

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

UDK 34/35

YU ISSN 003-2565

АПФ



5

БЕОГРАД, 1994.

АПФ, година XLII, Београд, бр. 5, септембар-октобар 1994, стр. 479-589

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, др Милан Пауновић и мр 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, тел. 681-703
Штампа: "ЧИП штампа", Београд, Студентски трг 15
Лектор и коректор: Јасна Жарковић

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

АПФ, Година XLII, Београд, бр. 5, септембар-октобар 1994, стр. 479-589

UDK 34/35

YU-ISSN 0003-2565

ЧЛАНЦИ

UDK-34.4..341123
изворни научни рад

др Смиља Аврамов,
редовни професор Правног факултета у Београду, у пензији

МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ПРАВО И ПОВЕЉА УН

У локалним ратовима вођеним после Другог светског рата почињени су бројни ратни злочини. Међутим, сви покушаји да се формира један стални међународни кривични суд, као независан судски орган били су неуспешни. Разлози леже у отпору Великих сила које располажу ветоу у Савету безбедности, а које су биле директно умешане у ратове. Формирање "ad hoc" Суда само за злочине почињене у грађанском рату на територији Југославије, представља својеврстан изазов за правну науку. Савет безбедности је политички и извршни орган УН, а не законодавни и његова је надлежност строго ограничена Повељом. Цео поступак око формирања Суда је дубоко противправан, а творевина названа "Међународним кривичним судом", са седиштем у Хагу, не може се сматрати правном институцијом. У питању је додатни пропагандни механизам са циљем да се тиме одврати пажња светске јавности од грешака које је Запад почињо у односу на бившу Југославију.

Кључне речи: *Међународни кривични суд. - Надлежност Савета безбедности. - Извори међународног кривичног права. - Врсте међународних кривичних дела.*

I. УВОД

Резолуцијом бр. 827 од 25. маја 1993, Савет безбедности Уједињених нација одлучио је да формира Међународни кривични суд "ad hoc", у циљу кажњавања лица одговорних за повреду међународног хуманитарног права, у грађанском рату на територији бивше Југославије. Истом Резолуцијом усвојен је и Статут Суда. Овој одлуци претходио је низ аката, посебно:

- Резолуција Савета безбедности бр. 780 од 6. октобра 1992, којом је стављено у задатак Генералном секретару УН да образује непристрасну Комисију експерата, која би анализирала информације о "тешком кршењу Женевских конвенција и хуманитарног права" на територији бивше Југославије.

- Извештај Генералног секретара Савету безбедности (С/25274) од 10. фебруара 1993, сачињен на бази рада Комисије експерата о кршењу хуманитарног права укључујући: "зверско убијање, етничко чишћење, масакре, убиства, тортуру, силовање, пљачку и разарање приватне имовине, разарање културне и религиозне баштине и самовољно лишавање слободе." Генерални секретар подржао је закључак Комисије да би оснивање једног суда "ad hoc", од стране Савета безбедности, или другог надлежног органа, било у сагласности са правцем његовог деловања.

- Резолуција Савета безбедности бр. 808 од 22. фебруара 1993, којом се захтева од Генералног секретара да у року од 60 дана поднесе извештај о свим видовима евентуалног формирања једног суда и могућим другим опцијама.

- Коначно, Извештај Генералног секретара од 3. маја 1993. (С/25704), на основу кога је донета коначна одлука.

Резолуција 827 Савета Безбедности представља први случај у историји Уједињених Нација формирања Међународног кривичног суда, након што су четири победничке силе, САД, СССР, Велика Британија и Француска формирале 1945. у Нирнбергу Међународни војни суд, који је судио главним ратним злочинцима нацистичке Немачке. У Конгресу САД покренуто је, 6. марта 1991, питање кажњавања председника Ирака Садама Хусеина у вези агресије Ирака на Кувајт 2. августа 1990. Председник САД George Bush упоредио га је са Хитлером и оптужио, не само за акт агресије против Кувајта него и "терор над сопственим народом". Међутим, ускоро се одустало од ове идеје. Имајући у виду серију локалних ратова који су се одиграли после Другог светског рата, тешке ратне злочине почињене у тим ратовима (Француско-Алжирском, Америчко-Вијетнамском, Совјетско-Авганистанском, Фокландском, на Блиском Истоку итд.), као и чињеницу да се ни у једном случају није поставило питање одговорности, логично је да је Резолуција Савета Безбедности бр. 827 изазвала пажњу светске јавности. Ово утолико пре што је у питању грађански рат на територији "држава" које су се појавиле не међународној сцени путем насилне сецесије, а неке од њих, нпр. Босна и Херцеговина, нису имале, нити данас имају, битне елементе државности.

Подухват Савета Безбедности представља својеврстан изазов; правна наука суочена је са изузетно компликованим проблемима, али и моралним дилемама. Неки од тих проблема предмет су ове расправе, полазећи од Нирнбершких принципа кодификованих од стране Генералне Асамблеје УН 10. децембра 1946. и праксе држава од краја Другог светског рата.

II. ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ

Идеја о кажњавању ратних злочинаца има дугу историју, али се на путу своје реализације сударала са огромним правно-техничким и

политичким проблемима. Као Демоклов мач над њом се надвила дилема да ли постоји нешто што се назива ратним злочинима, или пак постоји само један једини злочин - изгубити рат.

Савезничке и Удружене силе, победнице у Првом светском рату, поставиле су чл. 227-230 Версајског уговора о миру питање кривичне одговорности виновника овог рата - Немачке. Оптужиле су немачког цара Виљема II за кршење закона и обичаја ратног права и високих начела хуманости. Међутим, Цар је нашао уточиште код холандске краљевске куће са којом је био у родбинским везама, а Холандија, супротно својим обавезама, одбила је да га изручи како би му се судило пред Међународним кривичним судом, чије је формирање било предвиђено. Нешто другачији поступак предвиђен је био за остале ратне злочинце. Од 896 деликвената које су Савезничке и Удружене силе ставиле на листу осумњичених, а којима је требало да суде немачки судови, само је њих 12 изведено пред суд у Лајпцигу, а од тог броја 6 је ослобођено, а 6 осуђено на временске казне. Тако се цео случај завршио неуспехом. Слично се догодило и са Турском. Комисија именована од стране Мирвоне конференције у Паризу 1919. са задатком да утврди одговорност зачетника рата и оних који су погазили законе и обичаје ратног права, затим лица одговорних за геноцид над Јерменима, била је мртворођенче; Сједињене Америчке Државе успротивиле су се да се случај постави на међународном плану.

Проблем формирања међународног кривичног суда нашао се на дневном реду Друштва Народа, поводом убиства краља Југославије Александра I у Марсеју 1934. Тим поводом прихваћена су 1937. два акта: Конвенција против тероризма и Конвенција о установљењу међународног кривичног суда. Међутим, ни ови акти никад нису ступили на снагу. По први пут у историји идеја о међународном кривичном суду реализована је крајем Другог светског рата. Четири победничке силе: САД, СССР, Велика Британија и Француска потписале су у Лондону 8. августа 1945. Споразум о кажњавању главних ратних злочинаца нацистичке Немачке и формирању Међународног кривичног суда.

Као што је напоменуто, Лондонски споразум односи се само на кажњавање главних ратних злочинаца тј. иницијатора, идеолога и духовних вођа, чија дела немају посебну географску одређеност. Сви остали ратни злочинци, официри и војници нацистичке армије, чланови Национал-социјалистичке партије, одговорни за злочине, требало је да буду изручени земљама у којима су дела починили, те да им буде суђено по законима тих земаља. Да би се установила јединствена законска основа за поступак против ратних злочинаца и на територији саме Немачке, Контролни Савет за Немачку донео је Закон бр. 10 о кажњавању оних злочинаца који нису били обухваћени претходним актима.

Чл. 6 Статута Нирнбершког суда груписао је злочине у три категорије: 1) злочин против мира тј. планирање, припремање, започињање и вођење нападачког рата, 2) ратни злочин тј. повреду ратних закона и обичаја и 3) злочин против човечности. Ратни злочин обухвата следећа дела: "убиство, злостављање или одвођење на принудни рад, или за било који други циљ цивилног становништва окупиране територије, или у окупираној територији, убиство или злостављање ратних заробљеника или лица на мору, убијање талаца, пљачкање јавне или прива-

тне имовине, намерно разарање градова, вароши или села, или пустошење неоправдано војном потребом.” Злочин против човечности може бити почињен у доба мира и у доба рата. Чињеница да је окривљени радио по наређењу своје владе или претпостављеног старешине, како то предвиђа чл. 8 Статута Суда не може га ослободити одговорности.

Историјски посматрано Нирнбершки суд представља успех, али нису изостале ни бројне критике на његов рачун. Пре свега, да је то била ”правда победника”, наметнута снагом оружја, а не објективан и непристрасан суд; да није постављено питање одговорности за злочине које је починила победничка страна, а којих је такође било. Решење овако компликованих проблема сагледано је кроз формирање сталног кривичног суда, што је доктрина међународног права већ одавно предлагала и теоријски разрадила.

Од тог начелног става пошла је и Генерална скупштина УН, када је Резолуцијом 489/Б од 12. децембра 1950. формирала Комитет са задатком да изврши све припреме за кодификацију злочина против мира и безбедности човечанства, те да сачини нацрт статута за стални међународни кривични суд (1).

Већ следеће године, 1951, поднет је Генералној Скупштини нацрт Статута, а допуне су извршене 1953. Суд је конципиран као независан орган међународне заједнице, а основ његове надлежности представљао би међународни уговор на основу кога би државе чланице пренеле део својих суверених права на међународни суд, како би се што потпуније заштитили општи интереси међународне заједнице (2). Субјекти међународне кривичне одговорности били би само појединци тј. физичка лица, а не и држава као колективитет, иако је у току дебате разматрана и таква могућност. Међутим, политички разлози и Хладни рат диктирали су да се цео проблем одложи на неодређено време (3).

После нешто више од три деценије, у измењеној политичкој клими, Генерална Скупштина се вратила на ово питање у вези других кривичних дела, апартхејда 1980, трговине дрогом 1988, и, 1989, ”све опаснијих и раширенијих аката међународног тероризма”. Резолуцијом 45/41 од 28. новембра 1990. Генерална Скупштина захтевала је од Комисије за међународно право да даље разради и анализира проблем

(1) Генерална Скупштина је још 21. новембра 1947. Резолуцијом 177/II задужила Комисију за међународно право да формулише принципе међународног права прихваћене Статутом и пресудом Нирнбершког суда и да припреми Кодекс против мира и безбедности човечанства. О томе Year book of Int. Law Commission 1950/II, pp. 374-378, Doc. A/1316; 1954/II, pp. 150-152, Doc. A/2673.

Поводом усвајања Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида 9. децембра 1948, Генерална Скупштина је Резолуцијом 2608/III ставила у задатак Комисији за међународно право да проучи услове за формирање међународног кривичног суда, имајући у виду чл. 6 Конвенције.

Поближе о томе: Memorandum by the Secretary General A/CN.4/7, Rev. 1. 1949; Report of the Int. Law Comm. on the question of Int. Criminal Jurisdiction, Doc. A/CN.4/15. 1950; Report of the Int. Law Comm. to the Gen. Assem. on the question of Int. Criminal Justice, UN, GA, Off. Rec. Supp. No 12 (A/1316); Report of the Sixth Comm. to the GA concerning the Report of the Int. Law Comm. on the question of Int. Criminal Jurisdiction GA, Off. Rec. Doc. A/1639/1950.

(2) UN, GA, Off. Rec. Report on the International Criminal Jurisdiction, Supp. No. 11, Doc. A/2136; Допуне: UN, GA, Off. Rec. Report of the Comm. on Int. Criminal Jurisdiction to the Sixth Comm. Supp. No. 12, Doc. A/2645; Supp. A/2827/Cor. 1, 1954.

(3) Doc. A/Res. 266 (1954); Doc. A/Res. 1187 (1957).

међународне кривичне надлежности, укључујући и могућност формирања међународног кривичног суда, или неког другог механизма у оквиру Кодекса злочина против мира и безбедности човечанства. Захтев је поновљен 9. децембра 1991, Резолуцијом 46/54. И овог пута, као и у претходном периоду, Комисија је стала на становиште да је формирање сталног међународног кривичног суда "пожељно" и "могуће", мада су испољена неслагања по неким техничко-правним питањима, нпр. да ли ће надлежност будућег суда бити обавезна или факултативна, искључива или конкурентска са националним судовима (4). У погледу *ratione materiae*, да ли надлежност суда ограничити само на дела побројана у Кодексу против мира, или обухватити и остала кривична дела садржана у другим конвенцијама. Ниједног тренутка није доведен у питање принцип *Nullum crimen sine lege* тј. да правни извори морају бити прецизно дефинисани међународним конвенцијама, али је истовремено указано да међународна обичајна правила улазе такође у ред главних извора, те да се Нирнбершки и Токијски суд ослонио управо на обичајно право. Сагласност није постигнута ни по питању ко може поднети тужбу суду. Консензус је постигнут да се по овом питању не може следити пут унутрашњих правних поредака, у којима формално правно подношење тужбе има јавни тужилац или други орган. Неприхватљиво би било свођење права подношења тужбе на неку врсту *actio popularis*, јер би то отворило врата претеривањима. Снажно је подржан став да се то право не би смело везати за функције Савета безбедности, као политичког органа, у коме стални чланови имају право вета. Значајан број учесника подржао је идеју да то право треба поверити само државама чланицама статута, а један број захтевао је да се то ограничи само на државе на чијој је територији злочин почињен (5). И по бројним процесно-правним питањима мишљења су остала подељена, јер савремено међународно право не садржи правила у материји кривичног гоњења. Несумњиво да су чланови Комисије за међународно право и други учесници у дебати били суочени са изузетно компликованим техничко-правним проблемима, али основни разлог да УН нису успеле до данас да реше овај проблем лежи у сфери политике. Велике силе, умешане у локалне ратове и ратне злочине, пружале су систематски отпор и самој помисли да своје спорове подвргну под обавезну надлежност међународних судских органа или да дозволе да њихови грађани буду изведени пред међународне судске органе. При таквој ситуацији, поједини чланови радне групе Комисије за међународно право сматрали су да би се требало концентрисати на друге модалитете кажњавања који су, по њима, реалнији у датим условима; понудили су, као алтернативно решење, уместо сталног суда, јачање и указивање помоћи националним судовима, који су по важећим нормама међународног права данас једино надлежни за кажњавање деликвената (6). Разматрање је и идеја о формирању *ad hoc* судова који би по потреби ступали у дејство. При

(4) Draft Statut for the Creation of an Int. Criminal Jurisdiction to Implement the Int. Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid. UN, Doc. E/CN. 4/1416, (1980); Report of the Int. Law Comm. of its 42d Sess., Supp. No. 10, Doc. A/45/10, 1990.

(5) GA, Off. Rec. Supp. No. 10, Doc. A/47/10. Report of the Int. Law Comm. on the work of its forty-fourth Sess. 4 May-24 July 1992, p. 17-22.

(6) *Op. cit.*, p. 59.

томе се није имао у виду суд који би био формиран *ex post facto*, него један стални механизам који би судио по потреби, нешто слично као што је организација Сталног арбитражног суда.

III. ДИЛЕМА - СТАЛНИ ИЛИ СУДОВИ *AD HOC*

И поред отпора од стране држава, посебно Великих сила, потреба за формирањем међународног кривичног суда у контексту збивања у локалним ратовима, односно хладноратовском периоду, била је сваки даном све очитија. Читава плејада истакнутих светских правника, многобројне невладине организације биле су ангазоване на том плану (7). Полазили су од тезе да некажњени злочини отварају могућност понављања злочина. Често су у литератури цитиране речи Хитлера, који је, заговарајући отворено политику истребљења Јевреја, у једном свом говору у Нирнбергу 1936. рекао између осталог и ово: "Ко још данас говори о истребљењу Јермена"; те речи биле су снажан подстрек у злочиначкој политици нацистичке Немачке. Потврду ове тезе могуће је пронаћи данас на територији бивше Југославије; некажњени геноцид, кога су у току Другог светског рата извршиле хрватске и муслиманске усташке снаге над Србима, Јеврејима и Ромима у "Независној Хрватској" и на територији Босне и Херцеговине, охрабриле су екстремне клерикално-националистичке кругове да, одмах након сецесије тих делова од Југославије, отпочну са другим кругом геноцида, што је довело до грађанског рата, који се води управо на просторима где је почињен геноцид 1941-1944.

Веома мали број разних злочинаца из Другог светског рата изведен је пред судове. Услед Хладног рата и поларизације снага на идеолошкој основи, ратни злочинци из "Независне државе Хрватске" нашли су уточиште на Западу и у Аустралији, где су мирно, под заштитом демократије, припремали нов поход против Југославије, а своју идеологију подесили и уклопили у тзв. антикомунистички талас. То није специфичност само у односу на НД Хрватску. Високи официри и функционери нацистичке Немачке примљени су у обновљену армију Источне и Западне Немачке. Многи су се нашли и на високим командним положајима у НАТО-у и Варшавском Пакту. Велика Британија је већ крајем 1948. издала поверљиво упутство подручним органима да се обустави сваки даљи прогон ратних злочинаца. То су следиле и остале западне земље.

Најснажнији аргумент у прилог тезе о потреби формирања сталног међународног кривичног суда представљали су ратови вођени после 1945, у којима су, без изузетка, почињени тешки ратни злочини; неки од њих по тежини превазилазе злочине почињене у Другом светском рату. САД и његови западни савезници прибегли су оружаног сили ван своје територије 220 пута, од краја Другог светског рата; 80 су

(7) Ves. Pella, *Towards an Int. Criminal Court*, Amer. Journal of Int. Law, No. 1/1950, p. 37; Don. de Vabres, *La Creation d'une jurisdiction penal internationale et le probleme de sa competence*, Giustizia penale, Agosto, 1952, p. 225; George Schwarzenberger, *The Problem of Int. Criminal Law*, Current Legal Problems 1950; Quincy Wright, *Proposal for an Int. Criminal Court*, Amer. Journal of Int. Law No. 1/1952; Cherif Bassiouni - Ved. Nanda, *A Treatise on Int. Criminal Law*, 1973.

били сукоби ниског интензитета, док је 15 представљало изразито интензивне са "великом стратегијом", и то сви у земљама трећег света, где је технологија и војна организација била на далеко нижем нивоу (8). Заједничка карактеристика тих ратова је да су у њима коришћена најрадикалнија средства разарања са тешким физичким и психичким ефектима, чиме је погажено не само ово или оно правило него целокупно ратно право. На пример, америчке трупе у Вијетнаму користиле су хербициде (Agent Orange), што је изазивало разне абнормалности код новорођенчади и побачаје код трудница. Па и након што су страшне последице постале евидентне, америчка армија наставила је са старом праксом, све док врхунски научни радници у САД нису упознали јавност о природи рата кога је водила америчка армија. А тада је "Agent Orange" само замењен још страшнијим хемијским оружјем "Agent Blue". Тактика "Rome plows", примењена 1971, тотално је онеспособила на стотине хиљада хектара плодног земљишта за било какву пољопривредну употребу, изазивајући глад и масовно умирање цивилног становништва. Сличне последице имало је и тровање воде које је такође улазило у стратегију рата у Вијетнаму. Те методе описао је пуковник америчке армије William Calley (9).

На драматичан начин описан је у светској литератури масакр "My Lai", када је, 16. марта 1968. године, америчка армија (Charlie Company, 11th Infantry Brigade) на зверски начин поубијала становништво села Song My. Према званичним америчким извештајима (Perry Commission Report) број убијених премаша 400 (10). Али то није био изоловани инцидент. Учесник вијетнамског рата, капетан америчке армије, прокоментарисао је овај случај речима да је свака јединица величине бригаде имала свој скривени "My Lai" (11). Најубитажнији метод рата у Вијетнаму био је модел Б-52, који је укључивао "free-fire zones", операцију "Phoenix", "search and destroy", принудно масовно пресељење становништва (12).

Када се Бангладеш одвојио од Пакистана 1971. године, регуларна армија ове земље обрачунала се са крајњом суровошћу са сецесионистичким снагама. У литератури су описани бројни масакри цивилног становништва.

Заливски рат је посебно интересантан са становишта међународног кривичног права, јер су за злочине оптужене обе стране, победничка и побеђена, па је то свакако и разлог да није дошло до формирања Међународног кривичног суда, иако је то бучно најављено и припреме спроведене. Садам Хусеин оптужен је за злочин против мира, за планирање и отпочињање рата против Кувајта, као и злочин против човечности због односа према Курдима и злостављања цивилног становништва. Савет безбедности оквалификовао је напад на Кувајт као акт агресије, дакле злочин против мира; Резолуцијом број 674, од 29. ок-

(8) Anthony H. Cordesman - Abraham R. Wagner, *The Lessons of Modern War*, V. 1. London, 1990, p. 1, 13.

(9) Law and Responsibility in Warfare, The Vietnam Experience, The University of North Caroline Press, 1975, p. 46.

(10) Испоран опис, укључујући и силовање жена у: Michael Bilton and Lerin Sim: *Four hours in My Lai*, New-York, 1992. *Op. cit.* Law and Responsibility...

(11) Richard A. Falk, *Methods and Means of Warfare*, p. 47.

(12) War Crimes and the American conscience, ed. by Ervin Knoll, New-York, 1970, p. 4-6.

тобра 1990. године, позвао је државе које располажу информацијама о кршењу хуманитарног права од стране Ирака да о томе обавесте Савет. Планови о извођењу Садама Хусеина пред Међународни суд били су у завршној фази када је у јавности покренуто питање одговорности председника САД George Bush-а због ратних злочина, злочина против човечности и испровоциране агресије (13).

Оптужен је због непрекидног бомбардовања, кроз 43 дана, отворених градова и села, стравичног разарања, масовне погибје на хиљаде цивила, а све то није било изазвано војним потребама. Последице тог бомбардовања, према званичном извештају Уједињених Нација, довеле су Ирак готово у апокалиптично стање. У извештају се даље наводи да је тим бомбардовањем комплетно разорена ирачка инфраструктура, електрична постројења, рафинерије нафте, више од 9.000 стамбених објеката, због чега је више од 72.000 становника остало без крова над главом. Ирак је враћен на пред-индустријску еру, закључује се у овом извештају.

Бивши јавни тужилац САД, Ramsey Clark, који је посетио Басру након рата, други по величини град у Ираку, описао је то "као људску и цивилизацијску трагедију"; разорене су болнице, цивилне установе, школе, стамбене четврти, а све је то по његовим речима супротно Резолуцији број 678 Савета безбедности. И председник Француске Mitterrand изјаснио се против употребе оружја које значи "враћање у варваризам", а његов министар одбране Pierre Joxe констатовао је да је бомбардовањем, које су извршили "плави шлемови", убијено на хиљаде цивила (14). У "пустињској олуји" примењен је исти модел ратовања Б-52, као у Вијетнаму. На Ирак је бачено 88,5 тона бомби и, послужимо се речима публицисте Pilger-а, тешко да би се то могло подвести под појам рата, "пре као једностран масакр" (15).

И поред мноштва тешких злочина почињених у локалним ратовима, ни у једном једином случају није било организованог напора да се почиоци казне, или иницијатори ратних похода прогласе ратним злочинцима. Незнатан број америчких војника који су ратовали у Вијетнаму, изведен је пред унутрашње судове, након што су њихова злодела продрла у ширу јавност, али су и они ускоро били ослобођени. Овде треба додати да су били оптужени за кршење унутрашњег права САД, а не међународних норми.

Коначно, у прилог формирања међународног кривичног суда говори и чињеница да је данас број међународних кривичних дела, санкционисаних међународним уговорима, проширен. Професор Bassiouni наводи 22 категорије признате међународним уговорима и обичајним правилима (16).

Два су основна разлога да су злочини, почињени на тако широкој скали, остали некажњени и да после Нирнберга није дошло до формирања сталног суда. Први је, свакако, да су злочине починили припадници армија Великих сила које у Савету безбедности располажу правом вета, па је било илузорно покретати та питања. Други разлог лежи у

(13) New-York Times, March 22, 1991, p. A1.

(14) John Pilger, *Turkey shoots*, New Statesman and Society, 15 Febr. 1991, p. 8-9.

(15) *Op. cit.*, 21. June 1991, p. 10.

(16) Cherif M. Bassiouni, *Int. Crimes*, Digest. Index of Internat. Instruments 1815-1985.

чињеници да су криминалне методе и тактика савременог ратовања последица примене високе технологије у рату, при чему се брише линија која дели ратну позорницу и позадину, борце и неборце. Савремени ратови, од Хирошима и Нагасакија, преко Вијетнама, Алжира, Авганистана, Фокланда, Заливског рата, срушили су мит и илузије о могућности хуманизације рата. Сваки рат представља злочин; технолошке и тактичке промене учиниле су рат још страшнијим и ратне злочине последицом таквог рата. Класичан начин ратовања прса у прса, убијање сабљом или ножем, остао је привилегија само сиромашних и неразвијених. Данас смо богатији за једно горко сазнање: у ратовима вођеним у последње четири деценије злочини су почињени од стране војника са западно-демократским, комунистичким, хришћанским и муслиманским симболима. Познати француски писац Albert Kami, са много аргумената доказивао је да је "човечанство екстравагантно подлегло варварском насиљу". Одговор на ова деликатна питања не може бити пронађен у строго позитивно правним оквирима, него пре осветљавањем међудејства правних и политичких фактора.

То су разлози да је доктрина међународног права последњих деценија готово једнодушна у захтеву да се формира стални међународни кривични суд као независно судско тело, а одлучно против формирања "ad hoc" судова. Специјални извештач Комисије за међународно право, односно Радне групе, у свом извештају констатовао је да би формирање "ad hoc" суда, који би пред собом имао само један издвојени случај, било штетно (17). Један од најеминентнијих правних теоретичара, Julius Stone, писао је још пре две деценије да политички органи УН, Савет безбедности и Генерална скупштина, служе као одскочна даска "за дипломатско и пропагандно ратовање". Ако би међународни кривични суд био сведен на сличну улогу "био би то не само неуспех, него озбиљан ударац дугорочно посматрано функцији судства у заједници држава" (18). Сличан став заузео је и амерички теоретичар Quincy Wright (19). Савремени водећи теоретичар у овој области Bassiouni, годинама брани ову идеју и сматра да су сазрели услови за формирање сталног међународног кривичног суда. Он сматра да је такав суд нужен како би се окончао садашња ситуација и насилнички карактер међународних односа (20).

Професор Kenneth A. Williams, разматрајући проблем у контексту ирачко-кувајтског рата и поука изведених са суђења у Нирнбергу, сматра да најбоље решење јесте формирање сталног кривичног суда. Да би се обезбедио успех "државе морају бити сигурне да ће суд бити неутралан и независан" (21). Један од водећих правника из америчког тима на

(17) *Op. cit.*, Report of the Int. Law Comm... p. 157.

(18) J. Stone, *Legal Controls of Int. Conflicts*, New York, 1973, p. 378-379.

(19) Q. Wright, *Proposal for an Int. Criminal Court of Justice*, Amer. Journal of Int. Law, V. 46, 1952, p. 64-65.

(20) Cherif M. Bassiouni, *The Time has come for an Int. Criminal Court*, Int. and Comparative Law Review, Nr. 1/1991; Cherif M. Massiouni - Christopher L. Blakesley, *The Need for an Int. Criminal Court in the New Int. World Order*, Vanderbilt Journal of Transnational Law Nr. 2/1992, p. 154-155.

(21) Kenneth A. Williams, *The Iraq-Kuwait Crisis: An Analysis of the Unresolved issue of War Crimes liability*, Brooklyn Journal of Int. Law. Brooklyn Journal of Int. Law, V. XVIII, Nr. 2/1992, p. 385.

суђењу у Нирнбергу категоричан је у свом ставу да би стварање "ad hoc" кривичног суда било "крајње незадовољавајуће". Отуда његов захтев да се формира стални суд, иако увиђа да је то "сложен и тежак задатак" (22).

На међународној конференцији експерата из 28 земаља одржаној од 22-26. марта ове године у Ванкуверу, мишљења су била подељена. Аутори Статута суда "ad hoc", формираног на основу Резолуције 827, иначе професионалне дипломате, природно, изјаснили су се у прилог суда "ad hoc". Експерти су, међутим, били много обазривији. др Чагон и др Саминос понудили су неколико могућих решења: формирање универзалног кривичног суда, који би представљао целокупну међународну заједницу или пак регионалног, за поједине делове света, имајући у виду специфичности тих региона. Суд "ad hoc", моделиран по Нирнбершком узор, био би по њиховом схватању "крајње незадовољавајућа опција" (23).

Члан америчке Адвокатске коморе, некадашњи официр који је ратовао у Вијетнаму, Eric L. Chase, у свом аналитичком реферату скренуо је пажњу да су "судови "ad hoc" најосетљивији на политичке манипулације победника". И Нирнбершки суд оптерећен је "победничком правдом", па нису изостале ни тешке грешке; на пример, совјетски тужилац оптужио је за злочине у Катинској шуми Немце, мада су то починили совјетски војници (24). И професор McWhinney предност даје сталном суду који би био основан путем једне међународне конвенције (25). Снажно је изражен став на овој конференцији да је формирање "ad hoc" суда, Резолуцијом Савета безбедности, нешто потпуно различито од настојања да се формира један истински међународни суд (26). Другим речима, да садашња акција, фиксирана само на територију бивше Југославије, искаче из историјског процеса.

Председник Међународног комитета Црвеног крста господин Samaruga, поставио је Генералној скупштини Уједињених нација питање: да ли ће усвојена Резолуција о Југославији остати "ad hoc" мера, примењена на један једини случај ... да ли смо способни ићи даље од тога. Уколико је то тако, да ли су државе вољне да прихвате надлежност Међународног суда правде? "Склон сам да посумњам у то", судећи по многобројним владама које још нису признале надлежност Међународне анкетне комисије установљене чланом 90. Протокола I и оне бројне које просто до сада нису ратификовале додатни Протокол (27).

Супротно изнетим ставовима врхунских научних радника света, супротно правничкој логици, Савет безбедности определио се за фор-

(22) Whitney R. Harris, *A Call for an Int. War Crimes Tribunal, Learning from Nuremberg*, University of Toledo Law Review, V. 23, Winter, 1992, p. 250.

(23) Dr. Sharon A. Williams and Dr. Hugo Caminos, *An Int. Criminal Court - Structure and Composition - The Options*, Vancouver, March 22-26, 1993, p. 2-3, 8.

(24) Eric L. Chase, *Where Policy, Grand Strategy and Justice Meet: A War Crimes Court for the New World Order*, p. 8, 23.

(25) Barry McWhinney, *The Establishment of an Int. Criminal Court*, p. 3.

(26) Int. Meeting of Experts on the Establishment of an Int. Criminal Tribunal, organized by the Int. Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy at Vancouver, March 22-26, 1993, Report, p. 3.

(27) UN, Gen. Assem. Panel on Humanitarian Questions, Nov. 10, 1992, p. 4-5. Statement by Dr. Cornelio Sammaruga.

мирање "ad hoc" суда, ограничавајући га само на територију Југославије, што у контексту свеукупног светског криминала представља врхунац цинизма. Прибегавање двоструким стандардима доводи у сумњу морални кредибилитет протагониста целог подухвата. Како објаснити "бригу" за муслимане у Босни и Херцеговини, коју је комунистички режим подигао на ниво нације из идеолошких побуда, спремност да им се призна државност, иако за то не постоје елементарне претпоставке, а истовремено оспорити Палестинцима право да на свом вековном огњишту формирају своју државу? За последњих 25 година 60% њихове земље у приватном власништву, на, од стране Израела, окупираним територијама конфисковано је, на хиљаде Палестинаца избачено из својих домова, на стотине хиљада натерано на избеглиштво. Како схватити "бригу" за Курде у Ираку и у то име телписима бомби засути ирачку територију због "кршења људских права", а истовремено затворити очи пред страдањима и масовним убијањима Курда у Турској. Главни тужилац Сједињених Америчких Држава у Нирнбергу Robert Jackson изјавио је: "Ако извесни акти супротни међународним уговорима представљају злочине, они су злочини било да су их извршиле САД или Немачка, и ми нисмо спремни да постављамо правила о криминалном понашању других, која не бисмо били вољни да применимо против нас самих." Савремена Америка, међутим, напустила је тај став, разарајући основна правила на којима почива концепт легалитета и легитимитета. Свет је ушао у фазу крајње несигурности, па није изненађујуће да су се многе земље Азије, Африке и Латинске Америке оријентисале ка производњи оружја за масовно уништење, укључујући и нуклеарно, као последњем прибежишту у очувању своје независности. Злочини морају бити кажњени, правда мора бити задовољена, то је императив сваког правника. Само савремени односи у међународној заједници захтевају стабилан правни механизам, а не импровизације диктиране краткорочним, дневнополитичким захтевима. Све док се не успостави чврст судски механизам треба поштовати постојеће међународне уговоре, који кажњавање у домену кривичне одговорности поверавају националним судовима.

IV. КРИТИЧКИ ОСВРТ НА РЕЗОЛУЦИЈУ САВЕТА БЕЗБЕДНОСТИ БРОЈ 827.

Судска власт, поред законодавне и извршне, представља један од три кључна елемента сваког правног поретка. И поред разлика које постоје између међународног и унутрашњег правног система, та подела на особен начине уклапа се у међународно правни систем и на тој подели заснован је цео систем Уједињених нација. У унутрашњим поретцима судови су уставна категорија и ту у крајњој анализи лежи извор њихове власти. У међународној заједници извор судске власти почива у уговорима. Путем уговора државе преносе део своје судске власти на међународне судске органе. Ово је резултат устројства међународно-правног система и одсуства врховног законодавног органа у међународној заједници, или пак светске владе. Систем међународног правосуђа, какав постоји данас у свету, без иједног јединог изузетка, или какав је историјски био познат, производ је уговорних односа, било

да је реч о сталном суду, као што је на пример Међународни суд правде или Стални арбитражни суд, или, пак, судовима *ad hoc* формираним за конкретне случајеве, како што је био Нирнбершки или Токијски. Уговорни карактер судова битна је претпоставка за спровођење санкција, будући да међународна заједница не располаже извршним органима неопходним за примену санкција. И оно што је за судове најбитније, уговорни карактер судова у међународној заједници, је претпоставка да неће бити под контролом једне државе, или пак групе држава, него независни и објективни форуми. Као што је правилно приметила влада Бразила у свом Меморандуму упућеном Савету безбедности, поводом усвајања Резолуције 808 од 22. фебруара 1993. године, "не може се претпоставити да кривична јурисдикција постоји на међународном нивоу као дејствујућа". Отуда, по мишљењу владе, закључење уговора представља најефикаснији метод за формирање међународног суда. Влада Бразила, додаје се даље у извештају "није уверена да надлежност за формирање суда, или вршења кривичне јурисдикције, улази у ред уставне моћи Савета безбедности. Уколико би суд био формиран као супстидијарни орган Савета безбедности, или као орган на било који други начин завистан од Савета, његова независност и објективност могла би бити доведена у питање (28)."

Повеља УН је строго раздвојила политичке функције од правосудних и детаљно утврдила надлежност у сфери деловања политичких односно правосудних органа. Тај поредак може бити мењан само путем ревизије Повеље или усвајања амандмана.

Делатност Уједињених нација темељи се на главним органима, чија је надлежност строго разграничена. Савет безбедности као политички орган, на основу чл. 29. "може да установљава помоћне органе које сматра потребним за обављање својих задатака." То није неко посебно право дато искључиво Савету безбедности, него је опште правило у односу на све главне органе; на пример, за Генералну скупштину то произилази из чл. 22. Повеље. Помоћни органи, што се већ из самог назива може закључити, нису независни, не делују аутономно, него строго по упутствима и у оквиру повереног им мандата. Њихова надлежност, начин деловања и финансирања утврђују главни органи. По својој природи то су саветодавни органи, а могу им бити додељени оперативни задаци, али строго везани за делатност и надлежност главних органа. Ставови држава оснивача УН, на конференцији у Сан Франциску 1945. године, посебно САД-а и Велике Британије, не остављају у том погледу никакве сумње. Пракса Уједињених нација следила је тај правац све до усвајања поменуте Резолуције.

Савет безбедности је главни политички и извршни орган чија је надлежност прецизно ограничена на област обезбеђења мира у свету, али он нема законодавне функције. Према томе, он нема право да оснива судове, нити се та творевина која ће произаћи из поменуте Резолуције може сматрати у правом смислу речи судском институцијом. Резолуција 827 је дубоко противправна; донета је у прекорачењу надлежности Савета безбедности, а под притиском САД која, у постхладноратовској епохи, себе сматра врхунским арбитром у свету, ослобођеним свих

(28) UN, GA - SC, Doc. A/47/922; S/25540, 6 Apr. 1993, p. 24.

правних норми. Треба забележити и један парадокс, који се догодио приликом усвајања Резолуције; поједине чланице Савета безбедности дале су свој позитиван глас, али уз ограду да се тиме не ствара преседан. Влада Мексика пошла је чак корак даље; у Ноти упућеној Генералном секретару УН нагласила је да одлуку о формирању суда не сматра преседаном. "Било који будући суд имаће необавезну (optional) јурисдикцију и биће установљен путем конвенције или међународног уговора, добровољно потписаног од стране држава (29)." Дакле, чланице УН свесне су биле протуправности акта, истовремено невољне да се одрекну својих суверених права, па су се из опортунизма или страха солидарисале са једним протуправним поступком који, објективно, представља тежак ударац правном систему УН, са несagleдивим последицама. У свом неубедљивом и правно неодрживом извештају, Генерални секретар и сам констатује да је нормална процедура за формирање међународног кривичног суда међународни уговор, "који би био отворен за потпис и ратификацију... који би омогућио свим државама да учествују у преговорима и закључењу, изражавајући тако своју суверену вољу, посебно да ли желе или не постати уговорна страна (30)". Он, међутим, оправдање за овај неубичајени поступак налази у потреби хитног деловања, будући да би уговорни поступак сувише дуго трајао. Ставови врсног теоретичара Boutros Boutros-Gali-a, предавача на Хашкој академији, многим универзитетима у свету, па и на Правном факултету у Београду, дијаметрално су различити од ставова Генералног секретара УН Boutros Boutros-Gali-a. Ваља се подсетити да је проблем формирања међународног кривичног суда постављен пред УН "као ургентан проблем" пре више од 40 година, а није решен због противљења Великих сила. Ситуација у случају Југославије није ни мање ни више ургентна него што је била у протеклом периоду. Могло би се тврдити чак обрнуто. Уз све страхоте грађанског рата у Босни и Херцеговини, које су забележиле камере највећих светских агенција, захваљујући слободи приступа ратним зонама, случај је миноран у односу на оно што се догодило у Вијетнаму, Авганистану или Заливском рату. Само су тамо извештаји били строго контролисани и у веома ограниченим количинама презентирани светској јавности.

Но то није једини проблем створен усвајањем Резолуције. Позивом на гл. VII Повеље, Резолуцији је придодат Статут Међународног суда, чиме је Савет безбедности узурпирао законодавне функције. Чл. 39 Повеље поверава Савету безбедности надлежност у погледу утврђивања опасности по мир или нарушавање мира, те с тим у вези право да предузима политичке, економске или војне мере које предвиђа чл. 41 и 42, али не и законодавне и судске. Интересантно је да је сама израда Статута била поверена професионалним дипломатама, а не експертима: амбасадору Шведске у УН Hans Correl-у, кога је предложила Велика Британија и аустријском Helmut Türk-у, кога је предложила Хрватска; у рад је укључена и госп. Hilestad-Thune, на захтев двојице амбасадора.

(29) UN, SC Doc. S/25417, 16 March, 1993, p. 3.

(30) UN, SC, Doc. S/25704, 3 May 1993, p. 6-7.

Питање надлежности Суда представља проблем за себе. У т. 31 уводног дела Статута констатује се да надлежност Међународног суда произилази "из мандата садржаног у параграфу 1. Резолуције 808", а затим се у оперативном делу та надлежност ограничава у троструком правцу: 1. *ratione temporis*, 2. *ratione materiae* и 3. *ratione personae*. Чл. 1. Статута овлашћује Суд "да суди лицима одговорним за озбиљна кршења хуманитарног права, извршена на територији бивше Југославије од 1991, сагласно одредбама овог Статута", до дана кога ће накнадно одредити Савет безбедности. Свођење одговорности временски на период од 1991, представља флагрантно кршење Конвенције о незастаревању ратних злочина и злочина против човечности, усвојеној од стране Генералне скупштине на XXIII заседању (ступила на снагу 11. новембра 1970). Поставља се питање откуд право Савету да амнестира једну групу злочинаца, произвољно утврди ко ће бити изведен пред суд. Приликом доношења Конвенције о незастаревању, у Генералној скупштини је дошао до изражаја јединствен став да ратни злочинци, ван судске процедуре и пре суђења, не могу бити ослобођени одговорности. Ограничење надлежности *ratione materiae* своди се на дела почињена *durante bello*, изостављајући злочин против мира. Ту се ствара *vacuum juris*. Југословенска криза и грађански рат су последица међудејства унутрашњих и спољних фактора. Генерални секретар, у свом извештају, изразио је уверење да ће кажњавање злочинаца бити у функцији успостављања мира. Било би крајње наивно поверовати да извођење двадесет или две стотине бораца, који су у свом верском фанатизму, или шовинистичкој заслепљености починили зверства, може донети мир. На Нирнбершком суду пошло се од одговорности оних који су припремили и отпочели рат, па тек потом прешло на одговорност за протуправно вођење рата. Логично је поћи од фундаменталног злочина - злочина против мира, из кога произлазе сви остали. У конкретном случају то је насилна сецесија република и признање сецесионистичких република. Хронологијом догађаја од 1945-1990. године успоставила би се веза између припремања сецесије и отпочињања грађанског рата, а тиме и ратних злочина. Тако је поступљено у Нирнбергу узимајући у обзир догађаје који су претходили масакрима које су извршили немачки војници. Lord Karington отпочео је своје излагање на конференцији у Лондону августа 1992. године констатацијом да је југословенска драма последица сецесије Словеније и Хрватске. То исто изрекао је министар спољних послова САД Baker у Америчком конгресу. Председник Француске Mitterand изјавио је да је признање независности и суверенитета нових држава од стране Европске заједнице изазвало драму која је потом уследила (31).

Деликвентна активност у току грађанског рата 1991. и 1992. у Хрватској, Босни и Херцеговини територијално је опредељена, као и последице, и то је материја која је превасходно одређена за националне судове; али рушење једне суверене државе, која је била елеменат стабилности на Балкану, чије су оружане снаге неколико пута учествовале у мировним операцијама УН, представља *prima facie* међународног кривичног дела. Према једној недавно спроведеној анкети, међу десет најзначајнијих догађаја који су потресли свет у последње две деценије

(31) Le Mond, 22. I 1993, p. 3.

овог века, увршћен је распад Југославије (32). То није изненађујуће јер овај догађај отвара низ крупних међународних проблема од којих овога пута треба поменути само два:

1. Стварање Југославије, односно Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, представља саставни део Версајског система, санкционисаног вишестраним уговорима, из којих су произашла права и обавезе за све државе победнице у Првом светском рату, пре свега за Британију и Француску. С тим у вези поставља се питање да ли став Запада према југословенској кризи значи дефинитивно крај свих правних последица тог система? Или пак, захтев Запада да преостали део Југославије изврши аутодеструкцију, кроз сопствено одрицање од континуитета, представља дипломатску игру која би сачувала права неких земаља, а поништила само у односу на Србију и Црну Гору.

2. Да ли је могућ даљи опстанак Уједињених нација које су, под притиском и претњама најгрубље силе, одступиле од својих темељних начела. Југославија је драстичан пример, али не једини.

Резолуција Савета безбедности број 827 представља изазов, не само за међународно, него и унутрашње право. Ова два поретка, у принципу, упућена су на сарадњу у случајевима где недостаје капацитет међународном поретку. Координација и усклађивање између њих врши се на бази споразума. Међутим, Резолуција одступа од уобичајене праксе и утврђених норми.

Члан 9. Статута садржи правило о конкурентској надлежности, али уз безрезервни примат Међународног суда. "У ма ком стадију поступка, Међународни суд може формално захтевати обуставу поступка пред националним судовима" и препуштање случаја Међународном суду. Имајући у виду да Конвенција о геноциду, Женевске конвенције и остали акти поверавају надлежност националним судовима, поставља се питање у име ког принципа Савет безбедности може мењати уговоре легислативног карактера. Супротно уверавању генералног секретара да се усвајањем Статута не ствара право, него само примењује, Савет безбедности фактички је у овом случају узурпирао законодавне функције, што је у супротности са Повељом УН и темељним принципима међународног права.

На основу принципа *Non-bis-in idem*, који улази у категорију општих правних принципа признатих у свим цивилизованим земљама, осуђено лице не може бити суђено за исти злочин. Међутим, на основу става 2. члана 10. лице осуђено од стране националног суда "може бити накнадно суђено од стране Међународног суда", уколико је дело квалификовано од стране националног суда као "обичан злочин", или је национални суд био "необјективан и завистан". Према томе, Међународном суду дато је право да суди чак у случајевима "*res sudicata*", што је без преседана у историји модерног правосуђа. На конференцији експерата професор Julian Schutte подвукао је да Међународни суд "не може укинути пресуде националних судова (33)". Конкурентској надлежности има места само уколико су постављени јасни и недвосмислени критеријуми, што није учињено у овом случају. Терминологија

(32) Le Vif - L'Express 26 Février 1993, p. 61.

(33) Julian J.F. Schutte, *Discussion paper on Jurisdiction*, Vancouver, March 22-26, 1993, p. 8.

Статута није правничка, али је изузетно погодна за политичку манипулацију.

Процесно правни део садржи низ недоречености и празнина. Статут предвиђа следеће етапе поступка: 1) претходни или истрагу, 2) подизање оптужнице, 3) главни претрес, 4) изрицање пресуде, 5) правни лек и 6) извршење пресуде. На плану реализације појединих фаза леже огромне техничко-правне препреке, а извесне одредбе су унапред компромитоване кроз изјаве појединих политичких личности. На пример, члан 21. став 3. садржи пресумцију невиности, која представља темељ свих унутрашњих правних система, па и темељ људских права у контексту кривичне одговорности. Тај принцип садржан је у члану 14. Пакта о политичким и грађанским правима. Међутим, 17. децембра 1992. тадашњи министар спољних послова САД Eagleberger, иначе бивши амбасадор САД у Југославији, јавно, путем масмедија "идентификовао" је и прозвао "несумњиве ратне злочинце" (34). Оркестрирана пропагандна машинерија, заглашујуће бучно, следила је правац америчког шефа дипломатије.

Статут искључује суђење *in absentia*. Члан 20. став 2. каже: "Лице против кога је оптужба подигнута, сходно наређењу или налогу за хапшење Међународног суда, биће ухапшен, одмах информисан о оптужби и предат Међународном суду". Поставља се питање како извести ову операцију, путем које правне технике? Сви уставни земаља света забрањују екстрадицију својих сопствених грађана. Статут је једном упрошћеном одредбом о обавези сарадње држава са Судом, садржаној у чл. 29, решио ово питање, пренебрегавајући уобичајену праксу држава, изричите одредбе међународних уговора, па и саме Повеље УН. Сарадња је општи принцип Повеље и императив савремене међународне заједнице; само та сарадња има нормативе којих се и Савет безбедности мора придржавати. У принципу он не може анулирати одредбе устава било које државе. Ова одредба запрепашћујућа је, утолико пре што су државе чији су представници у Савету безбедности усвојили Статут, енергично одбиле да прихвате принцип универзалности у кривично-правној материји, остајући чврсто на принципу националне јурисдикције. Постоји и други метод да се оптужено лице приведе суду, метод назван "*sui generis*". САД, односно администрација председника Буша, применила је тај метод у односу на Норијегу. Наиме, амерички командоси извршили су инвазију Панаме, поубијали више од три хиљаде војника и цивила, да би лидера једне суверене државе извели пред амерички суд. Цео подухват изазвао је жестоку критику у америчким правничким круговима, не само због огромне материјалне цене, него и због тешке хипотеке коју је председник наметнуо америчком правном систему.

Посебан проблем представља извршење пресуде. Члан 27. Статута уноси новине у ову материју, непознате досадашњој судској пракси. Казну затвора, према овој одредби, осуђено лице издржаваће у земљи која изјави спремност да прихвати такво лице и то према законским одредбама те земље. При томе се искључује могућност да то буду државе које су настале на тлу бивше Југославије. Апстрахујући за

(34) New-York Times, Dec. 17, 1992, p. A1.

тренутак чињеницу да се том одредбом бескрупулозно газе елементарни правни принципи, питање је изузетно компликовано са техничко-правне стране. Не може једна држава тек на пречац донети такву одлуку; да би се прихватило лице на издржавање казне потребно је мењати унутрашње законодавство, а у неким случајевима и сам устав. Сем тога, отвара се проблем крајње хетерогености у погледу затворских система; имајући у виду да је у питању грађански рат са верским обележјима, сувишно је указивати на све опасности које у себи носи решење садржано у чл. 27. Статута. Новоствореном "суду" недостаје, дакле, механизам привођења, хапшења, као и механизам извршења пресуде. Ту се аутори пројекта ослањају на унутрашње системе и правну помоћ држава. Поред правних тешкоћа овде искрсава и једно фундаментално морално питање: да ли ће највиша тела у појединим земљама прихватити решења Савета безбедности која су категорички одбили у односу на своју сопствену земљу. Статут оставља многа питања без одговора и садржи многе празнине. Глас експерата мало се чуо у пројектовању овог подухвата.

V. ЗАКЉУЧАК

Амерички амбасадор у УН, госпођа Madeleine K. Albright, поводом доношења одлуке у Савету безбедности о оснивању Суда, изјавила је да су тим актом "реафирмисани Нирнбершки принципи" и заузет "одговоран" однос према међународном праву. На жалост, ствари стоје управо обрнуто. Сем по свом привременом карактеру, намењеном за једнократну употребу, ова два Суда представљају дијаметрално различите правне феномене, у целини и у појединостима.

Нирнбершки суд био је саставни део победе над Осовинским силама и први корак у обнови правног поретка после безакоња кога су спровели нацисти: рушења држава, формирања сателитских режима, вођења агресивног рата у коме су почињени ратни злочини и извршен геноцид над Србима, Јеврејима и Ромима. Поредак кога је понудила Савезничка коалиција УН, којој је од зачетка припадала и Југославија (односно Србија, будући да је једино она била под режимом окупације), изражен је у чистим правним категоријама. Данашњи суд, популарно назван "Њујоршки", саставни је део једног, у бити дубоко протуправног процеса: разарања државе, пружања легитимитета сецесији, стварања сателитских мини држава итд. Нирнбершки суд формиран је путем уговора, следећи уобичајен правни поступак. Њујоршки суд формиран је *contra legem*, Резолуцијом Савета безбедности, чиме је нарушена институционална структура одлучивања и доведен у питање целокупни правни систем УН. Прекршено је елементарно правило о односу између законодавних и извршних функција, темељно начело Повеље о подели надлежности између представничких и извршних органа. Остаје кључно питање: шта се заправо желело постићи формирањем једне такве установе, на начин на који је све то изведено. Зашто се један општи, горући проблем међународне заједнице, о одговорности за злочине почињене у серији ратова, редуцирао искључиво на територију Југославије, у бити на један периферни регион?

Формирање Суда путем Резолуције Савета безбедности има искључиво политички карактер; у правној оптици то представља апсурд, фарсу. У питању је један додатни механизам пропагандне стратегије који, поред санкција наметнутих искључиво Србији и Црној Гори, претњи бомбардовањем искључиво српских положаја у Босни, треба да деградира један народ и појача општи интензитет осуде преосталог дела Југославије и српског народа као нуклеуса бивше и садашње Југославије. Истина, помиње се стидљиво "и други су чинили злочине" али се повишеним тоном указује на Србе као главне кривце. Послужимо се Орвеловским речником, створен је тако, уз оркестрирани наступ медија, један "популарни спектакл" са двоструком функцијом: са једне стране њиме се жели прикрити одговорност Европске заједнице, а затим осталих, за тешке грешке које је Запад починио у току своје "посредничке" мисије и са друге стране појачати осуду преосталог дела Југославије, која је сачувала мир и поредак на својој територији.

Када се југословенска криза ослободи површног и наметљивог језика пропаганде, она се јавља као део опште кризе и нерашчишћених рачуна између европских држава и САД у постхладноратовском периоду. Рушење Југославије није отпочело 1990. или 1991. године, него 1941. и садашња фаза је само последња у том процесу. Од 1945. од 1975. године више од четири стотине терористичких аката извршила је само екстремна хрватска емиграција, која је несметано деловала под заштитом "западне демократије", а у процесу антикомунистичког таласа. Формирана је чак на Западу и емигрантска хрватска влада. Истовремено, Запад је "комунистичког вођу" Јосипа Броза обасипао милијардама долара. Није Западу сметало кршење основних људских права, ни концентрациони логори у земљи, помажући једну диктатуру, а истовремено толеришући екстремну емиграцију; под паролом антикомунизма Запад је, свесно или несвесно, намерно или ненамерно, рушио Југославију.

Злочини у Југославији су почињени у рату и миру и њих треба казнити. То је ван сумње за сваког правника. За суђење ратних злочина и злочина против човечности надлежни су национални судови и они треба да обаве ту дужност. За један евентуални међународни суд, који би требало да буде формиран *lege artis*, преостало би да суди само за један једини злочин - злочин против мира, а он укључује:

а) Припремање агресивног рата. У конкретном случају суд би требало да одговори ко је наоружавао паравојне снаге, ко им је омогућио несметану обуку на територији Аустралије, Западне Немачке и Америке, ко је отпочео рат у Југославији.

б) Кршење међународних уговора. У случају Југославије, суд би требало да одговори на питање ко је погазио уговоре којима се гарантовао територијални интегритет земље, као и низ других међународних уговора.

Природа свих ратова је иста: страхоте, разарање, масовна смрт, били они вођени високом технологијом какву данас примењује Запад и САД у виду разних "интервенција", или примитивних, какав се води данас у Босни и Херцеговини; били они вођени под заставом УН, као што је случај у Заливском рату и Сомалији, или под националним и верским симболима, као што је случај у Хрватској и Босни и Хер-

цеговини. Разлика је само у "имицу" који се данас ствара по поручбини, уз помоћ савремене технологије, над којом Запад има монопол. Сатанизовање једног народа, по моделу нацизма, претварањем целе једне земље у концентрациони логор путем тзв. санкција и проглашењем кажњеничке државе, по моделу раног колонијализма, уз моралистичку реторику, проблеми се не решавају. Став Европске заједнице и САД према југословенској кризи нагони на размишљање куда се креће савремени свет, није ли на помолу један нови тоталитаризам, чија је прва жртва Југославија.

Какву заштиту имају данас мале земље против злоупотребе силе, злоупотребе механизма и симбола светске организације?

(Примљено 17. маја 1994.)

dr. Smilja Avramov

Professor of the Faculty of Law in Belgrade

INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND THE UN CHARTER

Summary

The history of the idea of punishing war criminals since the Versaille Peace Treaty to the London Treaty and establishing the Nuremberg Court is reviewed, folowed by an analysis of attempts to institute a permanent international criminal court. Favouing the instituting of such a court are the following arguments: a rather small number of war criminals brought to trial because of the Cold War; serious war crimes have been committed after the Second World War in local wars, which contributed to the increase of atrocities, while remaining unpunished; almost without exception, contemporary wars are of a genocide character (a Gulf war, for instance).

Ignoring the postulates of legal science and even elementary logic, the Security Council has established an ad hoc criminal court, while restricting it to the territory of Yugoslavia, which, in reference to total world criminality, is an exterme cynicism. The Resolution 827 is also criticized as it is a transgression of competences of that body. The Council may, as a political body, establish auxiliary bodies on the ground of article 29 of the UN Charter, but these bodies are not independent, since, in their nature their role is to advise. The Security Council, as a political and executivy body, has no legislative powers, which excludes its capacity to establish courts. As a consequence, another usurping of jurisdiction is the enactment of the Statute of the International Criminal Court.

Another serious violation of international law relates to the restriction of court's jurisdiction. Restriction as to the time of its activity runs counter the Convention on War Crimes as not being subject ot statute of limitations. The restriction regarding the subject matter also runs counter the Geneva 1949 Convention, as well as counter a series of other rules of international law. Procedural provisions of the Statute are also criticized.

Further discussed are the differences between the Court established by the UN and the Nuremberg Court. These two institutions are entirely, and in details, disparate. The latter Court was established after the defeat of Axis Powers and represented a first step in restoring the legal order in the world, after many illegal acts committed by the Nazis, such as destroying States, establishing satellite States, waging aggressive wars, genocide against Serbs, Jews and Gypises, etc. The present-day Court, called "the New York Court" is but a component part of a deeply unlawful process, namely forcible secession, done by Croatia and Slovenia and the one inspired by the European Community - namely, that of

Macedonia and Bosnia and Herzegovina, as well as the endeavour to make legal an illegal situation in that region of Europe.

The Nuremberg Court has been established by a treaty, and under the corresponding legal procedure, while the New York one - contra legem, namely by a UN resolution. This has disturbed the institutional structure of decision-making and jeopardized the entire system of law. Establishing that Court is an entirely political matter and, viewed through legal optics, represents a farce.

Key words: International Law. - War crimes. - Ad hoc criminal court. - Security Council. - Nuremberg Court. - Secession in Yugoslavia.

Smilja Avramov

Professeur à la retraite de la Faculté de droit de Belgrade

LE DROIT INTERNATIONAL PÉNAL ET LA CHARTE DES NATIONS UNIES

L'auteur expose l'histoire de l'idée sur le châtiment des criminels de guerre depuis le Traité de Versailles jusqu'au traité de Londres et la formation du Tribunal de Nuremberg et se penche ensuite sur les tentatives visant à créer un tribunal international pénal permanent. Elle soutient l'action de la création d'un tribunal permanent en appuyant sa position par des arguments suivants: 1. Un très petit nombre de criminels de guerre a été traduit en justice en raison de la guerre froide. 2. Dans les guerres locales menées après la Deuxième guerre mondiale, de graves crimes de guerre ont été commis et ils n'ont pas été punis, ce qui a abouti à la poursuite de la barbarisation des conflits armés. 3. Les guerres contemporaines sont de par leur nature des guerres de génocide et cela sans exception. La Guerre du Golfe a été un exemple drastique dans ce sens.

Faisant la sourde oreille aux exigences de la science, voire même à la logique juridique élémentaire, le Conseil de Sécurité a opté en faveur de la formation d'un Tribunal pénal "ad hoc", le bornant uniquement au territoire de la Yougoslavie, ce qui, dans le contexte de la criminalité mondiale globale, représente un comble de cynisme. L'auteur se penche par la suite d'une manière critique sur la Résolution 827 du Conseil de Sécurité qui a été, de son avis, adoptée par cet organe en outrepassant ses compétences. Le Conseil de Sécurité en tant qu'organe politique peut créer des organes auxiliaires sur la base de l'art. 29 mais ces organes ne sont pas indépendants et n'agissent pas de manière autonome; ils obéissent strictement aux directives du Conseil de Sécurité. De par leur nature, ce sont des organes consultatifs. Cependant, le Conseil de Sécurité en tant qu'organe politique et exécutif n'a pas de fonctions législatives et ne peut pas créer des tribunaux. L'auteur souligne aussi un paradoxe: lors de l'adoption de la Résolution, certains membres ont donné leur voix sous réserve qu'un précédent ne soit pas créé ainsi. L'usurpation de la fonction législative par le Conseil de Sécurité a été manifestée de manière particulièrement évidente à propos de l'adoption des Statuts du Tribunal international pénal.

Une autre violation flagrante du droit international a été commise en limitant les compétences du Tribunal. La limitation des compétences dans le temps représente une violation flagrante de la Convention sur la nonprescriptibilité des crimes de guerre, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies lors de sa XXIIIème session. La limitation *ratione materiae* représente la violation de la Convention de Genève de 1949 et de toute une série d'autres règles du droit international. L'auteur fait également toute une série de remarques critiques sur les dispositions de procédure pénale contenues dans les Statuts.

Dans sa conclusion, l'auteur souligne les différences entre le tribunal créé par les Nations Unies et le Tribunal de Nuremberg. De son avis, ces deux tribunaux représentent

des phénomènes diamétralement opposés aussi bien dans leur ensemble, que dans les détails. Le Tribunal de Nuremberg a été partie intégrante de la victoire sur les Puissances de l'Axe et un premier pas vers la réinstauration de l'ordre juridique après l'illégalité pratiquée par les nazis: l'abolition des Etats, la formation des régimes quisling, la guerre d'agression au cours de laquelle de nombreux crimes de guerre et le génocide sur les Serbes, les Juifs et les Roms ont été commis. Le Tribunal actuel, appelé Tribunal de New York, fait partie intégrante d'un processus essentiellement et profondément antijuridique: les sécessions forcées opérées par la Slovenie et la Croatie, et, par la suite, celles opérées, sous la pression de la Communauté européenne, par la Macédoine et la Bosnie-Herzégovine et les tentatives visant à sanctionner un état contraire au droit. Le Tribunal de Nuremberg a été formé par un contrat dans le respect de la procédure juridique. Le Tribunal de New York a été formé *contra legem*, c'est-à-dire par une Résolution des Nations-Unies, ce qui a été une violation de la structure institutionnelle de la prise des décisions et une remise en question du système juridique global. La création de ce tribunal a un caractère purement politique, conclue l'auteur de l'article; dans l'optique juridique, elle représente une farce.

Mots clé: - Tribunal pénal international. - Compétences du Conseil de Sécurité.
 - Sources du droit international pénal. - Types des crimes internationaux.

др Јаков Радишић,
редовни професор Правног факултета у Крагујевцу

ЛЕКАРСКА ДИЈАГНОЗА КАО ПРАВНИ ПРОБЛЕМ

Постављање дијагнозе јесте основна обавеза лекара наспрам пацијента. Међутим, због несавршености медицинске науке и недовољности њених сазнања, али и због омашки које се могу поткрасти лекару, дијагнозе се често показују нетачним. Ако се на нетачну дијагнозу надовеже и погрешна терапија, то може имати кобне последице по пацијентов живот или здравље. Деси ли се такав сплет околности, тада настаје питање има ли места имовинској и кривичној одговорности лекара. Другим речима, да ли погрешна лекарска дијагноза сама по себи представља противправан чин који повлачи правне санкције? То питање писац разматра претежно са становишта немачке правне теорије и праксе, али и са тачке гледишта југословенског права.

Кључне речи: *Дијагноза - Погрешна дијагноза - Стручна грешка - Одговорност.*

I. ПОЈАМ ЛЕКАРСКЕ ДИЈАГНОЗЕ И ДИЈАГНОСТИКЕ

1. Реч "дијагноза" користи се у многим наукама и областима људске делатности, али се њено тежиште налази у медицини. Потиче из старогрчког језика (diagnosis) и значи, с једне стране, нешто тачно разазнати или увидети, а с друге стране, нешто одлучити (1).

О лекарској дијагнози постоје донекле различите дефиниције самих лекара (2), мање или више прецизне и потпуне, али су те разлике формалне природе и не стварају тешкоће у пракси. У југословенској речничкој и енциклопедијској литератури, дијагноза се дефинише као медицински закључак о здравственом стању пацијента, о врсти и карактеру неког обољења (3), или, сасвим кратко, као препознавање болести (4). Руски лекари одређују појам дијагнозе на сличан начин: "Кратак

(1) Rudolf Gross, *Diagnose*, у: Eser/Lutterotti/Sporken, "Lexikon Medizin Ethik Recht" (Freiburg, 1989), стр. 256.

(2) О томе видети Rudolf Ratzel, *Die deliktsrechtliche Haftung für ärztliches Fehlverhalten im Diagnosebereich* (Frankfurt am Main, 1986), стр. 2-3.

(3) *Речник српскохрватског књижевног и народног језика*, издање Српске академије наука и уметности, књига IV, Београд, 1966, стр. 293.

(4) *Опћа Енциклопедија Југословенског лексикографског завода*, књига 2, Загреб, 1977, стр. 324.

лекарски закључак о суштини болести и стању болесника, исказан терминима савремене медицинске науке (5)". У складу с тим они праве разлику између *diagnosis morbi* и *diagnosis aegroti*. Прва представља ознаку болести према прихваћеној класификацији, а друга - одређивање индивидуалних особености организма оболелог (6). Најпосле, немачки правници поимају дијагнозу као препознавање врсте обољења и његових узрока, које врши лекар (7).

2. У већини случајева лекарска дијагноза није сама себи циљ, него служи за одређивање терапије. Штавише, она се сматра саставним делом терапије. Дијагноза и терапија чине једно јединство, и то не само у медицинском него и у правном смислу (8). Оне једна другу условљавају. Без тачне дијагнозе болести нема ни исправног лечења. Ипак, од начела "никаква терапија без донекле сигурне дијагнозе" у пракси се доста често одступа, зато што за уредно постављање дијагнозе нема времена или што се она не може осигурати. Сем тога, циљ постављања дијагнозе може се сводити искључиво на утврђивање садашњег стања здравља одређеног лица, независно од терапије. То бива, на пример, у случају вештачења, утврђивања радне способности и сл.

3. У тесној вези са дијагнозом стоји тзв. *дијагностика*. И тај је израз потекао, такође, из грчког језика (*diagnosticon*) и значи способан да распознаје (9). Њиме се обележава грана медицине која се бави методама постављања дијагнозе. Али се термин "дијагностика" користи и као ознака за цео процес испитивања болесника, осматрања и размишљања лекара ради одређивања болести и стања болесника (10). Ради се, дакле, о путу који води ка дијагнози. Међутим, речи "дијагностификовати" или "дијагностицирати" значе дати или одређивати дијагнозу, док се за лекара који се бави дијагностиком и који је вешт у постављању дијагнозе каже "дијагностичар" (11).

II. ВРСТЕ ЛЕКАРСКЕ ДИЈАГНОЗЕ

У медицинској литератури говори се о разним врстама дијагнозе, и то разликовање има извесне практичне вредности.

1. Диференцијална дијагноза

а) У дословном смислу, ова дијагноза представља "разликовање или распознавање различитог" (12). Реч је о уочавању разлике између сличних болести које имају неке заједничке симптоме (13). Лекари сматрају да постоје два облика диференцијалне дијагнозе. Први облик

(5) *Бољшаја медицинскаја енциклопедија*, том 9, Москва, 1959, стр. 163.

(6) *Op. cit.*

(7) W. Uhlenbruck, *Die ärztliche Diagnose als Rechtsproblem*, Deutsche medizinische Wochenschrift, бр. 10/1978, стр. 406.

(8) *Ibid.*

(9) *Бољшаја медицинскаја енциклопедија*, том 9, стр. 163.

(10) *Op. cit.*, Gross, *op. cit.*,

(11) *Речник српскохрватског књижевног и народног језика*, књига IV, стр. 293.

(12) *Op. cit.*, Gross, *op. cit.*, стр. 257.

(13) *Опћа Енциклопедија Југословенског лексикографског завода*, књига 2, стр.

подразумева ограничавање или свођење различитих болести и синдрома на искључиво једну дијагнозу. Но, пре него што се утврди дијагноза за одређену болест, морају се упоредити и искључити друге болести и синдроми са сличним појавама. Насупрот томе, стоји тзв. *нозолошка метода*, тј. систематско набрајање свих појава које су повезане са одређеном болешћу (14).

б) Лекарске дијагнозе већином су диференцијалне јер болесници, по правилу, не долазе лекару са готовим дијагнозама него са тегобама, налазима и техничким одступањима од норме (15). Неки чак сматрају да је свака дијагноза у основи диференцијална, јер се увек морају класификовати различити симптоми који се подједнако могу појавити код разноврсних болести (16).

2. Привремена и коначна дијагноза

У ширем смислу речи, свака је дијагноза привремена; није нешто стално и непроменљиво него је временски условљено. Време је од значаја за дијагнозу у двојакоме значењу: са њим се може променити и ток болести и актуелно стање медицинске науке (17). Међутим, у ужем смислу, привременом се назива дијагноза код које је поузданост распознавања одлучујућег патолошког процеса у лекара још сумњива, најчешће услед недостатака података (18). Привремене дијагнозе се писмено нотирају ради самоконтроле и даље провере, али и ради помоћи другим (на пример, дежурним) лекарима. То су *хипотезе* или *радне дијагнозе*, које се данас, у већини случајева, морају потврдити или оповргнути техничким методама (19). Коначна дијагноза следује после потпуног и коначног испитивања пацијента.

3. Каузална дијагноза

Дијагноза није од самог почетка безусловно потпуна. У сваком случају ваља тежити ка каузалној дијагнози, која обухвата *етиологију*, тј. стварни и дубоки узрок сметњи, и *патогенезу*, тј. механизам њиховог настанка (20). Само каузална дијагноза омогућује и каузално лечење болести, тј. отклањање њених узрока (медицинских, психолошких, социјалних и мешовитих). Опасност постоји од дијагнозе појава које се истичу, које стоје на првом месту. Последица такве дијагнозе јесте лечење симптома, уместо да се препозна и лечи узрок болести (21). Међутим, постоји и велики број обољења чији је узрочник засад непознат, као што су: малигна обољења (леукемија, рак) и дегенеративне болести (артериосклероза, бројна ендокрина и психичка обољења) (22).

(14) Gross, *op. cit.*, стр. 258.

(15) *Ibid.*

(16) Видети Ratzel, *op. cit.*, стр. 4. и тамо наведену литературу.

(17) R. Gross, *Medizinische Diagnostik - Grundlagen und Praxis*, Берлин, 1969, стр. 6.

(18) *Бољшаја медицинскаја енциклопедија*, том 9, стр. 186.

(19) Gross, Фуснота бр. 1, стр. 261.

(20) *Ibid.*, стр. 260.

(21) *Ibid.*, стр. 261.

(22) Ратомир Антић, *Интерна пропедевтика Физичка дијагностика*, XI допуњено и проширено издање, стр. 13.

4. Упутна и отпусна дијагноза

Упутном дијагнозом сматра се дијагноза лекара који пацијента упућује у болницу, односно клинику. Болнички, односно клинички лекар не сме се без провере ослонити на ту дијагнозу (23). Пацијенту који се отпушта из болнице или клинике утврђује се *отпусна дијагноза*, по којој се има управљати лекар који отпуштеног пацијента даље лечи. Отпуст пацијента из болнице без отпусне дијагнозе представља лекарску грешку која повлачи одговорност (24).

5. Предоперативна дијагноза

Да би се ризик операције смањео, планирани оперативни захват се обавља тек после *предоперативне дијагнозе*. Само код хируршких захвата ради спасавања живота, тј. код хитних случајева, предоперативна дијагноза може изостати. Да ли је операција хитна, о томе одлучује хирург, водећи при томе рачуна да ризик операције без дијагнозе буде у разумном односу према хитности захвата (25).

6. Пренатална дијагностика

а) Посебан значај има данас тзв. *пренатална дијагностика*, тј. она која се обавља над дететом у мајчиној утроби. Пренатална дијагностика омогућује да се открију чак и најмањи наследни недостаци ембриона, те је тако постала средство за планирање породице (26). Уколико су могућности пренаталне дијагностике веће, утолико је већа и одговорност лекара, јер он може да одлучи да ли ембрион треба да живи или трудноћа мора бити прекинута. Лекар је, у неку руку, "заступник фетуса" (27).

б) У правној литератури је спорно да ли прерана смрт ембриона, која је условљена погрешном лекарском дијагнозом, представља, у исти мах, телесну повреду његове мајке. Немачки судови имају о томе различита гледишта (28). Међутим, чак и груба грешка у дијагнози, ако је учињена из непажње, не повлачи кривичну одговорност лекара, јер кривични законици изричу забрану једино за намерно усмрћење телесног плода (29). С друге стране, имовинскоправна заштита ембриона има шири досег. Тако, дете може захтевати надокнаду штете коју му је у ембрионалном стадијуму нанео лекар или неко трећи.

III. ДУЖНОСТ ЛЕКАРА ДА ПОСТАВИ ДИЈАГНОЗУ

1. На основу уговора са пацијентом, лекар је дужан да постави дијагнозу и прогнозу, те да према њима обави терапију. Али он није

(23) Wilhelm Uhlenbruck, *Die Pflicht zur Diagnosestellung*, у: Laufs/Uhlenbruck, "Handbuch des Arztrechts", München, 1992, стр. 307, маргинални број 5.

(24) *Ibid.*

(25) *Op. cit.* стр. 307, маргинални број 6.

(26) *Op. cit.*, стр. 310, маргинални број 12.

(27) *Ibid.*

(28) *Ibid.*

(29) Видети члан 54. *Кривичног закона Србије*.

обавезан да спроведе све дијагностичке мере уколико недостаје могућност терапије која се на њих надовезује (30). Постављању дијагнозе претходи преглед и испитивање пацијента (тзв. *морфолошке* и *функционалне претраге*). Најједноставније методе претраге чине физички прегледи болесника. Поред тога, постоји читав низ различитих лабораторијских метода (хемијске, хистолошке, бактериолошке, серолошке) и метода прегледа помоћу одређених апарата: рентгенски преглед, електрокардиографија, цистоскопија и др. (31). Посебну улогу у откривању функционалних и анатомских поремећаја игра данас примена радиоизотопа и ултразвука. Међутим, те методе изискују скупocene апарате и посебне уређаје, па је зато њихово извођење могуће само у одређеним медицинским установама. Пошто употреба тих метода не ствара опасност по живот и здравље пацијента, оне се називају "неинвазивним" (32).

Насупрот њима стоје "инвазивне" дијагностичке методе, које изискују далеко сложеније поступке, чак и одређене хируршке интервенције, тако да се могу изводити само у специјализованим лабораторијама, са увежбаном екипом лекара и техничара. На пример: катетеризација срца са вентикULOграфијом и ангиографијом, ендоскопије, гастроскопије, лапароскопије, пункције и биопсије (33).

2. Тачна дијагноза могућа је тек на основу низа података добијених најпре физичким а потом и другим методама прегледа пацијента. Ти подаци обухватају одређене субјективне тегобе (тзв. *симптоме*) и објективне промене у организму или *знакове* обољења. Открићем симптома и знакова добија се тзв. *клиничка слика болести* (34). Али се стално мора имати на уму чињеница да различити узрочници могу изазвати исту клиничку слику болести, као и то да симптоми и знаци једног обољења могу у разних болесника бити различитог интензитета, чак и кад је у питању исти узрочник. Стога је неопходно да се систематски прати ток сваке болести, некада из часа у час или из дана у дан, па и током више недеља, како би се дошло до тачне дијагнозе (35).

IV. ПАЖЊА КОЈА ЈЕ ПРИЛИКОМ ПОСТАВЉАЊА ДИЈАГНОЗЕ ПОТРЕБНА

1. Правни и морални захтеви који се постављају лекару који врши дијагностицирање болести веома су високи. Лекар мора да прикупи све потребне медицинске налазе и да их процени према актуелним правилима своје струке. При томе треба да искористи све изворе сазнања који му стоје на располагању, али да не ризикује ни превелико угрожавање пацијента. Ово опште правило правна пракса је развила из начела *пот-*

(30) Пресуда Врховног земаљског суда у Kölnу, од 17.12.1984, *Medizinrecht* из 1985, стр. 290-291.

(31) *Опћа Енциклопедија Југословенског лексикографског завода*, књига 2, стр. 324.

(32) Антић, *op. cit.*, стр. 7-8.

(33) *Op. cit.*, стр. 8.

(34) *Op. cit.*, стр. 13-14.

(35) *Op. cit.*, стр. 14.

ребне пажње, односно из појма непажње (36). О лекарској непажњи може се говорити ако је занемарена пажња која је у саобраћању између лекара и пацијента потребна. Конкретизацију тог става извршиле су правна теорија и пракса, водећи рачуна о правилима која у датоме тренутку чине стандард медицине. Од лекара се очекује да у своме професионалном раду покаже повећану пажњу, која осигурава квалитет његове услуге. Тај степен усредсређености *Закон о облигационим односима* назива "пажњом доброг стручњака" (члан 18, ст. 2.). Међутим, ово мерило у односу на лекара има већу вредност неголи у односу на остале стручњаке. Јер делатност лекарева тиче се најважнијих добара човекових: тела, живота и здравља. Поред тога, за разлику од других стручњака, лекар не дугује успех свога подухвата, него једино брижљиво поступање у складу са правилима властите струке. Да ли је он поступио онако како је требало - цени се према објективно-типичном мерилу за пажњу. Објективно потребна пажња није увек иста и непроменљива величина. Кад је у питању лекар опште медицине, тада ваља утврдити *ex post* како би се у конкретной ситуацији понашао просечно пажљив и искусан лекар који има једнаку квалификацију. Лекар специјалиста дугује другачију меру опрезности него лекар опште медицине. Најпосле, одговарајућа разлика мора се правити између лекара који раде у универзитетским клиникама и лекара у домовима здравља или амбулантама. Просечни захтеви пажње управљају се, дакле, према ужој стручности и према социјалној средини у којој појединац делује (37). Стога се каже да је "ситуација учитељ пажње, док је стандард преузет из науке" (38).

2. Састановишта грађанског права, особена незнања или слабости појединих лекара нису од утицаја на меру њихових обавеза према пацијенту коме ваља поставити дијагнозу. С друге стране, ако лекар поседује неубичајене (надпросечне) способности и знања, дужан је да и њих употреби у корист свог пацијента. Јер онај ко више може тај је више и дужан (39). Другим речима, могућност ствара обавезу. Сем тога, лекар се не може оправдати позивом на укоренењу немарност међу својим колегама, јер би то значило повлађивање јавашлуку. Тзв. *потребна пажња* није исто што и *убичајена пажња*. Грешке појединачца не губе ништа од свог аквалитета услед тога што их чине и остали лекари (40). Јер лекар дугује обазривост коју му налаже његова струка, не само уобичајену обазривост. Разуме се, кад се ради о изванредним околностима, које изискују предузимање хитних медицинских мера ради спасавања живота одређеног лица, тада је и мерило за пажњу приликом постављања дијагнозе ниже него у нормалним приликама.

3. Лекар је дужан да узме у обзир све симптоме и знаке болести који су му познати, и да из њих извуче закључке који произилазе из медицинске науке и праксе. Пре дијагнозе, треба, по правилу, да види

(36) О томе видети H.L. Schreiber, *Notwendigkeit und Grenzen rechtlicher Kontrolle der Medizin*, Göttinger Universitätsreden, Band 71.

(37) Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, Heidelber, 1988, стр. 14, маргинални број 20.

(38) Erwin Deutsch, *Arztrecht und Arzneimittelrecht*, 2. Auflage, Берлин, 1991, стр. 86.

(39) *Ibid.*

(40) Dieter Giesen, *Arzthaftungsrecht*, Tübingen, 1990, стр. 30.

и лично прегледа пацијента, а не да дијагнозу поставља "са даљине", путем телефона или на основу казивања трећих лица. Ризик таквог постављања дијагнозе пада на његов терет (41). То, међутим, не значи да се лекар који треба да обави одређени медицински захват не може ослонити на дијагнозу свога колеге, како би поштедео пацијента од сувишних дијагностичких мера (*начело поверења*). Има чак ситуација у којима је он, из медицинских разлога, дужан да верује у туђу дијагнозу и да је прихвати као своју. То бива онда кад је туђа ранија дијагноза заснована на специјалистичком или клиничком прегледу који лекар није у стању да у целисти понови. Тада се његова обавеза ограничава на контролу уверљивости и проверу да ли доцнији развој болести показује својства која су у стању да дијагнозу доведу у питање (42). Али је слепо веровање у туђу дијагнозу недопустиво јер није у складу са потребном пажњом. Властита дијагноза је обавезно потребна у случају кад очигледан несклад између постојеће слике болести и контролних налаза које треба преузети даје лекару повод за сумњу (43).

4. Ако је клиничка слика болести вишезначна, од лекара се очекује да покаже нарочиту опрезност при постављању дијагнозе. Немачки судови стоје на становишту да је лекар у том случају дужан да се и читањем потребне литературе обавести о могућим узроцима болести и методима дијагностике које ваља применити (44). С друге стране, опсег и врсту дијагностике одређује сам лекар, у зависности од околности случаја. И овде, као и приликом одређивања терапије, од значаја је принцип "*primum nihil posce*". Ако постоји више дијагностичких метода испитивања, лекар треба да примени оне који при оптималном дејству имају или могу имати најмање штетне последице по пацијента. Уколико је болест опаснија, утолико се пре смеју применити и инвазивни дијагностички поступци. Другим речима, ризик дијагностичких мера треба да буде у правој сразмери са значајем дијагностичког резултата за терапију која се на њега надовезује (45). Што се болест јасније одсликава, лекар пре може одустати од опсежне дијагностике која оптерећује пацијента. С друге стране, ако слика болести захтева искључење злокобне сумње, лекар мора спровести потребне мере да то разјасни или да пацијента упутити компетентном специјалисти (46).

5. Лекар не сме одлучити да спроведе све дијагностичке мере само зато да му се доцније не би могло пребацити да је нешто пропустио. Претерана дијагностика ("дијагностички перфекционизам") из разлога правног осигурања или због научне радозналости, поготову ако је скопчана са допунским ризиком за пацијента, може представљати ле-

(41) Становиште *Савезног врховног суда* Немачке, које је заступљено у више његових одлука. О томе видети Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, стр. 311, маргинални број 17, фуснота 39.

(42) Hans-Joachim Mertens, у: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, Halbband 2, München, 1980, § 823, стр. 1267, маргинални број 386.

(43) Hans Lilie, *Aufklärung und Fehler bei der Diagnose*, "Medizinrecht", бр. 1/1987, стр. 29.

(44) Hans-Jürgen Rieger, *Lexikon des Arztrechts*, Берлин, 1984, стр. 145, маргинални број 311.

(45) Lilie, *op. cit.*, Adolf Laufs, *Arztrecht*, 4. Auflage, München, 1988, стр. 181, маргинални број 398.

(46) Adolf Laufs, *Diagnosefehler*, у: Laufs/Uhlenbruck, "Nandbuch des, Arztrechts," München, 1992, стр. 632, маргинални број 6.

карску грешку као и погрешна дијагноза (47). Забрана претеране дијагностике важи пре свега код злокобних прогноза. Сем тога, због старосног доба и стања пацијентовог, као и због врсте обољења, може проићи обавеза лекара да не предузима дијагностичке захвате (48).

6. Најпосле, не смеју се прецењивати сопствене дијагностичке способности. Ако су властите могућности недовољне, лекар треба да се консултује са одговарајућим специјалистом или да пацијента упути њему ради прегледа. Кад се дијагноза заснива на специјалистичком прегледу или на клиничком испитивању, дужан је водити рачуна да ли се она потврђује доцнијим развојем болести. Уопште узев, обавезан је да једном постављену дијагнозу током лечења стално проверава. Ако нови симптоми и знаци болести доводе у питање његову првобитну дијагнозу, лекар се не сме ње чврсто држати него је мора кориговати и то саопштити пацијенту, како овај не би живео у неоснованој бризи за своје здравље (49). Тако је *Савезни врховни суд* Немачке у једном случају осудио лекара који је на основу погрешне дијагнозе, која је убрзо коригована, пустио пацијената да више од двадесет година живи са страхом од рака, јер није хтео да му каже нову дијагнозу из бојазни од захтева за надокнаду штете (50). Јер, дијагноза није готово никад коначно завршена (51).

7. Али пацијент нема, у начелу, право захтевати од лекара да дијагнозу опозове, чак ни у случају кад су медицински вештаци утврдили да је она погрешна. Судови не поимају дијагнозу као тврдњу о чињеницама, него као медицински суд вредности. Лекарска оцена садржана у дијагнози, као и све друге оцене, по својој суштини је неопозива. Нико, наиме, не може бити принуђен да повуче своје слободно формирано и испољено мишљење или да одступи од оцене коју сматра исправном (52). Тражење опозива могло би доћи у обзир само уколико се дијагноза ослања на погрешне контролне налазе, или ако су за њу сазнала и трећа лица па је тако дошло до повреде пацијентовог права личности (53).

V. ДУЖНОСТ ПАЦИЈЕНТА ДА СУДЕЛУЈЕ У ПОСТАВЉАЊУ ДИЈАГНОЗЕ

1. Пацијент који од лекара захтева дијагностификовање своје болести, дужан је учинити све што је са становишта медицине потребно да би омогућио постављање дијагнозе. Он је обавезан да активно сарађује са лекарем, а посебно да га обавести о симптомима своје болести и да се подвргне дијагностичким мерама које лекар одреди. Пацијентова обавеза да суделује у постављању дијагнозе проистиче из његовог уго-

(47) Uhlenbruck, у: *Handbuch des Arztrechts*, стр. 309, маргинални број 10.

(48) *Ibid*, маргинални број 11.

(49) Rieger, *op. cit.*

(50) Giesen, *op. cit.*, стр. 55.

(51) Uhlenbruck, *op. cit.*, стр. 311, маргинални број 16.

(52) Пресуда *Савезног врховног суда* Немачке, од 11.4.1989, *Medizinrecht*, бр. 5/1989, стр. 236-238.

(53) Видети пресуду *Савезног врховног суда* Немачке, од 3.5.1988, *Medizinrecht*, бр. 1/1989, стр. 31-32.

вора са лекарем, односно медицинском установом у којој лекар ради. Међутим, она *нема* карактер правне обавезе и њено испуњење не може се изнудити преко суда. Ради се искључиво о "дужности у властитоме интересу" (54). Кршење те дужности може имати значај кривице оштећеног или условити право лекара да уговор са пацијентом откаже. Уколико пацијент одбије да се подвргне одређеном дијагностичком захвату зато што је он скопчан са знатном опасношћу по његов живот или здравље, не сматра се да је одговоран због немогућности да лекар испуни своју обавезу. Лекар је дужан да респектује пацијентово право самоодређења и границе његове обавезе трпљења, те да му предложи мање опасне дијагностичке мере (55). Пацијент се може сматрати одговорним због неподвргавања одређеној дијагностичкој мери само уколико се са њом сагласио унапред па ту сагласност доцније опозове (56).

2. Посебан значај има обавеза пацијента да пружи лекару податке за *анамнезу*. На основу те обавезе треба да му предочи све чињенице које би могле указати на манифестацију слике болести. Ако ту обавезу прекрши, штета због погрешне дијагнозе уписује се њему у кривицу (57). Ради се о подацима који се тичу идентитета болесника (административни подаци), његовог ранијег здравственог стања, садашњег обољења, подацима о болести у породици (посебно родитеља), и подацима о условима живота и рада (социјално-епидемиолошки подаци) (58). Данас се сматра да је анамнеза најважнији и уједно најтежи део дијагностике. Према неким истраживањима, анамнеза код 70% обољења води сама ка тачној дијагнози (59).

3. О техници прикупљања података за анамнезу не постоје нека нарочита упутства нити прописи које би ваљало обавезно примењивати. Али се зна да је нужен разговор лекара са пацијентом, у коме пацијент, излажући спонтано своје главне тегобе, указује многоструко на врсту обољења. То излагање лекар треба да пажљиво саслуша и прибележи, трудећи се да пацијента што мање прекида властитим питањима која би га могла избацити "из контекста" и навести да прећути неке битне чињенице (60). Но, уколико болесник радије прича о својим животним и породичним тешкоћама него о току своје болести и развоју појединих симптома, лекар мора својим питањима усмераваати његово излагање. Сем тога, ако болесник нерадо или тешко износи податке о себи и својој болести, онда те податке ваља затражити од његових најближих сродника (61).

(54) О томе видети *Deutsch, op. cit.*, стр. 38.

(55) Uhlenbruck, *Die Pflichten des Patienten aus dem Arztvertrag*, у: "Handbuch des Arztrechts", стр. 422, маргинални број 1.

(56) *Ibid.*, стр. 418, маргинални број 8 и 9.

(57) Uhlenbruck, *Deutsche medizinische Wochenschrift*, стр. 406.

(58) Антић, *op. cit.*, стр. 27.

(59) Uhlenbruck, *Die Pflicht zur Anamnese*, у: "Handbuch des Arztrechts", стр. 300, маргинални број 1.

(60) *Ibid.*, стр. 301, маргинални број 7.

(61) Антић, *op. cit.*, стр. 27-28.

VI. ДУЖНОСТ ЛЕКАРА ДА ПАЦИЈЕНТА ОБАВЕСТИ О ДИЈАГНОЗИ И ПРОГНОЗИ

1. Начелно, лекар је дужан да пацијента или његову родбину обавести о резултату дијагностичких настојања. То важи особито у случају кад га пацијент за дијагнозу изричито пита или кад лекар зна да нека лична одлука пацијентова зависи од познавања стања властитог здравља или од прогнозе (на пример: закључење брака, материнство, заснивање или отказивање радног односа и сл.) (62). Поред тога, пацијенту треба саопштити дијегностичке налазе који су му потребни за формирање воље и доношење одлуке о даљем току лечења или који би могли заокружити његову слику о мерама што их ваља предузети или пропустити (на пример, за питање да ли пристаје на операцију коју му лекар предлаже) (63).

2. Међутим, из медицинских и хуманитарних разлога, лекару је изузетно допуштено да у случају најтежих обољења да нетачну или оскудну информацију (тзв. *добронамерна лаж*). Уздржавање је условљено интересом самог пацијента или неког трећег кога безусловно ваља штитити (64). На пример: ако би беспошtedно обавештење о дијагнози могло узроковати опасност од *suicida* (65). И *Кодекс етике здравствених радника Југославије* даје о томе извесне смернице: "Са пуно пажње и обзирности овлашћени здравствени радник треба болесника и његову најближу околину да упозна са стањем здравља оболелог. У случају тешке и неизлечиве болести саопштиће се дијагноза и прогноза са одговарајућим тактом и пажњом породици болесника, а болеснику само у случају преке потребе, водећи при томе рачуна о дејству које такво обавештење може да има на физичко и психичко стање болесника и његове породице".

3. Лекар је дужан да пацијента обавести и о *прогнози*, тј. о процени будућег тока утврђеног обољења. Без тога пацијент не би могао одлучити да ли да пристане на терапију. Прогноза је често алтернативна, тј. представља излагање тока болести за случај да се индиковани медицински захват спроведе и за случај да изостане. Оно што лекар у виду прогнозе каже пацијенту, то често има већи утицај на здравље пацијентово, на трајање живота и смрти него ли остале мере и пропуштања (66). Али су нетачне прогнозе најчешће грешке лекара, јер су особене реакције болесника непредвидљиве.

VII. РЕЛАТИВНОСТ ДИЈАГНОЗЕ

1. И при најбољем познавању чињеница и строго логичких догађања, као и при обилатом коришћењу технике, лекарске дијагнозе су увек *релативне*. Оне свагда садрже извор будућих корекција и узрок погрешака (67). Најважнија релативност тиче се садржине и селектив-

(62) Rieger, *op. cit.*, стр. 129, маргинални број 279.

(63) Giesen, *op. cit.*, стр. 59.

(64) Deutch, *op. cit.*, стр. 58.

(65) Uhlenbruck, *Handbuch des Arzrechts*, стр. 311-312, маргинални број 18.

(66) Uhlenbruck, *Deutsche medizinische Wochenschrift*, стр. 407.

(67) Gross, *Lexikon Medizin Ethik Recht*, стр. 262.

ности: широко исказане дијагнозе већином су тачне, али су за терапију мало употребљиве; уско изречене дијагнозе за избор терапије су корисне, али је код њих опасност од погрешке утолико већа (68). У пракси долази већином до компромиса, који се, од случаја до случаја, морају решавати у светлости терапијских алтернатива (69). Битну улогу играју техничке методе које стоје на располагању и, пре свега, време осматрања. Стога изванредан број лекара мисли да се о "погрешној дијагнози" може делимично говорити само под условом да је пацијент могао бити осматран најмање 72 часа (70).

2. Дијагноза није, дакле, нешто стално и непроменљиво него је временски условљена. Укратко, она је *динамички појам*. Из таквог поимања дијагнозе проистичу и одређене правне последице. Лекар је, наиме, дужан да у оквиру лечења једном постављену дијагнозу осигура, трајно је проверава, и у случају потребе да је коригује, преиначи или допуни. Дужност лекара да пацијенту постави дијагнозу постоји, према томе, за све време док терапија траје (71). Стога се и каже да дијагноза није готово никад коначно завршена (72). Додуше, критичка провера властитих медицинских закључака, уз вођење рачуна о сопственим способностима и могућностима, није у стању да лекара осигура од погрешне дијагнозе, али га може сачувати од приговора да је крив што је дијагнозу поставио погрешно (73). Лекар је особито дужан да врши проверу и исправку привремене (радне) и упутне дијагнозе, јер се у њих најмање може поуздати.

VIII. ДИЈАГНОСТИЧКЕ ГРЕШКЕ

1. Појмови "дијагностичке грешке" и "погрешне дијагнозе" користе се често као синоними. Међутим, треба рећи да се они не морају безусловно поклапати. Тако на пример, може се радити о неправилној употреби одређене техничке справе ради добијања дијагнозе, али то не мора неизоставно имати за последицу погрешну дијагнозу. С друге стране, неправилна употреба справе (на пример, рентгенског апарата) и непрописни дијагностички захвати (на пример, лапароскопија и ендоскопија) могу сами за себе узроковати штету пацијенту (74). Појам "погрешна дијагноза" односи се на чисто интелектуалне промашаје, док појам "дијагностичка грешка" обухвата и неправилности у области дијагностичког испитивања. Утолико се може сматрати да је овај други појам шири, јер се не ограничава једино на резултат него обухвата и грешке на путу ка резултату (75).

2. Грешке које се тичу дијагнозе могу се јавити у три облика: 1) као нетачна или непотпуна дијагноза, 2) као пропуштена дијагноза, и 3) као задоцнела дијагноза. Нетачна лекарска дијагноза означава, тако-

(68) *Ibid.*

(69) *Ibid.*

(70) *Ibid.*

(71) Uhlenbruck, *op. cit.* стр. 406.

(72) Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, стр. 311, маргинални број 16.

(73) Uhlenbruck, *Deutsche medizinische Wochenschrift*, стр. 406.

(74) Ratzel, *op. cit.*, стр. 7.

(75) *Ibid.*

ђе, три различите ствари: погрешно придодавање тачно спознатог симптома болести којој он не припада; непрепознавање неког симптома и тиме условљену немогућност да се он придода правој болести; погрешно тумачење неког симптома као својеврсне слике болести (76).

3. У пракси су дијагностичке грешке честе, и по неким спадају у ред најчешћих лекарских грешака (77). Ево за то неколико типичних примера: тромбоза вена испостави се доцније као карцином панкреаса; главобоље 23-годишње девојке нису биле последица раније прележаног *Commotio-cerebri*, као што је дијагностицирано, него последица тумора мозга; првобитно дијагностификовано крвавање хемороида покаже се накнадно као карцином *Rektuma* (78).

IX. ТИПИЧНИ ИЗВОРИ ДИЈАГНОСТИЧКИХ ГРЕШАКА

1. Као и код неких других занимања, тако су и код медицинске делатности у области дијагностике могући тзв. *општи извори грешака*. Ту би спадали: предубеђење, предрасуда, сујета и таштина, склоност ка претераном песимизму или оптимизму, неспособност за конструктивно размишљање, недостатак маште за диференцијалну дијагностику, настојање да се постави особито интересантна дијагноза, као и неспособност да се уђе у свет пацијентових представа и да се његов начин изражавања преведе у медицинске категорије (79). Не треба занемарити ни проблеме који настају у случају кад између лекара и пацијента постоји јака емотивна веза (на пример, ако се ради о сродницима) (80).

2. Најчешћи извор дијагностичких грешака који је релативно независан од стања медицинске науке, састоји се из недовољне или недостајуће анамнезе. Сем тога, и преузимање туђих дијагноза представља ризик који је својствен подели рада у медицинској служби, особито кад је у питању вишестепено постављање дијагнозе (81). Затим, често долази и до грешака приликом исписивања лабораторијских података од стране немедицинског особља, због недовољности техничких справа или због непрописног руковања њима (82). Погрешна дијагноза може, међутим, бити условљена и недостатком знања у лекара. Стога *Закон о здравственој заштити Србије* (члан 73, ст. 1.) прописује да "здравствени радници и здравствени сарадници имају право и дужност да стално прате развој медицинских и других наука и да се стручно усавршавају". Коначно, временски фактор може знатно утицати на квалитет дијагнозе (83).

(76) *Ibid*, стр. 5.

(77) *Ibid*, стр. 6.

(78) H.P. Missmahl, *Fehldiagnose - Fehlprognose in der inneren Medizin*, "Hippokrates", 1966, стр. 256 (Наведено по Ratzel, *op. cit.*, стр. 8-9).

(79) R. Gross i R. Fischer, *Diagnosen am Beispiel einer medizinischen Klinik*, "Diagnostik", бр. 13/1980, стр. 13, 121 (Наведено према Ratzel, *op. cit.*, стр. 8).

(80) Ratzel, *op. cit.*, стр. 8.

(81) *Ibid*, стр. 13-15.

(82) *Ibid*.

(83) *Ibid*, стр. 16-18.

Х. ОДГОВОРНОСТ ЗБОГ ПОГРЕШНЕ ДИЈАГНОЗЕ

1. Погрешна или непотпуна дијагноза, пропуштање да се дијагноза постави и задоцнела дијагноза управљају се према општим правним правилима која важе за лекарске стручне грешке (84). Међутим, стручна грешка јесте *објективан појам* који не садржи оцену о лекаревој кривици. Из тога проистиче да лекар не одговара за сваку грешку у дијагнози, него само уколико је њу начинио намерно или из непажње (85). Сем тога, ваља истаћи да лекар не може одговарати због погрешне дијагнозе као такве, већ једино уколико је тиме нанео штету пацијенту. До штете долази тако што се на погрешну дијагнозу надовеже погрешна терапија (86). Тада грешка у терапији представља у основи грешку у дијагнози, јер се погрешна терапија ослања на дијагностичку грешку (87). Али је могуће да упркос нетачне дијагнозе лечење буде исправно. Разуме се, то бива ретко па нас та ситуација посебно не занима. С друге стране, ако је дијагноза задоцнила или није уопште постављена, тада последице могу бити исте као и код погрешне дијагнозе, тј. неподесне или задоцнеле мере лечења (88).

Из онога што је речено нужно произлази закључак да одговорност због погрешне лекарске дијагнозе претпоставља извесне допунске услове: кривицу лекара и узрочну везу између погрешне дијагнозе и штете пацијентове. Те услове ваља ближе објаснити.

2. Иако се у теорији прави разлика између стручне лекарске грешке и кривице, у пракси су оне блиске једна другој. Ипак, ваља приметити да грешка у дијагнози не значи без даљег и лекарску стручну грешку. Тако се, на пример, погрешна дијагноза, у ситуацији која представља опасност по живот пацијента и која изискује хитно поступање, вреднује другачије него дијагноза за коју је било на располагању довољно и времена и помоћних средстава (89). То не значи да је у ситуацијама нужде лекару допуштено да буде и непажљив, него да оно што он треба да учини мора бити прилагођено ономе што је могуће (90).

3. Од лекара се не може очекивати да гарантује тачност властите дијагнозе, као што се не може очекивати ни гаранција за успех терапије. Лекар дугује једино савесно и брижљиво поступање у складу са актуелним правилима медицинске струке (*lege artis*). Погрешне дијагнозе нису нипошто увек последица лекаревог поступка због којег се он може укорити и прогласити одговорним. Између грешке у дијагнози и непажње постоји велика разлика. Тачка за коју се одговорност везује није погрешна дијагноза као резултат, него непажљиво поступање лекара које је водило ка томе резултату. Једно је грешка у самоте суду, а друго је немар или неуредност у смислу пропуштања својих дужности ("error

(84) Lilie, *op. cit.*, стр. 28.

(85) Uhlenbruck, *Deutsche medizinische Wochenschrift*, стр. 407.

(86) Robert Schmelcher i Helga Krämer-Günther, *Schadensersatzpflicht des Arztes bei Fehldiagnose*, *Deutsche medizinische Wochenschrift*, 6p. 15/1967, стр. 727.

(87) Uhlenbruck, *op. cit.*

(88) Schmelcher/Günther, *op. cit.*

(89) Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, стр. 307, маргинални број 5; Schmelcher/Günther, *op. cit.*, стр. 729.

(90) Ratzel, *op. cit.*, стр. 58.

of judgement" и "negligence") (91). Професионална одговорност лекара темељи се искључиво на занемаривању важећег медицинског стандарда (92). Лекар може одговорати због погрешне дијагнозе само уколико једнозначну слику болести, услед несмотрености или недовољног искуства, криво појми, ако не прибави елементарне контролне налазе или ако привремену дијагнозу не проверава током даљег лечења или испитивања пацијента (93).

4. Опасности да му се пребаци стручна грешка у дијагнози излаже се, на пример, лекар који приликом превоза пацијента повређеног у саобраћајном удесу не прибави податке о врсти удеса, како би из тога извукао закључак о врсти могућих повреда и о потребној терапији; ко противно основним медицинским знањима пацијенту који има болове у стомаку пропише средство за умирење болова, пре него што је разјаснио њихове узроке; ко сумња на тешку и по живот опасну болест а не предузме даље дијагностичке мере и одговарајуће лечење; ко не изврши хистолошко испитивање на тумор ради осигурања истоврсне сумње настале на основу рентгеноскопије; ко примени дијагностичке методе које научно нису доказане или су још спорне, иако је имао на располагању школске методе које би лако могао применити; ко отпочне са лечењем болесника а да претходно није обавио потребна испитивања која су уобичајена (94).

5. Погрешна дијагноза чини "индикацију" за лекареву кривицу, јер се по нашем праву и уговорна и неуговорна кривица почињоца штете другоме претпостављају (95). Међутим, у парницама против лекара та претпоставка једва да има неку практичну вредност. Јер пацијент треба да докаже објективне услове одговорности лекара због погрешне дијагнозе: да је начињена стручна грешка и да постоји узрочна веза између погрешне дијагнозе и штетног исхода. Само је по себи разумљиво да такав доказ за медицинског лаика представља тешко бреме. Стога су судови Савезне Републике Немачке, из разлога правичности, признали пацијенту извесне олакшице у погледу доказивања услова имовинске одговорности лекара. Уколико се, наиме, утврди да је начињена *груба стручна грешка* и под условом да је пацијент претрпео штету коју је беспрекорно лекарско понашање требало да спречи, лекар мора доказати да се штета не своди на његову грешку него да је исход атипичан (96). Као грубе имају се сматрати оне грешке које се лекару апсолутно не би смеле поткрасти, јер се ради о занемаривању елементарних сазнања и искуства медицине (97).

Управо у области дијагностике грубе стручне грешке лекара долазе често у обзир. Немачки судови су склони да релативно брзо говоре о грубој грешци у случају кад је нетачна дијагноза настала због неприбављеног налаза, неразумљивог увида познатог налаза, или због мањ-

(91) *Ibid.*, стр. 67.

(92) Deutsch, *op. cit.*, стр. 82.

(93) Uhlenbruck, *op. cit.*, стр. 306, маргинални број 3 и стр. 972, маргинални број 2.

(94) Случајеви из праксе немачких судова, наведени код Giesen, *op. cit.*, стр. 57.

(95) Видети члан 154, ст. 1 *Закона о облигационим односима*.

(96) Erwin Deutsch, *Der grobe Begandlungsfehler: Dogmatik und Rechtsfolgen*, "Versicherungsrecht", бр. 1/1988, стр. 1.

(97) Harald Franzki, *Behandlungsfehler*, у: Eser/Lutterotti/Sporken, "Lexikon Medizin Ethik Recht" (Freiburg, 1989), стр. 202.

кавог дијагностичког закључка из постојећег налаза (98). Тако на пример, реч је о грубој грешци у дијагнози кад лекар превиди знаке сепсе па, уместо бактеријске инфекције, сматра да је у питању запаљење зглобова (99). Или, ако лекар гинеколог, на основу жуте боје тек рођеног детета, не закључи да би се могло радити о неподношљивости резус фактора његових родитеља. Због те грешке лекар је тек четвртог дана по рођењу детета извршио замену његове крви, али га није спасао од смрти. Стога је *Савезни врховни суд* сматрао да је у питању груба дијагностичка грешка, због које лекар треба да докаже да ни благовремена замена крви не би спречила дететову смрт (100). Уколико у томе не успе, следује му одговорност за штету узроковану смрћу детета.

XI. ЗАКЉУЧАК

1. Погрешно постављена дијагноза сама за себе није противправан, односно медицински недопустив чин због којег би нужно морала следовати одговорност. Она није чак ни индиција да је лекар поступио противно правилима своје струке. Јер, и највичнијем и најсавеснијем лекару може се догодити да постави погрешну дијагнозу. Лекар је дужан настојати да утврди тачну дијагнозу, али се од њега не може тражити гаранција за успех. Ако дијагнозу промаши, не значи да је самим тим начинио стручну грешку, да се огрешио о правила властите струке и да мора одговарати.

2. Због нетачне дијагнозе лекар треба да одговара само уколико је занемарио важећи медицински стандард, ако је начинио дијагностичку грешку која се могла избећи. Али се такав карактер грешке унапред не претпоставља, него се мора накондано утврдити. Чак и пошто је утврђена медицинска неисправност, одговорност не следи аутоматски него се претпостављају извесни допунски услови. Пацијент наиме, мора доказати да је претрпео штету и да је њу условила погрешна лекарска дијагноза. Будући да је пацијент медицински лаик, његов доказ о узрочној вези између дијагнозе и штете може лако остати неуспешан. Стога би и наши судови, угледајући се на немачке, требало да прихвате правило о релативно претпостављеној узрочности кад су у питању груби дијагностички промашаји.

3. Да ли је лекар приликом постављања дијагнозе поступао *lege artis* и каква је природа његове грешке у дијагнози, о томе се не може судити према неком општем обрасцу, него у зависности од конкретних околности. Међутим, стварна тешкоћа правне оцене постоји у случају кад симптоми и знаци болести дају основа за више различитих дијагноза, од којих се барем две не могу потпуно искључити. Мало је вероватно да би неки лекар, у улози судског вештака, могао бити сигуран да се објективно погрешна дијагноза у таквим ситуацијама може сматрати стручном грешком. Као коректив могло би послужити питање кривике, јер ако лекар који је погрешно успе да докаже своје савесно поступање, његова одговорност не долази у обзир.

(Примљено 13. јуна 1994)

(98) Ratzel, *op. cit.*, стр. 137.

(99) Deutsch, *op. cit.*, стр. 2.

(100) *Ibid*

dr. Jakov Radišić
Professor of the Faculty of Law in Kragujevac

DIAGNOSIS OF A PHYSICIAN AS A LEGAL PROBLEM

Summary

Due to imperfection of medical science and insufficiency of relevant knowledge, but also due to mistakes which may take place on the part of a physician, it is rather frequent that a diagnosis turns out to be erroneous. Should such a diagnosis be followed by a false therapy, the consequences for the life and health of a patient may be serious. In such a situation the question may arise as to whether an erroneous diagnosis, as such, is an unlawful act, incurring liability.

In order to answer such a question, the author analyzes the notion and kinds of physician's diagnosis, his duty to make it, the care necessary in the process, the duty of the patient to cooperate in making a diagnosis, the duty of the physician to inform the patient on the diagnosis and the prognosis, the relativity of diagnosis, mistakes in making a diagnosis and, finally, the liability on the ground of an erroneous diagnosis.

The author concludes that an erroneously made diagnosis, taken as such, is not unlawful, namely, is not a medically impermissible act which would necessarily invoke liability of the physician. His liability in this case should be established only after his neglecting a medical standard recognized generally, then if he has made a diagnostical mistake which could have been avoided. But such a character of the mistake is not something which is supposed in advance, and should be proved by relevant evidence, subsequently. Even in case of finding a medical inappropriateness, there is no immediate liability, since some additional requirements are necessary. The patient is under a duty, namely, to prove the damage inflicted to him (her) which damage should be related to the erroneous diagnosis. Since the patient is layman, his evidence regarding the causal relation between the diagnosis and the damage may be unsuccessful. Therefore, the author considers that, due to the reasons of equity, the courts should accept the rule of a relatively presumed causal connection in case of gross diagnostical mistakes.

Key words: Diagnosis. - Erroneous diagnosis. - Professional mistake. - Liability.

Jakov Radišić
Professeur à la Faculté de Droit de Kragujevac

LE DIAGNOSTIC MÉDICAL EN TANT QUE PROBLÈME JURIQUE

En raison de l'imperfection de la science médicale et de l'insuffisance de ses connaissances, mais aussi en raison des erreurs, qui peuvent échapper aux médecins, les diagnostics s'avèrent souvent erronés. Si un diagnostic erroné est accompagné d'une thérapie erronée, cela peut avoir des répercussions fatales sur la vie ou sur la santé du malade. Si un tel concours de circonstances se produit, la question se pose de savoir si le diagnostic erroné en lui même représente un acte illégal impliquant la responsabilité.

Pour répondre à cette question, l'auteur du présent article se penche tout d'abord sur la notion et les types des diagnostics médicaux, sur le devoir du médecin d'établir le diagnostic, sur l'attention qui est nécessaire lors de l'établissement du diagnostic, sur le devoir du médecin d'informer le malade du diagnostic et du pronostic, sur la pertinence du diagnostic, sur les erreurs dans l'établissement des diagnostics et sur leurs sources et, enfin, sur la responsabilité découlant d'un diagnostic erroné.

Dans sa conclusion, l'auteur souligne qu'un diagnostic erroné n'est pas en lui contraire à la loi, c'est-à-dire qu'il ne représente pas un acte médicalement inadmissible

dont devrait découler nécessairement la responsabilité du médecin. Le médecin doit répondre du diagnostic erroné uniquement s'il a négligé la norme médicale en vigueur, s'il a commis une erreur de diagnostic qui a pu être évitée. Cependant, on ne suppose pas d'emblée un tel caractère d'erreur et il doit être établi ultérieurement. Même après l'établissement du fait qu'il s'agit d'une irrégularité médicale, la responsabilité n'intervient pas tout de suite et elle suppose certaines conditions supplémentaires. Le malade doit, en effet, prouver qu'il a subi un dommage et que ce dernier a été causé par un diagnostic médical erroné. Etant donné que le malade n'est pas un expert en la matière, sa preuve sur le lien causal entre le diagnostic et le dommage peut facilement rester sans effet. C'est pourquoi l'auteur pense que, pour des raisons de justice, les tribunaux devraient adopter la règle sur la causalité supposée lorsqu'il s'agit d'erreurs flagrantes de diagnostic.

Mots clé: - Diagnostic. - Diagnostic erroné. - Erreur de spécialiste. - Responsabilité.

др Бранко Лубарда,
доцент Правног факултета у Београду

ПАРТИЦИПАЦИЈА РАДНИКА У УПРАВЉАЊУ ПРЕДУЗЕЋЕМ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ (1)

У раду се разматрају кључна питања проблематике партиципације радника у управљању предузећем у упоредном праву развијених земаља тржишне привреде. Указује се на богатство значења термина партиципација и његова различита појмовна одређења. Износе се и анализирају ставови и аргументи који оправдавају увођење партиципације, али и аргументи који оспоравају легитимитет партиципације. Разматрају се и различити правни режими партиципације у упоредном праву - хетерономни (законски), с једне, и аутономни (успостављен пре свега колективним уговорима о раду) правни режим, с друге стране. Нарочито се посвећује пажња облицима партиципације - институционалним и неинституционалним.

Кључне речи: Партиципација. - Радници. - Управљање. - Предузеће.

I. ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ ПАРТИЦИПАЦИЈЕ

Термин партиципације јесте један од најчешће коришћених термина у последњих двадесетак година овог века, термин који се појављује у мноштву значења, облика и у различитим контекстима (не само у контексту индустријских односа) (2), што је утицало да аутори студија о развоју индустријских односа указују на честу појаву злоупотребе термина партиципација (3). Указујемо на богатство значења у којима се може користити овај термин.

Најпре, партиципација радника (employee participation) се користи у три основна значења: а) партиципација радника у управљању (одлучивању - decision-making); б) партиципација радника у расподели доби-

(1) Приступно предавање одржано 11. марта 1993. године на Правном факултету у Београду.

(2) Концепт индустријских односа обухвата формалне и неформалне односе између: а) радника и синдиката; б) менаџмента, послодаваца и њихових удружења; в) државе (укључујући владу, владине агенције, радне судове); В. Keller, *The role of the State as corporate actor in industrial relations systems*, у "Comparative industrial relations", London, 1991, стр. 76-94.

(3) R. L. Hogler, G. J. Grenier, *Employee Participation and Labor Law in the America Workplace*, New York, 1992, стр. 99-102.

ти (profit sharing) и ц) партиципација радника у својини (stock ownership) (4).

Термин партиципација у управљању може да се користи, опет, у више значења. Тако, разликује се "псеудо партиципација", када мениџмент користи партиципацију као начин убеђивања радника да прихвате већ (раније) донете одлуке мениџмента; "делимична партиципација", када су две или више страна у могућности да утичу на доношење одлука, при чему коначна одлука остаје у рукама само једне стране (мениџмента) и "пуна партиципација", када сваки појединачни члан управног органа (па и представник радника) има иста права у процесу доношења одлука (5).

Дистинкција се прави и између "нижег" нивоа партиципације - на нивоу организационих јединица (погона - shop floor) предузећа и "вишег" нивоа партиципације, који се односи на управљање целим предузећем. При том, истиче се да индустријска демократија подразумева систем који допушта (и) виши ниво партиципације радника у управљању предузећем (6). Штавише, термин индустријска демократија (чији саставни елемент представља партиципација радника) не подразумева само укључивање (involvement) радника (обично посредством њихових синдиката) у управљање предузећем (у питањима која се тичу њиховог радног живота), већ и у управљању економијом земље (7). Индустријска демократија данас значи заједничко одлучивање (joint decision making) мениџмента и радника у оквиру капиталистичког система (8).

Уже схваћена партиципација у управљању увек постоји када на врху хијерархије предузећа раднички представници учествују у вршењу управљачких функција предузећа (9), док шире схваћена партиципација укључује све социјалне и/или институционалне облике преко којих подређени радници, било индивидуално било колективно, бивају укључени у један или више аспеката одлучивања (10).

Поред одређивања појма партиципације у контексту индустријских односа и индустријске демократије, појам партиципације се одређује и у односу према колективном преговарању. Тако, партиципација радника се дефинише као филозофија или стил организацијског управљања, која признаје и потребу и право радницима, индивидуално или колективно, да буду укључени са мениџментом у областима организацијског управљања, који су изнад оног што обично покрива колективно преговарање (11). А, с друге стране, планови партиципације, иницирани од мениџмента, могу се јавити и као алтернатива колективном

(4) У овом раду се пажња посвећује само партиципацији радника у управљању. О партиципацији у расподели добити и својини, ближе у монографији: B. W. Lee, *Productivity and Employee Ownership, The Case of Sweden*, Stockholm, 1989.

(5) M. Jackson, *An Introduction to industrial relations*, London, 1991, стр. 195.

(6) *Ibidem*, стр. 196-197.

(7) *Ibid.*, стр. 197-198.

(8) Ch. A. Nwagwu, *Understanding Industrial Relations*, London, 1991, стр. 256.

(9) M. Salamon, *Industrial Relations, Theory and Practice*, London, 1987, стр. 295.

(10) *Ibidem*, стр. 295-296.

(11) *Ibid.*, стр. 296.

преговарању у предузећима у којима није дошло до организовања синдиката (амерички модел) (12).

Партиципација запослених може бити уведена на различитим нивоима организације (предузећа), али то може бити и директна партиципација, када укључује појединце у вези са њиховим сопственим пословима (радним местима) и непосредном радном средином. Ова директна партиципација даје радницима веће лично задовољство на њиховим радним местима, што није случај са партиципацијом на вишим нивоима) (13).

Од партиципације запослених треба разликовати појам заједничког консултовања (*joint consultation*). Заједничко консултовање је облик укључивања запослених у процес одлучивања на тај начин што менаџери разматрају одређена питања са радничким представницима, тј. од њих добијају мишљења о листи проблема и предлога, али коначна одлука и одговорност остаје у рукама мениџмента (14). Очигледно, заједничко консултовање је нижи степен укључивања радника у процес одлучивања од партиципације, јер ова (схваћена у класичном смислу) подразумева увођење радничких представника у одлучивање преко одређених институционалних облика, као што су радни савети, надзорни одбори и сл. (15).

У литератури се прави и појмовна (терминолошка) разлика између термина "представљање" (*representation*) и термина "партиципација", јер се овај последњи задржава само за учешће радника, тј. њихових представника у управном (надзорном) одбору (16). А за институционални систем представљања радника преко радних савета (савета запослених - *Works councils*) у приватном сектору и представљања особља (*Staff representation*) у јавном сектору, користи се у упоредном радном праву и термин "конституисање рада" (*Works constitution*) (17).

Из прегледа мноштва значења у којима се употребљава термин партиципација у упоредном (радном) праву, може се уочити да се овај термин користи у ширем и ужем значењу. У ширем значењу овај термин би обухватао све облике укључивања радника у управљању - и институционализоване (радни савет; надзорни одбор и сл.) и неинституционализоване (заједничко консултовање; облици псеудопартиципације; кружоци за квалитет итд). Другим речима, појам партиципације у ширем смислу би обухватао сваки облик институционалног или неформалног учешћа радника и/ли њихових представника у процесу одлучивања унутар предузећа, без обзира да ли се ради о одлучивању на нижем или вишем организационом нивоу предузећа, и без обзира да ли се ово учешће у процесу одлучивања изражава кроз информисања, консултовање или саодлучивање. У ужем значењу, термин партиципација радника у управљању односио би се само на институционалне облике учешћа радника, односно њихових представника у процесу уп-

(12) M. Thompson, *Union-management relations; recent research and theory*, "Comparative industrial relations, London, 1991, стр. 103.

(13) Ch. A. Nwagwu, *op. cit.*, стр. 260.

(14) *Ibidem*.

(15) M. Jackson, *op. cit.*, стр. 200-201.

(16) F. Morgenstern, *International Conflicts of Labour Law*, Geneva, 1984, стр. 106.

(17) Ближе: M. Weiss, *Labour Law and Industrial Relations in the Federal Republic of Germany*, Kluwer, 1987, стр. 149-169.

рављања (одлучивања) предузећем. (У овом раду термин партиципација се користи у ширем значењу).

II. ЛЕГИТИМНОСТ ПАРТИЦИПАЦИЈЕ

Филозофија (идеја) партиципације има своје присталице и противнике. У прилог оправдања партиципације износе се бројни аргументи, али и опоненти партиципације износе своје аргументе.

1. Оправдавање партиципације

У циљу оправдавања (леgitимности) партиципације износе се аргументи економске, (радно-)социјалне и психолошке природе.

а) Економска аргументација. Партиципација има своје економско оправдање јер (по правилу) води расту продуктивности (18), већој ефикасности и организационој хармоничности (19). Партиципација, наиме, побољшава радни морал и мотивисаност радника (20). Емпиријска истраживања показују да партиципација обично води малом, краткотрајном побољшању (пословних) резултата, а понекад значајнијем и дуготрајнијем побољшању резултата. Другим речима, партиципација редовно има (мали) позитивни ефекат на продуктивност и готово никада негативни ефекат (21). Уосталом, укључивање радника у одлучивање није никада штетило предузећу, док је неукључивање радника водило неспоразумима и сукобима због недостатка сарадње (22). На крају, и сами послодавци признају да је заједница интереса између послодавца и радника у дугорочном интересу развоја предузећа (23). Не само да партиципација редовно доприноси побољшању продуктивности, ефикасности и профитабилности предузећа, већ смањује и апсентизам (24).

Поред економске аргументације у корист партиципације на нивоу предузећа, истичу се и предности партиципације на вишим нивоима одлучивања - на нивоу гране и економије у целини (25).

б) Социјално-радна аргументација. Партиципација се јавља и као својеврсна компензација за инкорпорираност радника у предузећу и (општу) социјалну интеграцију радника у (постојећи) систем, што је у тесној вези са филозофијом државе (друштва-)благостања (и њеном експанзијом у низу земаља у деценијама после II светског рата) (26). Интегрисаност радника кроз партиципацију смањује (број) индустри-

(18) M. Salamon, *op. cit.*, стр. 298. Овај аутор, међутим, указује да се партиципација не може посматрати изоловано од других чинилаца који утичу на економски просперитет; M. Thompson, *op. cit.*, стр. 103.

(19) M. Salamon, *op. cit.*, стр. 304.

(20) R. L. Hogler, G. J. Grenier, *op. cit.*, стр. 99; Ch. A. Nwagwu, *op. cit.*, стр. 275.

(21) R. L. Hogler, G. J. Grenier, *op. cit.*, стр. 103. У САД се показало да, када је радничко акционарство комбиновано са праксом партиципативног мениџмента, то даје значајно побољшање пословања предузећа. Ближе: C. Rosen, *Employee Ownership*, New York, 1991, стр. 3. и след.

(22) Ch. A. Nwagwu, *op. cit.*, стр. 264.

(23) M. Salamon, *op. cit.*, стр. 303.

(24) *Ibidem*, стр. 304; Ch. A. Nwagwu, *op. cit.*, стр. 264.

(25) M. Thompson, *op. cit.*, стр. 104; Ch. A. Nwagwu, *op. cit.*, стр. 275.

(26) B. T. Keller, *op. cit.*, стр. 82.

јске конфликте, односно, наместо штрајка прибегава се радије мирном (споразумном) решавању колективних радних спорова. Тиме се повећава степен узајамне сарадње између мениџмента и радника (синдиката) (27), односно доприноси развоју (и индустријске) демократије. Партиципација је допринела да се развије демократизација у индустријским односима, и то не само на нивоу предузећа већ на нивоу целе економије (28).

Партиципација радника у процесима социоекономског одлучивања водила је институционализацији трипартизма (влада - послодавачка удружења - синдикати), као вишој форми управљања у индустријским односима (29).

Послодавци (њихова удружења), суочени са релативно slabим синдикатима, могу кроз партиципацију лакше умањити њихов отпор, или чак задобити подршку синдиката у имплементацији њихове политике, него кроз једнострано управљање (ауторитативни мениџмент) (30). Отуда у неким земљама послодавци често уводе програме партиципације да би ослабили синдикат (31).

ц) Психолошка аргументација. Партиципација смањује осећај отуђености радника, тј. осећање инволвираности радника се повољно одражава на њихов радни морал, мотивисаност и задовољство на раду (32). На тај начин се кроз партиципацију стварају хуманији услови рада и радног окружења. Партиципација, надаље, представља значајно средство за подстицање лојалности (верности) радника предузећу (33). Код радника партиципација развија осећај заједничког циља (са послодавцем), мотивишући тако раднике да увећају свој допринос успеху предузећа (34). И сами послодавци (њихова удружења) изражавају веровање да је срећан радник и стварно инволвиран радник, заиста и продуктиван радник (35). Партиципација води вишем квалитету радног живота, самопоптрђивања (амбиција) и осмишљености рада (36).

2. Оспоравање партиципације

Оспоравање легитимности партиципације долази пре свега од послодавачке стране, али и (неки) синдикати истичу своје резерве према партиципацији. Што се тиче државе, владе низа развијених тржишних земаља су и саме подстицале ширење партиципације (нпр. Шведска и СР Немачка) (37), али има и обрнутих примера (нпр. САД, Велика Британија, Италија) (38), где су владе деловале у правцу слабљења снаге синдиката и значаја партиципације (39).

(27) R. L. Hogler, G. J. Grenier, *op. cit.*, стр. 103.

(28) M. Weiss, *op. cit.*, стр. 173.

(29) B. T. Keller, *op. cit.*, стр. 84-85 (нпр. у Шведској и Аустрији).

(30) M. Thompson, *op. cit.*, стр. 100.

(31) *Ibidem*, стр. 102.

(32) R. L. Hogler, G. J. Grenier, *op. cit.*, стр. 99.

(33) M. Thompson, *op. cit.*, стр. 103. (Аргументат који истичу послодавци).

(34) M. Salamon, *op. cit.*, стр. 304.

(35) Ch. A. Nwegwu, *op. cit.*, стр. 258. (према Британском Институту за мениџмент).

(36) *Ibid.*, стр. 260.

(37) L. Turner, *Democracy at Work*, Cornell University Press, 1991, стр. 222.

(38) *Ibidem*, стр. 225-226.

(39) *Ibid.*, стр. 226-227.

Оспоравање легитимности партиципације се најпре заснива на економској аргументацији, тј. тврди се да је ауторитарна несиндикална стратегија (ауторитарни мениџмент) оправданија од демократске партиципације (кооперативни мениџмент), јер је економски ефикаснија (40). За ову тезу (аргумент) има мало објективних доказа (41). С тим у вези је и аргумент да представници радника (у институционалним облицима партиципације - нпр. надзорном одбору предузећа) нису довољно компетентни за управљање (одлучивање), а да су њима насупрот представници послодавачке стране висококвалификовани експерти у економским и финансијским питањима (42). Овај аргумент не стоји (сасвим), јер могу бити предвиђени и тзв. спољни представници радника из круга експерата ван предузећа, који су дорасли сложеним питањима управљања (одлучивања) у предузећу. Успешно функционисање надзорног одбора у предузећима у којима се примењује модел саодлучивања демантује овај аргумент против партиципације (43).

Оспоравање партиципације је могуће и са становишта организације рада (управљања) у предузећу. У циљу изналажења успешне организације рада у модерном времену, пред послодавцима се могу наћи две опције: а) да се управља предузећем без увођења партиципације, тј. настојањем послодаваца да слабе, маргинализују, избегавају или искључе утицај синдиката и/ли б) да помоћу партиципације укључе (раднике) синдикате у процес управљања. (Долуше, могуће је применити обе опције, али у различитим привредним гранама, тј. различитим предузећима). Мениџмент (послодавци) у земљама у којима су законским путем предвиђене одређене форме партиципације (кодетерминације, саодлучивања), и у којима је јак синдикални покрет (нпр. ДГБ у Немачкој и ЛО у Шведској), разуме се, прихватају другу опцију. На другој страни, у земљама у којима не постоје оваква (законом прописана) ограничења (и тако јак синдикални покрет) слободи послодаваца у избору организације рада и начина управљања предузећем, радије се бира прва опција (нпр. у САД, Италији, а делом и В. Британији). Нарочито у САД, менаџери нерадо одустају од свог права да одлуке доносе једнострано (44). Упоредна анализа је показала и то да је пракса индустријских односа била релативно стабилна у 80-им годинама у оним земљама у којима су синдикати били укључени (партиципација) у процес управљања предузећем (нпр. у СР Немачкој и Јапану) (45).

Послодавци су, у одговору на растућу моћ и утицај радничког покрета, знали да и сами иницирају одређене (макар рудиментиране) облике партиципације радника (и зарад сопствених интереса), било да би маргинализовали синдикат (или га држали ван предузећа), било да би задобили већу легитимност за своју пословну политику (46). На тај

(40) B. T. Keller, *op. cit.*, стр. 84.

(41) *Ibidem*.

(42) M. Weiss, *op. cit.*, стр. 181.

(43) *Ibid.*, стр. 182.

(44) L. Turner, *op. cit.*, стр. 235.

(45) *Ibid.*, стр. 223. Овде треба уочити да су синдикати у СР Немачкој задржали своју независност и снагу у односу на послодавце (мениџмент), док је укључивање синдиката у процесе управљања у Јапану праћено фрагментарношћу (унутрашњом поделом) синдикалног покрета, односно релативном слабошћу снаге синдиката у предузећу.

(46) M. Weiss, *op. cit.*, стр. 149.

начин, иако можда интимно против партиципације, послодавци су у овим случајевима тежили да извуку што више користи за себе (помоћу партиципације).

Резерве према партиципацији долазе и од стране синдиката радника. Тако, одређене схеме партиципације могу имати за последицу слабљење репрезентативности и фрагментарност солидарности радника (47). Другим речима, мениџмент може користити неке планове партиципације као средство контроле рада (радника), што спада у ред најефикаснијих анти-синдикалних стратегија које се користе у предузећима (48). Ови, од стране мениџмента иницирани, програми инволвирања радника су крајње ефикасан и сложен организациони метод контролисања (каналисања), а некад и преображаја воље радника. Послодавци тако стварају више илузију партиципације радника у управљању, док у стварности циљеви програма инволвирања јесу - контрола и манипулисање радницима (49). А, уз то, програми укључивања радника иницирани од стране мениџмента стварају и утисак да демократизација рада може постојати и без синдикалног организовања радника (50).

Партиципација може да води губљењу аутономије синдиката у односу на послодавца, односно способност да заштити интересе свог чланства, као и преузимању (синдикалне) одговорности за пословне резултате предузећа. Партиципација одузима синдикату неопходну критичку дистанцу у односу на мениџмент (послодавце). Ипак, током 70-их година британски ТУЦ мења свој став и критички однос према партиципацији, и признаје да независност синдиката не би требало да буде умањена због укључивања представника радника у надзорни одбор предузећа (компанија) (51), нарочито ако се избор радничких представника у надзорни одбор врши посредством синдиката.

У теорији индустријских односа постоји гледиште да је слободни, независни синдикални покрет најбоља гаранција индустријске демократије и да је вероватније да ће радници више изгубити него добити (у контроли радне ситуације) ако буду укључени у процес управљања, који води губљењу независности синдиката (52). Али, овај ризик од губљења независности синдиката се умногоме смањује када се партиципација радника у управљању одвија под контролом синдиката, тј. уколико се избори за представнике радника у институционалним облицима партиципације у предузећу одвијају под контролом синдиката (на један или други начин - кандидовање и сл.) (53).

III. ПРАВНИ РЕЖИМ ПАРТИЦИПАЦИЈЕ

Правни режим партиципације може бити уређен пре свега хетерономним прописима државе - законским путем, ређе подзаконским

(47) R. L. Hogler, G. J. Grenier, *op. cit.*, стр. 110.

(48) *Ibidem.*, стр. 116.

(49) *Ibid.*, стр. 117.

(50) *Ibid.*, стр. 105. (Аргумент у прилог партиципацији који истичу послодавци).

(51) M. Jackson, *op. cit.*, стр. 200-211.

(52) *Ibid.*, стр. 211. (Овај аргумент нарочито заступа истакнути британски теоретичар H. Clegg).

(53) M. Weiss, *op. cit.*, стр. 149.

општим актима - уредбама и/ли актима аутономног права - првенствено колективним уговорима о раду, статутима, плановима и програмима партиципације у предузећу.

1. Законско уређење партиципације

Законско уређење партиципације, тј. законско признавање права на партиципацију има своје значајне предности (за раднике) у односу на друге облике (методе) уређивања партиципације. Најпре, законским уређивањем партиципација постаје интегрални део система индустријских односа једне земље, а остваривање права на партиципацију радника не зависи од снаге синдиката и "ћуди" тржишта радне снаге. Послодавци не могу избећи обавезе укључивања запослених, тј. њихових представника у (законом) предвиђене облике (институционализоване) партиципације. Пошто имају право на партиципацију, синдикати задржавају свој утицај и када се смањује њихово чланство, тј. када слаби њихова реална моћ која произилази и из бројности чланства. Ни повећање незапослености не угрожава остваривање права на партиципацију. Другим речима, партиципација радника (синдиката) у одлучивању, предвиђена законским путем, представља битан основ стабилности индустријских односа и очувања утицаја синдиката (54). Ове чињенице су били свесни и синдикати, па је отуда и разумљиво њихово залагање и вршење притиска на владу (државу) да се питање партиципације уреди законским путем, чиме се, поред осталог, смањују шансе послодавца да ослабе синдикални покрет стратегијама које би водиле фрагментаризацији синдикалног покрета и нарушавању његове солидарности. У том погледу нарочити успех су постигли немачки синдикати - ДГБ, као и шведски синдикати - ЛО (55). Наиме, законске одредбе о партиципацији (саодлучивању) у овим земљама напосто онемогућавају послодавце (мениџмент) да нападну, односно угрозе утицај синдиката, док у земљама у којима нема развијеног законодавства о партиципацији, послодавци имају такве могућности (56). И док се партиципација радника (у управљању) може јавити и независно од (без) било какве законске подршке, индустријска демократија се редовно подстиче (концепцијски и институционално) законским путем (57).

Законско уређивање партиципације може бити изражено кроз радно законодавство или, једним делом, трговинским законима. Тако, према Закону о раду (запошљавању - *Employement Act*) из 1982. године и Закону о предузећима (*Companies Act*) из 1985. у В. Британији, тражи се да у предузећима која запошљавају више од 250 радника буде укључено у Извештају о пословању шта је мениџмент учинио да се постигну споразуми који радницима омогућују информисање и консултовање о питањима која се односе на њихове интересе (58). Иако се овим законским актима уведе извесни облици партиципације (информисање и

(54) L. Turner, *op. cit.*, стр. 225-226; 232.

(55) *Ibid.*, стр. 225, 227, 230.

(56) *Ibid.*

(57) M. Thompson, *op. cit.*, стр. 103.

(58) Ch. A. Nwagwu, *op. cit.*, стр. 259; M. Jackson, *op. cit.*, стр. 204.

заједничко консултовање), изостаје законска обавеза, односно право радника да буду представљени у управном одбору предузећа (59).

У Данској, Закон о предузећима из 1973. године предвиђа да у предузећима одређене величине, у управном одбору морају бити заступљени и представници запослених (60).

У СР Немачкој постоји више (радно)законских режима партиципације, тј. саодлучивања, у зависности од величине предузећа (броја запослених радника) и индустријске гране (61). Тако, разликују се законски облици саодлучивања у предузећима у области рударства, производње гвожђа и челика - Закон о саодлучивању из 1951, са каснијим изменама Закона; у великим јавним предузећима - Закон о саодлучивању из 1976; у области трговине и осталом делу индустрије - Закон о конституисању рада из 1972; у јавним службама - Закон о представљању особља из 1955; у мањим предузећима, где је предвиђена трећинска заступљеност - Закон о конституисању рада; док у врло малим фирмама, са мање од пет сталних радника, нема закона о саодлучивању (62).

У Ирској, сходно Закону о радничкој партиципацији (у државним предузећима) из 1977, који се примењује само на седам државних предузећа, предвиђа се заступљеност радничких представника у управном одбору предузећа (63).

У Шведској је Законом о представљању запослених у (управном) одбору акционарских компанија и кооперативних друштава из 1976. дато право запосленима да изаберу своје представнике у управном одбору предузећа (мањинска заступљеност), као вишем облику партиципације, чиме је допуњен законски режим партиципације (само информативног и консултативног карактера) уведен Законом о заједничком регулисању радног живота из 1972. године (64).

И на (регионалном) међународном плану, у оквиру ЕЕЗ-а (данас ЕУ-а), Упутством о хармонизацији трговинског права (1972), тражи се од свих предузећа, која запошљавају више од 1000 радника, да успоставе партиципацију запослених. Форма партиципације може бити изражена кроз: раднике директоре; заступљеност у надзорном одбору; Савет запослених или другим системима партиципације успостављеним колективним уговорима о раду (65).

2. Уређивање партиципације (колективним уговорима о раду и другим) актима аутономног права

У низу земаља партиципација се уводи и развија кроз закључивање колективних уговора о раду у одсуству (директног) законског уређивања партиципације. У том погледу успех су најпре постигли јаки синдикати, приморавајући послодавачку страну на уступке. Тако, прави продор у правцу индустријске демократизације и увођења облика пар-

(59) Ch. A. Nwegwu, *op. cit.*, стр. 268.

(60) *Ibidem*, стр. 270.

(61) *Ibidem*, стр. 274-275.

(62) *Ibid.*, стр. 272.

(63) *Ibid.*, стр. 283-284.

(64) F. Schmidt, *Law and Industrial Relations in Sweden*, Stockholm, 1977, стр. 85.

(65) M. Salamon, *op. cit.*, стр. 299.

тиципације извршен је у Шведској 1946. године када је закључен Колективни уговор о саветима запослених. Овај уговор су закључили ЛО (Шведска конфедерација синдиката - плавих крагни) и САФ (Шведска конфедерација послодавачких удружења), да би овај Уговор био допуњен 1966. Савети запослених су добили овлашћења у погледу информисања и консултовања, при чему управљачка овлашћења послодавца (мениџмента) нису била битно ограничена (66). А потом, сходно Закону о представљању радника у управном одбору предузећа (1977), вођени су преговори ЛО-а и САФ-а о закључењу процесног колективног уговора о синдикалном представљању у управном одбору (67).

Убрзо после завршетка II светског рата и дански синдикати су 1947. закључили са послодавачком страном Колективни споразум о успостављању заједничких комитета у предузећима која запошљавају више од 50 радника. Од 1974, односно 1980. године, предвиђа се и избор два представника, односно једне трећине представника радника у управни одбор предузећа (са ограниченом одговорношћу) (68).

У САД и Канади, где филозофија партиципације у управљању није нарочито заживела, ипак има примера предвиђања одређених облика партиципације, на основу планова партиципације. Ови планови партиципације су некада били иницирани од стране мениџмента као својеврсни вид замене (сурогата) за колективно преговарање у предузећу (без синдиката), а садржали су пре свега одредбе о заједничком консултовању (69). У америчкој индустрији доминантан организациони модел партиципације јесу (ипак) Кружоци квалитета (Quality circle), који се све више јављају током 70-их година, после њиховог успеха у јапанској индустрији (70). У Јапану, наиме, одређени облици партиципације - заједничко консултовање, кружоци квалитета, програми побољшања квалитета радног живота и др., развијају се у одсуству законског уређивања ових питања (71). Заједничко консултовање, као облик партиципације, уведено је у Јапану колективним уговорима о раду између послодавца и синдиката у предузећу. Крајем 70-их чак око 75 процената колективних уговора на нивоу предузећа садржи одредбе о заједничком консултовању. Иако се и преговарање и консултовање води од стране истог синдиката, могуће је да различити синдикални представници (делегати) воде преговоре, односно учествују у консултацијама. При том, разлика између преговарања и консултовања у јапанским индустријским односима није одсечно повучена, премда се узима да се код преговарања ради о уређивању услова рада, а да консултовање има за предмет питање управљачких (менаџерских) прерогатива (затварање одређених погона предузећа; промене у производњи; пословање и сл.) (72). За разлику од Јапана, у САД се заједничко консултовање предвиђа само у око 35 процената већих колективних уговора (нпр. у погледу одлучивања мениџмента о евентуалном премештању

(66) F. Schmidt, *op. cit.*, стр. 79.

(67) *Ibid.*, стр. 93-99.

(68) Ch. A. Nwegwu, *op. cit.*, стр. 282.

(69) *Ibid.*, стр. 283, 286.

(70) R. L. Hogler, G. J. Grenier, *op. cit.*, стр. 101.

(71) M. Thompson, *op. cit.*, стр. 103-104.

(72) T. A. Hanami, *Labour Law and Industrial Relations in Japan*, Kluwer, 1985, стр. 121-122.

погона предузећа, постоји обавеза мениџмента да се претходно, тј. пре доношења одлуке, консултује синдикат предузећа) (73).

И у В. Британији, нарочито у 80-им годинама, расте значај партиципације, пре свега у форми консултовања (74). Кружоци квалитета су као облик партиципације подржани од многих британских фирми (нпр. British Telecom; Jaguar), а дошло је до развоја и једног специфичног облика партиципације - Састанци тимова (Team briefings), чији је циљ одржавање комуникације са радном снагом кроз информисање радника о политици предузећа и њеној последици за радна места радника (75). У погледу (виших облика) партиципације радника у управљању кроз учешће радничких представника у управном одбору предузећа, у В. Британији се сматра да то представљање треба да иде само посредством синдиката (а не непосредно избором од запослених) (76). И да се представљање радника у управном одбору и колективно преговарање у пракси не би сукобљавали и доводили до конфузије, оба процеса треба да буду чврсто везана за једну карику - (посредовање) синдикат(а) (77).

Слично В. Британији, и у Аустралији, партиципација се јавља (и) на нивоу предузећа и/ли гране, при чему у доношењу планова о партиципацији важну улогу (могу да) имају и арбитражни трибунали. Арбитражни трибунали имају централну улогу у аустралијском систему индустријских односа (78).

Но кад је реч о односу колективног преговарања и партиципације (у америчкој пракси), има примера да су и сами послодавци прибегавали доношењу планова о представљању запослених у форми радних савета, како би их радници прихватили као алтернативу за синдикат. Овај облик партиципације усмерен је против (самосталних) синдиката у предузећима, а ради успостављања својеврсних "компанијских синдиката" ("жути" синдикати), под контролом послодавца (79).

И у праву СР Немачке, ма колико да је законским путем уређено питање партиципације (саодлучивања), и где је развијен систем институционалне партиципације, може ипак доћи до сукоба између колективног уговора о раду и (надлежности) савета запослених. Сходно Закону о конституисању рада, саодлучивање је искључено једино када је колективни уговор тако детаљан да не оставља ни мало простора за алтернативне одредбе. Уколико, међутим, колективни уговор оставља слободан простор за алтернативне одлуке од стране мениџмента, право

(73) A. L. Goldman, *Labor Law and Industrial Relations in the United States of America*, Kluwer, 1984, стр. 261.

(74) M. Thompson, *op. cit.*, стр. 104.

(75) M. Jackson, *op. cit.*, стр. 205.

(76) *Ibidem*, стр. 214.

(77) *Ibid.*

(78) M. Thompson, *op. cit.*, стр. 104-105.

(79) M. Jackson, *op. cit.*, стр. 214. Више од једне трећине већих колективних уговора о раду у САД у 1981. години је предвиђао обавезу послодавца да претходно обавести синдикат и омогући му консултовање пре него што донесе одлуке о релокацији погона предузећа. Осим тога, колективним уговорима су (некад) успостављани заједнички синдикално-менаџерски комитети у циљу давања препорука за побољшање заштите и сигурности на раду, спровођења периодичних инспекција у погонима предузећа и сл; Ближе: A. L. Goldman, *op. cit.*, стр. 261-263.

на саодлучивање савета запослених мора бити поштовано (80). На тај начин, у одсуству уређивања одређених питања колективним уговорима, а да се не би ширила (једнострана) управљачка овлашћења мениџмента, предвиђена је супсидијарна примена законских одредби о праву на саодлучивање савета запослених.

У оквиру ЕЗ-а, односно ЕУ-а, сходно Директиви о хармонизацији трговинског права, уколико се алтернативни систем партиципације успоставља колективним преговарањем, он треба да буде еквивалентан у ефекту постојању институције радничких директора, тј. треба да омогући информисање и консултовање у главним одлукама (о затварању, трансферу или ширењу организационих активности) (81).

3. Законско и/ли регулисање колективним уговорима (и другим актима аутономног права) питања партиципације

Упоредна анализа правног режима партиципације радника у управљању предузећем показује предности законског уређивања ове материје, што не искључује (сасвим) потребу да се остави одређена слобода (домен) аутономном регулисању партиципације путем колективних уговора о раду и/ли другим актима аутономног права. Законски утврђена права радника на партиципацију и/ли саодлучивање (као нпр. у праву СР Немачке или Аустрије, потом и Шведске), када је праћено постојањем јаких и/ли централизованих синдикалних конфедерација (ЛО; ОЕГБ), омогућава да се партиципација снажно учврсти, институционализује и у пракси потврди.

Насупрот томе, у одсуству законски (институционално) успостављених облика партиципације, колективно преговарање може довести до увођења одређених облика партиципације у појединим предузећима или у појединим гранама, што ипак претпоставља постојање довољно јаких синдиката, који ће натерати послодавца (вршењем притиска у складу са принципима допуштеног синдикалног деловања) да предвиди одређене облике партиципације (барем у форми информисања и/ли консултовања). Но, уколико нема довољно моћних и независних синдиката, партиципација се теже може увести, а ако се и уводи, то се неретко чини на иницијативу послодаваца одређеним плановима (програмима) радничког укључивања, који некад могу да имају за циљ и супституисање колективних уговора о раду, тј. отежавање формирања синдиката у предузећу (позната пракса у САД) или барем слабење моћи синдиката (пракса из В. Британије) (82).

III. ОБЛИЦИ ПАРТИЦИПАЦИЈЕ РАДНИКА У УПРАВЉАЊУ ПРЕДУЗЕЋЕМ

Постоје бројни, разноврсни облици партиципације радника у управљању. Они се могу сврстати у две основне класификације: прву, поделу на директне и индиректне облике партиципације, и другу, поделу на институционалне и неинституционалне облике партици-

(80) M. Weiss, *op. cit.*, стр. 169-170.

(81) M. Salamon, *op. cit.*, стр. 299.

(82) B.K. Keller, *op. cit.*, стр. 86.

пације. Директни облици партиципације састоје се у непосредном укључивању радника у процес одлучивања - нпр. редовни састанци радних група или консултативни састанци између радника и њихових надзорника, или учешће у креирању нових споразума о партиципативном раду, при чему нагласак јесте на појединачном раднику (или радној групи) и његовој непосредној радној ситуацији. Овде се ради о тзв. силазној партиципацији, јер се одлучивање преноси са мениџмента на ниже, тј. на саме раднике, али само у погледу ограниченог круга питања у вези са радом радника - нпр. методи рада; расподела радних задатака; одржавање квалитета производње итд. На тај начин се радник директно мотивише да боље ради, идентификује са циљевима предузећа (док главне одлуке остају у рукама мениџмента) (83).

Индиректни (посредни) облици партиципације састоје се у укључивању радника у процесе управљања, преко својих репрезентативних радничких представника, у савете запослених (комитете предузећа), у надзорне и/ли управне одборе, кроз постављање радника директора или преко колективних репрезентата интереса радника - синдиката (у процесу колективног преговарања). Овде се ради о својеврсној "узлазној партиципацији" радника у управљању, јер се ради о партиципацији радника у управљању на вишим нивоима одлучивања у предузећу (84).

У овом раду се ближе разматрају институционални и неинституционални облици партиципације, јер се у њима (уосталом) садрже и облици директне и индиректне партиципације. Под институционалним облицима партиципације подразумевају се трајни(ји) систематски облици партиципације, уведени у цео или знатнији део (привредног) система - првенствено законским путем. Неинституционални или неформални облици партиципације радника у управљању предузећем уводе се у појединим предузећима, у одређеним гранама, првенствено одређеним плановима и/ли програмима партиципације (и) за одређено време. Другим речима, институционални облици партиципације су облици који се (по правилу) обавезно формирају, док се неинституционални облици добровољно успостављају (макар у ембрионалном облику).

1. Институционални облици партиципације радника у управљању предузећем

Институционални облици партиципације се јављају у различитим формама: савети запослених (Радни савети комитети, предузећа и сл.); представљања радника у надзорном и/ли управном одбору; директор рада (радник директор).

а) Савет запослених (Радни савет)

Овај облик (система) институционалне партиципације је најраширенији у упоредном (радном) праву и јавља се најчешће под називом Савет запослених (Works Council) или комитет предузећа (Comité d'entreprise). Разликују се немачки и француски модел (концепт) радног савета, с обзиром на начин избора чланова савета и улогу синдиката у

(83) M. Salamon, *op. cit.*, стр. 299-300.

(84) *Ibid.*, стр. 302.

том поступку. (Има елемената да се може говорити и о англо-саксонском моделу Радног савета). Знатно су мање разлике у погледу надлежности (функција) радног савета у упоредном радном праву.

а) 1. Немачки модел радног савета (Betriebsrat)

(1) *Састав и начин избора*. Сходно немачком моделу, радни савети су институционално одвојени од синдиката. Савети представљају све раднике, без обзира да ли су чланови синдиката или не. Но, упркос институционалној одвојености, између синдиката и радних савета постоје (у пракси) тесне везе, што потврђује податак да велику већину чланова радних савета чине чланови синдиката (85).

Према Закону о конституисању рада (Works Constitution Act) из 1952. године (86), радни савет се бира у свим погонима који имају пет или више стално запослених радника са правом гласа. Не успоставља се аутоматски, већ на иницијативу самих радника или синдиката представљеног у погону. Иако су синдикати институционално одвојени од радног савета, ипак им Закон омогућава да иницирају састанак радника у погону где (још) нема радног савета како би радници одлучили да ли желе или не формирање радног савета (87).

Чланове радног савета бирају сви радници старији од 18 година, а право да буду изабрани имају радници који су запослени у предузећу најмање шест месеци. Кандидатура за члана савета мора бити подржана од најмање једне десетине радника, а у већим погонима од најмање хиљаду радника (88). (За разлику од надзорног одбора) нико ван предузећа не може бити изабран у радни савет, укључујући и синдикалне поверенике (који нису запослени у предузећу, а које поставља синдикат гране). Исто тако, врховни управљачки кадрови не могу бити бирани, нити могу гласати. Величина савета зависи од броја запослених: у погонима (предузећа) са 5-20 запослених, бира се 1 представник рада; у погонима са 21 до 58, бирају се 3 члана; од 51 до 150, има 5 чланова; од 151 до 300, има 7 чланова... од 1001 до 2000, има 15 чланова; од 5001 до 7000, има 29 чланова итд. (89). При том, обезбеђује се сразмерно представљање у савету две основне групе радника, у зависности од удела у укупном броју радника у погону (радници "плаве крагне" и радници "беле крагне" се третирају као различите групе, па је уобичајено да свака група тајно бира своје чланове у савету (90).

(85) M. Weiss, *op. cit.*, стр. 150. Упркос институционалној одвојености синдиката и радног савета, постоје у пракси тесне везе, што потврђује и податак да велику већину чланова савета чине чланови синдиката - у 1981. чак 77,5 процената чланова савета су били чланови синдиката.

(86) Овим Законом је предвиђено постојање више институционалних облика (органа) представљања интереса радника. Поред најважнијег - радног савета, ту су још и економски комитет, представништво младих, састанци радника као институције за пружање подршке радном савету. Ближе: V.K. Berghahn, D. Karsten, *Industrial Relations in West Germany*, New York, 1987, стр. 106.

Закон из 1952. са амандманима из 1972. односи се само на приватни сектор. Јавни сектор је покривен Законом о представљању федералног особља из 1955. са амандманима из 1975. Ближе: M. Weiss, *op. cit.*, стр. 150.

(87) Weiss, *op. cit.*, стр. 157.

(88) V.K. Berghahn, D. Karsten, *op. cit.*, стр. 107.

(89) *Ibidem*, стр. 108.

(90) *Ibid.*

Чланови савета се бирају за мандат од три године и уживају посебну заштиту од отпуштања. Исто тако, за време мандата не могу бити опозвани од стране запослених. То је, ипак, могуће само на основу тужбе радном суду, коју могу поднети најмање једна четвртина радника, синдикат представљен у погону или послодавац (91). Заштита од отпуштања од стране послодавца предвиђена је за чланове радног савета и једну годину после истека мандата (92). Трошкови избора падају на терет послодавца. Уколико савет броји више од девет чланова, успоставља се комитет радника, кога сачињавају председник савета и његов заменик, као и један број додатних чланова, са задатком да обавља свакодневне послове радног савета (93).

Радни савет се састаје за време радног времена, с тим што је место члана савета неплаћена функција, а послодавац има обавезу да исплаћује накнаду зараде за време одсуствовања са рада, до опсега који је неопходан за обављање њихових функција, водећи рачуна о величини и природи предузећа (погона) (94). Ипак, од члана савета се очекује да своје функције обавља ван радног времена (95).

Уколико у предузећима са више погона дође до успостављања два или више радних савета, успоставља се и Централни радни савет, који се бави питањима која се тичу целине (проблема) предузећа (96).

(2) *Функције радног савета.* Функција радног савета јесте заштита интереса запослених у погону, посебно у питањима (из области) личног и социјалног благостања. Сходно члану 80. Закона, радни савет има право да буде информисан, консултован, а у одређеним питањима и право на саодлучивање (што значи да без одобрења савета послодавац не може донети одлуку) (97). Другим речима, различите су функције савета у економским, социјалним и персоналним питањима.

(а) *Надлежност радног савета у економским питањима.* Под економским питањима има се у виду све оно што се тиче економске политике меницмента, без обзира да ли се ради о инвестицијама, производњи, маркетингу и сл. (98). У погледу економских питања, надлежност савета (и његовог помоћног органа - економског комитета) обухвата право на информисање и консултовање. Уколико одређене економске одлуке изазивају значајније неповољности за (већи део) радну снагу у предузећу - нпр. одлуке о смањењу производње, делимичном или потпуном затварању погона, премештају погона или њиховом спајању, о битним променама у организацији рада, увођењу потпуно нових метода рада или производних процеса, услед чега треба да дође до колективног отпуштања дела радника (у проценту утврђеном Законом, а у складу и са праксом Савезног радног суда), меницмент је обавезан да унапред да потпуна обавештења радном савету, тј. већ у раној фази економског планирања. Меницмент, тако, пре коначног утврђивања економског плана, треба да информише савет о осталим могућностима и моди-

(91) M. Weiss, *op. cit.*, стр. 158.

(92) Ch.A. Nwegwu, *op. cit.*, стр. 273.

(93) V.K. Berghahn, D. Karsten, *op. cit.*, стр. 108.

(94) M. Weiss, *op. cit.*, стр. 159.

(95) Ch.A. Nwegwu, *op. cit.*, стр. 273.

(96) V.K. Berghahn, D. Karsten, *op. cit.*, стр. 108.

(97) Ch.A. Nwegwu, *op. cit.*, стр. 273-274.

(98) M. Weiss, *op. cit.*, стр. 163-164.

фикацијама плана. Уз то, од мениџмента се тражи да са радним саветом постигне тзв. компромис интереса о специфичним мерама које треба донети, у чему посредничку помоћ може да пружи министарство рада. Чак и ако се не постигне овај компромис интереса, мениџмент задржава право да донесе коначне економске одлуке. Без обзира какве те одлуке биле, радни савет је овлашћен да закључи са мениџментом тзв. Социјални план, правно обавезујући споразум о компензацијама за раднике који буду погођени одлукама мениџмента (и који садржи одредбе о финансирању компензација, програму преквалификације или премештају радника у друге погоне) (99).

(б) *Надлежност радног савета у персоналним питањима.* Персонална (кадровска) питања укључују кадровско планирање, професионално образовање, запошљавање, распоређивање или отпуштање радника. У погледу кадровског планирања, савет има само право на информисање и консултовање. У погледу запошљавања, савет може инсистирати да упражњена и/ли новоотворена радна места буду најпре интерно оглашена, како би се омогућило постојећем квалификованом особљу предузећа да узме учешће на овом интерном конкурс (100). А у погледу отпуштања већег броја радника, радни савет је овлашћен да захтева доношење Плана благостања за оне раднике који ће доћи под удар отпуштања, што се постиже (и) у форми исплате отпремнине (101). Кад је реч о појединачном отпуштању, ако се савет не слаже са отпуштањем радника и ако радник поднесе тужбу радном суду, отказ(ни рок) је неважећи све док се не донесе одлука суда (102). Најзад, у погледу професионалног образовања, радни савет има право на саодлучивање у селекцији радника за учешће у програмима професионалног образовања.

(в) *Надлежност радног савета у социјалним питањима.* Доста је тешко разграничити област социјалних питања од друге две области, а посебно од области економских питања. Ипак, може се на уопштен начин рећи да социјална питања обухватају оно што се односи на социјалне последице економских одлука у предузећу. И управо у овим питањима надлежност савета је подигнута на ранг права на саодлучивање (енумерација овлашћења се садржи у секцији 87. Закона). Саодлучивање се предвиђа за следеће случајеве: радни ред и дисциплина; распоред (почетак и трајање) дневног и седмичног рада; привремено скраћивање или продужавање радног времена; место, време и начин исплате зарада; општи принципи за одређивање коришћења годишњег одмора; увођење техничких помагала за контролу понашања радника и извршавања њихових радних обавеза; превенцију од несрећа на раду и професионалних болести; утврђивања норматива рада, премија и других плаћања сходно резултатима рада; питања принципа плаћања и увођења нових метода плаћања радника; начин доделе и/ли одузимања стана или кућни додатак за становање радницима у радном односу код послодавца и сл. (103).

(99) *Ibid*, стр. 166-168.

(100) Ch.A. Nwegwu, *op. cit.*, стр. 273.

(101) *Ibid*, стр. 274.

(102) *Ibid*.

(103) M. Weiss, *op. cit.*, стр. 164-165.

Послодавац и радни савет могу да закључе радне споразуме не само о питањима о којима савет има право на саодлучивање већ и о свим другим питањима која се тичу односа између рада и мениџмента у предузећу (фабрици, погону). Ови споразуми, врло слични колективним уговорима у предузећу у упоредном радном праву, морају бити закључени у писаној форми, потписани од обе стране. Као и колективни уговори, и радни споразуми садрже одредбе које имају аутоматско и обавезујуће дејство за странке у (индивидуалном) радном односу - нормативни део споразума (104). Ипак, треба нагласити да се радни споразуми могу бавити и питањима плаћања радника и других услова рада само онда ако та питања нису уређена колективним уговором раду (на нивоу гране или региона). На тај начин се жели избећи конкуренција радног савета и синдиката, пошто би то могло угрозити снагу и значај система колективног преговарања. Отуда се оставља странкама колективног уговора да одлуче да ли ће допустити савету и мениџменту закључивање радних споразума ради допуне или специфицирања клаузула колективног уговора о раду. У пракси се то ретко чинило, у страху да се тиме не униште хомогени (радни) стандарди у грани (105). Оваква пракса, ипак, није без оспоравања, нарочито од средине осамдесетих година (106)

Од радног савета и послодавца (мениџмента) се очекује да раде у духу узајамног поверења. У том циљу треба да се састају најмање једанпут месечно. Осим тога, савет и послодавац треба да сарађују и са синдикатима и удружењима послодавца (пре свега на гранском нивоу).

а)2. Француски модел радног савета - Комитет предузећа (Comité d'entreprise)

(1) *Састав и начин избора*. Сходно француском моделу, радни савети, односно према француској терминологији - комитети предузећа, нису институционално одвојени од синдиката, тј. они задржавају и представљање од стране синдиката (синдикални представници), али и представљање на основу избора радника (изабрани представници). У том погледу, француски модел јесте оригинална комбинација немачког и англосаксонског модела односа рада и капитала у предузећу (107), јер поред изабраних представника запослених у комитету предузећа, постоје и представници које именује синдикат(и), као и синдикална секција (или барем синдикални делегат у мањим) у предузећу. С тим у

(104) *Ibid*, стр. 168-169.

(105) *Ibid*, стр. 169-170.

(106) *Ibid*.

(107) G.H. Camerlynck, G. Lyon-Caen, J. Pélissier, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 1986, стр. 659; 684-685; J. Rivero, J. Savatier, *Droit du travail*, P.U.F., 1987 стр. 231-233.

Према англосаксонској концепцији, односи између рада и капитала у предузећу су односи доминантно уговорног (не институционалног) карактера, тј. колективни односи у предузећу су односи између управе (мениџмента) и синдиката, док не постоје изабране институције (нема радних савета, нити учешћа радничких представника у надзорном одбору). При томе, ради се о једном синдикату у предузећу (амерички модел), за који се већина радника путем тајних избора определи, а тај синдикат је искључиви представник интереса радника у односу на управу предузећа. Интересе радника синдикат (синдикални повереник - shop steward) штити пре свега кроз закључивање колективних уговора о раду на нивоу предузећа, који је и главни ниво колективног преговарања. *Ibidem*.

вези, поред праксе закључивања гранских колективних уговора, постоји и пракса закључивања колективних уговора о раду у предузећу.

Сходно Законику рада, комитети предузећа се образују у предузећима у области индустрије и трговине, друштвима - грађанским и осигуравајућим, органи(зми)ма социјалне сигурности, удружењима, индустријским и трговачким јавним установама и сл., под условом да запошљавају више од 50 радника (током узастопних дванаест месеци) (108). Уколико предузеће има више погона (фабрика), који понаособ запошљавају више од 50 радника, поред комитета погона (фабрика) образује се и Централни комитет предузећа, састављен од делегата изабраних од стране комитета погона (фабрика) (109). У предузећу које запошљава мање од 50 радника, уместо комитета образује се институција делегата особља (110). Комитет(и) предузећа састоји се од самог шефа предузећа (или његовог представника), с једне, и представника запослених, с друге стране. Број представника особља зависи од величине предузећа: од 3 члана, у предузећу које запошљава 50-74 радника, до 15 чланова, у предузећу које запошљава више од 10.000 радника. Централни комитети предузећа могу имати највише 20 чланова, при чему обавезно место има представник кадрова. Ипак, број чланова може бити и већи, уколико то предвиди колективни уговор о раду (111).

Монопол у представљању кандидата за избор у комитет предузећа (погона) имају репрезентативне синдикалне организације (а сви синдикати учлањени у репрезентативни - грански или савез - на националном нивоу, сматрају се репрезентативним синдикатом у предузећу за изборе представника особља) (112). Право гласа имају сви запослени старији од 16 година, под условом да су најмање три месеца запослени у предузећу. Право да буде изабран има радник који је у радном односу у предузећу без прекида најмање једну годину, који има 18 година и који није близак рођак шефа предузећа (113).

Мандат члановима комитета траје две године. Нема ограничења реизбора. То важи и за члана комитета кога одреди репрезентативни синдикат (при чему, свака репрезентативна синдикална организација у предузећу може одредити по једног представника у комитет (114). Чланови комитета (представници запослених и представници репрезентативних синдикалних организација) уживају посебну заштиту од премештаја, назадовања или отпуштања (115).

(2) *Функције комитета предузећа.* Комитет је орган сарадње шефа предузећа и запослених. Он нема овлашћење да закључује колективне уговоре о раду са шефом предузећа (директором), јер је то овлашћење у рукама (репрезентативних) синдиката. То не значи да самим колективним уговором не може бити предвиђена и шири надлежност комитета предузећа у односу на одредбе Законика о раду (116).

(108) J. Rivero, J. Savatier, *op. cit.*, 230-231.

(109) *Ibid*, стр. 231.

(110) *Ibid*, стр. 232; G. H. Camerlynck, ..., *op. cit.*, стр. 733-739.

(111) *Ibid*, стр. 232-233.

(112) G. H. Camerlynck, G. Lyon-Caen, J. Pélissier, *op. cit.*, стр. 702-703.

(113) *Ibid*, стр. 702; J. Rivero, J. Savatier, *op. cit.*, стр. 233-234.

(114) G. H. Camerlynck, G. Lyon-Caen, J. Pélissier, *op. cit.*, стр. 703.

(115) *Ibid*, стр. 707-725.

(116) *Ibid*, стр. 659.

Функције комитета се односе, слично као и савета у немачком праву, на економска, персонална и социјално-културна питања.

(а) *Надлежност комитета предузећа у економским питањима*. У погледу економских питања, Законик рада предвиђа општу формулацију, по којој се "комитет обавезно информише и консултује о питањима које се тичу организације, управљања и општег правца (развоја) предузећа, а посебно када економске мере мениџмента утичу на структуру запослених, услове рада особља" (117). На основу примљених информација, комитет може упозорити на економске тешкоће предузећа управни и надзорни одбор (трговинског друштва). Осим тога, комитет се посебно консултује када отпуштање из економских разлога изгледа неопходно у циљу опоравка предузећа (118).

(б) *Надлежност у персоналним питањима*. Када је реч о овлашћењима која се односе на професионални живот, овлашћења могу такође бити различита у зависности од тога да ли се ради о професионалном образовању, условима рада или технолошким унапређењима. Консултовање је обавезно о питањима професионалног образовања и усавршавања запослених, а у предузећима која запошљавају више од 300 радника, комитет образује посебну комисију за праћење ових проблема. Комитет се консултује и о питањима унутрашњег реглмана (правилника), трајања и распореда радног времена, распореда одмора и одсуства (уколико колективни уговор није уредио ова питања), о посебним условима рада за жене, младе и хендикепирана лица. Осим тога, уколико због увођења нових технологија у предузећу долази до последица по раднике (број запослених, професионалне квалификације, плаћање и друге услове рада), комитет има право да проучи пројекте предузећа један месец, и да о томе да своје мишљење (119).

О свим овим питањима у предузећима која запошљавају више од 300 радника сачињава се једанпут годишње јединствен документ - Социјални биланс, који садржи све битне податке о раду, зарадама, заштити на раду, професионалном образовању, условима живота радника и њихових породица у мери у којој ови зависе од предузећа (120).

(в) *Надлежност комитета у социјално-културним питањима*. О овим питањима комитет (са)одлучује са послодавцем. Овде се ради пре свега о социјално-културним питањима у корист запослених (и њихових породица), а која се тичу: образовања (центри за приправнике, професионални и курсеви опште културе, библиотеке); материјалне помоћи (кантине, осигуравајуће институције); породичног живота радника (јаслице, одмаралишта, становање) (121) и забавно-културног живота радника (спортски и културни састави радника у предузећу) (122).

(117) J. Rivero, J. Savatier, *op. cit.*, стр. 235.

(118) *Ibid*, стр. 237.

(119) *Ibid*, стр. 238-239

(120) *Ibid*, стр. 239-240

(121) *Ibid*, стр. 241. У погледу становања, комитет се обавезно консултује о начину расподеле 0,90 процената од плата намењених подстицању стамбене изградње (и ради побољшања услова становања страних радника).

(122) *Ibid*, стр. 240-241.

б) Надзорни и/ли управни одбор

Посебно значајан институционални облик партиципације радника у управљању предузећем предвиђен је кроз представљање радника у органима одлучивања (управљања) предузећем - надзорном и/ли управном одбору предузећа. То је последица постепене демократизације индустријских односа у земљама тржишне привреде, нарочито после Другог светског рата. Наместо искључиво управљања по основу капитала (од стране власника предузећа, уз помоћ мениџмента), јављају се институционални облици управљања кроз заступљеност и представника радника (управљање по основу рада) у органима управљања у предузећима. При том, у упоредном (радном и трговинском) праву преовлађује мањинска, трећинска заступљеност радничких представника у надзорном или управном одбору, али има примера чак и паритетне заступљености представника запослених у надзорном одбору.

б)1. *Модел паритетне заступљености у надзорном одбору предузећа* (немачки модел саодлучивања). У оквиру тзв. немачког модела паритетне заступљености радничких представника, разликују се два правна режима: прво, паритетно представљање запослених у предузећима у области рударства и челичне индустрије и, друго, саодлучивање у предузећима у другим областима индустрије.

(1) Саодлучивање у предузећима у области рударства и челичне индустрије, где је обухваћено око 600.000 радника (123), почиње да се развија још од 1947. године, да би 1951. био донет Закон о представљању радника у рударству и индустријама гвожђа и челика. Овај правни режим саодлучивања је потом дограђиван законским амандманима 1956, 1967. и 1981. (124), а примењује се у предузећима која запошљавају више од 1000 стално запослених радника. У овом моделу постоји паритетна заступљеност капитала и рада у надзорном одбору, са неутралним председавајућим, а осим тога предвиђено је и место директора рада (125) као пуноправног члана управног одбора.

Величина надзорног одбора (*Aufsichtsrat*) варира у зависности од величине предузећа - најмањи надзорни одбор има 11 чланова, док у већим предузећима може бројати 15 или 21 члана, при чему је једнак број представника рада (радника) и представника капитала (акционара), са (још) једним неутралним чланом. Уколико надзорни одбор има 11 чланова, пет чланова су раднички представници, од којих најмање два члана морају бити из реда стално запослених радника у предузећу (по један радник, "плава крагна", и службеник-намештеник, "бела крагна"), водећи рачуна да интереси особља као целине буду представљени. Ова два члана надзорног одбора именује радни савет, после консултовања са синдикалним повереником предузећа. Остали раднички представници - тзв. спољни раднички представници, не морају бити запослени у предузећу. Два од њих се одређују из реда грађанског синдиката, а именује се још (по) један додатни члан (и на страни рада и капитала), који не сме бити представник синдикалних организација (а додатни члан на страни капитала не сме бити представник

(123) Ch.A. Nwagwu, *op. cit.*, стр. 272.

(124) V.B. Berghahn, *op. cit.*, стр. 117-118; M. Weiss, *op. cit.*, стр. 175; M. Jackson, *op. cit.*, стр. 206-207.

(125) Ближе о директору рада, *infra*: стр. 42-43.

послодавачких удружења). Додатни чланови надзорног одбора не смеју имати ни значајнији финансијски интерес у предузећу (126).

Иако именовање радничких представника (а, разуме се, и избор представника послодавачке стране) мора бити формално потврђено на скупштини акционара предузећа, то се редовно дешава, посебно кад је реч о члановима надзорног одбора које одређује радни савет, а које скупштина мора прихватити (127).

У погледу непарног, неутралног члана надзорног одбора, њега заједнички одређују обе стране представљене у надзорном одбору, при чему овај члан мора испуњавати исте услове као и тзв. додатни чланови надзорног одбора. За његово именовање потребна је подршка већине чланова надзорног одбора, с тим што најмање по три члана са обе представљене стране морају потврдити његово именовање. То је веома значајно ради задобијања поверења обе представљене стране, пошто је улога овог заједничког члана да помири различите ставове и допринесе изналажењу споразума. Тек пошто добије овакву подршку надзорног одбора, и неутралног члана одбора (формално) бира скупштина акционара (128).

Сви чланови надзорног одбора имају иста права и обавезе, при чему чланови одбора немају везани мандат. Раднички представници нису овлашћени да комуницирају са својом (изборном) основном, да са њима расправљају, нити да преносе њихове ставове надзорном одбору. То води њиховој својеврсној изолацији, али уз обавезу да се руководе "интересима предузећа", као одлучујућом оријентацијом (што је, уосталом, обавеза и представника капитала) (129). Једнак статус представника рада и капитала подразумева да они имају право и на једнака примања за свој рад у одбору. Како ова примања могу бити извор корупције, чланови синдиката - представници рада у надзорном одбору, сходно статуту њиховог синдиката, обавезни су да велики проценат својих примања уплаћују у фонд (свог) синдиката (130).

Надзорни одбор има две основне функције: прво, да изабере чланове управног одбора и, друго, да врши надзор над радом управног одбора, који је одговоран за свакодневно управљање. Треба приметити да правна (и стварна) овлашћења надзорног одбора зависе од правног типа предузећа. Надзорни одбор акционарских друштава има већу власт од одбора других типова предузећа - друштва са ограниченом одговорношћу, нпр. (131). Што се тиче радничких представника чланова надзорног одбора, они се у пракси углавном концентришу на социјалне аспекте политике предузећа (132).

(2) Саодлучивање у предузећима у другим областима индустрије (обухвата преко 4,5 милиона радника), сходно Закону о саодлучивању из 1976. године, предвиђено је у предузећима која запошљавају више од

(126) V.S. Berghahn, *op. cit.*, стр. 118-119.

(127) *Ibid.*, стр. 120.

(128) *Ibid.*

(129) M. Weiss, *op. cit.*, стр. 180-181.

(130) *Ibid.*, стр. 181.

(131) *Ibid.*, стр. 174. Иначе, више од половине великих предузећа у Немачкој су у форми акционарских друштава: Ch.A. Nwagwu, *op. cit.*, стр. 274.

(132) M. Weiss, *op. cit.*, стр. 182.

2000 радника (у радном односу на неодређено време) (133). Овај модел саодлучивања има своје специфичности у погледу састава надзорног одбора и положаја председавајућег, као и у погледу именовања директора рада у управном одбору (134).

Величина надзорног одбора варира у зависности од величине предузећа, тј. броја запослених - у предузећима до 10.000 (стално) запослених радника - 12 чланова; од 10.000 до 20.000 - 16 чланова; а преко 20.000 радника - 20 чланова. Половина чланова су представници капитала, које бира скупштина акционара предузећа. Структура представника рада јесте таква да укључује представљање стално запослених у предузећу и спољне представнике (рада). У оквиру представљања стално запослених, најмање по једног члана морају имати радници ("плаве крагне") и менаџери ("беле крагне"). Иако се формално јављају као тзв. раднички представници, представници менаџерског особља (чланови надзорног одбора) при расправљању и одлучивању често наступају више у функцији заштите интереса капитала (акционара) него осталих запослених (135). Осим наведених радничких представника, међу члановима одбора налазе се и представници синдиката (гранског или ДГБ-а) (136).

С обзиром да је надзорни одбор састављен од парног броја чланова, могућа је подела гласова, која онемогућава доношење одлуке. Уколико би се у поновљеном гласању дошло (опет) до пат-позиције, председавајући одбора има одлучујући глас. Због овако важне улоге председавајућег, он се бира двотрећинском већином чланова надзорног одбора (137). Уколико се ова (квалификована) већина не постигне ни после два узастопна гласања, председавајућег бирају (ипак) представници акционара, а представници запослених из реда својих чланова бирају потпредседника надзорног одбора (138).

Надзорни одбор поставља чланове управног одбора двотрећинском већином гласова. Уколико се не постигне оваква већина, формира се комитет за помирење (који чине: председник, његов заменик, по један члан-представник акционара и запослених), који подноси листу кандидата надзорном одбору, који тада одлучује сходно већинском принципу. Тек ако се и тада не добије потребна већина, председник комитета задржава право на одлучујући глас (139).

Чланови надзорног одбора међусобно расправљају о питањима од значаја за пословање предузећа, али им је забрањено да преносе инфор-

(133) V.R. Berghahn, *op. cit.*, стр. 121-122. Осим предузећа у правном режиму под (1), од примене Закона изузета су и предузећа у области масмедија, као и у компанијама са нелукативним (добротворним), религијским и идеолошким циљевима.

(134) Ближе о положају директора рада у овом правном режиму саодлучивања, *infra*, стр. 43.

(135) Ипак, потребно је нагласити да се и интереси менаџерског особља и акционара могу разликовати, посебно због тога што тежњу акционара за поделом дивиденди сузбија тежња мениџмента за реинвестирањем профита, односно развојем предузећа, што се може косити са тежњом радника за повећањем зарада и кроз (веће) учешће у добити.

(136) ДГБ - Немачка конфедерација синдиката.

(137) V.B. Berghahn, *op. cit.*, 122-123; M. Weiss, *op. cit.*, стр 177.

(138) M. Weiss, *op. cit.*, стр. 179.

(139) V.B. Berghahn, *op. cit.*, 124; M. Weiss, *op. cit.*, стр. 178.

мације другим лицима - унутар или изван предузећа. Обавеза чувања (пословне) тајне односи се, разуме се, и на радничке представнике у надзорном одбору, што води одређеној изолацији представника од (изборне) основе (140). То не искључује да радни савет доставља своје информације радничким представницима у надзорном одбору (141).

У пракси, раднички представници у надзорном одбору су у низу случајева такође и чланови радног савета. То у целини јача оба институционална облика партиципације (радни савети и надзорни одбор), а води успостављању и неформалних канала комуницирања. И мениџмент настоји да спречи конфликте са члановима надзорног одбора који су истовремено и чланови радног савета предузећа. Због тога, и пре него што достави одговарајуће информације надзорном одбору, мениџмент (управни одбор, тј. директор рада) неформално расправља критична питања са интерним радничким представницима. Озбиљност ових комуникација је израженија у моделу партиципације у рударству и индустрији гвожђа и челика преко директора рада, па отуда и често доношење одлука једногласно у надзорном одбору (142).

б)2. *Модел мањинске (трећинске) заступљености у надзорном одбору.* Овај модел јесте преовлађујући у упоредном праву (на евроском континенту). И у самој Немачкој, где се јавља модел саодлучивања у виду паритетне заступљености у надзорном одбору предузећа (у предузећима одређене величине и у одређеним гранама), јавља се и модел мањинске (трећинске) заступљености у мањим предузећима. Правни режим мањинске заступљености радничких представника у надзорном одбору предвиђен је Законом о конституисању рада из 1952. године којим је обухваћено око 9,3 милиона радника у Немачкој, у предузећима која запошљавају више од 500, а мање од 2000 стално запослених радника (а не потпадају под режим Закона о саодлучивању). С обзиром да је реч о мањим предузећима, избор својих чланова (радничких представника) у надзорном одбору, радници врше непосредно и тајним гласањем. Право гласа имају стално запослени радници старији од 18 година. Листе кандидата за радничке представнике могу истицати и радни савети, као и једна десетина радника предузећа, или барем 100 радника (143). Број чланова надзорног одбора у овим предузећима зависи од одредби трговинског (привредног) права (144).

У правном систему Данске, сходно Закону о предузећима из 1973, сва предузећа одређене величине морају да имају одбор директора, у коме су представљени и радници (145). У предузећима (друштвима са ограниченом одговорношћу) са више од 50 запослених, радници могу изабрати своја два представника у управни одбор предузећа. Изменама Закона од 1980. запослени могу изабрати једну трећину својих представника у управни одбор. Ови чланови (представници радника) имају

(140) *Ibidem*.

(141) M. Weiss, *op. cit.*, стр. 181.

(142) *Ibid*, стр. 182-183.

(143) V.B. Berghahn, *op. cit.*, 128; M. Weiss, *op. cit.*, стр. 177.

(144) M. Weiss, *op. cit.*, стр. 176.

(145) Ch.A. Nwegwu, *op. cit.*, стр. 270.

иста права као и други чланови (представници капитала) управног одбора (146).

У Шведској, сходно Закону о радничкој партиципацији у управљању предузећем из 1977, (локалне) синдикалне организације имају право да поставе два стална члана (и два заменика) у управном одбору предузећа која запошљавају 25 или више радника (при чему заменици немају право гласа у одбору) (147).

У Ирској, сходно Закону о радничкој партиципацији (у државним предузећима) из 1977. године, који се примењује само у седам државних предузећа, радници бирају своје чланове у управни одбор. Кандидати морају да имају најмање 18 година и да су у радном односу на неодређено време најмање једну годину у том предузећу. Изабрани чланови управног одбора из реда запослених имају иста права и обавезе као и остали директори (148).

У праву Француске, где је партиципација радника у управљању предузећем у ембрионалном развоју (149), у предузећима (конституисаним као друштва капитала) комитет предузећа (погона) има овлашћење (и) да одреди два своја члана (једног представника радника и службеника; другог представника кадрова, тј. високотехнички образованих водећих стручњака) да присуствују седницама управног и надзорног одбора. Ови чланови немају равноправан статус са осталим члановима управног и надзорног одбора, тј. имају само консултативно право (изражавање мишљења) (150). А у предузећима конституисаним као анонимна друштва приватног сектора, постоји само могућност да представници запослених буду чланови управног и/ли надзорног одбора, што би морало да буде предвиђено статутом предузећа (анонимног друштва). При том, број чланова управног одбора (представника запослених) не може да премаше трећину укупног броја чланова одбора, нити да буде већи од укупно четири члана (151). Да би радник предузећа могао бити изабран за члана управног одбора, мора бити најмање две године у радном односу у предузећу.

Мандат члана управног одбора је инкомпатибилан са мандатом другог облика представљања запослених у предузећу - нпр. са чланом комитета предузећа, синдикалним делегатом (представником). Осим тога, предвиђена је и посебна заштита од отпуштања (152).

Партиципација запослених у управљању кроз управни одбор у Француској је подигнута на виши ранг у јавним предузећима. Наиме, управни одбор (национализованих) јавних предузећа има трипартитни састав, у коме су заступљени и представници радника. Представнике

(146) *Ibidem*, стр. 282.

(147) *Ibid*, стр. 280-281.

(148) *Ibid*, стр. 283.

(149) J. Rivero, J. Savatier, *op. cit.*, стр. 259-261. У Француској је партиципација у управљању жртвована партиципацији у добити (резултатима) предузећа. Кад је реч о партиципацији у резултатима, у питању је исплата додатка (уз зараду), који нема карактер зараде и који се обрачунава у функцији резултата предузећа, а односи се на сва предузећа у којима се закључују колективни уговори. Разликује се факултативно и обавезно учешће радника у резултатима предузећа - *ibidem*.

(150) *Ibidem*, стр. 243.

(151) *Ibid*, стр. 268.

(152) *Ibid*, стр. 268-269.

запослених бирају сви радници, према пропорционалном принципу представљања. Чланови управног одбора из реда особља имају иста права и обавезе као и остали чланови одбора - представници државе, као и представници именовани због своје стручности. При том, предвиђена је посебна заштита од отпуштања, плаћено одсуство са рада ради обављања функције члана управног одбора (с обзиром да је мандат тзв. радничких чланова управног одбора бесплатан, за разлику од немачког модела) (153).

ц) Директор рада и радник директор

Својеврсна паритиципација радника у процесу руковођења предузећем изражава се и кроз институцију директора рада, као (обавезног) члана управног одбора. Партиципација радника се изражава у њиховом учешћу (посредно) у избору директора рада (кадровског директора).

Институција директора рада у праву Немачке предвиђена је у правном режиму саодлучивања. а) Сходно Закону о саодлучивању у предузећима у рударској индустрији и индустријама за производњу гвожђа и челика, директор рада је обавезни и пуноправни члан управног одбора (Vorstand), а именује га надзорни одбор. Именовање директора рада није могуће без подршке (против воље) већине тзв. радничких представника-чланова надзорног одбора. Директор рада има посебно значајна овлашћења и одговорност у погледу вођења кадровске политике, у питањима колективног преговарања, награђивања - плаћања радника за рад, у погледу професионалног образовања и заштите радника на раду. У циљу остваривања својих функција, од директора рада се очекује успостављање тесне сарадње са радним саветом (154). б) Према Закону о саодлучивању у предузећима у другим областима индустрије (1976), надзорни одбор такође именује директора рада, као пуноправног члана управног одбора. При том, овде раднички представници чланови надзорног одбора немају право вета у поступку избора директора рада. Ипак, у пракси, за директора рада бира се (само) особа у коју имају поверења и запослени, како би се и на тај начин подстицао дух сарадње унутар предузећа, а директор рада стекао већи кредитет у вршењу своје (важне) функције у кадровским и социјалним питањима (155).

Поред предвиђања директора рада, као обавезног члана управног одбора (законским путем), у упоредном праву се јавља и институција радника директора, који може бити предвиђен аутономним актима предузећа (статутом). Тако, Британска челична корпорација је увела директора радника. У својим регионалним (управним) одборима средином 60-их, а потом и у свој главни управни одбор 1976. У почетку, директор радник је по именовану за ту функцију морао да да оставку на функцију у синдикату. Касније су синдикати били укључени у селекцију кандидата за директора радника (уз могућност задржавања функције у синдикату), иако је коначна реч у избору директора радника задржана за мениџмент (капитал). Истраживања су показала да су радници директори имали ограничену улогу, делом због тога што нису

(153) *Ibid.*

(154) V.R. Berghahn, *op. cit.*, стр. 120; M. Weiss, *op. cit.*, стр. 175-176; Ch.A. Nwegwu, *op. cit.*, стр. 275.

(155) V.R. Berghahn, *op. cit.*, стр. 124-125.

имали иста права као и остали директори - није им (био) омогућен приступ свим информацијама као и осталим директорима. Чак се показало да су се ови радници директори у пракси често идентификовали са интересима послодавца (а не радника), па су тако оправдавали (послодавачке) ставове да висина отпремнине за случај колективног отпуштања буде заснована на потреби веће ефикасности предузећа (што је водило снижавању њиховог износа) (156). Слични експерименти у В. Британији су спроведени у Поштанској служби 1978-80. године, али без успеха. Мениџмент у В. Британији је противник укључивања радника директора у управљању предузећем.

И мениџмент у САД и Италији је против учешћа радника директора у процесу доношења одлука (управљања) у предузећима (157).

Доношењем Упутства за хармонизацију трговинског права у оквиру ЕЕЗ-а 1972. године (ревидираног 1983), тражи се од свих предузећа која запошљавају више од 1000 радника да се успостави партиципација радника, у неком од могућих облика партиципације (радни савети, колективно преговарање), укључујући и облик директора рада (или радника директора), изабраног или кооптираног у надзорни одбор (158).

2. Неинституционални облици партиципације радника у управљању предузећем

Под неинституционалним облицима партиципације радника у управљању подразумевају се сви они бројни облици (првенствено директне) партиципације који нису уграђени у систем на један трајнији начин - нпр. одредбама радног или привредног законодавства, већ се оставља тек могућност предвиђања ових облика партиципације (општим) актима аутономног права - статутима предузећа, а чешће посебним плановима и/ли програмима партиципације, по правилу на иницијативу послодавца.

Неинституционални облици партиципације су развијени нарочито у англосаксонским земљама и Јапану, али се као допунски облици јављају и у земљама тржишне привреде у којима су институционални облици партиципације веома развијени.

У низу земаља англосаксонског (*common law*) правног система, као својеврсни супститут за (институцију) радни савет, формирани су својеврсни "радни савети" у низу предузећа, али прикривени иза назива: "схеме радничког представљања", "компанијски синдикати". Образовање ових "радних савета" било је некада (нпр. у САД у 1920-им и 30-им годинама) у функцији борбе послодавца против формирања самосталног синдиката у предузећу, тј. послодавци су се надали да ће радници прихватити ове "радне савете" као алтернативу за (самосталне и јаке) синдикате (159).

(156) M. Jackson, *op. cit.*, стр. 203.

(157) L. Turner, *op. cit.*, стр. 235.

(158) Плурализам облика партиципације је последица велике разноликости партиципације у земљама ЕЗ-а (ЕУ-а. Ближе: M. Salamon, *op. cit.*, стр. 299.

(159) M. Jackson, *op. cit.*, стр. 214-215.

За разлику од ових мање успешних схема радничког представљања, у САД и Канади, као и у В. Британији, у низу предузећа уведено је заједничко консултовање (Joint consultation) (160). Оно се састоји у редовном консултовању радника или њихових представника, како би њихова гледишта била узета у обзир приликом доношења одлука које се тичу интереса запослених (161).

Својеврсни облик неинституционалне партиципације може се јавити и у облику (само) информисања радника, што се постиже кроз достављање, односно истицање обавештења на огласним таблама предузећа, или путем штампања новина предузећа, док већа предузећа практикују и објављивање својих месечних магазина. Циљ ових облика информисања радника јесте да се радницима помогне да се укључе у свакодневне послове и проблеме у индустријској грани, односно предузећу (162).

Извесне сличности са заједничким консултовањем и информисањем радника имају и (кратки) састанци радних тимова, као облик комуникације са радном снагом, у циљу њиховог пунијег информисања о политици предузећа и њеном утицају на послове и радна места. Састанци трају кратко (око пола сата), колико је потребно да мениџмент информише раднике о специфичним питањима које сматра важним, без отварања дискусије са окупљеним радницима (163).

Аутономне радне групе, као облик базичне партиципације, имају слободу да, без спољашњег надзора, раде ради постизања економског циља групе. Овде важну улогу игра колективни дух групе, на којој лежи и одговорност за ефикасност, кооперативност и смањење апсентизма. Позитивни резултати оваквог облика партиципације су потврђени у пракси - нпр. у фабрици аутомобила Волво (Шведска), где су колективне аутономне радне групе допринеле расту продуктивности и квалитета аутомобила. Између аутономних радних група се развија и компетитивност, што такође доприноси расту продуктивности. У овом облику партиципације, лојалност чланова групе (радника) мора бити потпуна (164).

Кружоци квалитета, као облик партиципације, најпре се развијају у Јапану у раним 60-им годинама, као модел контроле квалитета, да би се потом ширили у предузећима у САД, В. Британији (165) и другим европским земљама, нарочито од 80-их година. Састоје се од "група радника које се добровољно састају, у редовним и честим интервалима, да би расправљали о проблемима који се јављају поводом њиховог рада, са намером да се пронађу решења за ове проблеме, уз помоћ (када је то неопходно) мениџмента" (166). Овај облик партиципације у пракси је врло сличан аутономним радним групама (према неким ауторима, кру-

(160) Ch.A. Nwegwu, *op. cit.*, стр. 283-286.

(161) *Ibid.* У В. Британији је, сходно Закону о радним односима (Employment Act) из 1982, предвиђена обавеза заједничког консултовања у свим предузећима која запошљавају више од 250 радника - *ibid.*

(162) *Ibid.*, стр. 262.

(163) M. Jackson, *op. cit.*, стр. 205-206.

(164) R. L. Hogler, *op. cit.*, стр. 102.

(165) Кружоци квалитета су уведени нпр. у IBM-у, Јагуару, Британској телекомуникацији и другим предузећима. Упореди: M. Jackson, *op. cit.*, стр. 205.

(166) Ch.A. Nwegwu, *op. cit.*, стр. 264-265.

жоци квалитета су друго име за аутономне радне групе). Обично пет до десет радника који обављају сличне послове, редовно се састају под руководством лидера кружока или непосредног шефа (надзорника). Расправља се о проблемима везаним за опрему, машине, потрошни материјал и заштиту на раду, да би се потом формулисале препоруке мениџменту, који одлучује о примени тих препорука. Такође се успоставља сарадња између више кружока квалитета када је потребно решити заједничке проблеме - организацију рада унутар предузећа (167). Некада се чак уводе кружоци квалитета, када је потребно укључити раднике у питања везана за квалитет, од самог дизајна (производа) до евентуалне имплементације у производњи (168).

У подизању нивоа квалитета производа кружоци квалитета имају за циљ да допринесу побољшању квалитета производа током самог процеса производње, а не проверавањем њиховог квалитета после производње (169). Примарни циљ кружока квалитета, дакле, јесте побољшање квалитета и продуктивности, док је у другом плану да се кроз овај облик партиципације побољша квалитет радног живота и задовољство радника на раду (170). Присталице овог облика партиципације истичу да позитивни резултати кружока квалитета могу бити постигнути у свакој грани, институцији, владиној агенцији, у било којој земљи и/ли културном амбијенту (171)

(Примљено 10. априла 1994)

dr. Branko Lubarda

Assistant Professor of the Faculty of Law in Belgrade

PARTICIPATION OF WORKERS IN MANAGING THE ENTERPRISE - A COMPARATIVE LAW APPROACH

Summary

The subject matter treated are terminological and notional determinations of the participation of workers. Economic, labour-social and psychological arguments favouring the participation are pointed out, but also criticisms in the theory made by the employers and also by some trade union headquarters. Comparative law shows that legal regime of participation may be instrumentalized through heteronomous acts (special statutes on participation, general labour legislation or, partly, the statute concerning enterprises), or autonomous ones (collective agreements, internal statutes of the enterprises, participation programs and plans). The author emphasizes the advantages of statutory regulation.

There are indirect and direct forms of participation of workers in managing enterprises, as well as institutional and non-institutional forms. Speaking of the institutional ones, particularly elaborated are the German and French models of the labour council (enterprise committee). These two differ more in terms of the composition and way of

(167) *Ibid*, стр. 265-266.

(168) *Ibid*, стр. 266.

(169) M. Jackson, *op. cit.*, стр. 205.

(170) R.L. Hogler, *op. cit.*, стр. 102.

(171) *Ibidem*.

election, while less in terms of the function (jurisdiction) of the council. Further elaborated is the issue of parity and minority representation in the supervisory and/or managing board of the enterprise. Finally, author's attention is dedicated to the director of labour and the worker-director, as an obligatory member of the managing board. Comparative review is continued with the elaboration of non-institutional forms of participation, and more particularly of joint consulting, quality circles, and a meeting of autonomous work teams, which are especially developed in Anglo-Saxon countries and Japan.

Key words: Participation. - Workers. - Management. - Enterprise.

Branko Lubarda

Charge de cours à la Faculté de droit de Belgrade

LA PARTICIPATION DES OUVRIERS À LA QUESTION DE L'ENTREPRISE DANS LE DROIT COMPARÉ

L'auteur examine dans son travail les déterminantes terminologiques et conceptuelles de la participation des ouvriers. Il souligne les arguments économiques, de travail et sociaux et psychologiques en faveur de la participation, mais il souligne également la contestation de la participation dans la théorie, par les employeurs, et aussi par certaines centrales syndicales. Le régime juridique de la participation des ouvriers à la gestion de l'entreprise peut être réglementé dans le droit comparé par des actes hétérogènes (par des lois spéciales sur la participation, par la législation générale ayant trait au travail ou, en partie, par la loi dans les entreprises), ou bien par des actes autonomes (par des contrats collectifs sur le travail, par des statuts des entreprises, par des plans et des programmes de participation), tout en soulignant les avantages du règlement de la participation par des lois.

L'auteur distingue les formes directes et les formes indirectes de la participation et aussi les formes institutionnelles et les formes non-institutionnelles. En ce qui concerne les formes institutionnelles de la participation, l'auteur se penche tout particulièrement sur le modèle allemand et le modèle français du conseil des ouvriers (le comité de l'entreprise) qui diffèrent l'un de l'autre davantage sur le plan de leur composition et de leur mode d'élection que sur celui de leurs fonctions (de leurs compétences). Il se penche par la suite sur la question de la représentation paritaire et minoritaire des représentants des ouvriers dans le comité de contrôle et/ou dans le comité de direction. En ce qui concerne les formes non-institutionnelles de la participation des ouvriers à l'entreprise dans le droit comparé, l'auteur se penche sur: la consultation en commun, les cercles de qualité, les réunions des équipes (autonomes) de travail (développées surtout dans les pays anglo-saxons et au Japon).

Mots clé: - Participation. - Gestion. - Enterprise.

др Бранислав Симоновић,
доцент Правног факултета у Крагујевцу

ТИПОВИ НЕСВЕСНИХ МОТИВА КРИВИЧНОГ ДЕЛА (1)

У раду се обрађују типови несвесних мотива кривичног дела и механизам њиховог формирања. Аутор све несвесне мотиве кривичног дела дели на три типа: 1) несвесне мотиве кривичног дела у ужем смислу, 2) погрешно тумачене мотиве и 3) неадекватне мотиве.

Кључне речи: *Кривично дело. - Несвесни мотив. - Типови мотива.*

I. УВОД

У судској пракси се повремено срећу случајеви где су несвесни мотиви имали битан утицај на извршење кривичног дела. Ова дела по својој тежини, оштрој супротности између повода и последице (или пак због, на изглед, непостојања повода), необичности и апсурдности збуњују све: правосудне органе, јавност, па и самог окривљеног.

Циљ овог рада је да прикаже основне типове несвесних мотива кривичног дела, као и видове њиховог испољавања у судској пракси, што би могло да буде од користи у њиховом утврђивању и разумевању у сваком конкретном случају.

Имајући у виду форму испољавања несвесних мотива кривичног дела у судској пракси, може се говорити о њихова три идеална типа: несвесним мотивима кривичног дела у ужем смислу, погрешно тумаченим мотивима и неадекватним мотивима. Критеријум ове поделе није психолошки, зато што се они по психодинамици свога формирања битно не разликују. Сви они потичу из несвесних слојева личности чији садржај и право значење личност није могла интелектуално да спозна. Њихов прави садржај је потиснут и заборављен, што је по Фројду условљено осећањем непријатности (2). Адлер је истицао да је општељудска црта одбацивање мисли које нам сметају, а прихватање оних које нас у нашем мишљењу потпомажу (3). Још је Дарвин писао

(1) Овај чланак представља интегрални део рада: *Несвесни мотиви кривичног дела*, објављен у "Југословенској ревији за кривично право и криминологију", бр. 1-2/1992, стр. 101-116.

(2) С. Фројд, *Психопатологија свакодневног живота*, Београд, 1984, стр. 195.

(3) А. Адлер, *Познавање човека*, Нови Сад, 1989, стр. 114.

о заборављању из мотива непријатности (4). Новија психологија мотивације је формулисала "принцип заштите" по коме се стимуланси или потребе које противурече очекивањима субјекта или носе потенцијално непријатну информацију спознају лоше и подвргавају великом искривљавању (5). Међутим, потиснути садржаји не губе своју психодинамичку снагу и теже ка испољавању. У конфликтним, по личност неочекиваним, фрустрирајућим околностима, долази до нарушавања синергизма свесног и несвесног, и услед антагонизма између њих несвесни мотиви могу да дођу до изражаја и покрену личност на извршење кривичног дела. У овим ситуацијама, учинилац своје мотиве кривичног дела не спознаје уопште, или пак то чини на деформисан и непотпун начин. Тада се несвесни мотиви кривичног дела, пред судом испољавају у три горе наведена типа. Према томе, критеријум ове поделе је криминалистичко-тактички и темељи се на разлици у њиховом испољавању у преткривичном и кривичном поступку, што одређује почетну позицију у њиховом утврђивању и разумевању.

II. НЕСВЕСНИ МОТИВИ КРИВИЧНОГ ДЕЛА У УЖЕМ СМISЛУ

Несвесне мотиве кривичног дела у ужем смислу одређује потпуна диспропорција између смисаоне и динамизирајуће функције. Карактеристика мотивационог процеса (процеса формирања мотива) несвесних мотива је та да, потребе актуелизоване својим енергетским потенцијалом (динамизирајућом снагом), у већој мери стимулишу вољу и моторну област личности него интелектуалну сферу. Ови мотиви се у науци одређују као ситуациони мотиви или пак кратке мотивације (због скраћеног мотивационог процеса услед закрждале смисаоне компоненте) и настају по правилу као реакција на изразито неповољне околности у којима се нашао учинилац кривичног дела (6). Треба нагласити да њиховом формирању доприноси не само неповољна спољна ситуација дела, већ пре свега неповољна унутрашња ситуација учиниоца.

Код ових мотива се среће потпуни изостанак саморефлексије учиниоца. Он није у стању да наведе никакве податке о томе због чега је извршио кривично дело. Најчешће једино може да објасни да је у моменту извршења кривичног дела осетио неодољив импулс да се понаша на одређени начин, чему он није могао или није хтео да се одупре.

Познат је у криминалистици случај двојице скитница који су једне ноћи одлучили да преспавају на сенику. У току ноћи, један од њих се пробудио и убио другара на спавању не знајући ни сам зашто.

Наводимо и случај Р. Р. (пресуда Окружног суда у Крагујевцу бр. 29/86) који је покушао да убије аутопревозника са којим се претходно упознао у кафани и замолио га да га одвезе до задруге у оближњем селу.

(4) С. Фројд, *op. cit.*, стр. 207.

(5) Е. Т. Соколова, *Мотивација и воспријатие в норме и патологији*, Москва, 1976, стр. 19.

(6) Б. Ја. Петелин, *Мотивација преступног поведенија*, "Советское государство и право", 4/1980, стр. 112; Б. С. Волков, *Мотиви преступлений*, издање Казанског универзитета, 1982, стр. 12.

Када су камионом стигли на договорено место, Р. Р. је ножем више пута ударио аутопревозника, избацио га из камиона и одвезао се са лица места. Окривљени је признао дело, међутим о мотивима није могао ништа да каже. Оштећени и сведоци нису могли да наведу могуће мотиве окривљеног.

У пракси је забележен случај пилота цивилног ваздухопловства који је у Загребу на улици срео непознату жену и тада је осетио неододљив импулс да је убије - што је и учинио.

Сазнање да је мотив сакривен и да учинилац не може да наведе никакве податке о њему и, са друге стране, немогућност планирања објективно могућих верзија о мотиву, не ослобађа суд од улагања напора у тражењу одговора на питање због чега је кривично дело извршено.

У наредном тексту ћемо изложити поједине типичне облике несвесних мотива кривичног дела у ужем смислу који се срећу у судској пракси и могу да представљају образац за објашњавање конкретних несвесних мотива кривичног дела.

Као једно од могућих објашњења на изглед немотивисаног понашања учиниоца, односно његових несвесних мотива, наведене су у криминалној психологији замењене радње. Њихова се суштина огледа у томе, да ако је првобитни циљ недостижан, лице несвесно тежи да га замени за други који је достижан. Извршењем "замењене" радње долази до смањења нервно-психичке напетости. Пошто насиље није предузето према лицу које је изазвало или допринело настанку конфликтне ситуације, него према неком трећем лицу, онда се то кривично дело погрешно карактерише као немотивисано (7).

За овакав став може да се наведе пример групе сеоских насилника из Железника који су једне ноћи пошли по селу да траже девојке које би силовали. Пошто је падала киша и нису могли да удовоље свом прохтеву, они су убили старца и старицу који су се враћали са неке свадбе. (Пример из збирке проф. В. Водинелића).

Преживљавањем конфликтне ситуације у којој не може да се реагује у складу са својим негативним емоционалним набојем, у личности долази до нагомилавања емотивне напетости. Лорензер истиче: "Ако се реакција сузбије, онда ефекат остаје повезан са сећањем. Понижења на која је узвраћено, макар и само речима, другачије се сећамо, него оног које је морало бити прихваћено... Садржајно неподношљив доживљај тутњи у несвесном" (8). Што се више одлаже експлозивно, емотивно пражњење, одложена реакција ће бити снажнија, и тада најмањи повод, са особом која није крива за претходно психичко стање, може да проузрокује експлозивно пражњење (аберација афекта) и извршење тешког кривичног дела, које ће, ако се посматра само у том уском просторном, временском и интерперсоналном контексту, бити необјашњиво за самог учиниоца, а и за суд.

У криминалној психологији се наглашава да замена објекта радње може да се одвија разним путевима. Као прво, путем генерализације понашања: тада се насилничко понашање не усмерава према лицу које је изазвало незадовољство преступника, већ према другим лицима, које

(7) Група аутора, редакција В. Н. Кудрјавцев, *Механизм преступного поведения*, Москва, 1981, стр. 72.

(8) A. Lorenzer, *Интимност и социјална патња*, Загреб, 1989, стр. 167-168.

су блиско повезана са њим (рођацима, познаницима итд.). Други случај замене објекта врши се путем тзв. асоцијација по сличности (на пример, ученик бесан на учитеља, цепа уибенике из тог предмета). Трећи пут замењених радњи састоји се у томе да се агресивност усмерава према лицу или према предмету који прво "дође под руку", а на коме може да се испољи агресивност (*abergatio objecti*) (9). (У Београду је кондуктер, који се стално свађао са путницима, нанео тешку телесну повреду путнику, који му се учтиво обратио са неутралним питањем). Четврти вид замењених радњи среће се када лице усмери агресију према себи (код самоубиства). Пети облик замењених радњи појављује се у ситуацијама када учинилац усмери своју агресивност према лицу које га је спречило да нападне извор фрустрације.

У вези са овим износимо пресуду Окружног суда у Крагујевцу К-70/88 којом је осуђен Р. Ђ. за кривично дело убиства из члана 47. став 2. КЗ Србије. Окривљени је критичног дана обилазио кафане у околини Тополе. У једној се, из безначајних разлога, посвађао са познаником који је седео за суседним столом. Пао је у "ватру", истрчао је до кола и донео два ножа која је тог дана понео на оштрење. Човеку са којим се посвађао је рекао: "Хоћеш ли да те кољем напољу или унутра?". Овај га није озбиљно схватио. Након краћег времена и још пар измењених увреда, пошао је према њему са ножем у руци. Рукама га је задржао ујак. Окривљени га је тада убо ножем у пределу груди, од чега је ујак умро. На суду је изјавио да се много каје што је убио ујака, није имао разлога да то учини јер су се увек лепо слагали. Изнео је да не зна зашто је то урадио и тражио је од суда да нареди вештачење мотива, у чему га је подржао и бранилац. Сведоци су потврдили да се са ујаком добро слагао. Вештак се није изјаснио о мотивима. Проглашен је урачунљивим и осуђен на максималну казну затвора, са констатацијом суда да је дело учинио без мотива. По нашем мишљењу, у овом су случају постојале замењене радње петог вида.

Зимбардо наводи да, у складу са фрустрационом теоријом агресије, до померања агресивности долази зато што објект који изазива фрустрацију истовремено и плаши лице, или пак зато што на њему није могуће применити одмазду из других разлога. Исти аутор указује да, уколико је мања сличност објекта према коме се предузима агресија са извором агресије, утолико је слабије померена агресија и непотпуније се остварује ефекат катарзе и обрнуто (10).

Као још једно од могућих објашњења "немотивисаног" понашања наводе се временски одложене реакције. Када, слично као у прошлом случају, због спољних препрека или противрадњи заинтересованих лица, учинилац не може одмах да задовољи формиран мотив, долази до фрустрације (11). Она се у том случају не разрешава путем преноса (замене) већ нешто другачије. На први поглед изгледа да се никаква реакција код субјекта није појавила, међутим она је само одложена и

(9) Група аутора, редакција В. Н. Кудрјавцев, *op. cit.*, стр. 72.

(10) P. G. Zimbardo, *Psychologie*, "Springer Verlag", Berlin, 1983, стр. 637. Под ефектом катарзе Zimbardo подразумева пражњење акумулисане агресивне тенденције и осећање унутрашњег растерећења (видети на стр. 633-634).

(11) Услед неуспешне замене примарне потребе за задовољењем, секундарним принципом реалности.

прикривена. Безначајан повод може да изазове снажну раздраженост и код лица се формира мотив криминалног понашања. У суштини, у тим случајевима се мотив из прошлости сада преноси у будућност. Међутим, неретко при истраживању траже се мотиви кривичног дела само из времена које је близу извршења, и природно они се не налазе. Отуда се и ствара мишљење о немотивисаности таквих кривичних дела (12).

У случају немогућности задовољавања важних мотива за личност, долази до фрустрације. По француском психологу Fressu, тада се формирају две врсте мотива, често и на нивоу подсвесног. Први мотив је онај који није могао да буде задовољен и због кога је дошло до фрустрације личности, а други мотив се најчешће формира на нивоу подсвесног, за превазилажење (отклањање) фрустрирајућег стања. Као последица тога долази до повећања раздражљивости личности, што може да се оконча агресивношћу према лицу које није допринело фрустрирајућем стању учиниоца. Ово може за суд да изгледа као кривично дело без повода (13).

Особе које нису окорели кривци, у уобичајеној, за њих редовној ситуацији понашају се у складу са навикнутим моделом, међутим, у ванредним околностима могућа су одступања. У нормалној ситуацији личност се по правилу понаша у складу са својим општим системом вредносних оријентација. Када се постави питање задовољења различитих мотива, предност даје онима који су за њу вреднији и кориснији, посматрано дугорочније. Деструктивне, агресивне и друге мотиве који нису у складу са њеним општим социјално-позитивним системом вредности, она не задовољава, већ их потискује и одлаже, што произилази из формиране хијерархије диспозиција мотива (14). Човек зна да је на неку баналну увреду за њега боље и корисније да не одговара и не задовољи емотивно-негативни набој који се формирао као реакција на увреду, јер је то у интересу општих и трајнијих интериоризираних друштвених вредности. Међутим, у изразито конфликтној ситуацији, напуњеној снажним негативном афективним набојем, тај систем се по неки пут руши и личност (поготову ако је нервно лабилна, жустрог темперамента и слабих "кочница") реагује одмах на задовољење мотива који се формирао као реакција на конфликт иако то није у интересу личности, нити је у сагласности са њеним општим системом вредности, а да она ни сама не може да објасни своје мотиве за извршење кривичног дела, јер је, како искрено тврди увек била непорочна. Експериментални психолози су доказали да уколико се особа налази у стању стреса или фрустрације код ње долази до регресије на раније научене моделе понашања (15). Раније научени модели понашања су, по правилу, мање социјализовани и личност их је у току развоја превазишла, тако да регресија у суштини условљава неадекватну реакцију у односу на општи систем вредности личности. Зелинскиј овај феномен

(12) Група аутора, редакција В. Н. Кудрјавцев, *op. cit.*, стр. 74.

(13) Група аутора, редакција В. Н. Кудрјавцев, *Криминалнаја мотивација*, Москва, 1986, стр. 132.

(14) Примарни принцип задовољења бива инхибиран и доминацију преузима секундарни принцип реалности. У вези са овим видети: И. Настовић, *Дубинско-психолошки дијагностички практикум*, "Дечје новине", Г. Милановац, 1989, стр. 91-92.

(15) Н. Ј. Kornadt (редактор), *Aggression und Frustration als Psychologisches Problem*, Darmstadt, 1981, стр. 123.

објашњава постојањем различитих нивоа регулације делатности. Хијерархијски нижи ставови, мада су релативно аутономни, зависни су од општих. У зависности од социјалног значаја радње и психичког стања индивидуе, водећа мотивациона улога припада једном или другом степену саморегулације. У стресним ситуацијама долази до распада диспозиционог система, а као резултат се појављује повећан утицај ставова на нижој хијерархијској равни и врше се недовољно свесне радње које противурече вредносним оријентацијама личности, што може да буде производ несвесних или неадекватних мотива (који не одговарају поводу) (16).

Несвесни мотиви се срећу, као покретачи криминалне радње, и код импулсивних деликата. Учиница не може да објасни због чега је извршио кривично дело, или пак његово објашњење указује на неадекватне мотиве.

Као пример за импулсивне деликте Зелинскиј наводи случај двојице аутомеханичара који су бензином чистили металне делове на машинама. За време одмора сели су један поред другог уз зид радионице. Један од њих је издадио упаљач да упали себи и другу цигарету, а када је видео да је радна одећа друга на једном месту натопљена бензином, шалећи се, питао је: "Хоћеш ли да те запалим?", на шта је овај у шали одговорио: "Можеш". Радник који је држао упаљач на то је принео ватру оделу и запалио га. Запаљеном раднику је једва спасен живот (17).

Веома интересантан пример импулсивних радњи преноси Меграбјан. За време рата у некој јединици Совјетске армије служио је млади лекарски помоћник који је волео да се шали са својим друговима тако што им је прилазио не приметно иза леђа и подражавајући нацисте громко би узвикнуо: "Хаил" изазивајући тиме метеж. Једном, када је отишао у штаб суседне војне области, видевиши групу непознатих официра и војника, скочио је са коња и снажно узвикнуо: "Хаил!". Сви су се ухватили за оружје осим двојице, који су муњевито устали, испружили руке и громко узвратили: "Хаил!". За њих је утврђено да су убачени непријатељски агенти који су се издавали за совјетске офицере (18).

Импулсивне радње су постојале и у случају Н. Д. (пресуда Окружног суда у Крагујевцу бр. 70/87) који је убо ножем свирача из оркестра на једној свадби, зато што му је сипао вино за врат док је седео за столом окренут леђима музици.

Schewe, а и други аутори одређују импулсивну радњу као и понашање које је покренуто непосредно актуелизованим подстреком (19). Услед изненадности ситуације и споља испровоциране потребе за деловањем, личност није у стању да спозна своје мотиве и да одабере за њу оптималан начин реакције. Мотиви и одабрана реакција (стил реакције) потичу из оних основних ставова личности којих она по правилу није свесна.

Wishnie и други аутори истичу, да импулсивном антисоцијалном акту често доприноси хронично осећање љутине и потреба за осветом,

(16) А. Ф. Зелинскиј, *Криминологические и уголовно правовые аспекты неосознаваемой психической деятельности*, "Советское государство и право", 9/1984, стр. 55.

(17) *Ibid.*, стр. 55.

(18) А. А. Меграбјан, *Личност и сознание*, Москва, 1978, стр. 143.

(19) G. Schewe, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, Lübeck, 1972, стр. 88.

смањено самопоштовање и компензирајућа тежња за важењем (20). Зелинскиј наглашава да се у зависности од тога које је стање личности условило слабљење свесне контроле понашања, могу разликовати четири врсте импулсивног делања: 1. кривична дела у стању дубоке алкохолисаности; 2. кривична дела у стању афекта; 3. кривична дела лица која се налазе у болесном или уморном стању и 4. лица која се налазе у временском теснацу услед конфликтне ситуације (21).

Као посебна врста импулсивних деликата појављују се тзв. моно-маније (клептоманије, пироманије и сл.). Учиница, по правилу, не може да објасни због чега осећа неодољиву потребу за одузимањем туђих ствари или подметањем пожара. Оне произилазе из болесне психе која је карактеристична за психозе или психопатије. Учесталост њихових појава у пракси указује на велики значај проучавања ових феномена за кривично правосуђе.

В. Водинелић је писао о извршењу кривичних дела која су настала као производ омамљености након буђења из сна. Мотив за настанак тих дела формиран је у сну или непосредно након буђења, када се потпуна свест још није повратила. Настанак ове врсте мотива је последица наглашено актуелног садржаја сна, општег стања личности у време његовог одвијања (психичке трауме, несигурности, органских сметњи и болести) и наступања околности пре буђења на које личност није навикла (22). Од бројних примера које износи В. Водинелић, преносимо само један.

Х се бојао личне освете и држао пиштољ на ноћном ормарићу. У ноћи је сањао да га напада његов лични непријатељ, па је у сну јечао. Мати је устала да види шта је са сином, а он је зграбио пиштољ и убио је (23).

Као посебан вид несвесних мотива кривичних дела у ужем смислу, у пракси се повремено појављују и мотиви за извршење кривичног дела који произлазе из несвесног осећаја кривице. С обзиром да је раније учинио неко дело које је дубоко у супротности са учиниочевим моралним назорима (Супер-егом), код њега се појављује снажан осећај кривице и потреба за казном и испаштањем. Услед тога врши кривична дела (и што је карактеристично за ову врсту учинилаца: сам се пријављује или пак на други начин настоји да буде откривен, што произлази из несвесне потребе за самоодавањем) да би након осуде и упућивања на издржавање казне осетио привремено олакшање. Приказујући ове мотиве Настовић истиче да, иако се испитаник сећа трагичног догађаја који је довео до осећања кривице и потребе за казном, ипак су и осећање кривице и потреба за казном несвесни, пошто је повезаност тог догађаја са њима (која и крије њихов смисао) несвесна (24).

(20) Види и I. Weiner - A. Hess, *Handbook of Forensic Psychology*, New York, 1987, стр. 238.

(21) А. Ф. Зелинскиј, *op. cit.*, стр. 54-55.

(22) В. Водинелић, *Кривично право, криминалистика и сан*, "Наша законитост", 3/1981, стр. 325; *Криминалистика, откривање и доказивање*, Скопје, 1985, стр. 1024.

(23) *Ibid.*

(24) И. Настовић, *op. cit.*, стр. 298; У наведеном делу Настовић подробно приказује психолошко вештачење ових мотива на једном случају који се појавио у нашој судској пракси. Тај случај, као и вештачење мотива, изложили смо у нашем чланку: *Несвесни мотиви кривичног дела*, ЈРКК, 1-2/1992, стр. 111.

На крају, потребно је указати да постоје личности чије је опште устројство подложније деловању и управљању од стране несвесних мотива. Неке особе су склоније импулсивном, пренаглашено-емотивном понашању, мање су у могућности да прихвате и да се помире са тренутним незадовољењем одређених потреба. Њихову структуру личности карактерише пренаглашен егоцентризам и нарцисоидност, а на другој страни слабије вољне особине и моралне кочнице. У психологији и карактерологији се говори о импулсивном карактеру кога одређује динамичан тип нервног система са преовладавањем раздражљивости над процесима кочења (25). У процесу доношења одлуке запажа се смањена способност оријентације, склоност ка ризику и минимализација функције самоконтроле (26). Њихову мотивациону структуру карактерише реактивност; дају предност задовољењу тренутних мотива у односу на дуготрајне (27).

Сличне овим личностима су и особе са такозваном негативном социјалном аутоидентичношћу. Основна њихова тенденција изражава се у несвесном избегавању социјалне идентификације и социјалне контроле (28). Код њих се чешће срећу понашања подстицана антисоцијално усмереним мотивима.

III. ПОГРЕШНО ТУМАЧЕНИ МОТИВИ

Поред ситуација када учинилац не може да пружи никакве податке о томе због чега је извршио кривично дело, постоје и такве када он није свестан правих мотива и истинске покретаче погрешно тумачи. Учиниолац мисли да је дело извршио из једних мотива, а у стварности је посредни други мотив или је у питању сноп мотива, а он свих покретача свог криминалног понашања није свестан. Треба нагласити да и код погрешно тумачених мотива подсвесни процеси играју велику улогу, јер они најчешће пресудно утичу на погрешну процену правих мотива, али ове ситуације издвајамо из тактичко-процесних разлога. У раније изложеним ситуацијама учинилац није могао да наведе никакве податке о својим мотивима и то представља једну тактичку ситуацију, а када учинилац може да наведе податке о својим мотивима (а они су погрешни и непотпуни) имамо другу процесно-тактичку ситуацију. У другом случају суд мора да крене у истраживању пре свега од информација које му је навео окривљени. Постоји још једна битна разлика између несвесних мотива кривичног дела у ужем смислу и погрешно тумачених мотива. Несвесни мотиви кривичног дела у ужем смислу појављују се увек само као психички покретачи криминалног делања учиниоца којих он није свестан. Значи они су психички узрок кривичног дела. Погрешно тумачени мотиви се у кривичном поступку

(25) Weiner-Hess (*op. cit.*, стр. 238.) истичу да су већина импулсивних учинилаца расли у дезорганизованим породицама и социјалном окружењу, због чега те мале групе показују знаке емотивне деструкције (недостатак блискости), тако да је у њима социјализација отежана, као и изграђивање самопоштовања и персоналне интеграције.

(26) Г. С. Никифоров, *Самоконтрол човека*, Ленинград, 1989, стр. 45.

(27) О. Овчинникова, Е. Насиновскаја, Н. Иткин, *Гипноз в експерименталном иследовании личности*, Москва, 1989, стр. 152.

(28) Група аутора, редакција Кудрјавцев, *Криминалнаја мотивација*, стр. 174.

појављују у два вида. Као прво, погрешно тумачени мотиви могу да представљају психички узрок кривичног дела. Зато што је личност своју актуелизовану потребу проценила у непотпуном, искривљеном облику, није могла да одабере ни прави циљ њеног задовољења, па је због тога дошло до извршења кривичног дела.

Радник је годинама радио послове без заштитне маске и употребе заштитних уређаја на раду. Уведене су измене у технологији процеса производње и нова опрема је налагала коришћење заштитне маске и још неких сложених система заштите. Радник је користио само неке мере заштите, између осталог није носио заштитну маску, због чега није могао да реагује у једној ситуацији, па је дошло до тешке хаварије и људских жртава (извршио је кривично дело из члана 194. у вези са чланом 189. став 2. КЗ Србије). У кривичном поступку се бранио да није носио заштитну маску зато што га је од ње бодела глава и није могао добро да ради. Међутим, прави мотив неношења маске је била навика да ради без ње, тенденција ка конформном понашању, односно навикнути програм понашања и неспремност да се уложи напор за његову промену (29).

Посебан вид погрешно тумачених мотива среће се када су учиниоца на извршење кривичног дела покренули други мотиви а не они које он наводи, јер је дошло до потискивања и рационализације правих покретача криминалне радње. Овде се погрешно тумачени мотиви не појављују као узрок кривичног дела, већ само као погрешна интерпретација правих криминалних мотива (30).

У криминалној психологији се наглашава да када радњу кривичног дела покреће већи број мотива (сноп мотива) учинилац често није свестан свих, и неки тада делују са нивоа свести а други из подсвести (31). Често најснажнију динамичку снагу имају управо несвесни мотиви, тако да учинилац погрешно или непотпуно процењује разлоге због којих је извршио кривично дело. "Познавање тих несвесних мотива је веома важно у практичној анализи личности те је јасно да за разумевање поступка једне личности, нарочито оних на први поглед апсурдних, није довољно познавање само оних мотива које она наводи, него и оних дубљих којих та личност ни сама није довољно свесна" (32). У оквиру снопа мотива, може да буде најснажније деловање несвесних мотива, ако они одражавају суштински однос личности према кривичном делу и према жртви. Међутим, пошто се тај стварни однос не уклапа у идеалну слику о самом себи и индивидуалној потреби за самоцењењем, прави мотиви бивају потиснути у подсвест и у садејству са другима, који су чак можда мање значајни и којих је учинилац свестан, дају снажну покретачку (динамичку) снагу криминалном понашању. Суд може да посумња у то да су сви мотиви у оквиру снопа

(29) Schewe је указивао да спремност на реаговање услед раније постављеног плана и навике, у измењеним околностима, доводи до неадекватног понашања. Види: G. Schewe, *op. cit.*, стр. 111.

(30) Желимо да нагласимо да у овом раду нећемо разматрати случајеве када окривљени даје лажне податке о својим мотивима да би смањео кривичну одговорност, пошто то излази из оквира ових разматрања.

(31) Група аутора, редакција Кудрјавцев, *op. cit.*, стр. 170.

(32) Ј. Вељковић, *Увод у менталну хигијену и социјалну психологију*, Београд-Загреб, 1967, стр. 20.

мотива утврђени када, ценећи објективни значај наведених мотива и њихову субјективну вредност коју имају за личност учиниоца, закључи да они ипак нису довољно подстицајан разлог за извршење тако тешког и на тако свиреп начин извршеног кривичног дела од стране конкрет-ног учиниоца. Поводом давања одговора на оваква питања треба се чувати грешке на коју указују поједини аутори: "Безмотивност кривичног дела неретко настаје као последица примитивног постављања истражитеља на место извршиоца кривичног дела. Произилази тзв. пројекција психе, тј. замена једног типа свести (учиниоца кривичног дела) другом (оперативца, истражног судије, сведока). То може да проузрокује озбиљне грешке у анализи реалног психичког механизма кривичног дела. За судију се такво понашање јавља као несхватљиво, бесмислено, те услед тога "немотивисано" (33).

Веома значајну врсту погрешно тумачених мотива представљају подсвесно или свесно улепшани, рационализовани стварни мотиви. Dettenborn-Fröchlich наглашавају да учинилац може свесно или несвесно да улепшава стварне мотиве из којих врши кривично дело да би сачувао донекле идеалну слику коју има о себи. То се дешава када личност учиниоца није још путпуно попримила асоцијалне и анти-социјалне вредносне оријентације (34). Процес подсвесног улепшавања и мењања стварних мотива кривичног дела је често неопходан са аспекта очувања душевног здравља учиниоца кривичног дела, који је до његовог извршења живео поштеним животом и тај се психички механизам у психологији зове психилошка заштита (35).

Процес подсвесног улепшавања и рационализације извршеног кривичног дела, који се одвија у личности учиниоца, је на најбољи начин описао R. Grassberger. Аутор истиче да се тај механизам најчешће среће код примарних криваца (убица из љубоморе и афективних учинилаца кривичних дела). Основа рационализације мотива кривичног дела налази се у снажном кајању учиниоца због кршења моралних начела, која имају јако високо место у систему његових моралних вредности (36). Као природна реакција психе на такво стање је потискивање најнепријатнијих чињеница из комплекса злочина, које се у највећој мери косе са моралним начелима која су неприкосновено важила до извршења кривичног дела. Упоредо са процесом потискивања у подсвест, односно заборављања најнепријатнијих садржаја, долази до подсвесног преображавања чињеница које су највише у сукобу са моралним схватањима учиниоца (37). Овај процес је Ниче описао на следећи начин: "Учинио сам то вели моје памћење. То ја нисам могао учинити, каже мој понос и остаје неумољив. Најзад - памћење попусти" (38).

(33) Група аутора, редакција Кудрјавцев, *Механизм преступного поведения*, стр. 71.

(34) H. Dettenborn-H. Fröchlich, *Psychologische Probleme der Täterpersönlichkeit*, Berlin, 1971, стр. 125-126.

(35) Психолошка заштита се појављује као тенденција човека да сачува првобитно мишљење о себи и састоји се у одбацивању или искривљавању информација које би могле да га спрече у том настојању. Види: Р. М. Грановскаја, *Елементи практической психологии*, Ленинград, 1984, стр. 206.

(36) R. Grassberger, *Psychologie des Straferfahrens*, "Springer Verlag", Berlin, 1968, стр. 157.

(37) *Ibid*, стр. 159.

(38) Цитирано по С. Фројду, *op. cit.*, стр. 206.

Фром пише о три облика потискивања садржаја који су у супротности са вредносним оријентацијама личности. Они су веома значајни за наше излагање јер се често срећу у форензичкој пракси: као прво, потискује се свест о чињеницама под условом да противурече одређеним идејама и интересима за које личност не жели да буду угрожени; други облик потискивања лежи у памћењу одређених аспеката неког догађаја, а не неких других; трећи облик потискивања је онај у коме се не потискује чињеница него њено емоционално и морално значење (39). Grassberger наглашава да се процес олакшања властитог "Ја" одвија у два правца. Поред заборављања и потискивања болног догађаја, посебно значајну форензичку улогу игра и процес "оздрављења", који се састоји у механизму фалсификовања сећања који Grassberger назива изградња фиктивног света доживљавања (40). Као резултат тих подсвесних преживљавања, кратко време након извршеног кривичног дела, учинилац почиње да верује да је он у ствари жртва судбине, сплета необјашњивих догађаја, да његова кривица није толико велика или да чак уопште не постоји. Тежња ка фалсификовању истине у таквим случајевима је веома снажна и учинилац врло често сматра жртву, а не себе, кривим за извршено кривично дело (41).

Жена и ћеркица су побегле, за време Другог светског рата, у збег у El Shatu (док је отац остао у земљи) и после ослобођења остале да живе у Италији. После двадесетак година ћерка је преко Црвеног крста заказала сусрет са оцем. Он је у Београду изнајмио собу код "пезе" (подводиачице) и силовао ћерку. На издржавању казне, он је себе уверио да је она њега завела на милосни сношај.

Човек је, у наступу љубоморе, убио љубавницу ножем, у центру Београда (на Зеленом венцу). Задао јој је велики број убодних рана. У затвору је "побегао у душевну болест", уверивши себе да је она жива, те јој је свакога дана писао нежна љубавна писма. (Примери су из збирке проф. В. Водинелића).

Потребно је нагласити да је извршењу кривичних дела, код којих се срећу ови мотиви, често допринела неповољна ситуација дела и мањи или већи допринос жртве.

IV. НЕАДЕКВАТНИ МОТИВИ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Појам неадекватни мотив кривичног дела у науку су увели совјетски аутори, а карактерише га то да је претпостављени или наведени мотив у очигледној супротности са тежином извршеног кривичног дела (42). Код ових мотива личност је спознала актуелизовану потребу (или најчешће само њен део) али, због своје психопатске или неуротске структуре личности, та потреба има за њу толику вредност да је уопште не упоређује са тежином и друштвеном штетом последица које ће након њеног задовољења да настану.

(39) Е. Фром, *С ону страну окова илузије*, Загреб, 1984, стр. 94-95.

(40) R. Grassberger, *op. cit.*, стр. 159-161.

(41) *Ibid.*, стр. 160.

(42) Група аутора, редакција Кудрјавцев, *Механизм преступного поведения*, стр.

У Ђакову су за кафанским столом, у недељу пре подне, без конзумирања алкохола, седели момци и шалили се. Један од њих је у шали прелазео сламчицом преко ушне шкољке друга који је седео до њега. Овај се успротивио томе, лењо рекавши: "Немој да ме шкакљаш", међутим, пријатељ је наставио. Када, након другог упозорења, учињеног на исти лењ и флегматичан начин, младић није престао да га голица, овај је извадио нож и зарио га хладнокрвно, безосећајно до дршке. На суду се бранио речима: "Што ме је шкакљао!". У овом примеру се јасно види одсуство моралних кочница (*moral insanity*). (Пример из збирке В. Водинелића).

Индикативан је пример пензионера Р. М. из једне варошице у Шумадији (пресуда бр. К-68/88 Окружног суда у Крагујевцу). Критичног дана је његов син, након посла, нервозан дошао кући. Пошто ручак још није био спремљен, почео је да се препире са мајком. Затим је прегласно укључио касетофон. Када је мајка искључила касетофон, он је у бесу, хтео да га разбије. Пошто му она то није дозволила, дохватио је вазу са стола и гађао слику на зиду. Тада је отац отишао у другу собу, узео пиштољ, вратио се и уперео га у сина. На то је син почео да га моли да не пуца: "Тата, молим те, не пуцај, нећеш ме ваљда због тога убити!?". Отац је у бесу испалио три хица и на месту га убио. Вештачењем је утврђено да је окривљени био психички здрава личност. Соматски је био тежак шећерни болесник, што је суд вредновао као олакшавајућу околност.

Наводим и пример П. Д. (пресуда Окружног суда у Крагујевцу К-4/85) који је изазвао тучу и ножем убо оштећеног зато што је додавао певачици у кафани. Са оштећеним, а и са певачицом, се није одраније познавао. Настанку неадекватног мотива је допринело и стање алкохолисаности у коме се налазио.

Код неадекватних мотива, одлучујући динамизирајући фактор представљају подсвесни процеси који произлазе најчешће из неуротске или психопатске структуре личности, а коју карактерише висок степен егоцентризма. О овој врсти мотива у криминалној психологији се истиче следеће: "Ово су нарочито индивидуални мотиви који очигледно не одговарају поводу који их је условио. Они су нетипични, тј. нису карактеристични за одређене ситуације, већ за одређене личности. Због тога се неадекватни мотиви неретко сматрају синонимом одсуства видљивог (истинског) мотива. Сама радња карактерише се као немотивисано извршење кривичног дела. Међутим, стварни мотиви извршења кривичног дела постоје и у овим случајевима" (43).

Иза неадекватних мотива, крију се истински несвесни мотиви који имају основу у две врсте фактора. На првом месту треба нагласити постојање неуротске или психопатске структуре личности. "Међутим, за самог учиниоца кривичног дела такво делање није случајно. Читава суштина овог проблема је у негативној социјалној усмерености личности "изнутра" већ сазрелој за извршење кривичног дела. То се може објаснити тиме да претпоставке које опредељују садржај мотива наступају не толико као спољни поводи или стимули, колико као унутрашње стање искривљене моралне свести. Они у суштини представ-

љају настојање доказати себе у сопственим очима, и очима других људи, било којим средствима, па и извршењем кривичног дела. Сиромаштво и деформисаност социјално-психолошког садржаја личности, те непроцењивање могућих последица дела, доводе учиниоца до извршења насилничког акта (44)."

Поред психопатске структуре личности коју карактерише егоцентризам, нарцисоидност, егоизам и често комплекс ниже вредности који тражи самодоказивање, што представља трајније особине личности и обавезан услов за настанак ових дела, као други услов за формирање неадекватних мотива, по нашем мишљењу, јавља се трајнија фрустрација која се темељи на депривацији неких, за личност важних потреба и која је постојала пре извршења кривичног дела. Велики проценат учинилаца кривичних дела са претпостављеним или наведеним неадекватним мотивима су пре његовог извршења и поред такве структуре личности релативно нормално социјално функционисали, релативно успешно и без већих проблема обављали све функције (пословне, породичне, политичке), тако да само дело и неадекватни мотиви из којих је учињено, често представљају велико изненађење за људе из социјалне околине који су одраније познавали учиниоца.

Дуготрајна фрустрација и немогућност подмирења потреба, од којих су многе биле деформисане, али задовољаване кроз друштвено прихватљиве форме, може да доведе до акумулисања агресивности и негативног емотивног набоја, што ствара диспозицију за пуцање вештачки одржаваног и слабог система социјалне усклађености такве личности.

У време монетарног хаоса и огромне (мега) инфлације (крајем 1993) у једној београдској банци човек чека у реду испред шалтера да би подигао плату. Када је већ дошао на ред, испред њега се убацује човек који се познавао са банкарском чиновницом. Новопридошли и чиновница га моле да мало сачека, изнесећи да ће и за њега бити новца. Овај пристаје. Благајница исплаћује новац грађанину који се убацио преко реда. Одмах затим на ред за исплату долази грађанин који је уредно чекао у реду. Благајница му саопштава да нема више новца у благajни и да га не може исплатити. Овај, у бесу, вади пиштољ и убија човека који се убацио преко реда.

Wegener истиче да се у савременој судској психологији и криминалној психопатологији усвојило мишљење да афективна кривична дела (а дела из ових мотива су најчешће таква) карактерише постојање предисторије у којој се запажа кумулисање афекта и постојање инкубационог времена у коме се постепено формира унутрашња спремност учиниоца за извршење агресивног деликта. Један објективно мали повод је довољан да, као варница у бурету, изазове катастрофу (45).

За правилно разумевање неадекватних мотива кривичног дела и процену виности учиниоца неопходно је анализом обухватити однос учинилац-жртва, као и временску перспективу кумулисања фрустрације. Неадекватне мотиве карактерише то да жртва својим понашањем није подстакла извршење тако тешког кривичног дела. Значи допринос жртве не постоји, а ако постоји он није ни приближно адек-

(44) *Ibid.*, стр. 71-72.

(45) H. Wegener, *Einführung in die Forensische Psychologie*, Darmstadt, 1981, стр. 87.

ватан реакцији учиниоца. На другој страни, суд мора однос учинилац-жртва да посматра у укупном временском интервалу њихових међусобних интеракција, а не само у време извршења дела и евентуално непосредно пре његовог извршења, да не би изгубио из вида ефекат кумулације афекта. Од ових кривичних дела и њихових мотива треба оштро разликовати кривична дела која су настала како резултат дуготрајних поремећених односа учиниоца и жртве, што је карактеристично за дубоко нарушене породичне, комшијске и пословне односе. Овде се мотив за извршење кривичног дела формира у дугом временском периоду (у науци се ови мотиви називају дуге мотивације) као резултат негативних интеракција између жртве и учиниоца (жртва кињи, вређа, понижава, физички малтретира учиниоца). У овим случајевима жртва својим понашањем условљава дуготрајну фрустрацију и кумулацију афекта у личности учиниоца. Непосредан повод за извршење кривичног дела може да буде безначајан, али дело није извршено из неадекватних мотива, јер се он дуготрајно формирао и релативно је адекватан укупном доприносу жртве.

На другој страни треба имати у виду да ови истински несвесни мотиви који су довели до извршења кривичног дела могу да указују и на постојање латентне психозе, која се извршењем дела испољила.

Као посебна врста неадекватних мотива појављују се мотиви кривичних дела малолетника, посебно из области агресивне, али и имовинске делинквенције, коју они врше да би се доказали пред својим вршњацима и пред собом.

Познат је пример малолетника који је вршио провалне крађе сам или у оквиру једне групе малолетних делинквената. За време вршења провалне крађе у робној кући, милиционар га је сачекао на улазу и позвао да се преда. Мада је могао да побегне на другу страну, да би се доказао пред друговима, он убија милиционера.

(Примљено 5. марта 1994)

dr. Branislav Simonović

Assistant Professor of the Faculty of Law in Kragujevac

TYPES OF INVOLUNTARY MOTIVES OF CRIMINAL OFFENCES

Summary

The author distinguishes between three types of motives of criminal offences appearing in judicial practice, namely: (a) involuntary motives in restricted sense, where the perpetrator is unable to state any data concerning the reasons for committing the criminal offence; (b) erroneously interpreted motives, where there is unconscious rationalization of genuine motives; and (c) inadequate motives, where the inducement and the degree of seriousness of the criminal offence are in open conflict.

The author analyzes various forms of appearance of the basic types of involuntary motives of criminal offences, while pointing out at causes of their origin. This is illustrated by examples of judicial practice, and followed by elaboration of ways of determination in this matter in criminal proceedings.

Key words: Criminal offence. - Involuntary motive. - Types of motives.

Branislav Simonović

Charge de cours à la Faculté de droit de Kragujevac

LES TYPES DES MOTIFS INCONSCIENTS DE L'ACTE CRIMINEL

L'auteur repartit les motifs des actes criminels apparaissant dans la pratique des tribunaux en trois types: a) les motifs inconscients de l'acte criminel, au sens restreint, chez lesquels l'auteur n'est capable de fournir aucune donnée sur les raisons pour lesquelles il a commis cet acte; b) les motifs interprétés de manière erronée chez lesquels on rencontre la rationalisation inconsciente des véritables motifs; et c) les motifs inadéquats chez lesquels la raison et la gravité de l'acte criminel sont en disproportion évidente. L'auteur présente les diverses manifestations des principaux types des motifs inconscients des actes criminels, il dégage les causes de leur apparition, il expose des exemples pris dans la pratique des tribunaux et les modalités de leur établissement au cours de la procédure pénale.

Mots clé: - Acte criminel. - Motif inconscient. - Types des motifs.

др Љубиша Станојевић,
помоћник директора МП Пословни простор "Врачар"

*"Нема тих правних података који могу
да замене једно правно мишљење".*

ДА ЛИ ЈЕ МОГУЋА КОМПЈУТЕРСКА СИМУЛАЦИЈА У ПРАВУ?

Досадашњи развој примене рачунара у праву углавном се позиционирао у два корпуса истраживања и то први: развој и имплементација правних информационих система и други: развој експертних система у праву. Ова два подручја примене рачунара у праву углавном су обележила последњих двадесетак година истраживања, што је умногоме побољшало ефикасност резултата истраживања, али и умањило разнолику биопсију примене рачунара у праву. Једна од области која је остала "запуштена" је свакако област примене рачунара у симулацији права. По броју радова посвећених овој проблематици може се сасвим извесно идентификовати мали број радова који делимично или кроз маргиналне илустрације обрађују ову тему. Очигледно, ради се о новој области у истраживању права - компјутерској симулацији права, стога овај прилог пре свега представља минијатурни покушај успостављања и разматрања могућности примене ове области истраживања у праву.

Логичан почетак оваквих - базичних разматрања је покушај дефинисања појма симулације, а с тим у вези и одређење предуслова дефинисања симулације у праву.

За потребе нашег истраживања наводимо дефиницију симулације која се чини универзално применљивом (1), а која гласи: симулација је "оперативна репрезентација (редукованој и/или симплификованој форми) релација између социјалних јединица (физичких, правних лица, институција, држава и сл. Љ. С.) путем симболичних и/или реплицираних (поновљених) компонентних делова" (2).

Из датих дефиниција јасно је да симулација подразумева систем, у нашем случају правни систем, који се оперативно представља путем модела (правног модела) и који се након тога путем програма симулира.

(1) Guezkow, Harols, *A Use od Simulation in the Study of Inter-Nation Relations*, Behavioral Science, 4:3 (July, 1959), стр. 183-191.

(2) Поред ове дефиниције поменимо и дефиницију професора J.S. Huntera са Принстонског Универзитета, која гласи: "Симулација је нумеричка техника извођења експеримената помоћу математичких модела, који описују понашање комплексног система уз подршку компјутера за екстензивне периоде." Или дефиницију Dinnа Zinnas, која следи: "Симулација је средство одређивања структурно-функционалне конструкције система, путем репрезентације суштинских карактеристика, путем дедуктивних и/или аналогних метода."

Упрошћено речено симулација је *еквивалентна моделирању* (3). Међутим, један од разлога за конструкцију симулационог процеса лежи у одређивању импликације модела програмским путем. Тако, можемо рећи да програмске претпоставке са резултатима конституишу модел.

Уколико сада узмемо поменуте дефиниције симулације симултано (мисли се на оба дела дефиниције), можемо закључити да је симулација *форма динамичког модела*, тј. симулација начин или метод анализирања скупа динамичких претпоставки. Уобичајено, симулација се користи када аналитичка решења нису могућа. Као таква, методологија симулације се пре схвата као естимација него комплетно решење. У том смислу симулација је пре нумеричка анализа карактеристика динамичког модела у времену, што имплицитно омогућује истраживачима да интуитивно претпоставе генерално понашање система. Наравно, поред овога, аналитичко решење је пожељно, јер пружа информације о разним атрибутима система у времену.

Закључимо, појам симулације се односи на конструисање динамичког модела у сврху доношења закључка, када аналитички резултати нису могући.

Покушајмо да дефинишемо један модел који представља неки феномен права. Рецимо "уколико су казне ригорозније, број прекршаја је мањи".

Ова реченица је послужила као основа за модел који су радили Vito и Voltera, а који је заснован на претпоставци о борби за опстанак у затвореном окружењу. За потребе нашег рада "борба" се води између два ентитета: број (интензитет) казни и другог - број прекршаја. Нека је $N_1(t)$ број прекршаја, и $N_2(t)$ (интензитет) казни, у времену t . Ако је N_2 ниског интензитета, тада се N_1 повећава, иницирајући повећање N_2 . Ово повећање у N_2 је праћено, по претпоставци модела, смањењем у N_1 , које опет са своје стране проузрокује смањење у N_2 .

Број ентитета оба феномена је $N_1 N_2$. Формално гледајући једна врста опада док се друга повећава.

Тако, следи систем једнакости:

$$dN_1/dt = aN_1 - bN_1N_2$$

$$dN_2/dt = -cN_2 + bN_1N_2$$

где су a , b , c , d све позитивне вредности. Дељењем прве једначине другом, интегрисањем и заменом, добијамо да је:

$$N_1 = x + c/d = x + p,$$

$$N_2 = y + a/b = y + q$$

што даје, како следи:

$$c \log(x + p) + a \log y + q - dx - dy = c$$

где је c интеграциона константа. После решења једнакости добија се елипса која описује периодичне варијације у феномену интензитета казни и броја прекршаја:

$$cx^2/p^2 + ay^2/q^2 = D$$

где је D константа. Период осцилација ближе координатном почетку је дат изразом $2\pi/(ac)^{1/2}$

(3) Анцић, Роса, *Општи принципи моделирања економских система*, бр. 1. Vol. XVI, 1982, стр. 62-63.

У сврху тестирања овог модела узећемо предетерминисане вредности и то, како следи:

N_1	N_2	a	b	c	d
1	1	.001	0.001	.003	.001
1	5	.01	.02	.03	.001
.5	1	.001	.001	.001	.001
.001	1	.1	.1	.3	.3
1	.001	.1	.1	.1	.1

Наравно, параметре можемо по вољи одређивати и пратити резултате на рачунару!

Да би јасно дефинисали теорију, која задовољава услов да садржи законе ентитета и релација између ентитета, модификоваћемо дате једначине у програмски језик QBASIC-у, путем кога можемо продуковати резултате за пет унапред датих вредности.

```
5 REM *** PROGRAM ZA SIMULACIJU VITO-VOLTERA JEDNAKOSTI ***
10 T=1; DN1=0; DN2=0
20 LPRINT "ODREDJIVANJE PARAMETARA ZA SIMULACIJU"
30 INPUT "UNESI VREDNOST ZA N1=";N1
40 INPUT "UNESI VREDNOST ZA N2=";N2
50 INPUT "UNESI VREDNOST ZA A=";A
60 INPUT "UNESI VREDNOST ZA B=";B
70 INPUT "UNESI VREDNOST ZA C=";C
80 INPUT "UNESI VREDNOST ZA D=";D
90 DN1=A * N1 - B * N1 * N2
100 DN2=-C * N2 + D * N1 * N2
110 PRINT "OVO JE SIMULACIJA MECHANIZMA REAGOVANJA NA PRAVNU
    NORMU";T
120 PRINT N1, N2, DN1/N2,DN2/N1
130 T=T+1
140 N1=N1+DN1
150 N2=N2+DN2
160 GO TO 90
```

Дати компјутерски програм јесте крајње упрошћена представка симулације у праву са бесконачном петљом, а добијени резултати указују да модел исправно прати дешавања која су му постављена и то, уколико је степен - интензитет казни већи мањи је број прекршаја - кривичних дела, и обрнуто.

Такође се може указати на појаву прелома, када драконске казне - (велики интензитет) генерише увећање прекршаја, значи обрнути ефекат, као и *vice versa* у случају када велики број прекршаја генерише убрзано повећање интензитета казни.

Модел и симулација указује да се однос ова два феномена пулсирајуће држи на еквилибријуму, где један и други феномен имају превагу у једном тренутку који генерише превагу другог, у другом тренутку времена дешавања.

Дати програм може послужити као илустрација и одређивањем вредности параметара: уношењем у програм може се, по добијеним вредностима, видети како модел ради. Због масовности података нисмо презентирали исте, али, уколико читалац има интереса, нека укуца дати програм у рачунар и покуша да одређивањем параметара по вољи сагледа механизам рада модела.

(Примљено 7. маја 1994)

*др Зоран Ивошевић,
судија Врховног суда Србије*

ЗАКЉУЧЕЊЕ И ДЕЈСТВО УГОВОРА

Коментар решења Врховног суда Србије
Рев. 3547/94 од 24.08.1994. године

Тужено трговинско предузеће је 20. новембра 1988. године објавило у новинама оглас којим нуди набавку ТАС-ових моторних возила, различитих марака и модела по фабричкој цени. Оно, иначе, није ексклузивни заступник произвођача тих возила. Тужиоци су се по овом огласу јавили представништву туженог, где им је овлашћено лице дало ближе податке о жељеним путничким возилима "Golf JXXD2" и објашњење о начину, односно условима продаје. Пошто су им ти подаци и објашњења одговарали, добили су од тог лица уплатнице и на рачун туженог предузећа уплатили читав износ цене за два возила. Ово није било праћено састављањем закључнице, фактуре или друге исправе. Првотужилац је уплату извршио 22. новембра 1988. године а друготужилац 25. новембра 1988. године. Није спорно да тужени ове износе није уплатио произвођачу и да тужиоцима возила нису испоручена. Тужено предузеће је неиспуњење обавезе правдало околnoшћу да је произвођач обуставио пријем уплата по постојећим ценама 24. новембра 1988. године (О обустави уплате постоје неслagaња, јер има извештаја по којима је од ње дошло тек 31. децембра 1988. године). Неприхватајући да је ова околност могла имати утицаја на обавезе туженог, тужиоци су поднели тужбу и тражили испуњење обавезе предајом уплатног или другог одговарајућег возила.

Нижестепени судови су одбили овај захтев јер су нашли да између тужиоца и туженог није успостављен уговорни однос продаје жељених возила, зато што се странке "нису сагласиле о битним елементима уговора".

Врховни суд је, решењем Рев 3547/94 од 24.08.1994. године, укинуо обе нижестепене пресуде и предмет вратио првостепеном суду на поновно суђење, указујући на околности које у поновљеном поступку треба да буду разјашњене и оцењене. Пошто су те околности правна питања која имају значај општих места у теорији уговора, овај коментар ће се њима и бавити.

1. Оглас као општа понуда

Врховни суд сматра непоузданим закључак нижих судова да се странке нису сагласиле о битним елементима уговора. Ево из којих разлога: "Тужени је у локалном листу 20. новембра 1988. године објавио оглас којим нуди набавку моторних возила, путничких и теретних, различитих марака и модела. Судови су, на основу члана 35. став 1. Закона о облигационим односима, оценили да ово не представља понуду. Притом су занемарили

одредбу о општој понуди из члана 33. Закона о облигационим односима, према којој: предлог за закључење уговора учињен неодређеном броју лица, који садржи битне састојке уговора, чијем је закључењу намењен, важи као понуда, уколико из околности случаја или обичаја не произлази што друго. Битни састојци уговора о продаји су, по члану 458. до 466. Закона о облигационим односима, ствар и цена. Пошто се из огласа јасно види да тужени "нуди" ТАС-ова путничка возила по фабричкој цени и пошто је неспорно да су тужиоци цену возила уплатили на рачун туженог, остаје нејасно из којих разлога судови нису применили члан 26. Закона о облигационим односима, по коме је уговор закључен кад су се уговорне стране сагласиле о битним састојцима уговора. Због тога се у ревизији основано указује на мане у погледу примене материјалног права".

Ревизијски суд изражава, дакле, озбиљну сумњу у став, да оглас у новинама није понуда. Тиме, на први поглед, иритира одредбу члана 31. став 1. Закона о облигационим односима да "огласи учињени путем штампе, летака, радија, телевизије или на који други начин, не представљају понуду за закључење уговора, него само позив да се учини понуда под објављеним условима". Али, само на први поглед, који је, мање или више површан. Поглед који продире у само језгро ове одредбе, открива да ова сумња није иритирајућа. Оглас се обраћа неодређеном броју лица, што је атипично за понуду која се, по члану 32. став 1. Закона о облигационим односима чини одређеном лицу, али ако садржи предлог за закључење одређеног уговора са свим његовим битним састојцима, онда представља општу понуду у смислу члана 33. Закона о облигационим односима, која може, ако се прихвати, да доведе до закључења уговора. Наравно, уколико из околности случаја или обичаја не произлази штодруго. Радње или поступци учесника облигационих односа треба да се процењују по њиховој садржини а не по формалном називу у који су инволвирани. "Закон о облигационим односима не предвиђа да се слање каталога и огласа може сматрати понудом уколико то проистиче из њихове садржине. Ипак, уколико би један конкретан акт слања каталога или огласа садржавао све потребне елементе понуде, без обзира што он носи назив каталог, тарифа, ценовник и сл., он би се имао сматрати понудом за закључење уговора (погрешно обележавање не шкоди - *falsa demonstratio non nocet*) (1)".

Општа понуда се најчешће чини излагањем робе са означањем цене, слањем проспеката са подацима о роби и цени сталним пословним партнерима и објављивањем општих услова за објављивање уговора по приступу, али се њени облици тиме не исцрпљују, тако да долазе у обзир и други начини. Један од њих је и оглас у новинама упућен неодређеном броју лица, уколико садржи предлог за закључење одређеног уговора са битним састојцима за пуноважност (2).

Да ли, у конкретном случају, оглас садржи елементе опште понуде? Чини се да садржи! Оглас је, по својој природи, обраћање неодређеном броју лица тако да је његова општост јасно заступљена. Закључак о томе да оглас садржи предлог за закључење уговора могао би се извући из околности да се њиме "нуди" набавка возила. Оглас садржи битне састојке уговора чијем је закључењу намењен, јер нуди ТАС-ова путничка возила по фабричкој цени, а ствар и цена су, по чл. 458. до 466. Закона о облигационим односима, битни састојци уговора о продаји. Најзад, не постоје околности ни обичаји, из којих би произлазило да овако учињена понуда, ако буде прихваћена, не води закључењу уговора у смислу члана 26. Закона о облигационим односима.

(1) С. Перовић, *Облигационо право*, 1980, стр. 269.

(2) С. Перовић у *Коментару Закона о облигационим односима*, I том, редактори С. Перовић и Д. Стојановић, 1980, стр. 201 и 202; Драшкић, *Закључење уговора о купопродаји*, 1972, стр. 31.

Све ово је утицало да се Врховни суд не сагласи са ставом нижестепених судова да уплатом цене возила на рачун туженог, није дошло до закључења уговора о продаји путничког аутомобила "Golf JXXD2" између тужилаца, као купаца, и туженог предузећа, као продавца. Укидајући обе пресуде, дао је следећа упутства: "Правилна примена материјалног права захтева да се у поновном поступку отклоне речени недостаци. Стога ће, при поновном одлучивању првостепени суд испитати карактер огласа објављеног у локалном листу са становишта његове садржине (а не само назива), како би оценио да ли представља општу понуду из члана 33. Закона о облигационим односима. Ако нађе да опште понуде ипак нема, оцениће да ли су странке постигле споразум о набавци возила по понуди тужилаца, који су после објављивања огласа ступили у контакт са овлашћеним лицем туженог".

Мада "нагиње" ставу да већ само објављивање огласа о набавци одређених возила по фабричкој цени представља понуду, Врховни суд не искључује допунска разјашњења која могу да доведу и до другачијег резултата. Зато тражи да се оцени да ли је, можда, до закључења уговора дошло по понуди тужилаца, који су, прочитавши оглас, дошли у представништво туженог предузећа и са овлашћеним лицем постигли споразум о набавци путничког возила марке "Golf JXXD2", под условима из огласа. У том споразумевању, улоге у закључењу уговора биле би промењене: тужиоци би функционисали као понуђачи а тужено предузеће, као понуђени. Исход споразума би опет довео до закључења уговора о продаји. Наравно, ако би обе стране биле у њему правилно заступљење. Али, то је већ следеће правно питање.

2. Пуномоћник по запослењу

Пошто су, у овом случају, возила набављали сами тужиоци, заступљеност купаца у закључењу уговора била је директна.

Што се продавца тиче његову заступљеност је персонификовало овлашћено лице туженог предузећа задужено за продају возила. Реч је о пуномоћнику по запослењу из члана 98. Закона о облигационим односима (3). Тај институт још није доживео пуну афирмацију иако је у пракси реалног живота врло присутан. Врховни суд указује на могућност примене овог института речима: "При оцени могућности споразумевања, ваља узети у обзир да су, по члану 98. Закона о облигационим односима, лица која раде на пословима чије је обављање везано за закључење одређених уговора, овлашћена да, као пуномоћници по запослењу, закључују уговоре којима се остварује делатност послодавца. Стога, ако су се тужиоци сагласили о битним састојцима уговора са лицем које код туженог обавља продају путничких аутомобила, онда је уговор између парничних странака настао".

Према члану 98. Закона о облигационим односима, лица која раде на таквим пословима чије је обављање везано за закључење и испуњење одређених уговора, као што су продавци у продавницама, лица која обављају одређене услуге у угоститељству, лица на пословима шалтерске службе у пошти, банци и слично, овлашћени су, самим тим, на закључење и испуњење тих уговора.

Пуномоћник по запослењу не стиче овлашћења на основу пуномоћја, већ на основу рада, односно послова који су му поверени. Пошто му послове, распоређивањем на одређено радно место по члану 18. Закона о радним односима, поверава пословодни орган, он га тиме, као законски заступник послодавца (предузећа, установе, задруге, банке, осигуравајуће органи-

(3) Д. Стојановић у наведеном *Коментару Закона о облигационим односима*, стр. 342; Б. Јовановић у *Коментару Закона о облигационим односима*, редактори В. Благојевић и В. Круљ, 1980. стр. 264 и 265; М. Васиљевић, *Трговачко право*, 1992. стр. 215.

зације и др.); и прећутно овлашћује да у име и за рачун послодавца закључује уговоре којима се ти послови реализују (прећутно пуномоћје).

Наведени примери (продавци у продавницама, радници на пружању одређених услуга у угоститељству, шалтерски радници у пошти, банци и сл.), не исцрпљују круг лица која имају положај пуномоћника по запослењу, већ служе да се та лица лакше идентификују и на свим другим пословима чије је обављање везано за закључење и испуњење одређених уговора. Они су, дабоме, помогли да се и у раднику туженог задуженом за продају возила, са којим су тужиоци преговарали, препозна пуномоћник по запослењу. Он обавља комерцијалне послове, за које се најчешће и везује ово својство. Али, пуномоћници по запослењу су и кондуктер, колпортер, аквизитер, инкасант, билетар, пијачар и свако друго лице, "коме је поверено вршење дужности из којих по редовном току ствари, проистиче и овлашћење за закључење одређених уговора или вршење других одређених послова у границама тих дужности (4)".

3. Продаја туђе ствари

Могућност продаје туђе ствари зависи од тога да ли уговор има облигационо или стварноправно дејство. Ако уговор има облигационо дејство, туђа покретна ствар може бити предмет продаје, пошто купац њиме стиче само право да захтева од продавца предају ствари а својину ће стећи тек са испуњењем ове обавезе. Уговор са оваквим предметом није ништав а продавцу остаје да испуњењем обе обавезе прибави својину да би је могао предајом ствари пренети на купца (5). Ако уговор има стварноправно дејство, продаја туђе ствари није могућна, јер се својина преноси самим уговором а продавац који је у моменту закључења уговора нема, не може је ни пренети на купца. Такав уговор је ништав (6).

Наш Закон о облигационим односима прихвата систем да уговор има само облигационо дејство. Отуда, по члану 460. овог закона, продаја туђе ствари обавезује уговарача, али купац који није знао или није могао знати да је ствар туђа, може, ако се услед тога не може остварити циљ уговора, раскинути уговор и тражити накнаду штете.

Имајући ово у виду, Врховни суд је упозорио: "Пошто у нас уговор има облигационо а не стварноправно дејство, предмет продаје може бити и туђа ствар уз обавезу продавца да је прибави и преда купцу. Ово произлази из члана 460. Закона од облигационим односима, по коме продаја туђе ствари обавезује, али купац који није знао или није могао знати да је ствар туђа, може, ако се услед тога не може остварити циљ уговора, раскинути уговор и тражити накнаду штете. Пошто тужиоци нису тражили раскид уговора, нема значаја околност што тужени није продао своја возила и што није ексклузивни заступник произвођача".

У овом случају, раскид уговора зависи искључиво од воље тужилаца, као купца. Они, међутим, то не желе. Инсистирајући на извршењу обавезе туженог, они су тужбу у овој парници и поднели. При оцени њене основаности мора се респектовати облигациони карактер уговора, који допушта да од тренутка закључења до тренутка предаје ствари продавац стекне својину на њој да би је могао пренети на купца, што представља погодност у трговинском промету (7).

(4) Опште узансе, узанса број 40. која такође познаје установу пуномоћника по запослењу.

(5) С. Перовић, *Облигационо право*, 1980, стр. 375, 535 и 536.

(6) С. Перовић, *Ibid*, стр. 376, 535 и 536.

(7) С. Перовић, *Продаја туђе ствари*, Правни живот, бр. 6-7/74, стр. 3 до 18; Д. Митровић у *Коментару Закона о облигационим односима*, II том, редакција С. Перовић и Д. Стојановић, 1980, стр. 35.

4. Консесуалност продаје

То што су се тужиоци и овлашћено лице туженог предузећа усмено (а не писмено) споразумели о набавци возила, не утиче на положај странака у спору. Уговор је консесуални правни посао а одређена форма је услов његове важности само ако је то изричито предвиђено. Зато Врховни суд и каже: "Према члану 67. став 1. Закона о облигационим односима, закључење уговора не подлеже никаквој форми, ако законом није друкчије одређено. С обзиром на то, за настанак обавезе довољно је да су се тужиоци и пуномоћник туженог по запослењу, споразумели о битним састојцима уговора, у смислу члана 26. Закона о облигационим односима".

Пошто не постоје прописи по којима продаја моторних возила подлеже одређеној форми, и за њу важи принцип консесуалности. Отуда је, према члану 26. Закона о облигационим односима, за настанак уговора о продаји моторних возила довољно да су се странке усмено сагласиле о битним састојцима уговора. Нема, дакле, значаја што усмени споразум није био праћен састављањем закључнице, фактуре или друге исправе. Она би, и да је сачињена, имала значај обичног доказа о закљученом уговору.

5. Дејство уговора и воља трећег

Дејства уговора се, у принципу, односе само на уговорнике. Пошто оно "што два уговоре трећега не веже", уговор се не може закључити на терет трећег лица, али може у његову корист.

Као што уговор не може да обавезе трећег, тако ни трећи не може утицати на дејство уговора. Опет, у принципу. Али, и ту има изузетака. Они се тичу одложеног или раскидног услова чије је наступање или ненаступање везано за вољу трећег лица.

У овом случају, уговорне стране такав услов нису утврдиле и то мора да буде пресудно за оцену да ли је промена режима набавке и увођење рока уплате од стране произвођача (као трећег лица) утицала на положај продавца. О томе Врховни суд каже: "Облигационо дејство уговора тиче се само странака које су га закључиле, јер уговори делују *inter partes*. Зато оно не може да зависи од воље трећег лица (макар оно било и власник), уколико то није утврђено као одложни, односно, раскидни услов, у смислу члана 74. Закона о облигационим односима. Отуда, ако приликом споразумевања о продаји возила није друкчије уговорено, промена режима набавке и увођење рока уплате, не може имати утицаја на обавезу туженог по закљученом уговору".

Према томе, ако уговорне стране извршење обавезе туженог предузећа нису условиле вољом произвођача возила, измена режима уплате и испоруке не може утицати на обавезу туженог да купљено возило испоручи тужиоцима. Ризик промене овог режима има да сноси само продавац, јер је он у обавези да од произвођача набави возило и преда га тужиоцима.

Тужиоци нису у правном односу са произвођачем возила па, стога, не могу носити штетне последице од његових пословних одлука. То не допушта ни логика релативности облигационог права.

ОДЛУКЕ ВРХОВНОГ СУДА СРБИЈЕ

Понуда и закључење уговора

Општа понуда може бити учињена и огласом, ако садржи битне састојке уговора чијем закључењу је намењена.

Уговор у име и за рачун правног лица може закључити и пуномоћник по запослењу.

Предмет уговора о продаји може бити и туђа ствар, али тада продавац преузима обавезу да је прибави и преда купцу.

Уговор се закључује простом сагласношћу воље ако законом није предвиђена одређена форма.

Воља трећег лица не може утицати на дејства уговора, уколико није утврђена као одложни или раскидни услов.

Из образложења:

"Нижестепени судови су закључили да између странака није успостављен уговорни однос продаје ТАС-ових путничких аутомобила марке "Golf JXXD2", јер се "нису сагласиле о битним елементима уговора".

Овакав закључак није поуздан.

Тужени је у локалном листу 20. новембра 1988. године објавио оглас којим "нуди набавку моторних возила, путничких и теретних", различитих марака и модела. Судови су, на основу члана 35. став 1. Закона о облигационим односима, оценили да ово не представља понуду. Притом су занемарили одредбу о општој понуди из члана 33. Закона о облигационим односима, према којој: предлог за закључење уговора учињен неодређеном броју лица, који садржи битне састојке уговора, чијем је закључењу намењен, важи као понуда, уколико из околности случаја или обичаја не произлази што друго. Битни елементи уговора о продаји су по члану 458 од 466. Закона о облигационим односима, ствар и цена. Пошто се из огласа јасно види да тужени "нуди" ТАС-ова путничка возила по фабричкој цени и пошто је неспорно да су тужиоци цену возила уплатили на рачун туженог, остаје нејасно из којих разлога судови нису применили члан 26. Закона о облигационим односима по коме је уговор закључен кад су се уговорне стране сагласиле о битним састојцима уговора. Због тога се у ревизији основано указује на мане у погледу примене материјалног права.

Правилна примена материјалног права захтева да се у поновном поступку отклоне речени недостаци. Стога ће, при поновном одлучивању, првосте пени суд испитати карактер огласа објављеног у локалном листу са становишта његове садржине (а не само назива), како би оценио да ли представља општу понуду из члана 33. Закона о облигационим односима. Ако нађе да опште понуде туженог ипак нема, оцениће да ли су странке постигле споразум о набавци возила по понуди тужилаца, који су после објављивања огласа ступили у контакт са овлашћеним лицем туженог.

При оцени могућности споразумевања, ваља узети у обзир да су, по члану 98. Закона о облигационим односима, лица која раде на пословима

чије је обављање везано за закључење одређених уговора, овлашћена да, као пуномоћници по запослењу, закључују уговоре којима се остварује делатност послодавца. Стога, ако су се тужиоци сагласили о битним елементима уговора, са лицем које код туженог обавља продају путничког возила, онда је уговор између парничних странака настао.

Пошто у нас уговор има облигационо а не стварноправно дејство, предмет продаје може бити и туђа ствар уз обавезу продавца да је прибави и преда купцу. Ово произлази из члана 460. Закона о облигационим односима по коме продаја туђе ствари обавезује, али купац који није знао или није могао знати да је ствар туђа, може, ако се услед тога не може остварити циљ уговора раскинути уговор и тражити накнаду штете. Пошто тужиоци нису тражили раскид уговора, нема значаја околност што тужени не продаје своја возила и што није ексклузивни заступник произвођача.

Према члану 67. став 1. Закона о облигационим односима, закључење уговора не подлеже никаквој форми, ако законом није другачије одређено. С обзиром на то, за настанак обавезе довољно је да су се тужиоци и пуномоћник туженог по запослењу, сагласили о битним састојцима уговора, у смислу члана 26. Закона о облигационим односима.

Облигационо дејство уговора тиче се само странака које су га закључиле, јер уговори делују *inter partes*. Зато оно не може да зависи од воље трећег лица (макар оно било и власник ствари), уколико то није утврђено као одложни или раскидни услов, у смислу члана 74. Закона о облигационим односима. Отуда, ако приликом споразумевања о продаји возила није другачије уговорена промена режима набавке и увођење рока уплате, не може имати утицаја на обавезу туженог по закљученом уговору."

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 3547/94 од 24.8.1994)

Основ уговора и његово важење

Са престанком важења акта даваоца стана на коришћење престаје и основ (кауза) уговора о коришћењу стана па тај уговор постаје ништав.

Из образложења:

"Правни основ за закључење уговора о коришћењу стана. Пошто је он престао да важи окончањем спора о законитости одлуке о додели стана тужиоцу, престала је и важност уговора о коришћењу стана. Према члану 52. Закона о облигационим односима, уговор је ништав ако основ не постоји. Он је, дакле, ништав и ако је основ постојао па је престао да постоји. Како је важност уговора о коришћењу стана престала, није било потребно да се као учесник поступка појави и стамбено предузеће."

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 4076/94 од 07.09.1994)

Начело номинализма и новчана уговорна обавеза изложена високој инфлацији

Начело монетарног номинализма допушта изузетке а они делују кад је супстанца уговорене новчане обавезе обезвређена услед високе инфлације.

Из образложења:

"Општински суд је правилно поступио што је, на захтев тужиоца, услед знатнијег обезвређења динара, приступио ревалоризацији дугованих новчаних износа. Начело монетарног номинализма, из члана 394. Закона о облигационим односима, допушта изузетке "кад закон одређује што друго." Закон о облигационим односима одређује "друго" одредбама о начелу једнаке вредности узајамних давања као и о забрани злоупотребе права и забрани проузроковања штете другом. Начело једнаке вредности узајамних давања из члана 15. Закона о облигационим односима има посебан значај у условима високе инфлације пошто тада долази до наглог и великог обезвре-

ђивања новчаних потраживања. Примена начела номинализма у тим условима доводи до знатног или потпуног ослобођања дужника уговорне обавезе према повериоцу. Овај начин престанка обавезе није, међутим, законом предвиђен, а како новчане обавезе, по члану 46. Закона о облигационим односима, не могу бити безпредметне, њихова се висина има одредити уз помоћ начела једнаке вредности узајамних давања, што, у смислу члана 15. став 2. Закона о облигационим односима изискују и начела савесности и поштење учесника облигационих односа. Будући да висока инфлација нарушава правну фикцију да је папирни новац еквивалентан златном, инсистирање дужника на овом начелу значи, у ствари, вршење права противно циљу због којег је оно установљено, што члан 13. Закона о облигационим односима не допушта. Инсистирање на монетарном номинализму у условима високе, односно хиперинфлације, повређује и начело забране проузроковања штете другом из члана 16. Закона о облигационим односима, јер инфлаторну штету превалјује на дужника.

Због свега реченог, суд ће, ако је дуговани износ знатније обезвређен услед промене вредности динара, на захтев повериоца, уколико нађе да околности случаја и правичност то оправдавају, досудити разлику обрачунату по просечној стопи раста цена на мало од настанка обавезе до доспелости, осим ако уговорне стране то нису обезбедиле уговарањем индексне клаузуле или на други начин (што овде није случај). На овако добијен ревалоризовани износ главног потраживања, повериоцу припада и затезна камата од доспелости до исплате а ако се и тиме не постиже пуна репарација, поверилац може тражити разлику до пуне накнаде штете, у смислу члана 190. Закона о облигационим односима”.

(Решење Врховног суда Србије, ГЗЗ 116/93 од 17.08.1993)

Уговарање у страниј валути

Предмет уговора о новчаном потраживању може бити изражен у страниј валути, с тим да се исплата изврши у динарској противвредности по курсу на дан исплате.

Из образложења:

”Пошто је предмет зајма био износ од 500 ДЕМ судови су поступили по члану 395. Закона о облигационим односима када су обавезали туженог да тужиоцу исплати динарску противвредност позајмљеног износа према најповољнијем курсу у тренутку испуњења обавезе. Овим се штити супстанца новчане обавезе, што је у складу и са начелом једнаких вредности међусобних давања из члана 15. Закона о облигационим односима”.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3356/94 од 24.08.1994)

Конверзија уговора

Кад непуноважан уговор о привременом или попременом вршењу послова испуњава услове за пуноважност уговора о делу, онда ће међу странкама важити овај други уговор, ако постоје услови за конверзију.

Из Образложења:

”Првостепени суд ће најпре испитати порекло потраживања које је предмет спора. Пошто оно произлази из уговора о привременом - попременом вршењу послова, оцениће да ли су испуњени услови за његово закључивање, у смислу члана 140. ст. 1. и 2. тада важећег Закона о радним односима. Уколико нађе да нису, тек ће тада приступити откривању правог идентитета уговора. У томе ће му помоћи одредба члана 144. поменутог закона по којој се не сматра уговором о вршењу привременог или попременог рада, уговор који има за предмет извршавање одређеног физичког или интелектуалног посла. Ако на овај начин дође до уговора о делу, који по члану 600. Закона о облигационим односима такође има за предмет извршавање неког

физичког или интелектуалног рада, моћи ће да се послужи прописима о овом уговору. Разуме се, уколико оцени да евентуална непуноважност закљученог уговора, дозвољава конверзију, у смислу члана 106. Закона о облигационим односима. Конверзија је могућна кад ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора, под условом да би то било у сагласности са циљем који су уговарачи имали у виду кад су уговор закључили и ако се може узети да би они закључили тај уговор да су знали за ништавост закљученог. Ако нађе да је конверзија могућна, разјасниће све околности важне за примену члана 629. Закона о облигационим односима, нарочито у погледу тврђења да је тужилац власник угоститељског објекта и да је то разлог што није тражио други тренерски посао. Ако нађе да конверзија није могућна, поступиће по прописима о неважности уговора, с тим што треба да има у виду да враћање износа исплаћених по основу рада не долази у обзир."

(Решење Врховног суда Србије Рев. 1341/93 од 22.04.1993)

Конверзија и реституција

Ништав уговор о заједничкој градњи не доводи до реституције ако постоји могућност конверзије у уговор о дугогодишњем закупу или други сличан уговор.

Из образложења:

"Нижестепени судови су били дужни да у смислу члана 377. став 1. ЗПП, испитају да ли споразум странака закључен после поништавања уговора о заједничкој градњи "испуњава услове за пуноважност неког другог уговора", што подразумева не само уговоре о преносу права својине него и уговоре без таквог дејства.

При поновном одлучивању, нижестепени судови су сузили своју обавезу само на испитивање услова за пуноважност уговора о купопродаји па кад су оценили да тих услова нема, закључили су да конверзија из члана 106. ЗОО, није могућна. Пошто је изостало испитивање услова за постојање неког другог уговора поменута одредба није правилно примењена тако да се у ревизији основано указује да се побијане одлуке заснивају на погрешној примени материјалног права. То је и био разлог њиховог укидања, у смислу члана 395. став 2. ЗПП.

У поновном поступку, првостепени суд ће отклонити речене недостатке испитивањем чињеница и околности које се односе на услове постојања неког другог уговора, пре свега оног који омогућује коришћење заједнички саграђеног објекта и без преноса права својине, као што је уговор о дугогодишњем закупу или сличан неизменовани уговор. При томе би се тужениково учешће у заједничкој градњи могло конвертовати у закупнину, односно накнаду за коришћење одговарајућег простора. У том случају једнострано износ тог учешћа би се декапитализацијом уз помоћ вештака актуара, имао изразити као закупнина, односно накнада за све време трајања закупног или другог односа с тим што би се и то време, уз помоћ истог вештака имало одредити.

У списима нема уговора Ов. 242/89 од 06.04.1989. године, иако је изведен као доказ, па га суд има прибавити јер, у противном, не може испитати његову конвертибилност.

Конверзија уговора о заједничкој градњи је алтернатива дејствима ништавости уговора Ов. 440/85 од 13.05.1985. године. Код двостраних теретних уговора, какав је био поменути, и реституција мора бити двострана. У овом случају, с обзиром да је објект саграђен, таква реституција би водила неразрешивим заплетима. Отуда и треба наћи излаз уз помоћ конверзије. У сваком случају, једнострана реституција не долази у обзир. Она је у колизији са чланом 104. ЗОО будући да су обе стране у погледу савесности, односно несавесности у истом положају".

(Решење Врховног суда Србије Рев. 1613/94 од 20.04.1994)

Послуга и својина

*Ствар на послугу може уговором дати и лице које није њен власник.
Из образложења:*

"Ово је спор поводом уговора а не својине. Уговор је извор облигационих права и обавеза, која делују само између учесника правног односа. У овом случају, тужилац је дао туженом пословну просторију да је без накнаде користи до краја избора 1992. године. На тај начин је између странака успостављен облигационо-правни однос из уговора о послузи, који није регулисан Законом о облигационим односима већ правним правилима имовинског права. Пошто тај однос делује само међу уговорницима, и овај спор се има решити само између парничних странака. Притом је без значаја да ли је послугодавац власник просторије или не. Уговором о послузи се не преноси својина па није нужно да послугодавац буде и власник. Отуда се на послугу може дати и туђа ствар, при чему је без значаја да ли је послугодавац на то био овлашћен од власника и да ли је послугопримац био савестан или несавестан.

Извршни одбор Скупштине општине је закључком од 15.12.1992. године уступио туженом на бесплатно коришћење пословну просторију "до завршетка избора". Пошто је тај рок истекао, тужени је дужан да просторију врати општини, како би је она користила у складу са правним основом њене државине. У тај правни основ тужени не може да улази, јер је то однос између тужиоца и власника односно титулара другог стварног права на просторији која је била предмет послуге.

С обзиром на речено, у ревизији се неосновано оспорава легитимација тужиоцу. Општина је легитимисана у овом спору, јер штити право из облигационог односа успостављеног са туженим.

Према члану 186. став 3. ЗПП, суд није везан за правни однос тужбеног захтева. Зато је без значаја што су нижестепени судови овај правни однос квалификовали као уговор о закупу. Уговор о закупу је двострано-теретни уговор, а пошто је туженом просторија уступљена бесплатно, успостављен облигациони однос одговара уговору о послузи. Међутим, пошто су дејства тог уговора престала настале су исте последице као и код престанка закупа: дужник је у обавези да повериоцу врати ствар која је била предмет уговора. С обзиром на то, нижестепене пресуде није требало ставити ван снаге, иако не полазе од правилне квалификације успостављеног облигационог односа".

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4348/94 од 21.09.1994)

Раскид закупа због обезвређене закупнине

Ако закупнина опадне испод нивоа који обезбеђује одржавање изнајмљеног простора, сврха уговора о закупу се више не може остварити па закуподавац може тражити раскид уговора.

Из образложења:

"Тужилац је уговором од 27.10.1986. године издала у закуп пословни простор на рок од пет година. Овај рок је истекао 27.10.1991. године па пошто је прећутно продужен, закупни однос је, у смислу члана 596. став 1. ЗОО, успостављен на неодређено време.

Према члану 133. став 1. ЗОО, ако после закључења уговора наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране или ако се због њих не може остварити сврха уговора, тако да постаје очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неоправдано одржати га на снази, онај на чијој су страни ови разлози може захтевати да се уговор раскине.

Нижестепени судови су, на основу закључка Извршног одбора Скупштине општине од 24.06.1993. године утврдили да закупнина коју је

тужени плаћао није била примерена економској закупнини и да није задовољавала ни потребе одржавања пословног простора. Стога су правилно поступили што су оценили да постоје разлози за отказ уговора о закупу. Закупнина која не може да подмири трошкове одржавања не обезбеђује остваривање сврхе уговора нити очекивања закупаца да од закљученог уговора оствари одређену економску корист.

С обзиром на то, у ревизији се неосновано наводи да нису постојали разлози за раскид уговора”.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 959/94 од 23.03.1994)

Враћање поклона због напуштања брачне заједнице

Напуштање брачне заједнице убрзо по пријему поклона несразмерне вредности, може бити разлог за опозивање поклона, при чему се уговор о поклону не може узети као симуловани уговор о деоби заједничке тековине ако поклоњене ствари припадају посебној имовини поклонодавца.

Из образложења:

”Убрзо после закључења уговора којим је тужилац поклатио туженој две њиве, тужена је напустила тужиоца што је довело и до развода брака. С обзиром на то, нижестепени судови су правилно поступили што су, на основу члана 36. Закона о браку САО Војводине усвојили захтев тужиоца и опозвали уговор о поклону, обавезујући тужену да учињен несразмеран поклон врати, уз успостављање ранијег земљишно-књижног стања. При том су дали разлоге које прихвата овај суд.

Неосновано се у ревизији тужиоца наводи да уговор о поклону симулира уговор о уређивању имовинских односа у брачној заједници. Ти односи тичу се свих ствари и права стечених радом за време трајања брачне заједнице а предмет овог уговора биле су само две њиве и то из посебне имовине тужиоца, које су се на њега водиле и у земљишним књигама.

Нема ни логичног мотива за закључење симулованог уговора, ако, као у овом случају, и симуловани и дисимуловани уговор, изазивају исте правне последице иако су оба допуштена. То што тужила није посебном тужбом тражила поделу заједничке имовине, може бити само знак да ње није ни било. Уосталом, ако и постоји, није касно да такав захтев тужила постави у другој парници”.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3589/94 од 31.08.1994)

Раскид и поништај уговора о доживотном издржавању

Разлози за раскид уговора о доживотном издржавању се разликују од разлога за поништај тог уговора, па се тужба за поништај уговора не може заснивати на чињеницама које чине разлог за раскид и обрнуто.

Из образложења:

”Тужиоци су тражили поништај уговора о доживотном издржавању због тога што тужени Ј. као давалац издржавања, није извршавао своје уговорне обавезе према мајци М., примаоцу издржавања, која је умрла пре подношења тужбе у овој парници. Иако извршење обавезе не може бити разлог за поништај уговора, већ за његов раскид, првостепени суд је одлучивао као да је то могућно па је одбио тужбени захтев налазећи да је ”поништај овог уговора због неиспуњења уговора могла да тражи само покојна М., односно уговарач, или наследник, уколико је тужба поднета од стране уговарача који у међувремену умире”. Тиме је показао да и он не разликује поништај од раскида уговора, због чега није био у стању да правилно суди и одлучује. Како се захтев за поништај уговора не да размотрити из угла разлога за раскид уговора, и обрнуто, побијана пресуда се не може са сигурношћу испитати, што представља битну повреду поступка из члана 354. став 2. тачка 13. ЗПП, на коју се пази и по службеној дужности. То је био разлог

што је овај суд, у смислу члана 369. став 1. ЗПП, укинуо првостепену одлуку и предмет вратио на поновно суђење, које ће обавити надлежан општински суд, у смислу чл. Закона о судовима.

У поновном поступку првостепени суд ће затражити да се тужилачка страна изјасни да ли тражи поништај или раскид уговора. У првом случају спор ће решити по одредбама чл. 103. до 117. Закона о облигационим односима (уз примену одговарајућих прописа о уговору о доживотном издржавању), док ће га у другом решити по одредбама чл. 124. до 132. Закона о облигационим односима”.

(Решење Врховног суда Србије Гж. 234/92 од 23.04.1994)

Располагање национализованим земљиштем и његова употреба

Ранији власник национализованог земљишта не може пренети на другог право коришћења, ако законом није друкчије одређено, али може издати пуномоћје ради употребе тог земљишта до изузимања из поседа.

Из образложења:

”Право коришћења ранијег власника национализованог земљишта спада у категорију апсолутних, стварних права, која делују према свима, erga omnes. Стога се у ревизији неосновано наводи да би право коришћења тужиле, у случају усвајања тужбеног захтева, деловало на туженог а не и на општину, на коју се, после национализације, води спорно земљиште. Ситуација у којој би тужила била титулар поменутог права према туженом а не и према општини, заправо није могућна.

Неосновано се у ревизији наводи да овде има конверзије. Конверзија ништавих уговора је, по члану 106. Закона о облигационим односима, у принципу могућа. Али, у овој ситуацији ње нема, јер ни тужила не наводи који би то други пуноважан уговор могао настати на рушевинама недозвољене ”продаје” национализованог земљишта, а она би то морала знати, с обзиром да конвертовани уговор треба да одговара циљу који су странке желеле постићи и њиховој вољи, да су знали за ништавост закљученог уговора.

Право коришћења национализованог земљишта није могло бити пренето на тужилу, јер она не спада у круг лица из првог наследног реда. Зато је уговор о продаји тог земљишта и поништен. Али, тужени је управљање тим земљиштем могао пренети на другог, јер ту нема преноса стварног права, већ постоји дозвољени уговор о остваривању права ранијег власника да користи национализовано земљиште до изузимања из поседа. Зато се у ревизији неосновано наводи да су судови погрешили што су одбили захтев за поништај специјалног пуномоћја које је ранији власник, као титулар права коришћења, издао туженом.

Ревизија не разликује престанак уговора од његове ништавости. Смрћу странке престаје уговор закључен intuitu personae, какав је уговор о специјалном пуномоћју, али тиме он не постаје ништав, како се у ревизији наводи, јер је ништавост последица односа уговора према принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима (члан 103, ЗОО) а не последица смрти странке”.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рсв. 3651/94 од 31.08.1994)

Уговор о новчаном депозиту и девизна штедња

Исплата са девизног рачуна односно враћање улога са девизне штедне књижице, врши се искључиво по прописима закона о облигационим односима којима се регулише уговор о новчаном депозиту, односно улог на штедњу.

Из образложења:

”Према члану 1036. став 1. Закона о облигационим односима, на основу уговора о новчаном депозиту банка отвара рачун у корист и на терет којег уписује сва потраживања и дуговања која произађу из послова са депонентом с тим што је по члану 1037. став 1. истог закона обавезна да врши исплате са рачуна у границама расположивих средстава.

Према члану 1043. став 1. Закона о облигационим односима улог на штедњу је новчани депозит поводом кога банка издаје депоненту штедњу књижицу.

На основу уговора о новчаном депозиту, односно штедне књижице, банка, по члану 1035. став 2. Закона о облигационим односима, стиче право да располаже депонованим новцем и дужна је да га врати према условима предвиђеним у уговору, односно штедној књижици. Ако није супротно уговорено, депонент, на основу члана 1038. став 2. Закона о облигационим односима, има право да располаже делом салда или целим салдом у сваком тренутку. Кад је реч о штедњи, салдо депонента се, према члану 1044. ст. 1. и 2. Закона о облигационим односима, исказује уношењем свих уплата и подизања новца у штедњу књижицу, које банка потврђује печатом и потписом овлашћеног лица.

Из реченог произлази да депонент има право да располаже салдом у сваком тренутку, док банка има обавезу да новчани депозит врати кад га депонент, у складу са уговором или условима штедне, затражи. Одредбом члана 1044. став 3. Закона о облигационим односима предвиђено је да је сваки споразум супротан уношењу свих уплата и подизања новца на штедњу књижицу ништав.

То све упућује на закључак да су уплате и подизања новца, као акти располагања салдом који се могу предузимати у свако доба, регулисани принудним прописима. Ако се њихов режим не може мењати споразумно, не може ни једнострано. Самим тим не може се мењати ни актима носиоца монетарне власти. Неосновано се, стога, у ревизији инсистира на одлуци гувернера НБЈ о условима и начину давања краткорочних кредита банкама на основу дефинитивне продаје депоноване девизне штедне грађана.

Пошто је, овде, предмет новчаног депозита страна валута, тужена је дужна да тужиоцу врати оно што је од њега примила. То налажу услови уговора о новчаном депозиту, односно штедној књижици, а они су, по члану 1035. став 2. Закона о облигационим односима, једино релевантни при утврђивању обавезе враћања депонованог новца”.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 657/94 од 02.03.1994)

Припремио др Зоран Ивошевић

ОДЛУКЕ САВЕЗНОГ УСТАВНОГ СУДА

Пропис Савезне владе о забрани привременог увоза моторних возила нема повратно дејство

Савезна влада прописала је, одредбама чл. 1. и 2. Уредбе о допунама Уредбе о привременом извозу и увозу робе (“Сл. лист СРЈ”, број 52/94), забрану привременог увоза моторних возила за потребе представништава страног правног лица чији су оснивачи предузећа и друга правна лица, односно физичка лица са седиштем, односно пребивалиштем у СРЈ и уредила друга питања у вези с том забраном.

Грађанин сматра да Уредба, због тога што има повратно дејство - које уредба, по Уставу СРЈ, не може имати - није сагласна с Уставом СРЈ.

Уредба се односи, пре свега, на возила која су привремено увезена; није реч, дакле, о коначно увезеним моторним возилима. Стога овде ни не може бити речи о повратном дејству Уредбе противно одредби члана 117. став 1. Устава СРЈ. Гледано са тога становишта, оспорена уредба није несагласна с Уставом СРЈ.

Влада је овлашћена, одредбама члана 47. Закона о спољнотрговинском пословању ("Сл. лист СРЈ", бр. 46/92, 16/93 и 24/94), да прописује и режим привременог увоза, што подразумева и њено овлашћење да пропише врсту робе која не може уживати режим привременог увоза. Влада то остварује и у оквиру вођења економске, односно царинске политике, не вређајући, при томе, ни у чему, Устав СРЈ.

(Савезни уставни суд, решење IV У број 120/94, од 12. октобра 1994)

Затезна камата може се уређивати само савезним законом

Одредбом члана 36. Одлуке о општим условима за испоруку електричне енергије ("Сл. гласник РС", бр. 53/92, 72/92 и 25/93) одређено је да је потрошач електричне енергије који своју повчану обавезу не испуни у роковима утврђеним уговором о испоруци електричне енергије дужан да, заједно с главним дугом, плати и затезну камату, у висини стопе раста цена на мало, увећану за 1,2% месечно, уколико уговором није другачије одређено.

Затезна камата може бити уређена само савезним законом. То питање не може, због тога, бити предмет уређивања општим актом организације која врши јавна овлашћења. По одредби члана 277. став 1. Закона о облигационим односима ("Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85 и 57/89, и "Сл. лист СРЈ", број 31/93), дужник који закасни с испуњењем новчане обавезе дугује, поред главнице, и камату, чија се висина одређује законом. Висина стопе затезне камате прописана је одредбама члана 1. Закона о висини стопе затезне камате ("Сл. лист СРЈ", бр. 32/93 и 24/94), по којима дужник у доњој плаћа затезну камату по стопи утврђеној тим законом. Ни тим ни другим савезним законом није прописано да висина стопе затезне камате може бити утврђена било којим другим општим актом осим савезним законом. Отуда је оспорена одлука противна савезном закону.

(Савезни уставни суд, одлука У број 58/92, од 13. јула 1994)

Општи услови продаје ПТТ услуга подложни су уставно-судској контроли уставности и законитости. Тај акт не може уређивати права и обавезе грађана.

Одлукама о општим условима продаје ПТТ услуга, од 25. маја 1992. и 26. јула 1993. године, које је донело Јавно предузеће ПТТ саобраћаја "Србија", прописане су одређене обавезе кориснику ТТ услуга које се тичу претплатничког односа - "дужничко-поверилачког односа"; начин фактурисања и наплате ТТ услуга, које се врши не само на основу утрошених телефонских импулса за претходни месец, него и аконтационо, на начин ближе одређен тим одлукама; на обавезе претплатника којима не буде достављен рачун о ТТ услугама, и на плаћање затезне камате у случају доње у исплати рачуна за ТТ услуге.

Оцењујући уставност и законитост оспорених одлука, Савезни уставни суд је становишта по којем су те одлуке општи акти, и по којем оне, стога, подлежу уставносудској контроли уставности и законитости коју врши Савезни уставни суд, сагласно одредби члана 124. став 1. тачка 2. и 3. Устава СРЈ.

Савезни уставни суд оценио је, затим, да је реч о односима који спадају у питања која су, по Уставу СРЈ, у надлежности Савезне Републике Југос-

лавље, и да Јавно предузеће није имало право да, својим актом, уређује питања која могу бити уређена само савезним законом.

Иако оспорене одлуке нису на снази у време кад се оцењује њихова уставност и законитост, Савезни уставни суд оцењивао је њихову уставност и законитост, сагласно одредби члана 124. став 2. Устава СРЈ, по којој може одлучивати о уставности и законитости аката који су престали да важе, ако од престанка важења до покретања поступка није протекло више од једне године. Савезни уставни суд учинио је то због значаја питања која су била предмет оспорених одлука у време док су биле на снази. То су питања: кредитираних ПТТ услуга, дужничко-поверилачког односа, утврђивања висине рачуна за извршене ТТ услуге, аконтационог обрачуна ТТ услуга и висине стопе затезне камате.

Оцењујући уставност и законитост оспорених одлука, Савезни уставни суд је истакао: Закон о ПТТ услугама, па ни Закон о облигационим односима, не допушта ПТТ организацијама да своје услуге сматрају - кредитираним услугама, што би за последицу имало све оно што се тиче стварног постојања кредитног односа, који се, уосталом, заснива само уговором о кредиту. Одредбе оспорених одлука о дужничко-поверилачком односу дају могућност Јавном предузећу да, противно одредби члана 324. став 1. Закона о облигационим односима, телефонског претплатника стави у доњу и пре него што протекне рок у којем је он дужан испунити своју обавезу, са свим последицама доње. Грађанин не може бити обавезан да сам утврђује висину рачуна у одређеном случају, и да сноси последице пропуштања ПТТ организације да му достави рачун, будући да је у питању једна обавеза грађанина која му може бити наметнута само законом. Јавно предузеће није имало право да, у време инфлације, прописује начин плаћања ТТ услуга тако што ће последице инфлације преваљивати само на кориснике ПТТ услуга, на начин прописан оспореним одлукама. Висина стопе затезне камате прописана је Законом о висини стопе затезне камате, који ПТТ организацију не овлашћује на прописивање висине стопе затезне камате на потраживања по основу ПТТ услуга, па Јавно предузеће није имало право на прописивање обавезе ТТ претплатника на плаћање затезне камате у случају доње.

(Савезни уставни суд, одлука II У број 5/92, од 12. јула 1994)

ПТТ организација може одредити да се у случају промене намене телефона с претплатником заснива нов претплатнички однос

Чланом 15. Правилника о критеријумима за заснивање претплатничког односа у ТТ саобраћају за Јавно предузеће ПТТ саобраћаја "Србија" ("Сл. гласник РС", број 8/93) одређено је да је претплатник-физичко лице који жели да ТТ уређај користи у пословне сврхе дужан да изврши промену намене претплатничког ТТ уређаја даном почетка обављања делатности. У томе случају, гаси се претплатнички однос с физичким и заснива претплатнички однос с правним лицем, без примене критеријума за заснивање претплатничког односа, из члана 4. Правилника, по којима се одлука о заснивању претплатничког односа доноси по приоритету прописаном тим одредбама Правилника.

Пошто је Закон о ПТТ услугама прописао кад престаје претплатнички однос, и пошто тај закон није прописао да се претплатнички однос гаси у случају промене намене ТТ уређаја, покретачи поступка сматрају да одредбе члана 15. Правилника нису сагласне са савезним законом.

Телефонски претплатник може бити, по одредби члана 67. став 1. Закона о ПТТ услугама ("Сл. лист СФРЈ", бр. 2/86 и 26/90), појединац, или правно лице. ПТТ организација одређује, по одредби члана 67. став 3. тога закона, критеријуме, услове и друге елементе за утврђивање редоследа и првенства у прикључивању телефонских уређаја, по поднетим захтевима. Иако та законска одредба не говори о промени намене коришћења ТТ уре-

ћаја, она, по мишљењу Савезног уставног суда, не искључује право ПТТ организације да својим општим актом о редоследу и првенству у заснивању претплатничког односа уреди и случај промене намене коришћења ТТ уређаја. ПТТ организација може, дакле, прописати да се, у томе случају, гаси претплатнички однос с физичким и заснива однос с правним лицем.

Промена намене коришћења ТТ уређаја зависи од воље корисника постојећег ТТ уређаја. Грађанин, дакле, сам одлучује о томе да ли ће свој ТТ уређај користити у пословне сврхе. Дужност коју му намећу оспорене одредбе Правилника тичу се само дана којим мора пријавити промену намене коришћења ТТ уређаја. При томе, уколико до тога дође, Јавно предузеће не обавезује корисника ТТ уређаја на поступак који важи за прво заснивање претплатничког односа, нити прописује престанак тога односа, већ само последице промене намене коришћења постојећег ТТ уређаја. Стога то, по оцени Савезног уставног суда, није противно савезном закону.

(Савезни уставни суд, одлука III У број 37/94, од 13. јула 1994)

Забрана држања и кретања животиња одређене врсте на одређеном подручју није повреда права својине, зајемченог уставом СРЈ

Одредбама Одлуке СО Београда о држању домаћих животиња на територији Београда ("Сл. лист града Београда", бр. 29/93, 32/93, 4/94 и 7/94) прописано је да се на територији Београда не може држати, ни кретати, одређена врста паса (пит-бул теријер) и прописане казне за прекршај одредби те одлуке.

Грађанин сматра да оспорене одредбе Одлуке нису у складу с Уставом СРЈ и Законом о основним својинско-правним односима, будући да значе неуставно ограничење права својине, које може бити прописано само законом.

Право својине, зајемчено Уставом СРЈ, и уређено одредбама Закона о основним својинско-правним односима, није и - право које се може остваривати независно од одређеног режима за ствари које грађанин може имати у својини. Уставно право својине не значи да грађанин не може бити подвргнут никаквом режиму у остваривању тога права. Из тога права не може се изводити право грађанина да право својине остварује независно од тога да ли природа предмета својине налаже и одређен режим поседовања и коришћења тога предмета. Позив на уставно право својине не спречава органе власти, односно органе локалне самоуправе да, руковођени одређеним комуналним и другим разлозима живота у урбанизованим и другим местима, пропишу да грађанин, на одређеном подручју, не може држати одређене врсте животиња. Ограничење те врсте није и повреда уставног права својине, будући да грађанину не забрањује право својине и да га само обавезује на то да поштује одређен режим у којем се то право може користити. Отуда, приговор да прописано ограничење није могло бити уведено наведеном одлуком, већ само законом, није од значаја са становишта оцењивања сагласности оспорене одлуке с Уставом СРЈ и савезним законом.

(Савезни уставни суд, решење III У број 105/94, од 12. октобра 1994)

Одлука општинске скупштине о надзиђивању зграда и претварању заједничких просторија у станове није противна уставу СРЈ. Она може бити противна уставу и закону републике о чему одлучује Уставни суд републике.

Скупштина општине у С., донела је одлуку о надзиђивању зграда и претварању заједничких просторија у станове.

Неколико грађана сматра да оспорена одлука није у складу с Уставом СРЈ и Законом Републике Србије о надзиђивању зграда и претварању стано-

ва у заједничке просторије и захтева да Савезни уставни суд, због тога, утврди да оспорена одлука није уставна и законита.

Устав СРЈ, мада јамчи право својине, не садржи одредбе које би се, на било који начин, тицале просторног уређења и грађења објеката у својини грађана. Одредбама члана 77. Устава СРЈ, којима је утврђена надлежност Савезне Републике Југославије, исто тако, није утврђено да је Савезна Република Југославија надлежна да доноси и извршава законе у области друштвених односа која је предмет оспорене одлуке. Савезни уставни суд не налази, стога, да стоје разлози за покретање поступка за оцењивање сагласности оспорене одлуке с Уставом СРЈ. Та одлука може бити, можда, противна Уставу Републике Србије и њеном закону, а о томе одлучује - Уставни суд Републике Србије.

(Савезни уставни суд, решење III У број 110/94, од 12. октобра 1994)

Савезни министар одбране може прописати услове под којима се запосленима у Савезном министарству одбране или у Војсци Југославије може дати стан у закуп на неодређено време.

Одредбом члана 5. Правилника о начину и критеријумима за решавање стамбених потреба запослених у Савезном министарству одбране или у Војсци Југославије ("Сл. лист СРЈ", број 30/94) прописано је да се стан може дати у закуп на неодређено време лицу запосленом у томе министарству; професионалном војнику и цивилном лицу на служби у Војсци Југославије које има најмање 15 година службе у томе министарству, односно у Војсци, или 20 и више година пензијског стажа, од чега најмање 10 година у томе министарству или у Војсци; пензионисаном професионалном војнику и пензионисаном цивилном лицу из Министарства или Војске, ако је до престанка службе поднело молбу за решавање стамбеног питања, и члану заједничког породичног домаћинства наведених лица, без обзира на број година службе погинулог, односно умрлог лица.

Грађанин сматра да оспорени пропис није сагласан с уставним начелом о једнакости у правима и дужностима, будући да предност у давању стана у закуп даје лицима која су дуже провела у Министарству или у Војсци.

Давање стана у закуп, на неодређено време, није, оспореним прописом, условљено својствима човека и грађанина која, по одредби члана 20. став 1. Устава СРЈ, не смеју бити основ за неједнакост грађана у правима и дужностима. Савезни уставни суд сматра да је право даваоца стана у закуп да предност у давању стана у закуп даје онима који дуже раде у Министарству или у Војсци, и да се то не противи Уставу СРЈ, ни Закону о имовини Савезне Републике Југославије ("Сл. лист СРЈ", број 41/93), на основу којег је оспорени правилник донесен.

Уз све речено, ваља имати у виду и то да Устав СРЈ нема, за разлику од Устава СФРЈ од 1974. године, одредбу о праву грађанина на стицање станарског права на стан у друштвеној, односно у државној својини, и да стицање станарског права није, по Уставу СРЈ "уставна категорија". Давалац стана у закуп ничим није ограничен да прописује услове под којима ће давати у закуп стан којим он располаже.

(Савезни уставни суд, решење IV У број 80/94, од 14. септембра 1994)

Овлашћење савезног министра одбране да пропише програм стручног оспособљавања одређење категорије професионалих официра није противно Уставу СРЈ.

Одредбама члана 37. Уредбе о стањима у служби и унапређивању професионалних официра и професионалних подофицира ("Сл. лист СРЈ",

бр. 87/93, 33/94) прописано је да се официри-лекари, официри поморства и официри-дипломирани правници, упућују, по завршетку факултета, односно по завршетку војне академије, на приправнички стаж; да се на приправничком стажу оспособљавају за самостално обављање дужности - према програмима које за лекаре и официре поморства прописује начелник Генералштаба или старешина кога он овласти, а за дипломиране правнике - савезни министар одбране, или старешина кога он овласти.

Грађанин сматра да савезни министар одбране нема овлашћење да "командује официрима који нису у саставу Савезног министарства одбране"; да је то искључиво право председника СРЈ; да одредбе члана 60. Закона о Војсци Југославије не чине никакве разлике међу официрима-дипломираним правницима и другим официрима који имају обавезу да обаве приправнички стаж, и да је Савезна влада дала министру одбране овлашћење које му није смела дати, што је противно Уставу СРЈ и Закону о Војсци Југославије.

Обавеза професионалних официра-лекара, официра поморства и дипломираних правника да обаве приправнички стаж по завршетку факултета, односно војне академије, прописана је одредбама члана 60. Закона о Војсци Југославије ("Сл. лист СРЈ", број 43/94). Иако те одредбе наведеног закона не говоре о овлашћењу Савезне владе на доношење прописа за извршавање тих одредби наведеног закона, па ни о овлашћењу министра одбране, Савезни уставни суд не налази да је одредба члана 37. став 2. наведене уредбе противна Уставу СРЈ, односно Закону о Војсци. То оцену Савезни уставни суд заснива на схватању да право Владе на доношење прописа за извршење наведене законске одредбе происходи из њеног овлашћења на доношење прописа за извршавање савезних закона утврђеног одредбом члана 99. тачка 4. Устава СРЈ. Влада не мора имати непосредно законско овлашћење на доношење прописа за извршавање савезних закона. То значи да је Влада имала право на доношење Уредбе, па и право да савезног министра одбране овласти да пропише програм стручног оспособљавања одређене категорије официра-приправника. Право савезног министра одбране на доношење наведеног програма не значи, по мишљењу Савезног уставног суда, никакво "командовање" официрима Војске, нити то представља повреду права председника Републике, утврђених Уставом СРЈ, кад је реч о Војсци...

(Савезни уставни суд, решење IV У број 89/94, од 12. октобра 1994)

Уредба Савезне владе о вршењу војне обавезе не уређује испуњење опште војне обавезе, утврђене Уставом СРЈ, већ - начин извршења одређене одредбе закона.

Одредбама члана 56. Уредбе о вршењу војне обавезе ("Сл. лист СРЈ", број 36/94) прописано је да ће се до 6. новембра 1998. године на служење војног рока, сагласно одредби члана 361. Закона о Војсци Југославије ("Сл. лист СРЈ", број 43/94), позивати, и пре навршене 21 године живота, регрути одређених годишта, и да се, у томе року, у одређеним школским годинама, неће позивати регрути-студенти који су започели студије на одређеним факултетима, односно одређеним вишим школама.

Грађанин сматра да оспорене одредбе Уредбе нису сагласне с Уставом СРЈ, будући да је Уставом утврђено да се само законом може прописати начин остваривања појединих слобода и права човека и грађанина, односно да се само савезним законом може уредити начин испуњења опште војне обавезе, утврђене Уставом.

Уредба о вршењу војне обавезе донесена је у извршењу одредбе члана 361. Закона о Војсци Југославије, којом је прописано да ће се упућивање регрута на служење војног рока, по одредбама члана 301. тог закона, тј. кад наврше 21 годину живота, односно кад заврше школовање, вршити поступно, у року од пет година од дана ступања Закона на снагу, на начин који

пропише Савезна влада. Прописујући начин извршења једне законске одредбе - одредбе члана 361. Закона о Војсци Југославије, Влада не прописује начин испуњења опште војне обавезе већ начин извршења једне законске одредбе, што није и начин испуњења опште војне обавезе, који, сагласно одредби члана 137. став 1. Устава СРЈ, може бити прописан само савезним законом. Доносећи оспорену одредбу наведене уредбе Влада је, по оцени Савезног уставног суда, поступала на основу овлашћења из Закона о Војсци Југославије, и на основу свог уставног овлашћења на доношење прописа за извршавање савезног закона и других општих аката Савезне скупштине. Стога не стоје разлози за покретање поступка за оцењивање уставности и законитости одредбе члана 56. Уредбе о вршењу војне обавезе.

(Савезни уставни суд, решење IV У број 91/94, од 14. септембра 1994)

Законско овлашћење Влади да пропише начин на који ће се, у одређеном року, регрути упућивати на служење војног рока - није противно Уставу СРЈ

Одредбом члана 361. Закона о Војсци Југославије ("Сл. лист СРЈ", број 43/94) прописано је да ће се упућивање регрута на служење војног рока по одредбама члана 301. тога закона, вршити поступно, у року од пет година од дана ступања тога закона на снагу, на начин који пропише Савезна влада.

Грађанин сматра да оспорена законска одредба овлашћује Савезну Владу да пропише начин испуњења војне обавезе, што, сагласно Уставу СРЈ, може бити прописано само законом. Зато оспорена законска одредба није, по његовом мишљењу, сагласна с Уставом СРЈ.

Одредба члана 361. Закона о Војсци Југославије не овлашћује, по схватању Савезног уставног суда, Савезну владу да прописује начин испуњења опште војне обавезе, који, сагласно одредбама чл. 67. став 2. и чл. 137. став 1. Устава СРЈ, може бити прописан само савезним законом. У питању је, по мишљењу Савезног уставног суда, само овлашћење на извршење савезног закона, тј. одредаба чл. 301. и 361. Закона о Војсци Југославије. Сама одредба члана 361. наведеног закона прописала је, као прелазна одредба, да се одредбе члана 301. тога закона примењују поступно, у року од пет година од дана ступања Закона на снагу. Отуда, овлашћење Савезне владе да пропише начин на који ће се поступно остварити одредбе члана 301. Закона не значи и овлашћење Влади да пропише начин испуњења опште војне обавезе, тј. да пропише оно што, по Уставу СРЈ, може бити прописано само савезним законом. Влада добија само овлашћење да изврши ту законску одредбу, односно одредбу члана 361. Закона, о поступном остваривању правила из члана 301. Закона, по којем се регрути упућују на служење војног рока после навршене 21. године живота, односно после завршетка школовања на одређеним школама, при чему ће то правило бити остварено у одређеном раздобљу по ступању Закона на снагу. Влада нема, дакле, овлашћење да уређује оно што може бити уређено само савезним законом, па одредба члана 361. Закона о Војсци није, стога, несагласна с Уставом СРЈ.

(Савезни уставни суд, решење I У број 90/94, од 14. септембра 1994)

Припремио Ђорђе Ђурковић

мр Милан Павић, *УГОВОР О ТРАНСФЕРУ ТЕХНОЛОГИЈЕ И СУКОБ ЗАКОНА*, Номос, Београд, 1994.

Недавно је из штампе изашла књига "Уговор о трансферу технологије и сукоб закона" аутора мр Милана Павића, адвоката из Београда. Овом књигом правничка јавност добија корисно и инструктивно шtivo које се бави једном од најтежих и најнепрегледнијих грађанскоправних дисциплина - утврђивањем меродавног права за уговоре са елементом иностраности. Аутор је у средиште своје пажње ставио уговор о трансферу технологије са елементом иностраности, али, наравно, није могао (а није ни требало) да избегне општа разматрања о том питању.

Први део књиге представља увод у проблем јер обрађује појам уговора о трансферу технологије, разграничење тог уговора од сличних уговора, као и права и обавезе уговорних страна. За читаоца који нема претходна знања о тој материји, тј. није имао прилику да се са њом упозна из постојеће литературе о уговору о лиценци, односно правним аспектима трансфера технологије, први део књиге може представљати сасвим довољан извор информације.

Садржински допринос стручној правничкој мисли код нас, налази се у другом делу књиге, чији је предмет разматрање сукоба закона код уговора о трансферу технологије. Иако се не би могло рећи да ова материја није већ била предмет интересовања наших правних писаца, аутор се латио тешког посла да систематизује постојећа знања, подвргне их анализи и донесе закључке који знатно превазилазе домете који су већ виђени у нашој литератури.

Не испустивши општа места у материји сукоба закона (аутономија воље и супсидијерне чињенице као "тачке везивања" уговора за одређени национални закон), аутор је пуну пажњу посветио најактуелнијим кретањима у међународном приватном праву, која се испољавају у појави тзв. норми непосредне примене. Норме непосредне примене у одређеној мери дерогирају класичан колизионо-правни начин одређивања меродавног права, доводећи до неопходности примене нове методологије и новог редоследа потеза у одређивању меродавног права на конкретан уговор са елементом иностраности.

Уговори о трансферу технологије припадају групи уговора код којих национална законодавства (посебно у земљама у развоју, али не само у њима) прописују норме обавезне примене, које имају карактер императивних норми јавног права. Отуда, аутор је све своје опште анализе применио на уговор о трансферу технологије, дошавши до своје формулације метода за одређивање меродавног права за уговор о трансферу технологије са елементом иностраности, а полазећи од заједничког дејства класичних колизионих норми и норми непосредне примене.

Овај метод, мада формулисан тешким језиком правне науке, уз пажљиво ишчитавање свих претходних ауторових разматрања, морао би да буде користан, па и незаобилазан водич домаћим правницима - практичарима сваки пут кад се упуштају у обликовање уговора о трансферу технологије

са страним елементом, односно кад се нађу у позицији судије или арбитра за ту врсту уговора.

Читајући ову књигу, стручњак може лако закључити да она није плод површних знања и искустава накупљених кроз праксу, већ да представља озбиљну научну литературу која је плод темељитог изучавања проблема на основу упоредноправног метода, уз обилато коришћење иностраних научних и стручних радова, као и великог броја страних извора права.

Књига не представља затворен систем, у том смислу што би евентуално доктринарно неслагање са ауторовим закључцима изнетим у њој, чинило ту књигу незанимљивом. Напротив, књига садржи огроман број поузданих информација, а ауторова размишљања су сама по себи довољно подстицајна за даљу стручну обраду тих информација. Тако је ова књига, у сваком случају, препоручљив саставни део озбиљне правничке библиотеке.

др Слободан М. Марковић

Научни скуп: "СТО ПЕДЕСЕТ ГОДИНА ОД ДОНОШЕЊА СРПСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА (1844-1944)"

У духовној атмосфери препознатљивој (и) по питагорејском схватању симболичности бројева, поводом стопедесетогодишњице Српског грађанског законика као означија и озрачаја српске (правно) духовне хармоније, Одељење друштвених наука САНУ и Правни факултет у Београду 23. и 24. маја 1994. године организовали су научни скуп посвећен СГЗ.

Свечани део скупа почео је поздравном речју акад. Косте Михаиловића, секретара Одељења друштвених наука САНУ, и проф. др Мирослава Петровића, декана Правног факултета у Београду и њиховом исказаном жељом за успешним сагледавањем правно-цивилизацијске вредности СГЗ.

Концепт радног дела скупа доследно је спроведен у три деонице: преподневним и поподневним радом 23. маја и завршном деоницом 24. маја. Под председавањем акад. М. Јовичића и проф. О. Станковића, прва деоница научног скупа започела је рефератом А. Гамса (*"Значај СГЗ за Србију 19. века"*), у коме је вредност СГЗ виђена у стварању привредно-културних веза са Европом тога доба и у успостављању апсолутне приватне својине. У реферату М. Јовичића (*"Осам (српских и југословенских) устава и СГЗ"*) истакнуто је да, у доба бурног развоја уставности, читав један век важи СГЗ, уз незнатне измене и допуне и прилагођавања, пре свега, путем судске праксе. Нова визија изградње друштва после II светског рата, морала је условити престанак важења СГЗ. Академик А. Фира (*"СГЗ и Устав Србије"*), сматрајући однос ових правних аката битним за физиономију правног поретка, истиче да еволуција српске уставности, почев од каталога личних и економских права, јесте контекст за рану кодификацију грађанског законика. У раду М. Јовановића (*"СГЗ и природно право"*) анализиран је утицај школе природног права у личноправним, породичноправним и стварноправним решењима СГЗ. Рад проф. Ј. Даниловића (*"СГЗ и римско право"*) је прво истраживање ових односа, посебно присустваримског класичног или Јустинијановог права у облигационоправној сфери законика. Д. Кнежић Поповић (*"Удео изворног римског права у СГЗ"*) присутност изворног римског права у статусном, породичном, стварном и наследном делу СГЗ оценила је "врло скромним". Ђ. Крстић (*"СГЗ и обичајно право"*) даје занимљив закључак о данашњем значају обичајног права у примени грађанскоправних норми у руралним планинским подручјима. Д. Николић у реферату *"Рад на грађанском законiku у Србији 1829-1835. године"* објашњава персоналне, организационе и друштвене корене као "залоге неуспеха" рада законодавне комисије. В. Стојанчевић (*"Политичке и друштвене при-*

лике у Србији у време доношења грађанског закона 1844. године") истакао је свестрани развитак српског јавног живота и означио социјалне, привредне и уставноправне чиниоце који су утицали на издавање СГЗ. *Радослав Љушић* ("*Јован Хапић и кнез Милош*") представио је мене у односима кнеза и правника. У реферату "*Објаснење грађанског закона за Књажество Србско од др. Димитрија Матића професора отечественог права у лицеуму србском*", *Б. Марковић* је предочио намену, теоријске утицаје и неповољне околности стварања овог јединог систематског коментара СГЗ. *Т. Подгорац* ("*Основни појмови о праву и правословној науци и о грађанским законима уопште према "Објаснењу" Д. Матића*") је оценио Матићево дело као "првину" у систематском излагању, посебно питања везаних за грађанске законе уопште.

Поподневни деорда научног скупа (председавали академик В. Стојанчевић и проф. М. Орлић) започео је рефератом *М. Стефановске* ("*Кодификаторски рад В. Богишића и Ј. Хапића - сукоб закона и обичаја*") у коме је сукоб закона и обичаја посматран у области задружног права, због опстојаности тог породичног облика и отпорности моралних назора према споља инцираним елементима. *А. Молнар* ("*Социјална мисао у позадини кодификације Ј. Хапића и В. Богишића*") је разматрао различите одговоре СГЗ и ОИЗ у вези односа грађанског друштва и кућне задруге. *Н. Војиновић* ("*Грађански законик за Кнежевину Србију и ОИЗ за Књажевину Црну Гору*"), поред сличности ових закона, констатује и разлике по карактеру, садржини, систематици и опсегу нормирања. Реферат *М. Чизмовића* ("*Сто педесет година ГЗ за Кнежевину Србију*") за тему је имао Богишићева опажања о СГЗ, тј. његову опрезност одређену значајем и "авторитетом кодекса". *М. Ђуричић* ("*Примена канонског права, шеријата и СГЗ на Косову и Метохији*") је испитивао различите изворе права сходно националној специфичности Космета. У раду *И. Бабића* ("*Правни субјекти у СГЗ*") анализована су физичка (временска димензија правне и обим пословне способности) и морална лица. Коауторски рад *Г. Станковића* и *М. Симића* ("*Тумачење закона у СГЗ*") казује о иновативности решења СГЗ у давању средстава за откривање воље законодавца и у превазилажењу схватања права као затвореног система. *Р. Ковачевић Куштримовић* ("*Државина према СГЗ*") закључује да су одредбе о државини нејасне и замршене, а да су државински спорови, и данас, неразумљиви судијама и странкама. *З. Рашовић* ("*Упоредна анализа одредаба СГЗ и ОИЗ о заложном праву на покретним стварима*") стварноправну природу залог посматра у претпроцесуалној и процесуалној фази. Рад *С. Аранђеловића* ("*Основне одредбе о уговорима у СГЗ и ЗОО*") указао је на разлике у погледу места, броја и садржине норми о уговорима у овим закон(и)цима. У реферату *О. Станковића* ("*Реални уговори у СГЗ и његовом изворнику*") констатовано је да, за разлику од АГЗ, СГЗ зајам, послугу, оставу и залогу не сматра реалним уговорима. Формулација СГЗ даје основа да се ови уговори сматрају неправим двострано обавезним уговорима. У раду *М. Тороман* ("*Одредбе о одговорности за штету у СГЗ и ЗОО*") истакнуте су разлике у месту, броју и садржини одредаба о овом институту у назначеним закон(и)цима. *И. Јанковец* ("*Кривица као претпоставка уговорне одговорности (према СГЗ у поређењу са ЗОО)*") истиче да и СГЗ уговорну одговорност заснива на кривици, а да савремене тенденције иду у поопштравање одговорности дужника. *Б. Марковић* је постојање пар. 396 и 397 (о искључењу женске дече из наслеђа) оценила анахроним. *В. Стојиљковић* је истакао да су, због непомињања у ЗОО, правила СГЗ о уговору о ортаклуку примењива на односе који настају формирањем неких трговачких друштава и групација предузећа (конзорцијума, joint venture).

Последњи дан скупа (председавали акад. А. Фира и проф. Д. Поповић) започео је рефератом *Д. Поповића* ("*Објективна одговорност за штету по СГЗ*") у коме се истиче пропуст научне обраде одлука Касационог суда, а тиме и губитак прилике да српско право својим путем дође од установе објективне одговорности. *Ђ. Николић* ("*Одговорност за проузроковану ште-*

ту по СГЗ") је истраживао основ, начин и обим накнаде штете по СГЗ. Рад Б. Старовића (*"Ретроспективни поглед на правила СГЗ о приговору неизвршеног уговора"*) има констатацију да наведено правило перфектно врши своју функцију без обзира на мене у (не)материјалном свету. Поред С. Панова (*"Концепт брака по СГЗ"*), "брачне параграфе" СГЗ истраживала је и О. Цвејић Јанчић (*"Брачно право према СГЗ"*), утврдивши њихову конфесионалност, патријархалност, али и напредност и универзалност. У раду Р. Ракића (*"Терминологија сродства по СГЗ"*) указано је да су у СГЗ први пут кодификовани сроднички термини. М. Павловић (*"Положај жене по СГЗ"*) са занимљивог (и) политичког аспекта разматра неједнакост супружника по СГЗ. Н. Павковић (*"Породична задруга по СГЗ"*) је пажњу усмерио на недопуштене типове задруга, констатујући паралелно регулисање: СГЗ-ом и обичајем. Љ. Кркљуш (*"Породичне задруге у СГЗ и у законодавству Војне границе"*) запажа разлику у значају сродства за настанак задруге и у (не)колективном карактеру својине у овим правним актима. А. Миљковић (*"Схватања Ж. Перића о патријархалним породичним задругама"*) истиче да су СГЗ оштетила либерална начела, али због "симпатија законодавца" нису и разорила породичне задруге. Р. Ђуровић (*"СГЗ и развитак србијанског села"*) констатује да превага правила СГЗ над обичајним правом почиње тек крајем 19. века. М. Орлић (*"Вредност СГЗ"*) запажа промене значаја СГЗ: од израза културне и правне вредности у време доношења до карактеристике да је модерну епоху Србија дочекала са превазиђеним законом. Реферат В. Водинелића (*"Сто педесет година касније: шта је још живо у СГЗ"*) одликује запажање о застарелости језика, систематике, Породичног и Наследног права, док би неке остале одредбе користиле за интерпретацију и поуну правних празнина важећег права или као решења *de lege ferenda*.

У доцније вођеној расправи учествовали су академик Р. Лукић (поздравивши идеју одржавања скупа, СГЗ је оценио улазницом за модерно друштво), др Б. Митровић (о односу СГЗ и данашњег процеса приватизације), др М. Вучковић (о значају СГЗ у девет тачака: од баштинских књига до ортаклука), проф. О. Станковић (истакао је да се вредност СГЗ мора посматрати имајући у виду чињеницу да је, без генералних ревизија, дуже трајао од његовог изворника и да је еклетицизмом одлика бројних грађанских законика. Проф. Станковић је предложио скупу да се Савезна влада обавести да за стање грађанског незаконодавства кривицу не снесе цивилисти и да је нужно доношење јединственог грађанског законика). Проф. Ј. Даниловић казала је реч у одбрану дела и личности Ј. Хашића, сматрајући његово дело дивним сплетом живог у народу и визије будућности. Проф. В. Водинелић желео је да "разблажи густину негативних тонова о СГЗ", а концепт државине у СГЗ оценио је бољим од важећег права. Оцењујући СГЗ, проф. М. Орлић је истакао да је СГЗ у време доношења био велико достигнуће, крајем 19. века његова ревизија била је потреба, почетком 20. века неопходност, а између светских ратова са ревизијом СГЗ се закаснило.

На крају овог валидно осмишљеног и доследно спроведеног научног скупа, завршну реч казао је академик Александар Фира, наглашавајући да је, као пример тзв. консенсуалне демократије, унисионо прихваћена порука са скупа да је, у време транзиције друштва, категорички императив да наша земља добије грађански законик.

мр Слободан Панов

САДРЖАЈ

	страна
ЧЛАНЦИ	
<i>др Смиља Аврамов</i> , Међународно кривично право и повеља УН (изворни научни рад) - - - - -	479-499
<i>др Јаков Радишић</i> , Лекарска дијагноза као правни проблем (изворни научни рад) - - - - -	500-516
<i>др Бранко Лубарда</i> , Партиципација радника у управљању предузећем у упоредном праву (изворни научни рад) - - - - -	517-545
<i>др Бранислав Симоновић</i> , Типови несвесних мотива кривичног дела (изворни научни рад) - - - - -	546-560
ПРИЛОЗИ	
<i>др Љубиша Станојевић</i> , Да ли је могућа компјутерска симулација у праву? - - - - -	561-563
КОМЕНТАРИ СУДСКИХ ОДЛУКА	
<i>др Зоран Ивошевић</i> , Закључење и дејство уговора - -	564-568
СУДСКА ХРОНИКА	
Одлуке Врховног суда Србије - <i>др Зоран Ивошевић</i> - - -	569-576
Одлуке Савезног уставног суда - <i>Ђорђе Ђурковић</i> - - - -	576-582
ПРИКАЗИ	
<i>мр Милан Павић</i> , Уговор о трансферу технологије и сукоб закона, Номос, Београд, 1994 - <i>др Слободан М. Марковић</i> - - - - -	583-584
Научни скуп "Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика, 1844-1994" - <i>мр Слободан Панов</i> - - - - -	584-586

TABLE OF CONTENTS

	page
ARTICLES	
<i>Dr. Smilja Avramov</i> , International Criminal Law and the UN Charter (original theoretical work) - - - - -	479-499
<i>Dr. Jakov Radišić</i> , Diagnosis of a Physician as a Legal Problem (original theoretical work) - - - - -	500-516
<i>Dr. Branko Lubarda</i> , Participation of Workers in Managing the Enterprise - A Comparative Law Approach (original theoretical work) - - - - -	517-545
<i>Dr. Branislav Simonović</i> , Types of Involuntary Motives of Criminal Offences (original theoretical work) - - - - -	546-560
CONTRIBUTIONS	
<i>Dr. Ljubiša Stanojević</i> , Is Computer Simulation Possible in the Sphere of Law? - - - - -	561-563
COMMENTARIES OF JUDICIAL DECISIONS	
<i>Dr. Zoran Ivošević</i> , Conclusion and Effect of Contract - - - -	564-568
COURTS' CHRONICLE	
Decisions of the Supreme Court of Serbia - <i>dr. Zoran Ivošević</i> - -	569-576
Decisions of the Constitutional Court of Yugoslavia - Đorđe Đurković - - - - -	576-582
BOOK REVIEWS	
Mr. Milan Pavić, Ugovor o transferu tehnologije i sukob zakona (Transfer of Technology Contract and Conflict of Laws), Nomos, Belgrade, 1994 - <i>dr. Slobodan Marković</i> - - - -	583-584
Symposium: "150th Anniversary of the Serbian Civil Code 1844-1994" - <i>mr. Slobodan Panov</i> - - - - -	584-586

TABLE DES MATIÈRES

	page
ARTICLES	
<i>Smilja Avramov</i> , Le droit international pénal et la charte des Nations unies (travail scientifique original) - - - - -	479-499
<i>Jakov Radišić</i> , Le diagnostic médical en tant que problème juridique (travail scientifique original) - - - - -	500-516
<i>Branko Lubarda</i> , La participation des ouvries à la gestion de l'entreprise dans le droit comparé (travail scientifique originale) - - - - -	517-545
<i>Branislav Simonović</i> , Les types des motifs inconscients de l'acte criminel (travail scientifique original) - - - - -	546-560
VARIÉTÉS:	
<i>Ljubiša Stanojević</i> , La simulation par ordinateur est-elle possible dans le droit? - - - - -	561-563
COMMENTAIRES DES DÉCISIONS DES TRIBUNAUX	
<i>Zoran Ivošević</i> , La signature et l'effet du contrat - - - - -	564-568
JURISPRUDENCE	
Les décisions du Tribunal suprême de Serbie - <i>Zoran Ivošević</i> - -	569-576
Les décisions du Tribunal fédéral constitutionnel - <i>Đorđe Đurković</i> - - - - -	576-582
COMPTES RENDUS DES LIVRES	
mr Milan Pavić, Le contrat sur le transfert de la technologie et la collision des lois, Nomos, Belgrade. 1994 - <i>Slobodan M. Marković</i> - - - - -	583-584
Réunion scientifique "Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika, 1844 - 1994" ("Les 150 ans du Code civil Serbe, 1844 - 1994") - <i>Slobodan Panov</i> - - - - -	584-586

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 рубрики „Чланци” истовремено доставити апстракт (скраћени резиме) од 10 до 20 редова, резиме до највише 25 редова, и кључне речи са највише пет израза, без свеза. Апстракт и резиме куцати на исти начин као што је предвиђено под тачком 1.

3. Уз сваки рад доставити следеће податке: тачну адресу, потпуне податке о звању, број жиро-рачуна, телефон на радном месту и у стану.

4. Сваки рад доставити потписан.

5. Прикази књига које су мање од 200 страна не треба да буду дужи од 5 куцаних страна. Прикази књига које су по обиму веће од 200 страна могу се сразмерно повећати и то за по једну куцану страну на сваких додатних 100 штампаних страна. Уколико је приказ књиге по природи аналитичан, редакција ће толерисати повећање обима приказа за 20%.

6. Фусноте треба куцати на крају рада (не испод текста на страни), такође са проредом и са довољно белине са стране, и то тако да нумерација фуснота иде од броја 1 па надаље за цео рад (не правити посебну нумерацију за поједина поглавља).

7. Цитирање треба да обухвати следеће податке и то следећим редом: аутор (прво име, па онда презиме), назив дела, место издавања, година издавања, број цитиране стране или тачке пасуса. ПРИМЕР: Живојин Перић, *Стварно право*, Београд, 1922. стр. 141; Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1929, стр. 93.

8. За радове објављене у часописима, као и за прописе објављене у службеним гласилима, навести, после података о аутору и о раду, податке о: називу часописа (службеног гласила), броју и години излагања часописа (службеног гласила), броју цитиране стране. ПРИМЕР: Радомир Лукић, *Субјективни фактор и непосредна демократија*, „Анали Правног факултета у Београду”, бр. 2-3/1964, стр. 153; чл. 7. Закона о шумама СР Србије, „Службени гласник СРС”, бр. 19/1974.

9. За радове објављене у зборницима, енциклопедијама и сл, навести: име и презиме аутора, назив дела, назив зборника односно енциклопедије, име и презиме редактора (уколико је означено на зборнику), место издања, годину издања, број цитиране стране. ПРИМЕР: Божидар Јелчић, *Пораст и разлози пораста порезног оптерећења*, „Финанције и финансијско право”, ред. Божидар Јелчић и Владимир Срб, Осиејек, 1982, стр. 37; Владимир Капор, *Купопродаја*, п. 37, „Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада”, том први, Београд, 1978, стр. 805.

10. Навођење судских одлука треба да садржи податке о врсти одлуке, суду, броју одлуке, датуму када је донесена и публикацији у којој је објављена, односно назначење да је коришћена из судске архиве. ПРИМЕР: Решење Уставног суда СР Србије III У бр. 82/72, од 31. маја 1972, „Зборник судске праксе”, бр. 7-8/1982, одл. бр. 29; пресуда Врховног суда СР Хрватске Гзз бр. 58/75, од 18. јуна 1975, „Збирка судских одлука”, књ. I, св. 4, одл. бр. 462.

11. Уколико се једно дело истог аутора цитира у више фуснота (које нису непосредно једна из друге), после имена и презимена аутора други и сваки следећи пут употребити скраћеницу *op. cit.* Уколико се једно дело

истог аутора цитира у фуснотама које непосредно следе једна за другом, после првог навођења потпуних података о аутору и о делу употребити скраћеницу *ibid.*

12. Сви библиографски подаци требало би у начелу да буду дати у фуснотама. Изузетно, пре свега при помињању неких законских одредби, то би се могло учинити и у самом тексту. ПРИМЕР: Из пореске основице је, као што предвиђа одредба чл. 3. Закона о порезу из дохотка организација удруженог рада СР Србије, искључен износ дела дохотка у висини 55% просечног месечног нето личног дохотка радника у привреди СР Србије исплаћеног у претходној години.

13. Пошто се часопис „Анали” штампа ћирилицом, црвеном оловком треба подвући речи или реченице које треба да буду штампане латиницом. Овај захтев 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, Dordrecht, 1970.

16. Места која се желе истакнути штампају се искључиво курзивом а не ш п а ц и о н и р а н о (размакнутим словима). Због тога у рукопису ништа не треба куцати размакнутим словима.

17. Поднасловe највишег реда обележавати римским бројевима и куцати великим словима. Уже поднасловe обележавати арапским редним бројевима и куцати малим словима, а још уже словима азбуке и такође куцати малим словима. ПРИМЕР: III. УТИЦАЈ ПОРЕСКЕ ПОЛИТИКЕ НА ПОНУДУ ЧИНИЛАЦА ПРОИЗВОДЊЕ; 1. Ефекти пореске политике на штедњу; (а) Ефекти пореске политике на штедњу становништва.

18. Моле се сарадници да после прекуцавања рукописа пажљиво прочитају текст и отклоне евентуалне дактилографске грешке.

Претплата за часопис „Анали Правног факултета у Београду” у 1995. 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 - - - - -	US\$ 25 (у дин.)	

Претплата за иностранство износи 50 US\$ (плативо у динарима по курсу на дан уплате).

Претплату слати на рачун Правног факултета у Београду број,
40803-603-4-4356

Уредништво и администрација АНАЛИ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
БЕОГРАД - Булевар револуције 67, тел. 341-501