правног факултета у Београду, стр. 457.

(10) Драгомир Стојчевић, *op. cit.*, стр. 318. и Борислав Т. Благојевић и Оливер Антић, *Наследно право*, Номос, Београд, 1991, стр. 268.

(11) Види нпр.: Обрад Станојевић, *op. cit.*, стр. 229. и 230, Драгомир Стојчевић, *op. cit.*, стр. 325. и 326. и Л. Арнтс Ритер од Арнесберга, *op. cit.*, 1186. и 1187.

(12) Гај, *op. cit.*, II, 109, стр. 117.

(13) Драг. Аранђеловић, *op. cit.*, стр. 457. и Л. Арнтс Ритер од Арнесберга, *op. cit.*, стр. 1193.

(14) Гај, *op. cit.*, II, 109, стр. 117.

(15) Анте Ромац, *op. cit.*, стр. 566.

Одређена ограничења слободе тестирања нису важила за војнички тестамент. Војник је могао, супротно правилу nemo partim testatus partim intestatus decedere potest, дио своје имовине оставити тестаменталним насљедницима тако да су преостали дио насљеђивали интестатски насљедници, и располагати својом peculium castrense (имовином стеченом у војној служби). Ова привилегија је ускоро призната и ветеранима (veteranus - 1. т. стар ислужен војник, који је одслужио у војсци око 20 до 25 година). У peculium castrense су се, од 3. в. н. е, почели убрајати и поклони, насљедство суборaца палих у борби итд. (16) Осим тога, војник је био овлашћен да "остави за собом више тестамената тако да сви важе, а не да доцнији уништава ранији" (17).

Capitis deminutio (губитак једног од три статуса римског грађанина - status libertatis, status civitatis i status familiae, због чега је једно лице постајало правно неспособно) која је касније наступила, не утиче на пуноважност тестамента.

Наведене привилегије које су, у почетку, важиле уопште за војнички сталеж ограничио је Јустинијан, прописујући да оне важе само за војнике који су у ратном походу. Начињени тестамент важио је још годину дана по часном отпуштању војника из војске, а ако је војник из војске отпуштен на нечастан начин, такав тестамент је одмах губио важност.

III. НЕКА РЈЕШЕЊА ДРУГИХ ПРАВНИХ СИСТЕМА

Регуле римског цивилног права, ни послије више стољећа протеклих од ишчезавања државе која их је створила, нису потпуно одбачене и заборављене. Очишћене од талога времена и патине оне су блеснуле сјајем који је пратио европске законодавце у изграђивању грађанских правних система и нестрпљивом растанку са снажним реликтима партикуларног обичајног права.

Идеја римског права, оживотворена у правилима која су предвиђала могућност сачињавања војничког тестамента под повољнијим условима од оног предвиђеног за редовне прилике, постала је узор за регулисање војничког тестамента у цивилним кодексима или посебним законима о насљеђивању, почевши од 19. вијека до данас. Тај утицај је видљив у законицима и другим прописима који су важили на подручјима укљученим послије Првог свјетског рата у Југославију.

Грађански законик Француске (CCF) се, ипак по својим свеобухватним и, за поједине случајеве, оригиналним рјешењима издваја од осталих кодификација грађанског права у Европи. Стога смо се одлучили да их изложимо. Старост тих правних извора опредјељује нас да представимо војнички тестамент и из једне кодификације у 20. вијеку - то је Code civil suisse (CCS) од 10.12.1907. године.

Упознавање са војничким тестаментом у другим правним системима омогућава нам да са више критичности сагледамо рјешења нашег позитивног права.

Параграф 447. Српског грађанског законика (СГЗ) је прописао да завјештaлац може изјавити посљедњу вољу и усмено у случају рата када

(16) Ibid., стр. 407.
(17) Драг. Аранђеловић, *op. cit.*, стр. 458.

би му "немогуће било писмен тестамент правити, или пред судом га изјавити". Сматра се да завјештaлац не може пуноважно сачинити усмени тестамент ако му ратно стање није сметало да напише писмени тестамент или га пред судом изјави" (18).

У правној књижевности је, међутим, истакнуто и друго мишљење (19). Усмени тестамент је пуноважан ако је "исказан бар пред два сведока, способна да му вољу приме к знању и пред судом је под заклетвом потврде само ако се њима, или овим њиховим сродницима: родитељима, деци, браћи и сродницима по тазбини до другог степена закључно, ништа не оставља, и ако нису без грађанске части" (ст. 2. пар. 447. СГЗ).

Као случај рата правна књижевност је оправдано сматрала и "фактично ратно стање, макар рат и не био још формално објављен, само ако се врше ратне операције" (20).

Један дио јуриспруденције сматра да не постоје претпоставке за прављење овог изузетног тестамента ако је извршена само мобилизација иако "изазива исте поремећаје као и рат", али ни опсадно стање "проглашено у једном крају државе или у целој земљи" (21), због чега овај изузетни тестамент означава као ратни.

Војнички тестамент важио је само у року од три мјесеца од престанка рата. Ако послије тог рока завјештaлац умре тестамент не производи дејство.

Параграф 600. Аустријског грађанског законика (АГЗ) је прописао да повластице за војничке тестаменте садрже војни закони. Сходно томе Службовник за царску и краљевску војску од 9. коловоза 1873. (22) је у пар. 101. прописао да свакој "активно служећој или у опскрби војничке немоћнице (куће за немоћне војнике) стојећој особи војничкога сталиша припада право о свом иметку начинити одредбу последње воље уз мање формалности, него су оне, што их прописује грађански закон". Пуноважна је, тако, изјава посљедње воље коју није писало и потписало војничко лице ако су исправу о томе потписала два свједока који морају бити заједно присутни, од којих један може бити писац посљедње воље. Службовник... је предвиђао да је пуноважан и усмени тестамент ако су истовремено присутна два свједока који познају завјештаоца. Само у рату није неопходно истовремено присуство оба свједока без обзира да ли је тестамент усмени или писмени.

Свједоци тестамента могу бити и чланови духовног реда, жене и мушкарци који су навршили 14 година живота. Право на састављање војничког тестамента имала су не само лица која су професионално војници него и сва која служе војни рок за вријеме рата "или такође у миру на којој ратној лађи" (23).

Пуноважност војничког тестамента престајала је код свих војничких лица, без изузетка, 6 мјесеци по њиховом иступању из активне

(18) Види: Драгољуб Аранђеловић и Мехмед Беговић, *Наследно право*, Штампарија И. Гундулић, Београд, 1940, стр. 60.

(19) Милан Бартош, *Основи приватног права*, Београд, 1937, стр. 255.

(20) Лазар Марковић, *Наследно право*, Штампарија "Дом", Београд, 1930, стр. 209.

(21) Ibid.

(22) Види: Адолфо Рушнов, *Тумач Општему Аустријскому грађанскому законику, књига друга*, Загреб, 1891, стр. 64. и 65.

(23) Ibid., стр. 64.

војне службе, а у осталим случајевима, након истека 6 мјесеци по оглашењу мира или по њиховом искрцању из ратне лађе, "а исто тако након 7 мјесеци ако су они за време рата својом главом ступили у стање мира" (24).

У Угарској се и на састављање војничког тестамента примјењивао Законски чланак XVI из 1876. године о формалним захтјевима тестамента, уговора о насљеђивању и дарована за случај смрти. Повлашћени (војнички) тестамент могао се сачинити "у ратно доба, од времена када су чете стављене на ратну ногу". Овим обликом тестамента могли су се користити "они чланови војске, који су додељени овим четама, даље сви они, који су на бојишту или у месту, које је узето под опсаду, или који се налазе од ових места не више од осам километара удаљени" (пар. 29. Законског чланка). Војнички тестамент је означаван као привилегован јер је, у односу на остале облике тестамента, за његову пуноважност била предвиђена једноставна форма. Тако је војнички писмени тестамент пуноважан ако га је завјештalац у цијелости сам написао и потписао (за састављање редовног писменог тестамента било је потребно и присуство два свједока); умјесто присуства четири свједока код осталих облика писменог приватног тестамента и приватног усменог тестамента, било је довољно присуство два свједока који су навршили четрнаест година живота (пар. 30. у вези са пар. 15. и пар. 1. Законског чланка) итд.

Састављени војнички тестамент има безусловну важност "ако завјештalац умре за три мјесеца, рачунајући од престанка оног изнимног стања, које служи као основ повлашћености изрицању последње воље". Тестамент је, ипак, пуноважан и по истеку овог времена ако онај ко на основу тестамента жели остварити право докаже да је завјештalац од тромесечног рока до наступања смрти "у таквом стању био, у коме није могао правити нов тестамент" (пар. 31. Законског чланка).

Француски грађански законик (CCF) такође, предвиђа могућност сачињавања војничког тестамента у случајевима рата, операција одржавања реда и пацификације, односно стационирања француских трупа на иностраној територији у виду окупације или у складу са међународним споразумом (ст. 1. чл. 981. у вези са чл. 93. ст. 2. CCF). У тим случајевима војнички тестамент може сачинити војно лице, припадник државне морнарице и лице запослено у позадини трупа. Изјаву посљедње воље може примити: виши официр или војни љекар одговарајућег чина у присуству два свједока; или два интендантска чиновника или официра комесаријата; или један од тих чиновника или официр у присуству два свједока.

У издвојеном одреду, одсјеченом од већих војних јединица некада нема виших официра, војног љекара одговарајућег чина, интендантског чиновника или официра комесаријата. Прагматичне одредбе чл. 981. ст. 1. и 2. CCF предвиђају да у тим ситуацијама изјаву посљедње воље може примити официр који командује издвојеним одредом или официр који по функцији долази одмах иза њега, у присуству два свједока, с тим што се као свједоци тестамента могу појавити и непријатељски заробљеници.

(24) Ibid.

Ако је завјештalац болестан или рањен, изјаву посљедње воље у болницама или војносанитетским формацијама, како их дефинишу војна правила, могу примити: главни љекар без обзира на чин у присуству руководећег административног официра, а уколико нема тог официра неопходно је присуство два свједока (чл. 982. CCF).

О изјави посљедње воље наведени официри односно чиновници сачиниће писану исправу и један њен оригинални дупликат. Када то није могуће због здравственог стања оставиоца, сачиниће се препис тестамента који ће служити као други оригинал, уз назначење разлога који су спријечили да се сачини други оригинал.

Чим буде омогућена комуникација у најкраћем року, оба оригинала односно оригинал и препис биће упућени, одвојено и различитим куририма у затвореној и запечаћеној коверти Министарству рата или Морнарице да би били депоновани код биљежника назначеног од стране завјештаоца, или, ако такве ознаке нема, код предсједника биљежничке коморе арондисмана посљедњег боравишта (чл. 983. CCF).

Пуноважност војничког тестамента ограничена је на шест мјесеци након што завјештalац буде дошао на мјесто гдје ће имати слободу да употријеби уобичајене облике тестамента, осим ако је, прије истека тог рока, поново дошао у ситуације предвиђене за састављање војничког тестамента. Тада ће тестамент бити пуноважан док траје та посебна ситуација и током новог рока од 6 мјесеци након његовог истицања (чл. 984. CCF).

За настанак војничког тестамента Швајцарски грађански законик (CCS) од 20.12.1907. године прописује претпоставке заједничке и за остале случајеве усменог тестамента. Као изузетне околности, када се тестамент може сачинити у усменом облику, су: непосредна смртна опасност, прекинуте комуникације, епидемија или рат (чл. 506. став 1. CCS). Састављање војничког тестамента у усменог облику није, међутим, пуноважно ако због рата завјештalац ипак није био спријечен да тестамент сачини у неком другом облику, што ће оставински суд цијенити у сваком поједином случају. Завјештalац изјављује своју посљедњу вољу двојици сведока (они не морају знати читати и писати) које задужује да о томе сачине акт, односно да дају да се тај акт сачини. Један од свједока одмах записује посљедњу вољу, датира је назначујући мјесто, годину, мјесец и дан, потписује је и даје на потпис другом свједоку. Обојица, затим ту исправу без одлагања достављају неком судском органу, потврђујући да им је оставилац, који је, по њиховом мишљењу био способан за тај чин (узроци неспособности свједока исти су као за јавни тестамент - чл. 506. ст. 3. CCS) изјавио своју посљедњу вољу у изузетним околностима у којима су је они примили (чл. 507. ст. 1. CCS). Оба свједока, уз наведене тврдње, могу дати да се о изјави посљедње воље завјештаоца сачини записник пред судом. Умјесто суду војно лице на служби у случају рата може изјаву посљедње воље дати официру чина капетана или вишег чина (чл. 507. ст. 3. CCS).

Пуноважност војничког тестамента је у Швајцарском праву ограничена и престаје по истеку 14 дана од тренутка када је оставилац стекао слободу да употријеби неки други облик тестамента (чл. 508. CCS).

IV. ТЕСТАМЕНТ У САВРЕМЕНОМ ЈУГОСЛОВЕНСКОМ ПРАВУ

1. Уопште. Класификација.

Војнички тестамент је дуго обитавао у правној сфери сатканој за ванредне прилике уопште. Постојање тих прилика, у које се сврставао и рат, оправдавало је увођење једноставнијих форми прављења тестамента. Дуготрајне и тешке ратове, нарочито у посљедњем вијеку, вјерно је пратила потреба састављања војничког тестамента. Стога се он, оправдано, издваја из матичног облика, предвиђеног и за друге ванредне околности, и посебно регулише. Када је већ једном издвојен јуриспруденција се нашла пред задатком да овај вид тестамента класификује. Тај задатак, међутим, није јединствено ријешен.

Војнички тестамент је предвиђао члан 77. Закона о насљеђивању (25), означавајући га као "тестамент састављен за вријеме мобилизације или рата". Доцније донесени републички и покрајински закони о насљеђивању су, у скоро неизмијењеном облику, преузели ове одредбе (26).

Предмет наше анализе, у излагању које слиједи, првенствено су важећа рјешења Закона о насљеђивању Србије (27) - ЗНС, Закона о насљеђивању Црне Горе - ЗНЦГ (28) и неке искристалисане мисли правне књижевности.

Једно, старије, мишљење тестаменте разврстава на редовне и изузетне, коме припада и војнички (ратни) тестамент (29). Друго мишљење све облике тестамента, уопште, у савременом праву, дијели на редовне и привилеговане, при чему војнички тестамент сврстава у неправи привилеговани тестамент (30). У основи ова класификација, заснована на старијој подјели тестамената (31), није одговарајућа. Војнички тестамент саставља лице на војној дужности у условима рата или мобилизације који стварају сталну, а некада и блиску опасност од смрти те су ови услови крајње неповољни, а не привилеговани. Израз "привилеговани тестамент" је очигледно требало да означи погодности које има завјешталац приликом састављања војничког тестамента. Војнички тестамент се саставља по одредбама које важе за састављање судског тестамента, а престаје да важи по истеку одређеног рока те он за завјештаоца и није тако повољан да би се могао назвати привилегованим.

---

(25) "Службени лист СФРЈ", бр. 20/55.

(26) Види: чл. 73. Закона о наслеђивању САП Војводине, "Службени лист САПВ", бр. 8/75 и 27/79; чл. 64. Закона о наслеђивању САП Косова, "Службени лист САПК", бр. 43/74, 47/78 и 28/79; чл. 75 Закона о наслеђивању СР БиХ, "Службени лист СР БиХ", бр. 7/80; чл. 75. Закона о наслеђивању Македоније, "Службени весник на СРМ", бр. 35/73, 27/78; чл. 71. Закона о наслеђивању Словеније, "Уредни лист СР Словеније", бр. 15/76 и 23/7, 23/78. У вријеме постојања СФРЈ Хрватска није била донијела свој закон о насљеђивању него је као свој републички преузела наведени савезни Закон о насљеђивању.

(27) "Службени гласник СР Србије", бр. 52/74 и 1/80.

(28) "Службени лист СР Црне Горе", бр. 4/76, 10/76 - исправка и бр. 22/78.

(29) Види Лазар Марковић, *Наследно право*, Београд, 1930, стр. 193. до 213.

(30) Види: Славко Марковић, *Наследно право*, Службени лист СФРЈ, Београд, 1981, стр. 246. до 275.

(31) Види нпр.: IV главу Законског чланка XVI и 1876. о формалним захтевима тестамента, уговора о наслеђивању и даровања за случај смрти.

У савременој правној књижевности је истакнуто и мишљење да је основна подјела тестамента на редовне и изузетне, али да "постоји и један средњи облик који би могли назвати ванредним тестаментом, јер он има особине и једног и другог, налазећи се на средини ове класификације" (32) и да се у ове тестаменте могу сврстати тестамент на броду и војнички тестамент. При њиховом састављању, наиме, "учествује као јавни орган лице коме то није редовно службено пословање, већ само ванредно, по потреби, мада оно може бити каткада и по нужди (заповједник брода или војне старешине одређене врсте)" (33).

Таква подјела се, међутим, не може језички и логички оправдати. Уобичајен, обичан, правилан, нормалан или свакодневни тестамент се тачно означава као редован ("који се збиља дешава по утврђеном реду, у одређено време или по каквом правилу") (34) а као ванредан онај облик тестамента који има супротне особине (јер је ванредност "особина онога што је ванредно, изузетност, особитост") (35). Али, поред подјеле на редовне и ванредне, наведени аутори одређене тестаменте сврставају у изузетне, при чему није сасвим јасно да ли су ови тестаменти изузетни ("изузетан-тна, -тно који чине изузетак, друкчији од осталих; нарочит, изванредан, изниман") (36) у односу на редовне или ванредне.

Израз "изузетан" и "ванредан" представљају, у ствари, синониме (ријечи сличне по смислу, односно значењу са неком другом ријечи, док се по облику од ње разликује) те се као означавање тестамента супротно редовном тестаменту (у погледу наведених особина) могао користити било који од њих.

Стога нам изгледа правилнија подјела тестамента на редовне (који се праве у свакој прилици) и на ванредне у које се убрајају тестамент на броду, војнички тестамент и усмени тестамент (37), иако војнички тестамент има и особине које су карактеристичне за редован, судски тестамент - он се саставља "по одредбама које важе за састављање судског тестамента" (чл. 72. ст. 1. ЗНС и чл. 72. ЗНЦГ) и, према подјели ЗНС, уврштава се у судски тестамент. Мобилизација и рат су ванредне (изузетне) прилике (у односу на редовно стање ствари), нарочито за завјештаоца који прави тестамент уз учешће војних лица (којима то није редован позив). Прилике у којима се прави војнички тестамент су такве да млади човјек може ускоро погинути, што још више оправдава разликовање овог облика тестамента од редовног, односно судског тестамента.

2. Прилике у којима се сачињава тестамент

Закони о насљеђивању предвиђају да се војнички тестамент може сачинити за вријеме мобилизације или рата (чл. 72. ст. 1. ЗНС и чл. 72.

(32) Види: Борислав Т. Благојевић и Оливер Антић, *op. cit.*, стр. 308.

(33) Ibid.

(34) Речник српскохрватског књижевног језика, књига пета, Нови Сад, 1973, стр. 487.

(35) Речник српскохрватског књижевног и народног језика, књига друга, Београд, 1962, стр. 388.

(36) Ibid., књига 7, 1971, стр. 652.

(37) Борис Визнер, *Грађанско право*, Загреб, 1962, стр. 821. и 822.

ст. 1. ЗНЦГ). Израз "рат" и "мобилизација" нису ближе одређени, а потребу њиховог тумачења од стране судова није наметао живот скоро пола стољећа. Већ сада се запажа да употријебљени изрази могу изазвати различита тумачења, односно да им можемо дати шире или уже значење.

Војна доктрина дефинише мобилизацију као стратегијску радњу којом се обезбјеђује плански и организован прелазак свих или само одређених (дјеломичних) снага и средстава, и организација друштва и државе, из мирнодопског у ратно стање.

На тај начин се унапријед предвиђена и планирана жива сила и материјално-технички ресурси и средства преводе у стање спремности за вођење рата и дејство у ратним условима (38).

Израз наведен у законима има у виду првенствено одређење мобилизације која се изводи благовремено или непосредно пред почетак ратних дејстава. При томе није одлучно да ли је мобилизација дјеломична, општа, јавна или тајна, релевантно је да је тестатор обухваћен мобилизацијом.

Могућност сачињавања тестамента се, ипак, не може ограничити само на мобилизацију предузету у циљу ратних дејстава. Такво ограничење не може се оправдати с обзиром на њен данашњи карактер у којој се проверава степен мобилизацијске и борбене готовости. Пробна мобилизација често симулира ратна дејства, ангажује опасна, а некада и огромна материјално-техничка средства. Бојева гађања из оруђа и оружја некада прате такве мобилизације и нису ријетки смртни случајеви припадника вјежбе настале грешком или случајем и поред строге дисциплине сличне оној у ратним приликама. Израз "мобилизација" би требало, сходно томе, тумачити екстензивно и дозволити сачињавање војничког тестамента припаднику јединице која је пробно мобилизована ради одржавања већих војних вјежби, вјежби које трају дуже вријеме (више седмица или мјесеци), или на просторима удаљеним од најближег сједишта суда, или када учесник вјежбе није у могућности да се послужи редовном формом тестамента (вјежба се одржава на посебном терену у граду кога припадници јединице не могу напуштати и сл.).

Рат се одређује као интензиван друштвени сукоб проузрокован политичким, економским и класним противрјечностима којима се, уз примјену масовне оружане борбе, тежи остварењу економских и политичких циљева одређених класа, држава и народа (39).

Војнички тестамент се може сачинити за вријеме оружане борбе (која чини основни садржај рата), а не и за вријеме психолошког рата, или економског рата (тзв. санкције економске блокаде земље и сл.), који често претходе оружаној борби или је прожимају.

Овај облик тестамента се, такође, може сачинити и када не трају оружане борбе али је уведено (проглашено) ратно стање. У правној књижевности истакнуто је да се као вријеме рата сматра "оно од момента објаве рата па до објаве о престанку ратног стања". Неоснованост овог става показао се у рату након једностране и насилне сецесије бивших република СФРЈ (Словенија, Хрватска и БиХ). У СФРЈ није прогла-

(38) Војна енциклопедија, књига 5, Војноиздавачки завод, Београд, 1973, стр. 546.
(39) *Op. cit.*, књига 7, Београд, 1973, стр. 746.

шено ратно стање, али су јединице ЈНА и добровољци учествовали више мјесеци у оружаним сукобима. Ратне прилике, чак теже и суровије него у претходним ратовима, често нису омогућавале припадницима оружаних снага да сачине редован тестамент, те пошто је, по наведеном ставу, била искључена могућност сачињавања војничког тестамента, таквом тестатору је преостајао само непоуздани облик тестамента - усмени тестамент.

Супротан став није у колизији са одредбама закона које наводе вријеме рата, без његовог ограничавања на формално проглашење или увођење. Сходно томе, војнички тестамент се може сачинити и када постоји фактичко ратно стање, иако рат није формално објављен.

3. Лица на војној дужности

Када наступе случајеви мобилизације или рата састављање војничког тестамента омогућено је "лицу на војној дужности", без обзира у којем је роду војске, да ли је на фронту или позадини. Оно може бити у активној војној служби, припадник резервног састава - територијалне одбране, која представља дио јединствених оружаних снага Републике Југославије (види чл. 31. Закона о одбрани) (40) или добровољац.

Закон о војној обавези - ЗВО (41) користи израз "војна обавеза", иако би правнотехнички било коректније да је терминологија закона о насљеђивању усклађена са овим законом.

Обавези служења војног рока и у резервном саставу подлијежу држављани Републике Југославије способни за војну службу (чл. 5. ст. 3. ЗВО), те се као завјештаоци појављују лица која имају способност тестирања (42).

Војнички тестамент може, у случају рата или мобилизације, сачинити и жена која је добровољно ступила у војну јединицу (чл. 5. ст. 2. и чл. 42. до 46. ЗВО).

Могућност сачињавања војничког тестамента не зависи од чињенице да ли лице које врши војну обавезу носи или не носи оружје. Тако, војник који из вјерских разлога одбије пријем оружја, војни рок служи без оружја у трајању од 24 мјесеца (чл. 22. ст. 2. ЗВО), те у случају мобилизације или рата може сачинити војнички тестамент. Из вјерских убјеђења одбијање пријема оружја вршили су најчешће припадници назарена, Јеховиних свједока и адвентиста.

И поред традиционалног означавања овог тестамента као војничког, што и ми прихватамо, као завјешталац се може појавити не само војник него и официр, или други старјешина.

Као лице на војној дужности (обавези) не сматрају се припадници јединица цивилне заштите, иако и она представља дио система одбране и у случају мобилизације или рата. Ове јединице имају дужност да штите и спасавају људе, материјална и културна добра од ратних раза-

(40) "Службени гласник РС", бр. 45/91 и 58/91 - исправка.

(41) "Службени лист СФРЈ", бр. 64/85, 26/89, 29/89 и 30/91.

(42) Регрути се упућују на служење војног рока, по правилу, са навршених 18 година живота. За вријеме ратног стања или у случају непосредне ратне опасности на служење војног рока могу се упутити и регрути који су навршили 17 година живота (в. чл. 24. ЗВО). Такво лице има тестаменталну способност, пошто се она стиче са навршених 16 година живота.

рања, елементарно техничких и технолошких и других већих опасности у миру и рату (в. чл. 68. Закон о одбрани), и тим задацима прилагођену структуру и организацију, а не да воде оружану борбу за коју се припремају лица на војној дужности (без обзира да ли носе или не носе оружје).

4. Састављање и чување војничког тестамента

У случајевима мобилизације или рата лицу на војној дужности тестамент могу сачинити: командир чете и други који старјешина његовог или вишег ранга; или које друго лице у присуству којег од ових старјешина, као и сваки старјешина одвојеног одреда.

Обавеза и дужност старјешина да саставља војнички тестамент није зависна од његовог чина него од функције у појединој јединици. Релевантно је да је старјешина командир чете (то може бити нпр. потпоручник, поручник, капетан, мајор итд.) или који други старјешина његовог или вишег ранга (нпр. командант батаљона, дивизије, пука итд.). У присуству неког од ових старјешина тестамент може сачинити и друго лице (нпр. дипломирани правник или друго лице оспособљено је за те послове).

У случајевима рата ангажују се и специјалне диверзантске групе, одреди и сл. Посебно обучене, ове формације се убацују иза првих линија фронта у позадину непријатеља у циљу вршења диверзантских акција. Осим тога, већа формација (батаљон, чета) може бити разбијена у мање јединице и изолована у неприступачним предјелима. Такве јединице се могу означити као "одред" без обзира на његову бројност (то може бити нпр. ојачан вод или друга атипична формација војника). Наведени одреди због борбених дејстава некада могу изгубити и везу са претпостављеним јединицама, па је оправдано закон предвидио могућност да "сваки старјешина одвојеног одреда" има право сачинити војнички тестамент (нпр. у борби је погинуо поручник, командир извиђачког одреда, па команду преузме водник који, као старјешина тог одреда, има право и дужност да сачини војнички тестамент).

Командир чете или други старјешина његовог или вишег ранга, такође, може дати изјаву посљедње воље у форми војничког тестамента вишем старјешини или другом лицу у присуству тог старјешине. То изричито не прописује закон, али таква могућност произилази из суштине војничког тестамента - изјаву посљедње воље војник даје старјешини, па је по природи ствари оправдано да ту изјаву старјешини саставља његов претпостављени, односно друго лице у његовом присуству.

Одредбе које регулишу војнички тестамент не омогућавају да се сачини без присуства старјешине, што се данас показало непримјерено ратној стварности. Неки војници се тек након рањавања одлучују на давање посљедње изјаве воље у неизвјесности да ли ће преживјети. Често је транспорт до болнице отежан или онемогућен па се лијечење предузима у импровизованој болници односно склоништу без присуства старјешине који је на попришту ратних сукоба. У тој ситуацији би неписмени завјештaлац, евентуално, могао само усмено изјавити посљедњу вољу. Али, усмени тестамент зависан је и од околности: да ли су свједоци пред којим је завјештaлац изјавио посљедњу вољу тачно

запамтили његову садржину, без одуговлачења га саставили и предали суду, а затим и од оцјене суда да ли постоје изузетне прилике (нарочито ако оне буду дуго трајале с обзиром на ратно стање). Довољно је да свједоци забораве садржину тестамента или писмено састављену изјаву не предају суду и да она остане непозната. Стога је усмени тестамент несигурни облик тестамента на које је тестатор присиљен усљед изузетних прилика.

Наше право би, по угледу на CCF, требало да омогући болесном или рањеном војнику да изјаву посљедње воље да и главном љекару, без обзира на чин (и да ли има чин) у присуству два свједока када се у болници, склоништу или мјесту на коме се болесник или рањеник задесе, не затекне старјешина који може сачинити војнички тестамент.

Војнички тестамент се саставља "по одредбама које важе за састављање судског тестамента". Сходно томе, ако је завјештаилац писмен изјаву посљедње воље може саставити по његовом казивању наведени старјешина који ће претходно утврдити идентитет завјештаоца. Завјештаилац ће такав тестамент прочитати и потписати, а старјешина ће потврдити на самом тестаменту да га је завјештаилац у његовом присуству прочитао и потписао. Када завјештаилац није у стању да прочита тестамент који му је саставио старјешина (због повреде очију добро не види, неписмен је и сл.), он ће га прочитати завјештаоцу у присуству два свједока и затим га потписати, или ставити на њега свој рукознак, пошто изјави да је то његов тестамент. На исправу о тестаменту потписаће се затим, свједоци, а старјешина ће на тестаменту назначити (потврдити) да су те радње извршене (види: чл. 65. и 66. ЗНС и чл. 65. и 66. ЗНЦГ).

Закон не предвиђа посебно правила о поступању са састављеним војничким тестаментом, па се на ту ситуацију сходно примјењују правила предвиђена првенствено за редовне облике посљедње изјаве воље. Мобилизација или рат су таква стања која не омогућују војном лицу да сачини нпр. судски тестамент. Стога тестатор и не може повјерити суду на чување сачињени војнички тестамент. Завјештаоцу једино преостаје да војнички тестамент да неком трећем на чување (старјешини који је тестамент сачинио или другом војнику), или да тестамент чува лично. Овакав начин чувања тестамента је ризичан јер се војник, нарочито у рату, суочава са небројеним опасностима.

Тестатор или лице које чува тестамент могу погинути у борби и велика је вјероватноћа да ће и тестамент бити уништен чак и у ситуацији да је тијело погинулог завјештаоца било благовремено доступно његовим саборцима. Није риједак случај да тијело погинулог војника остане на непријатељској територији, а да се његови остаци предају саборцима или родбини послије протека више мјесеци када је писана исправа посљедње воље коју је завјештаилац или неко друго лице носило са собом, потпуно уништена.

Законодавац би требало да посебно регулише чување војничког тестамента. Чини се да би и у овом случају узор, у одређеној мјери, представљале одредбе CCF. Постојеће одредбе закона о насљеђивању би требало допунити тако да се омогући да се војнички тестамент саставља у два примјерка, а затим различитим куририма и одвојено доставља вишој команди или министарству за одбрану, ради предаје на

чување суду кога је завјештaлац назначио, а ако то није учинио, суду на чијем је подручју завјештaлац имао посљедње пребивалиште или боравиште.

Ово рјешење је примјереније животу од оног које је усвојио ССС. Члан 507. ССС прописао је да један од двојице свједока саставља изјаву посљедње воље и да су обојица у обавези да је без одуговлачења доставе судском органу. У случајевима мобилизације или рата свједоци, који су, по правилу, војна лица су, такође, спријечени да исправу о тестаменту доставе судском органу.

5. Престанак важности тестамента

Неко лице саставља тестамент знајући да природни закони дјелују неумољиво и да је, стога, сваки човјек смртан. Неизвјесно је, само, када ће смрт наступити. Тестамент најчешће састављају лица у поодмаклој животној доби, а млађа само изузетно (нпр. када су тешко и неизљечиво болесна). Лица на војној дужности су, у просјеку чак знатно млађа од наведених завјештaлаца, али у рату постоји вјероватноћа да ће погинути. Изјава воље било ког завјештaоца мора бити учињена слободно и озбиљно (в. чл. 28. ст. 2. Закона о облигационим односима). Тестамент кога је завјештaлац сачинио под пријетњом или принудом, или када се одлучио да га направи усљед тога што је био преварен или што се налазио у заблуди је ништав. Завјештaлац би, након престанка рата, могао некада чак успјешно доказивати да је тестамент сачинио у заблуди - очекујући да ће погинути или (ако је био рањен) да ће умријети. Осим тога, садржина тестамента, прављеног у случајевима мобилизације или рата, када се мисли и на блиску и насилну смрт, се разликује од садржине редовног облика тестамента. Истина, завјештaлац може увијек опозвати и војнички тестамент (новим тестаментом, уништењем војничког тестамента итд. - в. чл. 100. до 102. ЗНС и чл. 100. до 102. ЗНЦГ), али када је он предат неком другом на чување постоји опасност да се након смрти и он појави и чак буде основ за насљеђивање (доцније сачињени тестамент је наступањем случаја или више силе уништен, а насљедници војничког тестамента тврде да је то учинио завјештaлац, итд.).

Због тога су законодавци још од римског права предвиђали да војнички тестамент престаје да важи након протека одређеног рока од завршетка мобилизације или рата. Члан 72. ст. 2. ЗНС и чл. 72. ст. 2. ЗНЦГ су прописали да војнички тестамент престаје да важи по протеку 60 дана по завршетку рата, а ако је завјештaлац раније или доцније демобилисан по истеку 30 дана по демобилизацији.

Један дио правне књижевности, тумачећи ове законске одредбе, сматра да се наведени рокови могу подијелити на објективне и субјективне (43). Субјективни рок је, међутим, ограничен објективним и не могу бити независни као у случају рокова у којима престаје важност војничког тестамента. Субјективни рок рачуна се од дана сазнања за неку чињеницу, што је релевантно само у оквиру објективног рока. Тако, поништење тестамента због неспособности за расуђивање или

(43) Борислав Т. Благојевић и Оливер Антић, *op. cit.*, стр. 322 и Славко Марковић, *op. cit.*, стр. 275.

мана воље завјештаоца може захтијевати лице које има правни интерес, у року од године дана од дана када је дознало за постојање узрока ништавости, а најдаље за 10 година од проглашења тестамента (чл. 61. ЗНС и чл. 61. ЗНЦГ).

Подјела рокова на субјективне и објективне карактеристична је за процесне преклузивне рокове (44) у којима се предузима нека процесна радња, а не и за случај престанка важности неког материјалноправног односа - војничког тестамента. Рокови у којима престаје важност војничког тестамента се могу сврстати у материјално-правне преклузивне и подијелити на општи (генерални) у трајању од 60 дана по завршетку рата и посебни (индивидуални) који тече у дужини од 30 дана од демобилизације сваког појединог завјештаоца.

Војнички тестамент је пуноважан само ако је завјешталац умро у току рата или у року од 60 дана по завршетку рата, односно у року од 30 дана од његове демобилизације. Након истека тих рокова тестамент престаје да важи. Када је у тим роковима завјешталац поново мобилисан односно ступио у рат, настају поново прилике у којима се може сачинити војнички тестамент. Није неспојиво са природом војничког тестамента тумачење да он и даље остаје пуноважан док траје нова мобилизација односно рат и по истеку од 60 дана по завршетку рата, односно по протеку 30 дана од демобилизације завјештаоца. Такво рјешење (усвојено и у чл. 984. ССР) би требало изричито предвидјети у нашем праву, не само због тога што се, уздрмано ратним потресима, тло на коме живимо неће брзо смирити, него што се и површне одредбе закона које регулишу војнички тестамент могу различито тумачити.

На основу рестриктивног тумачења тих одредаба може се закључити да је искључена могућност продуживања рокова од 60 односно 30 дана у коме важи сачињен војнички тестамент.

Нису ријетки случајеви да је лице на војној дужности након давања изјаве посљедње воље рањено тако да је изгубило тестаменталну способност, а није умрло по истеку 60 дана по завршетку рата или по истеку 30 дана од његове демобилизације, него након истека тих рокова. Законодавац полази од нормалне ситуације у животу - да након истека наведених рокова завјешталац може сачинити редован тестамент. У овом случају завјешталац није у могућности сачинити пуноважан тестамент, па се тиме може оправдати екстензивно тумачење чл. 72. ст. 2. ЗНС и чл. 72. ст. 2. ЗНЦГ - да војнички тестамент остаје на снази и након истека рокова од 60 дана по завршетку рата односно 30 дана до демобилизације (45). Али се може десити да то лице накнадно стекне тестаменталну способност иако су оба рока (од 60 и 30 дана) протекла. Рок од 30 дана је индивидуалан и везан за могућност завјештаоца да након његовог истека сачини редован тестамент. На основу ове сличности тај рок би се могао аналогно примјенити на завјештаоца

(44) Види: Борис Визнер, *Грађанско право*, књига права, Осијек, 1966, стр. 233. и 234.

(45) Параграф 31. Законског чланка XVI из 1879. о формалним захтјевима тестамента, уговора о насљеђивању и даровању за случај смрти је прописао да је војнички тестамент пуноважан и по истеку тромјесечног рока до наступања смрти ако онај ко на основу тестамента жели остварити право докаже да је завјешталац у таквом стању био да није могао правити нов тестамент.

који је накнадно стекао тестаменталну способност - тј. да када протекне рок од 30 дана, од стицања тестаменталне способности завјештаоца, војнички тестамент губи правну снагу.

(Примљено 1. фебруара 1993)

Dr. Ilija Babić,
Research Associate of the Institute of Comparative Law in Belgrade

SOLDIER'S WILL

Summary

Soldier's wills have long remained in the sphere of emergency situations in general. They made possible for the testator to make the statement of his last will with less formalities than in ordinary, normal circumstances, and even to express it verbally.

Long and difficult wars have influenced the lawmaker to make special regulations for the soldier's will. But, mobilization, war and cruel reality in our conditions cause great challenge for such regulations in Yugoslav law.

This form of will is classified into emergency wills and it is made for a person on military duty (this may be a woman, too) by the corresponding superior, in case of mobilization or war, regardless of whether such person is in the front-line or in the rear lines, who is an active member of the army, an officer, member of reserve forces or a volunteer.

The requirement of the law that the superior should make the will is not in accordance with war situations, which may, for instance, dictate that a medical doctor, even not being an officer, makes a will for a wounded or sick soldier.

The inheritance laws do not regulate the procedure for making a will (for instance, keeping it safe), its validity in case of the testator loosing his business capacity during the war, etc.

Before the lawmaker attempts to regulate more completely the soldier's will subject matter, the present-day precepts should be interpreted in a more extensive manner.

Key words: *Soldier's will. - Mobilization. - War. - Making a will. - Keeping a will safe.*

Ilija Babić,
collaborateur scientifique de l'Institut pour le droit comparé de Belgrade

LE TESTAMENT MILITAIRE

Résumé

Le testament militaire a été pendant longtemps situé dans la sphère du droit prévu pour les situations d'urgence en général. Cela permettait au testateur de formuler ses dernières volontés avec moins de formalités que dans les situations régulières et même de les formuler oralement.

Les longues et dures guerres ont influé sur le législateur pour qu'il règlemente de manière spéciale le testament militaire. Cependant, la mobilisation et la guerre, la réalite

cruelle de notre espace, mettent à de dures épreuves led règlements sur le testament militaire dans notre législation.

Cette forme de testament est classée parmi les testaments extraordinaires, et il est rédigé pour une personne exerçant une fonction militaire (et pouvant aussi être une femme) par son supérieur, dans le cas de la mobilisation ou de la guerre, que cette personne se trouve au front ou à l'arrière-front, qu'elle soit ressortissant actif de l'armée, officier, soldat de reserve ou volontaire.

L'exigence de la loi qu'un supérieur rédige le testament n'est pas conforme à la situation de guerre qui peut exiger que le médecin, même s'il n'a pas de grade, rédige un testament militaire pour un soldat gravement blessé ou gravement malade.

Les lois sur l'héritage ne règlementent pas la procédure avec le testament rédigé (sa garde), sa validité dans le cas oú le testateur aurait perdu sa capacité contractuelle etc.

En attendant que le législateur formule de manière plus complète les normes sur le testament militaire il est indispensable d'interpréter les normes en vigueur de manière extensive.

Mots clé: *Le testament militaire. - La mobilisation. - La guerre. - La rédaction du testament. - La garde du testament.*

UDK-341:342.4(497.1)
Прегледни чланак

Ђорђе Ђурковић,
саветник Савезног уставног суда

МЕСТО МЕЂУНАРОДНОГ УГОВОРА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ САВЕЗНЕ РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ

Полазећи од одредбе члана 16. став 2. Устава СРЈ, по којој су међународни уговори који су потврђени и објављени у складу са уставом и општеприхваћена правила међународног права саставни део унутрашњег правног поретка и од одредбе члана 124. став 1. тачка 2. тога устава, по којој Савезни уставни суд одлучује о сагласности закона с Уставом СРЈ и потврђеним и објављеним међународним уговором, аутор се у овом чланку бави одређивањем места међународног уговора у правном поретку СРЈ. Аутор закључује да међународни уговор стоји, на лествици правних аката, изнад савезног закона, али и да међународни уговор не може бити противан Уставу СРЈ. Савезни уставни суд, стога, може оцењивати сагласност међународног уговора с Уставом СРЈ.

Кључне речи: *Међународни уговор. - Савезни закон. - Устав. - Сагласност.*

Устав Савезне Републике Југославије (1) изричито утврђује - по први пут у нас - да су међународни уговори који су потврђени и објављени у складу са уставом и општеприхваћена правила међународног права саставни део "унутрашњег правног поретка".

Иако је међународни уговор био и за важења Устава СФРЈ из 1974. године саставни део правног поретка земље, тек Устав СРЈ недвосмислено утврђује такво место и значај међународног уговора у правном поретку земље. То да је међународни уговор био и по Уставу из 1974. године саставни део правног поретка СФРЈ исходило је из одредбе члана 210. став 2. тога устава, по којој су судови непосредно примењивали међународне уговоре који су објављени. Као део домаћег права, међународни уговор био је: закон - ако је ратификован законом; подзаконски акт (уредба) - ако је ратификован уредбом Савезног извршног већа.

Несумњиво је да међународни уговор добија, по Уставу СРЈ, посве друго место и значај него што га је имао за важења ранијег устава. То произлази не само из наведеног одређења Устава СРЈ о међународном уговору као делу "унутрашњег правног поретка", него и из одредбе

(1) Члан 16. став 2.

Устава (2) по којој Савезни уставни суд одлучује о сагласности закона, других прописа и општих аката са Уставом Савезне Републике Југославије и са потврђеним и објављеним међународним уговорима. Друкчије место и значај међународног уговора у правном поретку СРЈ произлази и из тога што Устав СРЈ - што није био случај с Уставом из 1974. године - јемчи човеку и грађанину не само слободе и права утврђена Уставом СРЈ, већ и слободе и права која признаје међународно право (3). Управо то што Устав СРЈ јемчи слободе и права човека и грађанина која признаје међународно право, најбоље показује да међународни уговор (и општеприхваћена правила међународног права) има много већи значај него што га је имао по Уставу из 1974. године.

То што Савезни уставни суд одлучује, по Уставу СРЈ, о сагласности закона, других прописа и општих аката не само с Уставом СРЈ већ и са међународним уговорима, довољно је за закључак да смо суочени с једним новим значајем и местом међународног уговора у правном поретку земље и потребом преиспитивања схватања која у нас о томе питању постоје.

Уставни суд Југославије није, по Уставу из 1974. године, одлучивао о сагласности закона, другог прописа и општег акта с међународним уговором. Тај суд одлучивао је, кад је реч о закону, само о томе да ли је закон у складу с Уставом СФРЈ. Но, и за важења тога устава Уставни суд Југославије био је суочаван са захтевима за оцењивање сагласности и закона и других прописа и општих аката с међународним уговорима. Стога се је Уставни суд Југославије бавио, у своје време, тим питањем не само у одређеном спору, већ и начелно. По схватању Уставног суда Југославије, ратификован међународни уговор био је подложан оцењивању уставности. Другим речима, Уставни суд Југославије сматрао је да може оцењивати да ли је међународни уговор (ратификован и објављен) у складу с Уством СФРЈ. При томе је, имајући у виду да је међународни уговор двостран, а, неретко, и вишестран акт, стао на становиште: кад треба оценити да ли је међународни уговор у складу с Уставом СФРЈ, Уставни суд Југославије оцењује, у ствари, акт којим је одређен међународни уговор ратификован: закон о ратификацији, односно Уредбу СИВ-а којом је ратификован одређен међународни уговор. Уставни суд Југославије није, дакле, проглашавао противуставним сам међународни уговор (или поједине одредбе уговора), већ акт о ратификацији којим је ратификован међународни уговор који због нечега није у складу с Уставом СФРЈ. Уколико је међународни уговор био ратификован законом, Уставни суд Југославије утврђивао је да закон о ратификацији, делом или у целини, није у складу с Уставом. С обзиром на одредбе члана 384. Устава из 1974. године о дејству одлуке о неуставности закона, закон о ратификацији морао је бити усклађен с Уставом у року утврђеном тим уставним одредбама. Уколико није био усклађен с Уставом у утврђеном року, Уставни суд Југославије утврђивао је, новом одлуком (тзв. друга одлука) престанак важења закона о ратификацији међународног уговора. Уставни суд Југославије није, дакле, гледано формално, изрицао одлуку којом утврђује да међународни уговор није у скаду с Уставом, без обзира на то што је разлог због

(2) Члан 124. став 1. тачка 2.
(3) Члан 10.

којег закон о ратификацији проглашава неуставним могла бити управо противност међународног уговора Уставу. Закон о ратификацији могао је бити проглашен неуставним како због повреде материјалне уставности, тј. због тога је ратификовао један међународни уговор који је противан Уставу, тако и због формалне неуставности. Уколико је међународни уговор који је по оцени Уставног суда противан Уставу био ратификован уредбом СИВ-а, акт о ратификацији уговора био је поништаван, односно укидан, као и сваки други општи акт који није у складу с Уставом или са савезним законом (4).

Уставни суд Југославије није, за важења Устава из 1974. године, одлучивао о томе да ли је савезни закон у складу с потврђеним и објављеним међународним уговором. Становиште Уставног суда било је - ако је постављено питање сагласности савезног закона с међународним уговором - да међународни уговор нема предност у поређењу са савезним законом. Уставни суд Југославије сматрао је да су савезни закон и међународни уговор ратификован законом - савезни закони, закони исте правне снаге. Будући закони исте правне снаге, супротност савезног закона с међународним уговором има се решавати по начелу lex specialis derogat lex generali, lex posteriori derogat lex priori. Пошто је Уставом из 1974. године било утврђено да Уставни суд Југославије одлучује о сагласности закона с Уставом, то супротност између закона о ратификацији међународног уговора и савезног закона није била разлог за изрицање одлуке о томе да савезни закон није у складу с међународним уговором. За Уставни суд Југославије то је био само случај несклада у правном поретку, који захтева да буде отклоњен. Уставни суд Југославије указивао је на то Скупштини СФРЈ, у складу са његовом функцијом праћења појава од интереса за остваривање уставности и законитости, предлогом да се уочен несклад између савезног закона и међународног уговора отклони делатношћу савезног законодавца. Друкчије је било кад је постављено питање супротности републичког закона с међународним уговором. Уставни суд одлучивао је, у томе случају, да ли је републички закон у супротности с међународним уговором, исто онако како је одлучивао о супротности републичког закона са савезним законом. Другим речима, ако је нашао да је републички закон супротан међународном уговору, Уставни суд Југославије изрицао је то мериторном одлуком, која је републичког законодавца обавезивала на отклањање супротности републичког закона са међународним уговором.

Сагласност других прописа и општих аката с међународним уговором Уставни суд Југославије оцењивао је само ако је међународни уговор био ратификован законом. Та пракса била је заснована на одредбама Устава СФРЈ из 1974. године по којима Уставни суд Југославије одлучује о законитости других прописа и општих аката (5), тј. о томе да ли су прописи и општи акти у складу са савезним законом. Пошто је одлучивао о законитости других прописа и општих аката, разумљиво је што је Уставни суд Југославије одбијао да одлучује о сагласности тих аката с међународним уговором ратификованим уредбом СИВ-а, будући да не одлучује о сагласности прописа и општих аката с уредбом

(4) Документација Уставног суда Југославије.
(5) Члан 375. став 1. тач. 3. и тач. 4.

СИВ-а, као подзаконским актом. Међународни уговор ратификован уредбом СИВ-а био је, дакле, за Уставни суд Југославије подзаконски акт, уредба СИВ-а, акт чија снага, стога, није равна правној снази закона.

По први пут у пракси уставног судства у нас, Савезни уставни суд оцењиваће, дакле, не само о томе да ли је закон, други пропис и општи акт у складу с Уставом СРЈ, већ и о сагласности закона, другог прописа и општег акта с потврђеним и објављеним међународним уговором.

И, као што је већ напоменуто, о новом месту међународног уговора у правном поретку земље најбоље говори одредба Устава СРЈ по којој Савезни уставни суд одлучује о томе да ли је закон, други пропис и општи акт у складу не само с Уставом и савезним законом, већ и с међународним уговором.

Међународни уговор постаје не само део "унутрашњег правног поретка", већ и нешто више од акта који је део унутрашњег правног поретка. Међународни уговор добија, по Уставу СРЈ, значај савезног закона, који, по правној снази, стоји изнад сваког другог, па и изнад савезног закона. Јер, ако је Уставом СРЈ утврђено да Савезни уставни суд одлучује о сагласности закона с међународним уговором, то значи да је тај уговор, по његовој правној снази, изнад закона. Место међународног уговора у правном поретку одређује, дакле, најјасније, управо чињеница што сваки домаћи закон, па и савезни закон, мора бити у складу с међународним уговором. При томе, гледано са становишта надлежности Савезног уставног суда да одлучује о томе да ли је закон у складу с међународним уговором, ваља напоменути да је реч само о оном међународном уговору који закључује, сагласно својим надлежностима утврђеним Уставом СРЈ, Савезна Република Југославија, односно њени органи. Јер, међународне споразуме закључује, сагласно одредби члана 7. Устава СРЈ, и република-чланица СРЈ, у границама надлежности републике, утврђене уставом републике. То значи да Савезни уставни суд неће одлучивати о сагласности закона, другог прописа и општег акта са сваким, већ само с оним међународним уговором који је закључила Савезна Република Југославија. Сагласност закона, другог прописа и општег акта с међународним уговором који је закључила република-чланица СРЈ оцењиваће, разуме се, уставни суд републике-чланице СРЈ. Међународни уговор има речено место у правном поретку земље независно од чињенице што Устав СРЈ (Одељак VI - уставност и законитост) нема, формално, одредбе о томе да закон мора бити у складу не само с Уставом већ и с међународним уговором. Чињеница што одредба Устава СРЈ о надлежности Савезног уставног суда утврђује да тај суд одлучује и о сагласности закона с међународним уговором, говори о томе да закон мора бити у складу и с међународним уговором, независно од тога што одредбе члана 115. Устава СРЈ не говоре о томе. Оцењивање сагласности закона и са међународним уговором значи, по себи, да је међународни уговор у правном поретку СРЈ акт чија је правна снага јача од правне снаге домаћег закона; да у хијерархији нормативних аката стоји изнад закона земље.

За разлику од времена у којем је важио Устав СРФЈ, данас се морамо сагласити с тим да међународни уговор (ратификован и објављен) има "примат над домаћим правом". О томе за важења Устава из 1974. године није било сагласности. Па, и сама пракса Уставног суда

Југославије, који је одбијао да одлучује о томе да ли је савезни закон противан међународном уговору, значила је да Уставни суд Југославије сматра, имплиците, да међународни уговор нема примат над савезним законом. У то време било је схватања по којима међународни уговор има предност пред сваким домаћим, што ће рећи: и пред савезним законом. Тако је, нпр., Ј. Ђорђевић (6) писао: "У најновијој правној теорији преовлађује мишљење да уговорно (и ратификовано) међународно право обавезује и не може да се мења или укида обичним законом. Уставни суд би имао да пружи подршку уговору у односу на закон". Али, кад говори о примату међународног уговора, Ј. Ђорђевић говори о "примату законом ратификованог међународног уговора у односу на републички/покрајински закон". Не, дакле, и о примату међународног уговора над савезним законом. Б. М. Јанковић (7) сматрао је да из Устава из 1974. излази да се у нашој земљи поштује и мора примењивати примат међународног права заснованог на Повељи УН. Б. М. Јанковић наводи, кад говори о односу међународног и домаћег ("државног") права, пример Француског устава из 1947. године, који међународном уговору даје јачу правну снагу него домаћим законима, члана VI Устава САД, по којем ће тај устав, као и "они закони који ће се од сада доносити, сви склопљени уговори или они који ће бити склопљени у име САД", бити "врховни закон земље". Тиме је у САД, по Б. М. Јанковићу, изједначено домаће и међународно право. По члану 10. Италијанског устава, домаће право усклађује се с општепризнатим прописима међународног права. С. Аврамов (8) сматра да је неприхватљиво становиште о апсолутном примату међународног права, иако је изражена тенденција управо примата међународног права. Р. Марковић и В. Кутлешић истичу да у хијерархији нормативних аката међународни уговори "стоје испред закона земље". Овде неће бити теоријског разматрања о питању односа између међународног уговора и савезног закона. Биће довољно, за сврху овог рада, указивање, само, на схватања о томе. Зато се овде и не чини ни покушај довођења у питање вредности изложених схватања, макар овај текст и не био увек и у свему, сагласан с изложеним схватањима о месту међународног уговора у правном поретку земље. То нарочито онда кад се постави питање односа између међународног уговора и Устава СРЈ. Кад је реч о томе да међународни уговор стоји изнад домаћег закона, ваља рећи да у Савезном уставном суду већ има схватања по којима међународни уговор не стоји изнад домаћег закона, тј. изнад савезног закона. То схватање образлаже се, углавном, тиме што се међународни уговор у СРЈ ратификује законом. Пошто је акт о ратификацији међународног уговора закон, и пошто, по Уставу Савезне Републике Југославије, нема савезног закона чија је правна снага јача од неког другог савезног закона, то, по томе схватању, ни међународни уговор није изнад савезног закона. Али, у Савезном уставном суду има и схватања по којима међународни уговор стоји изнад савезног (и републичког, разуме се) закона.

(6) Ј. Ђорђевић, *Уставно право*, Београд, 1976, стр. 780.

(7) Проф. др Бранимир Јанковић, *Међународно јавно право*, Београд, "Научна књига", 1974, стр. 12.

(8) С. Аврамов, *Међународно јавно право*, Београд, "Савремена администрација", 1963, стр. 35.

Тешко да се ваљаним разлозима може оспорити да је значење одредбе члана 124. став 1. тачка 2. Устава СРЈ: међународни уговор је, по правној снази, изнад савезног закона. Ако у правном поретку постоји норма с којом нека друга норма мора бити у складу, сигурно је да је реч о две норме неједнаке снаге, о једној "вишој" и једној "нижој" норми. У случају међународног уговора и савезног закона, то значи да је међународни уговор акт јаче правне снаге од правне снаге савезног закона. Више место међународног уговора у хијерархији општих правних норми не исходи, дакле, из одредбе о међународном уговору као саставном делу унутрашњег правног поретка земље, већ управо из оне норме Устава која Савезном уставном суду ставља у надлежност да оцењује да ли је закон сагласан с међународним уговором. То што је међународни уговор "део унутрашњег правног поретка" не би томе уговору давало по себи јачу правну снагу од правне снаге домаћег закона. Унутрашњи правни поредак захтева да норме које га чине буду у складу једна с другом. Ако таквог склада нема, то намеће обавезу да он буде успостављен онда кад је нарушен. Али, из тога што је правни поредак склад општих норми, још не исходи да једна од норми у поретку престаје важити само зато што није у складу с неком другом нормом поретка. Кад настане несклад у правном поретку, кад поредак буде нарушен, нарочито у случају несклада између две норме једнаке правне снаге, постоји обавеза законодавне власти да тај несклад отклони, онда кад је у питању несклад између норми једнаке правне снаге. Делатност уставног суда захтева се само у случају несклада у правном поретку који значи несагласност норме "ниже" с нормом "више" правне снаге. Уставни суд није овлашћен да делује на успостављање нарушеног правног поретка онда када је поредак нарушен због несклада између две норме чија правна снага није једнака. Не би се, дакле, из тога што је међународни уговор "део унутрашњег правног поретка" могло закључити да је међународни уговор изнад савезног закона ако се не би имала у виду одредба Устава по којој закон мора бити у складу не само с Уставом, већ и с међународним уговором. О месту међународног уговора у правном поретку земље може се закључивати само на основу одредбе Устава која Савезни уставни суд овлашћује да одлучује и о томе да ли је закон у складу и с међународним уговором. Само из тога излази да је међународни уговор изнад савезног закона.

Одредбама Одељка VI Устава СРЈ утврђено је да савезни закони, закони република-чланица и сви други прописи и општи акти морају бити сагласни с Уставом СРЈ, а закони, други прописи и општи акти у републици-чланици морају бити сагласни и са савезним законом. Али, ако Савезни уставни суд одлучује и о томе да ли је закон сагласан с међународним уговором, онда се, поводом тих уговора, постављају одређена питања.

Ако закон мора бити сагласан не само с Уставом него и с међународним уговором, поставља се питање да ли то значи да је међународни уговор - бар кад је реч о слободама и правима човека и грађанина - раван, по правној снази, Уставу. То се питање логично поставља. Јер, ако један општи правни акт какав је закон мора бити сагласан с Уставом, али и с међународним уговором, онда би се, формално узето, основано имало закључити да је реч о две норме једнаке правне снаге. Другим

речима, то би значило да су Устав и међународни уговор једнаке правне снаге. Али, то може значити и (само) то да је међународни уговор изнад закона, али да није раван Уставу. У расправама у Савезном уставном суду изражено је мишљење да међународни уговор, ни у којем случају, није раван Уставу; још мање: да је изнад Устава.

Ако је међународни уговор раван Уставу, то би имало значити да се по Уставу СРЈ - за разлику од Устава из 1974. - не допушта оцењивање сагласности међународног уговора с Уставом. Оцењивање сагласности једне норме с другом значи, са становишта судске контроле уставности и законитости, оцењивање сагланости "ниже" норме с "вишом". Отуда, нема оцењивања да ли су две норме исте правне снаге у складу једна с другом - оцењивања које врши уставни суд. Могућан несклад општих норми једнаке правне снаге релевантан је само са вредносног становишта, али не и са становишта оцењивања уставности и законитости општих норми. Зато је посве разумљиво да уставном суду не припада да оцењује сагласност двеју норми једнаке правне снаге, бар не меритор-ном одлуком у поступку контроле уставности и законитости. Друкчије речено, Савезни уставни суд не би могао оцењивати да ли је међународни уговор у складу с Уставом СРЈ. Такво становиште већ постоји: "... нови устав не предвиђа да је Савезни уставни суд надлежан да оцењује сагласност потврђеног и објављеног међународног уговора са Уставом Савезне Републике Југославије (9)".

Схватање да Савезни уставни суд не оцењује сагласност међународног уговора с Уставом СРЈ било би основано само у случају да је међународни уговор одиста раван Уставу СРЈ. А то схватање није могућно примити, нити се чини основаним. Из тога што Устав међународни уговор ставља изнад закона још не следи (ма колико изгледало, гледано формално, да је то тако) да је међународни уговор раван Уставу и да због тога не долази у обзир да се у судској контроли уставности оцењује да ли је међународни уговор раван Уставу СРЈ. То што Савезни уставни суд одлучује о томе да ли је закон сагласан с међународним уговором, не значи ништа више него то да закон мора бити у складу не само с Уставом, него и с међународним уговором. Али, то не значи да је међународни уговор раван Уставу и да зато није допуштено оцењивати да ли је уговор сагласан с Уставом.

Иако још 1958. године, пре увођења уставног судства у Југославији, у нас се је М. Бартош (10) бавио, посредно, питањем уставности међународног уговора, тј. питањем уставности ратификације међународног уговора. М. Бартош је истицао да је становиште новијих писаца, које "данас преовлађује у међународној литератури", да противуставна ратификација није пуноважна и да повлачи ништавост уговора који је противуставно ратификован. Истина, М. Бартош је сматрао, углавном, да је допуштено оцењивање само формалне уставности међународног уговора, што ће рећи саме ратификације, али не и материјалне уставности међународног уговора. Макар и у томе обиму, М. Бартош није искључивао оцењивање уставности међународног уговора. Он је посе-

(9) Устав СРЈ, Београд, "Службени лист СРЈ", 1922, Напомена приређивача, стр. 74.

(10) Др Милан Бартош, *Међународно јавно право*, III, Београд, "Култура", 1958, стр. 220-234.

бно истакао становиште Комисије УН за међународно право, која је "веома стручно бранила тезу о ништавности противуставне ратификације", што је, и по његовом мишљењу, исправан став. Иако би то становиште било усвојено, ако би се оцењивање уставности међународног уговора свело само на питање да ли је ратификација обављена у складу с Уставом, и то би значило да оцењивање уставности међународног уговора не долази у питање.

Устав једне суверене земље не може допустити да међународни уговор буде исте правне снаге као и устав, односно искључити могућност оцењивања сагласности међународног уговора с уставом земље. Из појма устава као највишег правног акта једне суверене земље излази, уосталом, да су сви други акти, па били то и међународни уговори које земља потпише, испод устава земље. У противном, то би значило допустити да се устав земље мења међународним уговором. И не само то: пошто међународни уговор закључује извршна власт, то би значило да извршна власт - без обзира на то што међународни уговор ратификује законодавна власт, чије је право и да мења устав - стварно мења устав закључењем међународног уговора. Ма како земља поштовала међународне уговоре, међународно право уопште, не може се допустити да њен устав буде мењан једним међународним уговором. Земља може, ако то међународне обавезе које је примила захтевају, изменити устав. Чини се да обрнуто није могуће, у једној сувереној земљи. Мора се имати у виду, на крају, да је држава, и при закључењу међународног уговора, ограничена сопственим уставом, да може чинити само оно што јој њен устав допушта. Држава не сме, позивајући се на међународно право, кршити свој устав. Ако то, ипак, учини, дужност је уставног суда да каже, у томе случају, да држава крши устав. По једном становишту, нпр., Врховног суда САД (11), "ниједан уговор не може учинити ваљаним акт Конгреса који крши одредбе првих десет амандмана (Bil of Rights)". Врховни суд САД није, истина, у томе случају, оцењивао уставност међународног уговора, већ уставност једног акта домаћег права који је - по оцени Врховног суда - кршио одредбе првих десет амандмана на Устав САД позивајући се на обавезе које су САД преузеле међународним уговором. Па, ипак, Врховни суд САД рекао је, макар и посредно, да ни међународни уговор не може кршити Устав САД. А то значи, како каже Р. Марковић (12), да је могуће тврдити да су међународни уговори, и закони "донесени на основу њих", подложни судском оцењивању уставности.

Признавати (и јемчити) слободе и права која признаје међународно право није исто што и признавати да међународни уговор (међународно право) стоји на истој степеници с уставом. То може значити само највише поштовање међународног права. Ништа мање, али ни ништа више од тога. Не чини се, дакле, да се може примити схватање по којем међународни уговор не подлеже, у СРЈ, судској контроли уставности.

---

(11) Мр Ратко Марковић, *Покретање уставног спора о уставности нормативних аката*, Београд, "Савремена администрација", 1973, стр. 93.

(12) Мр Ратко Марковић, *Покретање уставног спора о уставности нормативних аката*, Београд, "Савремена администрација", 1973, стр. 93.

Иако Савезни уставни суд одлучује о сагласности закона с међународним уговором, Уставом није изричито утврђено (као кад се оцењује сагласност закона, другог прописа и општег акта с Уставом СРЈ или савезним законом) шта је последица одлуке Савезног уставног суда о противности закона међународном уговору.

Одредбама члана 130. Устава СРЈ утврђено је 1) да одредбе устава републике-чланице СРЈ које по одлуци Савезног уставног суда нису у складу с Уставом СРЈ престају важити после шест месеци од дана кад је та несагласност утврђена, ако у томе року несагласност устава републике-чланице с Уставом СРЈ не буде отклоњена; 2) да закон (односно поједине одредбе закона), други пропис и општи акт који по одлуци Савезног уставног суда није у складу с Уставом СРЈ или савезним законом престаје важити даном објављивања одлуке Савезног уставног суда о томе. Ни одредбе тога члана, као ни друге одредбе Устава СРЈ, не говоре о последици одлуке Савезног уставног суда којом је утврђено да закон није у складу с међународним уговором. Логично је, стога, поставити питање: шта је судбина закона који није у складу с међународним уговором; тј. да ли такав закон престаје важити даном објављивања одлуке Савезног уставног суда о томе.

Из тога што одредбе члана 130. Устава СРЈ не помињу међународни уговор није основано закључити да је последица несклада између закона и међународног уговора друкчија него што је последица несклада закона с Уставом. Ако закон мора бити у складу с међународним уговором, то значи да су последице несклада о којем је реч исте као последице несклада закона с Уставом. То је дух Устава СРЈ о уставности и законитости, о судској контроли уставности и законитости и о последицама одлуке Савезног уставног суда о утврђеној неуставности, односно незаконитости опште норме. Нови Устав СРЈ не познаје друге последице одлуке Савезног уставног суда о неуставности, односно о незаконитости осим оних из одредаба члана 130. тога устава. Стога се чини да је основано закључити: одредба закона која није у складу с међународним уговором престаје важити, као и одредба закона која није у складу с Уставом. Друкчије становиште о томе не изгледа основано. Ако би се стало на друкчије становиште о последици одлуке о несагласности закона с међународним уговором, оно би се могло заснивати једино на граматичком тумачењу Устава; дакле, на непотпуном тумачењу Устава. Дух је Устава СРЈ - као што је речено - да међународни уговор стоји изнад савезног закона у хијерархији правних аката. Отуда, једна норма која није у складу с неком нормом која је изнад ње, не може опстати у правном поретку. Друкчије речено, та норма мора престати важити: онда кад надлежни орган утврди да она није у складу с неком нормом која у правном поретку стоји изнад ње. Одредбе закона који није у складу с међународним уговором престале би, стога, да важе даном објављивања одлуке Савезног уставног суда којом је утврђено да закон није у складу с међународним уговором. Питање последица одлуке о томе да закон није у складу с међународним уговором решено је, мада посредно, одредбама члана 81. Закона о Савезном уставном суду. Тим одредбама наведеног закона прописано је: свако коме је коначним или правноснажним појединачним актом донесеним на основу закона, другог прописа или општег акта за који је одлуком Савезног уставног

суда утврђено да није у складу с Уставом СРЈ, потврђеним и објављеним међународним уговором или савезним законом, има право да од надлежног органа захтева измену појединачног акта.

Међународни уговори ратификовани су, до Устава од 27. априла 1992, законом, а, неретко, и уредбом СИВ-а. По одредби члана 78. тачка 4. Устава СРЈ, "међународне уговоре из надлежности Савезне Републике Југославије" потврђује Савезна скупштина. Ако је, дакле, ратификација међународних уговора које закључи СРЈ у надлежности Савезне скупштине, то значи да се потврда тих уговора има вршити законом. Међународни уговор постаје, ратификацијом, као "део унутрашњег правног поретка" - закон. Истина - закон, али - закон који је јаче правне снаге него други савезни закон.

Стварност је и нове Југославије да део њеног правног поретка представљају не само уговори које СРЈ убудуће закључи, већ и они међународни уговори који су закључени за важења Устава СРФЈ, било да су ратификовани законом, било уредбом СИВ-а. Нова Југославија признаје важност уговора које је закључила "друга" Југославија. Ако закон мора бити у складу с међународним уговором, ако је међународни уговор закон, и ако Савезни уставни суд одлучује о сагласности закона, другог прописа или општег акта с Уставом, међународним уговором и законом, поставља се питање да ли то значи да ће Савезни уставни суд оцењивати сагласност закона, другог прописа и општег акта и с оним међународним уговором који је ратификован уредбом СИВ-а и који, стога - није закон. Савезни уставни суд може одлучивати о сагласности закона, другог прописа и општег акта само с оним међународним уговором који је ратификован законом. Оцењивати сагласност закона с међународним уговором који је ратификован уредбом значило би, пре свега, оцењивати сагласност једне норме више правне снаге с нормом чија је правна снага испод правне снаге норме коју треба оценити. Осим тога, то би значило нешто што је у супротности са самом суштином судске контроле уставности и законитости: оцењивањем да ли је закон у складу с уставом и законом. У природи је судске контроле да оцењује сагласност општих аката с уставом и законом. Судска контрола уставности и законитости не обухвата контролу сагласности, односно несагласности општег акта с подзаконским актом. Оцењивати сагласност закона с међународним уговором значило би, правно гледано, оцењивати сагланост једног закона с подзаконским актом. То није дух Устава, ма како Устав давао велик значај међународном уговору.

Нека од становишта Уставног суда Југославије о међународном уговору имају и данас вредност. То се тиче, пре свега, становишта по којем и међународни уговор подлеже контроли уставности (формалној, али и материјалној). Формално узето, та контрола би обухватала закон, односно уредбу о ратификацији међународног уговора. Судска одлука не би, формално, задирала у одредбе међународног уговора, већ у одредбе акта о ратификацији.

Последица одлуке о неуставности међународног уговора, тј. неуставности акта о ратификацији, била би, како у случају формалне тако и у случају материјалне неуставности - како је говорио М. Бартош - ништавост уговора. Реч је, разуме се, о ништавости са становишта дејства једног уговора у земљи. Уговор би био ништав за нашу земљу -

све док се не отклоне разлози због којих је уставни суд огласио противним уставу акт о ратификацији међународног уговора.

Данас не долази у обзир схватање Уставног суда Југославије по којем је међународни уговор који је ратификован законом раван, по правној снази - закону. Јер, упркос томе, суочени смо с једном уставном стварношћу: да је међународни уговор изнад закона.

(Примљено 9. марта 1993)

Dr. Đorđe Đurković,
Counselor, Federal Contitutional Court, Belgrade

POSITION OF INTERNATIONAL TREATY IN THE LEGAL SYSTEM OF THE FEDERAL REPUBLIC OF YUGOSLAVIA

Summary

Although in the period of validity of the 1974 SFR of Yugoslavia Constitution, international treaty was considered a part of the internal legal order, its significance becam much more prominent in the legal order of the present-day Yugoslavia. The position of international treaty is regulated already in art. 10 of the FR of Yugoslavia Constitution, by which freedoms and rights of man and the citizen are guaranteed by the FR of Yugoslavia which are otherwise recognized by international law. Moreover, the Federal Constitutional Court decides, according to art. 124, paragraph 1, sub-paragraph 2 of the same Constitution, not only whether a federal or republic laws are concordant to the Constitution, but also to international treaties. In such a way treaty is above all domestic law, and above a federal law, too.

International treaty as a component part of legal order of the FR of Yugoslavia, however, is not at the same level with the Constitution, regardless of the fact that a law must be in concordance to a treaty, too. A treaty, namely, has to be of such a character because it is a part of internal order, but that predominance of the treaty over a federal law does not amount to its being equal to the latter. A treaty also is subject to assessing its constitutionality, which is done by mentioned Court. A federal law in discord with confirmed and published international treaty shall cease to be valid on the ground of a decision of the Court finding the above fact, on the day of making public the decision of the Federal Constitutional Court.

Key words: *International treaty. - Position in internal law. - Constitutionality of a treaty. - Constitutional Court.*

Đorđe Đurković,
conseiller du Tribunal Constitutionnel Fédéral

LA POSITION DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE DE LA RÉPUBLIQUE FÉDÉRALE DE YOUGOSLAVIE

Résumé

Bien que, même lorsque la Constitution de 1974 était en vigueur, les instruments internationaux aient fait partie du droit national, dans le système juridique de la

République Fédérale de Yougoslavie, il sont beaucoup plus importants et ils occupent une position beaucoup plus importante par rapport à l'ordre juridique de la République Socialiste Fédérative de Yougoslavie. La postition des instruments internationaux dans le système juridique de la Republique Fédérale de Yougoslavie découle déjà de la disposition de l'article 10 de la Constitution de la R.F.Y. aux termes de laquelle la R.F.Y. reconnaît et garantit les libertés et les droits de l'homme et du citoyen reconnus par le droit international. La disposition de l'art. 124, par. 1, point 2 de la Constitution de la R.F.Y. témoigne de manière plus éloquente encore de la position des instruments internationaux dans le système juridique de la R.F.Y. Aux termes de cette disposition, le Tribunal Constitutionnel Fédéral décide non seulement de la conformité de la loi (fédérale, républicaine) à la Constitution de la R.F.Y, mais aussi de sa conformité aux instruments internationaux déjà confirmés et publiés. Si la loi doit être conforme non seulement à la Constitution de la R.F.Y., mais aussi aux instruments internationaux, cela démontre que l'instrument international passe avant toutes les lois nationales, et même avant toutes les lois fédérales.

Les instruments internationaux, en tant que partie intégrante de l'ordre juridique de la R.F.Y., ne sont cependant pas, de par leur force, au même niveau que la Constitution de la R.F.Y., bien que la loi dusse être conforme aussi aux instruments internationaux. Justement en raison du fait qu'il fait partie de l'ordre juridique de la R.F.Y., l'instrument international doit être conforme à cette Constitution. Le fait que l'instrument international ait une force juridique plus grande que la loi fédérale ne signifie pas que l'instrument international est au même niveau que la Constitution de la R.F.Y. Etant donné qu'il fait partie de l'ordre juridique interne et qu'il doit être conforme à la Constitution de la R.F.Y., cela signifie que l'instrument international, bien qu'il soit supérieur à la loi fédérale est soumis lui aussi à l'évaluation de la constitutionnalité par le Tribunal constitutionnel fédéral. La loi fédérale qui n'est pas conforme aux instruments internationaux confirmés et publiés (c'est-à-dire certaines dispostitions de la loi fédérale, et aussi de la loi de la république-membre) cesse d'être en vigueur, aux termes de la decision du Tribunal Constitutionnel Fédéral qui a établi que la loi fédérale (ou une autre loi) n'est pas conforme aux instruments internationaux, et cette décision entre en vigueur le jour de la publication de la décision du Tribunal Constitutionnel Fédéral sur la non conformité de la loi fédérale aux instruments internationaux confirmés et publiés.

Mots clé: *Instrument international. - Loi fédéral. - Constitution. - Accord.*

др Владан Кутлешић,
Београд

ФЕДЕРАЦИЈА ИЛИ КОНФЕДЕРАЦИЈА ПО УСТАВУ СРЈ

I

Ван спора је потреба да се, иако истина са кратке временске дистанце, анализирају решења Устава Савезне Републике Југославије са теоријске и практичне стране и да се укаже на његове евентуалне недостатке и потребу промене.

Но, пре тога је потребно учинити извесне суштинске и методолошке ограде које су претпоставка научној расправи, а које би можда за неко друго време од онога у коме смо, биле сувишне.

Прво, ова расправа се, ако претендује да буде научна, мора еманциповати од политике. Наиме, протекли период од доношења Устава СРЈ карактерише обиље расправа политичке и политикантске природе, чији су главни учесници управо нека најпознатија имена наше науке, у складу са формалним или неформалним функцијама које су заузеле у политичким партијама и државним органима. Ова претпоставка је неопходна не само зато што је сфера политике ван науке (јер се наука не бави аксиолошком страном стварности), већ и због тога што су наступи учесника са становишта политичких програма и опција којима припадају онемогућили постизање циља научног разматрања. Полазећи од тога, овај прилог се неће бавити сфером политике коју чини оцена и преиспитивања полазних вредности и циљева овог Устава, које су утврдиле владајуће политичке снаге у време његовог доношења, а које би неке друге политичке снаге у неко друго време утврдиле можда другачије (нпр. федерална, или унитарна држава, република или монархија, подела или јединство власти, низ питања економског уређења и сл.). Ово посебно због тога што је са научног становишта потпуно једнако о ком се облику државе, облику владавине или облику организације власти ради.

Дакле, циљ овог прилога је да уз изнете ограде, покуша одговорити на питање који су стручни недостаци Устава СРЈ у погледу концепције облика државе, какав је њихов квалитет, да ли постоји и каква је узрочна веза између актуелних проблема у функционисању органа федерације и текста Устава и да ли постоји стручна потреба његове промене.

II

Анализирајући до сада изнете и могуће стручне приговоре на текст Устава, већ на први поглед може се уочити да се ради о две групе тих примедаба. У првој се налазе приговори и примедбе који имају заједничку одлику да се тичу решења о облику државе, односно положаја и овлашћења

републике у савезној држави, док је друга група разнородна и односи се на неколико других питања.

Овом приликом задржаћемо се само на наведеној првој групи примедби, с обзиром да су оне концепцијске природе и да због тога имају објективно већи значај.

1. У оквиру тих приговора и примедби издвајају се као посебна скупина, решења из чл. 6, 7 и 17. Устава у којима је одређен положај републике као чланице федерације.

Наиме, у овим одредбама је записано да је република држава, да је суверена, да самостално утврђује организацију власти, да може одржавати међународне односе, оснивати сопствена представништва у другим државама, учлањивати се у међународне организације и закључивати међународне споразуме и да постоји републичко држављанство. Полазећи од изнетог закључује се да се ради о типичним решењима конфедералног типа, а конфедерација или други облик савеза држава се, са једне стране, сматра лошим и неприхватљивим решењем, а са друге стране, поништава се или доводи у питање федерално устројство у низу других одредби Устава.

Оставићемо по страни први закључак из изнете групе примедби, као вредносно-политички, јер за такву шематску, једнострану и искључиву оцену нема научних аргумената у новијој теорији и пракси уставног права (примера ради D. Elazar, "Exploring Federalism", R. Watts, "New federations: Experiment in the Commonwealth", I. Duchacek, "Consociations of fatherlands: The revival of confederal principles and practice"). Наиме, за разлику од класичне теорије и праксе 19-ог и почетка 20-ог века који су имали готово једнодушно негативни став према овим питањима, савремени теоријски приступ и савремена пракса су вредносно уравнотежени, чиме ово питање своде на опредељивање о циљевима, дакле на политичко-социолошко питање.

Због тога је потребно озбиљно размотрити други закључак уз изнете примедбе који имплицира неконзистентност нашег уставног текста у погледу облика државе, односно да наведене одредбе по свом дејству и значају поништавају низ других одредби које установљавају федерални облик државе.

Прво, одређивање чланице федерације као "државе" и постојање републичког држављанства су сами по себи без икаквог правног дејства на уставни положај републике у федерацији, при чему не само да се срећу у компаративној пракси, већ је код држављанства (чл. 17) јасно наглашен приоритет и оргинерност југословенског држављанства, а дејство и значај републичког држављанства сведено на унутрашње оквире и у ванправну сферу.

Друго, при анализи значаја и дејства епитета "суверености" и међународно-правног субјективитета и капацитета република, свесно или несвесно се испушта из вида јасна уставна ограда, садржана у свим овим одредбама, да се ради о питањима у оквиру републичке надлежности, где дакле иначе постоји пуна власт (што је синоним суверености) саме републике, услед чега се ова решења јављају само као друга страна Устава СРЈ, утврђена расподела надлежности. Због тога се чини да би било лошије решење да Савезни устав предвиди добро познату тзв. федералну клаузулу, него да међународне споразуме нпр. из области образовања, културе и сл. (као еминентно републичке надлежности), непосредно извршавају републике. Исто тако чини се да нема оправдања да се део извршних функција из области у надлежности републике, кад су у питању међународни односи, Уставом додељује савезним органима који у тим областима немају ни законодавна, ни судска овлашћења. И овде савремена пракса и теорија регионалног и нецентрализованог удруживања, сарадње и деловања, нарочито у Европи, до краја релативизују крутост и шематизованост ових примедби. На крају, ако се ради само о терминолошкој одиозности епитета "суверености" уз чланицу федерације, очигледно је не само да се не ради о оживљавању

давно превазиђене теорије подељене суверености, чак и суверености уопште, већ да је у питању недоследна и ванправна употреба термина у политичком делу процеса доношења Устава (о томе у III делу прилога).

2. Другу посебну целину чине оне одредбе које се односе на преширока и прејака овлашћења република чланица и њсних органа у процесу доношења одлука савезних органа која производе, како се истиче, конфедерални концепт савезних органа, јер у доношењу савезних одлука директно и непосредно учествују републички органи. Због таквог учешћа републичких органа, посебно се потенцира неједнакост и огромне разлике у свим квантитативним параметрима између две републике. Ове примедбе се односе на чл. 80. (прописани минимум савезних посланика у већу грађана), чл. 81. (потенцијално различит начин избора посланика у Већу република), чл. 90. ст. 3 (2/3-ска већина за одлучивање у Већу република о економским питањима, ако то тражи скупштина једне републике), чл. 92 (привремена примена неусаглашеног закона о економским питањима у тексту који је усвојило Веће република), чл. 97 ст. 3 (релативно обезбеђење републичког кадровског кључа за места председника државе и владе), чл. 135 ст. 2 (Врховни савет одбране у саставу од председника савезне државе и република чланица) и чл. 140 и 141. (ветирајућа улога скупштине републике у поступку промене одређених чланова Устава).

На основу анализе, може се констатовати да је ван спора чињеница да се ради о одступањима од тзв. чистог федерализма, под којим се подразумева теоријски концепт федерализма (који нигде и никада није постојао у пракси). Није спорно ни то да се реална федерална уређења (она која постоје или су постојала у појединим државама у свету), па тако и Устав СРЈ, за потребе компаративне научне анализе оцењују са свог становишта.

Оно што је при анализи ових примедаба спорно јесте свесно или несвесно игнорисање чињенице да се у свим федералним системима оваква одступања јављају (нпр. у вези чл. 80 у САД и Швајцарској, у вези чл. 81 у Швајцарској и Немачкој, у вези чл. 97 у Швајцарској, у вези чл. 140 и 141 у Канади, итд.) услед чега се ствара нетачна слика о природи појединачних решења у облику државе по Уставу СРЈ. С овим у вези интересантно је да они који ове изузетке и одступања у другим државама знају и износе у разматрањима, те изузетке лако правдају и објашњавају одређеним специфичностима тих држава (нпр. историјски разлози у вези настанка тих држава), док у истим или сличним случајевима кад је у питању СР Југославија имају само речи критике, иако се и овде могу пронаћи слични разлози.

Томе треба додати и чињеницу да се у изношењу оваквих закључака увек занемарују целина концепта, односно друга решења Устава СРЈ која не само да модел облика државе Југославије стабилизују, у смислу да га враћају тзв. чистом федерализму, већ управо због стабилизације модела одлазе и с оне стране федерализма, у правцу централизације: нпр. положај и овлашћења савезне владе, извршавање савезних прописа од стране савезних органа, јако широка законодавна надлежност федерације, итд.

Тако свестрано уравнотежено стручно оцењен концепт југословенског федерализма, свакако и даље трпи критику, али овог пута са становишта одговора на питање да ли цео модел може начелно да функционише, односно да ли у Уставу постоје правни механизми који отклањају негативности које носе наведена одступања, односно која те негативности релативизују.

Тако, иако је одступљено од принципа "један човек - један глас" за Веће грађана, ипак није уведен принцип "свака република исти број посланика" - тј. пропорција није укинута већ је смањена са 1:17 на 1:1,3; иако је појачана улога Већа република, оно ипак нема самосталну надлежност или ветирајућу улогу, нити се његове одлуке, кад се разликују од Већа грађана, трајно примењују, већ доводе до распуштања Савезне скупштине после једне године; иако је назначен републички кадровски кључ, он је везан само за места

председника владе и државе, и то *не као обавеза*, већ као уставна препорука која трпи и већ је трпела изузетке; иако је установљен колективни врховни командант, његова улога је везана за начелне одлуке, док је инокосни врховни командант, (у лицу Председника СРЈ) једини овлашћен за доношење појединачних и конкретних одлука војне природе; иако постоји уставни вето, он је везан само за 8 од 144 чланова Устава и то само за оне који обезбеђују овакво федерално устројство Југославије.

Из тих разлога на изнету критику и постављено питање може се одговорити позитивно, односно да модел има уска грла али да може да функционише.

III

Прелазећи са концепцијских разматрања на питање односа Устава СРЈ и актуелне праксе, морамо констатовати да је очигледно и неоспорно да постоји отежан, блокиран или маргинализован рад савезних органа нпр. мали број донетих нових закона којима се Устав СРЈ уводи у примену, немоћ савезне владе, Народне банке Југославије и др. да раде самостално, нарочито у економским и спољно-политичким питањима, итд.

С тим у вези прво се поставља питање да ли су томе узрок поједина решења Устава СРЈ, која представљају оно што смо назвали одступањима од тзв. чистих уставних модела. Одговор на то питање је из више разлога негативан и то: прво, једна група одступања, како је наведено, чисто је психолошко-политичке и терминолошке природе и због тога не може имати никакве директне везе са том праксом, а нарочито не може да у парламентарној и политичкој стварности (пракси) створи нешто што већ пре тих тзв. одступања не постоји; друго, највећи део проблема у пракси уопште нема основа у Уставу, односно није последица коришћења тзв. конфедералних механизама из Устава, већ просто фактичког некоришћења уставних овлашћења (рад Савезне владе, савезних министарстава, Народне банке Југославије и др.); треће, сами савезни органи који су отежани, блокирани или маргинализовани у свом раду, нису користили ни један од механизама за одбрану својих уставних позиција (питање поверења, оставке, уставно-судска оцена, распуштање Савезне скупштине, итд.).

Из свега овога произлази да се узрок наведених појава у пракси налази ван текста Устава СФРЈ (његове концепције и конкретних решења), односно да се налази у сфери односа политичких снага, интереса и циљева. Степен артикулисаности тих интереса, интензитет и организованост њихове појаве очигледно потврђује да они не само реално постоје још пре доношења Устава СРЈ, а данас насупрот њему, него и да су много јачи данас - у примени Устава, него у моменту доношења Устава. Реално је претпоставити чак и то да би политички легитимни захтеви политичких снага за уношење решења која су тзв. одступања од чистог модела федерализма ("конфедерални елементи"), да се данас доноси Устав СРЈ, били много шири и озбиљнији по последицама на његову концепцију, него што сада стварно јесу.

Овим ставом не желим да негирам да право и уставно право може и мора и да мења стварност, а не само да је просто одсликава, већ да укажем још једном на чињеницу да крајња сврха права јесте артикулација, институционализација и сучељавање објективних и реалних интереса и разрешење њима изазваних сукоба, да се ти процеси не би одвијали хаотично, спонтано и ванинституционално.

Полазећи од чињенице да Устав не служи ни сам себи, ни за научна разматрања, већ представља правни инструмент за остваривање циљева које формулишу владајуће политичке снаге у једној држави, не може се говорити о апстрактно стручним потребама за промену овог или било којег устава.

Када је Устав СРЈ у питању, по мом мишљењу, може се говорити једино о потреби промене и побољшања ових решења која смо назвали механизмима за отклањање "уских грла" која стварају та одступања. Но, и за таква преиспитивања је рано јер ти механизми још нису ни били примењени у пракси, да би се оценили као неодговарајући и недовољни. Из тих разлога, нема објективне могућности промена које би ишле у правцу отклањања наведених одступања од тзв. чистог федерализма. Наиме, она се нису у Уставу нашла случајно, већ напротив, она су унета на ултимативни захтев владајућих политичких снага из Црне Горе при доношењу овог Устава, са циљем да се оствари управо такав положај и овлашћења републике.

Штавише, с обзиром да се политички процеси у савезним органима у протеклих годину дана одвијају скоро потпуно републички, биполарно, за шта у Уставу СРЈ (сем Већа република што је и концепцијски оправдано) нема основа, ти процеси чак могу довести до супротне ситуације од наведених критика. Наиме, сада се могу појавити и захтеви наведених политичких снага да се са овом праксом усагласи Устав, управо проширивањем броја и квалитета одступања од тзв. чистог модела федерализма. При томе, и овај исход је бољи него да се флагрантно не спроводи Устав СРЈ тако што савезни органи у свом раду личе на међурепубличке комитете у делу послова где уопште функционишу (економија); а тамо где не функционишу (полиција, спољна политика, уставно-судске оцене итд.) послове обављају само формално и протоколарно.

Другачији исход је могућ само уколико ускоро политички процеси постану трансрепублички и транснационални, тако што ће политичке снаге деловати на целој територији Југославије са становишта својих програма, а не национално и територијално.

(Примљено 2. марта 1994)

Наташа Делић,
асистент-приправник Правног факултета у Београду

УСТАВ САВЕЗНЕ РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ И СМРТНА КАЗНА

Од када је настала као кривична санкција, а већина теоретичара се слаже да је проистекла из крвне освете у првобитној друштвеној заједници, смртна казна никада није губила на својој актуелности. Током целог историјског развоја људске заједнице, проблем смртне казне заокупљао је пажњу теоретичара различитих профила, одувек је била нападана и бранњена, али и егзистирала, одолевајући свим пенитенсијарним и другим кривичноправним реформама, иако очигледно, у себи носи негацију живота и слободе човека.

У теорији је, до сада, изнето мноштво аргумената за и против смртне казне, међутим, новија кривичноправна теорија је правилно усмерила ову полемику, у смислу да је суштинско питање овог проблема, да ли је смртна казна као санкција потребна или не, а не да ли је хумана, јер о хуманости такве казне апсурдно је говорити.

Југословенско послератно кривично законодавство је увек предвиђало смртну казну у систему санкција, а број кривичних дела за која је била прописана мењао се при појединим законодавним реформама, у складу са текућим друштвено-политичким кретањима. "Све до 1959. године осећала се блага тенденција сужавања законских могућности за изрицање смртне казне како у односу на извршиоце, тако и у односу на дела за која је била прописана. Најзначајнији корак у том правцу учињен је Новелом из 1959. године, која је изгледа представљала "lucida intervale" у развоју нашег кривичног права; смањен је број кривичних дела за која се може изрећи, а унета су значајна ограничења у примени смртне казне према млађим пунолетним учиниоцима кривичних дела. Период од 1959. године до 1977. године значио је корак уназад у том погледу; укинута су ранија ограничења да се млађим пунолетницима смртна казна не може изрећи за кривична дела против оружаних снага и човечности и међународног права, а за нека нова кривична дела прописана је ова санкција. Приликом доношења Кривичног закона СФРЈ, настојало се да се прописивање смртне казне за појединa кривична дела усклади са уставном одредбом из чл. 175. ст. 2. Устава СФРЈ, да се ова казна може изузетно прописати и изрећи само за најтеже облике тешких кривичних дела. У том смислу код једног мањег броја кривичних дела укинута је могућност изрицања смртне казне, али је зато ова казна предвиђена за одређен број нових кривичних дела, било у њиховом основном или квалификованом облику. Тако се и у субјективном и у објективном смислу проширивао могући домен примене смртне казне (1)". Судска пракса није користила у великој мери могућности које су јој дате, на основу законске регулативе, за изрицање смртне казне и она је веома ретко била изрицана, а

(1) Љубиша Лазаревић, *Систем кривичних санкција*, "Југословенска ревија за криминологију и кривично право", бр. 2/1987. стр. 32.

још ређе извршавана. Наведена ситуација створила је реалан основ да већина кривичноправних теоретичара сматра да, иако потпуна аболиција смртне казне код нас, на садашњем степену развоја друштвено-економских односа, није могућа, оправдано је очекивати да тенденција квалитативног приступа процесу декриминализације, обухвати и измене на законодавном плану, у смислу сужавања могућности изрицања смртне казне. "Даље сужавање примене смртне казне и њено одумирање у нашем кривичном праву условљено је кретањима у појавним облицима и структури криминалитета и могућностима ефикаснијег сузбијања најтежих кривичних дела другим мерама друштвеног реаговања, тако да се са смањивањем потенцијалних опасности најтежих кривичних дела може очекивати смањивање не само примене ове казне већ и законске претње њеном применом (2)".

Устав Савезне Републике Југославије, проглашен 27.04.1992. године, је у кривичноправној сфери задржао постојећу подељену законодавну надлежност, иако је већи део кривичноправне теорије и праксе очекивао и сматрао неопходним супротно. У том контексту, формулисан је члан 21. Устава, у оквиру другог одељка, под називом "Слободе, права и дужности човека и грађанина", а који се односи на питање смртне казне у кривичном законодавству. Члан 21. Устава СРЈ гласи: "Живот човека је неприкосновен. Смртна казна се не може предвидети за кривична дела која се прописују савезним законом." У сада важећим кривичним законима република, смртна казна је прописана за тешка убиства (чл. 47. ст. 2.) и тешке случајеве разбојничке крађе и разбојништва (чл. 169. ст. 2.), а већи део кривичних дела за која је ова казна сада предвиђена налазе се у савезном кривичном закону. То су: у групи кривичних дела против основа социјалистичког самоуправног друштвеног уређења и безбедности СФРЈ (СРЈ), за основне облике кривичних дела - признавање капитулације и окупације (чл. 115.) и убиство представника највиших државних органа (чл. 122.), а за кривична дела - напад на уставно уређење (чл. 114.), угрожавање територијалне целине (чл. 116.), угрожавање независности (чл. 117.), помагање непријатеља (чл. 120.), подривање војне и одбрамбене моћи (чл. 121.), насиље према представнику највишег државног органа (чл. 123.), оружана побуна (чл. 124.), тероризам (чл. 125.), диверзија (чл. 126.), саботажа (чл. 127.), шпијунажа (чл. 128.), упућивање и пребацивање на територију СФРЈ оружаних група, оружја и муниције (чл. 132.) и удруживање ради непријатељске делатности (чл. 136.), може се изрећи смртна казна само ако је при њиховом извршењу једно или више лица с умишљајем лишено живота, односно ако су нека од тих дела извршена за време рата или непосредне ратне опасности; у групи кривичних дела против човечности и међународног права, смртна казна се може изрећи за кривична дела - геноцида (чл. 141.), ратни злочини против цивилног становништва (чл. 142.), ратни злочини против рањеника и болесника (чл. 143.), ратни злочини против ратних заробљеника (чл. 144.), противправно убијање и рањавање непријатеља (чл. 146.), употреба недозвољених средстава борбе (чл. 148.), међународни тероризам (чл. 155а.), угрожавање лица под међународном заштитом (чл. 155б.) и узимање талаца (чл. 155в.); у групи кривичних дела против оружаних снага, смртна казна се може изрећи за кривична дела - неизвршење и одбијање извршења наређења (чл. 201. ст. 2.), одбијање примања и употребе оружја (чл. 202. ст. 1.), противљење претпостављеном (чл. 203, ст. 2, 3 и 6.), повреда стражарске, патролне или друге сличне службе (чл. 209. ст. 3.), повреда чувања државне границе (чл. 210. ст. 2.), неодазивање позиву и избегавање војне службе (чл. 214. ст. 2. и 3.), самовољно удаљење и бекство из оружаних снага (чл. 217. ст. 3. и 4.), несавесна израда и преузимање војног материјала (чл. 220. ст. 3.), одавање војне тајне (чл. 24. ст. 3.), уколико су извршена за време ратног стања или у случају непосредне ратне опасности, а за кривична дела - противљење претпостављеном (чл. 203.

(2) Мирослав Ђорђевић, *Кривично законодавство и казнена политика*, "Југословенска ревија за криминологију и кривично право", бр. 1-2/1986, стр. 137.

ст. 5.) и напад на војно лице у вршењу војне службе (чл. 206. ст. 4), уколико су праћена умишљајним лишавањем живота неког лица и за тзв. ратна војна кривична дела - прелазак и предаја непријатељу (чл. 227. ст. 1.), неиспуњење дужности за време борбе (чл. 228. ст. 2.), самовољно напуштање дужности за време борбе (чл. 229. ст. 2.), напуштање положаја противно наређењу (чл. 230. ст. 2.), напуштање оштећеног брода или ваздухоплова пре времена (чл. 231. ст. 3.), слабљење борбеног морала и борбене ситуације (чл. 233. ст. 3.), неосигурање војне јединице (чл. 234. ст. 2.) и неиспуњење дужности при спровођењу мобилизације (чл. 236. ст. 2.); у групи кривичних дела против безбедности ваздушног саобраћаја, смртна казна се може изрећи за кривична дела - отмица ваздухоплова (чл. 240. ст. 3.) и угрожавање безбедности лета ваздухоплова (чл. 241. ст. 3.), уколико је при извршењу ових дела неко лице с умишљајем лишено живота.

Наведено, најновије уставно решење по питању смртне казне ствара извесне недоумице. Прва проистиче из чињенице да се Устав није децидирано изјаснио о томе да ли смртна казна егзистира у систему казни или не, а затим, и критеријум за прописивање смртне казне није најсрећније изабран, јер је чисто формалне природе, односно, да би смртна казна била прописана за неко кривично дело није од пресудног значаја тежина кривичног дела, него који закон, савезни или републички, прописује то кривично дело. "Прво, целисходност постојања смртне казне је превасходно уставноправно питање и треба га решавати у поступку постојећих уставних промена; Устав СФРЈ (СРЈ) треба да се изјасни да ли ће у Југославији постојати смртна казна или не, за која дела и под којим условима би се могла изрицати, а не да се преко измена кривичног законодавства прејудицира уставно решење (3)".

Неминовна законодавна реформа која предстоји у области кривичног права, поштујући и одредбе Устава, треба да пође од већ споменуте подељене законодавне надлежности и да могућност прописивања смртне казне, за поједина кривична дела, остави само републичким законима, што је веома тешко изводљиво у пракси, а и неоправдано, јер, као што је наведено, већина кривичних дела за која је сада прописана смртна казна регулисана су савезним законодавством, а то је у великој мери и последица околности, да је известан број кривичних дела за која је прописана смртна казна, преузет потписивањем међународних конвенција од стране Југославије као савезне државе. Један од закључака који се нужно намеће је да би уз овакву уставну регулативу, везану за смртну казну и подељену законодавну надлежност, постојала могућност за прописивање смртне казне за кривично дело тешког убиства, али не би постојала могућност да се та казна пропише и за кривично дело нпр. геноцида, предвиђеног Конвенцијом о спречавању и кажњавању злочина геноцида, која је ратификована Указом Председништва Народне Скупштине ФНРЈ од 21.6.1960. године, или за кривично дело ратни злочин против цивилног становништва, предвиђеног Женевском конвенцијом о заштити грађанских лица за време рата, од 1949. године, која је ратификована Указом Председништва Народне Скупштине ФНРЈ од 28.3.1950. године. "Повјест кривичног права заправо је повјест цивилизације људског рода јер се у кривичноправним одредбама повијесне епохе рељефно одражава постигнути ступањ културе и цивилизације, те друштвених односа уопће (4)". У складу са наведеним, могуће је уочити да су, ипак, решења појединих проблема кривичног права индикативнији носиоци његових карактеристика у појединим фазама развоја, у складу са општецивилизацијским и друштвеним тенденцијама, а уставна и законодавна регулатива смртне казне,

(3) Љубиша Лазаревић, *Предговор за Кривични закон СФРЈ са објашњењима и судском праксом и регистром појмова, након измена на основу донетог Закона о изменама и допунама Кривичног закона СФРЈ од 1990. године, који је приредила Загорка Јекић*, "Службени лист СФРЈ", 1990.

(4) Богдан Златарић, *Кривично право - опћи дио*, Загреб 1977. година, стр. 33.

несумњиво, треба да одрази, како квалитет самог законодавства, тако и општа друштвена стремљења.

На крају, можемо се оправдано запитати зашто су се уставотворци оглушили о потребе кривичноправне праксе и теорије за успостављањем јединственог кривичног законодавства и да ли је формулацији члана 21. Устава СРЈ, уопште, претходила дубља анализа позитивних решења и праксе, везаних за смртну казну, или је наведени члан резултат брзоплетог покушаја да се у Устав и кривично законодавство унесе, као очевидна, тенденција сужавања поља примене смртне казне?!

(Примљено 18. маја 1993)

Љубица Кујунџић,
студент IV године Правног факултета у Београду

НОВИ ДРУШТВЕНИ ПОКРЕТИ
на примеру еколошког покрета (1)

Нови друштвени покрети, као новост данашњице и као структурно обележје модерног доба (2), већ извесно време слове за теоријски изазов дана. Не одолевши том изазову, наредни редови улазе у свет ових покрета, узрока и услова њиховог настанка, њихових обележја и еманципаторских домета. Задржавањем мисли на еколошком покрету као њиховом изврсном представнику (3), првенствена намера је била испитивање одговарајућих теоријских ставова у (еколошкој) пракси.

Време које нас дели од буђења нових друштвених, па и еколошког, покрета броји нешто више од две деценије. Громогласни студентски бунт 1968. године треба чути као најаву друштвеног деловања оних који ће се из утилитаристичког, потрошачког амбијента вратити самом квалитету живота као највишој вредности, а чије ће потребе у мрежи модерних институција остајати незадовољене. Но, сама хронологија студентских догађаја, колико год примамљива, не одговара на питање узрока појаве нових друштвених покрета. Зато, остаје само ова белешка о храбром претечи, док следећи простор испитује сферу правих узрока буђења алтернативних покрета.

I. УЗРОЦИ ПОЈАВЕ НОВИХ ДРУШТВЕНИХ ПОКРЕТА

Трагати за *узроцима* нових друштвених покрета значи тражити оне околности које су својим постојањем, уз одређене социјално-историјске претпоставке (услове), изазвале појаву тих покрета. Пошто се њихов премијерни наступ везује за политичку позорницу западне либерално-демократске традиције, узроке треба испитивати баш на тлу модерног западног друштва (4).

(1) Семинарски рад из предмета: "Политички систем", бранен 5. априла 1993. године на Правном факултету у Београду.

(2) Тако, В Павловић одбацује идеју о новим друштвеним покретима као конјунктурној појави, сматрајући их органским изразом модерности. (Вукашин Павловић, *Еманципаторске енергије друштвених покрета*, "Обнова утопијских енергија" ред. В. Павловић, Београд, 1987, стр. 8) Слично Alain Touraine, *Увод у проучавање друштвених покрета*, ибид., стр. 70.

(3) Избор предмета огледа није руковођен само парадигматичношћу овог покрета, већ и упитаношћу над самим еколошким проблемима, којима је сврха да ипак оставе еколошки амалгам на наредним страницама.

(4) Модерност (*Modernity*) се овде узима у значењу које му даје тумачење "Будимпештанске школе", као динамичке хармоније логике демократије, капитализма и индустријског друштва. (види Драгица Вујадиновић, *Теорија радикалних потреба - Будимпештанска школа*, Никшић, 1988.)

Чини се да су две околности одлучујуће за покретање низа питања (феминистичког, мировног, антинуклеарног, па и еколошког) око којих ће се окупљати нови друштвени покрети. Једино ако се обе ове околности посматрају кроз призму заједничког дејства, добијају се обриси суштинског узрока распламсавања алтернативних енергија.

Прву околност представља скуп незадовољних радикалних потреба савременог алијенираног човека. Теза о владајућој кризи идентитета (5) је сама по себи довољно озбиљна да заврећује странице једног засебног рада. На овом месту подсећамо само на кључне тачке те, чини се посве тачне, тезе. Живот појединца у модерном друштву је обавијен левијатанским пипцима поретка и трпи његову свакодневну репресивну и манипулативну инвазију. Тако, од школског система, преко фабричких конгломерата и мас-медија, до читавог низа државних институција све је усмерено ка стварању "човека једне димензије", који ће са стеченим функционалним знањима, наметнутим потребама и навикама чинити одличну основу постојећем систему хиперпродукције, и који ће се савршено "безболно" уклопити у већ разрађени систем институција. Управо би та шума институција требало да задовољи његове радикалне политичке, социјалне, културне, еколошке захтеве. Међутим, речима радикалне социјалне антропологије (6), нарастајуће наметнуте (репресивне) потребе стављају у други план све више закржљале радикалне потребе, које носе епитет незадовољних.

Еколошке потребе ту нису изузетак. Научне и технолошке институције су по правилу оријентисане на максимирање профита, при том грубо нарушавајући равнотежу екосистема (7). Данас живимо у сенци застрашујућих података о прекривености петине светског мора разливеном нафтом, о годишњој сечи шума која поједе шуме површине Мађарске, о отровном облаку изнад Арктика, о киселости киша, о све већем броју загађених извора воде... (8).

Очигледно је да (ни) еколошке потребе модерног човека нису задовољене, а пракса показује да институционално деловање система моћи и новца (9) нема много слуха за еколошке тонове.

Друга околност која, руку под руку са претходном, изазива радикалну друштвену акцију у виду нових покрета је криза која је почетком седамдесетих (10) захватила привреду и друштво запада. Све проблематичне противречности савременог друштва се у кризном добу још више заоштравају. Социјална држава тих година доспева у "ћорсокак" и не налази више никакве компензације (11) за нарасле конфликте, који ће с једне стране ојачати конзервативне позиције нове деснице, а са друге стране усмерити поглед оних са поверењем у либерално-демократску традицију, ка новим облицима деловања. Наредни редови ће следити тај поглед.

---

(5) О узајамној вези кризе идентитета појединца и кризе друштва види Cornelius Castoriadis: *The Crisis of Western Societies*, Telos No 52, 1982, стр. 17-28.

(6) Радикалну социјалну антропологију осмишљавају следбеници Лукача у кругу Будимпештанске школе.

(7) Термин екосистем је први пут употребљен 1935. године у америчком часопису *Ecology* од A. G. Tansley-a. Он обухвата појам заједнице природе и човека, као мислећег и делатног бића, који својом заједницом и геопросторним структурама утиче на природу. (Тако, Иван Цифрић, *За еколошку критику*, Еколошки проблеми и права човека, свеска 18, Љубљана 1987, стр. 17).

(8) Тако је 1980. године само у Калифорнији запечаћено извора воде колико је потребно за снабдевање 400.000 људи. (Детаљније податке види Драгоје Жарковић, *Привредни развој и природна средина*, *ibid.*, стр. 25 и 26.

(9) J. Habermas говори о угрожености света живота (грађанског друштва) од монетаризације и бирократизације тј. света новца и моћи. (Juergen Habermas, *Нова непрегледност*, "Обнова утопијских енергија", *op. cit.*, стр. 36.).

(10) Нарочито после "нафтног шока" 1973. године.

(11) Овај елемент истиче Jeurgen Habermas, *New Social Movements*, Telos No 49, 1982, п. 33.

II. УСЛОВИ ЗА ПОЈАВУ НОВИХ ДРУШТВЕНИХ ПОКРЕТА

Сваки облик јавног деловања јесте, у извесној мери, одређен социјално-историјским претпоставкама (*условима*) у којима се одиграва. На овом месту ваља испитати који су то услови учинили повољном климу за акцију нових друштвених покрета.

Најопштије речено, амбијент либерално-демократских тековина јесте онај који садржи услове неопходне за појаву и живот ових покрета. Ипак, уз ову објективну, и несумњиво основну претпоставку, у ред услова који погодују ницању нових друштвених покрета треба уврстити и један субјективни моменат. То је једна претпоставка која се јавља на нивоу грађанина и представља раст његовог поверења у наслеђе демократије (12). Тај корпус либерално-демократских вредности је, на овом месту, целисходно рашчланити и у њему уочити оне највиталније вредности чије постојање (као објективан услов) и свест појединца о њиховом постојању (као субјективан услов) у највећој мери погодују алтернативном деловању друштвених покрета. На првом месту то је листа права и слобода грађанина тј. наслеђено поверење у њену заједменост. Тако, право на равноправност, на слободу, на живот, слобода мисли и јавног изражавања мишљења, слобода штампе, слобода удруживања и сл. јесу *sine qua non* нових покрета, јер управо њихово упражњавање чини алтернативну акцију тако делотворном.

Надаље, треба подвући традиционално либерално-демократско раздвајање поља јавне сфере (политичке акције) од приватне (цивилног друштва). Управо постојање аутономног цивилног друштва јесте претпоставка за нов вид артикулације проблема модерног човека. Нове друштвене покрете можемо одредити баш као облик самоорганизовања цивилног друштва у решавању његових аутентичних проблема, и то у сфери легитимационог простора, који представља трећу виталну вредност за појаву нових покрета. Иако легалне, многе одлуке политичке сфере бивају кроз акцију алтернативе преиспитиване. Тако, нови друштвени покрети бивају мост између цивилног друштва и државе (13), али уједно чине и снажну брану цивилном друштву од државе и њене, међу узроцима описане, инвазије на свет живота.

Легитимациони простор увек претпоставља и постојање сфере демократске јавности у којој је могуће политизовати одређене теме и кроз њу водити својеврсну "ванинституционалну политику".

Тако, јак еколошки притисак нових друштвених покрета и еколошко јавно мњење које они творе чине снажан отпор спровођењу у живот нееколошких, мада легалних, одлука, отворено им оспоравајући легитимност. Немачка политичка сцена, са традиционално јаким еколошким покретом, пружа за то илустрацију. Са правом се тамо може поставити питање легитимности одлука о стационирању першинг-ракета или о проширењу аеродрома Франкфурта на Мајни (14), ако више од 300000 људи негодује и изражава јавни протест таквим политичким потезима.

Дакле, израстајући из система незадовољених људских потреба, поспешени кризним временима, нови друштвени покрети успевају да се обликују у солидну друштвену снагу која настаје и делује у амбијенту либерално-демократских достигнућа, и која тежи да их модерно радикализује.

---

(12) О расту "поверења у наслеђе демократије" и "преоријентацији на његово активно коришћење у сврху разотуђења свакодневног живота" говори Драгица Вујадиновић, *Будимпештанска школа*, необј. док. дис. Београд, 1986, стр. 415.

(13) Нови друштвени "покрети се јављају на граници између цивилног друштва и државе, настојећи истовремено да их повежу и раздвоје" (Вукашин Павловић, *Поредак и алтернатива*, Никшић, 1987, стр. 159.)

(14) Познато је да азотни оксиди које избацују надзвучни авиони делују разорно на озонски омотач, једини и необновљиви штит од ултравиолетних зрачења.

Но, пре окретања ка еманципаторским дометима те радикализације чини се целисходном анализа одлика нових друштвених покрета, која ће у великој мери већ открити њихов еманципаторски дух.

III. ОДЛИКЕ НОВИХ ДРУШТВЕНИХ ПОКРЕТА

Друштвеним покретом (15), у најширем смислу, сматра се "колективна, јавна, добровољна, масовна, мање више спонтана акција људи која израста из незадовољених потреба, изражава одређене сукобе интереса, покреће решавање значајних друштвених питања и стреми ка мањим или већим друштвеним променама (16)".

Поштујући староримску флоскулу о опасности свих дефиниција, а тежећи што прецизнијем одређењу управо нових друштвених покрета, као посебне врсте генусно дефинисаних друштвених покрета, треба анализирати скуп битних одлика нових покрета који ће у својој целовитости открити срж овог појма.

У ред одлика описаног значаја треба уврстити и следеће:

1. *Јавност* нових друштвених покрета

Јавност деловања ових покрета је обележје које их раздваја како од разних конспиративних група, тако и од класичних политичких партија.

Конспиративност је неспојива са динамиком нових друштвених покрета. Њихова снага управо лежи у јавном иступању и промовисању идеја, у стварању јавног мњења о одређеном проблему. Међутим, јавност акција ових покрета се разликује и од јавног деловања политичких партија. Јавност је политичким партијама заједничка као предизборна, парламентарна и сл, док се активисти друштвених покрета својом свакодневном делатношћу "боре" за сваки комад јавности, чије ангажовање и усмеравање на одређена друштвена питања јесте један од циљева нових друштвених покрета.

Како другачије протумачити велику акцију еколога и мировњака у Немачкој који свакодневним лепљењем етикета "*Nuclear free*" по становима, колима, фабрикама и сл. подсећају јавност на опасности нуклеарне енергије, развијајући еколошку свест, али и свест о праву на одлучивање о својој средини.

Јавност је, чини се, једино могуће поље активности нових покрета.

2. *Минимална организованост*

Готово спонтано израсли из одређеног скупа незадовољених потреба, нови друштвени покрети су структурно флуидни, без строге интерне дисциплине, па чак и без формалне процедуре приступања покрету. "Прихватити циљеве покрета је једнако приступању покрету... Једина морална норма која регулише понашање чланова покрета јесу принцип солидарности и несебичног посвећивања сопственог времена и енергије заједничком циљу (17)".

Минимална организованост као добру страну показује одсуство тенденције доминирања покрета над личношћу припадника, као и лакоћу приступања акцији истомишљеника. Тамна страна ове одлике јесте проблем процедуралне демократије која изостаје у избору руководства покрета, те се

(15) Своју ширу примену појам друштвени покрет добија први пут у делу Lorenz von Stein-a, *Geschichte der sozialen Bewegungen in Frankreich von 1789 bis unsere Tage*, Hildesheim 1959.

(16) Вукашин Павловић, *Поредак и алтернатива*, "Архив за правне и друштвене науке" бр. 1-2, Београд, 1990, стр. 307

(17) Драгица Вујадиновић, *op. cit.*, стр. 402.

као природна последица јављa одређена интерна недемократичност (18). Управљачи ту не ретко постају најмилитантнији појединци који могу да управљају и "недемократичније него управљачи најбирократскијих политичких партија (19)".

3. *Проузрокованост једним одређеним проблемом*

Нови друштвени покрет је увек окренут ка решавању једног одређеног проблема или одређене групе проблема од општег значаја, која је непосредно изазвала његову конкретну појаву. Ово са собом често повлачи парцијално посматрање друштвених односа, уз изостављање интегралне друштвене критике, што значајно умањује делотворност нових покрета.

Примећујући ово и у еколошкој пракси, A. Gorz повлачи разлику између екологије и екологизма. Док првим термином означава приступ еколошким проблемима на описан парцијалан начин, под екологизмом подразумева коришћење еколошких проблема за радикалну критику цивилизације и друштва, допирући кроз њу до суштинских узрока еколошких проблема, разоткривајући владајуће односе моћи и интереса као водиче кроз еколошку слепу садашњост (20).

Без обзира на овакве теоријске поставке, (и) еколошка пракса остаје превасходно на дурбину парцијалног осматрања горућих питања данашњице.

4. *Дисконтинуелни карактер*

Ова одлика је логична последица претходне. Ниједан проблем, нити група проблема нема вечиту актуалност. Терет одређеног универзалног проблема је одскочна даска узлету одговарајућег друштвеног покрета. Ипак, са постизањем задовољавајућих друштвених учинака, активност покрета се смирује и тиња до наредног, проблемски бременитог, тренутка. Тако је еколошки покрет свој зенит остварио током седамдесетих и почетком осамдесетих година. Учинци његове ванинституционалне политике су прилични, те се данас еколошка питања појављују и као неизоставни састојци институционалне политике (у програму политичких партија, у позитивном законодавству и сл). Јасно, и данас је еколошки покрет активан, али не и једини начин артикулисања еколошких проблема, што га чини мање гласним него у претходним периодима.

5. *Примарно друштвени карактер*

Нови друштвени покрети, неједнако политичким партијама, за свој циљ никада не узимају освајање политичке власти, и у том смислу нису политичког, већ чисто друштвеног карактера. Њихов циљ је само активирање цивилног друштва у решавању универзалних проблема. Одричући политички карактер новим друштвеним покретима, има се у виду класично поље политике, либералном традицијом раздвојено од сфере цивилног друштва. Међутим, у последње време се бележе и нови термини, као што су "антиполитика" (21), "нова политика" (22), ванинституционална политика"

(18) Ово је свакако један од битних разлога прерастања еколошког покрета у партију Зелених у Немачкој, године 1980 у Karlsruhe-y.

(19) Agnes Heller, Frenc Feher, *From Red to Green*, Telos No 59, 1984, p. 38.

(20) Andre Gorz, *Екологија и политика*, Београд, 1978, стр. 47. Слично разликовање врши и Murry Bookchin, *Toward an Ecological Society*, Quebec 1980, стр. 77, називајући парцијално посматрање проблема *enviromentalism*, а целовиту еколошку критику *social ecology*.

(21) Georgy Konred, *Antipolitik - Mitteleuropacische Meditationen*, Frankfurt am Main, 1985, стр. 189.

(22) Juergen Habermas, *New Social Movements*, *op. cit.*, p. 33.

(23), којима се означава поље акције нових друштвених покрета које се налази негде између цивилног друштва и државе, и у којем се на радикалан начин испитују вредности модерног друштва активним "новополитичким" ангажманом грађанина.

Дакле, друштвени карактер нових покрета је квалификација произашла из класичне терминологије, мада садржински означава исто што и наведени термини.

Ова одлика је поуздана тачка раздвајања нових друштвених покрета од политичких странака. У зениту своје снаге из еколошког покрета, у Немачкој ће нићи политичка партија "Зелених" у чији су програм (24) укључене есенцијалне идеје еколошке алтернативе али, иако ова партија негује врло свеж приступ постављању и решавању виталних еколошких питања, "професионални политичар је и код Зелених само политичар, без обзира да ли је у патикама и фармеркама или у фраку и са цилиндром. Алтернативној природи нових покрета не лежи директна релација према власти" (25).

6. *Транскласност и трансфункционалност*

Носиоци акције нових друштвених покрета нису припадници одређене класе, нити одређеног слоја, већ социјалну основу ових покрета чине сви грађани окупирани истим или сличним незадовољеним потребама. Обележје транскласности битно раздваја нове од класичних покрета (као што је раднички покрет) који иступају са класних позиција, те друштвене проблеме своде на питање класне тј. економске експлоатације. Нови покрети "увиђају" да се решавање савремених проблема не може зауставити на том нивоу, па користећи баштину либералне демократије врше "модерну критику модернизације" (26).

Поред тога, нови покрети надилазе функционалну стратификованост данашњег друштва, окупљајући различите слојеве око актуалних питања. Штавише, припадност једном покрету уопште не искључује активност у неком другом, идејно блиском покрету. Тако је, примера ради, неизбежна органска повезаност између мировног, антинуклеарног и еколошког покрета и њихове акције су неретко синхронизоване.

7. *Интернационалност и(ли) европоцентричност*

Део литературе новим друштвеним покретима приписује атрибут интернационалности (27), док се други задржавају на европоцентричности као одлици ових покрета (28). Иако на први поглед опречне, чини се да обе карактеристике могу остати у кругу битних обележја нових друштвених покрета. За то је потребно појаснити садржину обе ове одлике.

Када се говори о интернационалном карактеру нових покрета мисли се на околност да су све незадовољене потребе које су покретачи (узроци) деловања ових покрета, универзалног карактера. Зато, уколико се одређени универзални проблем јави у било ком друштву либерално-демократске традиције, врло је извесно да ће се одмах око њега окупити алтернативне енергије нових друштвених покрета.

Међутим, иако се цивилно друштво алтернативно окупља увек око универзалних, самим тим и интернационалних потреба, то не значи да су

(23) Claus Offe, *Нови друштвени покрети - изазов границама институционалне политике*, "Обнова утопијских енергија" *op. cit.*, стр. 131.

(24) Први програм, усвојен у марту 1980. године у Saarbruecken-у.

(25) Вукашин Павловић, *Поредак и алтернатива*, *op. cit.* стр. 150.

(26) Claus Offe, *op. cit.*, стр. 151, 153.

(27) Тако, Вукашин Павловић, *op. cit.*, стр. 48.

(28) Cornelius Castoriadis, *op. cit.*, p. 22, Јовица Тркуља, *Социјализам на суду историје*, Београд, 1990, стр. 48.

том активношћу обухваћени сви универзални проблеми. По правилу се нови покрети окупљају само око европоцентричних, мада универзалних питања, док проблеми неразвијеног света по правилу остају ван спектра разматрања, што онда и само решавање универзалних проблема чини мање ефикасним.

Еколошко питање свакако јесте од универзалног значаја. Проблемски се разматра у свим западним друштвима, и у том смислу је еколошки покрет интернационалан. Са појавом забрињавајуће еколошке неравнотеже, еколошки покрети су ницали широм поднебља либерално-демократских тонова. Ово је од необичног значаја, јер би многи еколошки напори остали узалудни без "интернационализације" проблема. Ако је петина киселих киша у Европи узроковано загађењима у САД, а ако је узрок киселости киша у САД у Јапану, апсурд локалног ограничавања у решавању овог проблема је очигледан.

Са друге стране еколошки покрет је и европоцентричан, јер низ других проблема неразвијеног света (економску заосталост, проблем људских права, технолошке зависности и сл.) не узима у обзир приликом свог дејствовања. То резултира тиме да политичке инситуције под притиском нових покрета често својој средини нуде "еколошка" решења, која иду на терет неразвијених средина чији је положај ван сфере притиска нових покрета. Та "решења" се налазе у извозу нуклеарних отпада, прљавих технологија, хране са степеном загађености изнад лимитираног у развијеном свету итд.

Чини се да би се ова одлика нових друштвених покрета најпрецизније могла означити као *европоцентрична интернационалност*.

IV. ЕМАНЦИПАТОРСКИ ДОМЕТИ НОВИХ ДРУШТВЕНИХ ПОКРЕТА

Све набројане одлике алтернативних покрета исцртавају уједно и обрисе њихових еманципаторских домета. Пре испитивања тих домета овде је место једној напомени. Сам појам нови друштвени покрети може да обухвати и еманципаторске и неемancипаторске покрете, при чему је критеријум ове поделе карактер потребе чије је задовољење циљ акције конкретног покрета. Еманципаторским покретима се сматрају они који проширују сферу људских права и слобода, који су уперени на ширење демократских вредности. Ови друштвени покрети са собом повлаче остварење "слободе, једнакости, братства, ублажавања патње" (29).

Неемancипаторским покретима означавамо оне друштвене покрете који сферу демократских слобода и права сужавају, а наведене вредности теже да анулирају (30).

Но, и у оквиру друштвених покрета који за свој циљ имају постизање вредности еманципаторског карактера, као што је еколошки, постоје они лево и десно оријентисани. Мерило оријентације су конкретне методе које покрет упражњава у решавању свог проблема-покретача (31). Предмет даљег испитивања су само еманципаторски и лево оријентисани покрети, који по својој природи носе највећи еманципаторски потенцијал.

Чини се да два плода ванинституционалне алтернативе означавају њен еманципаторски домет. Прво, то је *проширење појма политике*, и друго *утицај на садржину и облик деловања класичних партија*.

---

(29) Драгица Вујадиновић, *op. cit.*, стр. 409.

(30) Тако, Кју-кјукс покрет са својом расистичком идеологијом, нови урбани покрети за заузимање празних зграда насилним средствима тзв. покрет squoter-a и сл.

(31) Тако, се у оквиру еколошког покрета могу наћи и они десно, конзервативно оријентисани као нпр. припадници Римског клуба (*Club of Rome*), који се залажу за идеју "нултог раста" као једини "лек" за очување природе. Слично и С. Amery, *Natur als Politik*, Reinbeck , 1976. година, стр. 183-185, који заговара докидање индустријског система.

Већ поменути појмови "нова политика", "антиполитика", "ванинституционална политика" и "политичко друштво" (32), указују на политизацију "човека који не жели да буде политичар, нити узме учешће у власти... иако би политичка опозиција дошла на власт, антиполитика би опет и насупрот новој власти исказивала дистанцу и независност" (33). Тако се у просторима нове политике брани аутономија цивилног друштва, где грађанин своје потребе исказује аутентично и ванинституционално, избегавајући на тај начин могућност манипулативне инвазије на његов свет живота.

Али, и поље калсичне политике чију физиономију одређује, пре свега, делатност политичких партија бива "освежено". Још је почетком века критички забележно да политичке странке ангажују грађанина само у веома кратком изборном периоду (34), а да се и тада избор врши само између одређених кандидата, док слободног избора кандидата нема (35). У данашњој пракси смо сведоци да интересовање грађанина за класичну политику у ванизборним интервалима опада, а да се на теоријској равни то утврђује (па и одобрава) кроз својеврсни либерално-демократски елитизам (36).

Са појавом нових друштвених покрета, политичке партије су, затечене њиховом масовношћу и делотворношћу, биле "упућене" да осмисле бољи "рецепт" за анимирање све пасивнијег грађанина. Суштину тог "рецепта" најсажетије даје Лучијана Кастелина (37) кроз свој захтев за реформом левице. Она минуциозно запажа да утицај нових покрета на политичке странке левице треба да резултира дубоким променама у два правца. Прво, политичке партије у свој програм треба да уврсте проблеме које на видело избацују покрети. Овај корак би се могао назвати садржинском променом под утицајем нових друштвених покрета. Друго, левица би требало да промени свој облик деловања, и да се приближи еластичној и нехијерархијској структури нових покрета. То је корак организационих промена инспирисаних новим покретима.

Јасно, ови покрети не могу и не треба да замене политичке странке. Политичке партије са својом организованошћу, јасним и релативно стабилним програмима, и јаком финансијском основом, јесу неизоставни носиоци демократског политичког плурализма, а нови друштвени покрети су један модеран облик самоорганизовања цивилног друштва које својом акцијом оплемењује јавну и политичку сферу.

Оплемењивање је вишеслојно и очигледно. Немачка еколошка пракса је ту најубедљивија. Питање заштите човекове средине је у свести грађана Немачке већ осамдесетих постало витално политичко питање (38). Разу-

(32) О политичком друштву у том смислу Pierre Rosanvallon, *Политичко друштво*, "Обнова утопијских енергија", *op. cit.*, стр. 430. Политичко друштво би требало да буде одвојено од власти, али и од цивилног друштва и у њему би се одвијала делатност нових покрета.

(33) Georgy Konrad, *op. cit.*, стр. 189 и 213.

(34) Тако је још М. Острогорски дао критику политичких партија уз лансирање идеје о "привременим партијама" које би постојале ради остваривања конкретних политичких задатака, и са њиховим решавањем би спонтано и нестајале. Грађани би се могли наћи и у више таквих организација. Овај концепт неодољиво подсећа на модел нових покрета, а дат је у *La democratie et l'organisation des partis*, Paris, 1903. (наведено према В. Гоати, *Смисао југословенског плуралистичког шока*, Београд, 1989, стр. 5.

(35) О томе Maurice Duverger, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 1965, стр. 104.

(36) О политичкој елити, мада либерално-демократском процедуром изабраној, говоре Weber, Schumpeter, Mannheim, те их неки и називају либерално-демократским елитистима (Тако, D. Held, *Модели демократије*, Загреб, 1990).

(37) Лучијана Кастелина, *Зелено као нужни чинилац црвеног*, Социјализам у свету 56, 1986, стр. 14.

(38) Тако већ 1984. год. 65% грађана Немачке мисли на тај начин. (Spiegel, No. 44, 1984. год.)

мљиво је онда, што су и све релевантне политичке странке у свој програм уврстиле овај проблем. Јавност се свакодневно еколошки информише и образује (39), па се и многе акције за заштиту средине ослањају баш на еколошку свест појединца (40). Упливи еколошке проблематике су видљиви и у правној литератури, која броји све више уџбеника о праву заштите средине (Umweltschutzrecht) (41).

Чини се да овакво *оплемењивање* политике ублажава оштар рез, учињен са Макијавелијевом мисли, између политике и етике. Можда ће се у неком античком духу, кроз новополитичку делатност грађанина, ове две категорије опет почети приближавати.

Ипак, треба поставити и реалну границу овој могућности (42). Прво, новим друштвеним покретима недостаје целовита визија света, што је описано кроз њихову европоцентричност. Ако ван оптике њихове акције остаје неразвијени део света, универзални проблеми не могу бити решавани из основе и комплетно.

Друго, нови покрети не избацују на видело конкретне нове субјекте еманципације. Њихова трансклсност и трансфункционалност прилично "мути" слику о носиоцима њихове акције. Коначно, криза седамдесетих је, упоредо са новим покретима, на светлост дана избацила и десне конзервативне снаге, и изгледа да "борба" ове две струје тек предстоји, при чему алтернативни покрети за сада остављају приличан простор за акцију деснице.

V. РАЗМИШЉАЊЕ О НОВИМ ДРУШТВЕНИМ ПОКРЕТИМА НА ТЛУ ЈУГОСЛАВИЈЕ

"Многи идеолошки душебрижници и апологете status quo-а запенушали су доказивајући да су нови друштвени покрети имитација политичког живота трулог капитализма ... да носе скривени software ... као нови облик непријатељског деловања." (43) Овакве ставове утемељило је пре свега скромно познавање суштине друштвених покрета као и њихова злонамерна политизација.

Ипак, уз антинуклеарне протесте уперене против изградње атомских централа на нашем тлу, је јавно мњење доста енергично стало. Исто тако су присутна и свакодневна окупљања, пре свега младих, око разних удружења грађана са јаким еколошким набојем. Тако су својом активношћу у Србији запажени "Еко Центар", "Млади истраживачи Србије", "Друштво за заштиту животиња града Београда", "Удружење Никола Тесла", "Београдски еколошки камп", као и "Еколошки форум" (као савезна организација). У Црној Гори је од значаја еколошко друштво "Бисерка" из Пљевља, и "Друштво младих еколога" из Подгорице (44).

---

(39) Томе доприноси, између осталог, и спектар публикација еколошких боја. Недељници Stern и Spiegel доносе редовне прилоге о еколошким питањима, а доцније их сакупљају и објављују као успешне књиге. Значајан је и месечник Natur који годинама испитује равнотежу еко-система. (Види о томе Werner Huelsberg, *Зелени на раскршћу. Обнова утопијских енергија*, *op. cit.*, стр. 296.)

(40) Нивоом еколошке свести се може објаснити делотворност широке акције der gruene Punkt, која на тржишту робе као елемент конкуренције уводи поседовање белега зелене тачке на амбалажи, који означава да се ради о биолошки чистој материји.

(41) Тако, Ingo von Muench und Eberhard Schmidt-Assmann, *Umweltschutzrecht*, Walter de Gruyter Verlag, 1992. и Heinz-Joachim Peters, *Umweltverwaltungsrecht*, Jurathex-Praxis, 1990.

(42) О овоме кроз критику "Будимпештанске школе", Јовица Тркуља, *op. cit.*, стр. 48,49.

(43) Вукашин Павловић, *Поредак и алтернатива*, *op. cit.*, стр. 8.

(44) Види ближе о овим организацијама у "Еко мрежа" бр. 1, Београд јуни 1991. и у "Билтену" Савезног министарства за животну средину бр. 1. јануар 1993.

Шаренило ових удружења, као и њихових еколошких манифестација (45) свакако доприноси развоју теоријског и практичног деловања у области екологије.

Ипак, чине ли све те акције једну солидну алтернативу постојећем политичком систему, носе ли оне одлике и емансипаторске домете нових друштвених покрета? Може ли се између њих и нових друштвених покрета ставити знак једнакости?

Одговор, чини се, треба тражити на нивоу узрока и услова за појаву нових друштвених покрета.

Узрок у виду једног отуђеног човека, незадовољних радикалних потреба, смештеног у период друштвене кризе, изгледа постоји. Већ су испитивања с краја седамдесетих година указивала на висок степен социјалне изолације у нашем друштву (46). Осећај политичке немоћи је евидентан почетком осамдесетих у забрињавајућој мери (47), да би се крајем осамдесетих оправдано и отворено говорило о политократији у нас (48).

На нивоу *услова* за појаву нових друштвених покрета, треба приметити следеће. Иако постоји формално зајемчен корпус слобода и права, он сам не обезбеђује нужну либерално-демократску традицију, амбијент поверења грађанина у неприкосновеност његових права, нити поље демократске јавности, па и легитимациони простор без кога нема основних претпоставки за појаву нових друштвених покрета.

Уместо нужних услова за развој алтернативних покрета, у нашој средини наилазимо на снажно наслеђе самоуправног социјализма које се појављује као:

- страх од сваке спонтане и недовољно контролисане масовне активности људи, у којем се деловање ван институција система изједначава са деловањем против тог система,
- схватање да се социјалне енергије масовних друштвених покрета могу надоместити густом мрежом институција, а заборавља се на еластичност и низак степен формализације као недостижне предности нових покрета над институцијама,
- посматрање проблема које лансирају друштвени покрети (па и еколошког проблема) као помодне имитације онога што се дешава у индустријски развијеном свету (49).

Чини се да клима ратних реперкусија, присутна последње две године, овој листи "непогодности" за појаву нових покрета додаје и један психолошки елемент. Ако су људски мотиви организовани на више нивоа, а ако задовољеност нижег нивоа (нпр. физиолошког) мотива јесте услов за појаву мотива вишег нивоа (нпр. мотив самопоштовања или самоактивизације) (50), онда је јасно да еколошка питања имају сачекати "нека боља времена" за стицање етикете примарности у људској свести.

---

(45) Тако, конференција "Заштита воде '92" у Суботици, "Актуелни еколошки проблеми Пљевља", октобра 1992, "Екофест '92" на Копаонику, "Заштита ваздуха '92" у Београду, "Југословенски симпозијум о заштити биља", децембра 1992. у Врњачкој Бањи, итд.

(46) О томе говоре истраживања Факултета за социологију, политичке науке и новинарство и Института за социологију у Љубљани. (види В. Арзеншек, *Структура и покрет*, Београд 1984.)

(47) *Ibid*, стр. 39.

(48) Владимир Гоати, *Политичка анатомија југословенског друштва*, Загреб 1989, стр. 187, 197, 171, 172).

(49) Вукашин Павловић, *Еколошки покрет нам је потребан*, "Еколошки проблеми и права човека", свеска 18, Љубљана 1987, стр. 128.

(50) О чему говори Маслољева теорија хијерахијске мотивације (1970). Види о томе код Деан Ајдуковић, *О психологијском приступу еколошким проблемима*, *ibid.*, стр. 59.

Закључимо, описани амбијент свакако не погодује клицама нових друштвених покрета, којих код нас има, да се развију у снажне еманципаторске енергије. Друштвених покрета, нових и аутономних, за сада код нас нема, али ипак се може говорити о својеврсним "*друштвеним гибањима*" као постојећој алтернативи поретку (51).

(51) О томе Јовица Тркуља, *Социјализам на суду историје*, Београд 1990., стр. 102.

др Зоран Ивошевић,
судија Врховног суда Србије

АДЕКВАТНА УЗРОЧНОСТ КОД ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ

Коментар решења Врховног суда Србије
Рев. 1882/92 од 25.6.1992. год.

Догађај и одлуке

Тужилац је претрпео тешке телесне повреде у саобраћајном удесу 17. априла 1985. године, до којег је дошло кривицом власника возила, што је утврђено правноснажном кривичном пресудом. Делимичном пресудом оштећени је према осигуравајућој организацији већ остварио право на накнаду штете за физичке болове, страх и душевне болове због умањене животне активности. Одлука о преосталом захтеву односи се на накнаду штете због изостале зараде услед потпуне неспособности тужиоца за рад. Међутим, та неспособност није била директна последица повреда задобијених у саобраћајном удесу, него је изазвана душевним оболењем. Отуда се и јавило питање да ли је штета због потпуне неспособности за рад у узрочној вези са штетом због тешке телесне повреде.

Нижестепени судови су дали потврдан одговор, ослањајући се на мишљење вештака "да је тужилац, због задобијених повреда и операције која је потом уследила, психички оболео и изгубио способност за било какво привређивање".

Врховни суд је био скептичан према овом мишљењу, имајући у виду оцену инвалидске комисије да је узрок тужиочеве потпуне неспособности за рад болест morbus menier, а нарочито констатацију у анамнези да су почетни симптоми били старији од саобраћајног удеса. Зато је укинуо нижестепене пресуде, сматрајући да противречност између мишљења вештака и оцене инвалидске комисије "доводи у питање постојање узрочности између губитка радне способности и повреда задобијених у саобраћајној несрећи".

Узрочност као услов одговорности

Узрочност, као услов деликтне одговорности, произлази из правила садржаног у члану 154. став 1. Закона о облигационим односима: "Ко другоме проузрокује штету дужан је накнадити је". Кад је основ одговорности кривица, узрочност се доказује а терет доказивања лежи на оштећеном. Кад је основ одговорности ризик од опасне ствари или опасне делатности, узрочност се, по члану 173. Закона о облигационим односима, претпоставља, с тим што терет обарања претпоставке лежи на имаоцу опасне ствари, односно организатору опасне делатности.

У овом случају проблем узрочности је сложенији, јер штета због потпуне неспособности за рад није непосредна последица саобраћајног удеса,

већ душевне болести. Штета изазвана једним узроком често је узрок нове штете. Тада су штетне последице продукт више узрока који извиру један из другог. Штетник одговара за сваку штету од његове опасне ствари или опасне делатности, без обзира да ли она настаје директно или индиректно. На то упозорава и решење Врховног суда Србије Гж. 2736/66: "Штетник одговара за сваку штету која се може довести у везу са његовим поступцима, тј. за све непосредне и посредне последице његове радње. Јер, ако је радња узрок штете, онда је индиферентно да ли је штета непосредна или посредна - даља последица радње и/или нерадње штетникове, али и у том случају треба утврдити да ли је настала штета посредна последица штетникове радње" (1). Отуда би тужени одговарао и за штету због потпуне неспособности тужиоца за рад, ако би његова душевна болест била последица повреда изазваних саобраћајним удесом. Али, ако би болест имала самостално порекло, штета због потпуне неспособности за рад не би била у узрочној вези са повредама задобијеним у саобраћајном удесу.

Адекватна узрочност

Кад виши суд укине пресуду о накнади штете због нејасноћа у погледу узрочности, дужан је да укаже на начин идентификације релевантних узрока. Притом му стоје на располагању бар три могућности. Према теорији еквивалентних узрока, сви узроци штете, без обзира на квалитет и снагу, имају једнак значај, па је сваки од њих довољан за настајање обавезе накнаде. По теорији најближег узрока, у низу узрока релевантни су они који су непосредно изазвали штету. Теорија адекватне узрочности из низа узрока издваја оне који су типични за настанак одређене штетне последице, сматрајући да узрок штете може бити само оно што по редовном току доводи до одговарајућих штетних последица (2).

Врховни суд Србије опредељен је за теорију адекватне узрочности. Зато је, укидајући побијене пресуде у овој парници, и дао следећа упутства:

"У поновном поступку првостепени суд ће отклонити противречности између мишљења вештака и оцене инвалидске комисије да би тек након тога приступио одлучивању о преосталом захтеву.

Ако нађе да су штетне последице настале после саобраћајне несреће, суд ће их размотрити по правилима адекватне узрочности. Проузрокована штета може, и сама, бити узрок нових штетних последица из којих могу настати даљи узроци и последице. У том низу повезаних збивања, узрочно је само оно што је адекватно почетном узроку, односно што, по редовном току, следи из првобитне последице. Оно што је атипично, односно нередовно није ни узрочно. Из овог произлази да ће штетник почетне штете бити одговоран и за потоњу штету ако је она настала као последица збивања која су по редовном току следили првобитну штету, под условом да није изазвана од самог оштећеног, вишом силом, случајем или поступцима трећег лица".

Последица јесте адекватна узроку, ако се, по разумној оцени, могла очекивати у низу збивања изазваних деликтном радњом. Очекивана последица није само уобичајена, него и она која настаје у сфери нормалног ризика. О томе сведочи пресуда Врховног суда Југославије Рев. 134/69 од 17.12.1969. године: "Особа одговорна за штету дужна је накнадити не само штету која се јавља као примарна последица штетног догађаја, него и штету

(1) Збирка судских одлука из области Грађанског права, 1972. год. Одлука број 616, стр. 196.

(2) С. Јакшић, *Облигационо право*, 1962, стр. 261-262; Ж. Ђорђевић и В. Станковић, *Облигационо право*, 1974, стр. 321; Ј. Радишић, *Облигационо право*, 1988, стр. 203-210; З. Ивошевић, *Накнада штете због повреде радника на послу*, 1976, стр. 130-140.

до које долази услед одређеног нормалног ризика уз који је везано стручно болничко лечење (3)".

Последица није адекватна узроку, ако се, по разумној оцени, у низу збивања изазваних деликтном радњом, није могла очекивати. Ако радник претрпи лакшу повреду на раду, али лечећи се од ње, умре у болници услед другог узрока, послодавац ће одговарати за штету од повреде а не и за штету због смрти (за њу ће одговарати болница), јер смрт није типична последица овакве повреде. Ако радник на службеном путу претрпи повреду у судару возова, наднаду штете неће остварити од послодавца (већ од железнице) јер саобраћајна несрећа није типична последица давања налога за такав пут. Послодавац неће одговарати ни за штету коју радник претрпи на службеном путу услед више силе. И тако даље.

Кад је штета настала деловањем више услова, узрочан је онај услов који је типичан за настанак штете, у конкретном случају. Остали услови нису узроци штете. О томе говори и решење Врховног суда Србије Рев. 1479/94 од 13.4.1994 године: "Радник тврди да је штета на возилу предузећа настала радњом трећих лица, која су га безразложно напала када је скренуо са службеног пута да обави приватан посао. Ако су то заиста учинила трећа лица, треба оценити да ли је скретање са уобичајеног пута у адекватној узрочности са деловањем трећег лица. По правилима ове узрочности, узрочно је само оно што је типично. Стога, скретање тужиоца са пута не би било узрочно са настанком штете, ако, по редовном току ствари, не води излагању опасности од безразложног напада трећих лица (4)".

Закључак

Адекватна узрочност има границу коју одређују порекло и садржина узорка штете. Штета коју неко проузрокује може и сама бити узрок нових штетних последица. У том низу узајамно условљених штетних последица, виновник првобитне штете остаје одговоран и за потоњу штету, ако је она последица збивања која су по редовном току следили првобитну штету, под условом да се у тим збивањима не крије разлог за искључење деликтне одговорности штетника или основ за конституисање одговорности других правних субјеката.

(3) Одлука објављена у књизи З. Ивошевића, *Накнада штете због повреде радника на послу*, 1976, стр. 135.

(4) Одлука се први пут објављује у овом броју "Анала", у рубрици Судска хроника.

ОДЛУКЕ ВРХОВНОГ СУДА СРБИЈЕ

Адекватна узрочност

Штетник почетне штете одговара и за почињену штету, ако је она настала као последица збивања које је, по редовном току, следило првобитну штету, под условом да оно није изазвано својствима оштећеног, вишом силом, случајем или радњом трећег лица.

Из образложења:

"По мишљењу вештака тужилац је због повреда задобијених у саобраћајној несрећи и операције која је потом уследила, психички оболео и изгубио способност за било какво привређивање, услед чега је оглашен и инвалидом прве категорије. Међутим, према налазу, оцени и мишљењу Инвалидске комисије узрок инвалидности тужиоца је болест: morbus menier и spondilosis vert cervicalis, с тим што би се, према анамнези могло закључити да су болови у кичми врата и уху тужиоца били старији од повреда задобијених у саобраћајном удесу. Због ове противуречности побијана пресуда се не може са сигурношћу испитати па ревизија основано указује на битну повреду поступка из члана 354. став 2. тачка 13. ЗПП.

Ова противречност доводи у питање и постојање узрочности између губитка радне способности и повреда задобијених у саобраћајној несрећи. Пошто је узрочност услов одговорности за штету, у смислу чл. 173. Закона о облигационим односима, за сада није сигурно да ли су судови правилно применили материјално право признајући тужици накнаду штете за изосталу зараду.

У поновном поступку првостепени суд ће отклонити противуречност између извештаја вештака и налаза, оцене и мишљења Инвалидске комисије (предочавањем цитиране анамнезе вештаку а, по потреби, и новим вештачењем) да би тек након тога приступио одлучивању о преосталом захтеву.

Ако нађе да су штетне последице настале после саобраћајне несреће суд ће их размотрити по правилима адекватне узрочности. Проузрокована штета може, и сама, бити узрок нових штетних последица, из којих могу настати даљи узроци и последице. У том низу узајамно повезаних збивања, узрочно је само оно што је адекватно почетном узроку, односно што, по редовном току, следи из првобитне последице. Оно што је атипично, односно нередовно, није ни узрочно. Из овог произилази да ће штетник почетне штете бити одговоран и за потоњу штету ако је она настала као последица збивања која су, по редовном току, следила првобитну штету, под условом да нису изазвана од самог оштећеног, вишом силом, случајем или поступцима трећих лица."

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 1882/92 од 25.6.1992. године)

Адекватна узрочност

Ако је штета настала услед деловања више услова, узрочан је онај услов који је типичан за настанак штете.

Из образложења:

"Првостепени суд ће разјаснити све чињенице и околности важне за примену прописа од којих зависи одговорност тужиоца. Оне се, пре свега, односе на то како је повреда учињена и ко је проузроковао штету на возилу туженог. Радник тврди да је штета на возилу предузећа настала радњом трећих лица, која су га безразложно напала када је скренуо са службеног пута да обави приватни посао. Ако су то заиста учинила трећа лица, треба оценити да ли је скретање са уобичајеног пута у адекватној узрочности са деловањем трећих лица. По правилима ове узрочности узрочно је само оно што је типично. Стога, скретање тужиоца са пута не би било узрочно са настанком штете ако по редовном току ствари не води излагању опасности од напада трећих лица."

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 1479/94 од 13.04.1994. године)

Повреде на путу до посла и накнада штете

Предузеће у коме радник ради не одговара за штету због повреде која настане на путу од куће до места рада и обрнуто, уколико она није изазвана кривицом или опасном ствари односно опасном делатношћу предузећа, без обзира што се та повреда по прописима о пензијском, инвалидском и здравственом осигурању сматра повредом на раду.

Из образложења:

"Тужилац је 21.2.1991. године на путу од куће до туженог предузећа у коме ради, пао на поледици и поломио леву потколеницу. Ова повреда се по чл. 34, ст. 2. Закона о основним правима из пензијског и инвалидског осигурања ("Службени лист СФРЈ" број 23/82), сматра повредом на послу па тужилац може остварити права из здравственог, пензијског и инвалидског осигурања, као да је повређен на радном месту. Али, за остваривање права на накнаду штете то није довољно. Потребно је да постоје основ и услови деликтне одговорности предузећа. Њих међутим нема.

Предузеће није криво што се тужилац оклизнуо на поледици и претрпео повреду. Повреда није настала ни услед опасне ствари, односно опасне делантости предузећа. Самим тим, нема ни адекватне узрочности између делатности предузећа и штете.

С обзиром на речено, у ревизији се неосновано наводи да су нижестепени судови погрешили што су одбили захтев тужиоца да му предузеће накнади штету."

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2178/93 од 24. јуна 1993. године)

Право по основу социјалног осигурања и право на накнаду штете

Свака повреда радника за време службеног пута сматра се повредом на раду у погледу остваривања права из здравственог, пензијског и инвалидског осигурања, али ако је ту повреду проузроковало треће лице оштећени не може остварити накнаду штете од предузећа у коме ради.

Из образложења:

"Тужилац је 26.01.1990. године, за време службеног пута по Косову, док је управљао камионом туженог са којим ради, задобио тешку телесну повреду главе од каменице бачене из руку непознатог демонстранта.

Ово је повреда на раду у смислу члана 34. став 2. Закона о основним правима из пензијског и инвалидског осигурања ("Службени лист СФРЈ", број 23/92), што тужиоцу омогућава да оствари сва права по основу здравственог, пензијског и инвалидског осигурања. Али, за остваривање права на накнаду штете од туженог, то није довољно. Према члану 85. став 1. Закона о радним односима ("Службени гласник Р. Србије" бр. 45/91 и 18/92), ако радник претрпи штету на раду или у вези са радом, предузеће је дужно да му

штету накнади по општим начелим одговорности за штету. Та начела садржи Закон о облигационим односима ("Службени лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85 и 57/89) а он, у члану 154, установљава одговорност за штету по основу кривице и одговорност за штету од опасних ствари или делатности.

У конкретном случају није ангажован ни један од ових основа одговорности. Штету је проузроковао неидентификовани демонстрант за кога, у смислу члана 180. став 1. Закона о облигационим односима, одговара друштвено-политичка заједница чији органи су, по важећим прописима, били дужни да такву штету спрече.

Повреде од учесника јавних демонстрација су атипичне за активност радника, односно делатност предузећа а оно што није типично, није ни узрочно. Због тога у овом случају нема каузалне везе између рада и штете. Без ње нема ни одговорности предузећа за штету коју је тужилац претрпео.

С обзиром на речено, у ревизији се неосновано наводи да је за штету коју је изазвао непознати демонстрант одговорно тужено предузеће. Оно са демонстрантима не стоји ни у каквом односу нити је, по важећим прописима, дужно да спречава штету од јавних демонстрација. Уосталом, ревизија и не наводи пропис на коме заснива став о одговорности предузећа".

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 461/93 од 25.02.1993. године)

Одговорност више радника за штету

Кад више радника одговара за исту штету па се њихови појединачни удели у настанку штете не могу утврдити, онда они накнађују штету у једнаким деловима, али се при том мора утврдити када је штета настала и који су радници у том времену одсуствовали с посла.

Из образложења:

"Према члану 82. ст. 2 и 3. Закона о радним односима ("Службени гласник РС" број 45/91 и 18/92), ако штету проузрокује више радника сваки од њих је одговоран за део штете коју је проузроковао, а уколико се за сваког од њих не може утврдити тај део, узеће се да су сви радници подједнако одговорни и штету надокнађују у једнаким деловима.

Да би се овај пропис могао применити потребно је да се утврди колико је укупно радника учествовало у настанку штете, што зависи не само од броја радника који су радили са платинским анодама него и од броја радника који су у времену њиховог нестанка били одсутни са рада. Ове околности нису разјашњене па се у ревизији основано указује на мане у погледу примене материјалног права.

Првостепени суд ће, у поновном поступку, најпре разјаснити у ком периоду су платинске аноде нестале из радног простора и колико је радника у том времену са њима радило, да би тек након тога одлучио о захтеву за накнаду штете, који је предмет тужбеног захтева. При том ће оценити и основ одговорности тужених радница који је, чланом 82. став 1. Закона о радним односима редуциран на намеру или крајњу непажњу."

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 2079/93 од 24. јуна 1993. године)

Радник као треће лице

Оштећени може бити треће лице и кад је запослен у предузећу чији радници су му проузроковали штету.

Из образложења:

"Према члану 170. став 1. Закона о облигационим односима, за штету коју радник на раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу, одговара предузеће у којем је радник радио у тренутку проузроковања штете, осим ако докаже да је радник у датим околностима поступао онако како је требало. У конкретној ситуацији, тужилац је треће лице, без обзира што је у радном

односу са туженим предузећем. Њему су нестали сликарски радови пошто су га радници туженог, без обавештавања преселили у другу канцеларију док је био на боловању."

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4662/92 од 14.01.1993. године)

Претходно обраћање предузећу у спору о накнади штете

Радник може поднети тужбу ради накнаде штете настале на раду или у вези са радом, тек по протеку рока о 30 дана од подношења захтева предузећу да се о томе закључи споразум. Ако ова процесна претпоставка није испуњена суд ће прекинути поступак и упутити радника да се најпре обрати предузећу.

Из образложења:

"Према члану 85. став 2. Закона о радним односима, у спору о накнади штете по тужби радника судска заштита је могућна ако се радник и предузеће не споразумеју о накнади у року од 30 дана. У списима нема података да је овај услов испуњен, што указује, да нижестепени судови нису водили рачуна о тој одредби. На тај начин су и повредили материјално право.

Повреда је такве нарави да захтева укидање нижестепених одлука од би се у поновном поступку, у смислу члана 395. став 2. ЗПП испитало да ли је испуњена процесна претпоставка за вођење поступка о накнади штете по захтеву радника. Ако та претпоставка није учињена, поступак се има прекинути да би се наставио по истеку рока од 30 дана".

(Решење Врхоног суда Србије, Рев. 3571/92 од 19.11.1992. године)

Болест ван рада и накнада штете

Оболели радник нема право на разлику између остварене накнаде зараде и неостварене зараде, ако болест није изазвана разлозима који образују основ одговорности предузећа за штету насталу на раду у вези са радом.

Из образложења:

"За време боловања раднику по прописима о здравственом осигурању, припада накнада зараде а не зарада. Зато, по овим прописима, раднику не припада разлика до износа зараде, ако је она већа од накнаде. Ова правила вреде кад боловање није изазвано повредом на раду, односно професионалном болешћу за коју је одговорно предузеће. Међутим, ако је боловање продукт ових правних чињеница, радник има право на разлику између остварене накнаде зараде и неостварене зараде, под условом да постоји основ одговорности предузећа за штету. Према члану 85. став 1. Закона о радним односима ("Службени гласник РС", бр. 45/91 и 18/82), ако радник претрпи штету на раду или у вези са радом, предузеће је дужно да му накнади штету по начелима одговорности за штету. Та начела садржи Закон о облигационим односима, који, у члану 154, установљава одговорност за штету по основу кривице и одговорност за штету од опасне ствари или делатности.

У поновном поступку првостепени суд ће разјаснити порекло боловања, јер је оно по укинутој првостепеној пресуди изазвано обичном болешћу, а по укинутој другостепеној пресуди - повредом на раду. Досуђивање тражене разлике долази у обзир само у другом случају, под условом да постоји један од два наведена основа одговорности предузећа за штету. Међутим, та се разлика, уколико постоји, мора одредити и износом, како би пресуда била подобна за извршење, што у ранијем поступку није било учињено".

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 839/93 од 18. марта 1993. године)

Подељена одговорност

Подстицање или толерисање начина рада који носи ризик повређивања утиче на одговорност послодавца па се он не може ослободити одговорности за штету позивањем на искључиву кривицу оштећеног радника.

Из образложења:

"Тужилац је претрпео повреду на раду при отклањању застоја на машини коју је требало да поправи. До застоја је дошло због загушења услед прекомерне количине материјала (кучине) који је прерађиван. Постоје два начина отклањања застоја: исправан да се рад машине заустави, отвори карда, извуче материјал а потом машина оспособи за рад и укључи у погон, што траје два дана и неисправан да се без заустављања рада машине снажно повуче каиш, савлада отпор материјала и настави рад, што траје тридесетак минута.

Тужилац је поступао на неисправан начин, што је несумњиво утврђено. То, међутим, није довољно за закључак да је до повреде дошло искључивом кривицом оштећеног. Било је потребно да се испита какав су однос органи туженог имали према погрешној пракси у отклањању оваквих застоја. Ако су такву праксу, због економичности и других разлога подстицали или толерисали, онда став да је штета настала искључиво радњом оштећеног не може опстати. С обзиром на то, непоуздано је становиште нижестепених судова да, у конкретном случају, постоје услови за примену члана 177. став 2. Закона о облигационим односима. То је и био разлог што је овај суд, у смислу члана 395. став 2. ЗПП, укинуо обе нижестепене пресуде због погрешне примене материјалног права и предмет вратио на поновно суђење.

У поновном поступку првостепени суд ће разјаснити како су органи туженог реаговали на погрешну праксу при отклањању застоја, да би зависно од свих околности случаја, оценио да ли постоји и какав је удео туженог у настанку повреде, односно проузроковању штете. За постојање подељене одговорности довољно је и толерисање погрешне праксе. Стимулисање погрешне праксе би указивало на претежну одговорност туженог. Разуме се, тужени одговара као ималац машине на којој је дошло до повреде. Она је била у погону а то значи да је деловала као опасна ствар."

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 4795/93 од 26.01.1994. године)

Накнада штете у облику ренте

Штета која се отклања рентом је сукцесивна па се доспела накнада такве штете одређује према висини негативне разлике по месецима, а будућа према висини негативне разлике у моменту пресуђења.

Накнада будуће штете се досуђује под клаузулом rebus sic stantibus.

Из образложења:

"Накнада штете у облику месечне ренте одређује се за сукцесивни губитак зараде оштећеног, у смислу члана 195. став 2. Закона о облигационим односима. Стога је потребно да се испита постоји ли и колика је негативна разлика између примања радника које остварује и зараде коју би остваривао да није повређен и то са сваки месец, а не глобално за цео период доспеле штете.

Будућа штета се одређује према висини негативне разике у моменту закључења главне расправе, али под клаузулом rebus sic stantibus (док такво стање траје)".

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 2676/92 од 11. јула 1992. године)

Штета због повреде на раду

Радник повређен на раду може остварити и накнаду штете на име регреса за годишњи одмор и јубиларне награде, уколико би ова права остварио да није претрпео повреду.

Из образложења:

"Регрес за годишњи одмор и јубиларна награда спадају у категорију аутономних права радника из радног однос. Није спорно да би тужиоцу, да није претрпео повреду на раду, било исплаћено: 5.520,00 динара на име регреса за годишњи одмор у 1991. години и 13.443,00 динара, на име јубиларне награде за 15 година непрекидног рада. Пошто ова права имају своју материјалну супстанцу која се може новчано изразити, њихово неостваривање за тужиоца, према члану 155. Закона о облигационим односима, представља штету услед измакле користи. Ту штету је, у смислу члана 85. став 1. Закона о радним односима, дужно да накнади тужено предузеће, јер је својом деликтном радњом пропуштања заштите на раду (услед које је дошло до повреде) спречило увећање имовине тужиоца за вредност регреса у 1991. години и јубиларне награде за 15 година непрекидног рада, које вредности су неспорне.

Тачно је да се регрес за годишњи одмор и јубиларна награда остварују фактичким радом. Али, предмет овог спора није регрес за годишњи одмор ни јубиларна награда, већ накнада штете због неостваривања ових материјалних права".

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3074/92 од 8.10.1992. године).

Основ одговорности за штету због повреде права радника

Основ за накнаду штете због повреде права радника је претпостављена кривица предузећа, а основ те претпоставке је незаконита одлука или радња предузећа.

Из образложења:

"Радник може према предузећу остварити право на накнаду штете због распореда на друго радно место, само ако је суд одлуку о његовом распоређивању поништио.

Поништавањем одлуке настаје основ за накнаду штете а то је, према члану 85. став 1. Закона о радним односима у вези члана 154. став 1. Закона о радним односима - претпостављена кривица предузећа.

Како је у спорном периоду тужилац радио по одлуци о распоређивању која није била поништена, њему за тај период не припада накнада штете у висини изостале разлике зараде, јер не постоји основ одговорности предузећа да му ту штету репарира".

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2793/92 од 1.10.1992. године)

Повреда права из радног односа и накнада штете

Радник коме је незаконитом одлуком повређено право из радног односа, може под одређеним условима, поред накнаде материјалне штете, остварити и накнаду нематеријалне штете.

Из образложења:

"Судови су захтев тужиоца одбили, сматрајући да не може остварити право на накнаду нематеријалне штете поводом незаконите одлуке туженог.

Овакво становиште нижестепених судова не може се прихватити. Чланом 200. Закона о облигационим односима предвиђено је да оштећеном због повреде угледа, части, слободе или права личности, припада правична новчана накнада нематеријалне штете независно од права на накнаду мате-

ријалне штете као и у њеном одсуству. Према томе, ако је одлука којом је повређено право из радног односа изазвала код радника озбиљнији поремећај психичке, односно емоционалне равнотеже, који би оправдао досуђивање новчане накнаде, а нарочито ако је тај поремећај продукт шикане, онда радник, у начелу, може остварити и право на накнаду нематеријалне штете, без обзира што му је накнада материјалне штете већ досуђена. Пошто се нижестепени судови нису бавили утврђивањем чињеница релевантних за примену поменуте законске одредбе, ревизија основано указује на недостатке суђења у примени материјалног права, услед чега је и чињенично стање остало непотпуно утврђено. Због тога су, на основу члана 395. став 2. ЗПП, обе нижестепене пресуде укинуте.

У поновном поступку првостепени суд ће отклонити речене недостатке, тако што ће испитати да ли је доношењем оспорене одлуке тужени био изложен шикани, злоупотреби права или другом малициозном поступку, као и да ли је то довело до таквог степена нарушавања психичке и емоционалне равнотеже тужиоца које оправдава одређивање новчане накнаде нематеријалне штете."

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 4514/92 од 14.01.1993. године)

Накнада штете због незаконитог престанка радног односа

Предузеће је дужно да раднику коме је незаконито престао радни однос накнади штету у висини изостале зараде, смањене за износ остварен од престанка рада до повратка на рад, при чему погрешно наведен правни основ тужбе није сметња досуђивању накнаде.

Из образложења:

"Пошто у периоду од престанка рада до враћања на рад тужилац није радио, њему не припада зарада јер се она остварује искључиво радом. Тужиоцу, међутим, припада накнада штете у висини изостале зараде због тога је поништеном одлуком о престанку радног односа незаконито био спречен да ради и остварује то право.

Тужилац је у тужби погрешно навео да тражи исплату зараде, али то, по члану 186. став 3. ЗПП, није било сметња да нижестепени судови овај спор реше по правилима о одговорности за штету из члана 85. Закона о радним односима ("Службени гласник Р. Србије". бр. 45/91 и 18/92). Пошто то нису учинили, у ревизији се основано указује на погрешну примену материјалног права. Будући да нижестепени судови нису утврдили чињенице од значаја за примену релевантног правног основа, овај суд је, у смислу члана 395. став 2. ЗПП, укинуо обе нижестепене одлуке и предмет вратио првостепеном суду на поновно суђење.

Првостепени суд ће овај спор решити применом члана 85. Закона о радним односима. Основ ове одговорности постоји јер је незаконитост одлуке о престанку радног односа утврђена правоснажном пресудом. Стога остаје да се утврди само висина штете. Она се утврђује према висини изостале зараде. Али, како накнада не може бити већа од штете, потребно је да се утврди колико је тужилац у спорном периоду зарадио да би се за толико смањила накнада штете. Остварена зарада се не урачунава само ако је остваривана и раније (на пример: после редовног радног времена) и то у мери која одговара прековременом раду. Зарада остварена у току редовног радног времена урачунава се увек".

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 3698/92 од 3.12.1992. године)

Интегрална накнада штете због незаконитог престанка радног односа

Радник коме је незаконито престао радни однос, има право на накнаду штете за изосталу зараду и друга изостала лична примања, као што су регрес за годишњи одмор, накнада за топли оброк и др.

Из образложења:

"Ако радник претрпи штету на раду или у вези са радом предузеће је дужно да му штету накнади по општим начелима одговорности за штету. Материјална штета се накнађује по правилима о потпуној накнади из члана 190. Закона о облигационим односима. Та правила треба да обезбеде да се материјална ситуација оштећеног доведе у оно стање у коме би се налазила да није било штетне радње. С обзиром на то, раднику коме је незаконито престао радни однос припада не само накнада штете због изостале зараде него и због других изосталих личних примања, као што су регрес за годишњи одмор, накнада за топли оброк и др".

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 151/93 од 25.02.1993. године)

Душевна болест и штета услед изостајања с посла

Предузеће које није знало нити је могло знати да радник због душевне болести није у стању да схвати значај својих радњи и управља својим поступцима, није одговорно за штету коју он претрпи због престанак радног односа услед изостајања с посла.

Из образложења:

"Тужиља тражи накнаду штете поводом поништене одлуке о дисциплинској мери престанка радног односа.

Основ одговорности за ову штету одређује се у смислу члана 85. став 1. Закона о радним односима ("Службени гласник РС" број 45/91 и 18/92), по општим начелима одштетног права. Према члану 154. став 1. Закона о облигационим односима то је кривица предузећа која се претпоставља. Претпоставка је оборива, пошто предузеће може доказивати да је штета настала без његове кривице.

У конкретном случају претпоставка кривице заснива се на незаконитости одлуке о престанку радног односа тужиље. Али, то није довољно. Одлука о престанку радног односа је поништена зато што тужиља, због душевне болести није била у стању да расуђује и управља својим поступцима, услед чега њено изостајање с посла није могло бити узето као повреда радне обавезе. Ако предузеће није знало нити је могло знати за душевну болест тужиље, онда оно не би могло бити одговорно за штету коју је она због престанка радног односа претрпела. У том случају, наиме, не би постојала узрочна веза између донесене одлуке о престанку радног односа и штете, пошто прекид рада не би био изазван незаконитом одлуком о престанку радног односа већ нерационалним поступком саме тужиље. Овај поступак, макар био и невољан, прекида узрочну везу између одлуке о престанку радног односа и проузроковане штете.

О напред реченом нижестепени судови нису водили рачуна па се у ревизији основано указује на мане у погледу примене материјалног права. Оне су и биле разлог што је овај суд у смислу члана 359. став 2. ЗПП укинуо обе нижестепене одлуке и предмет вратио првостепеном суду на поновно суђење.

У поновном поступку, првостепени суд ће отклонити учињене недостатке и донети нову одлуку. Претходно ће испитати да ли је тужени знао или је могао знати за душевну болест тужиље. Основ одговорности за штету ће постојати само ако је тужено предузеће знало или је могло знати за болест тужиље, а ипак је меру престанка радног односа изрекло".

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 2118/93 од 24. јуна 1993. године)

Накнада штете по слободној оцени због незаконитог распореда

Кад је радник распоређен на непостојеће радно место, онда се накнада штете због изостале зараде услед незаконитог распореда утврђује по слобод-

ној оцени, при чему као оријентација служи висина зараде на радном месту које најприближније одговара стручној спреми оштећеног радника.

Из образложења:

"Тачно је да тужилац, као индустријски педагог, не би могао бити распоређен на радно место школског педагога, пошто, оно, по правилнику, може бити поверено професору школске педагогије или професору педагогије (општи смер или смер школске педагогије). Али предмет овог спора није оцена законитости одлуке о распоређивању. Тужбом се тражи накнада штете због умањене зараде услед незаконите одлуке о распоређивању тужиоца на непостојеће радно место у продуженом боравку. С обзиром на овакав предмет спора, судови су пошли од зараде на радном месту школског педагога не зато што је тужилац на њему радио, односно могао радити, него због тога што је оно најприближније профилу стручне спреме тужиоца. Поништеном одлуком о распоређивању тужилац је био упућен да обавља послове радног места у продуженом боравку које није било утврђено актом о систематизацији. Као несистематизовано радно место не може бити вредновано, оно није могло послужити ни као основ за израчунавање изостале зараде при утврђивању висине накнаде штете. У тој ситуацији нижестепеним судовима је једино преостало да висину накнаде штете одреде по слободној оцени, у смислу члана 223. ЗПП, ослањајући се на висину зараде радног места које најприближније одговара стручној спреми тужиоца".

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1016/93 од 1.04.1993. године).

Припремио *др Зоран Ивошевић*

ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА ЈУГОСЛАВИЈЕ

Јавна предузећа у области електропривреде одређују, у складу с овлашћењем које им даје закон, начин утврђивања висине цене испоручене електричне енергије

Одредбама чл. 4. и 34. Тарифног система за продају електричне енергије ("Сл. гласник РС", бр. 57/92, 72/92 и бр. 25/93) прописано је да је обрачунска снага један од елемената на основу којих се утврђује вредност испоручене електричне енергије и да се обрачунска снага утврђује тако што се укупна количина потрошене електричне енергије у обрачунском раздобљу дели са 100 (просечно месечно коришћење инсталисане снаге, у сатима).

Грађанин сматра да је вредност обрачунске снаге у цени електричне енергије висока, да потрошачи електричне енергије с нижим личним примањима нису у стању да плаћају рачуне за утрошену електричну енергију. Оспорене одредбе нису, стога, по мишљењу грађанина, у складу с Уставом СРЈ.

Уставност споменутог тарифног система може се, по схватању Савезног уставног суда, довести у питање само са становишта права Јавног предузећа "Електропривреда Србије" да својим актима утврђује цену испоручене електричне енергије. Јер, предузећа или друге организације могу, сагласно одредби члана 118. став 1. Устава СРЈ, вршити одређена јавна овлашћења - у која може спадати и доношење одређених општих аката - само ако су на то законом овлашћена. То је у овом случају и учињено: одредбама Закона о електропривреди ("Сл. гласник РС", број 45/91), који доносиоцу оспореног акта даје право да својим актом утврђује висину цене електричне енергије, тј. утрошене електричне енергије. Оцењујући уставност оспо-

реног акта, Савезни уставни суд не може, по Уставу СРЈ, оцењивати и то да ли је начин на који се утврђује висина цене испоручене електичне енергије најбоље утврђен, нити да оцењује да ли је тако утврђена цена испоручене електричне енергије у складу с могућностима одређених категорија потрошача да плаћају ту цену. Та питања тичу се социјане политике друштва, чију ваљаност Савезни уставни суд не може оцењивати, будући да то, по Уставу СРЈ, није његово право.

(Савезни уставни суд, решење III У број 110/93, од 22. децембра 1993. године)

Уставну жалбу због повреде слобода и права човека и грађанина утврђених Уставом СРЈ може поднети и удружење грађана или друго правно лице које штити слободе и права човека и грађанина, али само у име онога ко сматра да су му повређене слободе или права.

Фонд за развој демократије, у Београду, поднео је Савезном уставном суду уставну жалбу против Одлуке о именовању чланова Савета народне банке Југославије ("Сл. лист СРЈ", број 50/93), налазећи да је та одлука противна Уставу Савезне Републике Југославије.

Савезни уставни суд одбацио је уставну жалбу као недопуштену.

Уставну жалбу против појединачног акта или радње којом се чини повреда слобода и права човека и грађанина подноси свако лице које сматра да му је повређена слобода или право утврђено Уставом СРЈ. Уставну жалбу може, по одредби члана 37. став 2. Закона о Савезном уставном суду ("Сл. лист СРЈ", број 36/92), поднети, у име лица које сматра да су му повређена права, удружење грађана или друго правно лице које по својим правилима има задатак да штити слободе и права грађана. Значење те законске одредбе састоји се у томе да удружење грађана или друго правно лице које не штити своје слободе или права уставну жалбу може поднети само у име лица које сматра да су му повређене слободе или права утврђена Уставом СРЈ. Удружење грађана или друго правно лице нема право, дакле, да подноси уставну жалбу због повреде слобода или права човека и грађанина ако то не чини у име онога чије су слободе или права повређена.

(Решење Уж. број 5/93, од 22. XII 1993)

Одредба закона по којој запосленом чије предузеће, установа или радња, односно друга организација за обављање привредне или друге делатности није брисано из регистра или коме није престало својство оснивача предузећа, установе или радње престаје радни однос - није противна Уставу СРЈ.

Одредбом члана 4. став 2. Закона о посебним условима за заснивање и престанак радног односа за време примене санкција Савета безбедности ОУН ("Сл. гласник РС", број 47/93) прописано је да - за време трајања санкција Савета безбедности ОУН - запосленоме који у року од три месеца од дана ступања тога закона на снагу послодавцу не достави доказ о томе да је упис предузећа, установе или радње, односно друге организације за обављање привредне или друге делатности брисан из регистра или да му је престало својство оснивача предузећа или радње, престаје радни однос без његове сагласности, наредног дана по истеку рока од три месеца од дана ступања наведеног закона на снагу.

Грађанин сматра да оспорена законска одредба није сагласна с Уставом СРЈ, због тога што престанак радног односа запосленог везује за пропуштање једне формалне радње, тј. за формалан доказ о подношењу захтева за брисање из регистра, а не за стварно брисање из регистра.

Запосленоме може престати радни однос против његове воље - по одредби члана 54. став 2. Устава СРЈ - под условима и на начин утврђен законом и колективним уговором. Та одредба Устава значи, по схватању Савезног уставног суда, да радни однос не може престати против воље запосленог мимо услова и начина утврђеног законом, и колективним уговором; да ниједном другом општом нормом не може бити прописано под којим условима и на који начин запосленоме може престати радни однос против његове воље. Та одредба Устава јесте једно јемство да ниједним другим актом, осим споменутих, не може бити прописан престанак радног односа запосленог против његове воље. Она значи, осим тога, слободу законодавца, односно оних који закључују колективни уговор, да утврђује разлоге због којих радни однос може престати против воље запосленог. Под којим условима и на који ће начин запосленом моћи престати радни однос против његове воље, прописује, дакле, законодавац, односно колективни уговор. Оцењивање уставности закона који прописује престанак радног односа запосленог против његове воље не обухвата и оцену ваљаности разлога које законодавац утврђује за престанак радног односа, па се оцењивање уставности норме закона која прописује престанак радног односа против воље запосленог ограничава само на утврђивање могуће повреде слободе или права грађанина утврђеног Уставом СРЈ. Оспорена законска одредба не вређа, по оцени Савезног уставног суда, слободе и права човека и грађанина зајемчене Уставом СРЈ, па стога нема разлога за покретање поступка за оцењивање уставности оспорене законске одредбе.

(Савезни уставни суд, решење I У број 167/93, од 22. XII 1993)

Право на одговарајућу зараду, зајемчено уставом СРЈ, остварује се на начин прописан законом

Одредбама члана 6. Закона о висини зарада, накнада и других примања запослених за време примене економских санкција Савета безбедности ОУН ("Службени гласник Републике Србије", бр. 46/92, 73/92, 82/92, 26/93, 47/93 и 67/93) прописано је да се минимална нето зарада за текући месец утврђује у висини једне половине збира просечних цена на мало, одређених производа и услуга којима се обезбеђује минимум основних потреба четворочлане породице; да те производе и услуге, по врсти и количини, договором утврђују Влада Републике Србије, Већа Савеза синдиката Србије и Привредна комора Србије; да податке о висини цена тих производа или услуга доставља учесницима договора, једанпут недељно, републички орган надлежан за послове статистике, и да се висина минималне нето зараде одређује на основу тих података.

Независни синдикат Србије сматра да оспорена законска одредба није сагласна с Уставом СРЈ, због тога што синдикат не учествује стварно у одређивању висине минималне нето зараде запослених, већ само у утврђивању врсте и количине производа или услуга којима се обезбеђује минимум основних потреба четворочлане породице, и што томе синдикату није омогућено да учествује у утврђивању висине минималне нето зараде.

Право на одговарајућу зараду које запослени имају (члан 55. став 1. Устава СРЈ) јесте, по схватању Савезног уставног суда, једно од права чији начин остваривања може, сагласно одредби члана 67. став 2. Устава СРЈ, бити прописан законом. При томе се мора имати у виду да законодавац, уређујући то питање, има слободу да прописује начин на који се омогућује остваривање одговарајуће зараде. Та слобода законодавца обухвата и његово право да одређује органе и организације који заједнички утврђују одговарајућу зараду запослених, па и минималну зараду, у овом случају. Ако законодавац пропише да у утврђивању висине минималне нето зараде учествује једна од синдикалних организација у Републици, он тиме не чини повреду Устава СРЈ. Значење одредбе члана 41. став 3. Устава СРЈ не састоји

се, наиме, у томе да свака од више организација синдиката мора учествовати (заједно с другим органима) у утврђивању висине минималне нето зараде у условима у којима се земља данас налази. Право на синдикално организовање, на оснивање синдиката, ради заштите и унапређивања професионалних и економских интереса чланова синдиката не претпоставља обавезу законодавца да у питању какво је минимална зарада запослених омогући свакој од више синдикалних организација учешће у решавању тога питања. Заштита права и интереса чланова синдиката не састоји се само у учешћу сваке синдикалне организације у решавању питања које је предмет оспорене законске одредбе, већ и у другим видовима делатности ради остваривања сврхе постојања одређене синдикалне организације. Отуда, одређивање Савеза синдиката Србије као једног од учесника договора о утврђивању висине минималне нето зараде није повреда слободе синдикалног организовања зајамчене Уставом СРЈ, ни повреда других слобода и права човека и грађанина.

(Савезни уставни суд, решење I У број 131/93, од 22. децембра 1993)

Прописивањем услова које треба да испуњавају наставници одређеног предмета не вређа се начело једнакости, из члана 20, ни начело слободног избора занимања и запослења, из члана 54. став 1. Устава СРЈ.

Прописима о врсти стручне спреме наставника, стручних сарадника и радника у настави у стручним школама и у гимназији ("Сл. гласник РС - Просветни гласник", број 1/92), прописано је да наставу из предмета социологија изводи професор социологије, односно дипломирани социолог, као и да наставу и друге облике образовно-васпитног рада за предмет социологија може изводити и професор филозофије и социологије, и дипломирани политиколог - наставног смера.

Грађанин сматра да оспорени прописи нису у складу с Уставом СРЈ и законом, будући да значе ограничење слободе избора и занимања за оне који, као "професори марксизма", не могу изводити наставу из тога предмета.

Прописивање услова за обављање наставе из одређеног предмета који се тичу искључиво стручне спреме за обављање наставе и који се не односе на лична својства грађана због којих грађани не би били равноправни у могућности заснивања радног односа ради обављања означених послова није, по схватању Савезног уставног суда, повреда ни начела једнакости, ни начела слободног избора занимања и запослења, из чл. 20. и чл. 54. став 1. Устава СРЈ. Јер, захтев да грађанин који обавља те послове има стручну спрему коју прописују оспорени прописи ставља свакога ко жели да се бави тим пословима у једнак положај зависно, искључиво, од стране спреме коју поседује, али не и зависно од личних својстава човека и грађанина по основу којих он, сагласно наведеним одредбама Устава СРЈ, не сме бити стављен у неравноправан положај с другим грађанима. То што оспорени прописи постављају захтев који се састоји у поседовању тачно одређене спреме, што не уважавају и спрему друге или сличне врсте, не чини оспорене прописе противним Уставу СРЈ, будући да ти прописи не утичу на слободу избора занимања и запослења, већ искључиво на стручне квалификације за обављање одређене наставе.

(Савезни уставни суд, решење III У број 160/93, од 23. децембра 1993)

Влада има право да прописује заштитне мере

Чланом 5. Уредбе о начину образовања цена одређених производа ("Сл. гласник РС", број 15/93) прописане су заштитне мере одузимања имовинске користи и забрана обављања делатности, у трајању од 12 месеци, које се могу

изрећи уз новчану казну за прекршај који се састоји у образовању цена противно одредбама те уредбе.

Покретач поступка за оцењивање законитости оспорене уредбе ("овлашћени предлагач") сматра да се заштитне мере због прекршаја могу прописивати само законом и да је, стога, оспорена уредба незаконита.

Законом о прекршајима ("Сл. гласник СР Србије", бр. 44/89; "Сл. гласник РС", бр. 21/90, 11/92, 20/93 и 53/93) прописано је да се прекршаји прописују законом, уредбом и одлуком општинске скупштине, а заштитне мере - законом и уредбом. Влада Републике Србије поступила је, дакле, у складу с републичким законом кад је прописала које се заштитне мере могу изрећи за прекршај одредби означене уредбе. Оспорена уредба није, дакле, противна републичком закону, па предлог за оцењивање законитости оспорене уредбе стога није основан.

(Одлука УС РС, ИУ број 298/93, од 23. децембра 1993)

Општина није дужна осигурати средства за накнаду члановима управних одбора јавних предузећа

Јавно предузеће покренуло је пред Уставним судом Србије поступак за оцењивање уставности и законитости одлуке општинске скупштине о оснивању тога предузећа, због тога што општина, као оснивач јавног предузећа, није обезбедила средства из којих се плаћају накнаде за рад чланова управног одбора јавног предузећа, што, по схватању предлагача, одлуку о оснивању јавног предузећа чини неуставном и незаконитом.

За обављање послова утврђених Уставом и законом, општини припадају - по одредби члана 114. Устава РС - приходи утврђени законом. Општинска скупштина располаже, дакле, по самом Уставу, само оним приходима, утврђеним законом, који јој омогућују обављање послова општинске скупштине утврђених Уставом и законом. Средства којима општина располаже служе, према томе, само за подмирење трошкова које општина и њени органи имају у обављању тих послова и задатака. Ако је право општинске скупштине да оснива јавно предузеће, то не значи да је и обавеза скупштине да осигура средства из којих се плаћају накнаде за рад члановима управног одбора одређеног јавног предузећа. Из тога што је општина оснивач јавног предузећа не исходи та обавеза. Чланови управног одбора не обављају послове општине, већ - јавног предузећа, чија је обавеза да осигура средства из којих плаћа накнаде члановима управног одбора за њихов рад.

(УС Србије, ИУ број 131/92, од 9. децембра 1993)

Одлука о валоризацији савезног буџета за 1993. годину није акт утврђивања, односно измена буџета, већ - акт извршавања буџета

Савезна влада валоризовала је, својом одлуком ("Сл. лист СРЈ", број 68/93) савезни буџет за 1993. годину, на начин одређен том одлуком.

Подносилац иницијативе за покретање поступка за оцењивање уставности и законитости оспорене одлуке сматра да та одлука није уставна и законита, због тога што је њено значење, у суштини ствари, измена савезног буџета, што је искључиво право Савезне скупштине.

Влада се је, по оцени Савезног уставног суда, доносећи оспорену одлуку, задржала у границама уставног права на доношење извршних прописа за извршавање савезног закона - савезног буџета, у овом случају. Оспорена одлука ништа не мења од онога што је утврђено буџетом за 1993. годину, не мења "структуру буџета"; та одлука не мења висину појединих прихода, односно појединих расхода утврђених буџетом, и зато не значи било какву измену савезног буџета за годину 1993. У околностима у којима је донесена,

оспорена одлука задржала се је у границама извршног акта, са стварним значењем валоризације већ утврђеног савезног буџета и не дира у право Савезне скупштине да утврђује (и мења, по потреби) савезни буџет.

(Решење IV У број 163/93, од 13. фебруара 1994)

Припремио *Ђорђе Ђурковић*

Андрија Гамс са Љиљаном М. Ђуровић, УВОД У ГРАЂАНСКО ПРАВО, Савремена администрација, Београд, 1994, XII + 282 стр.

Уџбеник проф. др Андрије Гамса пред нама је сада у својем 17. издању (одн. у 7. од када се као сарадник јавља проф. др Љиљана М. Ђуровић), и већ у петој деценији свога постојања (1. изд. 1952). По тако дугом животу и по толиком броју издања нема му ни приближно сличног у Југославији (садашњој и свим бившим), а и у међународним размерама у том погледу припада невеликом друштву одабраних. Међу реткима је и по својој основној неизмењености у тако дугом раздобљу. Нпр. аустријски пандектиста Joseph Unger у готово једнако дугом периоду, само век раније, објављивао је свој уџбеник општег дела грађанског права, не променивши чак ни у последњем издању (1892) ни слова у односу на прво издање (1856) (1). Уџбеник проф. Гамса није такав пуки репринт, дакле само од речи до речи поновљено штампање првог у свим каснијим издањима: бивало је у његовим разним издањима нових реченица, пасуса и страница, као и њиховог изостављања, па и измене наслова (2). Али, он поседује једнаку постојаност и неизмењеност ако је реч о основним ставовима, систематици, одређењу појмова и доследности у придржавању одређеног лако препознатљивог погледа на свет. Ову битну неизмењеност кроз толика издања уџбенику је делом омогућило и то што не претендује да читаоце обавести о - иначе променљивим - ставовима судске праксе и правне науке, домаће и стране. Будући да се рано одустало од расправљања са текућом правном књижевношћу, и у овом последњем издању наводе се готово само они исти писци као и у давнашњим: то су углавном аутори из 19 в. и понеки до око средине овог века, док је најсвежији рад на који је упућено један чланак самог аутора од пре три деценије. Нешто ближу везу са временом садашњим има попис литературе (стр. 255 и д.) (3).

---

(1) *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, 1. Bd., 2. Bd., 1856, 1857; 5. изд., 1. и 2. Bd., 1892.

(2) Од 14. изд. не појављује се више поднаслов "Општи део грађанског права", који је књигу пратио од првог издања. Та немала промена никада није добила никакво објашњење.

(3) Списак је саопштен уз тврдњу да "садржи најважније књиге из области грађанског права, осим стварног права", као и такве чланке, и да "сходно програму књиге - из ауторског, облигационог и наследног права" обухвата "само општије написе". Како су "најважније књиге" као критеријум неодређене, не вреди да читалац, па ни овај приказивач разматра шта би он са разних могућих становишта важности свакако укључио у такав попис уместо нечега што се ту налази. Ипак никако не би могли изостати (а у списку их нема) бар: за аустријско право - од уџбеника Koziol - Welser, од коментара Rummel, за швајцарско - Berner Kommentar, за немачко - од уџбеника Medicus или Hübner, од коментара Staudingers или Münchener, за француско - Ghestin - Goubeaux. И неажурност списка чланака може се приписати само томе што ни на овај део књиге није обраћана никаква пажња више од деценију, од када датирају најмлађи наслови. Једино тако се могло догодити да се још од 11. изд. (1981) непрестано понављају исте грешке у списку литературе, и бројне, и разноврсне, а само још проширене новима у овом издању. Додуше, испред списка литературе постављена је заштитна клаузула, састављена из низа од три осигурача: "ако је, по овим критеријумима" (sc. само најважније књиге, само

Издања, пак, која су се појављивала са назнаком "измењена" или и "допуњена" налазила су свој повод (осим у исцрпљености тиража претходног издања) једино у променама прописа (што су нека и декларисала). Ово издање појављује се као измењено у том смислу да је "усклађено ... са друштвеним променама и прилагођено неким новим и измењеним законским прописима који регулишу грађанскоправну материју, нарочито Закону о предузећима, Закону о задужбинама, фондацијама и фондовима и Закону о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања" (стр. V).

Обе те најаве из уводне напомене побуђују пажњу, а асоцијативно је нарочито богат израз "усклађивање са друштвеним променама". Предходно, 16. издање, иако означено као "измењено и допуњено", појавивши се у другој половини 1991. још увек све са уставима од 1974, Законом о удруженом раду, са доминацијом друштвене својине, организацијама удруженог рада итд., видно је одударало од својег окружења јер су се друштвене промене, о којима је сада реч, добрим делом већ биле одиграле а сви споменути прописи већ били донети. Садашње издање дочекано је, зато, с додатним занимањем пошто су и усклађивање са друштвеним променама и прилагођавање поменутим прописима могли уследити као резултат сада већ вишегодишњег промишљања. Пошао сам трагом обеју најава, заинтересован за то како су остварена усклађивања и прилагођавања, рекламирана у уводној напомени.

I. Што се тиче усклађивања са друштвеним променама, након прегледа свих измена у књизи, може се известити да је то усклађивање извршено, готово искључиво, техником изостављања делова раније текста, заменом понеке речи другом и употребом перфект формуле, тј. превођењем одговарајућих глагола из презента у коме су били у претходном издању сада у прошло време у овом издању. Сасвим изузетно дописане су нове реченице. Ево резултата тих измена.

Замене и изостављања. - У ранијим издањима уџбеник се одликовао јасном и доследном употребом квалификатива "социјалистичко", "буржоаско", "капиталистичко", "класно": домаће поратно право било је социјалистичко, домаћи правни писци такође, предратни и инострани, западни били су буржоаски, као и тамошња права. Из овог издања стиче се јасна представа да наше право више није социјалистичко (ни револуционарно) (4), док није јасно да ли је буржоаско, класно. Изгледа да није, ако се прочита (на стр. 40): "Пре рата грађанско право, као и право уопште, служило је првенствено интересима буржоаске класе. Данашње наше право, па и грађанско право израз је воље свих радних људи наше земље", или (на стр. 28. и 29) да "у буржоаском праву и породично право спада у грађанско право" док "ми,

---

општији написи) "неки напис изостављен из списка, то није намерно учињено него то треба приписати ограниченом простору, пропусту приликом састављања регистра или простој случајности" (стр. 255). Наведене недостатке није могуће оправдати ниједним од тих па ни оним загонетним извињавајућим разлозима међу њима: пропустом - али које врсте?, простом случајношћу - шта је то?

(4) Трагови изједначавања "код нас" са "у социјализму" уклоњени су већ у прошлом издању. Нпр. у 15. изд. 1990. још је стајало (на стр. 49. у n° 50): "грађанскоправна својина постоји ... и код нас, у социјализму", да би од прошлог издања (стр. 45 n° 50) било изостављено "код нас" а остало само "у социјализму" (исто у овом издању). - Друштвена својина код нас била је у претходном издању социјалистичка (n° 50); сада је социјалистичка својина преименована у друштвену (у n° 50 на четири места). - Изостала је реченица из претходног издања од 1991. (стр. 48 n° 56): "Пошто је наше право ново, револуционарно, разумљиво је да се не признају норме старог права као израз воље капиталистичке, велепоседничке, експлоататорске класе". "Револуционарни карактер нашег права" из тог издања (стр. 60 n° 70) сада је "револуционарни карактер нашег послератног права" (стр. 49 n° 70), а "револуционарне промене у нашем друштву" (стр. 61 n° 71 претх. изд.) сада су "нове промене у нашем друштву" (стр. 49 n° 71).

међутим, издвајамо и породично право из грађанског права". Ипак, да ли наше право доиста није буржоаско, упореди ли се следећи текст из претходног издања (стр. 71 n° 82): "судија треба да је свестан да служи социјалистичком друштву ... да у својим одлукама изражава интересе радних људи" са садашњом формулацијом истог места (стр. 58 n° 82): "судија треба да је свестан да служи правном поретку који почива увек на одређеним друштвеним односима ... да у својим одлукама изражава интересе грађана". Да ипак јесте буржоаско, то опет излази поређењем сада изостављеног места из ранијег издања: "У праву капиталистичких земаља постоје два основна типа правних лица: удружења и установе" (стр. 105 n° 127) са тиме што се та подела сада излаже управо као подела садашњег нашег права (n° 127 стр. 86 и д.) (5). Пошто се по том питању неће осетити поуздано упућен, читалац ни на другим местима где се говори о "буржоаском" неће бити на чисту важе ли искази и за нас. Примера ради, да ли фактичка "неједнакост људи који се појављују као лица у грађанском праву" а која "омогућује у буржоаским друштвима класну диктатуру буржоазије и поред постојања правне једнакости" (стр. 30 n° 38) и код нас има исти тај ефекат.

Ни Маркса или Маркса и Енгелса не сусрећемо више свуда где их је било још у пређашњем издању. Изостали су бројни цитати и упућивања (а нарочито у пасусима 4, 5, 6, 7, 8, 50 и 54.). Негде је избачен тек поједини навод (n° 5), другде, након што је већ у претходном издању 1991. редукована батерија њихових цитата, сада је изостављено и све тада преостало цитирање (из ондашњих пасуса 6 и 7), а негде су ставови остали, само нема више обавештења на тим местима да потичу од Маркса и Енгелса (у n° 4, 6, 8, 50 и 54). Из тога не би требало закључити да је напуштен (један) марксистички поглед на свет: промена није квалитативна - само је смањена количина непосредне заступљености класика. Доследност у заступању једног погледа на свет књигу одликује и сада: у том погледу ово је издање континуитета.

Одустало се и од методолошког упутства - којем је раније придаван средишњи значај - да техника тумачења и попуњавања правних празнина (језичко, историјско, аналогија итд.) "остаје само оружје без руке која њиме рукује ако судија не познаје и не уме да примени материјалистичко-дијалектички метод, ако његов начин мишљења није формиран тим методом" (стр. 71 n° 82 претх. изд.). Будући да никакво друго упутство није заузело упражњено место, остаје да се нагађа ради ли се при овом изостављању о усклађивању са друштвеним променама, или о промени гледања аутора, или о уверењу о безизгледности за прихватање таквог упутства.

Перфект-формула. - Низ усаглашавања са друштвеним променама извршено је тако што је садашње време из пређашњег текста сада постало прошло свршено (нпр. уместо "имамо нове односе" - "имали смо нове односе", уместо "наше право је револуционарно" - "наше право било је револуционарно"). Поједина превођења у прошлост нису оправдана. Док се раније тврдило да "наша теорија гледа са неповерењем на обичајно право, а то је донекле и оправдано с обзиром на револуционарни карактер нашег права" (стр. 60 n° 70 претх. изд.), у новом издању стоји: "Наша теорија гледала је са неповерењем на обичајно право, што је донекле било оправдано с обзиром на револуционарни карактер нашег послератног права" (стр. 49 n° 70). У часу објављивања новог издања ништа није давало за право таквој тврдњи - ништа се у теорији није променило између два издања - тако да остаје питање да ли је и овде по среди промена у гледању аутора ове књиге (који ту онда стоје за "нашу теорију"), и дакле у ствари њихова препорука, прескриптивни суд (о томе како се односити спрам обичајног права), само изречен у форми индикативног, чињеничног. Када се већ пошло од таквих премиса, изостало је, међутим, да се исправи и раније неодржива тврдња о томе да Закон о неважности правних прописа донетих пре 6.4.1941. и за

(5) Узгред речено, ни пре ништа није пречило да се за наставне и научне сврхе разликују та два типа.

време непријатељске окупације "има само историјски значај" (стр. 41 п° 56). Тим законом предвиђена могућност примене правних правила из старих кодификација потребна је и дан данаји (и догађа се), а биће таква и убудуће. Закон о неважности само је, наиме, нормативно изразио методолошку регулу о условима за примену правних правила (постојање правне празнине и непротивности правила начелима важећег правног и моралног поретка), која регула важи за примену правних правила одакле год да она потичу (из предратних извора, иностраних, правне науке итд.) и нема, дакле, једино историјски значај.

II. Када је реч о прилагођавању прописима, оглашеном у уводној напомени, прилагођавање неким прописима извршено је сада тек након више издања, за друге прописе већ је прошло издање било пропушена прилика да се то учини, у погледу неких, опет, ради се о и овог пута необављеном послу, а у погледу појединих о погрешно обављеном. Из прилагођавања прописима произашло је - обрнуто него из усклађивања са друштвеним променама - највише новог текста овог издања, а мало и недовољно изостављања.

Грешке. - Неке од грешака не би се појавиле да је доиста и коректно проведено прилагођавање новим прописима. Рецимо, федерација није законодавно надлежна, како међутим стоји (на стр. 17) "као и до сада" за "основе својинскоправних односа", него је то тек сада постала (тј. од Устава СРЈ 1992). До сада била је надлежна за "основне својинскоправне односе", али она то није више, упркос томе што, увећавајући збрку, пише (на стр. 46) да се по садашњем Уставу СРЈ (од 1992) савезним законодавством регулишу "основни својинскоправни односи". Такође, прочита ли (рогобатну) реченицу (на стр. 47 у п° 66а): "стварноправна материја је само делимично регулисана и то Законом о основним својинскоправним односима од 30. јануара 1980. године и то грађанска својина", читалац ће погрешно закључити да ЗОСПО не регулише ни службености, ни залогу (хипотеку), ни државину, ни закуп. Или, надлежност и организација Савезног суда нису регулисани (како међутим стоји на стр. 61) Законом о Савезном суду од 1974. већ новим од 1992, а ни седница није "Заједничка седница" (стр. 61 на више места), него је проширена седница. Осим тога, ЗОСПО није преузео решења у погледу рокова одржаја од Начелног мишљења 3/60 из 1960. (како се наводи на стр. 61), па је баш због тога Савезни суд био принуђен да 1983. Начелним ставом постави интертемпорална правила за рокове одржаја, како би решио временски сукоб закона изазван управо различитошћу ранијих и ЗОСПО-ових рокова. Надаље, право на узорак и модел траје 10 година, а не 5 (како пише на стр. 121), а по истеку рока не постају општа добра (како се ту тврди). Ни општи рок застарелости није (ни у време предаје рукописа) више износио 5 година (стр. 188), него 10. - Нисам сигуран да су баш сви ти и слични подаци неопходни у уџбенику овога профила (поготово у основном тексту и редовно са навођењем дана и месеца доношења прописа), али сам сигуран да ако су већ унети, онда нису свеједно јесу ли погрешни или тачни. Исто важи и за следеће.

Део о грађанском законодавству у бившим социјалистичким земљама (стр. 22-25 п° 28-30а) ни овога пута није прилагођен стању прописа: неажуран умногоме већ при појави претходног издања, сада је такав још више. Нова реченица претходног издања 1991. да "с обзиром на недавне друштвене промене у овим земљама, треба очекивати доношење нових или измене постојећих грађанских законика", гласи и сада исто (стр. 25 п° 30а in fine). Но, промене које се њоме најављују тек за будућност, већ су се увелико одиграле. Прелазак на тржишну привреду и напуштање планске, процес приватизације, ширење подручја аутономије и слободе располагања и др. већ су изазвали одиста крупне промене у области грађанског права: изједначени су сви облици својине (нпр. још 1990. у Совјетском Савезу и Бугарској, 1991. у ЧССР), уведена су трговачка друштва као нови облици правних лица (нпр. 1990. у СССР-у и Чехословачкој, 1992. у Румунији и Албанији), преуређено задужбинско право (нпр. 1990. у Мађарској, 1991. у Пољској и Чешкој, 1993. у

Албанији) као и задружно (нпр. 1989. у СССР-у, 1991. и 1992. у Бугарској и Мађарској), имовинска правна способност државе сведена на права која су јој неопходна за испуњење функције (1991. у Русији), поново уведена или преуређена залога а нарочито хипотека (нпр. 1991. у Мађарској, Пољској, Чехословачкој, Русији, Украјини), битно измењена област ауторског и других интелектуалнх права (нпр. 1991. и 1993. у Заједници Независних Држава, 1992. у Албанији и Бугарској), проширена грађанскоправна заштита личних права (нпр. 1991. у Чешкој, 1992. у Мађарској и Русији), омогућен откуп станова, својина на земљишту, стечај добио на значају итд. Нису само донети бројни нови закони, већ су 1991. у Совјетском Савезу донете нове "Основе грађанског законодавства", 1991. у Албанији израђен Нацрт новог ГЗ-а, опсежно су новелирани грађански законици у Пољској 1990. и 1991, у Мађарској 1990, 1991, 1992, у Чешкој 1991, донет нови Трговачки законик у Румунији 1991, а део у Албанији 1992, у Бугарској 1993. битно измењен и допуњен Закон о облигационим односима и уговорима од 1950.

Непримерености. - Као најраспрострањенији југословенски уџбеник, свакако ни у овом издању није писан с намером да се заустави пред границом Црне Горе, нити да стави знак једнакости између израза "наше право" и право Србије. Али су управо на то изашла излагања која узимају у обзир само прописе Србије, нпр. на стр. 60. и д. где се као наше право приказује само структура судова (привредни судови) у Србији, не помињући другачију у Црној Гори, на стр. 76. где се не помиње другачије решење за тестаменталну способност у Црној Гори, на стр. 88, не помињући уопште другачији Закон о задужбинама, фондацијама и фондовима Црне Горе.

Решење Закона о предузећима о пуноважности правних послова предузетих ван оквира делатности предузећа, које је уклонило раније правну несигурност, није добило одговарајуће место. Спомиње се само у петиту (на стр. 213), а ни ту не директно, док у одељку о правним лицима није ни поменуто, упркос његовом значају за правну и пословну способност комерцијалних правних лица. Како у пословном делу сваког већег града има више предузећа него у целој земљи свих осталих врста правних лица заједно, и како предузећа предузимају правне послове и обављају правни промет редовно и неупоредиво више од осталих правних лица, наведено другачије решење за ту врсту правних лица никако не представља тек безначајни изузетак да би остало прећутано одн. скрајнуто.

У претходном издању није било оправдано што је Закон о удруженом раду и даље фигурирао као важећи (на стр. 107 и д. n° 130 и д., стр. 53 n° 61а), а у овоме издању није у реду што се он више не помиње ни у контексту наше правне прошлости: у делу о развојним фазама нашега права (n° 24 стр. 16 и д.) готово да се ништа не може сазнати - упоређено са другим периодима - о грађанском праву у времену после уставних амандмана из 1971.

Изостављање. - И пре овог издања било је много прилика и разлога - ако не на основу промене уверења аутора, оно баш на основу промене стања прописа - да изостане реченица која се, почев од 1. изд. 1952, појављивала још и у претходном 1991: да "Пре свега приватне установе, задужбине, немају данас код нас свој разлог постојања" (стр. 107 n° 130) (6).

Новине. - Као резултат прилагођавања прописима осванула је и највећа измена целокупног издања: највише новог текста појавило се у вези статусног права правних лица, и то у одељку "Врсте правних лица" (стр. 86 и д.). У односу на претходно издање измењен је до непрепознатљивости. Али је препознатљив у односу на истоимени одељак једног другог уџбеника. Мада ничим та веза није стављена до знања, читајући у приказиваној књизи одељак "Врсте правних лица" аутор овог приказа осетио се као код своје куће, јер је у ствари читао свој текст (7). Све релевантно преузето је из њега: 1°

(6) Исто важи за реченицу која је 1991. у 16. изд. следила овој, као и за ону која јој је претходила (стр. 107).

композиција целог одељка, 2° систематика правних лица, 3° број, критеријуми и садржина подела правних лица (изузев код поделе на јавноправна и приватноправна), 4° број, критеријуми и садржина подела, 5° редослед по којем су поделе изложене, 6° редослед којим су изложене потподеле, 7° редослед излагања унутар сваке поделе (изузев код поделе на јавноправна и приватноправна), 8° редослед излагања унутар потподела, 9° излагања о правном значају сваке поделе (осим код поделе на јавноправна и приватноправна), 10° излагања правног значаја потподела, 11° дефиниције већине појмова, 12° терминологија, називи за поједине врсте правних лица (комерцијална, лукративна или предузетничка и некомерцијална, једносвојинска и мешовита), 13° терминологија, називи за поједине подврсте правних лица (једночлана и вишечлана удружења, лична и корпоративна удружења, приватна и јавна задужбина, задужбина у ужем смислу), 14° називи за неке друге категорије (учесници, лична веза између члана и удружења и чланова међусобно), 15° чак и илустрације, примери. Интервенције у мој текст састоје се од изостављања појединих реченица, делова реченица или бројева при навођену (1°, 2° итд., који би требало да помажу при запамћивању, а које иначе сами студенти дописују када их нема), као и у употреби понеког домаћег израза уместо страног (нпр. "јачина" личне везе уместо интензитет, "покровитељски" уместо меценатски).

Будући да није у реду да се приказујући туђу књигу пише приказ сопственога текста, овде ће изостати такав осврт на све што је ту ново а моје. Међутим, оно што је додато, чега у мом тексту нема, допушта кратак осврт, а и заслужује. Тако се у подели на удружења и установе, удружење синонимно назива корпорација (стр. 86 п° 128), да би се корпорација јавила потом и у потподели удружења на лична и корпоративна (стр. 87 п° 129). Да ли је по среди мелиорација или детериоризација? Јасно је да не ваља ако виши и нижи појам, члан поделе и један члан потподеле тог истог члана носе исту ознаку. Затим, док сам "учесницима" скупно назвао све који на било који начин припадају организацији: и запослене, и чланове, и лица у улози органа, дотле се овде као учесници означавају "људи или органи који послују у њеном саставу" (стр. 87 п° 130). То је студентима мање информативно, а копула "или" уноси у сваком случају пометњу, јер треба "и". Такође, док је у изворнику изложено под којим условима задужбине могу обављати привредну делатност, по приказиваној књизи (као и у њеним претходним издањима) задужбине "према нашем праву не могу да се баве привредном делатношћу" (стр. 89 п° 132). Како је "наше право" и ауторима и мени заједничко право, умесно је указати на изричиту одредбу о привредној делатности задужбине у чл. 26 ст. 4 важећег Закона о задужбинама, фондацијама и фондовима Црне Горе од 1985.

Све у свему, када је реч о одељку "Врсте правних лица", прилагођавање прописима изведено је највећим делом као прилагођавање моме наведеном тексту; тамо, пак, где се одступило од њега, погрешило се. Мада дирнут снагом утиска, којег су оставила моја излагања, да и у приказиваном уџбенику баш тако треба како је у њима, када су преузети чак и примери (ако се не рачуна као битна она модификација у примеру за приватну задужбину организације, где ја наводим задужбину предузећа чији је циљ помагање чланова породица радника настрадалих на раду, а приказивани уџбеник - задужбину грађевинског предузећа чији је циљ помагање чланова породица радника погинулих на раду, стр. 88 п° 132) - још бих више био почаствован да је ма где остао бар некакав помен или макар најудаљенији наговештај мојег духовног очинства.

III. У закључку може се рећи да нам се и у овом свом чак 17. издању уџбеник представио као књига континуитета, и даље лако препознатљива

(7) Сравнити одељак "Врсте правних лица" из приказиване књиге (стр. 86 и д.) са ауторовим одељком "Врста правних лица" у: О. Станковић - В. В. Водинелић, *Грађанско право - књига прва*, Београд, 1992, стр. 105 и д.

по погледу на свет аутора, заступаним стручним ставовима, систематици, стилу и језику и по још понечему. Али је 17. издање доиста и издање измена (па и допуна, а ових чак и у већој мери него претходно издање које је за разлику од њега било означено као допуњено). Измене нису само последица усклађивања са друштвеним променама, које је углавном извршено путем изостављања одређених делова досадашњег текста и граматичком интервенцијом (стављањем глагола из презента у перфект), већ и усклађивања са променама става атуора, а да увек није јасно у којој мери је по среди једно или друго. Измене у виду прилагођавања промењеним прописима у недопуштено великом броју нису спроведене коректно (окаснеле су, погрешне су, непотпуне су или нису уследиле ни у садашњем издању). Оне пак међу њима главне измене, које су уједно главне допуне, односе се углавном на статусно право правних лица, и извршене су несамостално, по туђем узору, на начин који је неуобичајен како по мери у којој је то учињено, тако и по томе што није обзнањено да је тако учињено. Не би ваљало да се својим следећим издањем ово садашње потврди као почетак таквог новог континуитета.

др Владимир В. Водинелић

др Весна Ракић-Водинелић, ПРАВОСУДНО ОРГАНИЗАЦИОНО ПРАВО, Савремена администрација, Београд, 1993.

Правосудно организационо право ("Савремена администрација", Београд, децембар 1993. године) није први рад дидактичког карактера проф. др Весне Ракић-Водинелић (веома је значајан у том смислу њен рад "Грађанско процесно право" у Приручнику за полагање правосудног испита, IV издање, Београд, 1987), али је први рад писан с намером да то буде уџбеник из којег ће студенти моћи да припреме испит. Ова књига, обима 20 ауторских табака, компонована је тако да има Општи део (стр. 3-18) у којем су дискутована питања појма правосудног организационог права, правосудне делатности, судске власти и организације судова, уз преглед литературе и избора, и Посебни део (стр. 19-148), који чине четири посебне целине: 1) Особени институти правосудног организационог права (стр. 19-40), 2) Судови (стр. 41-102), 3) Тужилаштво (стр. 103-114) и 4) Правобранилаштво (стр. 115-148). Уз ово, књига је опремљена објашњењима скраћеница, пописом литературе и стварним регистром. Рецензенти су др Зоран Ивошевић (који је написао и предговор) и др Небојша Шаркић, обојица са значајним судијским искуством.

Општи део започиње изалагањем о појму, предмету и карактеристикама правосудног организационог права као посебне наставне дисциплине. У овом делу налази се и излагање о положају правосудне делатности у оквиру система државне власти, као и детаљна анализа појма судске власти. Ауторица истиче да је појам правосудне делатности шири од појма судске власти, јер поред суда укључује и тужилаштво и правобранилаштво, а у савременим државама и адвокатуру. Осим тога, у правосудну делатност спада и рад друштвених тела која врше судску или правосудну делатност (изабрани судови, мировна већа и сл.). Поред овог организационог критеријума, применом функционалног критеријума уочава се да се правосудна делатност састоји, осим у изрицању јудиката, још и у организовању судске власти и вршења правосудне управе, оптужне делатности, истраге, итд. При овом разграничењу наглашава да само судови врше власт, а да сви остали органи у томе само помажу. Опредељује се за одређење појма судске власти као декларативно-креативне делатности, јер је основни задатак суда да примењује опште правно правило на појединачан случај, да дакле, декларише је ли дошло до угрожавања или повреде права, али се ту не зауставља, већ

настоји да реши конфликт, што је чини креативном. У карактеристике судске власти убраја: самосталност, независност, обавезност, објективност, професионалност и дуализам.

Разматрања која следе у *Посебном делу*, односе се на правосудни систем СРЈ. Квалитети и недостаци овог дела књиге условљени су позитивним правом СРЈ које регулише ову област. Очигледно је да је недовршеност правног дефинисања правосудног система СРЈ оставила ауторицу без могућности да јасније конципира оквире тог система. Отуда је овај део подељен, условно речено, на три велике целине, три главе, које се односе на *државни правосудни систем, друштвене (недржавне) судове* и *стручну правну помоћ*. Значај ове три јединице у оквиру правосудне делатности је, наравно, различит и отуда се као најважнија издвајају излагања о државном правосудном систему: део о основним институтима правосудног организационог права, о судовима, о тужилаштву и о правобранилаштву.

У првом делу, као *основни институти правосудног организационог права* обрађена су уставна начела о правосуђу и појам, карактеристике и врсте надлежности правосудних органа.

Централни део ове књиге, по нашем схватању, садржан је у другом делу, у излагању *о судовима*. С обзиром да је у првом делу већ расправила појам судске власти, проф. Весна Ракић-Водинелић је, после кратког објашњења појма и каратеристика суда, започела упоредноправни преглед опште организације судова, обазирући се посебно на разлике које постоје између федералних и унитарних држава. То је припремило даља изалагања о организацији, врстама и надлежности судова у Савезној Републици Југославији. Ова излагања су врло детаљна и врло прецизна, увек у складу са законодавством. Међутим, баш у овом делу читалац ће пронаћи и јасна упутства о недостацима у законодавству, који су последица неусклађености савезних и републичких устава, савезних и републичких закона, као и закона и устава исте власти. Све критичке напомене учињене су на начин који будућем законописцу омогућава да избегне да понови исте грешке и да, уз мало напора, конципира савремен систем судова, који ће бити конзистентан и у детаљима, за разлику од постојећег. Ауторица је нарочито водила рачуна да у излагањима о надлежности судова, детаљно прикаже надлежност судова у грађанским поступцима (за који је специјалиста), али и у казненим поступцима (привредни преступи и кривична дела) као и у управном спору. Приликом разматрања надлежности појединих судова (општински, окружни, врховни), посебно је обрађена надлежност судова у суђењу (кривичне ствари, грађанске ствари, радни спорови и управни спорови), а посебно надлежност ван суђења. Излагања су детаљна, поткрепљена упоредноправним погледом када је реч о врховним судовима, односно о Савезном суду.

Приметили бисмо, да је изоставила и републичке и Савезни уставни суд. То је, вероватно, последица њеног става о делатности ових судова коју не сматра судском. Нама се чини да је, ипак, и поред таквог става о појму судске делатности, било места да се, једнако детаљно као и осталих судова, анализира и делатност уставних судова. Уставни судови и Србије, Црне Горе и Југославије одлучују и о конкретним повредама права. На пример, Уставни суд Црне Горе одлучује и о томе је ли председник Републике повредио Устав (чл. 113, тачка 3 УЦГ), односно у другим случајевима када, поводом уставне жалбе, баш као и Савезни уставни суд СРЈ, одлучује о томе је ли појединачним актом или радњом повређено неко право или ограничена слобода човека и грађанина утврђена Уставом, уколико није предвиђена друга судска заштита, (чл. 113, тачка 4 УЦГ и чл. 124, тачка 6 УСРЈ). Уставни суд Србије, као и Уставни суд Црне Горе и Уставни суд СРЈ, одлучује о забрани рада политичке странке или друге политичке организације (чл. 125, тачка 6 УС, чл. 113, тачка 7 УЦГ и чл. 124, тачка 8 УСРЈ), а с обзиром да је забрана рада могућа само уколико је политичка организација повредила Закон о политичким организацијама, то такође сматрамо одлу-

чивањем о конкретној повреди права, те сматрамо да је у питању судска делатност. Чак и када ова аргументација, са становишта ауторице, не би била прихватљива, с обзиром да је детаљно приказала надлежности судова ван суђења, требало је приказати и надлежности уставних судова и третирати их као делатност ван суђења.

Излагање о судовима завршава одељком о особљу у суду (избор судије и престанак судијске функције), унутрашњој организацији, судској и правосудној управи и финансирању.

Трећи део у оквиру Посебног дела књиге, посвећен је *Тужилаштву*. У њему је ауторица изложила упоредни преглед положаја тужилачке функције, затим је систематизовала уставна начела (организациона и функционална), која су специфична за јавно (државно) тужилаштво (монократско начело, хијерархијско устројство, територијалност, функционалност, деволуција, супституција, официјалност и законитост).

Прва глава Посебног дела завршава четвртим одељком, *о правобранилаштву*.

Предмет друге главе су *друштвени (недржавни) судови*. После излагања основног начела друштвеног правосуђења, сви овакви судови разврстани су према неколико критеријума, на оне чије одлуке имају правно дејство и оне чије одлуке то дејство немају, затим, с обзиром на обележја правне ствари о којој одлучују, на грађанскоправне и кривичноправне друштвене судове, затим, на оне чије одлуке подлежу контроли државних судова и оне чије одлуке не подлежу овој контроли, и на крају, на институционализоване и неинституционализоване.

У посебном делу, у оквиру ове, друге главе, детаљно је обрађен положај и делатност арбитража које код нас постоје, а затим и *мировних већа, дисциплинских и осталих друштвених судова*.

Предмет последње, треће главе, је *стручна правна помоћ*, а у оквиру ње, посебно положај, начела организације и функционисања *адвокатуре*.

Када се овако изложи садржина књиге *Правосудно организационо право* проф. др Весне Ракић-Водинелић, остаје нам још да читаоцу скренемо пажњу на неколико утисака који иза ње остају. Ова књига, свакако, попуњава празнину у литератури, с обзиром да је о организацији правосудног система код нас писано веома мало. Дела монографског карактера нема, а сва остала литература се своди на коментаре закона (о судовима, о тужилаштву, итд.) и на чланке у којима су дискутована само поједина значајна питања. Систематски приступ ауторице омогућује нам да прво уочимо једну целину коју чине судови, тужилаштво, правобранилаштво, адвокатура, судска и правосудна управа, која као услов функционисања захтева свеобухватно али и хармонизовано законодавно регулисање. Недостаци у тој регулативи код нас, као последица великих потреса насталих распадом СФРЈ (односно сецесијом Словеније и Хрватске, ратом у Хрватској и Босни и Херцеговини), као и помало ужурбаним и несистематичним радом на уставном конципирању Савезне Републике Југославије и њених република чланица, у овој су књизи јасно обележени. Сматрамо да је то добра основа да се грешке исправе у будућим уставним и законодавним променама.

Ипак, и изван ових практичних и дневних вредности, остају делови књиге који ће послужити не само првој наредној, већ и свакој следећој одлуци о уређењу ове целине, јер је у њима у теоријском погледу учињен искорак ка јасном дефинисању, пре свега, појма судске делатности, самог суда и судовања. У том погледу најзначајнијим сматрамо конципирање уставних начела о правосуђу. Ауторица је начела изложила не само имајући у виду уставе (СРЈ и републичке) већ и међународне уговоре којима је Југославија обавезна, као и законе о судским поступцима. Као циљ начела одредила је да она "треба да служе остварењу савремено признатог корпуса слобода и права човека" (...) "у мери у којој би могле да буду угрожене

поступањем државних правосудних органа". Поред тога, ауторица води рачуна и о "потреби државе да своје правосуђе прилагоди сопственом политичком, државном и правном поретку и друштвеним специфичностима". Резултат таквог приступа су начела дефинисана на следећи начин.

Начело законитости - као обавеза суда да примењује само она правила која су садржана у признатим изворима права.

Начело једнаке доступности правосуђа - као право сваког на једнаку заштиту својих права у поступку пред судом или другим правосудним органом.

Начело јединства правног подручја - као подједнака обавезност одлука судова свих правосудних органа на територији СРЈ.

Начело правне сигурности - као право сваког да не буде неуставно и незаконито стављен у неповољнији супстанцијални и процесни положај, после правноснажно окончаног поступка пред правосудним органима.

Начело поштовања слобода и достојанства личности - као обавеза правосудних органа и других државних органа да, приликом лишења слободе, поштују уставе и законе у погледу услова за лишење и поступка лишења слободе и да у сваком поступку чувају достојанство странака.

Начело вишестепености - као гаранција бар двостепености у одлучивању судова и других државних органа и предлог евентуалне вишестепености.

Начело јавности - као обавеза суда и других државних органа да своју делатност учине доступном јавности, тј. право грађана да стичу сазнања о тој делатности.

Начело зборности суђења и учешћа грађана у правосудној делатности - као правило да суд суди у већу, које је такво да у њему учествују и грађани који нису професионалци у вршењу правосудне делатности.

Сматрамо да овакав предлог начела (са изузетком последњег у односу на које имамо резерве када је у питању учешће грађанина у суђењу) јесте једна од најбољих одлика ове књиге, која је препоручује не само студентима, већ и најбољим знаоцима права. То нарочито важи кад се детаљније проуче сва излагања ауторице о овим начелима која имају карактер тумачења значења сваког начела, уз прецизно одређивање позитивноправног простора и граница за остварење начела, теоријских поставки и упоредноправних решења, као и практичних предлога за уређивање домета сваког начела.

Прави циљ ова књига ће остварити тек када се појави друго, треће или неко следеће издање, које ће у напомени имати и објашњење да се ради о измењеном тексту, до којег је дошло због измена у законодавству. Наиме, иако се, по распореду материје, ширини којом су захваћена поједина питања, па и по стилу, уочава да је текст писан првенствено за студенте права који ће из њега моћи да спремају испит из предмета Судско организационо право, ипак, све време читања, јасно је да су поруке аутора усмерене и ка читаоцу који је законописац или може имати утицаја на садржину закона. То се види из бројних приговора законодавном уређењу појединих питања, најчешће недоследности и неконзистентности решења, а затим неретко и научној незаснованости. Отуда очекујемо да ће бити слуха за ове приговоре, и да ће интервенције у законодавству које регулише ову материју уследити убрзо, што би дало повода новој обради домаћих прописа, која би била више интерпретативна а мање критичка, писана с циљем да објасни систем, а не, као што је сада случај, да објасни како заправо комплетног, правног система и нема.

мр Горан Свилановић

Александар А. Миљковић, У СЛУЖБИ ИСТИНЕ И ДЕМОКРАТИЈЕ, библиотека "Политика и друштво", св. 52, Издавачка задруга "Политика и друштво" и "Научна књига", Београд, 1992, 116 стр.

После четири и по деценије ћутања Библиотека "Политика и друштво" је поново проговорила. Заћутала је 1946. пошто је објавила 51, једину послератну свеску (Михаило Илић, *Политички чланци*) а истоимена задруга која ју је издавала се практично угасила. Рад Задруге је обновљен 14. фебруара 1991, када је одржана оснивачка скупштина на којој је усвојен нови Статут Задруге (1), о чему је шира јавност први наговештај добила у "Политици" од 6. фебруара 1991. (стр. 14) (2). Добро је да је рад Задруге обновљен под вођством професора Божидара Марковића, који је био члан уређивачког одбора Библиотеке све четири године њеног рада (1937-1941). Тиме је на најбољи начин показано да у научном и уопште интелектуалном раду мора постојати континуитет и да свако прескакање води у суноврат и значи осуду на мучан почетак. После годину дана појавиле су се, у сарадњи с "Научном књигом", четири свеске - књиге Александра Миљковића (*У служби истине и демократије*), Радована Самарџића (*Сеобе у српској историји*), Милана Грола (*Искушења демократије*) и Јеремије Митровића (*Србофобија и њени извори*), на укупно 480 страница, двоструко више него што је износио обим предратних свезака. Књиге су представљене на Општем семинару Правног факултета у Београду, 20. фебруара 1992. Свака књига је занимљива и заслужује посебан приказ. Због ограничености простора овом приликом се задржавамо на књизи др Александра Миљковића, која је замишљена не само као физички већ и интелектуални мост између два раздобља која дели пола века али између којих постоји континуитет проблема и мисли. То је неопходно јер су многа сећања избледела а појавиле су се нове генерације којима непознавање много чега није сметало да заузму најважније положаје у држави и привреди. Због оних који нису криви што су из школског система изашли као интелектуални инвалиди, па ваљда због тога не осећају стид што заузимају места на која су их други довели, Библиотека "Политика и друштво" је морала да као руководна начела истакне истину и демократију.

У складу с тим је и наслов књиге др Миљковића. Нема сумње да се он прихватио најтежег али и најдрагоценијег задатка. Док сваки писац има привилегију да у највећој мери излаже сопствена гледишта, дотле је А. Миљковић морао да највише износи мишљења других, борећи се за истину, а да своја демократска уверења потискује у други план. Прво је много теже од другог, али је посао писцу олакшала околност да су до сада објављене књиге (њих 51 на броју) представљале својеврсни допринос истини и демократији па се њиховим приказивањем наговештавају исте такве нове. Први део задатка обавио је тако што је све књиге разврстао у поједине групе, а у оквиру њих им давао онолико места колико је сматрао да заслужују. Одушка својим демократским уверењима дао је нарочито опширно приказујући књигу др Божидара С. Марковића (*Начела демократије*), која је објављена као друга свеска.

(1) Због дугог прекида Скупштина Издавачке задруге је морала бити одржана као оснивачка али је штета што у Статуту није речено када је основана и да се њен рад *обнавља*, па би било јасније да је реч о новом а не првом статуту. Слично је поступило Југословенско удружење за међународно право када је, 12. марта 1953, одржало "оснивачку скупштину" на којој је одобрен Статут Удружења иако је оно тада само обновљено (основано 1928). Тако је за власти оно било тек створено, а за Удружење обновљено. Тако га назива Уредништво "Југословенске ревије за међународно право", 1954, бр. 1, стр. 2.

(2) Пре тога су у последњој деценији о Библиотеци и Задрузи објављена два чланка: А. Миљковића, *Библиотека "Политика и друштво" у историји наше социологије села*, "Социологија", 1982, бр. 4, стр. 449-460, и Б. Марковића, *Издавачка задруга Политика и друштво*, "Социолошки преглед", 1984, бр. 3-4, стр. 285-295. а помињу се у књизи В. Коштунице и К. Чавошког, *Страначки плурализам или монизам*, Београд, 1983, стр. 26-27.

Свестан времена у коме пише и коме књигу намењује, Миљковић је морао да посвети пажњу Библиотеци и Задрузи "Политика и друштво" као и листу "Напред" (како то лепо звучи у време када се на свим фронтовима наређује само повлачење!) који је издавала иста група интелектуалаца у чијем је средишту био професор Правног факултета у Београду Михаило Илић, чија судбина ни две године после смрти није била позната ни његовим најближим сарадницима. Прелазило би оквире књиге да је за Илића речено да је био и уредник сјајне Библиотеке јавног права, чији се недостатак данас много осећа. Међутим, требало је указати на разлику између Библиотеке "Политика и друштво" (покренуте јануара 1937) и истоимене Задруге, чији датум оснивања није наведен. Такође је требало рећи када је почео да излази лист "Напред" и од њега одвојити истоимену политичку групу која је 1945. приступила ЈНОФ Србије, што је можда омогућило објављивање 51, једине послератне свеске.

Међутим, књига др Миљковића је далеко више од подсећања на досадашња издања. Тежина његовог задатка није била толико у прикупљању и читању књига колико у њиховом представљању савременим читаоцима. Писац је сматрао да ће му најбоље одговорити изношењем садржине појединих књига и општом оценом целокупне делатности на крају (стр. 107-109), а не појединих књига. То би свакако било превише, посебно с обзиром на тематску разноврсност, јер Задруга очигледно није имала ни план издавачке делатности а камоли какав социјални и политички програм (стр. 108), већ је објављивала дела која су писци понудили, што ће и убудуће бити неизбежно. Циљ није био да се објављују гледишта истомишљеника већ, напротив, различита гледишта јер се само тако може ићи ка истини, а без истинитог изношења битних чињеница није могуће решавање ни једног проблема. То поготово важи за стање у коме се налазимо. Само демократија може да омогући долажење до истине а и за једно и за друго је предуслов слобода, пре свих слобода штампе и изражавања. Без слободе се не може износити истина нити је могућа демократија.

То се осећа како у целокупној дотадашњој делатности Задруге тако и у напору писца да у до сада објављеним књигама нађе неке заједничке тачке или блискост гледишта. Зато је највећу пажњу посветио политичким и друштвеним питањима од општег значаја. Чини се да је превише препричавао политичке расправе, ма колико занимљиве биле, без критичког разматрања и бар указивања на њихов значај (3). Изузетак представља навођење схватања Михаила Илића да народ мора имати идеал за који је "слатко живети и умрети" као што је очување државе (стр. 25), да су потребне странке створене на политичкој а не верској, етничкој или регионалној основи (стр. 26), да треба престати с рачунањем добитака и губитака, да треба примити брата за брата да не бисмо имали туђина за господара (стр. 28). Миљковићу су филозофске теме очигледно најближе али му ни правне расправе нису задавале веће тешкоће, јер су се све, сем донекле контроле уставности, односиле на питања везана за политику и нису искључиво стручно правне. Такве нису писане јер не би могле привући шири круг читалаца (4). Ни самог Миљковића који је, по нашем мишљењу, превише пажње поклонио изборном праву, а у вези са уставношћу улазио у појединости које су и у књизи сувишне.

Пажња је оправдано поклоњена федерализму али је он, из разлога знаних само писцу, стављен између социјално-економских и школских питања. Он је с правом указао да је Слободан Јовановић (*Амерички федерализам*) унео "све оне елементе над којима би морао да се замисли свако ко размишља о преуређењу државе на федералним основама" (стр. 58-59). До-

(3) Тако је чињено у приказима објављеним у "Архиву за правне и друштвене науке", 1937-1941.

(4) Зато Миљковић сматра да је књига Миливоја Марковића о правној држави прошла "прилично незапажено" (стр. 39).

вољно је видети на чему почива амерички федерализам (политичко јединство, свест, демократија, правна држава), чега у Југославији није било уопште, или није било довољно. Јовановић је био против федерализма можда и зато што је у америчком примеру видео процес интеграције, а претварање унитарне државе у федеративну би значило враћање назад, макар та етапа била прескочена. Реакцију на то представљало је мишљење Михаила Илића који је, не побијајући ни један став Слободана Јовановића (већ их, напротив, потврђујући), сматрао да би Југославија требало да постане федеративна држава, не искључујући могућност да опет постане јединствена. Писац се не пита да ли нас то подсећа на став неких кругова да Југославију треба растурити да би се опет ујединила. Пошто му се учинило да је много говорио о федерализму, знатно сажетије је приказао одличну и ретку књигу Љубомира Дуканца о привредном федерализму. Сложили бисмо се с Миљковићевом оценом књиге али не и да није запажена (5). Треба упамтити запажање да привреда захтева повезивање тако да је федерализам у овој области могућ само у новим, изолованим и територијално пространим државама. Пракса показује да су у највећим федеративним државама главне привредне полуге у рукама централне власти.

Остале књиге Миљковић као да није имао много воље да ближе приказује, чак ни оне које се тичу наше историје, посебно односа Срба и Хрвата, поготово што је поменута пристрасност Ивана Рибара, која је повремено избијала и из неких чланака, у иначе добром часопису "Мјесечник". Можда је добро што се по српско-хрватским односима није много чепркало и подизала температура, али не би било сувишно да је било речи о ставу Алексе Матановића о уједињењу Србије и Црне Горе. У вези са Србијом и Србима су "француске теме". Писац примећује да су трагови српско-француских веза у прошлости остали видљиви иако се "комунистичка власт у Србији није уопште трудила" да их сачува (стр. 97). Ова блага опаска би могла бити допуњена да су сачувани упркос томе што је власт прекомерно истицала иначе јаке српско-руске везе, иако Пушкину, Љермонтову, Гоголу, Толстоју, Достојевском и Тургењеву није била потребна реклама. О везаности за Француску најбоље говори наслов једне књиге: *Француска 14. јула 1938.* Правници могу да буду жалосни што је изостао шири приказ радова које она садржи, јер се међу њиховим писцима налази више професора Правног факултета у Београду (Слободан Јовановић, Ђорђе Тасић, Милан Жујовић, Михаило Константиновић, Милош Радојковић, Јован Ђорђевић, Божидар С. Марковић), а које не налазимо у нашим каталозима. Заузврат, превише се говори о књизи новинара Михаила С. Петровића о влади народног фронта у Француској, да би, опет, једва десетак редова посветио за нас значајној студији Андрије Ристића о Дунаву, а нешто више књизи Луке Смодлаке о скандинавизму коју би требало сви Балканци више да проучавају, док је књигу Јована Ђорђевића о Кини требало бар поменути.

Уопште узев, пропорције и систематика нису Миљковићева јача страна, што он сам признаје на почетку књиге. Тематска разноврсност му је отежавала не само приказивање већ и разврставање, јер ни најшира мерила нису била довољна да се свака књига стави на своје место. Али и да је то било могуће показало би се да посматране области нису биле заступљене једнако (стр. 11-12). Ипак, чини се да се могло учинити више у уравнотежењу. Утисак је да су најопширније приказивани и најкраћи чланци Михаила Илића иако је он у Библиотеци заступљен са највећим бројем књига. Насупрот томе, неке књиге су једва поменуте (нпр. М. Владисављевића и М. Радојковића). Не верујемо да је у питању лична наклоност писца већ пре његов однос према појединим темама. Утисак о неједнакој заступљености

(5) Тако разумемо његову оцену да вредност књиге "уопште није била у сразмери с њеном запаженошћу" (стр. 64). Њу је повољно оценио у "Архиву за правне и друштвене науке", 1940, XLI (LVIII), бр. 5, стр. 418-419, Ј. Ђорђевић, чија је књига о основним питањима федерализма објављена исте године.

појединих области повећао је сам писац својим разврставањем појединих дела у иначе врло широке шеме, што му је омогућавало да у том погледу буде слободнији. Могао је, на пример, књигу Радомира Живковића о уређивању радних односа да сврста у социјално-економску област (у којој је иначе било мало радова), поготово кад каже да се разликује од осталих правних расправа (стр. 48). У социјално-економској области су се нашле и књиге Синише Станковића о животном простору, Ивана Здравковића о модерној архитектури и Гаетана Пируа о корпоратизму, којој је место пре у политичкој области. Ако је нешто требало да буде у социјално-економској области то је књига Милана Жујовића о економској и социјалној основи Декларације о правима човека и грађанина. Према ономе како су приказане, књигама Љубице Вуковић-Тодоровић о свесловенству, Стјепана Радића и Ђорђа Тасића о социјалној идеологији и национализму Антуна Радића није место међу расправама о селу и сељаштву већ пре у хрватској историји. Колико је разврставање тешко показује пример књиге Божидара В. Марковића (*Пре двадесет година*) у којој су поново објављени чланци о стварању Југославије. Она се у највећој мери тиче српско-хрватских односа али би исто тако могла да нађе место и међу делима о федерализму, где су сврстани и Илићеви радови.

Без обзира шта ко мисли, одбир и начин приказивања су искључиво ствар писца и зависе од његових личних мерила. Сигурно је да на то утичу многе околности, да би сваки приказивач 51 књиге то учинио различито али и у много чему исто, али нико не би могао да задовољи сваког читаоца. Миљковић је то добро знао и једини циљ му је био да на релативно скученом простору да најосновније податке о књигама које представљају део нашег културног блага. У време лажи он је с њих избрисао прашину и изнео их на светлост дана. Будимо му захвални за тај напор јер читање његове књиге појачава нашу глад да поново читамо читаву Библиотеку и жељу да видимо поново објављене неке књиге које су давно нестале али су своју актуелност и данас задржале. Утолико пре што сада објављене књиге показују како и ново, лепше и модерније издање може истовремено да сачува сва основна ликовна обележја по којима је Библиотека "Политика и друштво" стекла своје читаоце.

др Момир Б. Милојевић

РАД ОПШТЕГ СЕМИНАРА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ У ПЕРИОДУ ОД ПОЧЕТКА ЗИМСКОГ СЕМЕСТРА 1992. ГОДИНЕ ДО КРАЈА КАЛЕНДАРСКЕ 1993. ГОДИНЕ

Почетком зимског семестра 1992. године изабрана је нова Управа Општег семинара у следећем саставу: проф. др Данило Баста (управник Општег семинара), проф. др Драгољуб Поповић, проф. др Зоран Томић, доц. др Љиљана Радуловић, доц. др Драгор Хибер, доц. др Александра Јовановић, доц. др Милан Пауновић и асист. мр Милена Полојац (секретар Општег семинара), при чему се водило рачуна о заступљености свих катедара.

Термин резервисан за рад Семинара у протеклом периоду био је уторак, 19 сати у Сали за седнице.

Иако је у почетку било забринутости за опстанак ове традиционалне и угледне институције Правног факултета, с обзиром на кашњење у пријављивању тема као и због објективних друштвених околности, ипак се показало да позитиван дух и виталност ове трибине наставника, студената и свих заинтересованих нису били доведени у питање. Почевши од 17. новембра 1992. године, када је одржан први састанак, па до краја календарске 1993. године одржано је низ предавања, промоција књига, разговора о законским пројектима са разноликом и актуелном тематиком у најбољем духу и традицији ове институције.

Прво предавање на тему "Теорија хаоса и правна теорија - о извесности у праву" одржао је доцент Правног факултета у Београду др Драган М. Митровић и указао на модерне правце у правној теорији инспирисан нарочито идејама великих модерних мислилаца Попера, Витгенштајна и Флусера. Предавач је нарочиту пажњу посветио и наглашавању и осветљавању разлике између појмова извесности и сигурности, што је у разговору након излагања побудило наглашене полемичке расправе.

Следеће предавање 24. новембра одржао је др Јовица Тркуља на тему "Политичке студије Живојина Перића". Чувени професор свестраних интересовања и необичне плодности, својим радовима је обухватио и поље политике. У својих шест расправа, које су настале у периоду од 1901-1907. године, разматра проблеме у развоју парламентаризма у Србији и долази до закључка да су кључна питања схватање улоге уставног владаоца и равнотежа врховних органа власти у држави. По суду предавача, низ идеја, дилема и теза проф. Живојина Перића једнако су актуелни у Србији крајем као и почетком XX века.

Предавање др Гаше Кнежевића "Држављанство - инструмент политике или право човека", одржано 8. децембра 1992. године, осветлило је овај важан институт са становишта дилеме која је већ у наслову назначена. Због велике неравномерности у развијености појединих делова света државе се деле на тзв. емиграционе и имиграционе, а држављанство представља битан инструмент политике. Како је у току и процес дезинтеграције односно стварања нових, углавном националних, држава, за шта су наши простори свакако најдрастичнији пример, предавач се залаже за веома либералан

концепт држављанства, опредељујући се да овај важан инструмент политике постане право човека, при чему нарочито има у виду положај држављана бивше југословенске државе.

Састанак Општег семинара, који се одржао 15. децембра 1992. године, непосредно уочи избора у Србији, био је посвећен проблематици изборног права. Захваљујући др Зорану Томићу, који је за ову прилику детаљно и с великом дозом критичности анализирао одредбе изборног закона на предавању са називом "Каква нам је заштита изборног права", Општи семинар је показао да је спреман адекватно теоријски реаговати на актуелна друштвена збивања. Ово предавање биће запамћено по великој посећености, што доказује да у нашој научној и широј јавности постоји наглашена заинтересованост за научни поглед на актуелни политички тренутак.

Проблем тзв. правне државе или државе владавине права осветлио је проф. др Коста Чавошки у предавању "Елементи владавине права" одржаном 2. марта 1993. године, првом у низу предавања у летњем семестру. Владавина права подразумева ограничење власти правом односно законом, што чини први елемент владавине права, али је поред испуњења захтева за законитошћу неопходно да се води рачуна и о другом елементу - природи односно квалитету закона. Поред општости и недвосмислености закона, његова морална вредност и праведност чине потребан квалитет закона. Увођењем категорија праведности и ваљаности закона као метаправних категорија, отвара се простор природном праву као корективу позитивног права. Ова важна лекција из политичке и правне теорије, која се показује као насушна у нашој друштвеној и политичкој стварности, као и атрактивност предавања, привукла је бројну публику и произвела плодан разговор.

Након низа предавања Општи семинар уприличио је и разговор о књизи др Владимира Водинелића "Грађанско право - уводне теме", 9. марта 1993. године. О књизи су говорили др Сима Аврамовић, др Драгољуб Поповић, др Драгор Хибер и мр Јасминка Хасанбеговић. Све што су уводничари рекли као и остали који су се касније јавили за реч, израз је похвале за задивљујућу систематичност, информативност и стилску дотераност ове књиге. Нарочито је истакнута и вредност тема којима се ово дело бави, а које су због свог уводног карактера као и због интердисциплинарности најчешће остављене по страни или површно обрађиване. Тако је аутор, по општем мишљењу, овом књигом дао велики допринос како својој матичној области - грађанском праву, тако и теорији и историји права (нарочите похвале добила је управо глава под називом "Историјске основе југословенског грађанског права и грађанскоправне науке" која се бави процесом тзв. рецепције римског права).

Др Слободанка Недовић је 16. марта одржала предавање на тему "Изворни либерализам Ф. А. Хајека - један покушај актуелног читања". Ово је био својеврстан омаж овом мислиоцу, јер је предавање одржано у месецу његовог рођења. Не скривајући своју привржености и одушевљење за идеје либерализма, слободног друштва и владавине права (rule of law) др Слободанка Недовић је својим надахнутим предавањем успела побудити велико интересовање за концепт друштва за који се Хајек залаже, што се видело по живој и полемичној расправи која је након излагања уследила.

Општи семинар је 24. марта организовао разговор о Нацрту закона о предузећима са циљем да се о овом изузетно важном законском пројекту за наш привредни живот и са овог места благовремено чује меродавна стручна и научна реч. У разговору на којем су учествовали др Дејан Поповић, др Гашо Кнежевић, др Драгор Хибер и др Александра Јовановић, преовладавали су критички ставови о овом законском пројекту.

Предавач који увек побуђује нарочиту пажњу је проф. др Михаило Ђурић који је 6. априла 1993. године одржао предавање на тему "Европски нихилизам", указавши на драматичан заокрет који је у европској филозофији наговестио Ниче када је довео у питање сам темељ и основни смисао

традиционалне филозофије - трагање за истином. Нихилизам негира постојање свеобухватне истине која осмишљава људско мишљење и деловање и одустаје од трагања за њом, а филозофији додељује много скромнију улогу од њене традиционалне: да без тежње ка општем помогне унапређивању и обогаћивању појединачног живота.

Уследила је затим једна тема из породичног права. Др Марина Јањић Комар одржала је предавање под називом "Право на асистирану прокреацију" на састанку одржаном 15. априла 1993. године. Вештачко оплођење, како је ова тема познатија у широј јавности, због разних метода редукционе биологије и генетике, од артифицијелне инсеминације, фертилизације in vitro, криопрезервирања, трансфера ембриона и др., омогућило је стварање нове праксе у репродукционим односима. Одатле се јавља и потреба за новим законским решењима у овој области, о чему је др Марина Јањић Комар могла изнети многе занимљиве дилеме, с обзиром на то да је и сама члан експертске групе која се бави овим питањима.

Још једно дело, овог пута књига академика проф. Радомира Д. Лукића "Систем филозофије права", представљена је на трибини Општег семинара, 20. априла 1993. године. О овој, по суду проф. Стевана Врачара својеврсној интимној научној исповести, због чега је сматра најличнијим и најзначајнијим његовим делом, говорили су и доц. Радмила Васић и доц. др Драган Митровић. Оно што је недостајало овом састанку свакако је чињеница да аутор књиге на жалост није могао присуствовати и лично представити дело које је научна и шира јавност са задовољством прихватила.

Проф. др Стеван Врачар, који је као раније управник веома заслужан за углед Општег семинара, овог пута је дао свој допринос предавањем на тему "Исконска идеја правде", које је одржао 27. априла 1993. године. Анализирајући најпре садржину и корен ове темељне и узвишене идеје, која се појављује на целокупном простору људског мишљења и деловања, предавач је нарочиту пажњу посветио вези која постоји између правде и права.

Он дефинише правду као тенденцију изједначавања релевантних правних вредности. Право и правда су уско повезани појмови који се међусобно прожимају; порекло правде је у праву, а правда битно утиче на садржину права.

Последњи састанак у овом семестру, одржан 11. маја 1993. године, био је резервисан за представљање књиге академика Миодрага Јовичића "Државност федералних јединица". Поред аутора, у разговору су учествовали проф. др Павле Николић, проф. др Коста Чавошки, проф. др Драгољуб Поповић и др Слободан Самарџић. Статус федералних јединица у оквиру федерације одликује се извесним степеном самосталности који зависи од конкретног уређења федерације. Федералне јединице имају елементе државности, али нису државе, јер им недостаје суверености. Сви судионици у разговору се слажу у томе да је суверености онај кључни појам који представља границу коју федералне јединице не смеју досећи, али се слажу и у томе да је овај појам проблематичан. Проф. др Драгољуб Поповић критиковао је појам државности, који по његовом мишљењу уноси нејасноћу у уставноправну и политичку терминологију и заложио се да се он избаци из употребе.

Рад Општег семинара у новој академској години почео је предавањем проф. др Обрена Станковића "О имовини и имовинскоправним целинама у грађанском праву" које је одржано 9. новембра 1993. године. У настојању да допринесе разјашњењу многих недоумица које постоје око једне од најважнијих категорија имовинског права, проф. Станковић је темељно подвргао критици класичну или субјективну теорију француских правника Обрија и Роа. Полазећи од основне тезе да је имовина еманација личности, ова теорија имовину схвата као скуп права и обавеза лица, која је јединствена, недељива и неотуђива. Придружујући се првим критичарима ове теорије, великим француским правницима Женију и Планиолу, предавач је указао

на неплодност конструкција и концепција које су резултат чисте спекулације и које уопште не воде рачуна о реалности.

На следећем састанку Општег семинара, одржаном 23. новембра 1993. године, представљена је књига др Драгана Митровића "Теорија хаоса и правна теорија" (Нови Сад, 1993 године) у којој су целовито изражене оне идеје о модерним токовима у правној теорији о којима је аутор књиге у основним цртама говорио на једном од састанака Општег семинара. Књигу су представили проф. др Гордана Вукадиновић из Новог Сада, академик проф. Радомир Лукић и проф. др Владимир Милић. Нарочито свечан тон овој промоцији дало је и присуство спонзора књиге "General Office Bank DD" који је приредио коктел за све присутне.

Проф. др Дејан Поповић одржао је 7. децембра предавање под називом "Пореско право Европске заједнице", упознајући нас најпре у основним цртама са структуром, органима и правним системом Европске заједнице односно Европске уније, како се ова асоцијација назива од 1. новембра 1993. године, да би се нагласио већи степен интеграције држава чланица. Овај процес повезивања и уједначавања се на плану пореског права огледа у пореској хармонизацији која се осигурава правним инструментима у облику правила, директива, одлука, мишљења и препорука. По суду предавача који је изнео у разговору након предавања, наш порески систем показује велики степен неусклађености у односу на изнета позитивна искуства развијених земаља Европске уније.

Циклус састанка у 1993. години завршио је предавањем које је одржао проф. др Коста Чавошки на тему "Идеја природног права", 14. децембра 1993. године. Надовезујући се у извесном смислу на своје претходно предавање одржано на трибини Општег семинара, порф. Чавошки објашњава идеју природног права са становишта познате дихотомије природа - конвенција, односно природно право - позитивно право. Насупрот правном позитивизму, који у вољи законодавца види извор права и правде, према схватању природноправних мислилаца природно право се не ствара већ се открива, оно не наређује него учи. Указујући на историјски развој ове идеје која показује постојаност и виталност, предавачу је нарочито близак римски концепт рационалног утемељења права и правде, у којем нема дуализма између природног и позитивног права, већ је природно право само коректив позитивном праву.

Судећи према броју, квалитету и посећености састанка, управа Општег семинара може констатовати да је досадашњи рад Општег семинара био успешан. Његовом квалитетнијом и још успешнијем раду свакако би допринело благовремено пријављивање тема као и активније учешће млађих колега наставника и сарадника.

мр Милена Полојац

АПФ, година XLII Београд, бр. 3-4, мај-август, с тр. 243-478
UDK 34/35 YU-ISSN 0003-2565

САДРЖАЈ

страна

ЧЛАНЦИ

Peter Radan, Secessionist Self-Determination: the Cases of Slovenia and Croatia (изворни научни рад) – – – – – – 243-261

др *Питер Радан*, Сецесионистичко самоопредељење: случајеви Словеније и Хрватске (изворни научни рад) – 262-281

др *Владимир Водинелић*, Научни проблеми на релацији доказни извор - доказ - доказивање у кривичном процесном праву (изворни научни рад) 282-297

др *Оливер Антић*, Системи групне расподеле сродника као законских наследника (изворни научни рад) – – 298-309

др *Гашо Кнежевић*, Претходно питање у међународном приватном праву (изворни научни рад) – – – – – – 310-321

др *Милорад Рочкомановић*, Ordre public у међународном приватном праву Француске (изворни научни рад) 322-338

др *Весна Клајн-Татић*, Право умирућег пацијента да одбије употребу или да захтева обуставу медицинских мера којима се одржава у животу (изворни научни рад) – 339-353

др *Весна Николић-Ристановић*, Околности везане за жртву и одмеравање казне (изворни научни рад) – – 354-368

др *Милутин Ђуричић*, Арбанашке војводе српских средњевековних манастира (изворни научни рад) – – 369-387

др *Илија Бабић*, Војнички тестамент (прегледни чланак) – 388-404

Ђорђе Ђурковић, Место међународног уговора у правном систему Савезне Републике Југославије (прегледни чланак) – 405-416

ДИСКУСИЈА

др *Владан Кутлешић*, Федерација или конфедерација по Уставу СРЈ – – – – – – – – – – – – – – – – – – 417-421

ПРИЛОЗИ

Наташа Делић, Устав Савезне Републике Југославије и смртна казна – – – – – – – – – – – – – – – – – – 422-425

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Љубица Кујунџић, Нови друштвени покрети на примеру еколошког покрета – – – – – – – – – – – – – – – – – 426-436

КОМЕНТАРИ СУДСКИХ ОДЛУКА

др Зоран Ивошевић, Адекватна узрочност код одговорности за штету – – – – – – – – – – – – – – – – – – – 437-439

СУДСКА ХРОНИКА

Одлуке Врховног суда Србије - *др Зоран Ивошевић* – – – 440-448
Одлуке Уставног суда Југославије - *Ђорђе Ђурковић* – – 448-453

ПРИКАЗИ

Андрија Гамс са Љиљаном М. Ђуровић, Увод у грађанско право, Савремена администрација, Београд, 1994, XII + 282. - *др Владимир В. Водинелић* – – – – – – – 454-460
Весна Ракић-Водинелић, Правосудно организационо право, Савремена администрација, Београд, 1993 - *мр Горан Свилановић* – – – – – – – – – – – – – – – 460-463
Александар А. Миљковић: У служби истине и демократије, библиотека "Политика и друштво", св. 52, Издавачка задруга "Политика и друштво" и Научна књига, Београд, 1992, стр. 116 - *др Момир Б. Милојевић* – – 464-467

ФАКУЛТЕТСКА ХРОНИКА

Рад Општег семинара Правног факултета у Београду у периоду од почетка зимског семестра 1992. године до краја календарске 1993. године - *мр Милена Полојац* – 468-471

The Annals of The Faculty of Law in Belgrade

AFL, Year XLII Belgrade, No. 3-4, May-August, Pp. 243-478
UDC 34/35 YU-ISSN 0003-2565

TABLE OF CONTENTS

page

ARTICLES

Dr. Peter Radan, Secessionist Self-determination: Cases of Slovenia and Croatia (original study) - - - - - - - - - - - - - - - 243-261

Dr. Vladimir Vodinelić, Scientific Problems in Terms of Source of Evidence, Evidence, Procedure of Presenting Evidence in the Law of Criminal Procedure (original study) - - - - - - 282-297

Dr. Oliver Antić, The Systems of Group Distribution of Relatives as Legal Successors (original study) - - - - - - - - - - - - 298-309

Dr. Gašo Knežević, Preliminary Issue in Private International Law (original study) - 310-321

Dr. Milorad Ročkomanović, Ordre Public in Private International Law of France (original study) - - - - - - - - - - - - - - 322-338

Dr. Vesna Klajn-Tatić, The Right of Terminal Patient to Refuse Medical Treatment (original study) - - - - - - - - - - - - 339-353

Dr. Vesna Nikolić-Ristanović, Victim Related Circumstances and Assessing the Punishment (original study) - - - - - - - - 354-368

Dr. Milutin Đuričić, Albanian Voivodes of Serbian Medieval Monasteries (original study) - - - - - - - - - - - - - - - - - - 369-387

Dr. Ilija Babić, Soldier's Will (review article) - - - - - - - - - 388-404

Dr. Đorđe Đurković, Position of International Treaty in the Legal System of the Federal Republic of Yugoslavia (review article) 405-416

DISCUSSION

Dr. Vladan Kutlešić, Federation or Confederation according to the Constitution of the FRY - - - - - - - - - - - - - - - - 417-421

CONTRIBUTIONS

Nataša Delić, The Constitution of the FR of Yugoslavia and the Capital Punishment - - - - - - - - - - - - - - - - - - - 422-425

STUDENTS' CONTRIBUTIONS

Ljubica Kujundžić, New Social Movements and the Example of the Ecological Movement - - - - - - - - - - - - - - - - - - 426-436

COMMENTARIES OF COURT DECISIONS

Dr. Zoran Ivošević, Adequate Line of Causation at Liability for Damage - 437-439

COURTS' CHRONICLE

Decisions of the Supreme Court of Serbia - *dr. Zoran Ivošević* – – 440-448

Decisions of the Constitutional Court of Yugoslavia - Đorde Đurković – 448-453

BOOK REVIEWS

Andrija Gams and Ljiljana M. Đurović, Uvod u građansko pravo, Savremena administracija, Belgrade 1994, XII + 282 - *dr. Vladimir V. Vodinelić* – – – – – – – – – – – – – – – 454-460

Vesna Rakić-Vodinelić, Pravosudno organizaciono pravo, Savremena administracija, Belgrade 1993 - *mr. Goran Svilanović* – 460-463

Aleksandar A. Miljković, U službi istine i demokratije, Edition "Politika i društvo", vol. 52, Izdavačka zadruga "Politika i društvo", Naučna knjiga, Belgrade, 1992, pp. 116 - *dr. Momir B. Milojević* – 464-467

FACULTY CHRONICLE

The Activity of the General Seminar of the Faculty of Law in Belgrade since the beginning of the Winter Semester 1992 until the end of the 1993 calendar year - *mr. Milena Polojac* – – – – – – – 468-471

APF, année XLII Belgrade, numéro 3-4, mai-août, pp. 243-478
UDK 34/35 YU-ISSN 0003-2565

TABLE DES MATIÈRES

page

ARTICLES

Petar Radan, L'autodétermination sécessioniste: les cas de la Slovénie et de la Croatie (oeuvre scientifique originale) - - - - - - 243-261

Vladimir Vodinelić, Les problèmes scientifiques sur la ligne: source de preuve - preuve - procédure de preuve dans le droit de procédure pénale (oeuvre scientifique originale) - - - - - - - - - 282-297

Oliver Antić, Les systèmes de la répartition en groupes des parents comme héritiers légaux (oeuvre scientifique originale) - - - 298-309

Gašo Knežević, La question préalable dans le droit international privé (oeuvre scientifique originale) - - - - - - - - - - - - 310-321

Milorad Ročkomanović, L'ordre Public dans le droit international privé de la France (oeuvre scientifique originale) - - - - - 322-338

Vesna Klajn-Tatić, Le droit du malade moribond de refuser l'utilisation ou d'exiger la suspension des mesures médicales grâce auxquelles il est maintenu en vie (oeuvre scientifique originale) 339-353

Vesna Nikolić-Ristanović, Les circonstances liées à la victime et à la fixation de la peine (oeuvre scientifique originale) - - - - - 354-368

Milutin Đuričić, Les vo'ivodes albanais des monastères serbes médievaux (oeuvre scientifique originale) - - - - - - - - - - - - 369-387

Ilija Babić, Le testament militiaire (article de revue) - - - - - - 388-404

Đorđe Đurković, La position des instruments internationaux dans le système juridique de la Republique Fédérale de Yougoslavie (article de revue) - 405-416

DISCUSSION

Vladan Kutlešić, La fédération ou la confédération selon la Constitution de la République Fédérale de Yougoslavie - - - - - - 417-421

VARIÉTES

Nataša Delić, La constitution de la Républiquc Fédérale de Yougoslavie et la peine capitale - - - - - - - - - - - - - - - - 422-425

LES TRAVAUX DES ÉTUDIANTS

Ljubica Kujundžić, Les nouveaux mouvements sociaux - l'exemple du mouvement écologique - - - - - - - - - - - - - - - 426-436

COMMENTAIRES DES DÉCISIONS DES TRIBUNAUX

Zoran Ivošević, La causalité adéquate chez la responsabilité des dommages - 437-439

JURISPRUDENCE

Les décisions du Tribunal suprême de Serbie - *Zoran Ivošević* - - 440-448

Les décisions du Tribunal constitutionnel de Yougoslavie - *Đorđe Đurković* - 448-453

LES COMPTES RENDUS DES LIVRES

Andrija Gams avec Ljiljana M. Đurović, L'Instroduction au droit civil, Savremena administracija, Belgrade 1994, XII + 282 - *Vladimir V. Vodinelić* - - - - - - - - - - - - - - - - - 454-460

Vesna Rakić-Vodinelić, Le droit d'organisation jurisdictionnel, Savremena administracija, Belgrade 1993 - *Goran Svilanović* - 460-463

Aleksandar A. Miljković, Au service de la verité et de la démocratie, bibliothèque "Politika i društvo", vol. 52, Izdavačka zadruga "Politika i društvo" et Naučna knjiga, Belgrade, 1992, p. 116 - *Momir B. Milojević* - - - - - - - - - - - - - - - - - - - 464-467

CHRONIQUE DE LA FACULTÉ

Les travaux du Séminaire général de la Faculté de droit de Belgrade depuis le début du sémestre d'hiver 1992 jusqu'à la fin de l'année 1993 - *Milena Polojac* - - - - - - - - - - - - - - 468-471

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 веза. 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.	40.–
2. За физичка лица	"	15.–
3. За студенте (редовне и ванредне)	"	5.–
4. За један примерак	"	10.–
5. За један примерак за иностранство	USS	25 (у дин.)

Претплата за иностранство износи 50 USS (плативо у динарима по курсу на дан уплате).

Цене за појединачан примерак важе од бр. 5 за 1993. годину.

Претплату слати на рачун Правног факултета у Београду број, 40803-603-4-4356

Уредништво и администрација АНАЛА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА БЕОГРАД - Булевар револуције 67, тел. 341-501