

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ДВОМЕСЕЧНИ ЧАСОПИС
ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

UDK 34/35

YU ISSN 003-2565

АПФ



1-2

БЕОГРАД, 1995.

АПФ, година XLIII, Београд, бр. 1-2, јануар-април 1995, стр. 1-167

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 Предраг Шулејић, др Дејан Поповић, др Сима Аврамовић, др Драгољуб Поповић, др Боривоје Шундерић, др Мирјана Тодоровић, др Ђорђе Игњатовић, др Љиљана Радуловић, др Милан Пауновић, др Војислав Станимировић и др Силвија Пановић-Ђурић (секретар уређивачког одбора).

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
Штампа: ЧИП Штампа, Београд, Студентски трг 15
Лектор и коректор: Јасна Жарковић

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

АПФ, Година XLIII, Београд, бр. 1-2, јануар-април 1995, стр. 1-167

UDK 34/35

YU-ISSN 0003-2565

ЧЛАНЦИ

UDK-342
(Izvorni naučni rad)

Dr. Vladan Kutlešić
Beograd

THE INSTITUTION OF HEAD OF STATE IN THE FORMER SOCIALIST COUNTRIES

I. INTRODUCTION

The period from 1989 to the present day will undoubtedly receive a chapter all its own in the history of constitutional law, and it indeed deserves special study because of the large number of new constitutions which have been promulgated in Europe in the space of just a few years. These constitutions were not the result of a natural process of updating or replacing previous constitutions. On the contrary, they represent the legal codification of the enormous changes that have swept virtually all of the former socialist states in Europe, from Poland to Albania.

There are a number of features which these new constitutions hold in common (political pluralism, separation of powers, wide-ranging civil rights and liberties, etc.) and which allow them to be placed in the same category. One such shared institution, resulting from the introduction of the separation of powers as a principle in the organization of these states, invites a comparative study of all these constitutional systems. It is the office of head of state.

There are a number of reasons that make this institution particularly interesting. Firstly, all the new constitutions of the former socialist states have opted for a bicephalic executive, dividing power between the head of state and the prime minister and his cabinet, so that the first question that automatically imposes itself is how they compare with the known theoretical models and constitutions in the world.

Secondly, in the majority of cases the promulgation of these new constitutions was accompanied by a storm of controversy and polemics, particularly as regards the powers and status to be given to the chief executive. As far as the 1990 Constitution of Serbia is concerned, criticism was voiced and is still being heard that the president of Serbia was given unreasonably wide and unprecedented powers. Unfortunately, such arguments have been put forward not just by laymen in their role as political activists, but also by leading authorities in the field of constitutional law, and not just as part of their partisan political activities (almost without exception they are actively involved in party political life), but even in their scholarly papers and textbooks of constitutional law. We shall not concern ourselves with such arguments here, consigning them to the sphere to which they belong (their cogency can easily be assessed from a study of literature and the constitutions of contemporary western democracies), but nonetheless they act as an inducement to analyze the institution of head of state in similar political systems of former socialist states, for these systems have not yet received the attention and study they deserve.

The third reason for dealing with this topic lies in the fact that both the general public and scholars seem to show more interest in the status and powers of the executive than in those of the legislative or judicial branches of government. This fascination with the office of chief executive can be explained by the nature of executive power, the way it is exercised, and the functions that the executive arm performs.

In short, this paper deals with the status and powers of the head of state and his relations with other state organs as provided for in twelve new constitutions of the former socialist states of Europe: the 1993 Constitution of the Russian Federation (Arts. 80-89, 92, 99, 102, 104, 107, 109, 114, 117, 125); the Constitution of the Republic of Albania (Arts. 76-80, 82, 115, 116, 118, 123); the 1992 Constitution of the Slovak Republic (Arts. 86-89, 95, 101-103, 105-107, 116, 130, 134); the 1990 Constitution of the Republic of Serbia (Arts. 83-89, 132); the 1992 Constitution of the Federal Republic of Yugoslavia (Arts. 82, 96-98, 135, 136); the 1991 Constitution of the Republic of Slovenia (Arts. 81, 91, 103-105, 107, 111, 131, 163); the 1991 Constitution of the Republic of Macedonia (Arts. 78-84, 119-121, 124-126, 130); the 1992 Constitution of the Republic of Montenegro (Arts. 76-78, 82, 86-90, 117); the 1990 Constitution of the Republic of Croatia (Arts. 71, 77, 78, 87, 89, 94-105, 111, 113, 135, 136); the 1991 Constitution of the Republic of Bulgaria (Arts. 75, 78, 84, 92, 94-101); the 1991 Constitution of Romania (Arts. 77, 80-82, 84-94); the 1992 Constitution of the Czech Republic (Arts. 35, 50, 51, 54-58, 60, 62-66), and in the amended constitutions of two other former socialist states: of Poland as of 1991 (Arts. 20, 26, 27, 30, 32-32i, 37, 60) and of Hungary as of 1989 (Arts. 19-19b, 22, 23, 25, 26, 28a, 29-29e, 30a-33, 48, 52).

The theoretical framework and methodology used in this study form part of the theoretical typology of the organization of executive power and the position of the head of state in it, which divides the presidential and parliamentary types of government into two subvariants: one in which the prime minister and his government have more power, and the other in which the president takes ascendancy. The other part of the theoretical typology of the organization of the executive branch and the status of head of state in it (directorial type,

parliamentary type, and autocratic type) will not be dealt with in this paper, because the initial assumptions and analyses of the constitutions listed above have revealed that the principle of separation of powers has been applied everywhere in one way or another, as a result of which two theoretically possible types of executive power remain outside our field of interest (directorial and parliamentary), while the third (autocratic) is linked with an analysis of the enforcement and practicability of these constitutions, which is not our concern at this moment (1).

Within the context of this theoretical typology, we shall examine the institution of head of state from the standpoint of five basic theoretical groups of functions which can be performed by the executive branch of government: enactment of subsidiary legislation and executive orders, coordination and direction of the administration, conduct of foreign affairs, the setting of public policy, and political acts - "acts of government" (2)

The aforementioned groups of functions subsume: 1) subsidiary legislation: the adoption of general but subordinate and derivative regulations, in conformity with existing statutes; 2) coordination and direction of the government bureaucracy: administrative policy, organization of the bureaucracy, personnel questions in the administration, direction and supervision of the administration; 3) the conduct of foreign affairs: command of the armed forces and the carrying on of international relations; 4) the setting of public policy: legislative proposals and participation in the legislative process (from taking part in debates to promulgation of legislation or the imposing of a suspensive veto); 5) political acts (acts of government): the president's exercise of the sovereign authority vested in him by the constitution in the sphere of relations between the parliament and the executive branch, leadership in emergency situations, pardons and reprieves, the awarding of decorations, prizes, etc. (3).

The typology of the office of head of state set forth above is based on the allocation of these functions between the chief executive and the prime minister and his cabinet in each specific case. At one end of the scale is the complete concentration of all these functions in the hands of the president and the nonexistence of a prime minister as an executive organ (the presidential type of government), while in the parliamentary type of government these functions (specific functions from each of the enumerated groups) are divided between the president and the prime minister, so that two variants appear, in which either the head of state or the prime minister performs the more important functions.

All the models of the institution of head of state known to the world to date correspond to these basic typologies of the organization of executive power and the groups of functions which the executive performs, the only differences being those arising from the process of scholarly abstraction and generalization. It also goes without saying that in the aforementioned groups of functions there are those which, when broken down into distinct categories, could be con-

(1) For more information on this subject, see: Dr. Ratko Matković, *Izvršna vlast (Executive Power)*, Savremena administracija, Belgrade, 1980. This is one of the most comprehensive studies in recent Yugoslav literature, and its bibliography of foreign literature is particularly valuable.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.*, pp. 82-101.

sidered as belonging to parliament as well (for instance, foreign policy and political acts), but they are relatively easily distinguished in the course of analysis.

Finally, we should also mention the fact that an analysis of the institution of head of state would not be complete if it did not include a study of the manner in which it is formed (elections) and the manner in which the term of office of the chief executive is terminated.

II. THE STATUS AND POWERS OF HEAD OF STATE

On the basis of the theoretical and methodological postulates described above, we shall analyze the institution of head of state in the new or amended constitutions of the former socialist countries in Europe from the standpoint of three groups of considerations: election and accountability, powers, and relationship with other state organs and branches of government.

A. Election and Accountability of the Head of State

In this section we shall consider several questions: who elects the president of the country and in what manner; his term of office; the requirements which must be met by a candidate for president, and under what circumstances and to whom the head of state is answerable. We are justified in using the term 'president of the republic' as synonymous with head of state in describing this constitutional institution, since all the constitutions under study here have opted for republican systems as their form of government, and all of them call their chief executive 'president of the republic'.

1. Of the 14 constitutions analyzed, nine provide for the president of the republic to be elected directly by the citizens (Romania, Poland, Bulgaria, Croatia, Macedonia, Montenegro, Slovenia, Serbia, Russia), while the remaining five call for the election of the president by parliament (the Czech Republic, Hungary, Yugoslavia, Slovakia and Albania).

In eleven constitutions, the chief executive's term of office is restricted to five years, and in just three constitutions (Yugoslavia, Romania and Russia) to four years. All the constitutions in question restrict reelection in the same way, allowing the same individual to serve as president for only two terms.

2. As regards restrictions on candidacy for president, the constitutions fall into two groups. In the first group, the constitutions of Yugoslavia, Serbia, Montenegro, Romania, Croatia, and Slovenia have no special requirements or restrictions on who can be elected president; the same requirements apply both to voters and to candidates, namely, citizenship, legal age, and legal capacity. The second and much larger group comprises constitutions which have stipulated requirements. All of them have set minimum age limits that must be met by candidates for this office: the constitutions of the Czech Republic, Albania, Bulgaria and Macedonia stating that candidates must be at least forty years of age, and those of Hungary, Slovakia, Poland and Russia setting a lower minimum age of thirty five. In addition to age requirements, some constitutions in this second group call for an obligatory length of residence in the country: five

years in Poland and Bulgaria, ten years in Macedonia and Russia, with the further requirement in the Constitution of Macedonia that candidates for office of president of the republic must have resided continuously in the republic for the past fifteen years (4).

The taking of an oath of office as an institution in the election of the president of the republic is a feature of eleven of the constitutions under scrutiny, the constitutions of Yugoslavia, Albania, and Montenegro representing exceptions. Of those which call for the president to be sworn in, the constitutions of the Czech Republic, Slovakia, Poland and Russia have specified legal consequences for failure to take the oath of office, explicitly in the case of the constitutions of the Czech Republic and Slovakia (if the president-elect refuses to swear the oath or has reservations, his inauguration cannot take place), and the constitutions of Poland, Romania and Russia, in an indirect manner (the president begins performing his duties only after being sworn in).

Of all the constitutions under study, only those of Romania and Poland have the institution whereby the election of president of the republic is ratified by the constitutional court in the case of Romania, and by both houses of parliament in joint session in the case of Poland.

3. These constitutions have taken four different approaches in defining incompatibility of the functions of head of state with other functions. The first category includes constitutions which do not have any specific provisions on incompatibility of different functions (Russia, Montenegro and Poland). The second category comprises those which have made presidential duties incompatible with the performance of any other public office (Slovenia and the Czech Republic). The third category includes those which have made presidential functions incompatible both with other public functions and with professional activities (Serbia, Yugoslavia, Slovakia and Albania). The fourth group includes those constitutions which, besides ruling out the performance of other public functions and professional activities, have also circumscribed the prerogatives of the chief executive as regards political activities (5), in the sense that a president may belong to a political party but may not hold office in it (the constitutions of Macedonia, Bulgaria and Hungary), the president is prohibited even from membership in a political party (the Romanian constitution), or the president is expressly allowed to engage in party political activities (the Croatian constitution).

4. As the head of state is a one-man institution of government in the constitutions under examination here, the question arises of how he is to be replaced if for any reason he is unable to perform the duties entrusted to him (absence, sickness, etc.). The mentioned constitutions have dealt with this problem in three ways. Only one of the constitutions, that of Bulgaria, makes provision for a vice-president of the republic, thereby institutionalizing his replacement. The second and by far the largest group of constitutions provides that the president can be replaced by one of the parliamentary officers, depend-

(4) The Constitution of Macedonia envisages an exception to this stipulation for the first elections, in that it allows the years of residence in the Socialist Federal Republic of Yugoslavia before the secession of Macedonia to be counted, obviously in order to make it possible for the current president to be elected.

(5) The difference between the third and fourth groups lies in the explicit mention of political activities, since obviously the "public functions" referred to in the third group can and should be taken to include political as well as other activities.

ing on the structure and organization of the parliament. In states which have a unicameral parliament or only one speaker, it is the speaker who stands in for the president of the republic when necessary (Hungary, Serbia, Montenegro, Slovenia, Poland, Albania and Croatia), and in the case of bicameral parliaments or those which have a joint speaker, the speakers are alternately entrusted with the task of substituting for the president (Romania), or else the speaker of just one of the houses is chosen to perform these tasks (Yugoslavia). The third group comprises those constitutions which make the prime minister the president's replacement (Russia, the Czech Republic and Slovakia), although the Czech Republic has combined this solution with a list of specific duties which the speaker of one house of parliament can perform in lieu of the president, and in the case of Slovakia it is the cabinet as a whole that acts as collective head of state when necessary, while certain functions can be entrusted solely to the prime minister.

In their provisions spelling out the manner in which the head of state can be replaced, a few constitutions have set aside certain functions which cannot be performed by the individual substituting for the head of state, for without such restrictions in a system of the separation of powers, the balance between the different branches of government might be upset. The constitutions of Hungary, Macedonia, Russia and Slovakia have precluded certain prerogatives, such as the dissolution of parliament, the suspensive veto, personnel appointments, etc.

5. The accountability of the president of the republic, which among other things distinguishes him from a monarch, as a head of state of a different kind, should be regarded in the light of the reasons for which the chief executive can be impeached, and the procedure itself.

Again these constitutions can be separated into different categories, according to the reasons for impeachment. The first category contains those constitutions which envisage impeachment of the president of the republic only in the case of violation of the constitution (Serbia, Montenegro, Yugoslavia, Macedonia and Croatia); the second category includes those constitutions which in addition to violation of the constitution also make contravention of the law an impeachable offence (Slovenia, Poland, Hungary and Albania), and the third contains those constitutions which allow a president to be impeached only for high treason or violation of the constitution (Bulgaria and Romania). Special cases are impeachment for high treason alone (the Czech Republic), and impeachment for activities jeopardizing the sovereignty and territorial integrity of the country, for abolition of the democratic constitutional system, or treason (Slovakia).

The procedure for impeaching a head of state is similar in all these constitutions. Parliament initiates impeachment proceedings (as a rule with a two-thirds majority), and the final decision is taken by a constitutional court, viz., in the constitutions of Slovenia, Bulgaria, Macedonia, Hungary, the Czech Republic, Croatia and Slovakia (for treason). The constitutions of Yugoslavia, Albania and Slovakia (for reasons other than high treason) have made parliament competent to decide on impeachment, and in this sense the Constitution of Montenegro is very similar (parliament decides on the basis of the opinion of the constitutional court). Differing from the others are the Constitution of

Serbia (where the parliament initiates impeachment proceedings, but the final decision is taken by the voters in a referendum), the Polish constitution (where the parliament initiates impeachment proceedings, but the state council - a special constitutional body - decides), and the Constitution of Romania (parliament initiates proceedings in the case of treason, and the supreme court decides; while for violation of the constitution the parliament initiates proceedings after prior consultation with the constitutional court, but the final decision rests with citizens voting in a referendum).

B. Powers of the Head of State

In terms of the earlier stated theoretical and methodological typology of the executive functions of the head of state, for the purpose of this analysis we shall divide the chief executive's duties into two groups. Separate consideration will be given to the prerogatives which the head of state exercises vis-à-vis other government organs, in the sense that he can "interfere" in their affairs, primarily in the work of the parliament, but also in the work of other government bodies, comparing them with the different nature of those powers which wholly fall within the category of the functions we have called "the setting of public policy" and the portion of the functions from the group "political acts - acts of government" which have the aforementioned characteristic of "interference" in the work of other branches of government. This approach has been taken because the purpose of this study is to describe the status of the head of state in the aforementioned constitutional systems (in other words, to determine the type of head of state which they represent), and it is particularly well illustrated in the spheres which we shall analyze in the section: "The Relationship of the President of the Republic with Other Government Organs".

In comparison with other theoretical and methodological categories of functions performed by the executive branch, our analysis has shown that those functions which we classified as "subsidiary legislation" and "coordination and direction of the administration" are not enumerated at all in the constitutions under study as duties performed by the head of state. This situation is explained by the fact that there is a prime minister and government as a separate executive (bicephalic executive) in all these states.

Hence, for reasons described above, in this section of the study we shall focus on those functions which we have called "conduct of foreign affairs" and some of the functions falling within "political acts - acts of government" which have no bearing on the chief executive's relationship with other government organs.

1. The Conduct of Foreign Affairs

There are two clear-cut areas as regards the chief executive's conduct of foreign affairs: one area concerning command of the country's armed forces, and the other concerning the state's external relations with other countries. A feature they share in common is that all the functions involved here concern foreign states in time of war or in time of peace.

Although the constitutions under consideration have very different approaches to the arrangements envisaged for the armed forces and warfare, both as regards actual stipulations and as regards terminology (making a compara-

tive study quite complicated), all of them, with the exception of the constitutions of Poland and Montenegro, have made the president of the republic the commander in chief of the armed forces. Poland's constitution states that the president of the republic is to appoint the supreme commander in time of war if the parliament is not able to convene, while the Constitution of Montenegro does not even deal with this matter, for it is the constitution of a federal unit, and these affairs fall within the exclusive jurisdiction of the federal state and its organs (6). There are several other competences directly linked with the prerogatives of commander in chief, i.e., with the use of the armed forces: notably, determination of the existence of a direct threat of war and state of war requiring the mobilization of the armed forces. The declaration of a state of emergency in all the constitutions considered, with the exception of those of Yugoslavia and Russia, is a subsidiary prerogative of the president of the republic, in that he may make this declaration only if parliament, in whose competence such a declaration lies, is unable to meet or to take a decision. The Yugoslav constitution gives this subsidiary prerogative to the federal government (the president of the republic only gives his opinion), while the Russian constitution bestows this power directly and unconditionally on the president of the republic.

It should be noted that as regards these duties, some of the constitutions studied (Croatia, Poland, Russia, Bulgaria, Romania, Hungary, Yugoslavia and Albania) make provision for the existence of special bodies (under a variety of names: national security council, supreme defence council, etc.) which differ in their composition and powers, are presided over by the president of the republic, and participate in the functions involved in the command of the armed forces, in the sense that to a greater or lesser degree they represent a check on the personal and discretionary nature of presidential powers. Another group of constitutions makes exercise of these powers dependent on a recommendation by the government for the same purpose (Slovakia and Bulgaria).

In the other area of functions involved with the conduct of foreign affairs, we have included some specific duties which have to do with the fostering of international relations in peacetime. These matters, by their nature, are not suitable for extensive or precise regulation by legal norms, and consequently all constitutions in the world, including those under study here, contain very few provisions on them.

All these constitutions entrust the head of state (president of the republic) with the task of representing the country abroad, of receiving letters of credence and recall of foreign diplomatic representatives, and of appointing national diplomatic representatives abroad (7). As regards the appointment of ambassadors, the constitution of Croatia, Romania, Yugoslavia and Albania

(6) The constitution of the other federal unit in Yugoslavia (Serbia) does contain provisions on this matter, a fact which certainly raises the question of its compatibility with the federal constitution. For more details on this question, see V. Kutlešić, *Stanje ustavnosti i zakonitosti i uskladenosti Ustava Srbije i Crne Gore s Ustavom Jugoslavije* (Constitutionality and Legality and the Compatibility of the Constitutions of Serbia and Montenegro with the Constitution of Yugoslavia), "Arhiv za pravne i društvene nauke", No. 3/94. However, this point is not relevant to the subject matter of the present analysis.

(7) The constitutions of Serbia and Montenegro do not contain provisions on the acceptance of letters of credence from foreign diplomatic representatives or the appointment of ambassadors abroad because they are constitutions of federal units.

call for the government to recommend candidates, and the constitution of Russia stipulates parliamentary consent.

Some constitutions have gone into greater detail, spelling out the duty of representing the state in foreign relation by requiring the president of the republic to sign international treaties (Russia, the Czech Republic, Macedonia, Croatia, Bulgaria, Romania and Albania) or to issue acts on the ratification of international treaties (Slovenia, Russia, Yugoslavia).

There are only a few constitutions which make provision for greater powers than the aforementioned as regards foreign relations (obviously the above-listed duties are of a procedural and ceremonial nature): the president of Russia is responsible for formulating foreign policy; the president of Macedonia proposes membership in international organizations, and the president of Croatia has the right to initiate proceedings for association with other states. Also noteworthy is the power of the president of the republic to ratify international treaties, either all treaties (the constitutions of the Czech Republic and Slovakia) or those treaties which do not require amendment of domestic legislation (the constitutions of Poland, Hungary and Albania).

2. Political Acts - "Acts of Government"

This field of competence of the chief executive contains three categories of functions which, while ostensibly different, are linked by one fundamental characteristic: the president exercises his authority directly, on the basis of the constitution, and the duties concerned are by their nature a pure expression of sovereignty and of the state as an organized entity.

a) The first category contains functions which have to do with various forms of "state clemency". All the constitutions studied here empower the president of the republic, as the chief executive of the state, to issue pardons and reprieves and to bestow decorations, awards, titles, etc. Some constitution also give the head of state the right to decide on awarding citizenship and asylum (the constitutions of Russia, Bulgaria, Hungary and Albania), while the Bulgarian constitution gives the president the additional prerogatives of deciding on changes in internal, administrative boundaries (on the recommendation of the prime minister), of writing off bad debts which the state cannot recover, and of granting national heritage status to buildings and settlements.

b) The second group includes the power of the president of the republic to declare a state of emergency in the country, which will entail certain changes in the competences of government organs in the sense that the president will assume functions which normally would belong to parliament or the courts, or there will be an extension of state authority beyond the normally allowed limits (suspension of some constitutional rights and liberties, etc.).

There are three approaches taken by the constitutions under study as regards this category of functions. Three constitutions (the Czech Republic, Montenegro (8), and Yugoslavia) do not give the above prerogatives to the head of state. The other constitutions differ among themselves in that some only grant the president these powers if parliament is unable to meet, for the reasons

(8) In this case as well the question of the harmonization of the constitutions of Montenegro and Serbia with the federal Yugoslav constitution arises.

which have given rise to the emergency situation in the first place, and make any presidential decisions subject to subsequent approval by the parliament (the constitutions of Slovenia, Bulgaria, Hungary, Albania and Macedonia), while others assign the aforementioned powers to the president of the republic, to be used at his own discretion (the constitutions of Croatia, Serbia, Poland, Russia, Slovakia and Romania), but even then, some of them call for the participation of some other government bodies (the constitution of Serbia requires government approval; the constitution of Russia states that parliament must be informed, and the constitutions of Croatia and Romania call for a subsequent confirmation by the parliament).

As regards the exercise of these powers, some of the constitutions under study have specified the reasons which would justify the declaration of a state of emergency: the Constitution of Poland (if the state's internal security is threatened, or in the event of a natural disaster), the Constitution of Serbia (if the security of the state, the rights and liberties of citizens, or the functioning of state organs have been placed in jeopardy), the Constitution of Macedonia (natural disasters and epidemics), and the constitution of Croatia (if other government organs are unable to function).

c) The third group of functions falling within the category of political acts comprises the powers of the president of the republic as regards appointments - the nomination of various state officials, when either the candidate is appointed to these functions directly by the president, or when he is authorized to put forward candidates for various posts, whose appointment is made by other government organs, as a rule parliament, but sometimes others (e.g., a judicial council, etc.).

All the aforementioned constitutions give the president of the republic powers as regards election of the government, as the executive organ. There are two ways in which this is done. The first is that the president of the republic is empowered to appoint the prime minister and make recommendations for appointment of the members of the government, subject to subsequent confirmation (a vote of confidence in the parliament), as provided for in the constitutions of Russia, Croatia, Romania, the Czech Republic, Hungary and Slovakia. The second way is for the president of the republic to have the power to propose a candidate for prime minister, who is then elected by the parliament, together with the members of the government nominated by the prime minister-elect (as in the constitutions of Serbia, Slovenia, Montenegro, Macedonia, Bulgaria, Albania, Yugoslavia and Poland). Clearly the role of president of the republic in forming the government is much more important in the countries belonging to the first group than in those in the second, although in both cases the chief executive is neither independent nor the sole participant in appointing the government.

A second typical prerogative of the president of the republic as regards appointment of personnel is the selection of justices to serve on the constitutional court. Just two of the constitutions studied - those of Croatia and Poland - do not provide for participation by the president of the republic in the appointment of constitutional court justices. Other constitutions define this role of the president in two ways: either the president appoints the justices of the constitutional court, viz., the constitutions of the Czech Republic (subject

to approval by the senate), of Slovakia (subject to recommendation of candidates by parliament), and Albania (the president appoints from between four and nine judges), or else the president nominates candidates to the bench for parliament to decide on, viz., the constitutions of Serbia, Slovenia, Montenegro, Russia, Poland and Yugoslavia for all justices, the constitution of Macedonia for only two justices, and the constitutions of Romania and Bulgaria for the election of one and three justices respectively.

Some constitutions give the president of the republic an indirect say in appointing judges to the bench of regular courts as well, in that the president nominates members of the judicial council as sponsors of candidates (the Constitution of Slovenia - from five to eleven members, the Constitution of Macedonia - two members), or direct powers, in that the president himself appoints the judges, viz., the Constitution of Russia (judges of federal courts), the Constitution of Poland (all judges, on the recommendation of the judicial council), and the constitutions of the Czech Republic and Hungary. The constitutions of Hungary and Slovakia have gone farthest in giving the president powers to make personnel appointments, allowing the president to appoint the professors and rectors of institutions of higher education, and in the case of Hungary, even the president of the country's Academy of Sciences.

3. The Relationship of the President of the Republic with Other Government Organs

The separation of this group of powers and duties of the president of the republic from the others that have been enumerated so far, as we have already pointed out, was necessitated by the purpose of this analysis, which is intended as a contribution to a comparative study and assessment of the institution of head of state in the countries under review. It is precisely in this group of rights and obligations, naturally with reference to the results of the other parts of this analysis, that the type of organization of the government of the state is best illustrated. We shall analyze the relationship of the president of the republic with parliament and the relationship between the president of the republic and the prime minister, while his relations with other arms of government (the courts, the constitutional court, etc.) have no particular bearing on the matter at hand and are most often reduced to a form of participation in the appointment of judges to the bench, as we have just seen. We shall also not repeat what has already been said about the mutual relation between the president of the republic, parliament, and the government as regards election and cessation of the term of office of any of them.

a) The Relationship between the President of the Republic and Parliament

In this group of powers vested in the chief executive, three are so widespread that they can be taken as typical, or customary. These are the suspensive veto, the dissolving of parliament, and the calling of elections for parliament.

The suspensive veto, as a form of participation and influence of the executive branch in the work of the legislative branch of government, enables the president of the republic to return a piece of legislation which has been passed by parliament for reconsideration by this body, and if it is passed again,

with the same or larger majority of votes, then the president is obliged to promulgate it into law. This prerogative is envisaged by eleven out of the fourteen constitutions studied, in other words, by all with the exception of the constitutions of Yugoslavia, Slovenia and Croatia (9).

Another typical power enjoyed by the president vis-à-vis parliament is his right to dissolve parliament for various specified reasons. Of the constitutions studied here, only the constitutions of Macedonia and Yugoslavia do not give the chief executive this right, but the institution of dissolution of parliament does not exist only in the Constitution of Macedonia, whereas in the Constitution of Yugoslavia the right to dissolve parliament is exercised by the government of the Federal Republic of Yugoslavia. However, even though twelve out of the fourteen constitutions considered give this prerogative to the president of the republic, the various arrangements as regards this institution differ from one constitution to the next in terms of the degree of objectivization of the institution, i.e., in terms of the conditions and reasons prescribed for its exercise. The constitutions of Serbia and Albania are the most liberal in this respect (there are no requirements that must be met before the president can dissolve parliament, but he may only do so at the behest of the government), while all the other constitutions have prescribed at least one reason for dissolving parliament, namely, failure to elect a government within a specified time limit, while some of them have also added the stipulation of failure to adopt the budget (Croatia and the Czech Republic). Some of the constitutions have prohibited the exercise of this power in wartime or during a state of emergency (Serbia, Romania, the Czech Republic, Slovakia and Hungary), or, for a certain time before the elapse of the president of the republic's term of office (Bulgaria, the Czech Republic). The linking of this right with the prime minister's countersignature can be considered a special form of limitation on its exercise (viz., the constitutions of Croatia and Bulgaria), but a true evaluation of the extent of this limitation can only be made after analysis of the influence wielded by the president on the election and work of the prime minister and his government, i.e., after an assessment of how independent the prime minister is in affixing his countersignature.

A third typical prerogative of the president of the republic is the calling of elections for parliament and scheduling of the first session of the newly elected parliament, as provided for in the constitutions of Slovenia, Russia, Montenegro, Croatia, Bulgaria, Poland, the Czech Republic, Yugoslavia, Albania and Hungary, but this is a formal right which is not of very great significance.

There are another two powers vested in the president of the republic which are often found in the constitutions of the aforementioned states: his right to address parliament in the form of a regular annual "state of the nation"

(9) For more details, see: V. Kutlešić, *Suspenzivni veto u Ustavu Srbije u svetlu komparativnog prava* (The Suspensive Veto in the Constitution of Serbia in the Light of Comparative Law), *Strani pravni život*, No. 1-2/91.

Only the constitution of Yugoslavia does not make any provision whatsoever for this institution, while the constitutions of Slovenia and Croatia link it with the mutual relation between the two houses of parliament in the process of adopting legislation, where this right is given to the upper house (a type of senate), by way of compensating for the unequal powers of the two houses in decision-making.

report (the constitutions of Russia, Macedonia, Croatia, Bulgaria, Romania and Slovakia), or to propose amendment of the state constitution (the constitutions of Montenegro, Poland, Croatia, Serbia and Albania). The other powers given to the president of the republic which are envisaged in some of these constitutions are exceptional, for instance, the right to propose legislation (the constitutions of Russia and Hungary), the right to convene an emergency session of parliament (the constitutions of Montenegro, Croatia and Hungary), the right to take part in parliamentary proceedings (the constitutions of the Czech Republic, Slovakia and Hungary), or even the right to preclude parliament from taking decisions on some issue by calling for a referendum (the constitutions of Russia, Croatia and Romania).

None of the constitutions studied give parliament a say in the election to office or termination of office of the president of the republic, and only the constitutions of Slovenia and Macedonia envisage the right of parliament to ask the president to appear before this body and give his opinion about a given issue.

b) The Relationship between the President of the Republic and the Government

As there is need to re-enumerate the powers exercised by the president of the republic in constituting the government, we shall focus here on two institutions which are comparable in many of the constitutions under study: cooperation and countersignature. In practice, neither of the two institutions is more popular than the other, i.e., they are not powers typically vested in the president of the republic in the states under consideration.

Cooperation between the two parts of the executive branch: the president of the republic and the prime minister and his government, is envisaged by eight out of the fourteen constitutions studied, but arrangements differ greatly from one constitution to the next as regards to closeness of their ties and the scope of mutual influence, especially the influence that the president of the republic can bring to bear on the government, considering that there is only one incumbent in the office of president and he has stronger political credentials, having been elected by the entire nation in direct elections. These arrangements range from the right of the chief executive to request the government to explain its policies on specific questions (the constitutions of Serbia and Slovakia), to the right of the president to take part in the sessions of government and preside over them (the constitutions of Russia, Croatia, Romania, Slovakia, Albania and the Czech Republic).

The countersignature of the government (the prime minister or another member of the cabinet), which in essence is merely a formal, legal form of cooperation and represents the institutionalization of joint responsibility of the two parts of the executive branch, is required by seven of the analyzed constitutions: the Constitution of Croatia (only for the dissolution of parliament), the Constitution of Bulgaria (for all presidential decisions, except for appointment of the government, dissolution of parliament, and the suspensive veto), the Constitution of Poland (requirement of a countersignature will be regulated by statute), and the constitutions of Romania, the Czech Republic, Albania and

Hungary (for the conclusion of international treaties, for some powers of personnel appointment, and for acts in time of war or state of emergency).

The Constitution of Romania has gone farthest in granting powers, for it vests in the president the power to halt enforcement of decisions taken by the executive authorities of parts of the federation (the constituent members of a federation at all levels, and not just the federal units), if they are in contravention of the constitution, international treaties, or human rights.

III. CONCLUSIONS

The conclusion on the status and powers of the head of state, president of the republic, in the fourteen analyzed constitutions of the former socialist states could contain assessments based on the theoretical typology and practical models of the different theoretical types of presidencies represented by the constitutions of the United States (presidential type), France (parliamentary type - in which the president has more power), and the constitutional conventions of Great Britain (parliamentary type, with the prime minister and his government taking precedence), and comparisons with them of the arrangements contained in the constitutions under review concerning election, termination of term of office, and powers, particularly as regards parliament and the government. It goes without saying that any such assessments must be of a high level of abstraction and few in number, as necessitated by the nature and scope of the present analysis.

Firstly, not one of the studied constitutions has envisaged a presidential type of organization of the office of head of state, a fact which obviously is not just for reasons of a formal, constitutional nature (all provide for a bicephalic executive) but also for practical reasons (not one head of state performs the functions of passing subsidiary legislation or coordinating and directing the administration).

Secondly, only two of the fourteen constitutions analyzed are comparable to one of the two variants of the parliamentary type, and that is the president of the Federal Republic of Yugoslavia in the variant in which the prime minister and his government have ascendancy, and the president of the Russian Federation, in the variant in which the president of the republic takes precedence. At the same time, some of the powers vested in the president of the Russian Federation approximate or are identical with the presidential model (he formulates foreign and domestic policy, proposes legislation, has the right to raise the question of reshuffling the government, plays the role of overall political state arbiter).

Thirdly, the various ways in which the remaining twelve constitutions under analysis regulate the status and powers of the head of state, despite the generalizations we have drawn from the individual case, put them into the category of the mixed parliamentary type of model for the institution of president of the republic, and they fall roughly into three groups. The first group contains the constitutions of Serbia, Macedonia, Poland and Albania, which are located in the middle of the scale as regards the status and powers enjoyed by the head of state. In other words, as far as these four countries are concerned, neither the president nor the government has ascendancy in the organization of the executive branch, and what we see is an evenly balanced and independent

bicephalic executive. The constitutions of Romania, Bulgaria, the Czech Republic, Slovakia, Hungary and Croatia belong to the second group, in which the status and powers of the chief executive tend more towards the variant in which the president of the republic has ascendancy over the prime minister and government. The third group comprises the constitutions of Slovenia and Montenegro, whose provisions are closer to the variant in which the prime minister and government have more power than the president, but nonetheless the status and prerogatives of the chief executive are incontestably more important than the typical model of this variant.

To sum up, all the constitutions studied here, with the exception of the Constitution of Yugoslavia, call for "stronger" or parliamentary "strong" presidents, a fact which, despite the variety of ways in which these countries are making the transition from one system to the other, shows the existence of a pattern which has its objective causes.

It cannot be doubted that the bias towards a strong chief executive in the constitutions of the former socialist states is directly correlated with the formidable problems and challenges which these states are encountering on the thorny road of political and economic transition. An effort has obviously been made to offset the dangerous instability of the constitutional and political system inherent in the changes taking place (because of the formally established but in fact highly imperfect and inchoate constitutional and political institutions) by giving a stronger and more independent role to the one-man office of president in the bicephalic executive. It must be remembered that in the current transitional phase, parliaments and governments are much more volatile than is the case in the system of the separation of powers and political pluralism in conflict-free constitutional system with a longer tradition.

(Primljeno, 5. januara 1995)

ШЕФ ДРЖАВЕ У БИВШИМ СОЦИЈАЛИСТИЧКИМ ДРЖАВАМА

Резиме

I. Период од 1989. године до данас сигурно ће у историји уставности добити своје посебно одређење и бити посебно изучаван с обзиром да је за само неколико година у Европи донет већи број устава који нису проста и мање-више квантитативна уставна динамика, већ уставноправни израз великих промена које су се догодиле у свим до тада социјалистичким државама Европе, од Пољске до Албаније.

Предмет овог прилога биће положај, овлашћења и односи са другим државама и органима шефа државе у 12 нових устава бивших социјалистичких држава Европе: Устав Руске Федерације од 1992. године, Устав Републике Албаније од 1992, Устав Словачке Републике од 1992, Устав Републике Србије од 1990, Устав Савезне Републике Југославије од 1992, Устав Републике Словеније од 1991. године, Устав Републике Македоније од 1991, Устав Републике Црне Горе од 1992, Устав Републике Хрватске од 1990, Устав Републике Бугарске од 1991,

Устав Румуније од 1992. године и измене и допуне у два устава бивших социјалистичких држава: Пољске од 1991. године и Мађарске од 1989. године.

Теоријско-методолошки основ овог прилога, с обзиром на његов предмет, биће део теоријске типологије организације извршне власти и положаја шефа државе у њој, која разликује председнички тип и парламентарни тип у две подваријанте - једна у којој премоћ има влада и друга у којој премоћ има шеф државе.

Остајући у теоријској типологији, институцију шефа државе анализираћемо са становишта пет основних теоријских група послова које може обављати извршна власт: подзаконодавство, координирање и усмеравање управе, вођење спољне политике, планирање опште политике и доношење политичких аката - аката владе.

II. *Избор и одговорност шефа државе.* 1. од 14 анализираних устава, код 9 је предвиђено да се председник републике бира непосредно од стране грађана (Румунија, Пољска, Бугарска, Хрватска, Македонија, Црна Гора, Словенија, Србија, Русија), а код 5 је предвиђено да избор врши парламент (Чешка, Мађарска, Југославија, Словачка и Албанија).

Мандат председника републике у 11 устава је одређен на 5 година а само у три устава (Југославије, Румуније и Русије) на 4 године.

Сви анализирани уставни реизборност ограничавају на исти начин тако да исто лице може бити бирано за председника највише два пута.

2. У погледу ограничења пасивног бирачког права, наведени уставни су поступили на два начина. Прву групу чине уставни Југославије, Србије, Црне Горе, Румуније, Хрватске и Словеније, који немају посебних услова (ограничења) пасивног бирачког права, већ су они једнаки условима за активно бирачко право (држављанство, пунолетство, пословна способност). Другу, бројнију, групу чине уставни који су прописали ова ограничења и то тако да су сви у тој групи одредили најмање године старости за уживање пасивног бирачког права, при чему уставни Чешке, Албаније, Бугарске и Македоније захтевају најмање 40 година старости, а уставни Мађарске, Словачке, Пољске и Русије, најмање 35 година старости. Поред година старости, у другој групи поједини уставни захтевају одређену дужину боравка, и то уставни Пољске и Бугарске 5 година, а уставни Македоније и Русије 10 година, док Устав Македоније комбинује овај услов за континуитетом боравка у последњих 15 година.

Заклетву као институт у поступку избора председника републике предвиђа 11 наведених устава, сви изузев Устава Југославије, Албаније и Црне Горе. Међу уставима који заклетву предвиђају, уставни Чешке, Словачке, Пољске и Русије су посебно регулисали правне последице неполагања заклетве и то уставни Чешке и Словачке изричито (ако одбије или стави резерву, сматра се да није изабран), а уставни Пољске, Румуније и Русије посредно (дужност прима тек кад положи заклетву).

Од свих наведених устава само уставни Румуније и Пољске предвиђају институт потврде избора председника републике коју врши Уставни суд Румуније, односно заједничка седница оба дома Парламента Пољске.

3. У погледу неспојивости функције шефа државе са другим пословима, наведени устави су поступили на пет начина. Прву групу чине устави који немају одредбе о неспојивости ових функција (Русија, Црна Гора и Пољска). Другу групу чине они који су неспојивост утврдили са другим јавним функцијама (Словенија и Чешка). Трећу групу чине они који су неспојивост утврдили са другим јавним функцијама и професионалним делатностима (Србија, Југославија, Словачка и Албанија). Четврту групу чине они устави који су, поред друге јавне функције и професионалне делатности, утврдили и однос председника према обављању политичких делатности, и то било тако што су неспојивост утврдили само са функцијом, не и са чланством у политичкој партији (устави Македоније, Бугарске и Мађарске), било тако што су председнику забранили чак и чланство у политичкој партији (Устав Румуније) или му изричито дозволили страначку (политичку) делатност (Устав Хрватске).

Питање замењивања су наведени устави решили на три начина. Први и једини од свих устава, Устав Бугарске предвиђа институцију подпредседника републике и тиме институционално решава наведени проблем. Друга и најбројнија група замењивање је поверила неком од руководиоца у парламенту државе, зависно од структуре и организације рада парламента. Тако у државама које имају једнодоме парламенте и председника парламента замењивање врши председник парламента (Мађарска, Србија, Црна Гора, Словенија, Пољска, Албанија и Хрватска), а код дводомних или оних који имају заједничког председника парламента, поверава се алтернативно председницима домова (Румунија) или само председнику једног дома (Југославија). Трећу групу чине устави који су замењивање поверили председнику владе (Русија, Чешка и Словачка), с тим што је у случају Чешке то решење комбиновано са таксативно издвојеним пословима у којима замењивање врши и председник једног дома парламента, а у случају Словачке је утврђено да замењивање врши влада у целини и да она може неке од послова да повери председнику владе.

5. У односу на разлоге одговорности, прву групу чине устави који су председника републике учинили одговорним само за повреду устава (Србија, Црна Гора, Југославија, Македонија и Хрватска), другу групу чине устави који су поред повреде устава увели и повреду закона (Словенија, Пољска, Мађарска и Албанија), а трећу групу чине устави који су утврдили одговорност за велеиздају или повреду устава (Бугарска и Румунија). Посебни случајеви су одговорност за ангажовање против суверености, територијалног интегритета или уклањање демократског уставног система и издају (Словачка).

Поступак утврђивања одговорности шефа државе у наведеним уставима је у највећем броју случајева уређен тако да парламент поступак покреће (по правилу 2/3 већином), а коначну одлуку доноси уставни суд - устави Словеније, Бугарске, Македоније, Мађарске, Чешке, Хрватске и Словачке (за издају). Устави Југославије, Албаније и Словачке (за друге разлоге) су одлуку ставили у надлежност парламента, а по суштини им се придружује и решење Устава Црне Горе (одлучује парламент на основу мишљења Уставног суда). Специфична решења у односу на друге имају Устав Србије (покреће парламент, а одлучују

грађани на референдуму), Устав Пољске (покреће парламент, а одлучује Државно веће - посебни уставни орган), Устав Румуније (за издају покреће парламент а одлучује Врховни суд, а за повреду устава покреће парламент уз консултацију Уставног суда, а одлучују грађани на референдуму).

2. *Овлашћење шефа државе*. 1) *Вођење спољне политике*. У оквиру ове групе послова јасно се издвајају две целине: једна која је везана за руковођење оружаним снагама државе и друга која се односи на међународне односе држава. Заједничка карактеристика им се налази у чињеници да се ради о пословима који су везани за стране државе у рату и миру.

1. Иако наведени уставни са великим разликама приступају уређивању питања оружаних снага и рата, и у облику регулативе и у терминологији (што знатно отежава упоредно разматрање), сви они су, изузев устава Пољске и Црне Горе утврдили да је председник републике врховни командант оружаних снага. Устав Пољске је утврдио да врховног команданта у рату именује председник републике кад Парламент не може да се састане, а Устав Црне Горе ово питање не уређује јер се ради о уставу федералне јединице, а ти послови су искључива надлежност савезне државе и њених органа. У непосредној вези с овлашћењима врховног команданта, односно с употребом оружаних снага, налази се још неколико овлашћења, а на првом месту утврђивање насупања непосредне ратне опасности и ратног стања који су претпоставка употребе оружаних снага. Проглашавање наступања наведених стања је у свим наведеним уставима, изузев Устава Југославије и Русије, стављено у надлежност председника републике супсидијерно, тј. ако парламент чије је то редовно овлашћење није у могућности да се састане и о томе одлучује. Устав Југославије ово супсидијерно овлашћење даје Савезној влади (председник Републике о томе даје само мишљење), а Устав Русије то овлашћење даје директно и безусловно председнику републике.

2. У другу целину послова спољне политике сврстали смо неколико конкретних послова који се односе на одржавање међународних односа у "мирнодопском стању". Ова питања због своје природе нису погодна за обимније и прецизније уређивање правним нормама услед чега сви уставни, па и овде анализирани, садрже мало одредаба о томе.

Сви они шефу државе (председнику републике) поверавају представљање државе у иностранству, пријем акредитивних и опозивних писама страних дипломатских представника и постављање дипломатских представника своје државе у иностранству. У односу на ове последње наведене послове, уставни Хрватске, Румуније, Југославије и Албаније везују њихово вршење за предлог владе, а Устав Русије за сагласност парламента.

Конкретизујући у већем степену начело одређен посао представљања државе, неки уставни су предвидели да председник републике потписује међународне уговоре (Русија, Чешка, Македонија, Хрватска, Бугарска, Румунија, Албанија) или да издаје акте о ратификацији уговора (Словенија, Русија, Југославија).

Значајна овлашћења од наведених у овој целини послова, дакле она која задиру у суштину међународних односа (код горе наведених

се очигледно ради о процедурално-протоколарним пословима), предвиђа само неколико устава и то: председник Русије одређује спољну политику, председник Македоније предлаже чланство у међународним организацијама, а председник Хрватске покреће поступак удруживања са другим државама. Значајно је и овлашћење председника републике да ратификује међународне уговоре и то или све (устави Чешке и Словачке) или оне уговоре који не захтевају промене закона (устави Пољске, Мађарске и Албаније).

2. *Политички акти - акти владе.* 1. Прва целина у овој групи су послови у вези с којима се исказују различити облици "државне милости". Тако сви наведени устави овлашћују председника републике да, као највиши представник државе, додељује помиловања, одликовања, награде, титуле и сл. Један број устава наведеним пословима шефа државе додаје и одлучивање о додели држављанства и азила (устави Русије, Бугарске, Мађарске и Албаније), а Устав Бугарске још и одлучивање о променама административних - унутрашњих граница (на предлог Владе), опраштање ненаплативих државних потраживања и одређивања објеката националног значаја и насељених места националног значаја.

2. Друга целина је овлашћење председника републике да прогласи ванредно стање у држави, чија ће последица бити одређени поремећаји у надлежности државних органа, преласком послова на шефа државе или ће доћи до проширивања државне власти преко редовно дозвољених оквира (суспензија неких уставних слобода и права и сл.).

Код ове врсте послова разликујемо три приступа наведених устава. Три устава (Чешке, Црне Горе и Југославије) наведено овлашћење не дају шефу државе. Остали уставни се разликују на оне који коришћење овог овлашћења везују за немогућност, изазвану управо разлозима који су произвели ванредно стање, парламента да се састане и уз обавезу накнадне потврде од стране парламента (устави Словеније, Бугарске, Мађарске, Албаније и Македоније), и оне уставе који наведено овлашћење додељују председнику републике на његову оцену (устави Хрватске, Србије, Пољске, Русије, Словачке и Румуније) али и тада неки од њих прописују учешће и других државних органа (Устав Србије - на предлог владе, Устав Русије - обавештавање парламента, устави Хрватске и Румуније - накнадна потврда парламента).

3. Трећу оцену послова у оквиру политичких аката представљају овлашћења председника републике у вези с именовањем-постављањем различитих носилаца државних функција, и то било да се на те функције постављају од стране председника, било да је он овлашћени предлагач кандидата за одређене функције чији избор врши други државни орган, по правилу парламент, а некада и други државни органи (судски савет и сл.).

Сви наведени уставни предвиђају овлашћења председника републике у вези с избором владе, као извршног органа, и то на два начина. Први начин је да се овлашћење председника републике састоји у праву да именује (одреди) председника владе а на његов предлог и чланове владе, уз накнадну потврду (гласање о поверењу у парламенту) - решење предвиђено у уставима Русије, Хрватске, Румуније, Чешке, Мађар-

ске, Словачке. Други начин је овлашћење председника републике да предложи кандидата за председника владе кога парламент бира заједно са члановима владе које сама предлаже - решење у уставима Србије, Словеније, Црне Горе, Македоније, Бугарске, Албаније, Југославије и Пољске. Очигледно је да је улога председника републике у избору владе код првог начина знатно већа него у другом, иако у оба случаја он није самосталан и једини учесник.

Друго типично кадровско овлашћење председника републике односи се на избор судија Уставног суда. Само два од наведених устава - Хрватске и Пољске, не предвиђају учешће председника републике у њиховом избору. Остали уставни ову улогу председника димензионарају на два начина: председник именује судије Уставног суда - уставни Чешке (уз сагласност Сената), Словачке (на предлог парламента) и Албаније (именује 4 од 9 судија) и председник предлаже парламенту кандидате за судије - уставни Србије, Словеније, Црне Горе, Русије, Пољске и Југославије - за све судије и уставни Македоније (само за двојицу судија), Румуније и Бугарске (за избор 1/3 судија).

Поједини уставни предвиђају улогу председника републике и у избору судија редовних судова, и то посредно тако што именују чланове Судског савета као предлагача за избор (Устав Словеније - 5 од 11 чланова. Устав Македоније - 2 члана), или као непосредну тако што председник сам именује судије - Устав Русије (судије федералних судова), Устав Пољске (све судије на предлог Судског савета), уставни Чешке и Мађарске. Најдаље у овлашћењима председника Републике у кадровским питањима отишли су уставни Мађарске и Словачке, јер су предвидели да председник именује и професоре и ректоре високих школа, чак и председника Мађарске академије наука.

III. 1. *Однос председника републике и парламента.* Суспензивни вето, као облик учешћа и утицаја извршне власти на рад законодавне власти даје могућност председнику републике да изгласан закон у парламенту врати на поновно одлучивање, а ако буде поново изгласан (истом или квалификованијом већином), обавезује председника да закон објави. Ово овлашћење предвиђа 11 од 14 анализираних устава, сви изузев Устава Југославије, Словеније и Хрватске.

Друго типично овлашћење председника према парламенту односи се на његово право да из одређених разлога распусти парламент. Од ових анализираних устава, ова овлашћења немају само уставни Македоније и Југославије, али сам институт распуштања нема једино Устав Македоније, док је у Уставу Југославије ово овлашћење поверено влади СРЈ. Међутим, и поред тога што 12 од 14 анализираних устава ово овлашћење дају председнику републике, поједина решења у оквиру овог института се разликују од једног до другог устава и то у степену објективизације института, односно у прописаним условима и разлозима за његово коришћење. Најлибералнији у погледу услова и разлога су уставни Србије и Албаније (без наведених разлога, али на предлог владе), а сви остали уставни су предвидели најмање један разлог - неизбор владе у одређеном року, а поједини од њих су овом разлогу додали још и недоношење буџета (Хрватска, Чешка). Један број устава је забранио коришћење овог овлашћења у ратном стању или ванредном стању (Србија, Румунија, Чешка, Словачка, Мађарска) или у неком року

пред истек мандата председника републике (Бугарска, Чешка). Посебном врстом услова за коришћење овог овлашћења можемо сматрати случајеве везивања овог овлашћења за премапотпис председника владе (устави Хрватске, Бугарске), али се права оцена домашаја овог услова може да изврши једино анализом утицаја председника на избор и рад владе, односно оценом самосталности владе у давању премапотписа.

Треће типично овлашћење председника републике је расписивање избора за парламент и заказивање прве седнице новоизабраног парламента - устави Словеније, Русије, Црне Горе, Хрватске, Бугарске, Пољске, Чешке, Југославије, Албаније и Мађарске, али оно је техничко-декларативног карактера и нема већи значај.

Чешће се срећу у уставима наведених држава још два овлашћења председника републике - да се обрати парламенту у облику редовног годишњег извешаја о "стању нације" (устави Русије, Македоније, Хрватске, Бугарске, Румуније и Словачке) или да предложи промене устава државе (устаи Црне Горе, Пољске, Хрватске, Србије и Албаније). Остала овлашћења председника републике која срећемо у појединим уставима су изузетак - нпр. право да предлаже законе (устаи Русије и Мађарске), право да закаже ванредну седницу парламента (устаи Црне Горе, Хрватске и Мађарске), право да учествује у раду парламента (устаи Чешке, Словачке, Мађарске), или чак да искључи парламент из одлучивања о неком питању расписујући референдум (устаи Русије, Хрватске, Румуније).

Искључујући учешће парламента у избору и престанку мандата председника републике, од наведених устава само устаи Словеније и Македоније дају и парламенту једно овлашћење према председнику - право да тражи од председника да изложи мишљење пред парламентом о неком питању.

2. *Однос председника републике и владе.* Кооперацију два дела извршне власти - председника републике и владе, предвиђа 8 до 14 анализираних устава, а та решења се у већој мери међу собом разликују према интензитету, односно према степену повезаности и могућности међусобног утицаја, нарочито председника републике на владу, с обзиром да се ради о инокосном органу са јачим политичким легитимитетом добијеним на непосредним изборима. Та решења се крећу од права председника да од владе захтева да изложи ставове о појединим питањима (устаи Србије и Словачке), до права председника републике да учествује у раду владе и да тим седницама председава (устаи Русије, Хрватске, Румуније, Словачке, Албаније и Чешке).

Премапотпис владе (председника или члана владе), који је по својој суштини само формалноправни облик кооперације и представља институционализацију заједничке одговорности два дела извршне власти, предвиђа 7 анализираних устава и то: Устав Хрватске (само распуштање парламента), Устав Бугарске (за све акте председника изузев избора владе, распуштања парламента и суспензивни вето), Устав Пољске и Мађарске (за закључивање међународних уговора, за нека кадровска овлашћења и за акте у ратном и ванредном стању).

Најдаље у овим овлашћењима отишао је Устав Русије који предвиђа право председника да обуставља акте извршних органа субјеката федерације (чланица федерације свих степена, не само федерални једи-

ница) ако су супротни уставу, међународним уговорима или правима човека.

IV. Ниједан од наведених устава није предвидео председнички тип организације шефа државе што је очигледно не само из формално уставних разлога (сви имају бицефалну егзекутиву), већ и из суштинских разлога (ни један шеф државе не обавља послове подзаконодавства и координације и усмеравања управе).

Само два од 14 анализираних решења устава претежно одговарају једној од две варијанте парламентарног типа, и то председник СР Југославије варијанти у којој премоћ има влада, а председник Руске федерације - варијанти у којој премоћ има председник републике. При томе се један број овлашћења председника Руске федерације приближава или изједначава решењима председничког типа (утврђује спољну и унутрашњу политику, предлаже законе, може да постави питање смењивања владе, улога општеполитичког државног арбитра).

Свих осталих 12 анализираних устава садрже таква решења положаја и овлашћења шефа државе да се, и поред извршне генерализације и апстракције појединих решења, мора закључити да припадају мешовитом парламентарном типу председника републике и то у три групе. Прву групу чине председници Србије, Македоније, Пољске и Албаније, за које се може закључити да се по положају и овлашћењима налазе на средини крајњих решења, тј. за ова четири председника може се закључити да нема ни премоћи председника, ни премоћи владе у организацији извршне власти, већ се ради о избалансираној и независној бицефалној егзекутиви. Другу групу чине председници Румуније, Бугарске, Чешке, Словачке, Мађарске и Хрватске код којих положај и овлашћења показују приметан отклон ка варијанти у којој премоћ има председник републике. Трећа група су председници Словеније и Црне Горе код којих се ради о решењима која имају отклон ка варијанти у којој премоћ има влада, али се ипак ради о положају и овлашћењима која су непосредно већа од те типичне варијанте.

др Милан Пак
редовни професор Правног факултета у Београду

ЈУРИСДИКЦИЈА У СТВАРИМА СА ИНОСТРАНСТВОМ (форуми: домицила, пословне јединице и имовине)

Аутор анализира најновији развој унутрашњег и међународног уређења сукоба јурисдикција у споровима са страним елементом. Посебна пажња посвећена је Страсбуршкој и Луганској конвенцији између земљама Европске заједнице (Европске Уније) које се односе на јурисдикцију и извршење страних судских одлука.

Кључне речи: *Јурисдикција. - Форум домицила. - Форум пословне једнице и форум имовине.*

І. УВОД

Судска надлежност припада материји којој свако законодавство посвећује посебну пажњу, која се манифестује у веома прецизном и исцрпном утврђивању чињеница на којима се заснива надлежност. То је разумљиво када се има у виду да се путем одговарајућих критеријума остварује судска власт као једна од важних компонената суверенитета. Тиме се такође обезбеђује правна сигурност у функционисању државе и правног система а, у стварима које су у вези са иностранством, омогућава правно дејство друштвено економских односа преко границе и на одређени начин спречава сукоб домаће и стране судске власти.

Судској надлежности у стварима у вези са иностранством које често називају "ствари са елементом иностраности", у последњој деценији законодавци посвећују видну пажњу и то не само тиме што доносе посебне законе, него и све бројнијим и обухватнијим двостраним и вишестраним уговорима унифицирају већ све мање разлике у унутрашњим изворима норми. По свом значају и обиму у међународном регулисању ова материја се приближила унификацији међународне купопродаје и међународног патента. Превазиђене су и, до недавно, непремостиве разлике између англосаксонског и европског-континенталног материјалног и процесног права, као на пример у Хашкој конвенцији о купопродаји телесних покретних ствари од 1965. и, прво у Бриселској

и најзад у Луганској конвенцији о јурисдикцији и о извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима од 1988. године.

Оно што је од практичног значаја за странке или прецизније - за остварење права правних и физичких лица је познавање специјалних правила о надлежности и непосредних и посредних правних последица покретања судског поступка у некој земљи. Све то може имати утицаја на одговарајући исход парничног и извршног поступка тј. на дефинитивно остварење правног захтева.

II. АКТУЕЛНА ТЕРМИНОЛОГИЈА О СУДСКОЈ НАДЛЕЖНОСТИ

1. У текућем правничком језику користе се исти термини за означавање различитих категорија надлежности и различити термини за исту надлежност. Наиме, израз "надлежност" обухвата месну и стварну надлежност у општем парничном поступку и посебним парничним поступцима и у ванпарничном поступку за покретање поступка према неком месту или према природи ствари и врсти поступка у грађанско правним односима који се одвијају у земљи. Правила о надлежности на одређени начин уређују сукоб надлежности судова истог степена на различитим подручјима и судова разних категорија (општински, окружни, окружни привредни) у истом или у различитим местима. Међутим, овај израз се користи и за означавање надлежности југословенских судова, с једне стране и према надлежности судова неке стране земље, с друге стране. Та правила на одређени начин решавају тј. српчевају сукоб надлежности судова (у целини посматрано) домаће и неке стране земље. У теорији па и у неким законским прописима за означавање ове надлежности коришћени су други изрази као на пример, међународна надлежност, месна надлежност, надлежност у стварима са међународним елементом и, надлежност југословенских судова и јурисдикција. Или, изрази сукоб надлежности, сукоб јурисдикција итд.

Терминолошка неуједначеност у пракси уноси конфузију и различита тумачења и правну несигурност и то не само у нашој него и у другим земљама. У релативно новијим међународним уговорима у овој материји чешће се користи јединствени израз "јурисдикција", који обухвата првила о надлежности судова једне земље према правилима о надлежности судова друге земље. Ове конвенције заправо одређују релевантне чињенице према којим се решава сукоб јурисдикција и одређује надлежност судова једне земље у некој правној ствари.

2. До кодификације међународног приватног права 1982. године неки појмови из законских одредаба парничног поступка о месној надлежности важиле су као одредбе о јурисдикцији. Тако на пример, искључива јурисдикција југословенских судова била је утврђена правилима о искључивој месној надлежности. Законом о решавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима (МПП-Закона) међутим, изричито је предвиђено (члан 47.) да искључива надлежност југословенских судова мора бити... изричито одређена. Тиме се ван снаге стављају сви прописи о искључивој месној надлеж-

ности којима је попуњавана правна празнина у решавању сукоба јурисдикција. Као пример стављања ван снаге таквог правила о месној надлежности може послужити одредба о искључивој месној надлежности за поништај јавних исправа према месту плаћања из Закона о ванпарничном поступку Србије. Има и неких других одредаба о искључивој јурисдикцији, међутим, о томе ће бити речи у одговарајућем делу.

III. ЈУРИСДИКЦИЈА (СУКОБ ЈУРИСДИКЦИЈА)

1) Уопште

Употреба појмова из овог поднасловa намеће упоређење са другом материјом међународног приватног права уређеном као колизионим нормама. И тамо постоји слична категоризација: "меродавно право", "право које треба применити" и "сукоб закона". Ови изрази у нашем правничком језику преузети из француског, немачког и енглеског језика (le loi competente, massgebliche Recht, law applied, Gesetzen Konflikte, conflits de lois, conflict of laws). Сваки од њих се може употребити, јер одговарајуће нормe утврђују начин решавања сукоба домаћег и страног права, тако да једно од тих права треба применити на конкретан случај.

Јурисдикција тј. сукоб јурисдикција се по својој природи разликују од сукоба закона. Домаћи извори правних норми могу одредити само јурисдикцију домаћих судова, тј. могу одредити да ли су они надлежни или не. Ова материја је ограничена територијалним суверенитетом. У извесном смислу сукоб домаће и стране јурисдикције се решава само тако што се одређују границе докле допире судска власт домаће земље. Могло би се говорити о сукобу закона у смислу постављања територијалног разграничења надлежности слично као код сукоба закона у кривичној материји и у неким другим областима јавног права, које немају екстериторијално дејство.

Израз "сукоб јурисдикција" је, међутим, потпуно оправдан у двостраним и вишестраним међународним уговорима. Они садрже јединствене нормe (као код сукоба закона), одређују критеријуме за јурисдикцију једне или друге државе уговорнице. Према томе, у делу који је уређен међународним изворима норми оправдан је термин "сукоб јурисдикција".

2) Категоризација јурисдикција

У теорији и у законодавству јурисдикција у појединим правним стварима сврстава се на различите начине. Чини се да је веома прегледна комбинација континенталног и англосаксонског права у Луганској конвенцији о јурисдикцији и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима за излагање ове проблематике, а то су: 1. факултативна јурисдикција (општа и посебне јурисдикције), пророгација јурисдикције и искључива јурисдикција.

а) Факултативна јурисдикција и њена заснованост

1. Домицил физичких лица (forum domicilii)

(а) Општа јурисдикција

Принцип опште јурисдикције развио се из принципа опште месне надлежности према домицилу туженог који се налази на подручју форума. У општим прописима о надлежности домицил је чињеница према којој се одређује јурисдикција за физичка лица али, с обзиром да нема посебних одредаба за ову врсту јурисдикције, узима се "домицил" тужених правних лица који треба тумачити (1).

Приликом одређивања јурисдикције према домицилу тужених физичких лица, често настају тешкоће око утврђивања ове или одговарајуће чињенице (боравишта) која може заменити домицил. Тешкоће настају услед релативно једноставне могућности да се домицил или боравиште промене управо у циљу избегавања јурисдикције и тиме онемогућавања испуњења преузетих или законских обавеза. Тужилац се може користити неким процесним инструментима како би се обезбедио од ове мане опште јурисдикције. "Perpetuatio jurisdictionis" познаје већина земаља и већина међународних уговора. Наиме, све промене чињеница па и пребивалишта и боравишта које су уследиле после покретања поступка тј. после достављања обавештења туженом у тој земљи на начин који је предвиђен њеним прописима немају значаја на засновану јурисдикцију (2). Друга установа којом се тужилац може користити је код плуралитета дужника. Довољно је да само један од њих има домицил на подручју форума да његова јурисдикција буде одобрена.

У споровима о издржавању детета; уколико дужник избегава своје обавезе прикривањем места боравка и тиме онемогућава покретање парничног поступка, поверилац се у низу земаља може користити правним средствима против дужника који неиспуњењем своје обавезе издржавања чини и кривично дело. Покретањем кривичног поступка, поверилац може захтевати да се дужникова адреса утврди по службеној дужности (укључујући и интервенцију интерпола) и тако оконча грађански поступак.

Ако тужени нема домицил на подручју суда, јурисдикција може бити заснована и према његовом боравишту (чл. 46. ст. 2 ЗМПП). Које се чињенице сматрају боравиштем у смислу законских одредаба и када је засновано боравиште, може зависити од субјективног или објективног схватања домицила односно боравишта. Код првог се може прихватити да је боравиште засновано истог дана када се пријавило лице које је показало намеру или тражило дозволу за боравак од најмање три месеца, а по другом - објективном критеријуму, лице мора претходно бити настањено на подручју суда одређени период времена, од три месеца до годину дана, у зависности од прописа о боравку земље где се питање поставља да би се сматрало да је боравиште за заснивање његове јурисдикције.

(1) В. Пак Милан, *Међународно приватно право*, 1989, стр. 125, 127.

(2) В. члан 46. ст. 4. Закона о решавању сукоба закона..

(б) Посебна јурисдикција

Постоје и посебне категорије домицила физичких лица на одређеним функцијама или са посебним статусом, који је утврђен законом и међународним уговорима. На пример, лица са дипломатским имунитетом имају домицил у земљи која их је акредитовала, а не у земљи именована. Домицил лица која немају пословну способност налази се у земљи где су настањени њихови стараоци односно законски заступници (за малолетнике и душевно оболела лица).

Поред домицила туженика у општем правилу о јурисдикцији, домицил других странака може бити релевантна чињеница и у посебним правилима о јурисдикцији појединим категоријама спорова. Према Луганској конвенцији (чл. 5., ст. 1. т. 2) јурисдикција може бити заснована и према домицилу пребивалишта или редовног боравишта повериоца издржавања, без обзира на његово држављанство, у стварима њиховог статуса. Према нашим прописима (чл. 67. ст. 1. т. 1. ЗМПП) таква јурисдикција се може засновати ако поверилац издржавања (дете) има поред домицила на домаћој територији и југословенско држављанство, а тиме и национално протекционистички карактер.

Према домицилу једног од више тужених може бити заснована јурисдикција у споровима против материјалних супарничара који настају из заједничких или солидарних облигација (3).

Јурисдикција према домицилу главног дужника обухвата и споредне дужнике као што су гарант, јемац или неко треће лице које је у вези са грађанском ствари поводом које је покренут поступак. Исто тако, према домицилу туженог јурисдикција се одређује и за његову противтужбу према тужиоцу (4).

Новији извори као што је Луганска конвенција у циљу олакшања положаја осигураника као економски слабије стране проширују јурисдикцију за тужбе против осигуравача према домицилу имаоца полисе (5).

Новину у јурисдикцији, уноси још једна одредба ове конвенције према којој се потрошачу омогућује да из уговора ради његових потреба који нема карактер трговачког или професионалног посла, против друге уговорне стране покрене спор пред судом државе у којој сам има домицил, при томе се њему не ускраћује могућност да поднесе тужбу и пред судом опште јурисдикције (6). За ову јурисдикцију исти су разлози као и за јурисдикцију у корист осигураника.

У брачним споровима јурисдикција се одређује допунским критеријумима - заједничком домицилу или последњем заједничком домицилу супружника (7). Ове чињенице није могуће у свим случајевима утврдити па се користи последњи познати домицил туженог. Није ретко да тужени избегавају обавезе које за њих могу да произиђу из брачног спора променом боравка и прикривањем своје адресе и тиме

(3) В. чл. 46. ст. 4. ЗМПП и чл. 6. ст. 1. т. 1. ЛК.

(4) В. чл. 6. ст. 1. т. 2, 3. и 4.

(5) В. чл. 8. ст. 1. т. 2. ЛК.

(6) В. чл. 14. ЛК.

(7) Тако је у једном случају (Miliken v. Meyer) Врховни суд САД закључио да скривање туженог не оправдава достављање позива у последње познато боравиште туженог (В. Нав, Conflict of Laws. 1992).

онемогућавају или отежавају покретање поступка. Прикривање новог боравка туженог, међутим, не може бити оправдање за пропусте у достављању позива за рочиште. Суд је дужан да у циљу обавештавања туженог користи сва дозвољена средства као што су: упућивање више позива, (у неким земљама) обавештавање преко средстава информисања и сл.

Најзад, домицил служи и као замена држављанства за јурисдикцију у погледу апатрида а у смислу Конвенције УН о апатридима и избеглицама у споровима који се тичу њиховог статуса и статусних односа.

2. Место домицила осталих лица

(а) Општа јурисдикција

Домицил се у старијим али и у најновијим изворима норми користи као заједничка категорија за физичка и за правна лица (8). Овде је домицил задржан због тога што у пословним односима из којих настају спорови учествују, поред физичких веома различите целине физичких и правних лица (командитна друштва са ограниченом и неограниченом одговорношћу, разна пословна удружења) партнерства којима може али не мора бити признато својство правног лица итд. Статутима и другим актима о међусобним односима ових сложених пословних субјеката уређује се обим одговорности тј. у којој мери поједини чланови солидарно одговарају повериоцу. И њихово седиште или домицил у некој другој држави може бити релевантна чињеница за јурисдикцију, поред седишта сложеног лица чији су они чланови (9).

Луганска конвенција предвиђа да се седиште компаније тј. правног лица или удружења физичких и правних лица третира као њихов домицил. Општа јурисдикција за правна лица у нашем праву одређује се према њиховом седишту (чл. 46. ст. 1. ЗМПП). Слична решења прихваћена су и у другим земљама. Ако једно лице има више седишта или домицила, општа јурисдикција ће бити подржана пред судом било које земље где се налази неко од њихових седишта односно домицила, под претпоставком да је признато према праву одговарајуће земље. Ако се у овим околностима тужба поднесе судовима више земаља, могућ је позитивни сукоб јурисдикција и правне последице или ти спенденције.

(б) Посебна јурисдикција

Према домицилу тј. седишту осталих лица може бити заснована и посебна јурисдикција у сличним околностима како код физичких лица али мањем броју случајева. У споровима против више тужених материјалних супарничара, за противтужбе и за споредне дужнике (у

(8) Тако, на пример, у Хашкој конвенцији о грађанском судском поступку од 1905. и у редакцији од 1954. године.

(9) Према Параграфу 40. "Restatement"-а, по тужбама поднетим против партнерства или других облика пословног удруживања, јурисдикција може бити заснована према фирми односно на њено име или према (домицилу) сваком појединцу који је члан партнерства односно удружења.

земљи седишта туженог односно главног дужника). Исто тако, посебна јурисдикција постоји за саосигуравача земљи где има седиште главни осигуравач (10).

3. Место пословне јединице (форум филијале, заступништва)

У оквирима факултативне јурисдикције делови правног лица који су у мањој или већој мери независни од "централе", без обзира на њихово својство (зависност од централе, независна правна лица, физичка лица, стокови и сл.) могу такође бити пасивно легитимисани под јурисдикцијом за обавезе "централе" према тужиоцу. Утврђивање релевантних чињеница на којима се заснива јурисдикција "форума филијале, заступништва, агенције и сличних установа", заједно са чињеницама релевантним за "форум имовине" задаје највише тешкоћа у правној пракси. О томе постоје различита решења и различита методологија. Пре него што се одговарајућа решења и методи изложе, треба имати у виду: 1. да веза између филијале, заступништва, агенције и сл. установа са подручјем форума може почивати на различитим околностима, пребивалишту, седишту, овлашћењима централе, месту обављања рада итд; 2. да према тим чињеницама може бити заснована јурисдикција, како за уговорне тако и за вануговорне обавезе централе према тужиоцу.

Европско законодавство јурисдикцију форума филијале одређује на веома уопштен начин: "ако се на домаћој територији налази представништво или заступништво физичког или правног лица које има седиште у иностранству" ... "из чинидби огранка, агенције или установе према подручју где су смештене" (11). У поређењу ових текстова приметна је разлика у ширини правног захтева који је обухваћен јурисдикцијом. Тужилац у домаћој земљи може тужбом обухватити јединицу страног правног лица како за обавезе централе, на основу правила о специјалној јурисдикцији тако и за обавезе које је представништво или заступништво "pro domo suo" преузело, на основу правила опште јурисдикције. Јурисдикција на основу другог цитираног текста (из Луганске конвенције) има рестриктивнији домацај. Наиме, подржава

(10) У САД партнерство (ортакљук) у пословним односима има веома различите облике. У неким случајевима партнерство се третира као удружење појединаца који покрећу спор заједнички или као појединци. У другим случајевима партнери у пословном односу одговарају својом целокупном личном имовином или пак само имовином коју су унели у партнерским (ортачким) односима.

Према "општем праву" удружење и "joint venture" третирају се у пословним односима као скуп појединаца који нису инкорпорисани као саставне целине удружења. Пословна пракса и потребе модерне економије у САД развиле су концепцију према којој је у већини спорова, који су у увоз земљи вођени против партнерства као фирме, тај облик пословног субјекта третиран је као удружење. Јурисдикција у погледу партнерства је заснована према чињеницама везаним за одговорне partnere, као да су ти појединци према истим околностима одговорни и о њиховој одговорности расправљао исти форум.

Ако је партнерство једна од странака у пословном односу у федералној држави у коме је предвиђено да се спор може водити против партнерства као фирме, правни основ за јурисдикцију суда те државе у погледу правне природе чинидби из делокруга послова партнерства налази се у прописима о пословању агенција, као да је сваки партнер агент те фирме. (В. Нав, Conflict of Laws, 1992, одељак јурисдикција за пословна удружења, стр. 321-324.).

(11) В. чл. 55. ЗМПП, чл. 6. и чл. 8. ст. 2. Луганске конвенције. У параграфу 44. Restatement-a at the Conflict of law, говори се о овлашћеном агенту.

се јурисдикција (форума филијале...) за обавезе које су преузеле: филијала чинидбама на територији где се налази. Исто правило важи и за филијале... осигуравача и странке које су закључиле уговор са потрошачем. Али исти форум нема јурисдикцију и за обавезе централе које су настале из чинидби саме централе изван подручја или на подручју њене пословне јединице (12).

Знатно еластичније али и мање одређен став заузима судска пракса у САД у случајевима сукоба јурисдикција између федералних држава и сукоба јурисдикција са страним земљама. Када се говори о англо-америчкој концепцији јурисдикције треба истаћи да само седиште односно домицил корпорације или пословне јединице корпорације у другој држави или у иностраној земљи немају правне последице у погледу јурисдикције овог форума. Оне добијају одговарајући значај правно релевантне чињенице само у кумулацији са другим околностима чије присуство оцењује суд. Те околности треба да покажу да постоји довољна веза која оправдава јурисдикцију земље у којој је централа именовала свог агента (13).

Приликом оцењивања такве везе суд ће у току поступка утврдити постојање следећих чињеница: односа између централе и пословне јединице, интереса централе на подручју форума, степена контроле пословне јединице и познавања тржишта у држави форума, карактера одговорности (уговорне или вануговорне) из које је настао спор и најзад природе пословне јединице и садржине њене делатности.

Између форума пословне јединице и форума имовине постоји међузависност и она на различите начине долази до изражаја у класичном европском континенталном, у англоамеричком схватању као и у Луганској конвенцији која садржи компромис између две претходне концепције. Наиме, европска категорија форума имовине заснива се на претпостављеној пословној повезаности између централе и њене пословне јединице и солидарној одговорности за обавезе које је преузела једна од њих. Ако је пословна јединица физичко лице (трговац) или правно лице, а пословна јединица у саставу централе, њена солидарна одговорност је у теорији и у пракси заснована на следећим аргументима: 1. заједнички пословни интерес за послове без обзира ко је од њих те послове закључио а самим тим и заједничка подела одговорности и ризика (тзв. *Durchgriffstheorie*) и 2. заједничка имовина. Из ових матери-

(12) В. чл. 5. ст. 1. т. 5, чл. 8. ст. 2. и чл. 13. ст. 2. Луганске конвенције.

(13) В. параграфе 41. - 44. *Restatement-a*.

У коментару за параграф 47. *Restatement-a*, који се односи на друге везе између стране корпорације и форума на основу којих може бити заснована његова јурисдикција обухвата се следеће:

1. ако је централа власник стокова на складишту огранка, не сам огранак;
2. ако огранак стране корпорације обавља активности или утиче на последице у земљи где је дирекција корпорације-централе или на ток послова стране централе, форум има јурисдикцију за централу у истом обиму као кад је тај огранак заправо централа са таквим утицајем;
3. ако централа својом контролом угрожава независност огранка;
4. ако централа обавља послове и утиче на последице тамо где је дирекција огранка, јурисдикција форума за огранак је иста као да је сам огранак имао такав утицај;
5. ако домаћа корпорација обавља послове агента за страну корпорацију, и
6. ако страна корпорација да у складиште домаће корпорације своју робу, и задржава контролу њене продаје, цене и рекламирања на домаћем тржишту.

јално правних квалификација произашла је јурисдикција форума филијале који се ослања на процесно правној пасивних супарничара за које је надлежан суд домицила било кога од њих и јурисдикција форума имовине која полази од претпоставке да је имовина пословне јединице у целини или једним делом у власништву централе.

Тако екстензивно схватање није прихваћено у Луганској конвенцији. Како је раније речено, она је ограничила одговорност централе а самим тим и јурисдикцију форума пословне јединице само за активности те пословне јединице. Пословна јединица према томе не одговара за непосредну активност централе, без обзира да ли су њени ефекти на територији где се налази пословна јединица или на некој другој територији. Све ово под претпоставком да пословна јединица није била укључена у пословне активности нити је била у вези са евентуалном вануговорном одговорношћу централе из које је настала обавеза на подручју јурисдикције. Томе треба додати да компоненте имовине (централе), поменуће у излагању о класичном европском схватању форума пословне јединице, у категоризацији Луганске конвенције немају више никакав правни значај за јурисдикцију.

У решавању сукоба јурисдикција између федералних држава, а слична су и правила у парницама везаним за стране земље, форум пословне јединице (филијале, заступништва, агенције итд.) нема својство посебне категорије, он је сврстан у ширу категорију судске јурисдикције у погледу лица (Jurisdictional Jurisdiction over Presons). Заснивање јурисдикције је зависно од општег принципа постављеног у случају познатом под називом "дужничка парница", наиме, између спора и државне територије мора постојати довољна "веза" да би јурисдикција била оправдана (14). Место огранка, агенције и других пословних

(14) Степеновање везе са државом јурисдикције изражено је у следећим случајевима:

1. *Bryant v. Finish National Airline*. Тужена финска корпорација држала је канцеларију у две собе у Њујорку са запосленима, од којих су троје радили са пуним а четворо са непотпуним радним временом. Ниједан од запослених није био службеник корпорације. Иако није било продаје авионских карата, других посебних продаја и плана путовања, туженик је преко ове канцеларије примао и преносио резервације, одржавао контакте са другим авиокомпанијама и путничким агенцијама, обављао друге јавне комуникације и јавне послове и држао умерени рачун у њујоршкој банци. Њујоршки суд је подржао јурисдикцију судова ове државе према туженом за деликт који се догодио на француском аеродрому када је њујоршки грађанин, запослен у другој авиокомпанији, повређен колицима за пртљаг која су се срушила на њега од прекомерног струјања мотора паркираног млазног авиона који је припадао туженом. Њујоршки суд је нашао да је тужени водио послове у Њујорку у довољном обиму да оправда као погодан (appropriate) форум по тужби оштећеног грађанина Њујорка.

2. *Frummes v. Hilton Hotels Jutern Inc*. Тужилац је покренуо поступак против британске корпорације Хилтонових хотела за накнаду штете која је настала због неисправне цеви у купатилу у хотелу туженог у Лондону. Тужилац није добио своју резервацију нити је имао било какве контакте са персоналом неког до хилтонових хотела у Лондону нити са њиховим агентима у држави Њујорк. Тужени је оспорио надлежност у смислу закона "дуге руке" (long arm-statute), који се односе на овај случај јер британска корпорација није имала непосредне пословне активности у Њујорку. Суд је ипак подржао јурисдикцију на основу коришћења независног сервиса, који је за лондонски Хилтон обављала корпорација са пословима у Њујорку у циљу добијања хотелских и путних резервација у самом Њујорку. Суд је нашао да "Hilton Resevation Service Corporation" делује као агент Лондонског Хилтона иако је независна компанија, али су такве активности премашиле по значају активности из претходног случаја и могу се третирати

јединица стране корпорације налази се, међу осталим, у низу чињеница које у кумулацији или алтернатици служе за утврђивање такве везе. У пракси врховних судова специфициран је степен такве везе и интереса стране компаније у вези са пословима, радњама и последицама послова на подручју форума који чини оправданим његову јурисдикцију. У споровима из вануговорне одговорности нешто је екстензивнија процена везе са државом него код уговорне одговорности.

4. Место имовине (форум имовине)

Чињенице према којима се одређује јурисдикција форума имовине спадају у најсложеније, њихово утврђивање у доказном поступку причињава тешкоће правозаступницима а њихов значај као правно релевантних чињеница наилази на оцене судија. Та се појава може објаснити високим степеном апстракције појма "имовине" који обухвата велики број такође апстрактних категорија чије значење односно садржина су имали генезу и развој везан за поједине државе, области у свакодневном језику и, посебно, у правничком језику. Отуда долази до различите квалификације појма имовина која може утицати и на заснивање јурисдикције форума везаног за одговарајуће схватање.

као да су их обављали непосредно агенти запослени у компанији Хилтон.

3. Примена принципа из случаја *Shoe* дошла је до изражаја по тужби државе Вашингтон поднете против стране корпорације која формално није била квалификована за послове у Вашингтону. Продавци из ове државе су изложили као узорке по једну ципелу од сваког пара и при томе узимали наруџбине од муштерија у Вашингтону. Ове наруџбине су каснијим прихватам продавца постајале уговори у држави Мисури. Тужени је истакао да Вашингтон нема јурисдикцију јер компанија није намеравала да води послове на територији те државе. Суд је, међутим, подржао јурисдикцију јер, према "дужничком спору" (*Due Process*), у овом случају туженик "има минимум контакта са форумом и подржавање парнице није супротно традиционалном схватању *fair play* битне (*substantial*) јурисдикције. Пошто је компанија користила привилегије у погледу активности у држави она ужива и бенефиције и правну заштиту те државе. Користиће привилегија према нахођењу суда повлачи и обавезе, ако су те обавезе настале из активности у држави. Отуда се не може рећи да је поступак, ради утврђивања одговорности корпорације, неодговарајући." (*B. Hay, op. cit.*, стр. 303).

4. *Delagy v. Volkswagen*. Према схватању Апелационог суда у Њујорку, рекламирање само по себи није довољно да подведе немачку корпорацију, чија се активност у целини реализује у Њу Церсију, под персоналну јурисдикцију форума у држави Њујорк. Огранак у Њу Церсију није потпуно под контролом централе - немачке корпорације.

5. *Oswalt v. Shapiro, Inc.* Против стране корпорације поднете је тужба за накнаду штете проузроковане неисправним упалачима за цигарете купљеним преко националног дистрибутера (који је касније постао велетрговац) и преко других локалних трговаца. Суд је нашао да јапански произвођач може бити подведен под јурисдикцију суда у држави Тексас, пошто је требало да зна да ће неки од четири милиона упалача годишње у САД доспети и до Тексаса и бити продати преко дистрибутера малопродајној мрежи, изван система дистрибуције који је створио сам дистрибутер.

6. *Roemer v. Ertm wertm GmbH*. Прихваћена је јурисдикција суда у Кентакију против туженог немачког произвођача пушака, у спору за накнаду штете проузроковане у овој држави услед мане његовог производа. Основ за јурисдикцију нађен је у чињеници да је последња продаја тог производа, преко америчког дистрибутера, била у Тексасу.

7. *Hows v. Zimmer Manufacturing Co. In.* Јурисдикција је заснована на чињеници да је страни произвођач редовно пуштао своје представнике на подручје форума и што су све исплате од продатих производа са тог подручја реализоване са тог подручја непосредно или преко главног седишта туженог.

Разлике у схватању појма имовине повлаче за собом и разлике у одређивању места где се она налази тј. подручја форума чија јурисдикција зависи од те чињенице. На пример, по једном схватању имовина чини скуп имовинских права која припадају једном лицу тј. неком субјекту (15). По другом мишљењу, имовину сачињавају ствари које су у власништву односно у поседу тј. у државини. Међу овим стварима налазе се телесне и бестелесне ствари (16). Ови појмови су преузети у неким старијим и у новијим конвенцијама из англосаксонског права и постепено путем инкорпорације постају део унифицираног европског права. Међутим, различит приступ категорији имовине у наведеним концепцијама, захтева извесна прилагођавања компонената тих концепција, како би се избегле последице неусаглашености одговарајућих делова јединственог система јурисдикције. Проблеми могу настати приликом коришћења локације имовине тј. "ствари" у циљу одређивања јурисдикције.

По европском схватању постоји супсидијерна јурисдикција код уговорних односа (ако нема пророгационог споразума) према месту имовине (форум имовине) или према месту где се налази ствар која је предмет спора (*forum rei sitae*) или код вануговорних односа још и према месту проузроковања штетне радње или штетне последице (*forum loci delicti*); најзад, у стварно правним споровима (који не потичу из уговорног односа (стицање својине од невластника, стварна права из неважећих уговора и сл.) према месту где се налази ствар повод спора. Наведена категоризација нема само теоретски смисао. Практичне последице испољавају се у условима за заснивање јурисдикције, на пример, према месту проузроковања штете (*forum loci delicti*) може се поднети само тужба за накнаду штете из вануговорног односа или тужба за утврђивања права својине (изван уговора) само форуму *rei sitae*. По англосаксонској концепцији, нема тако оштре разлике и код основних категорија јурисдикција за лица и за ствари може настати преплитање ових форума за неодговарајуће категорије спорова који не би били допуштени по европском схватању јурисдикције.

Ове разлике између два система јурисдикције утицале су на одговарајуће одредбе Луганске конвенције. Може се приметити да међу мерилима за јурисдикцију нема форума имовине, осим ако је реч о

(15) О појму имовине в. *Енциклопедија имовинског права*, Т.И, стр. 615. Енглеско схватање прави разлику између личне имовине (*personal property*) као "припадајуће покретности" и стварне имовине (*real property*) земља и зграде (са одговарајућим припатцима).

(16) У америчкој терминологији постоји низ појмова који обухватају имовину али на заснивање једне јурисдикције (за лица или за ствари) утичу друге околности. То су следећи појмови: "tangible and intangible things" - телесне и бестелесне ствари, "personal chattels" - облигациона и лична права, закуп и други приходи од некретнина, "real chattel" - земљишта и зграде, "chattels papers" - писмене исправе којима се доказују интереси новчане обавезе на посебним стварима или на закупу ствари, "real estate" - земљишта и све за њих фиксирано и зграде са припатцима, "assets" - имовина сваке врсте, ауторска и права индустријске својине, права у вези са порезом, капиталом, новцем, стварним правима, признаницама, деоницама и сл., "intangible assets" имовина која нема већу вредност или потврда о некој имовини (*promissory notes*, франшизе, посебне привилегије које одобрава влада, ослобођење од пореских обавеза), "intangible assets" - вредности из којих произилази добит као нпр. права деоничара, погодности за обављање посла, имовина која није у промету али има значаја за неке друге користи.

имовини везаној за стварна права на некретнинама (чл. 6.) или код уговора о осигурању о имовини покривеној полисом осигурања и то ако је истом полисом, поред "покретне", покривена и "непокретна имовина" (чл. 9.). Форум имовине, који иначе познају све чланице ЕУ са континенталног дела није могао да се прилагоди систему В. Британије и англосаксонској категоризацији јурисдикције са одговарајућим мерилима о којима је горе било речи.

Према нашем ЗМПП, предвиђено је да у погледу имовинско правних захтева јурисдикција може бити заснована имовина туженог или предмет који се тужбом тражи (чл. 54.). Према овој одредби форум имовине постоји ако је неко право, као део имовине једног или више лица, везано за домаћу територију и ако се може остварити у домаћој земљи. У вези се тим поставља се неколико питања: 1. шта обухвата имовина туженог, 2. како се утврђује и према којим чињеницама веза између субјеката (туженог) и имовине, 3. које су чињенице релевантне за утврђивање везе између имовине и подручја домаћег форума и 4. у ком моменту треба да постоји веза имовине са домаћом територијом?

1. Свако имовинско право које се може проценити и из кога се може делимично или потпуно намирити захтев тужиоца у домаћој земљи, може бити релевантна чињеница за јурисдикцију. Да би прихватио своју надлежност, суд не мора улазити у оцену реалности остварења захтева тужиоца, али треба да тражи доказе о њеном постојању у домаћој земљи, јер ту чињеницу као релевантну за јурисдикцију треба да утврди по службеној дужности. Нема значаја да ли је реч о имовинском праву које делује "inter partes" или "erga omnes". Исто тако, нема значаја оцена вредности имовине (књиговодствене или која се може изразити у новцу према условима тржишта). Суд, ипак може по тужби за утврђење (чл. 187. ЗПП) да утврди постојање правног интереса тужиоца да се утврди постојање или непостојање имовинског односа, истинитост или неистинитост неке исправе предоспелости за чинидбу из таквог односа.

2. Доказивање везе између субјекта (туженог) и имовине, уопште и посебно, код јурисдикције у споровима страних лица улази у ред најтежих и најсложенијих. Дужници често користе сва средства да прикрију везу са својом имовином и постижу тај циљ разним средствима као што су: пословна и банкарска тајна, разлике у правним и финансијским системима, високи трошкови спора и привремених мера итд.

Посебне тешкоће настају приликом утврђивања јурисдикције форума имовине кад тужени има "збирни" рачун (Joint account) који има више овлашћених корисника чији удели нису утврђени, или код бродова односно ваздухоплова у чијим власничким листовима који се воде у земљи регистрације постоји одређени приоритет намирења ранијих поверилаца. Дужници своја финансијска средства поверавају адвокати-ма на фидуциарним рачунима или другим номиналним власницима рачуна у банкама и тако практично онемогућују повериоце да користе овај форум. Повериоци се суочавају са другим, неизвесним и скупим доказним поступком утврђивања порекла имовине и везе са њиховим дужником.

3. Највише разлика у упоредном праву манифестује се код јурисдикције према вези између имовине и подручја одговарајућег форума. Од ове везе зависи најчешће да ли ће правни захтев тужиоца бити остварен у домаћој земљи. Она постоји када су ствари у власништву или на коришћењу туженика, ако су његова права (на индустријску својину, на средствима превоза, на некретнинама) регистрована код домаћег органа, доступна ауторска права, хартије од вредности наплативе на домаћој територији.

Ако је дужник власник деонице која је депонована на подручју форума имовине, има мишљења да може бити подржана његова јурисдикција, без обзира што деоничко друштво има страну државну припадност (17). Имовинска права која произилазе из хартија од вредности и других исправа (менице, чека, обвезница, гаранција, власничких и хипотекарних и других заложних папира, концесија и других привилегија која власнику (ако гласе на име) односно држаоцу (ако гласе на носиоца), могла би се утужити код форума места на коме су те исправе доступне, уколико нема сметњи да буду пренета на повериоца.

4. Јурисдикција се подржава ако је имовина туженог доступна и потраживања доспела у моменту покретања поступка. У неким случајевима тужба ће бити прихваћена и за будућа имовинска права ако су испуњена три услова: 1. да је њихово остварење извесно, 2. да доспевају у разумном року и 3. да ће бити успостављена веза са подручјем форума имовине. Покретање поступка пред овим форумом може бити за тужиоца контрапродуктивно, јер тим актом упозорава дужника на опрезност и омогућава да своју имовину усмери у другом правцу како би је лакше прикрио на територији треће земље и тиме осујетио реализацију тужбеног захтева. Другим речима, тужилац тиме губи своју "позициону предност" ефекта изненађења. Отуда је ова процесна могућност предност за тужиоца само ако може са сигурношћу очекивати да ће сва три поменута услова бити испуњена и да дужник не може променити одговарајуће околности. Суд би требало да упозори тужиоца на ове чињенице.

IV. ЗНАЧАЈ ИМОВИНЕ ЗА ЈУРИСДИКЦИЈУ ФОРУМА У САД

Локација имовине, у судској пракси САД, попут домицила нема функцију посебне релевантне чињенице за јурисдикцију, као у Европи. Полазне тачке у категоризацији сукоба јурисдикција између федералних држава разликују се од европских критеријума. Обе основне јурисдикције: а) "in personam" и б) "in rem" почивају на две компоненте: 1. на постојању интереса државе и 2. на минимуму везе између лица и имовине са форумом (18). Имовина туженог је једна од чињеница према којој се утврђује веза са подручјем форума како за једну тако и за другу

(17) У САД место где се налази исправа о имовинском праву може бити једно од мерила за тзв. јурисдикцију "in rem", ако је таква веза са подручјем форума оправдана, без обзира да ли су доступни интереси који се манифестују у тим исправама. На пример, писмене обвезнице или "promissory notes" могу оправдати такву јурисдикцију, али само ако су обавезе из њих преузете непосредно према туженику (в. *Hay, op. cit.*, стр. 229).

(18) В. *Hay, ibidem*, стр. 235. и даље, *Restatement*, 962, параграфи 24-55.

врсту јурисдикције али има неких специфичности ако се односи на лица (*over persons*) и ако се односи на ствари (*over things*).

а) Јурисдикција у погледу лица

Јурисдикција према лицима и њиховим стварима (телесним и бестелесним) је оправдана ако постоји њихова "довољна веза" са подручјем суда. На првом месту се оправданост цени према вези са лицем (туженим), прецизније речено према: трајности и интензитету економских односа лица на подручју форума, последицама економских активности и везе појединих аката (без обзира на њихову природу) са тим подручјем. Ова категорија јурисдикције, међутим, може се подржати и према власништву и другим правима на телесним и бестелесним стварима. Али само власништво имовине на подручју форума не обезбеђује персоналну јурисдикцију. Процењују се мотиви деловања власника у вези са том имовином. При томе се прави разлика између природе обавезе поводом које се покреће спор.

Ако је одговарајући спор настао из пословних односа са титуларом имовине, онда ће јурисдикција бити подржана само уколико се његове ствари (*real property*) или доступна имовина (*tangible chattels*) користе у економским активностима које могу оправдати поступак против одсутног власника (туженика) због деловања које произлази из те имовине. На пример, ако купац заложних права на стварима које се налазе на подручју форума тужи продавца за накнаду штете због повреде уговорних обавеза, суд ће бити надлежан у том спору.

Ако је спор настао услед вануговорне одговорности деловањем имовине локализоване на подручју форума, његову јурисдикцију може оправдати вредност те имовине. Ова јурисдикција ће у неким случајевима бити сврстана у категорију јурисдикције "*in rem*" или "*quasi in rem*". На пример, тужени је нанео штету тужиоцу актом нелојалне конкуренције користећи се при томе својим правом из уговора о лиценци са носиоцем патента који је регистрован на подручју форума. Његова надлежност биће подржана према месту коришћења права туженог из уговора о лиценци, јер штета у вези са имовином одговорног лица оправдава такву надлежност (19).

б) Јурисдикција у погледу ствари

Имовина у овој категорији јурисдикције има знатно већу улогу него код претходне. Иако су принципи на којима почива јурисдикција "*in rem*" исти као принципи јурисдикције "*in personam*", постоје неке дистинкције у процени постојања везе између имовине и подручја једног и другог форума.

Суд према околностима случаја процењује да ли постоје претпоставке: интерес државе и довољна веза са форумом која оправдава јурисдикцију форума. Имовина је у категорији персоналне јурисдикције у функцији допунског средства које се користи због одсутности туженог, који нема домицил односно боравиште или седиште на подручју форума. Услед тога се тражи интензивнија веза имовине и подручја суда код

(19) В. Параграфе 27-55. *Restatement-a* о јурисдикцији *in personam* и претпоставкама за њено заснивање.

пословних обавеза - да постоји интерес државе (интерес тужиоца) код вануговорних обавеза - да је имовина одговарајуће вредности и да је штета призишла из имовине на подручју суда. Код јурисдикције у погледу ствари судови еластичније процењују ове околности. Осим тога, овде се чешће дозвољава пленидба имовине која је основ за тзв. "пролазну јурисдикцију" и приликом квалификације имовине узима се у обзир не само имовина која је доступна судским и другим властима него и она која је изван подручја федералне државе. Јурисдикција ће бити подржана и на основу докумената из којих се може утврдити право туженог на другој територији.

У пракси САД се, као и у Европи, признаје континуитет јурисдикције, на име, јурисдикција која је заснована према околностима у време покретања поступка наставља се без обзира на касније поступке који произлазе из првобитног захтева и на касније промене околности (20).

Разноврсне видове имовине, везе са њима и доступност судској власти, време, начин и изгледи за остварење појединих имовинских права, значај исправа о њима и могућност укључивања у имовину туженикових дужника, као претпоставке јурисдикције "in rem", потребно је груписати ради боље прегледности.

аа) Доступна и недоступна имовина

1. Према теорији "судске власти" (Power Theorie of Jurisdiction) јурисдикција "in rem" може бити оправдана ако је имовина власника трајно или привремено у држави или привремено ван њене територије, без обзира на пребивалиште и боравиште туженог. Суд ће проценити у којој мери моменат привремене тј. "пролазне" присутности или одсутности имовине дужника и интерес државе по вези "дужничког спора" који чине оправданом њену јурисдикцију. Таквом имовином власник треба да располаже а интереси у вези са спором да су одредиви. Она мора бити доступна судској власти (tangible property) (21).

2. Другу категорију имовине обухватају ствари и имовинска права која нису везана за подручје суда нити су интереси туженог одредиви као у претходној категорији нити је ова имовина доступна судској власти (intangible property). Таквом имовином сматрају се све исправе (документи, папири) којима се потврђује неко право дужника као на пример: акција, обвезница, признаница, ствари ван промета, привилегије и концесије, потврде о стварима предатим на чување, потврде о пореским олакшицама, франшизе, погодности за обављање неког посла, захтеви за накнаду штете, банкарски и трговачки депозити, уговори закључени са трећим лицем, писмена обећања исплате и други документи.

Интереси државе који оправдавају надлежност треба да постоје, а не морају бити одредиви. На пример, тужба за наплату потраживања спору због неизвршења уговора туженог и трећег лица. Ако се процени да је веза са подручјем форума оправдана, постојаће интерес државе те без обзира на његову одредивост, јурисдикција може бити у одговарајућим околностима подржана (22).

(20) В. Параграф 26. и параграф 58 Restatement-a.

(21) В. Нав, стр. 229. Vernon, Conflict of Law, 1982, с. пар. 703.

Код докумената у којима су имовински интереси туженог одреди-ви, заснивање јурисдикције може зависити од природе тог интереса. Тако на пример, приликом утврђивања постојања јурисдикције "in rem" могу настати озбиљни проблеми оцене интереса државе у деоницама акционарских друштава. Треба правити разлику између самих деоница и осталих акционарских исправа који су одредива индиција само о власништву на деоницу. Иако је таква исправа сама по себи имовина али посматрана физички и чини саставни део деонице и исти интерес може имати и она држава којој припада акционарско друштво које је емитова-ло деоницу. Та држава може сматрати да је деоница произишла из такве исправе о власништву и отуда постоји значајна веза њене јурисдикције према деоницама и преношењем обавеза друштва које су важне и за пренос својине на самом друштву. У ранијем Јединственом Закону о преносу деоница (Uniform Stock Transfer Act) у каснијем јединственом трговачком закону, исправа о деоници се посматра као нешто што је изван саме деонице као и свака друга исправа која обухвата неке важне елементе правног односа и као такве могу бити посебно локализоване. Држава где се налази исправа има јурисдикцију у погледу обима им-овине коју та исправа обухвата у време њеног издавања, без обзира где се сама имовина налази, под условом да је исправа издата по праву државе где се имовина налази (23).

бб) Имовина као релевантна чињеница за јурисдикцију обухваће-на је посебном установом англосаксонског права гарнишментом (Garnishment). Ова установа води порекло из обичајног права Лондона, чији судови су имали јурисдикцију за све грађане Енглеске. Ако дуж-ник није био у Лондону нити се могло спровести извршење из његове имовине у Лондону, суд је могао да се огласи надлежним према дужни-ковом дужнику (Garnishee) у посебном поступку (garnishment process) ако има пребивалиште у Лондону (24). У САД је начелно ова установа прихваћена јер је ова идеја била корисна за економију у којој је кредит ослонац производње и дистрибуције а имовина се стиче у првом реду путем кредита и књиговодствених трансакција (25). Гарнишмент је у пракси доследно спроведен путем јурисдикције према домицилу туже-ног дужниковог дужника без испитивања околности под којима је прихватљив дуг који је доспео или који је наплатив. Касније је ово схватање проширено у судској пракси јер се нису могли реализовати

(22) В. Leftlar, McDougal, Gelix, *American Conflict of Law*, 1994, стр. 60.

(23) В. параграф 62. Рест. Према правилу из пар. 60. држава у којој се налази имовина може имати јурисдикцију у погледу те имовине, али обично нема јурисдикцију зато што је исправа правни основ за расподелу имовине.

Илустрација уз пар. 63. Рест. Лице А. изда обезвницу у држави Х. за исплату 1.000 \$ у истој држави. Права лица Б. према лицу А. могу бити обухваћена овом обезвницом. Лице Ц. поднесе тужбу у држави У. где се обезвница налази, са захтевом да лице Б. пренесе обезвницу на њега. Суд је надлежан да утврди власништво права на обезвницу, без обзира што ова лица нису под његовом персоналном јурисдикцијом.

Оцена таквих исправа као имовине туженог може створити додатне тешкоће: што исправе многих компанија чине њихову активу али дужницима из тих исправа нису испостављани захтеви, нити су активирани платни налози или место регистрације није и место пословања.

(24) В. Нау, стр. 238 и даље.

(25) Garnish у енглеском праву означава и новац који затвореник полаже приликом уласка у затвор.

захтеви повериоца према недоступној имовини главног дужника, па је јурисдикција подржана и према имовини његовог дужника, без обзира на место плаћања првобитне обавезе и на пребивалиште овог последњег.

Касније су неке државе увеле ограничења домашаја ове тужбе, нарочито у погледу имовине другог дужника која се не налази на подручју јурисдикције, проценом принципа вере и поверења и постојањем одредивог интереса другог дужника на лоцираној имовини (26). Јурисдикција "in rem" према другом дужнику ограничена је само на његову доступну имовину и оправдање за то је нађено у његовим интересима у имовини који почивају на ранијим обавезама које је преузео главни дужник. Једини интерес државе који би могао да оправда јурисдикцију и пленидбу имовине другог дужника (Garnishee) је доказано не фер понашање главног дужника, који је предузео мере са којима је и други дужник да осујети исплату свог дуга.

Поверилац може покренути поступак гарнишмента по основу уговорне или по основу вануговорне обавезе главног дужника. У теорији се у првом случају говори о ликвидним захтевима (liquidated claims), а у другом случају о неликвидним захтевима.

Ликвидни захтев се најчешће заснива на уговорима и другим трговачким папирима или на раније покренутом спору против главног дужника и одговарајућим пресудама које могу да се користе као база за наплату потраживања од другог дужника. Значајну улогу у томе може имати место плаћања на коме се заснива тзв. јурисдикција "дуге руке" (long arm jurisdiction). Ова категорија јурисдикције може бити основ за персоналну јурисдикцију према месту плаћања не само за главног него и за дужниковог дужника (27). Наиме, надлежност "дуге руке" може бити заснована по свакој тужби која је поднета по основу обећања датог тужиоцу, или неком трећем лицу у име тужиоца, да у корист туженика "испоручи... робу... у држави... или по основу уговора о сервисирању у држави...".

Код неликвидних захтева, а то су најчешће тужбе за накнаду штете из деликата, поступак "гарнишмента" се комбинује са привременим мерама пленидбе и користи се ако одговарајућа надлежност фаво-

(26) За ову установу један од маркантних случајева је: *Schafer v. Heifner*. Heifner, власник једне од више деоница Grey Mond пакета који није имао боравиште у држави Делаваре, покренуо је спор по основу држања деонице у овој држави против целокупног супсидијерног власништва Grey Mond-a и против његових службеника и директора. Grey Mond је била делаверска корпорација и у истој држави су сви службеници и директори имали свој домицил. Према праву ове државе "situs" свих деоница корпорације регистроване у тој држави био је на њеној територији. Grey Mond пакет (Stock) чији су власници били тужени појединци био је секвестриран и блокиране су пословне књиге корпорације. Према праву државе Делаваре поступак може да се покрене, уколико се тужени појави пред судом и одбрана изјасни о меритуму. Туженици су се заиста појавили али на посебан начин и истакли да је секвестрација "ex parte" супротна са поступком у парници и да туженици немају довољну везу са државом Делаваре да би могли бити подведени под њену јурисдикцију. Првостепени суд а касније и Врховни суд државе Делаваре су нашли да постоји одговарајући основ за јурисдикцију. Међутим, Врховни суд САД је укинуо ове одлуке и нашао да веза између ствари и суда и недовољно одреди интерес државе није довољна основа за јурисдикцију. Пошто није било других елемената који би подржали персоналну јурисдикцију, такав поступак је супротан са Уставом и стога недопустив.

(27) Случајеви: *International Shoe v. Washington* и *McGee v. Int. L.I.C.*

ризује тужиоца а неповољна је за туженог. Такве околности постоје у случају да се докаже не фер понашање главног дужника који је осујетио покушај извршења на својој имовини, па тужилац истиче да је једина могућност остваривања његовог права пленидба имовине другог дужника и тиме заснује "in rem" јурисдикција у циљу обезбеђења добара пред повољним судом пре њиховог отуђења (28).

V. ЗАКЉУЧАК О ЈУРИСДИКЦИЈИ ФОРУМА ИМОВИНЕ

Излагања о јурисдикцији која се ослања на имовину туженог показују разлике између појединих система полазиштима процесних и материјално правних схватања, али у крајњем исходу те разлике се смањују. Европски приступ имовини као материјално правној категорији полази од потраживања тј. од чинидбе. Англосаксонски - од дуга. Европски поступак разликује уговорну од вануговорне одговорности, док поступак у земљама прецедентног права повезује уговорне и вануговорне односе. У англосаксонском праву, категорија тужбе мора бити прилагођена врсти захтева и поступка, као што је поступак гарнишмента; у Европи нема такве категоризације тужби. Међутим, и један и други систем показују тенденцију проширења заштите поверилаца против несавесних дужника, али се разликују у начину постизања тог циља: теоријом "пробоја" у Европи или гарнишментом у САД.

(Примљено 4. фебруара 1994)

Dr. Milan Pak
Professor of the Faculty of Law in Belgrade

JURISDICTION IN MATTERS WITH FOREIGN ELEMENT

Summary

It is possible to notice in the rules of jurisdiction, as an instrument of exerting one of the most visible forms of sovereign power of a state, some characteristics of legal and political systems, the aims and tendencies of development of economic policy - not only in individual countries but in wider international communities and/or unions, too. Differences in interests, however, did not prevent states to regulate, both in municipal and foreign sources, the conflict between domestic and foreign jurisdictions in order to facilitate international trade of goods and services, and to provide legal security of civil-law relations

(28) У случају *Seider v. Loth* лице са боравиштем у Њујорку било је повређено у Вермонту у судару са возилом којим је управљало лице са боравиштем у Квебеку, које је било осигурано код компаније *Hartword*. Ова компанија је имала послове у Њујорку. Оштећено лице је поднело тужбу у Њујорку пленидбом тужениковог прихода пред судом "дуговања" тј. пред судом места испуњења обавезе *Hartworda*. Суд је нашао да је његова јурисдикција оправдана из разлога што је после удеса из уговорне обавезе *Hartworda* настало дуговање које може бити предмет пленидбе, на основу теорије према којој обавезе из полисе осигурања представљају имовину (*assets*) на подручју форума. У Случају *Minichello*, Апелациони суд је дозволио заплону ефектива осигураника у директној тужби коју је поднео против осигуравача.

with foreign element. While starting with general categories of jurisdiction in domestic litigation and in that with foreign element, in order to point by comparative method at differences in general and particular jurisdiction rules of various countries and legal systems (European continental, Anglo-Saxon, and more particularly that of the USA), including the differences in judicial systems, institutes and categories, the author emphasizes the tendencies toward unification of these rules, as expressed in the Luxembourg and Lugano conventions on jurisdiction and execution of foreign judicial decisions. These documents are an evidence that all differences between states and systems, such as European (continental) and Anglo-Saxon, may be surpassed by a compromise.

Key words: *Jurisdiction. - Forum of domicile. - Forum of business unit and forum of property.*

*Milan Pak,
professeur à la Faculté de droit de Belgrade*

LA JURIDICTION DANS LES CHOSES JUDICIAIRES AVEC L'ELEMENT ETRANGER

Résumé

Dans les règles fixant la juridiction en tant qu'un des instruments assurant l'expression du pouvoir souverain de l'Etat dans sa forme la plus authentique, il est possible de relever certaines caractéristiques propres aux divers systèmes juridiques et politiques, ainsi que les objectifs et les tendances marquant le développement de la politique économique adoptée, et ce non seulement dans certains pays, mais aussi dans des communautés ou unions internationales plus vastes. Toutefois, l'existence de divergences d'intérêts entre divers pays n'a pas constitué un obstacle à la régularisation, tant sur le plan interne qu'au niveau des sources internationales, du conflit entre la juridiction nationale et étrangère, en vue de faciliter la circulation des marchandises et des services, et d'assurer une sécurité juridique aux relations de droit civil avec l'étranger. Utilisant la méthode déductive, l'auteur part des catégories générales de compétence dans les conflits internes et dans ceux ayant un élément étranger, pour signaler, en appliquant la méthode comparative, les différences existant dans les règles générales et particulières fixant la juridiction de certains pays ou systèmes juridiques (en particulier européen et anglo-saxon et aux Etats unis). Relevant dans les systèmes juridiques et dans certaines catégories et institutions clés les différences pouvant influencer sur la compétence judiciaire nationale, l'auteur constate que les Conventions de Luxembourg et de Lugano sur la juridiction et l'exécution des jugements étrangers révèlent une tendance à l'unification des règles de compétence entre les pays européens. Ces deux documents montrent qu'il est possible de régler par compromis toutes les différences existant entre les Etats et même entre des systèmes tels que le système européen (continental) et anglo-saxon.

Mots clés: *Jurisdiction. - Forum de domicile. - Forum de succursale. - Forum de patrimoine.*

др Јован Славнић
проф. Више пословне школе и
проф. Универзитета у Новом Саду

ИСТОВРЕМЕНО ИЗВРШЕЊЕ ОБАВЕЗЕ ПРОДАВЦА НА ПРЕДАЈУ СТВАРИ И ОБАВЕЗЕ КУПЦА НА ИСПЛАТУ ЦЕНЕ КОД УГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ

Излаже се појам правила о истовременом извршењу обавеза продавца да преда ствар и купца да плати цену код уговора о међународној продаји, случајеви у којима се примењује и његова функција. Затим се испитује приговор неизвршеног уговора као правно средство којим се остварује правило о истовременом извршењу обавезе продавца и купца и његово материјално и процесно-правно дејство. Приказују се остала правна средства која има купац, односно продавац као уговору верна страна према другој страни која је повредила правило о истовременом извршењу обавеза. Следе излагања која се односе на инструменте којима се остварује правило о истовременом извршењу обавезе предаје ствари и плаћања цене и разликовање приговора неизвршеног уговора и приговора неуредног извршења уговора. Нарочита пажња се посвећује утемељености гледишта која оспоравају практичну примену правила о истовременом извршењу предаје ствари и исплате цене у нашем националном привредном праву.

Кључне речи: *Међународна продаја - Приговор неизвршења - Плаћање уз документа.*

I. ПОЈАМ ПРАВИЛА О ИСТОВРЕМЕНОМ ИЗВРШЕЊУ ОБАВЕЗА ПРОДАВЦА И КУПЦА, ПОДРУЧЈЕ ПРИМЕНЕ И ФУНКЦИЈА

Правном формом уговора о продаји, као што је познато, спроводи се размена добара, тј. уговорне стране једна према другој нешто дају. Стога из овог уговора од тренутка његовог закључења настају две обавезе којима се то давање правно формулише - обавеза продавца да преда ствар купцу и обавеза купца да продавцу плати цену. Пошто су обавезе настале и ако није уговором ништа предвиђено у погледу рока испуњења предаје ствари или исплате цене или кад из обичаја у промету не произилази да онда када продавац и купац нису уговором средили редослед за испуњење обавеза, односно уговором или обичајима није одређено да је једна од уговорних страна, било продавац било купац,

дужна да прва испуни своју обавезу оне су дужне да своје обавезе изврше истовремено. Продавац је тада дужан да преда ствар само уколико је купац у тренутку понуде предаје ствари спреман да истовремено плати цену и зато он тада може да, уколико му купац не исплати цену истовремено са предајом ствари, или није спреман да то истовремено учини са преузимањем ствари, да ускрати да купцу преда ствар све док овај не буде спреман да истовремено са преузимањем ствари за њу плати цену, али и да се користи и другим правима која му по основу повреде правила о дужности једновременог извршења обавеза припадају. Исто важи и за купца. И он није дужан у овим случајевима да плати цену, односно њену исплату може да ускрати продавцу ако продавац није био спреман да му са преузимањем цене (инструмента плаћања) истовремено преда ствар. Осим тога купац може и да се користи другим правима (о правима продавца и купца због повреде правила о истовременом извршењу обавеза биће касније више речи).

Национална права правило о дужности продавца и купца да истовремено изврше своје обавезе углавном формулишу у оквиру правила о року исплате цене, на тај начин што одређују да у случају када уговором није одређен рок за исплату цене или рок за исплату не произлази из обичаја или претходне праксе странака да је купац тада дужан да плати цену у време испоруке робе. Дакле, истовремено са предајом ствари. На овај начин, у одредбама о року исплате цене, правило о истовременом испуњењу обавеза купца и продавца, формулисано је, на пример, у швајцарском праву (чл. 213 Закона о облигацијама), у француском праву (чл. 1612 и 1651 Грађанског законика), аустријском праву (параграф 1062), у праву САД (параграф 2-511 (1) Трговачког законика САД). Поједина национална права која имају правило о истовременом извршењу обавеза купца и продавца у одредбама о року исплате цене ово правило и одвојено формулишу на општи начин - за обе уговорне стране (једновремено за продавца и купца) у оквиру посебних правила (одредби) о истовременом извршењу обавеза продавца да преда ствар и купца да плати цену. Поједина од њих регулишу га и на општи начин за обавезе уговорних страна у свим двостраним уговорима. То је, на пример, случај са нашим правом у коме је ово правило посебно на општи начин регулисано у Закону о облигационим односима за обавезе уговорних страна код уговора о продаји (чл. 475-476), али и на општи начин за обавезе страна из свих двостраних уговора (чл. 122). Наш ЗОО поред тога ово правило за уговор о продаји регулише и у одредбама о року исплате цене (чл. 516, ст. 2). Швајцарско право такође на општи начин за све двостране уговоре регулише правило о истовременом извршењу обавеза уговорних страна (чл. 82 ЗОО). Када су у питању међународне кодификације униформних правила за уговор о продаји треба истаћи да једнообразни закон о међународној продаји телесних покретних ствари на општи начин регулише правило о истовременом извршењу испоруке ствари и исплате цене у одредбама чл. 71-73, док се у Конвенцији УН о међународној продаји робе оно нормира само у одредбама о року за исплату цене (чл. 58).

Треба приметити да правило о истовременом извршењу обавезе продавца и купца долази до примене не само у изложеном случају када су странке пропустиле да уговоре рок за извршење својих обавеза (било

да је у питању рок за плаћање цене било рок за испоруку робе), а нешто друго не произлази из обичаја у промету или установљене праксе између уговорних страна, тј. кад из обичаја и установљене праксе странака не проистиче да је било продавац или купац дужан у одређеном року први да изврши своју обавезу, примењује се и онда када су странке уговором одредиле рок за извршење обавезе само за једну од њих, али не тако да је она дужна прва да испуни своју обавезу. Јасно је да се оно примењује и у случају када су истовремено испуњење продавца и купац уговором предвидели, што је у складу са начелом слободе уговарања.

Смисао овог правила које произлази из начела узајамности обавеза из уговора о продаји у коме је, као код свих двостраних уговора, обавеза једне стране правни основ обавези друге стране, и *vice versa* јесте да се одржи имовинска равнотежа у међусобним давањима странака, која би могла бити поремећена ако у наведеним случајевима извршењу обавезе продавца на предају ствари не би истовремено уследило испуњење обавеза купца на исплату цене. Или, када исплати цене не би једновремено уследила предаја ствари купцу. Предајом ствари купцу, или исплатом цене продавцу, којој не би уследило истовремено испуњење обавезе друге странке као противвредности за оно што је њој дато, умањила би се имовина продавца за вредност предате ствари, односно купца за вредност плаћене цене, јер продавац, односно купац за оно што даје не би примио еквивалентну вредност, са изгледима за трајније одржање таквог стања поремећене равнотеже у имовини странака за случај да купац не изврши ни касније исплату цене, односно продавац касније не преда ствар (због инсолвентности или стечаја). Због тога национална права и полазе од правила о истовременом извршењу узајамних обавеза странака из уговора о продаји у назначеним случајевима и дају право продавцу да одложи предају ствари све док купац не исплати цену, или није спреман да то истовремено учини. Као што она (национална права) дају право и купцу да одложи плаћање цене за коју није уговорено или уобичајено, односно не произлази из установљене праксе странака да је он (купац) дужан да је плати пре пријема испоруке, све док му продавац не преда ствар или није спреман да је преда истовремено са исплатом цене.

У упоредном праву се правило о истовременом извршењу обавезе продавца и купца среће под термином извршења обавеза *Zug um Zug* (*Leistung*) или *donant donant*.

II. ПРИГОВОР НЕИЗВРШЕНОГ УГОВОРА КАО ПРАВНО СРЕДСТВО КОЈИМ СЕ ОСТВАРУЈЕ ПРАВИЛО О ИСТОВРЕМЕНОМ ИЗВРШЕЊУ ОБАВЕЗЕ ПРОДАВЦА ДА ПРЕДА СТВАР И КУПЦА ДА ПЛАТИ ЦЕНУ И ЊЕГОВО МАТЕРИЈАЛНО И ПРОЦЕСНО-ПРАВНО ДЕЈСТВО

Продавац своје право да одложи предају ствари, односно купац да одложи (ускрати) исплату цене, све док друга уговорна страна не изврши истовремено своју обавезу, или није спремна да то истовремено учини, остварује приговором неизвршеног уговора који упућује другој страни (*exceptio non adimpleti contractus*). Приговор неизвршеног уговора је, према томе, изјава воље уговорне стране (купца, односно продавца)

која нуди или од које се тражи извршење њене истовремене обавезе да поставља и са своје стране захтев ради извршења противобавезе, до ког тренутка ускраћује извршење сопствене обавезе.

Приговор неизвршеног уговора регулисан је у неким националним правима заједно са правилом о истовременом извршењу обавезе купца и продавца (пример француског) или на општи начин за све двостране уговоре (пример, немачке, параграфи 320-322 Немачког грађанског законика и нашег права). Конвенција УН о међународној продаји робе не регулише посебно приговор неизвршеног уговора. То значи да се на послове међународне продаје робе на које се примењује ова конвенција примењују правила оног националног права о приговору неизвршеног уговора, односно дејству овог приговора на чију примену упућују колизиона правила међународног приватног права.

Приговор неизвршеног уговора је, значи, правно средство којим се спроводи у живот правило о истовременом извршењу предаје ствари и исплате цене, због тога што дејствује у правцу одлагања предаје ствари купцу, па тиме и на правило о року предаје ствари јер води померању рока за предају ствари све док купац не исплати цену или није спреман да цену исплати истовремено са пријемом ствари. Исто као што и приговор неизвршеног уговора који истиче купац продавцу који није спреман да у тренутку пријема цене преда купцу ствар доводи до померања рока за исплату цене све док продавац не буде спреман да једновремено са пријемом цене преда купцу ствар која је предмет уговора о продаји. То практично значи, на пример, да продавац може без икаквих последица да одложи предају ствари купцу, предвиђену уговором за 10. октобар (у ситуацији кад је уговором овај рок био предвиђен само за извршење његове обавезе, али не тако да је продавац дужан и да први изврши своју обавезу), односно да ускрати да преда ствар купцу коју је понудио купцу ради предаје у разумном року, рачунајући од закључења уговора (у ситуацији кад рок за предају ствари и исплату цене није био утврђен уговором), ако купац није био тада спреман да истовремено плати цену за ствар и то до момента док он на то не буде приправан. С обзиром на овакво дејство приговора неизвршеног уговора може се утврдити да је његова сврха да обезбеди очување имовинске равнотеже уговорних страна у уговору о продаји и истовремено омогући промет добара, као и његова улога да води испуњењу уговорних обавеза без ослонца уговорних страна на државни апарат (на суд).

На овај начин се испољава материјално-правно дејство приговора неизвршеног уговора.

Пошто се одбијањем купца, који је спреман да прими ствар, да изврши своју обавезу на истовремену исплату цене, овде ради о купчевој дужничкој доцњи са плаћањем, продавац може, пошто је купцу истекао приговор неизвршеног уговора, према правилима о дужничкој доцњи купца (уместо да му остави накнадни примерени рок за исплату цене и уговор раскине) да од овог тужбом захтева исплату цене, што је иначе и право купца када је продавац овде у дужничкој доцњи са предајом ствари да и он од продавца (уместо да му остави накнадни рок за плаћање цене и раскине уговор) тужбом потражује предају ствари (тражи принудно извршење његове обавезе, тј. натурално извршење обавезе). И у том случају, тј. кад је уговору верна страна истакла другој

страни приговор неизвршеног уговора и користила право да без последица пролонгира рок за извршење своје доспеле обавезе и од ове стране тужбом тражила да изврши своју уговорну обавезу доћи ће до примене правила о истовременом извршењу обавезе продавца на предају ствари и купца на плаћање цене. На тај начин што ће суд у спору у коме је једна од уговорних страна која је верна уговору тужбом захтевала извршење обавезе друге стране по основу њене дужничке доцње, пресудом обавезати ову другу (тужену) страну (купца или продавца) да изврши своју обавезу уз истовремено обавезивање уговору верне стране (тужиоца) да и она са своје стране, једновремено испуни дуговану чинидбу - исплату цене, односно предају дуговане ствари. Управо у изложеном се испољава оно што се означава као процесно-правно дејство приговора неизвршеног уговора.

Иначе, у погледу чинидбе коју није примила уговорна страна којој је истакнут приговор неизвршеног уговора, пошто је она одбила да изврши своју истовремену обавезу, она (та друга, тј. уговору неверна страна) пада у тзв. поверилачку доцњу. Купац који није био спреман, кад му је од стране продавца понуђена предаја ствари, да плати цену, у погледу пријема ствари пада у поверилачку доцњу, јер је тиме, без оправданог разлога, онемогућио продавцу да он изврши своју обавезу на предају ствари која се имала извршити истовремено са купчевом обавезом да ствар плати. Такође и продавац пада у поверилачку доцњу у односу на пријем цене када није био спреман да истовремено са пријемом цене преда ствар, пошто је на тај начин без оправданог разлога онемогућио купцу да изврши своју обавезу и да плати цену за ствар која се морала истовремено предати са исплатом цене.

Према томе, уговору верна страна у уговору о продаји која се користи приговором неизвршеног уговора који истиче страни у уговору која није поштовала правило о истовременом извршењу обавеза има овлашћење да се према њој као страни која није верна уговору користи било правима из њене дужничке доцње било поверилачке доцње. Било којим од ових права жели да се користи, онима која јој припадају по правилима из дужничке или поверилачке доцње, уговору верна страна, у сваком случају, има превентивно овлашћење да страни која није верна уговору на основу упућеног приговора неизвршеног уговора ускрати извршење своје обавезе све док она (та друга, уговору неверна страна) не буде спремна да испуни своју обавезу. То је, иначе, оно посебно материјално-правно дејство које проистиче из правила о истовременом извршењу обавеза на основу приговора неизвршеног уговора који користи уговорна страна у уговору о продаји која је понудила и била спремна да изврши своју истовремену обавезу са обавезом друге уговорне стране који она није била, са своје стране спремна да испуни.

Треба истаћи да је у већини националних права прихваћено правило да када продавац и купац истовремено извршавају своје обавезе, да купац није дужан да исплати цену пре него што му је пружена могућност да прегледа ствар, осим кад је уговором предвиђено плаћање уз предају одговарајуће исправе, као што су товарни лист, коносман или складишница, када купац нема право да одбије исплату цене због тога што није имао могућност да ствар прегледа. То је разумљиво пошто се тада продата ствар налази код возара или складиштара који истом

диспонирају и када, по правилу, купац нема могућност да је прегледа. Међутим, пријем робних докумената у овој ситуацији не лишава купца права да касније утврђеним недостацима ствари приговори, те остварује према продавцу права због недостатака ствари у количини и материјалним својствима (према правилима за скривене недостатке по превлађујућем схватању у упоредном праву). Ово правило је прихваћено и у нашем праву у чл. 475 и чл. 476, ст. 3 Закона о облигационим односима.

И Конвенција УН о међународној продаји робе такође предвиђа за купца право да код истовремене исплате робе са предајом ствари не плати цену пре него што је имао могућност да робу прегледа, изузев у случајевима кад начин испоруке или плаћања "са којима су се странке сагласиле" искључују такву могућност. Дакле, и према Конвенцији правило је да је продавац дужан да дозволи купцу преглед робе пре плаћања и преузимања. То значи да ако се уговором предвиђа превоз робе да је продавац дужан да уговори са превозником да купац има приступ роби у месту опредељења и да је прегледа пре него што му се роба и документа о њој предају. Међутим, ако се купац сагласио са начином испоруке или робе плаћања цене који су инкопатибилни са правом на преглед, на пример, кад је цена уговорена према моделитетима *CIF* продаје или плаћање уз предају робних докумената (*documents against payment, Kasse gegen Dokumente*), у којим случајевима се испорука врши путем предаје докумената којима се омогућава купцу да располаже са робом (робна документа), он је дужан да плати цену у тренутку када су му уручена документа (чл. 58, ст. 3). То је случај и кад уговор садржи клаузулу "палаћање уз фактуру". Тада је купац дужан да плати цену одмах по пријему фактуре, па и ако није прегледао или примио робу (1). Дакле, купац у овим случајевима нема право да одбије да плати цену пре него што му је омогућено да прегледа робу. Али, како то национална права предвиђају, купац коме је испорука робе извршена уручењем докумената о њој може и код уговора о продаји на које се примењује Конвенција касније кад установи недостатке да овима приговара. Али ако је купац већ приликом отпреме утврдио или дознао да роба није сагласна уговорним утаначењима, он неће бити дужан да плати цену. То је разумљиво, с обзиром да је опште правило Конвенције, као и националих права, да је купац дужан да плати само ону робу која је сагласна уговору, тј. робу у исправном стању (повежи са излагањем које следи о приговору неуредног извршења уговора).

Конвенција УН о међународној продаји робе, као и нека национална права регулишу истовремено извршење обавеза продавца и купца код дистанционе продаје. То је уговор код кога је предвиђен превоз робе, односно уговор у коме се предвиђа да се предаја робе остварује уручењем превозиоцу. Према Конвенцији, наиме, продавац може отпремити робу под условом да се роба или документи о роби не могу

(1) Према званичном тумачењу Конвенције УН о међународној продаји робе купац не губи, међутим, право да прегледа робу пре плаћања кад је уговором предвиђено да је дужан да цену плати уз предају робних докумената после приспећа робе. Као и код уговора код кога је продавац вукао меницу на купца на износ цене и доставио је преко своје банке заједно са коносманом банци овлашћеној за наплату у седишту купца и при томе је дао упутство тој банци да не предаје коносман купцу док не исплати меницу (ово због тога што такав начин плаћања није био уговорен) (A/CONF, 97/5, стр. 129-132).

предати купцу док не исплати цену (чл. 58, ст. 2). Наш ЗОО међутим нешто потпуније регулише овај случај предаје робе купцу истовремено са исплатом цене (чл. 476 ЗОО). Према ЗОО, када се предаја ствари купцу остварује уручењем превозиоцу, било што је то регулисано уговором или то проистиче из (пословних) односа странака, продавац може одложити одашиљање ствари до исплате цене, или послати ствар тако да задржи (на пример, изјавом у товарном листу) право да располаже са њом за време превоза када од превозника може да захтева да ствар не преда купцу у месту опредељења док он не плати цену (с тим да и купац није дужан да плати цену пре него што је имао могућност да прегледа ствар, осим код уговора који предвиђа плаћање уз предају одговарајуће исправе, када купац нема право да одбије исплату цене због тога што није имао могућност да прегледа ствар).

Нека новија национална права (чл. 477 нашег ЗОО) под утицајем Једнообразног закона о међународној продаји телесних покретних ствари (чл. 73) у оквиру правила о истовременом извршењу предаје ствари и исплате цене регулишу једну посебну правну ситуацију једним посебним правилом са истом функцијом као што је правило о истовременом обавеза - да очува имовинску равнотежу у давањима продавца и купца. Она, дакле, не подпада под правни институт истовременог извршења предаје ствари и исплате цене, али је уређена да има исто материјалноправно дејство као када су продавац и купац дужни да истовремено изврше обавезе. У тој посебно регулисаној ситуацији продавац је иначе, према споразуму или обичајима у промету, дужан први да изврши обавезу предаје ствари. То је отпрема ствари коју врши продавац купцу у којој се после продавчевог одашиљања ствари купцу покаже да су купчеве материјалне прилике такве да се основано може посумњати да ће он моћи о року да исплати цену (купац је неликвидан или инсолвентан). Тада продавац може налогом који упути превознику (или шпедитеру) да спречи уручење ствари купцу, чак и онда кад купац већ има у рукама исправу која га овлашћује да захтева уручење ствари (купац је искупио товарни лист од превозника али није још преузео ствар). Продавац ипак не може да спречи изручење ствари ако предају ствари захтева треће лице које је уредан ималац исправе која га овлашћује да захтева од превозника уручење ствари (купац је, на пример, индосирао товарни лист на трећег коме је даље продао ствар коју је купио од продавца). Међутим, продавац, односно његов превозник могу и тада да одбију да ствар предају трећем лицу ако исправа садржи резерве у погледу дејства преноса права на ствар, или ако продавац докаже да је ималац исправе, кад ју је прибавио од купца, поступио свесно на његову штету.

III. ИНСТРУМЕНТИ ЗА РЕАЛИЗАЦИЈУ ПРАВИЛА О ИСТОВРЕМЕНОМ ИЗВРШЕЊУ ОБАВЕЗЕ ПРЕДАЈЕ СТВАРИ И ПЛАЋАЊА ЦЕНЕ

У међународним, као и у унутрашњим, продајним пословима постоје одговарајући правно-технички инструменти којима се ефикасно спроводи истовремена размена узајамних облигација продавца и купца - предаја ствари и исплата цене. То су два модалитета плаћања уз

документа. Према првом, то се постиже тако што купац преузима робу пријемом од стране продавца робних докумената и при томе уручује продавцу исправу која је инструмент безготовинског плаћања на основу које он може одмах да наплати куповну цену (меница по виђењу, обрачунски чек и друго). Такав начин испоруке и плаћања познат је као документарна предаја (испорука). Продавац овде презентира робна документа купцу која имају својство хартије од вредности (складиштница, коносман и друго) и предајом тих докумената купцу извршава своју уговорну обавезу на предају робе (пошто даље са робом може да располаже само купац). Са пријемом ових докумената купац редовно стиче својину и државнину на ствари, тако да се у свему узима да је продавац своју обавезу на предају робе купцу извршио, док купац извршава продавцу обавезу плаћања цене уручењем безготовинских инструмената плаћања који су по својој правној природи такође хартије од вредности. Други модалитет испоруке, односно плаћања уз документа којим се постиже *Zug um Zug* извршење уговорних обавеза продавца и купца је документарни акредитив, који је најраспрострањенији начин плаћања у међународној трговини. И плаћање путем робног документарног акредитива је облик документарне испоруке, с том разликом што се исплата цене врши на тај начин што продавац робна документа презентира (акредитивној) банци која пошто прими документа од продавца, овом истовремено са пријемом документа исплаћује цену.

IV. ПРИГОВОР НЕИЗВРШЕНОГ УГОВОРА И ПРИГОВОР НЕУРЕДНО ИЗВРШЕНОГ УГОВОРА

Код уговора у продаји обавеза продавца да преда ствар или купца да плати цену увек претпоставља, као и код сваког двостраног уговора, да дужник уредно изврши своју обавезу. То значи да када, на пример, купцу буде испоручена роба са одклоњивим недостатком да њему на основу правила о уговорном јемству за квалитет испоручене робе припада право да ради заштите свог интереса ускрати извршење своје обавезе да плати цену до уредног извршења обавезе продавца. Ако купац не би располагао овим правом био би погодован продавац који је поступио супротно уговору, тј. омогућило би да продавац реализује своје право на наплату цене пре остварења купчевог права да прими робу, иако је требало бити обрнуто, или да продавац наплату цене реализује истовремено са предајом купцу мањљиве ствари (у случајевима када се обавеза предаје ствари и плаћања цене извршавају на овај начин). Правно средство којим се ускраћује извршење сопствене обавезе купца да плати цену до уредног извршења обавезе продавца и посредно остварују права из уговорне одговорности продавца за квалитет испоручене робе, те уговору верна страна обезбеђује од евентуалности да изврши прва уговорну обавезу или је изврши истовремено са пријемом мањљиве ствари има свој чињенични основ у неуредном извршењу уговора и повреди правила о предаји ствари купцу у исправном стању. Терминолошки оно се назива приговором неуредног извршења уговора (*exceptio non rite adimpleti contractus*).

Право на улагање приговора неуредног извршења уговора, као и приговор неизвршења уговора, има свој правни основ у истом правном начелу - начелу о узајамности уговорних обавеза код уговора о продаји, односно обавеза из двостраних уговора. Али овај приговор којим се ускрађује извршење сопствене обавезе до уредног извршења обавезе друге стране у уговору и посредно остварују права из јемства за квалитет и друга материјална својства испуњења има за сврху да појача сигурност уговарача у уредно извршење уговорних обавеза, односно да изврши притисак на уговорну страну која није уредно извршила обавезу да је уредно изврши и зато представља принудним нормама одређен саставни део инструментарија сваког уговора о продаји, односно двостраног уговора. То је општеприхваћено правило у упоредном праву и међународним унификацијама уговорног права. Разликује се од приговора неизвршеног уговора, дакле, у томе што његова сврха није у томе да одржи равнотежу имовина странака поводом уговором одређене размене њихових делова. Затим, и у томе што уговарач који улаже приговор неизвршеног уговора треба да докаже право на истовремено извршење своје са обавезом другог уговарача, док одбрана другог уговарача од овог приговора претпоставља доказивање да је уговор извршен или да је уговорна страна која истиче приговор дужна прва да изврши своју обавезу. Код приговора неуредног извршења, који се овде издвојено излаже јер се у пракси меша са приговором неизвршеног уговора и оспорава му се да је самостални (посебан) приговор, уговарач који га улаже мора да докаже, с обзиром да је на њему терет доказивања, чињеницу неуредног извршења уговора, а други, уколико жели да се одбрани, да неуредног извршења нема (2).

VI. ОПРАВДАНОСТ ОСПОРАВАЊА ПРИМЕНЕ ПРАВИЛА О ИСТОВРЕМЕНОМ ИЗВРШЕЊУ ПРЕДАЈЕ СТВАРИ И ИСПЛАТЕ ЦЕНЕ У НАШЕМ НАЦИОНАЛНОМ ПРИВРЕДНОМ ПРАВУ

Правило о истовременом извршењу обавеза продавца и купца и приговор неиспуњеног уговора су били познати у старим грађанским законикима који су се примењивали на нашем подручју: Општем имовинском закону за Црну Гору у чл. 537-538 и чл. 920, Српском грађанском закону у параграфима 635, 642, 652, 653 и 887 и Општем (аустријском) грађанском закону у параграфима 904 и 1062-1063.

Ово правило и приговор су у ОИЗ били регулисани на општи начин за све узајамне, тј. двостране уговоре, у СГЗ у оквиру одредаба о уговору о продаји, а у ОГЗ код уговора о размени. Али, пошто су ови уговори типични двострани уговори она су се примењивала као општа правила на све двостране уговоре. С обзиром на изворе права - грађанске законе у којима су били смештени ово правило и приговор и време када су донети ови закони, разумљиво је због чега су се они третирали као категорије облигационог права, тј. категорије својствене грађанско-правном промету (ванпривредним уговорним односима).

(2) О разграничењу приговора неизвршеног уговора са сродним правним институцијама видети докторску дисертацију Б. Старовића, *Приговор неизвршеног уговора*, Београд, 1966, стр. 95-110.

Правило о истовременом извршењу обавеза уговарача у свим двостраним уговорима и приговор неиспуњеног уговора први пут су у нашем праву као категорија привредног права регулисани у Општим узансама за промет робом из 1954. године (3), додуше, са ограниченом применом на уговор о размени и (само) уговор о продаји и друге уговоре робног промета када су уговарачи уговорили истовремено испуњење обавеза. Са овако ограниченом применом због тога што је приликом састављања Општинских узанси преовладало гледиште њиховог редактора проф. В. Капора да кад рок за извршење обавеза уговорника у пословима робног промета није уговором одређен, да се тада као обичај у промету прво треба извршити натурална обавеза после чега доспева за извршење новчана обавеза (4). У том смислу је у узанси 88. ст. 2 и узанси 177, ст. 1 било предвиђено да кад рок за извршење обавеза продавца и купца није уговором одређен да прво продавац мора купцу да испоручи робу у року од 8 дана од дана закључења уговора после чега купац треба да исплати куповну цену у року од 8 дана од пријема фактуре, а ако је робу примио после пријема фактуре, онда у року од 8 дана од пријема робе.

На темељу поменутих грађанских законика после Другог светског рата, као и Општинских узанси за промет робом се развила значајна судска пракса. О томе довољно указују примери из праксе наших редовних судова, односно Врховног привредног суда, објављени у Коментарима ЗОО (5).

ЗОО није прихватио ово правило Општинских узанси. Као што смо рекли, према ЗОО у недостатку споразума уговорника о редоследу испуњења обавеза продавца и купца (или обичаја у промету), обавезе се имају извршити истовремено. То јест, продавац је дужан да изврши предају ствари купцу у разумном року после закључења уговора, с тим да је тада, тј. истовремено са преузимањем ствари купац дужан да исплати цену (чл. 470 и чл. 475) (6).

Колики је значај месту и улози правила о истовременом извршењу обавеза уговарача у нашем новом систему уговорног права давао његов творац, проф. М. Константиновић, у поређењу са редакторима наших старих грађанских законика види се већ по томе што је он правило о истовременом извршењу обавеза уговорника и приговор неиспуњеног уговора систематизовао у ЗОО на општи начин у одредбе о двостраним уговорима (чл. 122), затим, поново у одељак о уговору о продаји кроз правило о истовременој предаји ствари и исплати цене

(3) Узанса 61, у вези са узансом 1, ст. 2.

(4) *Уговор о куповини и продаји робе*, Београд 1961, стр. 87.

(5) *Коментар Закона о облигационим односима*, издавачи Културни центар Крагујевац и Правни факултет у Крагујевцу, 1980, Књига прва, стр. 401-402 и Књига друга, стр. 62.

(6) Правило о истовременом испуњењу предаје ствари и исплате цене регулисано је у ЗОО у посебном члану - чл. 475. Систематизовано је у Одељку 3 у коме се нормирају "Обавезе продавца" и то у Одсеку 1. које носи наслов "Предаја ствари", иза одредаба чл. 467-472 "I. О предаји уопште" у којима се регулише питање времена, места, предмета предаје, организовање превоза од стране продавца кад се предаја ствари врши превоз-и-оцу и трошкова предаје ствари. Испред чл. 475 стоји рубрум "Одлагање предаје до исплате цене" и поднаслов који јасно указује на предмет регулисања норми које су испод поднаслова увршене - "II. Истовремено извршење предаје ствари и исплате цене".

(чл. 475), и коначно, на трећем месту, у одредбама о року исплате цене - у чл. 516, ст. 2 ЗОО.

Да је проф. Константиновић придавао велики значај правилу истовременог извршења предаје ствари и исплате цене и код уговора о продаји у привреди, говоре две околности. Прво, да је у чл. 476 ЗОО нормирао једну посебну ситуацију својствену привредним односима - ону у којој се, иначе, истовремено извршење предаје ствари и исплате цене компликује. То је већ поменута предаја ствари купцу код дистанционе продаје, тј. кад се предаја остварује њеним уручењем превозиоцу. Друго, проф. Константиновић је ово посебно правило из чл. 476, као и основно правило о истовременом извршењу обавеза продавца и купца ситуирано у чл. 475 преузео, уз одговарајућу прераду, из чл. 71 и 72 Хашке конвенције о једнообразном закону о међународној продаји телесних покретних ствари из 1964. године. Да је проф. Константиновић оправдано схватио велики значај правила о истовременом извршењу обавеза продавца и купца у привредним односима и да његова примена у тим односима одговара потребама привредног живота, у унутрашњој и међународној трговини, речито говори и чињеница да су правила која познаје ЗОО у чл. 475 и 476 и Хашка конвенција у чл. 71 и 72 нашла место у чл. 58 и 59 Конвенције УН о међународној продаји робе из 1980. године.

Догодило се, међутим, да је пре доношења ЗОО (1978) донет и примењиван на плаћања у робном промету Закон о обезбеђењу плаћања између корисника друштвених средстава. Он је био усвојен 1975. године и примењиван је пуних 15 година до 1990. (7). Карактеристика одредби овог закона је да су биле императивног карактера (8).

С обзиром на то да је према овом Закону било предвиђено да само корисник друштвених средстава - купац који не плаћа цену одмах, тј. у року од 15 дана по пријему робе има дужност да плаћање обезбеди прописаним инструментима, (обрачунским чеком, сопственом трасираном меницом...), његове су одредбе обухватале само солуцију уговореног кредитираног плаћања, тј. плаћање по пријему испоруке. Он, дакле, није регулисао односе у домену плаћања робе пре испоруке и истовремено са испоруком. На ове солуције плаћања су се примењивале диспозитивне одредбе ЗОО. Ипак, наши врховни судови су у примени

(7) "Службени лист СФРЈ", бр 60/75, 13/76, 22/78, 31/83, 70/83, итд.

(8) Тежња ових одредаба је била да успоставе већу дисциплину плаћања, обезбеде већу сигурност у извршавању обавезе на плаћање у пословима промета робе и вршења услуга и тиме и већу сигурност у правном промету (као и одређене циљеве економске политике и друге који су изван интереса овог разматрања). Према том Закону било је прописано да продавац који не плати цену одмах, тј. у року од 15 дана од пријема робе (вирмански налог), када је по овом закону настајао тзв. дужничко-поверилачки однос, био је дужан да продавцу на дан испоруке уручи обрачунски чек. Ако је плаћање према уговору било пролонгирано, онда је купац могао по свом избору дати продавцу сопствену трасирану меницу или гаранцију. Меницу за оно плаћање које је морало да уследи у року од 90 дана од пријема испоруке, док гаранција за плаћање које је требало да се изврши по протеку 30 дана од момента испоруке робе и њеног пријема. Опредељене за плаћање путем акредитива који је, такође, био предвиђен као један од могућа четири инструмента обезбеђења плаћања није било условљено одредбом о року плаћања. То је било разумљиво пошто се акредитив према својим особинама првенствено манифестује као инструмент обезбеђења плаћања тако да у погледу рока плаћања интервенција овог закона није могла да донесе ништа специфично.

Закон о обезбеђењу плаћања заузели начелан став да ако уговор не садржи одредбу о времену плаћања цене да се она има платити у року од 15 дана од пријема робе, односно настанка дужничко-поверилачког односа (9). Овај начелан став значио је подршку и водио је континуитету гледања прихваћеног у Општим узансама да кад уговором није одређен редослед извршења обавеза уговарача да прво продавац има да изврши своју обавезу. Њега није тешко разумети с обзиром на дуготрајну примену Општих узанси и њихов утицај на судску праксу после Другог светског рата као јединог новоустановљеног извора права за привредне односе.

Прихватајући ово правило наших судова о времену плаћања цене када оно није уговором одређено, неки аутори дела објављених на издисају важења Закона о обезбеђењу плаћања извлаче генерални закључак да у том погледу, у погледу рока плаћања кад он није уговором одређен, постоји значајна разлика између продаје у привреди и продаје ван привреде, јер да је у привредним односима правило да се продаја врши на кредит кад рок плаћања није уговорен (од 15 дана), док у односима продаје ван привреде, ако другачије није предвиђено, да је купац дужан, сходно чл. 516, ст. 2 ЗОО, цену да плати у часу пријема ствари (10). Доследан у оваквом гледању да се на уговоре о привреди кад рок плаћања није одређен не примењује правило о истовременом извршењу обавеза продавца и купца, овај аутор потпуно испушта из разматрања у одељку о обавези продавца да испоручи продату робу купцу правила о истовременом извршењу предаје ствари и исплате цене из чл. 475 и 476 ЗОО (11).

У неким коментарима ЗОО наилазимо на гледиште аутора да, како се истиче, "посебно у привредном промету са развојем привреде и све сложенијим привредним прометом истовремено извршење предаје ствари и плаћања цене више није правило". Као први аргуменат за своје гледиште аутор наводи да се од овог правила одступа код продаје са плаћањем уз предају докумената, продаје на кредит, пренумерационе продаје, продаје са плаћањем кроз клиринг. То, међутим, не стоји, јер кад је у питању документарна предаја ствари, она је управо онај технички инструмент којим се, уз робни документарни акредитив, спроводи правило о истовременом извршењу уговарача код уговора о продаји. А продаја на кредит, пренумерациона продаја и продаја са плаћањем кроз клиринг су уговорна или, у случају клиринга, прописима утврђена одтсупања од правила о истовременом извршењу обавеза, односно то су уговорене или прописане ситуације у којима је одређен редослед извршења обавеза уговарача. Као други аргуменат да је ово правило о *Zug um Zug* извршењу обавеза продавца и купца из чл. 475 мртво наводи се да је у привредном промету "уобичајено" да се цена плаћа по предаји (испоруци) робе уз предају фактуре (12). Обичај предаја фактуре уз робу, као и кад је уговором утврђена (раније поменута) клаузула о плаћању

(9) Начелни став заузет на заједничкој седници Савезног суда, републичких врховних судова и покрајинских врховних судова од 25.1.1980; Информатор, бр. 2712 од 4.3.1980, стр. 6.

(10) И. Јанковец, *Привредно право*, Београд, 1989, стр. 285.

(11) *Ibid*, стр. 278-284.

(12) Д. Митровић, у поменутом Коментару ЗОО, стр. 61.

уз фактуру, не омета истовремено извршење обавеза продавца и купца у случајевима када се примењује ово правило. Осим тога, у нас нема издиференцираних обичаја за већину роба који би говорили у прилог да кад уговором није одређен редослед за извршење уговорних обавеза да је продавац дужан први да изврши своју обавезу и да је због тога на практичном плану правило о истовременом извршењу предаје ствари и плаћања цене мртво. А, такође после доношења и у примени ЗОО нема одговарајућих ставова судова о овом питању.

Наша публицистика би, по нама, дала већи допринос правној пракси када би своју пажњу усмерила на испитивање и тумачење случајева подручја примене правила о истовременом извршењу обавеза продавца и купца, тј. случајева када се сматра да није уговорен редослед извршавања уговорних обавеза које чине претпоставку за његову примену, испитивању материјалног и процесно-правног дејства средства којим се оно спроводи - приговора неизвршеног уговора и инструмента којима се ефикасно спроводи истовремена размена узајамних обавеза продавца и купца. Уместо тога она се бави недовољно аргументованим заузимањем става да је ово правило и приговор мртво у привредним односима и паушалним оценама о губитку практичног дејства овог правила и у ванпривредним односима и не допушта да се, како је говорио проф. М. Константиновић у једном свом раном раду поводом недостатака АГЗ у улози судске праксе и судског тумачења у примени овог закона у раздобљу од једног века, развије судска пракса која ће "према захтевима стварности и потребама живота" дати одговор на питање који су текстови законика без практичног дејства, а који непримећени текстови, имају ванредно велики значај (13).

Аподиктично изражени ставови у нашој правној литератури о томе да су правило ЗОО о истовременој предаји ствари и исплати цене и приговор неизвршеног уговора без дејства онемогућавају генерацијама студената и правницима практичарима да схвате практичан значај овог правила и приговора у остварењу функције очувања имовинске равнотеже уговарача уз истовремено омогућавање промета добара, као и да разумеју улогу приговора неиспуњеног уговора у испуњењу уговорних обавеза без ослоњања на дејство државног апарата. Такође, они спутавају критичка истраживања овог важног правила и приговора код двостраних уговора која тек уз садејство обичаја, пословне и судске праксе која се буде развијала после престанка важности Закона о обезбеђењу плаћања између корисника друштвених средстава, могу да дају неке трајније одговоре о практичном дејству и подручјима примене овде испитиваног правила и приговора. Ми би додали - у неким подручјима или браншама продаје и у неко време ово правило и институт приговора неиспуњеног уговора могу бити и јесу без практичног дејства. Али сигурно не и у свим продајним или другим уговорним односима. На пример, код уговора о размени. А сигурно не за увек у свим ванпривредним односима продаје у којима се ово правило, такође од неких аутора, проглашава мртвим. И, сасвим сигурно, не у уговорним односима са елементом иностраности, у оним односима којима се одвија међународна размена добара и у којима је плаћање

(13) М. Константиновић, *Југословенски грађански законик* (Аустријски или Црногорски законик?), "Правни зборник", Подгорица, бр. 2 и 3, 1933, стр. 94.

акредитивом, чија је једна од основних функција да обезбеде *Zug um Zug* извршење обавеза продавца и купца, најраспрострањенији облик плаћања (14).

(Примљено 19. марта 1994)

Dr. Jovan Slavnić

Professor of the Superior Business School in Belgrade and at the University of Novi Sad

SIMULTANEOUS CARRYING OUT OF THE OBLIGATION OF THE SELLER TO DELIVER THE THING AND OF THE PURCHASER'S OBLIGATION TO PAY THE PRICE IN CASE OF THE CONTRACT OF INTERNATIONAL SALE

Summary

The basic aim of the author in the present article is to explain the notion, the cases of application, the substantive and procedural-law effect of the objection on the ground of non-fulfilment of contract, by which it is put into effect, as well as the legal remedies by which infringement is sanctioned of the rules covering the simultaneous carrying out of obligations of purchaser and seller in case of the contract of international sale. This legal institute which is known in German law as the *Zug um Zug (Leistung)* or in French law as *donant donant* way of carrying out a contractual obligation of both parties in the sale, is not sufficiently studied in Yugoslav legal literature in the field of international and national commercial laws. Also, due to lack of complete knowledge of cases where it is applicable, as well as of legal effect of the objection due to non-fulfilment of contract (*exceptio non adimpleti contractus*), which is a means of its putting into effect, including the rules sanctioning such infringement, Yugoslav courts and arbitration tribunals rather rarely apply it in their decisions.

Further considered are the questions of the notion, cases of application and function of the rules covering the simultaneous carrying out of obligations of the seller to deliver the thing covered by the contract, and of the purchaser to pay the price; the author also particularly stresses the importance of methods used by national sources of civil and commercial laws, as well as of uniform rules of the autonomous international commercial law - when formulating the rule of simultaneous carrying out of obligations of both parties to the contract.

Also elaborated by the author is the procedural and substantive law effect of the *exceptio non adimpleti contractus*, and of other legal remedies available to the contracting parties should one of them violate the rule of simultaneous carrying out of obligations (meaning the sanctions emanating out of debtor's or creditor's tardiness).

Details of simultaneous delivery of goods and payment of price in various situations provided for by the contract, such as CIF clause, "payment against documents" and the like, are also discussed by the author, since these are legal instruments to implement the discussed rule.

In the final parts of his article, the author deals with the legal ground of the objection caused by unduly carrying out of the contract of sale, with the functions of such procedural means, as well as with the differences in relation to the objection covering the case of non-fulfilment of the contract. The author also criticizes Yugoslav authors in the field of

(14) М. Драшкић, *Међународна продаја према униформним правилима и упоредном праву*, Београд, 1987, стр. 237.

commercial law who disregard the validity of practical implementation of the rule of simultaneous carrying out of obligations in case of contracts of sale.

Key words: *International sale. - Simultaneous carrying out of contract. - Objection of non-fulfilment. - Payment of price. - Uncertain carrying out.*

Jovan Slavnić

professeur à la Haute Ecole des affaires et professeur à L'Université de Novi Sad

L'EXÉCUTION SIMULTANÉE DE L'OBLIGATION DU VENDEUR À LA REMISE DE LA CHOSE ET DE L'ACHETEUR AU PAYEMENT DU PRIX CHEZ LES CONTRATS SUR LA VENTE INTERNATIONALE

Résumé

Le principal objectif que l'auteur se propose dans son travail est d'expliquer la notion, les cas de l'application et l'effet matériel et de droit de procédure de l'exception "non adimpleti contractus" qui se réalise et les moyens juridiques qui sanctionnent la violation de la règle sur l'exécution simultanée de l'obligation du vendeur et de l'acheteur chez le contrat de vente internationale. Cet institut juridique connu dans le droit allemand sous le terme de Zug um Zug (Leistung), et sous le terme de donnant donnant dans l'exécution de l'obligation du vendeur et de l'acheteur dans le droit français, est étudié de manière marginale dans la littérature yougoslave ayant trait au droit international et national de commerce. En raison de la connaissance insuffisante des cas dans lesquels il est appliqué, de l'effet juridique de l'exception "non adimpleti contractus" qui se réalise et des règles qui sanctionnent sa violation, cet institut est rarement appliqué dans les décisions des tribunaux et des arbitrages yougoslaves.

Dans la première partie de son article, dans laquelle il étudie la notion, les cas de l'application et la fonction des règles sur l'exécution simultanée de l'obligation du vendeur à la remise de la chose et de l'acheteur au paiement du prix, l'auteur met un accent particulier sur les méthodes qui ont été utilisées par les sources nationales du droit civil et commercial et aussi sur les règles uniformes du droit international commercial lorsqu'elles formulent la règle sur l'obligation de l'exécution simultanée des obligations du vendeur et de l'acheteur (dans le cadre des règles sur le délai du paiement du prix, de manière générale, pour le vendeur et l'acheteur, dans le cadre des dispositions spéciales sur l'exécution simultanée de l'obligation du vendeur à la remise de la chose et de l'acheteur au paiement du prix etc.). Dans la deuxième partie, l'attention est centrée sur l'effet procédure et matériel et juridique de l'exception *non adimpleti contractus* et aux autres moyens juridiques dont disposent les parties contractuelles dans le cas où l'une d'elles violerait la règle sur l'exécution simultanée de son obligation (les sanctions découlant de la tardivité de débiteur ou de créancier). Dans la troisième partie, l'auteur examine les modalités de la remise et du paiement simultanés (lorsque le prix est convenu conformément aux modalités de la clause CIF, "paiement accompagné de documents etc.) qui, en tant qu'instruments juridiques, mettent en oeuvre la règle examinée. Dans la quatrième partie, l'auteur examine la base juridique de l'exception *non adimpleti contractus*, la fonction de cette exception, et les différences entre cette exception et l'exception *non adimpleti contractus* de vente. Dans la cinquième partie, l'auteur critique les positions des auteurs yougoslaves qui s'occupent du droit commercial et qui contestent l'application pratique de la règle sur l'exécution simultanée de la remise de la chose et du paiement du prix chez les contrats commerciaux de vente.

Mots clé: *La vente internationale. - L'exécution simultanée des obligations. - L'exception non adimpleti contractus. - Le paiement accompagné de documents.*

др Будимир Кошутић
редовни професор Правног факултета у Београду

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА И ПРАВНИ СИСТЕМ САВЕЗНЕ РЕПУБЛИКЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ

У чланку се расправља о могућностима универзалног важења и поштовања људских права. Указује се на постојање цивилизацијских, духовних и културних разлика у савременом свету које отежавају прихватање јединственог система заштите људских права и основних слобода. Ни у хришћанској европској цивилизацији није остварен исти приступ у решавању проблема националних или етничких, религијских и језичких мањина. У правном систему СРЈ прихваћен је модел заштите људских права и основних слобода карактеристичан за земље Западне Европе.

I

Искуства два светска рата и огромне људске патње и страдања, указали су на блиску повезаност између необузданог, насилничког понашања националних влада према сопственим грађанима и агресије према другим нацијама, између поштовања људских права и одржавања међународног мира и безбедности. Још у току Другог светског рата сазрело је уверење да је ефективна међународна заштита људских права једна од битних претпоставки међународног мира и напретка. Тај став изражен је у Атлантској повељи из августа 1941. године продубљен у Декларацији Уједињених Нација из јануара 1942. године и Нацрту Повеље у Данбартон Оксу ("The Dumbarton Oaks proposals") из 1944. године и дефинитивно утврђен као универзална вредност у Повељи Уједињених Нација усвојеној на Конференцији у Сан Франциску 1945. године (члан 1. тачка 3. и чланови 13. и 56. Повеље).

Иако је поштовање људских права и основних слобода прихваћено као универзална вредност јер се "сва људска бића рађају слободна и једнака у достојанству и правима" (члан 1. Универзалне декларације о људским правима), бројна питања из ове области остала су и даље отворена. Проблем није само у томе што многе државе, због достигнутог степена у економском и културном развоју, нису у стању да осигурају неопходне претпоставке за остварење одређених људских права, посебно у економској и социјалној области, утврђених у Међународном пакту о економским, социјалним и културним правима.

Универзално важење и поштовање људских права суочило се и суочава се са још једном, не малом и лако заобилазном препреком - цивилизацијским, духовним и културним разликама које постоје у савременом свету. Јер, очигледно је, да је положај човека, као појединца, различит у друштвима која почивају на хришћанском, исламском или ком другом општем погледу на свет. Отуд, није чудо што се на међународним конференцијама посвећеним разматрању проблематике о поштовању и унапређењу људских права не постиже увек сагласност о низу значајних питања због испољених разлика у ставовима појединих европских, америчких и одређених азијских и афричких држава.

Након слома комунизма и престанка хладног рата, у Европи су широко прихваћене идеје о неопходности успостављања тржишне привреде, правне државе, демократије и уважавања људских права и основних слобода. Ипак, и у овој области људских права и основних слобода постоје одређене разлике у схватањима и то не само између земаља Источне и Западне Европе, него и унутар земаља Западне Европе. Ове разлике се претежно испољавају у приступу решењу проблема националних или етничких, религијских и језичких мањина. Познато је да Повеља Уједињених Нација не помиње изричито ни мањине, ни мањинску заштиту. Такав приступ био је условљен, с једне стране, ставом да је систем мањинске заштите у Друштву народа (мањине су, према њему, уживале одређена обележја међународног субјективитета) исполио значајне слабости, а, с друге стране, идејом да "век у коме живимо није век нација, него век човека". Отуд, сматрало се оптималним да се проблем мањинске заштите укључи у општи систем заштите човека. Пракса је, међутим, показала неопходност да се припадницима мањина признају и посебна права, како би се осигурао опстанак мањине као групе људи са посебним својствима. Тешко је, међутим, постићи сагласност између држава која су то посебна права и да ли се она везују за припаднике националних мањина, односно за њихова права као саставни део целине људских права и основних слобода или за националну (или другу) мањину као заједницу, као колективитет. Ово питање потпуније заштите националних мањина на међународном плану покренула је претходна Југославија, тј Социјалистичка Федеративна Република Југославија, на Хелсиншкој конференцији о безбедности и сарадњи у Европи 1975. године. Њени предлози за Завршни акт те Конференције одбијени су због отпора одређених западних земаља, посебно Француске. Претходна Југославија покренула је и рад у Уједињеним Нацијама 1979. године на изради Декларације о правима припадника националних или етничких, верских и језичких мањина. Уз велике отпоре, и то, посебно, одређених западних земаља, и после 13 година рада, та Декларација је усвојена 1992. године али ускраћена, чак, и за саму дефиницију националне мањине.

Нема сумње да постоје значајни разлози зашто одређене земље, а међу њима и демократске земље Запада, не желе да признају колективна права националним мањинама, већ мањинску заштиту третирају претежно као део проблематике права човека или као уговорну обавезу. Искуство бивше Социјалистичке Федеративне Републике Југославије

даје им за право. Јер, Социјалистичка Федеративна Република Југославија није прихватила и развила у потребној мери систем људских права и слобода (посебно грађанских и политичких права), а предњачила је у признавању колективних права одређеним (не свим) националним мањинама, каква права ни тада, ни сада, не признају и не познају ни развијене западноевропске демократске државе, ни међународно право.

II

Дубоко ценећи достигнућа западноевропских држава, извлачећи поуке из трагичне судбине претходне Југославије, Уставом од 27. априла 1992. године дефинисана је Савезна Република Југославија као "суверена савезна држава, заснована на равноправности грађана и равноправности република чланица" (члан 1. Устава). У најбољој демократској традицији западних земаља, у Уставу се утврђује да "у Савезној Републици Југославији власт припада грађанима" (члан 8. Устава), да је "Савезна Република Југославија заснована на владавини права", а да су "слободе и права човека и грађанина ограничени једнаким слободама и правима других и кад је то овим Уставом утврђено" (члан 9. Устава). Тежећи да се што више приближи модерним достигнућима у свету, посебно у развијеним демократским државама Запада, у Уставу је утврђена обавеза Савезне Републике Југославије да "признаје и јамчи слободе и права човека и грађанина које признаје међународно право" (члан 10. Устава). Сем тога, "Савезна Република Југославија признаје и јамчи права националних мањина на очување, развој, и изражавање њихове етничке, културне, језичке и друге посебности, као и на употребу националних симбола, у складу са међународним правом" (члан 11. Устава).

Утврђујући у основним одредбама Устава обавезу да се признају и јамче слободе и права човека и грађанина које признаје међународно право, посебно декларација о слободама, правима и дужностима човека и грађанина садржана у одељку II Устава (чл. 19-68, Устава) не сматра се ни коначном, ни затвореном. Јер, свако ново право или слобода које буде признато у међународном праву сматра се прихваћеним у унутрашњем праву Савезне Републике Југославије на основу ауторитета члана 10. Устава Савезне Републике Југославије.

Наравно, уставна декларација о слободама и правима човека и грађанина, иако није ни потпуна, ни исцрпна, има изузетан значај. Њом се на једном месту, јасно и прегледно, утврђују људска права и основне слободе и омогућава грађанима да их лако сазнају и брже остварују. При утврђивању листе ових права и слобода, уставотворац је пошао, пре свега, од стадржине међународних пактова о економским, социјалним и културним правима, односно о грађанским и политичким правима, али и од других међународних инструмената. Отуд, у тој декларацији се налазе и људска права из тзв. треће генерације. Наравно, како сва та права из треће генерације нису постала и саставни део међународног права, југословенски уставотворац унео је у своју листу она од тих права која су у складу са нашом друштвеном и правном свешћу и нашим економским могућностима и претпоставкама.

Желећи да избегне било какву могућност да се законом ограничавају или укидају слободе и права призната и зајемчена Уставом, уставотворац је настојао да се свака конкретна слобода или право нормативно у потпуности уобличи и тако искључи потреба за посредовањем закона у њиховој примени. Отуд, уставне одредбе о људским слободама и правима су, у принципу, обавезна, непосредно извршна правила која обавезују све органе државне власти (законодавну, извршну и судску власт). Наравно, није било могуће сва права и слободе потпуно нормативно уобличити у Уставу, посебно у области економских, социјалних и културних права. Другим речима, остварење одређених права и слобода тражи посредовање закона. Ипак, уставотворац је и ту поставио знатна ограничења законодавцу утврђујући правило да се законом може прописати само начин остваривања појединих слобода и права, и то само кад је то Уставом предвиђено или када је то неопходно за њихово остваривање.

У декларацији Устава о правима и слободама утврђена су и бројна права припадника националних мањина. Међу њима, и одређени број посебних права која не садржи ни једна међународна конвенција, правно обавезна, закључена у оквиру Уједињених Нација. Наиме, та посебна права припадника националних мањина наводе се или у Декларацији о правима припадника националних или етничких, верских, језичких мањина из 1992. године, или у предлогу додатног протокола уз Конвенцију о заштити људских права и основних слобода Савета Европе који се односи на лица која припадају националним мањинама (познато је да овај протокол није још усвојен од свих држава чланица у Савету Европе) или у документима Конференције о безбедности и сарадњи у Европи (документи са политичким а не правним дејством). Поред већ наведене уставне одредбе којом се признају и јамче права националних мањина на очување, развој и изражавање њихове етничке, културне, језичке и друге посебности (члан 11. Устава), припадници националних мањина имају, између осталих, и право да, у складу са законом, оснивају просветне и културне организације или удружења, као и да успостављају и одржавају несметане међусобне односе у Савезној Републици Југославији и ван њених граница са припадницима своје нације у другим државама и да учествују у међународним невладиним организацијама (члан 10 додатног протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода Савета Европе има готово идентичну садржину).

Припадници националних мањина уживају и друга посебна права у правном систему Савезне Републике Југославије. Наиме, на територији Републике Србије образоване су аутономне покрајине у складу са посебним националним, историјским, културним и другим својствима њихових подручја. За време постојања претходне Социјалистичке Југославије, ове покрајине су имале повољнији статус у уставном систему Социјалистичке Федеративне Републике Југославије од Републике Србије у чијем су саставу биле. Сходно Уставу Србије из 1990. године статус Војводине и Косова и Метохије као аутономних покрајина сличан је статусу које уживају тзв. аутономне заједнице (Каталонија, Андалузија, Баскија...) према одредбама шпанског устава. Отуд, сходно члану 109. Устава Србије, аутономна покрајина, преко својих

органа, између осталог, доноси Програм привредног, научног, технолошког, демографског, регионалног и социјалног развоја, развоја пољопривреде и села у складу са Планом развоја Републике Србије и утврђује мере за његово спровођење; уређује поједина питања од интереса за грађане у аутономној покрајини у областима културе, образовања, службене употребе језика и писма националних мањина, јавног обавештавања, здравствене и социјалне заштите, друштвене бриге о деци, заштите и унапређивања животне средине, урбанизма, и у другим областима утврђеним законом. Органи аутономне покрајине су скупштина, извршно веће и органи управе. Скупштину аутономне покрајине чине, пак, посланици изабрани на непосредним вишестраначким, слободним изборима, тајним гласањем. Како на територији Републике Србије активно делују и политичке странке мађарске и албанске националне мањине, постоје сви услови да посланици националних мањина буду адекватно заступљени како у Скупштини Републике Србије, тако и у скупштинама Аутономне Покрајине Косова и Метохије. На жалост, за разлику од политичке стране војвођанских Мађара која активно учествује у вишестраначким изборима у Савезној Републици Југославији, у Републици Србији, и Аутономној Покрајини Војводини, странке албанске националне мањине то одбијају, јер не желе да признају сувереност, политичку независност и територијални интегритет Републике Србије и Савезне Републике Југославије. Познато је, међутим, да ниједан инструмент или документ ни Уједињених Нација, ни Европске Конференције о безбедности и сарадњи (КЕБС), ни Савета Европе не одобрава злоупотребу људских права и основних слобода односно права припадника националних мањина ради "активности супротне циљевима и принципима Уједињених Нација, укључујући суверену једнакост, територијални интегритет и политичку независност држава" (члан 8. тачка 4. Декларације о правима припадника националних или етничких, верских и језичких мањина из 1992. године).

III

Извршена анализа показује да је у правном систему Савезне Републике Југославије прихваћен модел заштите људских права и основних слобода који је карактеристичан за земље Западне Европе. Наравно, то никако не значи да се степен остварених слобода и права у Савезној Републици Југославији може изједначавати са достигнућима у високоразвијеним демократским државама Запада. У овом тренутку, за то не постоје, у довољном обиму, ни економске, ни политичке, ни културне претпоставке. Сем тога, Савезна Република Југославија се налази у изузетној ситуацији, под економским и политичким санкцијама које нису у таквом обиму још никад ни према коме изречене и примењене. Све то је праћено и једностраним информисањем светских медија о догађајима на просторима претходне Југославије, чиме је, без обзира да ли се то стварно и желело, извршена дискриминација припадника српског народа у односу на друге народе у свету. Отуд, поставља се, истовремено, једно морално и правно питање - да ли је допуштено ограничавати или укидати људска права и основне слободе човека и

грађанина, и ако јесте, у ком обиму, само зато што је тај човек и грађанин држављанин државе према којој Савет безбедности Уједињених Нација изриче економске, политичке и војне мере. Међународни пакт о грађанским и политичким правима даје право држави потписници да, под условима утврђеним у члану 4. Пакта, искључи примену њиме преузетих обавеза. Ипак, у том истом члану Пакта указује се која људска права и основне слободе не подлежу ни ограничењу, ни укидању. Зато се с правом може поставити питање да ли је Савет безбедности Уједињених Нација једини орган у систему Уједињених Нација и међународне заједнице који није везан никаквим ни правним, ни другим ограничењима, уколико се успе остварити сагласност између његових пет сталних чланова. Остављајући по страни питање да ли је Савет безбедности Уједињених Нација прекорачио своја овлашћења у односу на грађане Савезне Републике Југославије и српски народ у целини, проблем обима овлашћења Савета безбедности у примени Одељка VII Повеље Уједињених Нација, посебно са аспекта "вере у основна људска права, у достојанство и вредност људског бића, у једнака права човека и жене и нација великих и малих" (став 2. Преамбуле Повеље Уједињених Нација) остаје отворен и тражи озбиљна и савесна истраживања високоморалних правних и других експерата.

(Примљено 20. септембра 1994)

Dr. Budimir Košutić
Professor of the Faculty of Law in Belgrade

INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND THE LEGAL SYSTEM OF THE FEDERAL REPUBLIC OF YUGOSLAVIA

Summary

The author considers the possibility of universal application in practice and respect for human rights and basic freedoms, in relation to civilizational, spiritual, and cultural differences existing in the contemporary world. There is no doubt, namely, that the position and status of man, as an individual, are different in societies of Christian, Islamic or other kinds of origin.

After pointing at the fact that in Europe, after the breakdown of communism and termination of the cold war, democratic ideas have been accepted widely, as well as that it has been recognized that there is a necessity of respecting human rights and fundamental freedoms, the author states that there exist certain differences, especially in the approach to settling the problems of national or ethnical, religious or language minorities. While reminding the readers on former Socialist Federal Republic of Yugoslavia's insistence on collectively recognizing national minorities rights, as well as on arguments which run counter to such ideas expressed by the West-European countries, the author concludes that the present times have proved the validity of the arguments of democratic states of Europe in the above respect.

While thoroughly respecting the achievements of the West-European democratic states in the field of human rights and basic freedoms, the legal system of the Federal Republic of Yugoslavia has accepted the system of protection of these rights and freedoms according to West European standards, i.e. characteristic for Western democracies. This, however, does not mean that the degree of realization in the Federal Republic of

Yugoslavia of such rights and freedoms may be measured by the criteria existing in highly developed democratic countries of the West. In addition to domestic reasons, the scope of realization of human rights in the FR of Yugoslavia is affected by the international blockade of that country. The author therefore asks whether there exist, if so, and/what are the limits for the Security Council of the United Nations Organization in applying the Section VII of the UN Charter.

Key words: *Human rights. - Universal validity. - International law. - Security Council. - Yugoslavia.*

Budimir Košutić
professeur à la Faculté de droit de Belgrade

LA PROTECTION INTERNATIONALE JURIDIQUE DES DROITS DE L'HOMME ET LE SYSTÈME JURIDIQUE DE LA R.F. DE YUGOSLAVIE

Résumé

L'auteur examine la possibilité de l'application et du respect des droits de l'homme et des libertés élémentaires étant donné les différences de civilisation, spirituelles et culturelles qui existent dans le monde contemporain. Car, la situation de l'homme en tant qu'individu, varie incontestablement dans les sociétés, selon qu'elles reposent sur la vue chrétienne, islamique ou autre du monde.

Soulignant qu'en Europe, après la chute du communisme et la cessation de la guerre froide, les idées démocratiques ont été largement admises et insistant sur la nécessité de respecter les droits de l'homme et les libertés élémentaires, l'auteur attire l'attention sur l'existence de certaines différences, notamment sur le plan de l'approche du règlement des problèmes des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques. Rappelant l'engagement de l'ex-Yougoslavie en faveur de la reconnaissance internationale des droits collectifs des minorités nationales et évoquant les arguments contre une telle approche formulés par les pays ouest-européens, l'auteur constate que le temps a démontré le bien-fondé des arguments des pays démocratiques d'Europe.

Respectant pleinement les acquis des pays démocratiques ouest-européens dans le domaine des droits de l'homme et des libertés élémentaires, le système juridique de la République Fédérale de Yougoslavie a adopté le système de la protection des droits de l'homme et des libertés élémentaires caractéristique pour les Etats de la démocratie occidentale. Il va sans dire que cela ne signifie pas que le degré des libertés et des droits réalisés en République Fédérale de Yougoslavie est égal aux acquis réalisés dans les Etats démocratiques hautement développés de l'Occident. Outre toute une série de raisons internes, le blocage international se répercute lui aussi sur le volume de la réalisation des droits de l'homme en République Fédérale de Yougoslavie. C'est pourquoi l'auteur soulève la question de savoir si des limites existent, et quelles sont ces limites, dans les pouvoirs du Conseil de sécurité d'appliquer le Chapitre VII de la Charte des Nations-Unies.

Mots clé: *Les droits de l'homme. - L'application universelle. - Le droit international. - Le Conseil de sécurité. - La Yougoslavie.*

др Мирослав Милошевић
доцент Правног факултета у Београду

IUS QUIRITIUM И ПОСТАНАК РИМСКЕ ВИНДИКАЦИЈЕ

Иако је један од најстаријих облика судског поступка у Риму, *legisactio sacramento in rem*, значајно утицао на стварање савременог појма апсолутних права, његово порекло је остало неразјашњено. Решење овог проблема није могуће без утврђивања изворног значења појма *ius Quiritium*, који повезује централни акт овог поступка (*vindicatio*) са другим инструментима апсолутних права.

Уколико се прихвати да је овај термин означавао појединачни правни акт којим је установљена спорна правна ситуација, а не (како се обично верује) синоним за правни поредак, настанак поступка *in rem* и виндикације се може објаснити социјалним и политичким околностима које обележавају историју Рима у периоду формирања града-државе.

Кључне речи: *Ius Quiritium*. - *Legisactio*. - *Vindicatio*.

I.

Обично се сматра, не само у круговима стручњака за модерно право већ и међу романистима, да је римско право утицало на савремене правне системе искључиво захваљујући достигнућима класичног периода, пре свега раду претора и правника. Са тог становишта изучавање првобитног римског *ius civile* имало би углавном смисао историјског увода, чији се значај за разумевање утицаја римског права практично своди на упознавање генезе појединих термина и архаичних форми које је у пракси одржавао традиционализам Римљана. Само по себи се ово старо право, међутим, не би истицало међу правним системима других заједница на сличном степену развоја - какви су, на пример, били грчки градови.

Овакво гледиште, уопштено посматрано, није нетачно: "велико" римско право је заиста било производ настојања да се превазиђу ограничења правног наслеђа; истина је, такође, и да *ius civile vetus* има опште одлике својствене већини старих и архаичних права. Ипак, већ у његовим оквирима настају неке специфично римске творевине, које су - уз бројне промене и прилагођавања током каснијих векова - не само опс-

тале, него и извршиле знатан утицај на формирање данашњих правних појмова. Најпознатији и највише истраживани пример је, вероватно, тестамент. Много је мање запажена (а можда по домашају далекосежнија) једна особеност старог *ius civile* у области заштите права.

Судски поступак се, наиме, у примитивним правима по свему судећи обликовао кроз санкционисање деликата (1), да би затим - без измена у начелним одликама - био примењен и на решавање спорова из правних послова. У оба случаја се тужилац позивао на повреду права од стране туженог и тражио због тога његову одговорност: отуда су њихове улоге у поступку јасно раздвојене, а коначни исход је била санкција у облику мање-више формализоване одмазде, која ће временом еволуирати према накнади штете. Првобитни облик таквог поступка у Риму била је *legisactio sacramento in personam*, која показује јасне аналогije са правосуђем у другим сличним правним системима и чије порекло може да се сагледа у основним линијама. Упоредо са овим, међутим, већ у најранијем римском праву постојао је још један облик судског поступка, са одвојеним подручјем примене и заснован на битно другачијим принципима. Ради се о *legisactio sacramento in rem*.

Пре свега, овде је страна која започиње поступак, уместо изјаве о обавези туженог (*dare facere oportere*), износила тврђење о сопственом праву: тај акт се називао *vindicatio* (2). Противник је, уколико је желео да се упусти у спор, морао да одговори на исти начин (*contravindicatio*). Овако успостављен "симетричан" положај странака одржавао се и у даљем току правог, ритуализованог дела проступка (3), па је због тога тешко говорити о "тужиоцу" и "туженом" у данашњем смислу или у оном који је својствен легисакцији *in personam*. На ову разлику се природно надовезује - иако не као њена нужна последица - и немогућност извршења пресуде на личности оне стране која је изгубила спор (путем *manus iniectio*, тада јединог редовног извршног поступка).

У каснијем римском праву је на темељу овог облика легисакције изграђен појам *actiones in rem*, или *vindicationes*, насупрот *actiones in personam* (понекад се само оне називају *actiones*). Ово разликовање је у нововековној правној теорији довело до настанка категорије стварних и, шире, апсолутних права. Због тога питање порекла римског судског поступка *in rem*, односно виндикације која је условила његово одвајање од редовног механизма решавања спорова (4), нема искључиво правно-историјски значај.

(1) Ово је став који се ретко у литератури формулише изричито, на општи начин (као што, на пример, чини Вебер, *Привреда и друштво*, I, Београд 1976, 542; 544), већ се по правилу подразумева.

(2) Данас се овај термин сачувао у називу основне својинске тужбе (реивиндикације), па треба нагласити да је у римском праву она имала много шире подручје примене (в. у даљем тексту).

(3) То је био тзв. поступак *in iure* који се, у историјско доба, одвијао пред правосудним магистратом; његов претходни развој - уколико га је било - није оставио трагове у изворима. Други део поступка, пред изабраним судијом-лаиком, поставља посебне проблеме и нема непосредне везе са темом која се овде разматра.

(4) У расправама о историји римског судског поступка обично се легисакције *in rem* и *in personam* хронолошки не раздвајају (в. на пример Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, 1, Torino, 1980, 11; неки чак верују да је *l. a. s. in rem*-старији, в. Nicosia, *Il processo privato romano*, 1 Le origini, 2. ed., Torino, 1986, 101s); али, истраживачи порекла виндикације претпостављају овакав развој.

Проблем, зачудо, ипак није привукао нарочиту пажњу истраживача, а још је мања разноврсност понуђених хипотеза. То донекле може да се објасни чињеницом да оригиналност *l. a. s. in rem* није лако уочити из перспективе самог римског права (5). Значајнији је, вероватно, један "интерни" разлог: виндикација је, преко заједничке вербалне формуле, блиско повезана са манципацијом и *in iure cessio*. Разумљиво је, отуда, да се тежи јединственом објашњењу порекла све три установе, при чему манципација готово традиционално ужива предност. Процесна димензија проблема је тако остављена у другом плану.

II.

Због тога је и до недавно најцеловитији покушај објашњења постанка виндикације, који потиче од Макса Казера, у великој мери подређен његовом тумачењу развоја манципације. Он сматра да је судски поступак *in rem* настао тако што се постепено од редовног, деликтног гоњења крађе одвојила једна уводна расправа, у којој је осумњичени добијао могућност да докаже законито стицање ствари (6). Временом се положај странака изједначио, тако да су обе морале да доказују своје право на ствар, а судија је био дужан да додели победу ономе ко докаже "боље право" (7). Сама виндикациона формула ("*Ego hunc hominem (e. g.) ex iure Quiritium meum esse aio*"), међутим, није изворна већ је преузета од манципације - која, са своје стране, првобитно и није била двострани правни посао, већ акт "једностраног присвајања" (8).

Иако је Казерова теорија подвргавана озбиљним и уверљивим критикама (о чему ће још бити речи) она дуго није имала достојну алтернативу. Тек недавно је, са потпуно оригиналним решењем иступио Јозеф Георг Волф. Он, додуше, као и Казер, настоји да изведе *l. a. s. in rem* из поступка формираног на терену деликата, што је и разумљиво ако се има у виду поменуто преовлађујуће мишљење о пореклу правосуђа. Његово објашњење је, међутим, својеврсни *deus ex machina*: процесне формуле, као уосталом ни правни послови старог *ius civile*, уопште нису творевина обичаја и спонтане еволуције, већ дело стру-

(5) Констатација о *l. a. s. in rem* како о римској особености, а такође и покушаји да јој се нађу аналогije, потичу од аутора који се баве другим старим и архаичним правима (в. Cardascia, *Les lois assyriennes*, Paris, 1969, 74; Thür, *Könne das Altgriechische Recht die Eigentumsdiadikasis?*, Symposium 1977, 59ss). Диожди, на пример, уопште не дотиче ову тему (Diósdí, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest, 1970).

(6) Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, 2. Aufl., Köln-Graz 1956, 50ss; *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, 67s.

(7) Ово "боље право" Казер назива "Relatives Eigentum", јер ниједна од странака нема обавезу да пружи потпуни доказ о својини, па је сасвим могуће да неко треће лице располаже "бољим правом" него победник у спору. Терет доказа у легисакцији *in rem* је иначе проблем за који су понуђена готово сва замислива решења (cf. Pugsley, *The Roman Law of Property and Obligations*, Capetown-Wynberg-Johannesburg, 1972, 36; Watson, *Rome of the XII Tables: Persons and Property*, Princeton, 1975, 127ss).

(8) "Einseitiger Zugriffsakt", *Eigentum* cit. 107ss. Овакво виђење ране манципације је доста раширено, а зачетник му је Јеринг. Овде посебно ваља приметити да је Бети, у једном готово мистичном тону, слично објашњавао виндикацију - која у том облику свакако не би била процесна радња (Betti, *La vindictio quale atto del processo reale legittimo*, Rendic. R. ist. Lombardo di scienze e lettere, II, 48(1915), 513ss; *La vindictio romana primitiva*, estr. da Il Filangieri 1915).

чњака, конструкције изграђене са одређеним циљем и на темељу рационалног правног мишљења (9). У овом случају радило би се о узајамној импутацији деликта (*iniuria*) од стране оба учесника у поступку (10).

Овај несумњиво самосвојан, поред тога и врло брижљиво аргументован предлог до сада није наишао на обимније реакције - огласио се само Казер, нагласивши да остаје при својем дотадашњем гледишту (имајући при том у виду пре свега своју теорију о "релативној својини"), али без потпуније анализе проблема које је Волф отворио новим схватањем порекла виндикације (11).

И из овако сумарног излагања видљиво је да обе теорије имају значајне вредности, нарочито с обзиром на релативно мали простор који ова тема заузима у романистичкој продукцији. И Казер и Волф полазе од опште правоисторијске идеје о пореклу судског поступка, засноване на сазнањима упоредног права, да би затим ту идеју ненаметљиво пренели у римски амбијент и тражили аргументе пре свега у изворном материјалу. Свака од њих, међутим, има и несумњиве слабости. Приговори Казеровом тумачењу углавном су усмерени на његову тезу о "релативној својини" (12), али и на неуверљиво схватање о праоблику манипулације, које има важну улогу у његовом извођењу порекла *l. a. s. in rem* (13). Томе треба додати и недовољно основу претпоставку да је овај поступак настао управо ради заштите својине (14). Третирајући виндикацију углавном изоловано у односу на друге спорне цивилне установе, Волф није изложио примедбама ове врсте; али, тврђење да је процедура *in rem* екпертска конструкција, уз објашњење да и друге форме старог права имају сличну генезу, унапред подлеже озбиљној сумњи. Ограничен на саму виндикацију, овакав став би имао већу вредност: конструкције су у *ius civile* биле релативно бројне и њихова улога у доградњи правног система није била мала (15). Али све оне су стваране ради решавања неког новог, сасвим одређеног проблема у правном животу, када спори развој обичајних усанова није био ефикасан. Да би се бранио Волфов прилаз, требало би да се докаже постојање таквог "развојног скока" код оних односа који ће бити заштићени виндикацијом (тј. прерасти у апсолутна права); то је, опет, тешко изводљиво у оквиру затворене анализе процесног ритуала.

(9) "Expertenwerk, durchdachte Zweckschöpfungen einer rationalen Rechtskunde": v. Wolf, *Zur legisactio sacramento in rem*, *Röm. Recht in d. europ. Tradition*, Edelsbach, 1985, 1.

(10) Идеја је заснована на иначе недовољно јасном и доста дискутованом делу вербалне формуле "*Quando tu iniuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco. - Et ego te*", којима се окончава ритуализовани део *l. a. s. in rem*; в *ibid.* 21ss.

(11) У обимном чланку *Zur legisactio sacramento in rem*, ZSS 102(1985), 53ss (B. takode Id., *Altromisches Eigentum und usucapio*, ZSS 105(1988), 122ss).

(12) Capogrossi-Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969, 122ss и 396ss; Diódsi, *op. cit.* 95ss, cf. 80s).

(13) Diódsi, *ibid.* 69.

(14) Поступак се примењивао и на статусне и породичне односе, па није јасно како би се тамо пренео са терена својине - обрнуто би, у најмању руку, било лакше бранити.

(15) Тако су настали *emancipatio, adoptio, testamentum per aes et libram* итд.

III.

Другим речима, легисакциони поступак *in rem* може да се објасни само у контексту осталих правних форми у којима су се статус слободног грађанина, породична власт и својина изражавали на сличан начин. То су у првом реду раније поменуте *mancipatio* и *iure cessio*. Елемент који им је заједнички са виндикацијом уједно је онај који најјасније показује њихову повезаност са апсолутним правима: то је уводна изјава у којој се лице које предузима неку од ових форми позива на *Ius Quiritium* (16).

Занимљиво је да и Казер и Волф у својим анализама процесног формулара само преко ове реченице прелазе без задржавања, задовољивши се констатацијом да је реч о "својинском тврђењу" (17). Фрази се иначе редовно приписује смисао "инвокације правног поретка", тј. *meum esse ex iure Quiritium* се преводи као "ствар је моја по цивилном праву" (18); такав "рутински" однос према овој формули својствен је не само уџбеницима, него и највећем броју студија о судском поступку, о правним пословима или о старом римском праву у целини.

Због тога је вредна пажње чињеница да ниједан од малобројних аутора који су се озбиљније заинтересовали за *Ius Quiritium* није усвојио овакво тумачење. Најближи му је Гварино, који сматра да се тим термином означавао правни систем "квиритске *civitas*" - како он назива римску заједницу пре изједначења патриција и плебејаца (19). На оријентацију осталих исраживача одлучујуће је утицало запажање о подручју примене овог израза у изворним текстовима: осим у наведеним правним актима (*vindicatio*, *mancipatio* и *in iure cessio* - спорно је да ли и ту увек) само још у напоменама римских правника о стицању римског грађанства од стране Латина (20). Напротив, нема га у облигационим правним пословима или формулама тужби *in personam* (где би се, рецимо, природно очекивало "*dare facere oportere ex i. Q.*").

Ово је први уочио Митајс и на тој основи дошао до закључка - истина, у опрезној форми - да у формули виндикације израз "*ex iure Quiritium*" указује на апсолутност права, тј. да ова тужба штити право које делује према свим римским грађанима (*Quirites*) (21). Упркос прилично видљивом недостатку да "ни почетник у латинском не би на тај начин изразио дејство *erga omnes*" (22), ово објашњење је оставило изванредан траг у литератури о старом римском праву (23).

(16) "*Ex iure Quiritium meum esse aio*", односно "*e. i. Q. liberum esse aio*" и сл. Beh je De Francisci (Il trasferimento della proprietà, Padova, 1924, 78), критикујући Казерове претходнике констатовао да ова формула недвосмислено изражава апсолутност права.

(17) "Eigentumsbehauptung", в. Kaser, *Zur I.a.s.i.r. cit.*, 67; детаљније у ZSS 105 cit., 123 Wolf, *op. cit.*, 12.

(18) У Јустинијановим Институцијама (1. 2. 2.) *Ius Quiritium* је синоним за *Ius civile*. Мање је очигледно, али је такође несумњиво, да такве синонимије нема у класичним текстовима.

(19) Guarino, *Ius Quiritium*, IURA 1950, 1, 265ss (cf. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, III (3. Aufl.), Leipzig, 1887, 7n2).

(20) У облику фразе "*Ius Quiritium consequi*", Gai inst. 3.72s; Ulp. reg. 2ss. Cf. Cic. p. Caec. 33.96.

(21) Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, 1. Leipzig 1908, 66s.

(22) Guarino, *op. cit.*, 268. Али, он околност да се израз појављује само код апсолутних права објашњава "исцрпљењем" овог правног система пре настанка облигација - што је мало вероватно са правноисторијског становишта (в. напомене 1 и 4).

Предлози осталих истраживача се у још већој мери удаљавају од значења које је, под утицајем Јустинијанових Институција, за општу литературу о римском праву практично неспорно. У свом првом раду на ову тему Фернан де Вишер је још увек био склон да *ius Quiritium* сматра називом за правни поредак, или бар за један његов део (24). То је, уосталом, било и недовољно доследно, јер у исто време он начелно одбацује такву могућност, констатацијом да би било без преседана позивање странака на сопствени правни поредак у унутрашњем приватноправном саобраћају (25). Због тога је Франческа Боца, на основу сопственог обимног истраживања извора, закључила да би *ius Quiritium* требало разумети као статусну одредбу грађанина и војника (формула реивиндикације би, према томе, значила "ствар је моја по праву грађанина") (26). Приликом свог поновног сусрета са овом темом, Де Вишер се определио за сасвим блиско тумачење да је реч о називу за "сферу субјективног права", односно за права која су заснована на статусу грађанина (27).

Ни ауторитет Фернана де Вишера није био довољан да ова интерпретација изврши неки утицај на истраживаче порекла судског поступка *in rem* или правних односа који су њиме били заштићени. Разлог свакако није њена неуверљивост, а још мање евентуалне предности традиционалног схватања: вероватнији разлог је у томе што нова теорија није давала ослонац за истраживања у овим областима. Она је сугерисала римску ексклузивност својине, посебно на *res mancipi* (28), али није отварала нове могућности разумевања ране историје својинских инструмената. Њена примењивост на друге односе заштићене виндикацијом била је још сумњивија (29).

С друге стране, један број аутора је решење потражио на плану повезаности старог *ius civile* са религијом - која, када је реч о другим правним установама (раним уговорима, на пример, па и самом *sacramentum*-у у легисакцијама), једва да може бити спорна. Тако је настало тумачење да је *ius Quiritium* првобитно представљао ритуал из којег настаје апсолутно право (30). Схваћен на овај начин, израз би означавао неку врсту правног основа, истина изван контекста познатих установа

(23) Својевремено га је подржао и Казер (*Das Altrömische ius*, Göttingen, 1949, 77).

(24) De Vissher, *Autour du ius Quiritium*, Festschrift Schulz, II, Weimar, 1951, 71ss, где износи мишљење да је *i. Q.* био скуп законодавних мера које су Римљани усвојили да би се њихово право разликовало од осталих латинских права. Својеврстан куриозитет је његово уверење да те мере нису старије од IV века п.н.е., а као пример наводи закон (?) о одржају (*usucapio*).

(25) *Ibid.* 76.

(26) Bozza, *Ius Quiritium*, Studi Senesi 64 (1952), 1-35. Она наглашава да није реч о праву било ког грађанина, већ само оних који су улазили у редовни састав војске (*exercitus centuriatus*), в. 27ss.

(27) De Vissher, *Ex iure Quiritium*, Mélanges Levy-Bruhl, 1959, 317ss.

(28) Уколико се прихвати мишљење (иначе доминантно) да су само оне изворно биле предмет виндикације (в. касније у тексту).

(29) Тиме је био мотивисан Боцин напор да докаже неаутентичност података о *vindicatio filii* и *vindicatio in libertatem* (*op. cit.*, 12ss).

(30) Тако Levy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, 39s; Santoro, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, Annali Univ. Palermo, 30(1967), 141ss; 213ss; 232ss.

римског права, али ипак конкретизованог на спорни правни однос. Такав приступ омогућава занимљиве претпоставке о предисторији легисакционог поступка (31), али не уноси много светлости у проблеме о којима је овде реч. Његова основна вредност је у томе што указује на вероватноћу да *ius Quiritium* није општа одредба поретка или положаја неке категорије лица, већ појединачни правни акт.

Управо је доказивање ове тезе представљало основни циљ рада који је, тридесетих година, објавио Синајски (32). Чланак је прошао незапажено чак и у поређењу са осталим на исту тему, свакако због претеране амбиције аутора: он је, наиме, закључио да је *ius Quiritium* нека врста инвеституре, генералног овлашћења за стицање права које је скупштина додељивала појединцу, и на тој основи покушао да објасни готово све опскурне појмове старог *ius civile*. Вредна пажње је, међутим, његова констатација да са становишта језика римског права *ius Quiritium* не би могао да означава извор права или правило: на њих се у римским текстовима упућује предлогом "*secundum*", док предлог "*ex*" увек указује на правни основ (33). Због тога би и овај израз требало схватити као ознаку за појединачни правни акт, на којем је (када је реч о виндикацији) засновано спорно право или статус.

Употреба термина *ius* за означавање појединачног правног акта изгледа и филолошки и правноисторијски могућа: у најстаријем периоду то је, у основи, сваки правни акт са непосредним дејством, односно обавезујући садржај таквог акта (34). У том смислу се *ius* приближава првобитном значењу појма *lex*, што показује и пракса да се они међусобно замењују чак и у класичним правним текстовима (35).

IV.

Уколико се схвати на овај начин, *ius Quiritium* би представљало правни акт којим се успоставља нека појединачна правна ситуација, а израз *meum esse ex i. Q.* би значио "(ствар) је моја на основу одлуке Квирита". На први поглед овакво тумачење може да изгледа мање природно него традиционално, које изједначава *ius Quiritium* и *ius civile*: ипак, оно историјски знатно више одговара амбијенту архаичног Рима. Форме адрогације и тестаментна показују да успостављање приватно-правних односа одлукама заједнице није било страним старом цивилном праву. Интервенција скупштине у овим ситуацијама је, свакако, добрим делом била условљена религиозним мотивима, али пре свега чињени-

(31) В. на пример Nicosia, *op. cit.*, нарочито 127ss.

(32) Sinaiski, *Ex iure Quiritium*, Studi Riccobono, 4(1936), 57ss.

(33) Он наводи (*op. cit.*, 63s) низ примера из Гајевих Институција - 3.174: *secundum legem publicam*; 2. 114: *secundum iuris civilis regulam iud.*; насупротив томе стоје *ex contractu* (3.88), *ex delicto* (4.4), *ex iustis nuptiis* (1.90), *ex omnibus causis* (2.88; 90) итд.

(34) У сличном смислу Wieacker, *Ius e lex in Roma arcaica*, Sodalitas (scr. on. A. Guarino), 7(1984), 3110. Етимологија овог термина је иначе недовољно јасна, в. Westrup, *Sur la notion du droit et sur le mode primitif de formation du droit positif*, c'est a dire du droit dit coutumier, TR 11(1932), 1ss; Kaser, *Das altröm. ius cit.*, 11ss; Behrends, *Ius und ius civile*, Symptomika Wieacker, Göttingen, 1970, 12 ss.

(35) Cf. Jhering, *L'esprit du droit romain*, 3. éd., I, Paris, 1886, 218s; Kaser, *ibid.* 64. Б. на пример *lex agraria* из 111. п.н. е.п. 27: *optima lege privatus* према Cic. de agr. 3. 2. 7. *optimo iure privata*, као и Д 6. 1. 1, 2 *ex lege Quiritium*.

цом да су ови акти имали велики друштвени значај и да су, у тренутку када се указала потреба за њима, представљали новину која је битно мењала устаљене односе. Да ли су се сличне околности могле стећи и на пољу неспорне примене правних аката "квиритског круга" (пре свега манципације) (36) и да ли се у том оквиру могу наћи трагови учешћа заједнице при успостављању индивидуалне правне ситуације? Или једноставније - с обзиром на околност да је пренос својине једина неспорна функција манципације у облику који укључује виндикациону формулу (37) - да ли се може документовати стицање својине на основу одлуке заједнице?

У извесном смислу и сама манципација је обележена елементом јавности: наиме, поред вербалне формуле и либралног акта, њена форма је захтевала и присуство пет сведока. По једном, својевремено доста раширеном тумачењу, они су представљали пет класа центуријске скупштине (38). Али, и када би то могло да се докаже, манципацију би било тешко сматрати изворном "одлуком Квирита" - улога ових сведока је потпуно пасивна. Чак и ако се претпостави да је манципација имала неку претходну развојну фазу, са значајнијим уделом јавности (39), њена форма показује да је она настала спајањем елемената различитог порекла (40); "одлука Квирита" је, у том случају, морала већ раније да постоји као самостални правни акт, на који се манципација ослањала уводним делом вербалне формуле, а можда и кроз присуство сведока.

Ако манципација није била акт који би оправдавао позивање на одлуку заједнице, *in iure cessio* је то могла да буде још мање. У њеној форми је јавноправни елемент, додуше, много јасније изражен него код манципације, јер се стицање својине овде заснива на одлуци магистрата (*addictio*). Ипак, мало је вероватно да би акт једног функционера могао

(36) Има, додуше, основа за тврђење да су се ови акти примењивали у сфери породичних и наследних односа: адрогацијом се успоставља *patria potestas*, која даје право на *vindicatio filii*; при адопцији и еманципацији основни елемент форме је трострука манципација; тестаментарна формула (*itaque vos. Quirites, testimonium mihi perhibetote*) је можда првобитно била примењивана и код манципације (тако Kaser, *Eigentum cit.*, 121 n. 28) итд. - али су сви наведени примери, као и многи други, предмет бројних контроверзи (упор. на пример Bozza, *op. cit.* 13ss, и Corbino, *Schemi giuridichi dell'appartenenza nell'esperienza romana arcaica, La proprietà e le proprietà*, Milano, 1988, 28).

(37) Манципацијом је закључиван и брак (*coemptio*) и састављан квазитестамент (*manc. familiae*) али је у тим случајевима формула *ex iure Quiritium* замењивана другачијом (Gai 1. 123, в. Kaser, *Eigentum cit.*, 159); *adoptio* и *emancipatio* су, са своје стране, вероватно знатно касније конструкције, а не органски настале установе (*ibid.* 162).

(38) Jhering, *op. cit.*, 150s; в. такође и Казерово мишљење у н. 36. Идеја је заснована на податку који даје Fest. *vº classici testes*.

(39) У том погледу постоји непрегледна разноликост хипотеза, в. Diódsi, *op. cit.*, 62ss.

(40) Вербална формула и *gestum per aes et libram* су вероватно настали одвојено и накнадно спојени у један правни посао. Бонфанте (Corso di diritto romano, II (La proprietà), sez. II, Roma, 1928, 141) сматра да је само формула римска, док би *gestum* био опште-латински; в. и Kaser, *Eigentum cit.*, 110ss (због тога он износи идеју о праманципацији као једностраном акту присвајања). Необична је и пасивност преносиоца, као и, строго посматрано, неистинито и недоследно тврђење прибавиоца у вербалној формули: *ego hunc hominem e. i. Quiritium esse aio / isque mihi emptus esto hoc aere ahenaeque libra* - пре него што је пренос заиста извршен ("Он најпре слаже, а затим то одмах призна", сликовито објашњава Пагсли, који верује да је први део изјаве првобитно давао преносилац, в. *op. cit.*, 5s).

да се назове "одлуком Квирита": поред тога, постоји готово општа сагласност у науци да је овај начин преноса права настао касније од виндикације, штавише управо инвентивном трансформацијом њене функције (41). Отуда *in iure cessio* није могла да има удела у обликовању "квиритске" вербалне формуле.

Тиме су исцрпене могућности да се матични "квиритски" *modus acquirendi* препозна у неком од цивилних правних послова (42). У Риму се, међутим, својина стицала и актима јавног права, којима би по самој њиховој природи - посебно у условима римске државе, која није била схватана као институција већ као заједница грађана - најпре припадала ознака *ius Quiritium* у изложеном смислу. Неки од њих могу да се документују, или бар довољно убедљиво претпоставе, управо за период формирања установа цивилног права.

Најпоузданији су изворни подаци о формирању основне масе земљишта у индивидуалној својини. По традицији, римска држава је створена освајањем и њена територија је "до последњег педља" била плод успешних ратова (43): као таква, она је била *ager publicus* и начелно изван цивилног правног промета. Својина се на њој могла стећи само доделом (*adsignatio*) на основу посебног закона (*lex agraria*) (44). Тиме је појединачна парцела постајала *fundus privatus* и истовремено *res Mancipi*. Овде није реч о стицању "у складу са законом (*secundum legem*)" у уобичајеном смислу, већ се сматрало да је право својине непосредно установљено законом (*ex lege*) (45).

У току Републике једино на оваквим земљиштима (а такође и у корист власника истоврсних парцела) могле су да се установљавају цивилне службености. Најстарије међу њима (службености пута и воде) убрајане су, као бестелесне ствари, у *res Mancipi*: истовремено, то су једина права - поред својине - за која римски правници наводе могућност установљења путем *lex specialis* (46). Вероватно се радило о

(41) В. на пример Bonifante, Corso cit., sez. II, 148s; Kaser, Eigentum cit., 199ss; cf. Diódsi, *op. cit.*, 84 n. 129. Другачије једино Levy-Bruhl, Quelques problèmes извòдими из très ancien droit romain, Paris, 1934, 114ss.

(42) *Usucapio* је такође била *adquisitio civilis*, али њен првобитни облик (*usus auctoritas*) вероватно није старији од закона XII таблица и контроверзнија чак и од мунципа- ције (В. нпр. Diódsi, *op. cit.*, 85ss); због тога не може да буде укључена у ово разматрање.

(43) *Nec enim fenne quicquam agri, ut in urbe alieno solo posita, non armis partum erat.* - Liv. ab u. c. 2. 48. 3.

(44) Мишљење потиче од Момзена (Die italische Bodentheilung und die Alimentartafeln, Ges. Schriften, V, 1908, 123ss; в. такође Weber, Römische Agrargeschichte, Stuttgart, 1891, 151; Zancan, *Ager publicus*, Padova, 1935, 28). Једини систематски покушај да се оно оспори је био Бодуенов (Beaudouin, La limitation des fonds de terre dans ses rapports avec le droit de la propriété, RHD 17(1893), 680ss; 18(1894), 157-222; 310), али он није понудио алтернативу. Диожидјева резерва (*op. cit.*, 37) односи се само на легендарне *heredia*.

(45) Тако у целом тексту епиграфског *lex agraria* из 111. године п. н. ере (С. i. l. I, n. 200, в. нарочито 9. и 10. ред; *quous eum agrum... ex lege plebeive scito esse oportet*). Из ове формулације се може непосредно извести субјективна претензија *meum esse ex lege plebeive scito*, што је у основи истоветно са "квиритском" вербалном формулом (Kaser, Die Typen der Römischen Bodenrechte in de späteren Republik, ZSS 62(1942), 14 n. 40a).

(46) D 39. 3. 1., 23: *Denique ait (Labeo) condicionibus agrorum quasdam leges esse dictas, ut, quibus agris magna sint flumina, liceat mihi, scilicet in agro tuo, aggeres vel fossas habere; Ibid. 2 pr.: In summa tria sunt, per quae inferro locus superioris servit: lex, natura loci, venustas*. Због тога су већ елантни юристи порекло сеоских службености изводили из аграрних закона (в. Capogrossi-Colognesi, *op. cit.*, 4s) Слично мишљење је имао и Brugi, Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani, Verona-Padova, 1897, 374ss.

посебним одредбама оних истих закона којима је додељивана својина на парцелама.

У основи је сличан овоме био и поступак са робовима. У време када Рим још увек није имао поуздан излаз на море нити значајну размену са другим заједницама (47), практично једини спољашњи извор ропства били су ратови. Према најранијим сведочењима правника, једини начин да ратни заробљеници постану робови била је јавна продаја (*venditio sub corona*) (48). Овакав "комерцијални" однос заједнице према ратној добити није био својствен раној Републици (49); за епоху закона XII таблица и пре њега вероватнија је бесплатна додела у форми сличној оној код земљишта, или на мање формалан начин, о којем има података када је реч о другим стварима из ратног плена.

Према Цицероновом сведочењу, један од начина да се стекне коњ било је учешће у јавној подели ратног плена (*predae sectio*) (50). Током Републике су, иначе, припадници коњичког реда добијали од државе новац за набавку коња који им је био потребан у рату (*aes equestre*), као и за његово издржавање (*aes hordiarium*) (51); за ранији период је, међутим, вероватнија натурална додела. У једном фрагменту Ливије говори о јавној подели говеда коју је обавио конзул на скупу грађана (*contio*) (52); радило се о награди за војне заслуге, али је то могао да буде и рутински поступак. Мора се имати у виду да сиромашни плебејци, који су иначе били редовни корисници бесплатних подела земље, од својих парцела не би имали користи ако им истовремено и на исти начин не би била обезбеђена радна стока за њихову обраду. Каснији правници управо ову стоку сматрају стварима које прате правну судбину земљишта (*instrumentum fundi*) (53).

V.

Сви наведени подаци односе се на акте којима својина није преносена у оквиру истог правног поретка - овде би то било старо *ius civile* - већ су на тај начин ствари биле по први пут укључиване у правни промет и добијале цивилни режим *res mancipi*. Исто тако је у свим случајевима, на мање-више видљив и формалан начин, акт којим се установљава право својине представљао одлуку заједнице.

Уколико се прихвати изложена реконструкција, смисао манципације био би у томе да се лице којем ствар није додељена одлуком заједнице доведе у такав положај актом цивилног права. Због тога прибавилац износи (неистинито) тврђење да је био корисник јавне доделе, а изостанак оспоравања од стране стварног концесионара ("преносио-

(47) Најстарији археолошки налази у римској луци Остији потичу из IV в. п.н. ере, в. Bloch-Carcopino, *Histoire romaine*, II: La republique romaine, sect. 1, fasc. 1, Paris, 1929, 155.

(48) Caelius Sabinus ap. Gell. 6(7).4. 3; в. такође Varro, r. r. 11. 10. 4.

(49) Продаја или закуп државних земљишта нису практиковани пре IV-III в. п.н. ере (в. на пример Burdese, *Studi sull'ager publicus*, Torino, 1952, 44), а ни тада отуђење није било неопозиво, као што је било код бесплатне доделе.

(50) Cic. de inv. 1. 45. 84; cf. Costa, Cicerone giureconsulto, I, Bologna, 1927, 104.

(51) Mommsen, Röm. Staatsr. cit., III, 256s.

(52) Liv. 7. 37. 1-2.

(53) Ulp. D 33. 7. 8 pr. На другом месту он слично означава стоку која спада у *res mancipi* (reg. 19. 1). Cf. Bonfante, Corso cit., sez. I, 173.

ца") и присутних грађана (сведока) конвалидује ту изјаву (54). Такво решење би било блиско духу других формалистичких и апстрактних послова старог права, у основи аналогно стибулацији или каснијој *in iure cessio*.

У вези с тим је потребно, без упуштања у друге њене спорне аспекте, да се осветли једна дилема око дејства манципације. По владајућем уверењу, наиме, она није могла да се користи за пренос *res nec mancipi* (55); малобројни опоненти не виде довољно разлога за такво ограничење, с обзиром на то да је употреба метала и ваге ради плаћања пре појаве новца свакако било редовна појава, а има и конкретних података (истина познијих) о примени манципације на *res nec mancipi* (56). Питање је од непосредног значаја за тему овог рада, јер већина аутора сматра да истоветност основног дела вербалне формуле подразумева заједничку сферу примене манципације и виндикације (57). Штавише, због једнодушног уверења да је виндикација заштитни знак римске својине, на овај начин се отвара општи проблем правног статуса *res nec mancipi*.

Решење које је преовладало свакако је радикално, али и доследно: пошто је искључиву везаност манципације за *res mancipi* у старом праву тешко оспорити, а и њу одвојити од осталих реквизита својине, Бонфанте је закључио да *res nec mancipi* изворно уопште нису могле да буду предмет квинитске (једине правом признате) својине (58). Овај став су подржали и у неким елементима допунили бројни други аутори (59), и отуда утисак да Бонифантеова теорија има критичаре, али не и убедљиву алтернативу (60). Неки њихови аргументи су ипак значајни: нема сумње да су већ по Закону XII таблица *res nec mancipi* могле да буду предмет цивилних аката који не користе формулу *ex iure Quiritium*, као што су деобне тужбе или легати; ни за ограничење узупапије на *res mancipi* нема добрих аргумената.

Чини се да обе стране у ову расправу улазе пренаглашено романистички, прецењујући улогу својине и виндикације у старом *ius civile*. Ни

(54) Можда одредба Закона XII таблица (VI, 1) "*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*" управо санкционише овакав поступак.

(55) То имплицира сам назив ових ствари, а изричито каже Улпијан (reg. 19. 3, cf. ib. 7-9; в. и Gai. 2. 22); детаљније Bonfante, Corso cit., sez. II, 142ss: cf. Kaser, ZSS 1988 cit., 125.

(56) В. Watson, The Law of Property in the Later Roman Republic, Oxford, 1968, 18ss; Станојевић, Римско право, Београд, 1993, 195.

(57) Другачије Diódsi, op. cit., 69.

(58) Bonifante, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana (res mancipi e res nec mancipi)*, Scritti, 2, Roma-Torino 1928, 177s; Corso cit., sez. I, 176. Таква ситуација се, по његовом мишљењу, одржавала до Цицероновог времена.

(59) Тако Cuij, *Institutiones juridicæ des Romains*, I, Paris 1904, 77 каже да су *res nec mancipi* биле предмет "фактичке својине"; Costa, Cicerone cit., 94 додаје нове аргументе. Каснији следбеници задржавају Бонфантеове ставове о везаности цивилних установа за *res mancipi*, али се уопште не изјашњавају о правном режиму осталих ствари: Mayer-Maly, *Studien zur Elementarliteratur über die usucapio*, Studi Betti III, Milano, 1962, 486 ограничава и примену узупапије на *res mancipi*; исто Pugsley, op. cit., 38ss, који ову интерпретацију знатно проширује (cf. 28ss; 98ss); в. и Behrends, op. cit., 51. Најистакнутији заступник ове теорије у новије време је Kaser (в. ZSS 105 cit., 125s).

(60) Капогроси-Колоњези (op. cit., 172ss; 256ss) и Диожди (op. cit., 58s; 69) настоје да докажу примењивост виндикације на *res nec mancipi*, али је њихово уверење да је иста формула могла да има различите правне импликације у сукобу са основним концептима римског права.

својина као самостално право, ни *rei vindicatio* нису познати другим старим и архаичним правима; назив за својину није постојао ни у Риму до пред крај Републике, па је у најмању руку сумњиво да је постојала јасна представа о тој установи. Напротив, вероватније је да је и овде својина била схваћена као чињеница од које право полази у изградњи механизма правног саобраћаја и даје јој заштиту пре свега деликтним тужбама, а у крајњој линији и санкционисањем читавог система цивилно-правних односа (61). Виндикација је и у класичном праву била врло неповољна за тужиоца, па јој се свакао прибегавало само када није било никакве друге могућности. Њен правноисторијски значај је пре свега у томе што је омогућила да се домисли својина као самостална установа, али је то учинила тек класична јуриспруденција (62).

Уз објашњење појма *ius Quiritium* које је овде предложено проблем изгледа нешто другачије. Не би могло да се постави питање да ли су *res nec mancipi* биле предмет квинитске својине или не, јер употреба таквог назива за својину у периоду формирања цивилних установа не би имала смисла (63). *Ius Quiritium* - одлука Квинита - представља само један од основа стицања својине, а не правни квалитет својине: иначе, ствар која није искључена из правног промета појединцу је могла да припада (*meum esse*) на основу куповине, поклона, легата (*ex empto, ex donato, ex legato*) итд. - а *res mancipi*, поред тога, и *ex iure Quiritium* (64). Овај последњи основ се није помињао уз *res nec mancipi* због тога што тај део ратног plena није укључиван у јавну поделу (65). То не значи обавезно да се манципација - тачније продаја *per aes et libram* - није примењивала на ове ствари: за њих се једино није могло рећи *meum esse ex iure Quiritium* (66).

(61) Због тога није озбиљан аргумент Бонфантеових критичара да би ограничење виндикације на *res mancipi* лишило заштите својину на многим вредним стварима: на сличан начин су били "незаштаћени" власници ових ствари у неким развијенијим правним системима него што је било *ius civile vetus*. Римско право је, штавише, већ при првим наговештајима живљег правног саобраћаја почело да ствара погоднија средства заштите него што је виндикација (Pugsley, *op. cit.*, 98ss верује да је улогу виндикације код *res nec mancipi* имала *condictio furtiva*).

(62) И тада је овај појам конципиран другачије него што се обично приписује римском праву; в. о томе мој чланак *Неке особености римског схватања својине*, "Архив" 1989, 1-2, 105ss.

(63) Термин "квинитска својина", иако близак сваком правнику, уопште није римски већ је нека врста романистичке конвенције: нема ниједног римског текста, па ни у класичном или посткласичном праву, у којем би се могао наћи овај термин (De Vissher, *op. cit.*, 319). У том погледу је посебно илустративна конституција у *CI 7. 25 De nudo ex iure Quiritium tollendo*.

(64) Занимљиво је да Wubbe, *Usureceptio und Relatives Eigentum*, TR 28(1960), 13ss, развијајући консеквенце Казеровог учења о "relatives Eigentum", долази до закључка да је у старом *ius civile* било више типова својине у зависности од основа по којем је ствар стечена (он помиње "Kaufeigentum", "Haftungseigentum", "Vermächtniseigentum").

(65) По општем мишљењу у доба старог права су ствари одузете од непријатеља припадале војнику који их је окупирао (в. на пример Станојевић, *op. cit.*, 192), али у другој половини Републике оне су у начелу постајале државна својина (опширно о *occupatio bellica* в. Watson, *The Law cit.*, 68ss). Земља је, међутим, одувек припадала држави; отуда изгледа логично да је овај режим најпре уведен за *res mancipi*.

(66) Као што је постојао низ других правних послова у овој форми, а безведене вербалне формуле (*nexum, solutio per aes et libram, coemptio* итд.).

VI.

Преостале мање-више неспорне ситуације у којима се примењивала одредба *ius Quiritium* - додела грађанства Латинима и спорови о слободи - у суштини су две стране исте појаве, и код њих је примену формуле у предложеном смислу знатно лакше објаснити него код својине. Грађанство се, наиме, све до краја Републике стицало практично само одлуком скупштине (67), па је вероватно због тога и настала поменута фраза *ius Quiritium consequi* из текстова Гаја и Улпијана: али, овде није било повода за имплантацију формуле у неки цивилни акт. Старо право је, међутим, познавало спор о слободи неког лица који се могао покренути виндикацијом *in servitutem* (на захтев потенцијалног господара), односно *in libertatem* (на захтев трећег (*adsertor*), а у корист лица које се неосновано налази у положају роба). Симетрија ове две виндикације, а и немогућност да грађанин постане роб *stricto sensu*, указује да је механизам настао да би се решавали спорови о статусу ослобођеника. Проблем се, дакле, своди на питање: да ли је неко лице могло да стекне слободу *ex iure Quiritium*, тј. одлуком заједнице?

Господар је роба могао, по *ius civile*, да ослободи на три начина - тестаментом, уписом у ценз и посебним поступком уз учешће магистрата. Података о времену њиховог настанка нема: али, овај последњи (*manumissio vindicta*) је насумњиво, слично ин јуре цесији, конструисан као привидна парница. Сличне особине показује и *manumissio censu*, па је стога ослобођење роба путем тестаamenta вероватно најстарија од три цивилне форме манумисије (68). Тај тестамент се, као што је поменуто, састављао пред скупштином, чијим се члановима тестватор обраћао као "Квиритима" који треба да му дају свој *testimonium*. Овоме треба додати чињеницу да је, као награду за посебне заслуге и независно од власникове воље, роб могао да добије слободу јавним актом (69). Због тога се чини основаном претпоставка да је у периоду када су настајале установе "квиритског круга" за свако ослобођење роба била потребна одлука заједнице. Тиме би, штавише, могла да се објасни недовољно запажена аномалија цивилног права да сваки ослобођеник аутоматски постаје римски грађанин: таква могућност није постојала у другим античким правима.

VII.

На који начин ове анализе могу да буду од користи при испитивању порекла *legisactio sacramento in rem*, односно виндикације као њеног основног обележја? Ако један овакав судски поступак није настао дејством општих чинилаца који су обликовали структуру архаичних права - а непостојање сличних решења у правним системима сродним и савременим римском показује да није - његов настанак се у том случају мора приписати утицају развојних посебности Рима у периоду који је претходио Закону XII таблица. Те посебности се тешко могу открити у

(67) *Iussu populi*, Liv. ab u. c. IV, 4; cf. Cic. p. Balb. 10. 25. B. Mommsen, Staatsr. cit., III, 328.

(68) Тако Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, 130s.

(69) B. Costa, *Storia cit.*, 137.

економској сфери, из које би се најпре очекивали подстицаји стварању нових инструмената приватног права. Римска привреда је, уз повремене осцилације изазване махом споља, задржала натурални и породични карактер још дуго после прве кодификације. Али, за то време се на социјалном и политичком плану одвијају промене које су дале основни тон читавој раној историји Рима. То је, с једне стране, етрурска доминација и стварање политичких установа изван родовско-племенске организације, а са друге борба плебејаца за побољшање свог економског положаја и истовремено за укључивање у институционализовани живот заједнице. Ове две појаве су, у ствари, међусобно повезани видови јединственог процеса прерастања Рима у град-државу (70). Ако формула *ex iure Quiritium* повезује легисакцију *in rem* са механизмима јавне дистрибуције добара, ослобађања робова и доделе грађанства (71) онда се и настанак тог поступка може објаснити у оквиру наведеног процеса. Према расположивим подацима, наиме, редовни корисници аграрних реформи били су плебејци - то је и био један од најважнијих мотива друштвених сукоба; ослобођеници и нови грађани су, такође, укључивани у редове плебејаца и делили њихову економску и политичку судбину. Због тога се постанак виндикације - као и других приватноправних аката који су снабдевени формулом *ex iure Quiritium* - може посматрати у контексту политичког развоја Рима.

Доба владавине последњих краљева етрурског порекла, посебно друга половина VI века п.н. ере, није само период убрзане изградње политичких установа града-државе, већ и најзначајнијих успеха плебејаца. У извесном смислу, тек од тада - условно, од реформи Сервија Тулија - они су постали део римске политичке заједнице. Чини се да је управо у том оквиру, уз стварање економских и статусних предуслова за учествовање плебејаца у друштвеном животу, створен и правни механизам који је требало да им омогући заштиту стеченог положаја. С обзиром на потребе које је требало да задовољи, он није имао упориште у традицији; због тога прибегавање конструкцији, како порекло легисакције *in rem* види Волф, или бар темељно прилагођавање неког постојећег поступка, изгледа сасвим могуће.

Својевремено је Вебер, истражујући пре свега римско аграрно уређење, дошао до уверења да је виндикација статусно посредована тужба и да отуда долазе и разлике између ње и редовног судског поступка изведеног из деликата (72). Идеја је заснована на претпоставци да је виндикација била аналогна грчка *διαδικασία*, а да је такав судски поступак настао због комунитарне природе града-државе. Каснија истраживања су, ипак, показала да грчко право није познавало поступак сличан легисакцији *in rem* (73); тако је виндикација остала усамљени

(70) Овај општи развој је данас, ако се занемаре спорови о појединим његовим аспектима, у науци углавном прихваћен (в. De Martino, *Storia della costituzione romana*, sec. ed., I, Napoli, 1978, 85ss).

(71) У анализи стицања права која се штите виндикацијом изостављена је, због спорне формуле (в. н. 29), *vindicatio filii*; ипак, и овде би се могло бранити предложено схватање *iur Quiritium*, јер се и *patria potestas* по правилу стицала јавним актом (тестамент *calatis comitiis*, *adrogatio* - адопција је свакако знатно каснија).

(72) Weber, *Die römische Agrargeschichte*, Stuttgart 1891. 77ss; Id., *Привреда и друштво* cit., 560s. Подржао га је Behrends, *op. cit.*, 50s.

(73) В. Thür, cit. у напомени 5.

изузетак, који се може разумети само из угла сопственог, римског окружења. На неки начин, међутим, Веберова замисао је блиска решењу које је овде изложено. Виндикација, наиме, првобитно није штитила неко право или статус саме по себи, већ само ако су установљени на начин који је означаваан као *ius Quiritium*. Заиста је тешко претпоставити да је примитивна правна мисао код својине (за коју још увек нема назив!) и статуса могла да открије један такав заједнички елемент као што је дејство *erga omnes*, и да им стога додели јединствену квалификацију и исти механизам процесне заштите. То би, напротив, било сасвим природно ако је основна идеја била да се заштити *titulus* новостеченог друштвеног положаја. Због тога се може рећи да је изворна функција *legisactio sacramento in rem* била заиста посредована статусом, иако не на општи начин и под утицајем општих чинилаца, како је веровао Вебер.

Тек је каснији развој права, у условима сложенијег привредног живота и повећаног интересовања правника за сферу имовинских односа, на овом терену дао решења блиска савременим схватањима. Последњи векови Републике нису донели само ново материјално право, већ и низ битних промена у судском поступку. У том оквиру је, по свему судећи, у погледу форме и функције редефинисан и поступак *in rem* (74). Може се основано претпоставити да се једна од новина састојала у проширењу виндикације на *res nec mancipi*, јер је и новостворени термин, *dominium*, означавао сваку ситуацију у којој је била допуштена изјава "*res mea est*". То је било олакшано чињеницом да је првобитни смисао квалификације *ex iure Quiritium*, настале у сасвим другачијим историјским околностима, већ дуго био заборављен.

(Примљено 11. фебруара 1995)

Dr. Miroslav Milošević
Assistant Professor of the Faculty of Law in Belgrade

IUS QUIRITIMUM AND THE GENESIS OF ROMAN VINDICATION

Summary

Although vindication is a specificity of early Roman law, significant for the creation of modern notion of absolute rights, its origin is not sufficiently known. Inadequacy of the existing conceptions in this matter is to quite a degree due to lack of adequate attention to the introductory formula of vindication, where parties invoke the *ius Quiritium*. That this phrase is only a reference to the existing law is not supported by authors who dedicated special studies to this subject. According to them *ius Quiritium* was rather a kind of legal ground.

After stating arguments for such an interpretation and an analysis of legal acts presumably related to the above term the author concludes that *ius Quiritium* in ancient law is probably a term applied to decisions of Roman community, as a rule - assembly, on instituting particular rights or status (i.e. granting of land by way of *adsignatio*, distribution

(74) Казер сматра да је велики значај за развој класичног својинског концепта имала појава поступка *per sponsionem*, в. *Eigentum cit.*, 277ss.

of booty, freeing of slaves or granting citizenship). Since these procedures were at the time of forming of the old *ius civile* (before the XII Tables) in the middle of social conflicts, the author considers that the *legisactio sacramento in rem* originated through deliberate effort of interpreters, in order to provide a mechanism of protection for relations new in the legal system.

At first vindication does not protect a right as such but the individual legal situation established by an act of the community. Only after the development of law and in concordance with the needs of the late Republic, vindication came to be a regular procedural means.

Key words: *Ius Quiritium*. - *Legisactio*. - *Vindicatio*.

Miroslav Milošević
chargé de cours à la Faculté de droit de Belgrade

IUS QUIRITIUM ET LA NAISSANCE DE LA VINDICATIO ROMAINE

Résumé

Même si la *vindicatio* constitue la caractéristique du plus ancien droit romain et s'avère très importante pour la création de la notion moderne des droits absolus son origine n'est toujours pas suffisamment étudiée. Après avoir exposé les diverses conceptions existantes, l'auteur conclut que leur partialité résulte en grande partie du fait que les chercheurs ont consacré peu d'attention à la formule introductive de la *vindicatio*, dans laquelle les parties invoquent le *ius Quiritium*.

La thèse selon laquelle cette phrase ne constitue qu'une invocation du droit en vigueur, d'ailleurs dominant, n'a pas été acceptée par les auteurs ayant consacré à ce thème des études spéciales. La plupart d'entre eux remarque que le *ius Quiritium* désignait plus probablement une sorte de base juridique.

Après avoir exposé les arguments en faveur d'une telle interprétation et avoir analysé les actes juridiques auxquels ce terme pourrait se rapporter, l'auteur conclut que le *ius Quiritium* désignait probablement dans le droit archaïque les décisions de la communauté romaine, en règle générale de l'assemblée, concernant l'établissement de statuts ou de droits particulier (attribution de terres par *adsignatio*, partage du butin de guerre, affranchissement d'esclaves ou octroi du statut de citoyen). Puisque ces actes se trouvaient au sein des conflits sociaux à l'époque de la formation de l'ancien *ius civile* (avant la Loi des XII Tables), l'auteur estime que la *legisactio sacramento in rem* pourrait être le fruit d'un effort conscient des interprètes, visant à assurer un mécanisme de protection des rapports qui constituaient une nouveauté dans le système juridique.

Dans un premier temps la *vindicatio* ne protégeait pas le droit en tant que tel, mais la situation juridique particulière établie par un acte de la communauté; ce n'est qu'avec le développement ultérieur du droit, en accord avec les nouveaux besoins de la période tardive de la République que la *vindicatio* se transformera en moyen de procédure régulier.

Mots clés: *Ius quiritium*. - *Legisactio*. - *Vindicatio*.

др Маринка Цетинић
доцент Правног факултета у Београду

ПОГЛЕД НА ПИТАЊЕ ДА ЛИ ЈЕ ПОТРЕБНО ПРЕИСПИТИВАЊЕ ИНКРИМИНАЦИЈЕ СИЛОВАЊА

У раду аутор разматра питање да ли је потребно усклађивање постојеће инкриминације силовања из чл. 103. КЗ Србије са савременим кретањима у кривичном праву. Своје размишљање у том правцу, након приказа историјата, аутор заснива на неким изложеним савременим законодавним решењима извршеним у последњих неколико година. Нова законодавна решења указују да је постојећа инкриминација застарела те да би законодавац требало да је осавремени. Рад аутор закључује предлозима елемената који би могли градити биће новог кривичног дела силовања.

Кључне речи: *Силовање. - Кривично законодавство. - Историјат.*

I.

Наше, несумњиво, патријархално друштво третира кривично дело силовања као акт којим се напада на достојанство личности и морал жена. У складу са тим законодавац је ово кривично дело сврстао у групу кривичних дела која носе наслов "Кривична дела против достојанства личности и морала" (Глава XII, чл. 103. КЗ Србије). Иако је после Другог светског рата до данашњих дана извршено више критичких преиспитивања кривичног законодавства, кривично дело силовања је остало неизмењене инкриминације. Као да достигнућа о човеку и друштву, развој посебних дисциплина - сексологија, подизање моралног и образовног нивоа грађана, остварених последњих неколико деценија нису утицали на стручњаке и јавно мњење да схвате да се силовањем не вређа морал и достојанство жене већ слобода одлучивања и воља људског бића. У другим земљама, у последњих неколико година, извршене су промене инкриминација у сфери сексуалних односа, а код нас је све остало исто. Анахрони термини, неузимање у обзир нових начина вршења силовања, некажњивост силовања у браку итд. Такво стање ставља у задатак свима изналажење бољег законодавног решења којим би се задирало у полну сферу и слободу кривичноправним мерама само у оној мери која је одређена неповредивошћу интегритета човекове

личности, права и воље. Овај рад представља покушај да се укаже на могући нови приступ инкриминацији силовања.

II.

Кривично дело силовања старо је колико и право. Међутим, у римском кривичном праву заштиту од силовања уживала је само она жена која је *virgo intacta* (1). Поред тога, кривично дело силовања није било самостално већ се инкриминисало заједно са развратним радњама (*crimen vis*). Ипак, ово право, у складу са стањем полног морала и општим схватањем друштва о моралу, кривично дело силовања (*strupum violentum*) и друге развратне радње инкриминише и онда када је пасивни субјекат женско лице, као и онда када је насилна обљуба извршена над припадницима мушког пола.

Са Хамурабијевим закоником долази до осамостаљивања кривичног дела силовања. Заштиту и даље ужива само жена која није била у контакту са мушкарцем уз запрећену, најстрожију, смртну казну за учиниоца (2).

Иако Салијски закон познаје кривично дело силовања, схватање морала у друштву тог периода објашњава одредбу којом се пружа заштита само слободној жени, уз веома благу, новчану казну за учиниоца (3).

Пре победе Нормана у Европи, око 1066. године, за силовање је била предвиђена казна смрти и комадање. Овако строга казна била је, међутим, прописана само за мушкарца који је силовао племениту невину жену која је још увек под заштитом лорда (4).

За време владавине Хенрика II у Франачком праву је био уведен принцип да се за силовање може донети одлука у грађанској парници или од стране апелационог суда уместо краљеве одлуке или туче или дуела. Краљ је могао, али само за силовање невиних жена, одлучити да се учинилац казни смрћу или сакаћењем (5).

Средњовековно француско право карактерише, као уосталом и остала феудална кривична права, строге казне за силовање и разлике у кажњавању у зависности од сталешке припадности учиниоца. Значајна новина је кажњивост покушаја силовања (6).

(1) "Ако неко још недораслу као човека девицу злоупотреби биће кажњен, ако је припадник нижег сталеза, принудним радом у рудницима, а ако је припадник вишег сталеза интернацијом на острво или прогањањем." Д 48.19.38.3.

(2) Чл. 130. "Ако је неко обешчастио нечију жену која још није упознала мушкарца и која још живи у очевом дому и ако га затекну да спава у њеном наручју, заслужује смрт, а жена ће бити пуштена." С. Јасић: *Закони старог и средњег вијека*, Београд, 1968, стр. 34.

(3) Поглавље XXV, тачка 1. "Ако неко силује слободну девојку, пресудиће се да плати 62,5 солида." Др Љ. Кандић: *Одабрани извори из опште историје државе и права*, Београд, 1992, стр. 116.

(4) S. Brownmiller, *Against our will Men, Women and Rape*, New York, 1975, стр. 15.

(5) Ibidem, стр. 17.

(6) Т. Живановић, *Основи кривичног права*, Београд, 1936, стр. 89.

Са *Constitutio Criminalis Carolina* наступају промене које се односе на ширење заштите од силовања на све жене, док се и даље задржава кажњивост покушаја и строгост кажњавања (7).

Кривични законик Аустрије из 1787. године предвиђао је кажњавање за силовање само ако је учињено уз везивање, показивањем смртносног оружја или ако је учињено од стране више лица (8).

Након револуције донети кривични законици углавном ублажавају казну за силовање и почињу да праве разлику између силовања пунолетне и малолетне жене. Тако француски Кривични законик из 1791. године инкриминише силовање као самостално кривично дело у групи злочина уз разлику у погледу кажњавања за силовање жене старије од 14 година и оне млађе од 14 година (9).

У јужнословенским земљама статуту и законичи током средњег века познају инкриминацију силовања уз разлике с обзиром на биће кривичног дела. Корчулански статут предвиђа чак неколико одредаба о силовању. Карактерише их предвиђање разлике у погледу кажњавања према сталешкој припадности учиниоца и жртве, телесно кажњавање, разликовање облика према статусу жртве (млада девојка, удата жена, удовица) (10). Други интересантан статут из тог периода, Винодолски

(7) Чл. 119. "Ако је неко насиљем или против воље обешчастио непорочну младу жену, удовицу или лиши невиности девојку, такав злочинац заслужује смртну казну, после тужбе оштећених и доказа злочинства он ће бити попут разбојника подвргнут смртној казни мачем. Ако неко дрско и насилним путем покуша да изврши какав горе наведен злочин против непорочне жене или девојке, а жена или девојка својим супротстављањем или на други начин буде спасена од такве невоље онда после тужбе оштећених и доказа злочина исти злочинац треба бити подвргнут казни у складу са околностима злочина и према положају лица." Др Љ. Кандић, *op. cit.*, стр. 214.

(8) Чл. 130., F. von List, *Немачко кривично право*, 1902, стр. 343.

(9) За силовање жене старије од 14 година предвиђено је 6 година затвора са оковима, а уколико је била силована жена млађа од 14 година, казна се удвостручава, Т. Живановић, *op. cit.*, стр. 86.

(10) Гл. XI "О силовању жене": "Исто тако одређујемо, ако тко силује слободну жену, а једнак јој је по роду, нека је према одлци господина кнеза, односно Вијећа, или узме за супругу или нека јој исплати тридесет перпера на име њеног мираза. А ако је заручена, редовница или удата, нека јој за (нанесену) неправду исплати тридесет перпера. А ако јој није једнак по роду, па сељак силује неку (жену) племинитију од себе, нека му се одсијече нога и нека губи лијево око. А ако удари у бијег, нека сва (његова) имовина припадне Комуни, па нека Којуна прискрби жени која је претрпјела неправду све до тридесет перпера, ако његова имовина буде толике вриједности, а ако не буде, нека јој прискрби према вриједности његове имовине." Гл. CXXXII. I "Када племић силује племкињу": "Исто тако одређујемо, да се којем год племићу који силује неку удату племкињу одмах без праштања одреже глава тако да баш умре, само ако се то докаже двојицом вјеродостојних свједока. А ако (оштећена) не буде имала свједока, нека тај који је оптужен остане три дана у затвору, а трећег дана мора добити три трзаја колотуре. И, ако (тада) призна, нека му се одсијече глава, као што је речено. То се, међутим, не може учинити без Курије у пуном саставу." Гл. CXXXIII "Када племић силује дјевицу племкињу": "Исто тако одређујемо, ако који племић силује неку дјевојку племкињу и (која је још) дјевица, па се то докаже с два вјеродостојна свједока, нека за казну плати сто златних дуката, од којих половицу нека припадне Комуни, а друга (половица) тој дјевојци и нека тај племић остане шест мјесеци у затвору. А ако (та) дјевојка буде хтјела њега узети за мужа, а он њу за жену, нека ништа не плати." Гл. CXXXIV "Када племић силује удату сељанку": "Исто тако одређујемо, ако који племић силује неку удату сељанку, нека му се одсијече глава. Ако пак силује дјевицу (са села), нека плати педесет дуката, од којих половица нека припадне Комуни а друга (половица) тој дјевојци и нека остане три мјесеца у затвору. А ако који сељак силује дјевојку племкињу, нека се објеси

статут, предвиђао је кривично дело силовања у групи кривичних дела против личних добара, личности и имовине. Заштиту ужива у истој мери свака жена, покушај је кажњив, а предвиђена је блага, новчана казна за учиниоца (11). Душанов законик је предвиђао кривично дело силовања са разликама у кажњавању према сталешкој припадности учиниоца. Запрећена казна (телесно кажњавање) указује да се силовање сматрало нарочито тешким кривичним делом против личности (12).

Криминални (Казнителни) законик за Књажевство Србију кривично дело силовања, за то доба, врло модерно формулише. Наиме, ово кривично дело је сврстано у групу кривичних дела XX под насловом "О Злочинствима и преступљенијима против личне слободе". Инкримисано је чак три основна облика и један квалификовани облик силовања. Учиниоца може бити само мушкарац, али је зато жртва заштићена без обзира на пол и порочност, облици се разликују с обзиром на узраст и неспособност жртве за расуђивање, а квалификаторна околност је смрт жртве (13).

Кривични законик Југославије из 1929. године кривично дело силовања предвиђа у глави која носи наслов "Кривична дела против јавног морала", пасивни субјекат може бити само женско лице с којим учинилац не живи у браку, радња извршења је принуда на обљубу или обљуба учињена са лицем које је претходно доведено у несвесно стање или је другачије за одбрану онеспособљено, док се непорочност тражи чак и поред присуства принуде (14).

Кривични законик из 1951. године, у глави "Кривична дела против достојанства личности и морала", предвиђа кривично дело силовања као принуду на обљубу женског лица са којим учинилац не живи у брачној заједници, активни субјекат може бити само мушко лице,

на вјешала тако да умре. Само нека се сви споменути злочини докажу најмање двома вјеродостојним сведоцима. А ако би Курија сматрала да жена не говори истину, нека се та жена подвргне тортизо, па ако призна да говори неистину, нека се огњем спали тако да умре. То се односи како на племкињу тако (и) на сељанку, и то се не може учинити без Курије у пуном саставу." (*Корчулански статут*, Загреб-Корчула, 1987, стр. 11-12, 74.)

(11) Чл. 56. "И ако би тко учинио силу којој жени, употребивши је сполно или покушавши то учинити, мора платити казну 50 либара а тој жени такође, ако се не буде могао с њом на који начин нагодити." (С. Јасић, *op. cit.*, стр. 41).

(12) Чл. 53. "Ако који властелин узме властелинку силом да му се обе руке одсеку и нос савеже, ако ли себар узме силом властелинку, да се обеси, а када ли коју другу узме силом, да му се обе руке одсеку и нос савеже." (А. Соловјев, *Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка*, Скопје, 1928, стр. 19-20).

(13) Чл. 191. "Робијом од 15. година да се казни: 1) ко какво лице мушког или женског пола, силом или претњом принуди на блуд с њим или другим лицем; 2) ко лице, слободне воље и свести лишено, било да је од кривца намерно у то стање постављено, или се иначе у том стању налазило, на блуд и задовољење свих телесних нагона злоупотреби; 3) ко с лицем која нису 13 година навршила блуд учини, када би се то са њиховим пристанком догодило. Ако је у једном од ова три случаја злоупотребљено лице умрло, учинилац да се казни смрћу ако је ту последицу као вероватну предвидети могао; иначе робијом од 20 година." (*Казнителни законик за Књажевство Србију*, Београд, 1864, стр. 82).

(14) Чл. 259. "Казниће се робијом од десет година: 1. ко женско лице с којим није у браку силом или претњом истовремене опасности по живот или тело принуди на обљубу; 2. ко обљубу изврши над женским лицем које претходно доведе у несвесно стање или га другачије за одбрану онеспособи." (Др Мих. Чубрински, *Научни и практични коментар КЗ Краљевине Југославије*, Београд, 1934, стр. 465).

пасивни субјекат само женско лице, док су квалификаторне околности тешка телесна повреда или смрт женског лица (15).

Последње законодавно решење не предвиђа у свом основном облику никакве нове елементе, сем измене у погледу казне. Наиме, у складу са чл. 103. Кривичног закона Србије: "1. Ко принуди на обљубу женско лице са којим не живи у брачној заједници употребом силе или претњом да ће непосредно напасти на живот или тело тог или њему блиског лица, казниће се затвором од једне до десет година. 2. Ако је услед дела из става 1. овог члана наступила тешка телесна повреда женског лица, или је дело извршено од стране више лица или на нарочито свиреп или понижавајући начин, учинилац ће се казнити затвором најмање једне године. 3. Ако је дело из става 1. овог члана учињено према малолетном лицу или је услед његовог извршења наступила смрт женског лица, учинилац ће се казнити затвором најмање три године (16)".

III.

Историјски приказ је показао кретање инкриминације силовања ка једној савременијој концепцији. Данашња законодавства, донета средином века или чак задњих година, показале да је једно, нема сумње, класично кривично дело доживело ново поимање које нашег законодавца ставља пред дилему: прилагодити се или не савременој концепцији инкриминације силовања. То не значи да сва савремена законодавства имају модерну инкриминацију силовања, али она која претендују да буду демократска, модерна и ослобођена окова у сфери полног морала познају инкриминације силовања које се знатно разликују од наше, годинама неизмењене инкриминације. Мислим да би наш законодавац требало да се позабави новим трендовима у законодавној сфери када је у питању ово кривично дело. Чињеница да све земље које несумњиво носе назив демократске показују тенденцију новог поимања, вечитог, кривичног дела силовања, савремено и примерено стању и развоју свести и полног морала као и морала уопште у тим доменима. Отуда ћу приказати нека савремена законодавна решења инкриминације силовања земаља блиских нашој и оних чији економски ниво, ниво полног морала и морала у друштву уопште тек треба да достигну уз, мени се чини, огроман напор за превазилажење нашег нивоа развоја у тим областима.

Патријархално Грчко друштво карактерише и такво кривично законодавство. Кривични законик Грчке, донет 1950. године, кривично дело силовања предвиђа, наравно, у групи кривичних дела против морала. Већ и то би било довољно да се он изложи критички да није само биће кривичног дела састављено из елемената који му дају архаичан

(15) Чл. 179. "1) Ко женско лице са којим не живи у брачној заједници употребом силе или претњом да ће непосредно напасти на живот или тело принуди на обљубу, казниће се строгим затвором до 8 година. 2) Ако је услед дела из става 1. овог члана наступила тешка телесна повреда или смрт женског лица, учинилац ће се казнити строгим затвором најмање две године." (Др Ј. Таховић, *Коментар кривичног законика*, Београд, 1957, стр. 396).

(16) *Кривични закон Србије*, Београд, 1992, стр. 51.

карактер. Наиме, према чл. 330. КЗ "Ко женско лице, употребом физичке силе или претњом знатне и истовремене опасности принуди на ванбрачну обљубу, казниће се робијом" (17). Квалификовани облик силовања (чл. 349.) постоји ако је наступила смрт оштећене са запређеном казном робије од најмање десет година или доживотно. Теоретичари и судови, без разлике, израз "ко" тумаче као мушко лице. Питање да ли је могуће силовање у браку, не поставља се. Наиме, закон је јасан - "ванбрачна обљуба", те је чак и када је брачна заједница престала да буде заједница живота према овом пропису немогуће силовање још увек законите супруге. Нема разлике с обзиром на старост жртве, а у инкриминацији је извршено ограничење појма силе, "физичка сила", као и опасности, "истовремена опасност", да би, на крају, у складу са чл. 344. гоњење могло бити предузето само на предлог оштећене.

Да би се уочила разлика између могућих инкриминација силовања као зависних од степена друштвеног развоја и нивоа свести може, као пример, да послужи Кривични законик Тајланда. Према њему, у складу са чл. 276., у глави "Кривична дела у вези са сексуалношћу" предвиђено је да "Ко год има сексуални однос са било ком женом која није његова жена против њене воље, претећи било којим насиљем, чинећи било који акт насиља, користећи предност ситуације у којој жена није у стању да се одупре, или наводећи је да га сматра неком другом особом, биће кажњен затвором од једне до десет година и глобом од 2000 до 20000 бахта" (18). Поред овако прописаног кривичног дела силовања према коме учинилац може бити само мушко лице, жртва жена са којом учинилац није у браку, а радња извршења само сексуални однос без пристанка жене, овај законодавац познаје и тежи облик код ког је инкриминисан сексуални акт са или без пристанка жене млађе од 13 година (19). Поред тога, овај Законик познаје и квалификовани облик (чл. 280.): "1. ако је проузрокована тешка телесна повреда оштећене особе, учинилац ће бити кажњен затвором од две до петнаест година и глобом од 4000 до 30000 бахта и 2. ако је проузрокована смрт нападнуте особе, учинилац ће бити кажњен доживотним затвором или затвором од дванаест до двадесет година и глобом од 24000 до 40000 бахта" (20).

Етиопија је једна од земаља у којој жена има мањи значај и моћ. С једне стране, традиционални обичаји, особито поштовање брака, држање жена у најнижем економском положају, и, с друге стране, покушај модернизације земље и реформе законодавства, довели су до инкриминације силовања примерене друштвеном развоју ове земље. У Кривичном законуку у поглављу "Кривична дела против морала" у одељку I "Повреда сексуалне слободе и невиности" у чл. 589. предвиђено је: "Ко год присили жену да се покори сексуалном односу ван брака, било употребом силе или тешким жртвовањем, или након што је искористио њену несвесност или неспособност пружања отпора,

(17) *Кривични законик Грчке*, Београд, 1957.

(18) *The Thai Penal Code with Amendment*, Bangkok Thailand, 1967, стр. 80.

(19) Чл. 277. "Ко год има сексуални однос са било којом девојком не старијом од 13 година са или без њеног пристанка биће кажњен затвором од 2 до 12 година и глобом од 4000 до 24000 бахта." *Ibidem*.

(20) *Ibidem*, стр. 81.

казниће се строгим затвором до десет година. Строги затвор до петнаест година се добија за силовање: а) детета испод петнаест година; или б) болесника, становника сиротишта, интерната или притвора, који је под надзором или контролом или је зависан од окривљене особе; или ц) од стране више особа које делују заједнички” (21).

У Великој Британији као основ за суђење служи Criminal Justice Act из 1948. године, с тим да су кривична дела против морала поново регулисана 1956. године у Sexual Offences Act и 1976. године у Sexual Offences (Amendment) Act (22). Према овим актима силовање представља полни сношај против воље жене (без обзира на карактер полног акта) уз примену принуде или довођењем у заблуду или стварањем илузије код жене да је учинилац њен супруг. Криминални карактер кривичног дела силовања не види се у ванбрачном полном односу, него у насилном и неморалном односу према праву жртве на полну слободу (23). И поред оваквог мишљења у литератури, произлази из одредбе да када мушкарац има сексуални однос са својом женом мимо њене воље, неће бити одговоран за силовање. Наиме, конзервативно породично право Велике Британије предвиђа да жена у браку предаје своје тело супругу. Ипак, постоји могућност силовања у току трајања брака уз доказивање услова: 1. да је жена од стране суда добила одлуку о одвојеном животу; 2. да су муж и жена одлучили и потписали одлуку о одвојеном животу; 3. да је жена покренула поступак за развод брака и 4. да је жена прихватила одлуку о разводу у том поступку (24).

У Канади, у којој се као и у Великој Британији, примењује common law, основ за суђење за кривично дело силовања чини Cod criminel од 1. XII 1992. године. Одмах се уочава да у њему није предвиђено посебно кривично дело силовања већ ”сексуално насиље”. У складу са чл. 271.: ”Ко учини сексуално насиље крив је: а) или за кривично дело које се кажњава казном затвора до десет година; б) или за прекршај кажњив на основу изјаве кривице у скраћеном поступку” (25). Ово би био основни облик јер су, поред њега, предвиђена и два тежа облика. Прво, ”Сексуално насиље са употребом оружја, претњом трећем лицу или са наношењем тежих повреда”. Наиме, у складу са чл. 272.: ”Крив је за кривично дело које се кажњава казном до петнаест година затвора онај који вршећи сексуално насиље: а) носи, користи или прети употребом или имитацијом оружја; б) прети наношењем телесних повреда неком другом лицу; ц) наноси телесне повреде жртви; д) учествује у извршењу дела са другим лицем”. Друго, ”Тешко сексуално насиље”, чл. 273.: ”Врши тешко сексуално насиље онај који вршећи сексуално насиље рани, осакати или доведе у опасност живот жртве. Ко учини ово сексуално насиље крив је за кривично дело и кажњава се доживотним затвором” (26). Тумачењем ових прописа произилази да је радња извршења врло широко одређена (сексуално насиље), да учинилац може

(21) *Penal Code of the Empire of Etiopia of 1950*, Addis Abeba, стр. 179.

(22) J. C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law*, London, 1983, стр. 404-405.

(23) *Ibidem*, стр. 405.

(24) A. Coote and T. Gill, *Women's Rights: A Practical Guide*, London, 1974, 1977, стр. 204, 205.

(25) A. Dubois, *Cod Criminel annoté et lois connexes*, Les éditions Yvon Blais inc, Québec, 1992, стр. 275.

(26) *Ibidem*, стр. 273-278.

бити како мушкарац тако и жена, да жртва, такође, може бити жена или мушкарац и најзад, да се уопште не поставља питање да ли су и у каквој (брачној или ванбрачној) вези били учинилац и жртва. Интересантно је да код најтежег облика смрт жртве није предвиђено што значи да се у том случају примењују прописи о кривичном делу убиства.

Иако донет далеке 1902. године, до данас не промењен, Кривични законик Норвешке у групи "Кривична дела против јавног морала" у чл. 192. на изузетно савремен начин инкриминише силовање. "Свако ко употребом силе или претње по живот или здравље, примора неког на непристојне односе, или је у томе саучесник биће кажњен за силовање затвором од једне до десет година. Покушај се кажњава на исти начин као и довршено дело. Ако је непристојан однос сексуални однос казна ће бити затвор преко три године. У особито олакшавајућим околностима казна се може ублажити на затвор од две године ако дело није довршено. Ако жртва умре или је тешко телесно или здравствено повређена услед учињеног дела или је учинилац већ био кажњаван по овом члану или члановима 191, 193, 195, 196. или 212, биће кажњен затвором од четири године до доживотно. Према овом члану венеричну болест треба сматрати озбиљном повредом тела или здравља" (27). У складу са овим учинилац може бити и мушкарац и жена, радња извршења је тако одређена да обухвата све околности које се сматрају непристојним односом уз употребу принуде, а као тежи облик кажњава се сама обљуба употребом силе или претње. Да су узете у обзир све могуће околности показују привилеговани и квалификовани облици силовања, а за покушај се кажњава исто као и за довршено дело.

Кривични законик Швајцарске, донет 1976. године, у односу на стару одредбу из законика из 1937. године, не предвиђа веће измене. Наиме, треба имати у виду какав положај има жена у Швајцарској што објашњава и одредбу која, иако измењена, није осавременила биће кривичног дела силовања. Наиме, у складу са чланом 187. "1. Ко принуди употребом силе или тешком претњом на трпљење ванбрачног сношаја, казниће се казним затвором. 2. ко изврши сношај са женом пошто ју је у ту сврху лишио свести или онеспособио за отпор, казниће се казним заводом најмање три године" (28). Једина разлика у односу на стару одредбу односи се на казну, док су сва остала обележја остала иста. Из њих следи да учинилац кривичног дела силовања може бити само мушкарац, жртва искључиво женска особа са којом учинилац није у браку, нема разликовања облика с обзиром на старост жртве.

Француски Code Penal из 1810. године, новелиран 1832. године широко је дефинисао силовање. Наиме, "Ко учини дело силовања казниће се затвором од десет до двадесет година" (29). Теорија и судска пракса су тумачиле овај текст тако да жртва може да буде само жена, да до обљубе долази без сагласности жртве, да је силовање могуће само ван брака. Да би разрешио дилеме и прецизирао одредбу, законодавац је 1980. године донео законску одредбу, коју је преузео и нови Кривични законик из 1993. године. Према њој (чл. 332): "Сам акт сексуалног

(27) *The American Series of Foreign Penal Codes, 3 Norway, The Norwegian Penal Code*, New York, 1961, стр. 82.

(28) *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Bern, 1992.

(29) *Code Pénal*, Paris, 1975-76.

продирања, такве природе да је учињен на другој особи, силом, принудом или препадом, представља силовање” (30). ”Прва новина је, у односу на ранија тумачења, ширење дефиниције кривичног дела силовања и то у односу на могући појам учиниоца и на могући појам жртве: силовање може да учини лице било којег пола и жртва може бити лице било ког пола... Друго, конститутивни елеменат кривичног дела силовања је сила (страх, напад, односно једно од њих)...”, и најзад, ”Начелно је могуће постојање овог дела и када су учинилац и жртва брачни другови, али постојање брачне заједнице основ је претпоставке да постоји сагласност (жртве)” (31).

Несумњиво, савремено Шведско друштво морало је новелирати стари Кривични законик. Наиме, према њему (чл. 1. Глава VI ”О кривичним делима против морала”) кривично дело силовања представљало је сваку принуду на обљубу, коју мушкарац силом или претњом непосредне опасности примењује према женској особи (32). Нови Шведски Кривични законик, који је ступио на снагу 1.1.1990. године, у целини је, а нарочито када је у питању кривично дело силовања, у складу са новим тенденцијама у кривичном праву. Наиме, према чл. 1. Глава VI под насловом ”О сексуалним кривичним делима”: ”Ако особа силом или претњом која подразумева или изгледа особи којој се прети као потенцијална опасност, присили ову другу на сексуално сједињавање, или има неко друго слично сексуално општење, он или она ће бити осуђени за силовање на затвор од најмање две или највише шест година. Уколико се особа учини неспособном или се доведе у неко слично стање ово ће се сматрати еквивалентним насиљу” (33). Предвиђени су и привилеговани облик силовања (”Ако се из природе силе или претње и с обзиром на друге околности злочин сматра мање тешким...”) и квалификовани облици (”Ако је насиље обухватило опасност по живот или да ли би учинилац нанео озбиљну повреду или болест или на неки други начин испољи посебну безобзирност.”) (34). Законодавац Шведске није оставио простора теорији и пракси за тумачење одредбе (ко може бити учинилац а ко жртва, шта обухвата радњу извршења, да ли је могуће силовање у браку), већ је прецизно и јасно решио све могуће дилеме које су се пред њих раније постављале. Мислим да је то најбољи начин да се оконча расправа, у недоглед вођена, око ових питања како у праву Шведске тако и у кривичном праву осталих земаља.

IV.

На крају рада осврнула бих се, прво, на заштитни објекат групе кривичних дела којој припада силовање. Мислим да морал, било јавни или приватни, и достојанство личности, не би требало да буду заштитни објекти ове групе кривичних дела. Иако силовање на то највише

(30) J. Czylibenstein, *Nouveau Code pénal*, Paris, 1993.

(31) Др И. Симовић-Хибер, *Један нови законодавни приступ тзв. ”сексуалним” кривичним делима*, Зборник Института за криминолошка истраживања, Београд, 1993, бр. 1, стр. 42-43.

(32) *Кривични законик Шведске*, Београд, 1967, стр. 38.

(33) *The Swedish Penal Code*, Stockholm, 1990, стр. 20.

(34) *Ibidem*.

указује јер се њиме вређа слобода одлучивања и воља људског бића (не само жене), и друга кривична дела из ове групе указују да се њима више угрожавају и нападају сексуални интегритет жртве, него морал и достојанство личности. Ово је уочено већ одавно, тако да нема аутора који није предложио измену постојећег назива главе (кривична дела против полне слободе (35), полне части и полне слободе (36), полне слободе и полног морала и достојанства у сфери полности (37), да се чак поставило питање да ли овај назив одражава стварност, а у мери у којој одражава да ли је став законодавца оправдан, да ли најшире, сам по себи, (полни) морал треба штитити (38). Мислим да је у новонасталим условима живота сасвим нецелисходно уплитање законодавца у сексуални интегритет човека у мери у којој се то сада чини. Нема сумње да је ослобођење људске свести од конзервативних схватања у полном животу довело до потребе да се изврши ревизија кривичних дела у области сексуалности (на првом месту требало би декриминализовати добровољан блуд између припадника истог пола). Осим тога, законодавац би требало да буде напреднији и да својим прописима утиче на елиминисање патријархалног мишљења и окова прошлости и заосталости. Стога назив главе треба да буде модернији, да врши уплив на јавно мњење. Мени се чини најприкладније да се овом групом заштити сексуалност, а не достојанство личности и морал. Ти објекти више нису подобни за заштиту путем кривичноправних прописа.

Наша инкриминација силовања, најближа је немачким инкриминацијама, како оној из Кривичног законика из 1935. године ("Ко принуди на ванбрачну обљубу силом или претњом женску особу или претњом на повреду живота или тела или то учини са трећом особом... (39)"), тако и оној из Кривичног законика из 1987. године ("Ко жену принуди силом или претњом истовремене опасности по живот или тело на ванбрачни сношај с њим или неким трећим..." (40)). Није ми познато да ли је након пада Берлинског зида дошло до доношења новог кривичног законика, што је било за очекивати, па отуда не знам како гласи ново биће кривичног дела силовања. Ако наш законодавац жели да прати трендове у свету, онда ми се чини да није најсрећније немачко решење. Као што се види има и знатно бољих и напреднијих решења. Полазећи од њих, рад ћу завршити предлозима елемената који би могли да уђу у биће кривичног дела силовања.

Елемент кривичног дела силовања свакако треба да буде принуда, а као радња извршења могло би се предвидети сексуално општење (шири смисао од самог акта класичне обљубе). При томе, пол активног субјекта или пасивног субјекта никако не би требао да буде од значаја. Наиме, код овог кривичног дела смисао инкриминације је савлађивање воље жртве. Овим кривичним делом се директно утиче на слободу одлучивања у полном животу, а радња извршења се може састојати у

(35) Ф. Бачић и З. Шепаровић, *Кривично право, Посебни дио*, Загреб, 1982, стр. 149.

(36) Д. Атанацковић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 1981, 260-261.

(37) Н. Мемедовић, *Кривично дело силовања у Југословенском праву*, Београд, 1988, стр. 15-20.

(38) Др И. Симовић-Хибер, *op. cit.*, стр. 36.

(39) S. Chönke-Schöder, *Strasgesetz-buch Kommentar*, 20. Auflage, München, 1980, стр. 1202.

(40) *Strafgesetzbuch*, Bonn, 1987, *Budsesetzblaic*, Teil I, Z 5 702.A., стр 995.

било каквом сексуалном општењу. Отуда, савлађивање воље и општење може бити предузето како од стране мушкарца, тако и од стране жене. Такође, принудом у браку може се савладати воља брачног друга. То је нарочито значајно за нашу популацију у којој алкохоличарски бракови представљају велики проценат склопљених бракова, у којима, нема сумње, силовање представља свакодневну појаву. И најзад, тренутни услови живота на нашем простору (ратно стање) намећу потребу да се у обзир узму, код овог кривичног дела, и они облици сексуалног општења којима се, не представљајући класичну обљубу, различитим средствима врши продирање како у женски полни орган, тако и у анус било жене било мушкарца. Тиме би се избегло квалификовање по другим прописима (телесне повреде), у ком смислу треба схватити предложен елеменат сексуално општење. Стога мислим да и предвиђен распон казне није адекватан и да би требало прописати, поред више облика овог кривичног дела, већи минимум казне.

(Примљено 10. марта 1994)

Dr. Marinka Cetinić

Assistant Professor of the Faculty of Law in Belgrade

A NEED FOR EVENTUAL REAFFIRMATION OF INCRIMINATION OF RAPE

Summary

In turbulent times in our country we are expecting the enactment of new legislative acts in the field of criminal law. Such a situation requires the re-examination of the existing legislation in this field, proposals for its eventual change and amending, de-criminalization, new incriminations, redefining of existing incriminations, etc. Unexpected at first sight, there is also a need for redefining the most basic criminal offence - rape.

However, the criminal acts of rape have been subjected to reforms throughout history. Since its first appearance in the Roman criminal law and up to contemporary legislative approaches, this criminal offence underwent different stages of development. The attitude of the lawmaker varied in accordance to the conceptions of social morality, public morals, private morals, integrity of sexes.

Modern statutes in this matter (Croatia, France, Sweden) have surpassed, by a new type of incrimination, the obviously gone conception of rape as the basic public morals and sexual morality of a female. The obvious progress is contained in the fact of better protection of integrity of personhood in the sexual sphere against violations of any kind.

Yugoslavian kind of incrimination should be modernized, according to the author, which is in accordance to the idea that the law should protect the freedom of decision of the individual (either woman or man), as well as, in general, as far as the entire sphere of sexual criminal offences in the Criminal Law of Serbia are concerned.

Key words: Rape. - Criminal legislation. - History of development.

Marinka Cetinić

chargé de cours à la Faculté de droit de Belgrade

UN APPERÇU DE LA QUESTION DE SAVOIR S'IL EST NÉCESSAIRE DE RÉEXAMINER L'INCRIMINATION DU VIOL

Résumé

Dans le cadre des révisions auxquelles nous assistons en ce moment en Yougoslavie une nouvelle législation pénale devrait être promulguée. Cette situation exige que la législation actuellement en vigueur soit réexaminée, que des modifications et des amendements éventuels soient proposés, ainsi que des décriminalisations et des incriminations et que les incriminations existantes soient rédéfinies. Il s'est avéré d'une manière un peu inhabituelle qu'il était nécessaire de rédéfinir un des actes criminels les plus classiques - le viol.

L'évolution historique démontre que l'acte criminel de viol a subi des réformes. Depuis sa première apparition, dans le droit pénal romain, jusqu'aux solutions législatives actuelles, cet acte criminel a traversé diverses phases. La position du législateur varie en fonction du concept du moral social, du moral public, du moral privé, de l'intégrité sexuelle.

Les lois modernes, adoptées ces dernières années (le Canada, la France, la Suède) ont débarrassé, par une nouvelle incrimination, un concept de toute évidence périmé du viol en tant qu'atteinte portée à la pudeur et au moral sexuel de la personne du sexe féminin. Un progrès incontestable consiste en la protection de l'intégrité de la personnalité dans le domaine de la sexualité contre quelque forme de violence que ce soit.

De lavis de l'auteur, conformément à l'idée que l'incrimination du viol protège la liberté de la volonté (de la décision) de l'individu (aussi bien de la femme que de l'homme), l'incrimination yougoslave doit être modernisée, et, d'une manière générale, il faut réformer le domaine des actes criminels sexuels dans la Loi pénale de la Serbie.

Mots clé: Le viol. - La législation pénale. - L'histoire.

мр Наташа Делић
асистент Правног факултета у Београду

БИТНО СМАЊЕНА УРАЧУЊЉИВОСТ У КОНТЕКСТУ КРИВИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ

Познато је да се борба организованог друштва против криминалитета остварује кроз коегзистенцију репресије и превенције. При томе, репресија, историјски претходи превенцији и још увек примарно одређује овај облик друштвеног ангажовања, а обухвата изрицање кривичних санкција учиниоцима кривичних дела (1).

Да би учиниоцу кривичног дела била изречена казна, једна врста кривичних санкција, поред претпоставке да је учињено кривично дело, потребно је утврдити и његову кривичну одговорност. Кривична одговорност је категорија субјективног карактера, која се у стварности увек појављује у нужној повезаности са кривичним делом (2). Обухвата одређена психичка својства учиниоца кривичног дела - урачунљивост и његов психички однос према кривичном делу - виност. Наиме, основни садржајни елементи кривичне одговорности су свест и воља. Код урачунљивости свест и воља се манифестују преко способности расуђивања и способности одлучивања. А, код виности, свест и воља, у зависности од тога да ли постоје, и у којој мери, опредељују њен појавни облик, умишљај или нехат.

Поред наведеног схватања, да је кривична одговорност претпоставка кажњавања учиниоца кривичног дела, које је прихваћено од већине теоретичара (3), постоји и схватање, по коме је претпоставка кажњавања кривња (4). И кривња је категорија субјективног карактера, али по питању ширине њене обухватности, постоји уже и шире схватање. По ужем схватању, кривња обухвата урачунљивост и виност, што је чини еквивалентном кривичној одговорности (5). Шире схватање, садржински смисао кривње проширује на

(1) Такође, познато је да приоритетно превентивно деловање у контексту друштвене борбе против криминалитета, подразумева висок степен развоја и стабилност друштвено економских односа једне заједнице.

(2) За разлику од овог схватања, постоји и шире, објективно-субјективно схватање кривичне одговорности, које је заступао Т. Живановић. Види више о томе: Т. Живановић, *Основи кривичног права Краљевине Југославије - општи део*, II, Београд, 1937.

(3) Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, Б. Чејовић, Ј. Таховић, Љ. Јовановић и Ђ. Марјановић.

(4) Ф. Бачић, Љ. Бавцон, С. Франк.

(5) "Кривња обухвата комплекс претпоставки о томе када једно протуправно дијело може субјективно бити приписано учиниоцу... Крив је онај учинилац који је урачунљив, а дијело је остварио са умишљајем или из нехата, при чему је свијестан или је могао бити свијестан протуправности свог дијела... Да би дошло до оцијене о кривњи мора се, према техници данашњег закона најпре, као претходно питање утврдити постоји ли способност за кривњу (урачунљивост), а затим стварна скривљеност (умишљај, нехат,

целокупну личност учиниоца и кривично дело, а тако широко схватање оправдано се може критиковати.

Урачунљивост је компонента кривичне одговорности. Представља психичко стање учиниоца у време извршења кривичног дела које омогућује свесно и вољно деловање, односно, нормално и несметано обављање психичких функција изражених кроз способност схватања значаја дела и способност управљања поступцима. Нормална реализација ових способности је и претпоставка за успостављање одређеног односа према учињеном кривичном делу.

Међутим, у савременој кривичноправној теорији издвајају се различита мишљења везана за поједина питања урачунљивости.

Између осталих, има и мишљења да урачунљивост није саставни део кривичне одговорности, у смислу основа виности, него да је урачунљивост општи, претходни услов за постојање кривичне одговорности (6).

Даље, постоји и мишљење које у својој основи негира појам урачунљивости у кривичном праву. Наиме, ово мишљење се заснива на ставу да је институт урачунљивости проблематичан у својој концепцији јер не представља нешто реално, него "апстрактно логичку дедукцију и конструкцију". При томе се истиче да су још римски јуристи сматрали да не треба кажњавати душевне болеснике, али данас није довољно да неко буде душевно болестан да би био изузет од кривичне одговорности. Осим постојања душевне болести, данас се захтева и "вредносни суд" који на основу децидираног става дешавања психијатра у вези психичког стања учиниоца, формира судија (7).

Сматрамо да је постојећа концепција урачунљивости, иако се у потпуности не поклапа са стварношћу и категоријама којима оперишу психијатрија и психологија, последица система субјективне кривичне одговорности који је прихваћен у савременом кривичном праву. Отуда, урачунљивост учиниоца говори нам да је он у време извршења кривичног дела могао бити и био свестан свога дела, односно могао управљати и управљао својом вољом.

То што је урачунљивост одређена кроз постојање психичких способности схватања значаја дела и управљања поступцима, чини је подложном степеновању. Односно, урачунљивост може бити присутна у већем или мањем интензитету, јер се код појединца, у време извршења кривичног дела, способност схватања значаја дела и способност управљања поступцима могу остваривати у различитом индивидуално опредељеном степену.

Стога, закључујемо да урачунљивост одређена као компонента кривичне одговорности, представља "стање у коме постоји могућност за свесно деловање човека. То значи да постоји могућност правилног схватања збивања у себи и око себе и могућност предузимања радњи у сагласности са постављеним условима. Ова могућност постоји код сваког оног човека, код кога постоји моћ правилног, несметаног и потпуног расуђивања и одлучивања" (8). "Урачунљивост има у виду "нормалне особе" које су у стању да схвате значај дела и да могу управљати својим поступцима. Та се способност може изгубити код појединца који је такав да одступа од нормалних особа". Ипак, претпоставка је да је сваки одрастао човек урачунљив, "зато закон и

свијест о протуправности." Ф. Бачић, *Кривично право, опћи део*, Загреб, 1980, стр. 222-225.

(6) Види више о томе Ђ. Јовановић, *Кривично право, општи део*, Београд, 1978, стр. 169.

(7) Јб. Бавцон, *Неки теоретски проблеми кривичне одговорности*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1965, стр. 21.

(8) А. Срзентић, Н. Стајић, Јб. Лазаревић, *Кривично право, општи део*, 1987, стр. 187.

дефинира неурачунљивост, а не даје дефиницију саме урачунљивости. Овакав приступ одређивања ових појмова више користи пракси, где се уопште не утврђује урачунљивост, већ само изузетно, ако је то потребно - неурачунљивост" (9).

Постојање неурачунљивости утврђује се применом мешовитог биолошко/психолошког метода. Наиме, потребно је установити да у време извршења кривичног дела, услед "трајне или привремене душевне болести, привремене душевне поремећености или заосталог душевног развоја" учинилац "није могао схватити значај свог дела или управљати својим поступцима" (10). Односно, да је учинилац био лишен способности расуђивања или способности одлучивања.

Неурачунљивост се процењује у односу на време извршења кривичног дела и у односу на конкретно кривично дело. Такав учинилац није кривично одговоран, а уколико су испуњени законом прописани услови суд ће му изрећи одговарајућу меру безбедности медицинског карактера.

Поред урачунљивости и виност је компонента кривичне одговорности (11). Представља психички однос учиниоца према кривичном делу. Тај психички однос сигурно, веома је сложен, ипак, његови најзначајнији елементи су свест и воља.

Виност одређена као психички однос учиниоца, односно његове свести и воље према кривичном делу, манифестује се кроз два облика: умишљај и нехат.

Једнако као урачунљивост, и виност је подложна степеновању. Наиме, степен виности опредељен је тиме да ли су и у ком интензитету постојали свест и воља учиниоца у односу на извршено кривично дело. При томе, Законом је прописано да за кривично дело учињено са умишљајем увек постоји кривична одговорност, а за нехатно кривично дело само када је то посебно предвиђено (12). Сматрамо да је на овај начин законодавац начелно извршио и степеновање виности. Међутим, исто није учињено у погледу самог умишљаја и нехата, већ је начин њиховог дефинисања такав, да је то препуштено судској пракси.

Тако, директни и евентуалан умишљај се разликују по вољном елементу. Наиме, код директног умишљаја учинилац хоће кривично дело, а код евентуалног пристаје на наступање забрањене последице. Из законске формулације јасно се види да је воља степенована кроз "хтење" и "пристајање". Међутим, правилним тумачењем сазнајемо да се директни и евентуални умишљај разликују и по интелектуалном елементу тј. елементу свести. Наиме, код директног умишљаја учинилац је "био свестан дела", а код евентуалног умишљаја "био је свестан да услед његовог чињења или нечињења може наступити забрањена последица". Отуда, видимо да је степен извесности у погледу наступања последице различит у једном и другом случају. Стога, све наведено говори у прилог чињеници да је директни умишљај тежи облик виности у односу на евентуални умишљај.

Даље, свесни и несвесни нехат имају заједничко одсуство вољног елемента у односу на наступање забрањене последице, а њихово разликовање врши се на основу интелектуалног елемента тј. елемента свести, који код свесног нехата постоји, а код несвесног нехата не. У том смислу, свесни нехат је тежи облик виности у односу на несвесни нехат.

На основу свега наведеног очигледно је да се виност учиниоца кривичног дела може испоштити у различитом интензитету и на тај начин одредити степен његове кривичне одговорности.

(9) Ф. Бачић, *op. cit.*, *Кривично право...*, стр. 241.

(10) Кривични закон СРЈ, члан 12. став 1.

(11) Кривични закон СРЈ, члан 11, став 1.

(12) Кривични закон СРЈ, члан 11. став 2.

Даље, из разлога што урачуњљивост учиниоца у време извршења кривичног дела може бити присутна у већем или мањем степену, крајем деветнаестог века јавила се идеја о потреби успостављања посебног кривичноправног статуса за смањено урачуњљиве учиниоце кривичних дела. Настанак ове идеје, углавном се везује за учење неокласичне школе кривичног права, иако је несумњив и претходни допринос позитивне школе кривичног права. Наиме, у контексту борбе против криминалитета учење ових школа ставило је личност учиниоца кривичног дела у центар интересовања кривичноправне теорије и праксе. Осим тога, афирмацији ове идеје допринео је са једне стране, снажан напредак медицине уопште, а посебно психијатрије, а са друге, развој кривичноправне мисли и праксе у правцу формулисања основа који омогућавају проширење простора за индивидуализацију кривичних санкција. Тако је постепено уочавана потреба за хуманијим друштвеним ангажманом када су у питању учиниоци кривичних дела, који не спадају у категорију неурачуњљивих, али је сигурно да одређена својства њихове личности, рефлектована кроз учињено кривично дело, нужно се манифестују и на степен кривичне одговорности.

У југословенском кривичном законодавству смањена урачуњљивост као основ посебног кривичноправног статуса учиниоца егзистира у виду *битно смањене урачуњљивости*. На овај начин је из ширег контекста смањене урачуњљивости, која постоји у сваком случају када урачуњљивост одступа од нормалне, просечне, издвојена категорија оних учиниоца код којих је смањење урачуњљивости остварило карактер "битног". Једино тада, смањена, односно, битно смањена урачуњљивост може довести до заснивања посебног кривичноправног статуса, преко могућности блажег кажњавања оваквих учинилаца.

Битно смањена урачуњљивост учиниоца кривичног дела утврђује се, на исти начин као и неурачуњљивост, мешовитим биолошко/психолошким методом. Отуда, постоји уколико је код учиниоца у време извршења кривичног дела "способност да схвати значај свог дела или способност да управља својим поступцима била битно смањена" (13), услед постојања неког од поремећених психичких стања која представљају биолошки основ неурачуњљивости.

Стога, битно смањена урачуњљивост је једнако као и неурачуњљивост, односно урачуњљивост кривичноправни појам чија је основа биолошко-психолошког карактера. Међутим, битно смањена урачуњљивост има сличности, али и разлике у односу на урачуњљивост и неурачуњљивост.

Разлика између битно смањене урачуњљивости и урачуњљивости је како у биолошким, тако и психолошким компонентама. Наиме, урачуњљивост претпоставља душевно нормално стање и несметано одвијање психичких функција, изражених кроз способност схватања значаја дела и способност управљања поступцима. Супротно, биолошки основ битно смањене урачуњљивости представља душевно поремећено стање. Затим, код битно смањеног урачуњљивог учиниоца, као и код урачуњљивог, постоји способност за реализацију релевантних психичких функција, али је битно умањена. Отуда, битно смањеног урачуњљивог учиниоца јесте урачуњљив, али у битно мањој мери него што је просечна урачуњљивост (14). Стога, битно смањеног урачуњљивог учиниоца је као и "потпуно" урачуњљивог учиниоца

(13) Кривични закон СРЈ, члан 12. став 2.

(14) "Из налаза и мишљења вештака неуропсихијатра суд је утврдио да је оптужени у време извршења кривичног дела био урачуњљив без обзира на чињеницу да је био под утицајем алкохола, али је његова способност схватања значаја својих дела и способност управљања својим поступцима била битно смањена." Пресуда Општинског суда у Лозници К719/93, донета 18.11.1993. године (*Пресуда је одабрана системом случајног узорка*).

кривично одговоран. А, његова битно смањена урачунљивост представља факултативни основ за блаже кажњавање.

Разлика између битно смањене урачунљивости и неурачунљивости је у психолошким компонентама. Наиме, биолошка основа им је иста, то је душевно поремећено стање. Међутим, то стање код неурачунљивости у потпуности онемогућује способност схватања значаја дела или способност управљања поступцима, а код битно смањене урачунљивости, наведене способности, које су присутне код учиниоца, само битно смањује. Међутим, и поред заједничке биолошке основе кривичноправни статус битно смањено урачунљивог учиниоца је квалитативно различит од кривичноправног статуса неурачунљивог учиниоца. Тако, у првом случају постоји кривична одговорност учиниоца, уз могућност блажег кажњавања, а у другом, кривична одговорност је искључена.

Питање оправданости постојања категорије смањено, односно битно смањено урачунљивих учинилаца и њиховог посебног кривичноправног статуса довело је у теорији до формирања различитих ставова, који иду од истицања неопходности постојања ове категорије учинилаца, до потпуног негирања.

Тако, има аутора који се оштро противе успостављању посебног кривичноправног статуса за битно смањено урачунљиве учиниоце. Отуда, мишљење је да издвајањем ове категорије учинилаца "себи смирују савест и судије и психијатри" (15).

Битно смањена урачунљивост спада у ред оних проблема који се налазе у флуидној зони спајања кривичног права са другим, ванправним наукама и стога не чуди интересовање које изазива, као и постојање опречних мишљења. Ипак, наше мишљење је да је постојање категорије битно смањено урачунљивих учиниоца оправдано. Наиме, сматрамо да се не треба плашити психијатризације кривичног права. Психијатрија и психологија су науке о човеку, о његовом психичком животу. Стога, кривично право треба да уважава знања до којих долазе ове науке јер је и фокус интересовања кривичног права усмерен на човека. Истина, на човека који је учинио кривично дело, али ипак, човека. Отуда, кроз одредбе кривичног права треба дати адекватан значај одређеним психичким стањима и њиховим дејствима на психичке способности учиниоца, манифестовањем кроз кривично дело. Мишљења смо да издвајањем категорије битно смањено урачунљивих учинилаца кривично право уважава реалност имајући у виду вишедимензионалност и индивидуалност психичког живота човека, који се огледа кроз његово понашање, однос према другим члановима заједнице, а у том смислу и кроз вршење кривичног дела.

Међутим, за разлику од битно смањене урачунљивости, ако је у време извршења кривичног дела *урачунљивост учиниоца била смањена, али не битно*, не постоји могућност блажег кажњавања, већ је ова околност релевантна као олакшавајућа у контексту степена кривичне одговорности учиниоца.

Наиме, када суд одмерава казну учиниоцу у законом прописаном оквиру, то чини имајући у виду сврху кажњавања и узимајући у обзир све околности које утичу да казна буде мања или већа. Закон посебно наводи одређене околности, олакшавајуће/отежавајуће, које су при томе релевантне. Једна од њих је и степен кривичне одговорности учиниоца, који је, као што смо видели, одређен степеном урачунљивости и степеном виности (16).

Отуда, *битно смањена урачунљивост и смањена урачунљивост* која није "битна" имају заједничко то да је у оба случаја у питању смањење урачунљивости, односно постојању одређеног одступања у односу на просе-

(15) Љ. Бавцон, *op. cit.*, Неки теоретски проблеми..., стр. 24.

(16) Кривични закон СРЈ, члан 41. став 1.

чну урачунљивост. Наиме, и у једном и у другом случају способност схватања значаја дела или способност управљања поступцима је смањена у односу на ове способности код просечно урачунљивих лица. Међутим, код битно смањене урачунљивости смањење је остварило карактер "битног" и има значај основа који даје могућност блажег кажњавања. А, сва остала смањења урачунљивости релевантна су у контексту степена кривичне одговорности, у својству олакшавајуће околности.

Потом, смањена урачунљивост која није "битна", утврђује се на исти начин као и неурачунљивост и битно смањена урачунљивост, а то је мешовитим биолошко/психолошким методом.

Међутим биолошки основ смањене урачунљивости не представљају једино поремећена психичка стања која су релевантна за настанак неурачунљивости, односно битно смањене урачунљивости. Наиме, биолошки основ смањене урачунљивости осим привремене или трајне душевне болести, привремене душевне поремећености или засталог душевног развоја чине и одређена психичка стања која не спадају у ове категорије, него по својој природи представљају одређене особине личности учиниоца. Углавном су то психопатије, неурозе, лакше деменције, емоционално узбуђење и слично (17).

Отуда, у теорији има мишљења да смањена урачунљивост постоји углавном, у свим оним случајевима који се налазе у празном, недефинисаном простору између урачунљивости и битно смањене урачунљивости, где спадају сви они који су урачунљиви, али њихове интелектуалне и вољне способности одступају у одређеној мери од просечних (18).

Као што видимо, разлика између смањене и битно смањене урачунљивости није једино у квантитету смањења релевантних психичких способности учиниоца, већ и у различитом биолошком основу њиховог настанка. Наиме, шири је круг психичких стања која могу довести до смањене урачунљивости јер ту спадају и одређена својства личности учиниоца која су таквог карактера да могу умањити његову способност схватања значаја дела или способност управљања поступцима (19).

Смањена урачунљивост је, као што смо навели, при одмеравању казне у закону прописаном оквиру, релевантна као олакшавајућа околност у контексту степена кривичне одговорности учиниоца (20). Међутим, сма-

(17) "... и да је код општуженог просечан ниво интелектуалне способности, као да су воља и вољна делатност, као и нагон и нагонска делатност без приметних одступања од нормале и да оптужени не показује знаке било каквог трајног или привременог обољења или знаке душевне поремећености. У време извршења кривичног дела био је емоционално узбуђен те је због емоционалне узбуђености његова могућност да управља поступцима била смањена до битног, али не и битно смањена." Пресуда Окружног суда у Смедереву К.50/93, донета 5.11.1993. године (*Пресуда је одабрана системом случајног узрака*).

(18) Н. Мићановић-Павелић, *Олакшавајуће и отежавајуће околности при одмеравању казне*, Докторска дисертација, Београд, 1981, стр. 200.

(19) Наиме, неуропсихијатријским вештачењем утврђено је да оптужена не показује знаке било ког трајног или привременог душевног обољења, а ни знаке привремене душевне поремећености. Она по свом умном развоју спада у особе са скромним интелектуалним потенцијалима. По структури своје личности је едукативно заостала, примитивна и преосетљива особа. Због поремећених породичних односа дуже време је била у стању хроничног страха, неизвесности и депресивног расположења. У неповољним конфликтним ситуацијама склона је да привремено психотично реагује. У време извршења кривичног дела била је способна да схвати значај свог дела и управља својим поступцима али је урачунљивост била умањена до битног, али не и битно." Пресуда Окружног суда у Смедереву К.23/92, донета 13.7.1992. године (*Пресуда је одабрана системом случајног узорка*).

(20) "Приликом одлучивања о казни суд је од олакшавајућих околности имао у виду да је оптужени неосуђиван, да је породичан човек, отац седморо пунолетне дече,

њена урачунљивост, уколико су испуњени законом прописани услови, може бити релевантна и у контексту других "особито олакшавајућих околности," које представљају факултативни основ за блаже кажњавање (21).

Међутим, однос битно смањене и смањене урачунљивости отвара веома сложено питање квантификације урачунљивости, односно њеног смањења (22). Наиме, закон нигде не даје критеријуме разграничења, нити одређује када смањена урачунљивост прераста у битно смањену урачунљивост. Одговор на ово питање треба да пружи судска пракса, а при томе, суд је у великој мери упућен на вештака психијатра. Ово, опет отвара нови низ проблема, који наравно, заслужују посебну пажњу.

слабог имовног стања, и да је кривично дело извршио у стању интензивног емоционалног узбуђења и да је његова могућност да управља поступцима била смањена..." Пресуда Окружног суда у Смедереву К.50/93, донета 5.11.1993. године.

"Од олакшавајућих околности суд је имао у виду да је оптужени млад човек... да је способност оптуженог у време извршења кривичног дела да схвати значај својих дела и да управља својим поступцима била смањена, али не битно и да се искрено покајао." Пресуда Окружног суда у Смедереву К.49/93, донета 13.10.1993. године (*Пресуде су одабране системом случајног узорка*).

(21) Кривични закон СРЈ, члан 42. став 2.

"Приликом одмеравања казне суд је ценио степен кривичне одговорности оптужене као и друге околности... Од олакшавајућих околности суд је имао у виду... да су јој способности да схвати значај свог дела и његове последице били смањени до степена битног... Ценећи наведене олакшавајуће околности као и степен друштвене опасности кривичног дела суд је применом члана 42. и члана 43. Кривичног закона СРЈ нашао да ове околности имају значај особито олакшавајућих околности па је уместо законом забрањене казне..." Пресуда Окружног суда у Смедереву К.56/93, донета 29.6.1994. године (*Пресуда је одабрана системом случајног узорка*).

(22) "Осим тога је наведено да је она због поремећених породичних односа у дужем времену била у стању хроничног страха јаког интензитета, неурачунљивости и депресивног расположења, изнето је и мишљење да је оптужена у време извршења кривичног дела била у стању страха због чега су њена способности да схвати значај свог дела и његове последице, као и могућност да управља својим поступцима били смањени али не битно." Пресуда Окружног суда у Смедереву К.56/93, донета 29.6.1994. године.

"... да је у моменту извршења кривичног дела оптужена због страха за свој живот била у стању привремене душевне поремећености и због чега је њена способност да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима била битно смањена..." Пресуда Врховног суда Србије Кж. 363/91, донета 20.6.1991. године (*Пресуде су одабране системом случајног узорка*).

Горан Дајовић,
студент последипломских студија

ПОЈАМ ВАЖЕЊА И ОБАВЕЗНОСТИ ПРАВА У ТЕОРИЈИ ПРАВА РАДОМИРА Д. ЛУКИЋА

Скоро шездесет година професор Лукић се бави правом. На овај или онај начин, посредно или непосредно, право је увек у центру његове научне активности. Од тог центра се проф. Лукић понекад мање или више удалио, али га до данас није напустио. Повремено, али значајни подухвати у проучавању области морала, друштва, политике, државе су својим резултатима, између осталог, употпунили сазнања и о самом праву. А ту тежњу ка потпуном знању, ка проучавању целине феномена налазимо и у самој правној теорији проф. Лукића. Она је свестрана и "разуђена" у мери у којој је и само право "разуђен" и сложен феномен. Иако је његова дефиниција права означена као нормативна, што је у одређеном смислу и тачно, проф. Лукић не може бити сврстан међу такозване нормативисте (1). Наиме, већ на самом почетку своје професорске каријере он је наглашавао потребу афирмације социолошко-правне науке и социолошког проучавања права уопште (2). Такође, проф. Лукић није штедео труда да право и филозофски утемељи, тј. да га и са метаправне тачке гледишта проучи. Све ово је методолошки засновао на начелу да "сложеност права нужно води сложености његове методологије, и о томе се мора водити рачуна ако се оно жели заиста научно обрађивати" (3). Све у свему, уочава се један потпун и "синтетичан" приступ проблему права. Међу разлозима који су ме определили да управо схватање проф. Лукића о важењу и обавезности права прикажем и анализирам, управо је најважнији овај "синтетички" приступ праву. Такав приступ је од особитог значаја за појаве као што су важење и обавезност у којима се сложеност и вишедимензионалност правних феномена испољавају као њихове битне карактеристике. Следећи разлог је у томе што постоји једна "едукативна" вредност коју поседују дела проф. Лукића. За почетника (али не само за њега) у теорији права од велике је користи да се сретне, упозна и замисли над идејама проф. Лукића. Оне су јасне, оштре (чак и када су "нијансиране", оне имају те оштрине - што значи да се не преплићу, не "сударају" се и не преклапају различити појмови и њихови саржаји), прецизно логички

(1) Уп. Мелита Дундић, *Нормативна дефиниција појма право*, "Зборник за теорију права", свеска III, уредник Радомир Д. Лукић, Београд, 1987, стр. 358-364; Марјан Раваћник, *Појмованије права у југословански теорији права*, "Зборник за теорију права", свеска IV, уредник Радомир Д. Лукић, Београд, 1990, стр. 162-163.

(2) Види приступно предавање које је проф. Лукић одржао на Правном факултету у Београду 18.12.1940. године под насловом *О појму социологије права*, "Архив за правне и друштвене науке", књига XLII (LIX), стр. 175-203.

(3) Уп. Радомир Д. Лукић, *Методологија права*, Београд, 1977, стр. 106.

изведене и међусобно уравнотежене. Оне не само да подучавају својим садржајем, већ и убеђују у своју исправност уверљивим и убедљивим образложењима. Коначно, није без значаја и чињеница да је сасвим скоро (1992) изашла нова књига проф. Лукића ("Систем филозофије права") која је већ добила веома ласкаве оцене (4). Ове оцене праћене су позивима за "даља и дубља" проучавања и истраживања идеја и момената који су њен предмет. На овај начин, тим позивима се скромно одазивам.

I. ГЛЕДИШТА ПРОФ. ЛУКИЋА О ПОЈМУ ВАЖЕЊА (ОБАВЕЗНОСТИ)

1. Важење

Проф. Лукић схвата важење као особено својство, атрибут који се додаје одређеним исказима, одређеним мислима. "Важење је однос исказа према нечему другом на шта се исказ односи у коме исказ делује на одређени начин према другој страни у односу" (5). Такво важење имају истине, вредности, норме. За истине проф. Лукић каже да важе у смислу да се *нужно* морају уважавати. Ипак, много више пажње он посвећује важењу вредности и норми. Оно је од исте врсте а овде ће бити речи само о важењу норми - јер је важење права подврста важења норми. Норма важи на тај начин што захтева да буде остварена. Или другачије речено, она важи у смислу да *обавезује људе на одређено понашање*. Због тога је важење норме "активно, делатно постојање" (али оно није у нужној вези са применом норме, тј. стварним постојањем норме, јер начелно важи и норма која се не примени). Сама "природа норме се нужно изражава у њеном важењу" (6), или још прецизније "суштина норме је у њеном важењу - оно што не важи није норма" (7). А суштина самог важења норме, како је и напред речено, је у обавезности тј. у захтеву да се човек понаша по важећој норми. Дакле, може да се уочи повезаност, чак и велика "сродност" између важења и обавезности. У прилог томе ево још неколико реченица проф. Лукића: "... вредност важи за нас, што значи да нас обавезује на акцију, да је остваримо, она је обавезујућа" (8); "позитивно право... важи, тј. обавезује људе на одређено понашање" (9); "исказ да једна норма важи... садржи прећутну тврдњу да обавезује оног који треба да учини оно што она наређује" (10). И поред очевидне блискости, проф. Лукић подвлачи да ипак ова два појма треба разликовати. Он каже да "из важења норме потиче њена обавезност, али она није истоветна с њом" (11). На питање зашто је једна норма обавезна могао би се додуше дати одговор: зато што важи. Али зашто норма важи? Према проф. Лукићу управо на том питању налази се и тачка где треба разликовати појам важења од појма обавезности. Наиме, "... норма важи с гледишта *логичко-нормативног*, под одређеним условима" (12). Дакле, постоји очевид-

(4) Уп. приказе проф. С. Врачара и проф. Б.С. Марковића о књизи "Систем филозофије права" у "Анали Правног факултета у Београду", бр. 3-4/1993.

(5) В. Радомир Д. Лукић, *Систем филозофије права*, Београд, 1992, стр. 326.

(6) В. Радомир Д. Лукић, *Појам права*, "Зборник за теорију права", свеска II, уредник Радомир Д. Лукић, Београд, 1982, стр. 6.

(7) В. Радомир Д. Лукић, *Нацрт филозофије права*, "Зборник за теорију права", свеска IV, стр. 19.

(8) В. Радомир Д. Лукић, *Обавезна снага правне норме*, "Преображаји идеје права" (хрестоматија), приредио Данило Н. Баста, Београд, 1991, стр. 288.

(9) В. Радомир Д. Лукић, *Нацрт филозофије права*, стр. 19.

(10) В. Радомир Д. Лукић, *Појам права*, стр. 7.

(11) *Ibid.*, стр. 6.

(12) Норма не само да важи нормативно-логички, него управо и услови за њено важење произилазе из логике нормативног система. Сходно овоме, био је неуспео покушај проф. Лукића, учињен једном приликом (в. Р. Лукић, *Појам права*, стр. 6. и 9) да дозволи могућност да један од услова *нормативно-логичког важења* норме буде и њено стварно примењивање (нормативно регулисано). Ако би се чак такав захтев и утемељило

на разлика у пореклу између важења и обавезности. Такође, посматрано логички, важење је шири појам од обавезности. Обавезност је, наиме, само једна врста важења исказа. Постоји и "логичка нужност признавања његове истинитости" (важење истинитих исказа). Коначно, разлика је и у томе што "норма може важити, а да не обавезује никог све док се не појави случај за који је њена обавезност предвиђена". Иако је и важење и обавезност схватио као нормативне појаве (13), чини се да проф. Лукић види важење као појам који је више окренут унутрашњој нормативној логици система (14), а обавезност као појам који свој садржај (захтев за одређеним понашањем) поставља ван система. У том смислу важење једне норме може проистећи само из једне друге више норме и утолико се ради о важењу које је нормативно-логичко и које зато обавезује.

2. Важење права

Важење у праву значи "да норма треба да буде примењена" (15), тј. важење је "деловање исказа тако да он обавезује" (16). Попут других нормативних система дакле и право *обавезује* на поштовање својих норми. Сходно томе, у праву долази до примене санкције у случају прекршаја важеће норме. "Право које не би важило противуречност је по себи" и зато је важење суштинска особина права. Све ово односи се на позитивно право и све ово га не издваја од других система норми, који су такође важећи, обавезујући и гарантовани санкцијама. Но, за разлику од, на пример, природног права позитивно право је и *реална* (а не само нормативна) појава. У самом свом одређењу позитивно право је "право које се врши", које се примењује, то је "*стварно постојеће* право" (17). Без позитивности право не постоји. А право као реалну појаву препознајемо у његовој друштвеној и у његовој психичкој егзистенцији, што значи да се оно јавља с једне стране као друштвена појава у међуљудским односима а с друге стране као садржај људске свести. Дакле, норма као нормативна појава и норма као психичка и друштвена појава, то су две (три) стране бића права. Сходно овоме, проф. Лукић сматра и да важење у праву може имати два смисла (18):

- *Правно*, нормативно важење. За разлику од важења других норми, правно важење је "формализовано, тј. тачно је одређено кад оно почиње и кад престаје" (19). Даље, правно важење није реална појава која се може везати за реалне процесе, него је идеална појава. То је "идеална егзистенција особене норме као захтева да норма буде примењена" (20). То значи да се важење "не везује за актуелну свест" тј. норма *правно* не важи зато што се појављује у актуелној свести. Она правно важи чак и кад субјект не зна за њу, чак и кад нико не мисли да важи. Ипак, проф. Лукић сматра да је "идеално... важење права као људске творевине друге врсте од идеалног...

нормативно, он би био антитетичан, јер не би могао да разреши противречност насталу његовим непримењивањем, тј. не би одговорио на питање да ли он сам важи или не.

(13) В. Радомир Д. Лукић, *Појам права*, стр. 6.

(14) Постоји додуше из ранијег периода и другачији став од овога, в. Радомир Лукић, *Теорија државе и права II*, Београд, 1958, стр. 37.

(15) В. Радомир Д. Лукић, *Систем филозофије права*, стр. 326; в. Радомир Д. Лукић, *Право као идеална (идеална) појава*, "Зборник за теорију права", свеска III, стр. 41.

(16) *Ibid.*, стр. 326.

(17) Проф. Лукић ипак скреће пажњу да се "позитивношћу у смислу стварног примењивања... не брише елемент нормативности права који остаје суштински његов елемент. Позитивност се управо и односи на норму - постоји норма која обавезује и која је санкционисана и само она може бити позитивна".

(18) В. Радомир Д. Лукић, *Систем филозофије права*, стр. 328.

(19) В. Радомир Д. Лукић, *Право као идеална (идеална) појава*, стр. 29, 41.

(20) В. Радомир Д. Лукић, *Систем филозофије права*, стр. 351.

важења објективно, по себи постојећих појава, какви су објективни закони, природни или математички, или друге истине. Оно није тако ни тако поуздано у свом постојању... Али изгледа да га ипак морамо признати, јер је тешко замислити да право... постоји са прекидима, да се појављује само када дође у свест, а да га иначе нема" (21). Последица ове идеалности правног важења - а то проф. Лукић у више наврата истиче (22) - је да *правна норма важи непрекидно*. Истина, може се признати да је овако идеално, објективно, непрекидно важење једна правна фикција. Али, то је тако само са аспекта реалности, док је правно важење чисто правна појава којој само право одређује трајање и садржај.

Како се види, право као нормативна идеална појава постоји непрекидно и непрекидно важи без обзира на свест својих адресата. Али напред је већ речено да је позитивно право "иако у суштини идеална појава" везано за реалност у којој обавезује на одређено понашање. Зато се намеће питање како право у тој реалности обавезује, како и када оно фактички, стварно "важи". Тако долазимо до:

- *Стварног*, фактичког важења. Оно се састоји "у одговарајућем понашању људи, тј. у признавању важења (23) одређеним нормама" (24). Као психичка и друштвена појава право постоји, односно важи, ако и када је присутно у свести и понашању људи. Али нити је оно увек у свести, нити се људско понашање непрекидно оријентише спрам важеће норме. Зато правна норма у стварности постоји (и важи) са прекидима. Међутим, уколико норме уопште нема у свести људи, она "са гледишта стварности и не постоји". Уколико се појављује у свести, али без "одговарајућег осећања људи да их обавезује, онда она, додуше, постоји али не као правна норма" (25) него као обична мисао. "Да би постојала (важила са гледишта стварности - Г.Д.) као правна норма, она мора бити праћена свешћу о обавезности" (26). Ипак, проф. Лукић упозорава да ово не значи да треба порећи правно важење тако што ће се оно огласити за голу апстракцију или рационализацију одређених психичких чињеница (27). Напротив, реалистички се важење може схватити само као стварно мишљење људи (које се повремено појављује у свести тих људи) да их нека норма обавезује. Тако схваћено, оно не може да објасни правну појаву важења као непрекидног постојања норме. Ту реално важење долази до своје границе.

За науку је међутим много важнији утицај реалности (тачније реално "важећег" права) на само *постојање* правно важећег права. Другим речима, питање је како стварно "важење" утиче на правно важење или једноставније, како примена (ефикасност) права, делује на његово правно-норматив-

(21) *Ibid.*, стр. 345-346; Само на једном месту је проф. Лукић по овом питању био мање одређен, али и то чини се више размишљајући "у себи" (уп. Р. Лукић, *Појам права*, стр. 8).

(22) Уп. Радомир Д. Лукић, *Појам права*, стр. 8, 11; *Право као идеална (идеелна) појава*, стр. 37; *Нацрт филозофије права*, стр. 18; *Систем филозофије права*, стр. 328, 346, 347, 351.

(23) В. Радомир Д. Лукић, *Појам права*, стр. 8.

(24) "Треба истаћи да се не усвајају само моралне норме него и све друге" (в. Радомир Д. Лукић, *Социологија морала*, Београд, 1982, стр. 185.).

(25) В. Радомир Д. Лукић, *Појам права*, стр. 11.

(26) *Ibid.*, стр. 11.

(27) Проф. Лукић критикује овакав екстремни правни реализам (в. *Систем филозофије права*, стр. 351 као и *Право као идеална (идеелна) појава*, стр. 40). Ради куриозитета треба споменути да је проф. Лукић, истина давно, и сам био на сличним позицијама тврдећи да "формално-правни појам важења норме није ништа друго до једна апстракција, изведена из масе појединачних садржаја свести људи да односна норма обавезује, важи. Специфична егзистенција норми, која се уобличава у њеном важењу, само је један начин *стварне* а не идеалне егзистенције, то је *психичка* егзистенција". (в. Радомир Лукић, *Теорија државе и права II*, стр. 37).

но постојање (28)? Ово се питање поставља стога што се право као нормативна појава (правно важеће право) не поклапа, нити се и може потпуно поклопити са правом као друштвеном односно психолошком појавом (стварно "важеће" право) (29). Наиме, "људи не морају имати свест да их заиста обвезује она правна норма која, с *нормативног* (курзив Г.Д.) гледишта, за њих важи, односно обвезује их, као што се и не морају понашати сходно таквој норми, тј. примењивати је" (30). Проф. Лукић овај однос између правног и стварног "важења" изражава следећим речима: "... позитивно право је оно које важи (правно-нормативно, Г.Д.) и које се примењује у мери која не укида његово важење" (31). Овај свој став он образлаже чињеницом да фактичко непримењивање може норму "убити", тј. учинити је неважећом. Начелно гледано, важење може да се разликује од примене норме. Међутим, у случају дугог непримењивања норма "умире" упркос томе што формално-правно и даље важи. Она једноставно "нестаје и уместо ње остаје само обичан исказ без икакве нормативности" (32) (наравно, подразумева се да се не ради о норми чији услови примењивања нису ни наступили, јер непримењивање норме постоји само у случају када је норма требало да буде примењена, а она се ипак не примени). Примена права има овако одлучан утицај на само право, зато што право, поред своје идеалне стране има и "јаку меру реалности", а као што се види, и зависности од ове. Право је и "друштвена творевина која служи за регулисање друштвеног живота и која губи своју практичну суштину, ако се не примењује" (33). Само из реалних чинилаца (човек, друштво) може да настане правна норма као идеални вид права. Иако је суштина права као норме у идеалности, она сама себи дакле, није и не може бити узрок, *већ је производ реалног друштва*. "Зато право које изгуби своју реалност губи и своју правну идеалност" (34). И зато је правна идеалност жива, конкретна идеалност која "стварно влада друштвом", а ако то није тако, онда ни ње саме нема. Међутим, ово не значи да нестаје правна идеалност, тј. нормативност уопште, јер је нормативност "неотуђива особина права и она се не може укинути". Изгубила се и нестала само правна идеалност, тј. нормативност *одређеног* права, али се уместо прећутно укинуте норме створила нова (дакле, опет норма) (35).

Истини за вољу мора се рећи да је овде изнет став проф. Лукића о утицају примене права на правно важење норме само коначан резултат једне еволуције мишљења на чијем почетку налазимо и овакве мисли: "... невршење једне норме, поступање по њој супротној норми не може да јој поништи карактер позитивне правне норме" (36); "иако се не примењује (норма) је у сваком случају део права... а насупрот томе ако би се стално примењивала нека норма која није прописана, тј. која не важи, онда би њена примена остала противправна" (37). Ови ставови се образлажу потребама и

(28) Треба приметити да је ова релација фрагмент једне шире целине односа идеала и стварности, нормативног и фактичког, односа који је за право веома битан, јер је оно, како је већ речено и идеална и реална појава (в. Р. Лукић, *О појму социологије права*, стр. 185-189 и Р. Лукић, *Систем филозофије права*, стр. 361-362).

(29) В. Радомир Лукић, *Теорија државе и права II*, стр. 15; в. Р. Лукић, *Појам права*, стр. 12.

(30) В. Радомир Д. Лукић, *Појам права*, стр. 12.

(31) В. Радомир Д. Лукић, *Систем филозофије права*, стр. 328.

(32) *Ibid.*, стр. 327.

(33) В. Радомир Д. Лукић, *Право као идеална (идеална) појава*, стр. 38.

(34) В. Радомир Д. Лукић, *Систем...*, стр. 361.

(35) Уз све ово добро пристаје констатација Ђ. Тасића изречена, у другом контексту додуше, поводом докторске тезе професора Лукића: "Држећи се чињеница... он (Лукић) се труди да нађе места и оном што је идеално у праву". (в. "Архив за правне и друштвене науке" 1/1940, стр. 71-72).

(36) В. Радомир Лукић, *Теорија...*, стр. 283.

(37) В. Радомир Д. Лукић, *Појам права*, стр. 19.

захтевима правне сигурности и законитости. Ти захтеви треба да буду неприкосновени и ничим се не сме угрозити њихова функција и опстанак. Касније (38) проф. Лукић ипак прихвата могућност да норма може да престане да важи и изобичајавањем, али само ако је супротан обичај држава прихватила и ако дотично право предвиђа обичај као извор права. Тако се стиче и до наведеног актуелног става по којем је "право у основи друштвено дело јер га друштво самостално ствара и без државе, која га само признаје, као што га и укида против ње, што она такође мора признати" (39). Сада проф. Лукић не сматра да је правна сигурност неприкосновена вредност у праву. Наиме, правну несигурност која је изазвана фактичким "одумирањем" важеће норме, он сматра за друштво "мањим злом од примичивања норме коју јавно мњење одбацује".

3. Основ важења (обавезности) права

Расправа о важењу, обавезности, обавезној снази права, која би заобишла питање основа тог важења, *основа* те обавезности, била би непотпуна и недоречена. Јер, може се рећи без бојазни од претеривања да је ваљано решење проблема основа важења (обавезности) од суштинског значаја и за сам појам важења (обавезности). Проблем основа важења може се укратко одредити кроз питања: "зашто нас право обавезује или из којих разлога треба да се покорavamo праву" (40); који је то несумњиви основ (принцип) на којем се заснива обавезан карактер правне норме; зашто је једно требање нешто што треба да буде; коначно, примењујући дефиницију проф. Лукића о појму основа уопште (41), шта је крајњи (или почетни) узрок (42) који нужно изазива појаву каква је обавезност права (важење права). Када се из овог угла погледа, важење уопште се појављује као аутономно или као хетерономно. За аутономно важење је карактеристично да норма важи (обавезује) зато што је њен адресат *усваја* као своју. Основ аутономног важења норме је дакле *усвајање*, тј. прихватање норме или тачније речено, вредности коју та норма остварује, "прихватање вредности је основа, темељ реалне ефикасне нормативне обавезе". Овај начин важења имају моралне норме. Међутим, у својој докторској тези проф. Лукић је заступао став да је свака норма (према томе и правна) аутономно обавезујућа. Он ту вели да "нормативна обавезујућа снага борави у *нашој свести у сједињењу* (курзив Г.Д.) с вредношћу" (43) и да је, према томе, обавезна снага норме суштински субјективног порекла аутономна, а некад хетерономна. "Дакле и право *као норма* не може бити обавезујуће друкчије него нашим прихватањем ((не)посредним) вредности које оно остварује" (44). Спрам овог општег принципа, правна норма има само једну специфичност, али којом се тај принцип не пориче. Наиме, "карактеристика је обавезне снаге правне норме што она потиче врло често из неког посредног прихватања" (45) (проф. Лукић каже да аутохетерономно, посредно прихватање норме постоји кад адресат норме прихвата норму, не због вредности коју она непосредно остварује - чак се можда и не

(38) В. Радомир Д. Лукић, *Право као идеална (идеелна) појава*, стр. 38.

(39) В. Радомир Д. Лукић, *Систем...*, стр. 335.

(40) В. Ђорђе Тасић, *Зашто право обавезује*, Ђ. Тасић, "Избор расправа и чланака из теорије права", Београд, 1984, стр. 185.

(41) В. Радомир Д. Лукић, *Социологија морала*, стр. 289.

(42) Т. Живановић примењује (в. *Систем синтетичке правне филозофије*, III књига, Београд, 1959, стр. 669) да су позитивно правне норме акти људске воље о ономе што треба да буде, а нису природни закони о ономе што јесте. Зато их не треба само *објаснити* (свести на узрок) већ и *оправдати* их (зато он тражи основ и објашњења и оправдања права).

(43) В. Радомир Д. Лукић, *Обавезна снага правне норме*, стр. 295.

(44) *Ibid.*, стр. 298.

(45) *Ibid.*, стр. 299.

слаже са том вредношћу - већ због прихватања више вредности за коју је она само средство за остварење, или што се ауторитет који је прописао норму прихвата као једна вредност). Међутим, када правна норма није чак ни посредно прихваћена, а ипак се примењује, онда се ради о "материјалној чињеници која нема никакве везе са нормативном обавезујућом снагом" (46). Такво право које није прихваћено назива се *право чињеница*. Ипак, немогуће је да постоји право које нико не би прихватио (чисто право-чињеница), које не би било ни за кога право-норма.

Како је већ речено, ове ставове је проф. Лукић изнео у својој париској тези. Но, касније се приклонио мишљењу да право важи хетерономно. То значи да право важи "зато што норму објективно наређује неко други (а његова наредба је мисао нарочите врсте, заповест) (47), који јој придаје важење својом вољом и моћи, те она важи без обзира да ли је одговарајући субјект усваја или не" (48). Дакле, право обавезује и без пристанка обавезног, и то зато што то "наређује субјект који је *способан да обезбеди* његову примену" (49). Другим речима, основ обавезности права лежи у *факту* примене, тј. у ефикасности права. Овим проф. Лукић не оспорава да "норма важи само ако је створена, прописана од одређеног субјекта на одређени начин, који је прописан неком другом нормом" (50). Но, идући тако од норме до норме мора се доћи до устава, на основу којег важе све остале, ниже норме. Међутим, сам устав не може да обезује по нормативном основу, јер изнад њега не постоји виша норма, већ само по фактичком основу. Овај закључак проф. Лукић изводи из очигледне чињенице да "право постоји у реалном свету и да га у том свету стварају људи". Па кад људи могу да створе норму, они самим тим могу да јој придају и важење.

Да је основ обавезности права у његовој ефикасности, то проф. Лукић на више места подвлачи (51). Наиме, по њему "важење или обавезност правног поретка изводе се из његовог вршења или ефикасности" (52). "Устав јер је ефикасан, јер се поштује и јер прети санкцијом је сâм темељ своје обавезности" (53). Речју, "ефикасност је извор важења" (54). Ипак, чини се да ово није последња реч проф. Лукића о основу важења права. Наиме, одговарајући на питање зашто су баш одређене норме ефикасне, тј. зашто се оне примењују, проф. Лукић каже: "Темељ примене (ефикасности, Г.Д.) права... јер уверење у вредност права, уверење да је оно праведно, да га вреди применити" (55). Или на другом месту нешто другачије: "Право почива на нормама које се примењују из *убеђења* да су оне корисне, добре" (56). Овде имплицитно изражен став да је крајњи основ обавезности у свести о обавезности која постоји код одређених људи, још више поткрепљују следеће речи проф. Лукића. У одговору на питање када настаје (нова) норма у случају спонтаног

(46) *Ibid.*, стр. 293.

(47) Уп. Радомир Д. Лукић, *Систем...*, стр. 326 ("право важи хетерономно, као заповест").

(48) В. Радомир Д. Лукић, *Право као идеална (идеелна) појава*, стр. 41.

(49) *Ibid.*, стр. 39.

(50) В. Радомир Д. Лукић, *Појам права*, стр. 6.

(51) Супротан став који критикује крајности правног позитивизма в. у Р. Лукић, *Појам права*, стр. 19. Иначе у овом спису проф. Лукић за ефикасност изричито каже да "није јасно" шта је она, "да ли је то нека врста основа или је можда узрок престанка важења". На истом месту је покушано да се ефикасност и нормативно "уобличи", што је овде (в. фусноту 12) критиковано.

(52) В. Радомир Д. Лукић, *Теорија...*, стр. 282.

(53) В. Радомир Д. Лукић, *Систем филозофије права*, стр. 341.

(54) *Ibid.*: в. и Радомир Лукић, *Теорија...*, стр. 282.

(55) *Ibid.*, стр. 460.

(56) В. Радомир Лукић, *Теорија...*, стр. 98; слично и Р. Лукић, *Уз дискусију о праву и сили*, Зборник за теорију права, свеска III, стр. 352.

друштвеног настајања права, он вели да та норма настаје "чим је примењена први пут. Јер да не постоји свест (курзив Г.Д.) да треба да буде примењена, она и не би била примењена. А та свест је потврда да она постоји као норма" (57) (дакле, да има својство обавезности).

II. ОСВРТ НА НЕКЕ ИДЕЈЕ ПРОФ. ЛУКИЋА

Правно важење проф. Лукић схвата као "чисто идеалну појаву" која има своје објективно постојање. Главни аргументи за то су непрекидност важења, односно независност од (било чије) актуелне свести (норма *правно* важи и кад нико не мисли да она важи). Међутим, пошто се из овако схваћеног важења произашла објективна (идеална) обавезност не може поистоветити са оним што обавезност у стварности представља (58), проф. Лукић признаје да је она у ствари правна фикција која не одговара стварности. То је зато што је право "конструисано као потпун идеалан систем", који да би функционисао у реалном свету, мора појаве тог света да прилагођава свом правном облику. И то је сасвим тачно. Право заиста "прилагођава" стварност својим потребама, па чак је у извесној мери и "креира" по својим аршинима, мењајући појаве из стварности (правна фикција). Међутим, да једна реална појава, каква је подређеног воље адресата норме тој норми, може фикцијом бити "претворена" у идеалну појаву, тј. променити саму своју онтолошку суштину то изгледа да није могуће. Још мање је могуће да се правна фикција о непрекидном обвезујућем важењу тумачи као нешто што се и не односи на било какву појаву у реалности (каква је на пример поменута "фактичка обавезност"). То би онда значило да је идеалност објективног важења чиста творевина правне фикције (подразумевајући да се непрекидност правног важења сматра правном фикцијом и да је та непрекидност главна одлика и доказ идеалне, објективне обавезности права). Међутим, ако не знамо (а у то питање да ли знамо или не, овде се неће улазити) како постоје и да ли уопште постоје објективно идеалне појаве, па и важење норме, ова фикција ту ништа не може да дода нити одузме, да докаже нити да оповргне. Фикција има само функцију практичног средства у примени права. И она није ништа више од тога. Зато доказ у прилог објективног важења и из таквог важења проистекле објективне обавезности не може да буде правна фикција о непрекидности правног важења (59), јер она ту непрекидност не конституише (нити то може) већ је само "фингира", то јест свесно замишља да нешто што уистину није, постоји (све ово нико не значи порицање идеалности, идеалне стране права и у то питање се овде не улази, већ је само указано на неадекватну аргументацију у прилог идеалности и објективности нормативног важења и нормативне обавезности).

Са друге стране, када се ради о важењу као реалној појави, нужно је ради отклањања могућих забуна указати на извесну недоследност приликом употребе термина "стварно важење". Ако проф. Лукић термину важења придаје чисто логичко-нормативни смисао, а према свему чини се да је тако (60), онда такав термин за означавање појма чије објективно постојање "гарантује" (нормативна) логика, није у исто време подобан да означи неш-

(57) В. Радомир Д. Лукић, *Систем...*, стр. 335.

(58) Обавезност, обвезујућа снага норме овде је третирана као реална појава, која се налази у свести субјекта и једино ту (уп. Густав Радбрух, *Филозофија права*, Београд, 1980, стр. 57, 60; уп. и Р. Лукић, *Обавезна снага правне норме*, стр. 295, 298).

(59) Уп. Радомир Д. Лукић, *Систем...*, стр. 340-341.

(60) У прилог овоме сведоче многи његови главни и споредни закључци, мање или више изричито, о идеалности важења, о његовој објективности и непрекидности, о зависности самог важења од нормативне логике. Нпр. уп. Р. Лукић, *Систем филозофије...*, стр. 328, 338, 340; Р. Лукић, *Појам права*, стр. 6, 11, 12. Иначе, разлика између нормативног важења и нормативне обавезности се код проф. Лукића означава као разлика између индикативног и нормативног важења. Овде су та два важења схваћена као једно, правно важење.

то искуствено и непостојано као што је реална, фактичка егзистенција нормe. Јер, овако нормативно схваћено важење се оријентише према систему норми, а не према стварности, од које не зависи његово постојање и трајање. У ствари термини као "фактичка обавезност", "свест о обавезности" и сл. погоднији су за означавање реалних чињеница и више у духу саме терминологије проф. Лукића (61), јер је нормативна обавезност "захтев" који је из нормe упућен споља према адресату, па изван нормe треба тражити и животворност обавезности. Но, било како било треба истаћи да је један термин са таквим садржајем неопходан, чак од највеће важности, за објашњење феномена обавезности права. Он је нужан јер је право пре свега људска творевина и друштвена појава, тако да је могуће да једна норма *правно* важи, а да се у стварности не примењује тј. да у свести субјекта нема обавезујућу снагу. У први мах може да изгледа необично да се обавезност, па макар она била и фактичка, може супротставити важењу када обавезност управо из њега и проистиче. Међутим, ту нема ничег нелогичног ни необичног. Наиме, норма која је нормативно-правно важећа је обавезна. Али реч је о такозваној нормативној обавезности. Не може доћи до колизије ова два појма, тј. немогуће је да нешто што је важеће не буде у исто време и нормативно обавезно, јер важење и није ништа друго до обавезност нормe која важи. Када се говори о супротности између правно важећих и стварно "обавезних" норми прескаче се, дакле, једна међу фаза у том односу, чије посредовање је управо и захтев логичког мишљења. Јер, како иначе објаснити да је важећа (исто је рећи и обавезна) норма у ствари необавезујућа, тј. да је, иако још увек важећа, изгубила суштинско својство важења - обавезност. Међутим, ради се о томе да важећа норма остаје важећа и *нормативно* обавезна све док се према условима унутрашње нормативне логике система она не учини неважећом. Али нормативно обавезна норма не мора, и није увек и реално, фактички обавезна. Према овоме, дакле, фактичка обавезност не проистиче из нормативног важења. Шта је пак основ фактичке обавезности нормe када то није њено формално важење сходно условима и захтевима нормативне логике? Одговор на ово питање се може тражити и пронаћи и заобилазним путем, полазећи од чињенице коју не оспоравају ни највећи анти-реалисти и правнички "чистунци" (62).

Наиме, у "сукобу" формално важећег права и стварног, реално постојећег, остварујућег, "живог" права, увек пре а касније ово друго превлада и потисне оно право, као што облици здраве природне енергије увек савладају и потчине онемоћале и закржљале форме. Међутим, поставља се питање како је у праву то могуће. Јер, да стварност може да утиче на нормативну обавезност, могуће је само ако се у основи те нормативне обавезности, а у крајњој линији у основи правно-нормативног важења, налази чињеница стварног света. У противном, пред собом би имали парадоксалну чињеницу да реалне појаве (фактичка обавезност) утичу на само постојање идеалних појава (63) (нормативно важење). У ствари тако нешто није могуће, нити се у овој ситуацији то догађа. Ради се о томе да правно важење и нормативна обавезност нису везани само за сферу нормативне логике, односно за свет идеалних појава, већ да свој *основ* имају у реалности. А оно што је основ правног важења у реалности јесте у ствари и основ фактичке

(61) И сам проф. Лукић понекад употребљава термин "фактичка обавезност" (в. нпр. Р. Лукић, *Систем...*, стр. 341) па је и то доказ више да се овде не ради о каквој суштинској примедби, већ само о потреби извесног усаглашавања терминологије.

(62) Уп. Ханс Келзен, *Општа теорија државе и права*, Београд, 1951, стр. 171 ("Норме које нормативно правна наука сматра важећим јесу нормe којима се обично повињава и које се примењују").

(63) Право као идеална појава постоји у *вези* са неким реалним појавама, тачније "у тим реалним појавама оно постоји као идеална појава, као мисао". А да ли идеално правно важење постоји објективно, овде се неће расправљати. Начелно, ипак се између идеалних и реалних појава мора правити разлика.

обавезности нормe, јер како је већ и речено, фактичка обавезност има пресудан утицај на правно-нормативну обавезности односно важење. А са аспекта стварности, норма ће постојати само ако је праћена свешћу о обавезности и, у крајњој линији, ако је присутна у понашању људи.

Према томе, са једне стране правно важење и фактичка обавезност су раздвојене и у стварности различите појаве зато што се међусобно директно у свом постојању не дотичу (64), али са друге стране оне се налазе у есенцијалној вези коју твори заједничко порекло, исти основ постојања и у тој вези, пре или после, мора доћи до хармоније и међусобне кохеренције. Та хармонија своју клицу увек носи у фактичкој обавезности, јер је ова ближа заједничком извору, а временом се она сасвим успостави прилагођавањем нормативног важења фактичкој обавезности и крајњем заједничком основу, који се налази у реалности.

У том смислу прихватљива је теза проф. Лукића да "треба признати да устав (као највиши правни акт, који своје важење не изводи из више правне нормe, Г.Д.) обвезује по фактичком, а не по нормативном основу" (65). Наиме, проф. Лукић каже да своју нормативну обавезност устав треба да црпи из самог себе, зато јер се поштује, јер је *фактички обавезан*. Фактички обавезан значи и ефикасан. Према томе, "устав, јер је ефикасан у свету бивања постаје и објективно обавезан у свету требања (66). Његова ефикасност је управо друга страна те објективне обавезности" (67). Ипак, чини се да се однос ефикасности и обавезности и не може сасвим примити овако како је напред описан. Наиме, фактичка обавезност је такође обавезност и као таква мора се одвојити од ефикасности, која увек и само може да буде њена последица, а никако њен узрок, њен основ. Схваћена као обавезност, фактичка обавезност је у ствари *прихватање једне нормe као обавезне* у свести адресата те нормe. То прихватање узрокује подређивање воље адресата обавезној норми и њену примену од стране тог субјекта и тај се однос никако не може замислити као обрнут. Међу разлозима за то прихватање често је (како је нпр. Макс Вебер показивао, можда и понајчешће) и претходна примена, ефикасност те нормe. Међутим, то не мења ништа у њиховом односу да се примена права изводи из обавезности, а не обратно, да се обавезност изводи из примењивања. Могло би се у том случају запитати а зашто се баш то "право" примењује. Човек је, поред осталог и нормативно биће и он се понаша у складу са својим навикама, нагонима, интересима и сл., али исто тако и у складу са нормама за које сматра да *треба* да их поштује. Да ли такво уверење, таква свест о обавезности одређене нормe и постоји, сазнаје се посматрањем праксе. Но, ово не значи да треба закључити да је самим тим што се врши, норма постала и обавезна. Према томе би изашло да нема већег практичног значаја да се утврди да ли обавезност потиче из вршења или не, када је свакако пракса (вршење) оно по чему се сви оријентишу. Али ово свођење проблема обавезности на чињеницу примене нормe, тј. њене практичне ефикасности је лоше стога што је такав крајње позитивистички приступ могући алиби за највеће бесправље, јер би сваки онај који би, ма и најбруталнијом силом, успео да наметне вршење одређеног "права", смео да назове такво "право" важећим и *обавезним*. Чини се да није само дужност правне филозофије, која је на том послу већ доста урадила, већ је и обавеза

(64) Нпр. фактичка обавезност нема утицаја на *начин* на који постоји важење као нормативна појава, тј. на непрекидност правног важења, јер норма правно обвезује непрекидно, без обзира на свест и понашање људи. Да ли је то правна фикција, захтев нормативне логике или је последица објективности идеалне егзистенције важења нормe није толико важно, важно је да стварност на то не утиче.

(65) В. Радомир Д. Лукић, *Систем филозофије...*, стр. 337.

(66) Слично Радомир Лукић, *Теорија...*, стр. 282.

(67) В. Радомир Д. Лукић, *Систем филозофије...*, стр. 341.

правне науке да се такве намере и поступци јавно жигошу као противправни. Такође, без већ датог објашњења о односу обавезности и ефикасности права, не би могла да се појми обавезност било које *нове* правне норме, норме која се примењује први пут. Јер како и сам проф. Лукић каже (68) за норму која се примењује по први пут: "... да не постоји свест да треба да буде (курзив Г.Д.) примењена, она и не би била примењена. А та свест је потврда да она заиста постоји као норма (Г.Д.)" (69). Треба рећи да се овде не заговара било какав "правни анархизам", нити би такав правни поредак, у којем би сваки појединца одлучивао које су норме за њега обавезне а које нису, био могућ. Међутим, не може се сматрати правом ни формално-правно важећи поредак норми, који јавно мњење не би *прихватало*, а који би само големом силом био наметнут. Такву активну улогу јавног мњења у "дерогирању" важећег права, уосталом, истиче и сам проф. Лукић (70). Већ и по овоме се види да он осећа права решења, само што их као таква експлицитно не формулише. А чини се да та решења треба тражити управо између ових двеју крајности, али и са уважавањем више аутономне (па и оне, лукићевски речено, посредно аутономне) а мање хетерономне сфере обавезности. И такође, како је већ и речено, та решења треба да тражи и правна наука, а не само правна политика или правна филозофија.

На самом крају, уместо закључка, једна напомена. Понегде може да се примети да проф. Лукић не остаје доследан, да мења позицију спрам одређеног питања и сл. Међутим, чини се да му се ово не може узети за зло, јер проф. Лукић је толико много писао и изнео је толико много идеја да би било право "чудо" да су оне потпуно кохерентне и сложене у непротивречну целину. Напротив, у извесном смислу то је предност, јер су оне саме (идеје) понекад и најсажетија и најефектнија критика грешака које се ту и тамо неизбежно поткраду у расветљавању овако замршених правно-теоријских проблема. Такође, разумљиво је и да тако дуг и плодан стваралачки рад пролази кроз различите фазе, које дају и различите резултате. Стога су и мишљења о једном истом питању истицана у више наврата и расута у различитим списима. Иако су питања била иста, проф. Лукић је на њих стално изнова одговарао и природно је да су ти одговори понекад били само допуна претходних, али понекад и одступање од њих. У ствари, овде се не ради ни о каквој научној недоследности, збуњености и лутању. Једноставно, код проф. Лукића се рефлектују многе дилеме које својом сложенешћу намећу проблеми важења и обавезности. Он даје различита могућа решења, сам себе "напада" и "брани", а последица свега је једна "дијалектичка" и уравнотежена слика о феноменима важења и обавезности права. Зато као основа за проучавање ових питања, став проф. Лукића је веома користан и, штавише, незаобилазан. Детаљан, логичан и јасан, проф. Лукић и на решавању овог проблема потврђује своју високу научну репутацију и добар глас који га прати.

(68) *Ibid.*, стр. 335.

(69) "Својство нормативности норме се састоји у обавезности норме".

(70) В. овде одељак I, пододељак 2.

Дамјан Тагић,
студент последипломских студија

ПОЈАМ И ПРАВНИ СТАТУС РАТНОГ БРОДА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ МОРА

С обзиром на то да је у претходној деценији донето више аката који регулишу правни положај ратног брода, а да вихор трагичних сукоба у бившој СФРЈ није мимоишао њене јадранске обале, као актуелно намеће се питање дефинисања појма ратног брода и анализа његовог правног статуса.

На конференцијама о праву мора које су одржане под покровитељством Уједињених Нација донете су две конвенције којима се дефинише ратни брод. У Женеви 1958. године донета је, између осталих, и *Конвенција о отвореном мору*. У њој се ратни брод дефинише као брод који припада ратној морнарици неке државе и носи спољне ознаке распознавања ратног брода његове државне припадности, под командом је официра који је у служби владе и чије је име уписано у попис официра ратне морнарице. Посада је подвргнута правилима војне дисциплине. На конференцији која је одржана 1982. године донета је *Нова конвенција о праву мора*. Ова конвенција уноси извесне корекције у дефиницију ратног брода. Тако су речи "припада ратној морнарици" замењене речима "припада оружаним снагама", а израз "попис официра ратне морнарице" замењује се изразом "одговарајући попис војних лица". Што се тиче југословенских правних прописа дефиниција страног ратног брода дата је у ставу 4. члана 2. Закона о обалном мору и епиконтиненталном појасу из 1987. године, по коме је страни ратни брод онај "брод, укључујући и подморнице, који припада оружаним снагама стране државе, носи спољне знаке распознавања ратног брода и његове државне припадности, налази се под командом војног лица и има војну посаду". Ратни брод је дефинисан и у Закону о поморској и унутрашњој пловидби из 1977. године. По члану 6. овог Закона страни ратни брод јесте "брод који је под командом официра страних оружаних снага, а чија је посада војна, односно подвргнута војној дисциплини, који је дужан вити спољне знакове распознавања ратног брода своје државне припадности".

Дефинисање појма ратног брода заокупљало је пажњу теоретичара. Тако др Бартош дефинише ратни брод као "државни брод који припада поморским оружаним снагама једне земље и који има војну посаду под командом официра ратне морнарице те земље" (1). По магистру Поповићу, да би се брод третирао као ратни, он мора да припада поморским оружаним снагама, затим да носи спољне знакове распознавања ратног брода своје државе, да се налази под командом официра којег поставља држава и који је уписан у флотну листу официра ратне морнарице, а посада мора да буде подвргнута правилима војне дисциплине (2). Од страних аутора, Коломбос

(1) Бартош Милан, *Међународно јавно право* (Књига II), Београд, 1956, стр. 177.

сматра да ратни брод чини део оружаних снага државе уколико је под командом овлашћеног поморског официра и уколико је његова посада потчињена поморској дисциплини (3).

За одређивање правног појма ратног брода значајна је његова намена (4). Др Вукас се залагао да у дефиницију буде унет и стварни, функционални критеријум (5). Ово је пажње вредан покушај. Но, др Вукас се залагао да се тај критеријум примени првенствено у вези с правом нешкодљивог проласка туђим територијалним морем. Истицао је да је основни разлог уношења дефиниције ратног брода у акт о отвореном мору другачији од разлога уношења такве дефиниције у акт о територијалном мору, где би се ово питање разматрало у контексту права на нешкодљив пролазак (6). Чињеница је да се у Женевској конвенцији о отвореном мору дефиницији ратног брода пришло више са формалне стране, као што то истиче и др Вукас (7). Можда је таква дефиниција могла да се прошири и речима "и други бродови који се по намени изједначавају са ратним". Овим би се задовољио функционални критеријум. Штета што је ово пропуштено у новој конвенцији о праву мора и југословенским законима, али је похвално то што је у тим актима приликом дефинисања ратног брода акценат стављен на припадност брода и посаде оружаним снагама, а не ратној морнарици. У вези са овим намеће се питање да ли је бродовима тзв. хрватске ратне морнарице у јесен 1991. године могао бити признат статус страних ратних бродова? Ово питање првенствено је захвално за теоретичара. С аспекта југословенског права бродовима тзв. хрватске ратне морнарице није се могло признати својство страних ратних бродова у јесен 1991. године. Хрватска тада није била међународно призната, па сходно томе ни њено бродовље није могло бити третирано као бродовље које припада оружаним снагама стране државе. Уз то посаде тих бродова су, са аспекта југословенског права чинили припадници сепаратистичких паравојних снага, а не војних снага једне суверене државе. Но, треба приметити да се много тога променило међународним признањем Хрватске.

Пре него што се позабавимо правним статусом ратних бродова у појединим морским појасевима, требало би дефинисати шта је то правни статус ратног брода. Дефиниција коју је дао др Рудолф задовољавајућа је и њу ћемо надаље користити. Он под правним статусом (положајем) брода (самим тим и ратног брода) подразумева однос брода према оној држави или државама које су овлашћене да спроводе власт на том броду (8).

Битна ознака правног режима унутрашњих морских вода је то да је тај појас под пуним суверенитетом обалне државе, с тим што она мора да уважава извесне опште интересе као што је право на саобраћај (9). Но, поставља се питање да ли то право укључује и право страних ратних бродова да несметано упловљавају у унутрашње морске воде неке суверене државе. Др Бартош сматра да ови бродови не могу улазити у овај појас ненајављени и без посебне дозволе обалне државе. Исти поступак је предвиђен и за њихов пролазак и боравак у њима, сматра овај аутор (10). Изузетак су упловљавања

(2) Поповић, Јован, *Ратни брод у међународном праву* (магистарска теза), Београд, 1975, стр. 34-36.

(3) Colombos, John C., *International law of the Sea*, London, 1967, стр. 262.

(4) Поповић, Јован, *op. cit.*, стр. 31-33.

(5) Вукас, Будислав, *Неколико напомена о будућим правилима међународног права о проласку страних ратних бродова територијалним морем*, Југословенска ревија за међународно право, бр. 1-2, 1975, стр. 187.

(6) *Ibid.*

(7) *Ibid.*

(8) Рудолф, Даворин, *Међународно право мора*, Загреб, 1985., стр. 35.

(9) Аврамов, Смиља и Крећа, Миленко, *Међународно јавно право*, Београд, 1989, стр. 299.

(10) Бартош, Милан, *op. cit.*, стр. 169-171.

у случају несреће на мору (11). Слично схватање заступа и др Рудолф (12). Ставовe ова два аутора треба у потпуности прихватити.

Поред овог изузетка од правила да страни ратни брод може упловити у унутрашње морске воде само уз посебно одобрење обалне државе, мр Поповић наводи још један случај (13). То је случај када се на страном ратном броду налази шеф државе или владе. Но, с обзиром на чињеницу да се овакве посете обично унапред најављују, не чуди то што већина других аутора ово не сматра изузетком од горе споменутог правила. Подморнице су дужне пловити искључиво површином мора.

Наш Закон о обалном мору и епиконтиненталном појасу у начелу забрањује пролазак страних ратних бродова кроз југословенске унутрашње морске воде. Ова забрана ублажена је могућношћу да страни ратни брод уплови у тај морски појас уз претходно одобрење Савезног секретаријата за народну одбрану, које се издаје у договору са органом управе надлежним за иностране послове. Број годишњих одобрења за посету ратних бродова исте државе припадности ограничен је на четири, а одређеним категоријама бродова изречена је апсолутна забрана упловљавања у унутрашње морске воде Југославије. Реч је о страним нуклеарним ратним бродовима, страним ратним бродовима који носе нуклеарно наоружање и бродовима специјалне намене који могу претпостављати опасност по безбедност Југославије, као и о страним ратним бродовима (или њиховим чамцима, ваздухопловима, или посадама) који су учествовали непосредно пре или треба да учествују непосредно после боравка, у активностима које би могле штетити општим интересима или угледу Југославије (чл. 6). Закон признаје свим бродовима право упловљавања без претходног одобрења, ако је проузроковано вишом силом (чл. 15).

Питање присуства страних ратних бродова у лукама јесте једно од интересантнијих. У Женеви је 1923. године донета *Конвенција и Статут о режиму поморских лука*, којима се гарантује приступ трговачким бродовима у луке које обална држава прогласи за отворене (14). Коломбос наводи да се поменути актима поморска пловила дефинишу негативно у односу на ратне бродове, као сва пловила осим ратних бродова (15). Из свега овога може се закључити да ратни бродови не уживају право приступа чак ни у отворене луке без претходног одобрења обалне државе. До сличног закључка дошао је и Сосер-Хол у својој пресуди у спору између Саудијске Арабије и АРАМСО-а коју наводи Коломбос, када је истакао да боравак страних ратних бродова може бити подвргнут одређеним рестрикцијама (16). Сосер-Хол у поменутој пресуди истиче да чисто војне луке могу бити затворене за све бродове, осим за ратне бродове обалне државе (17). Но и овде важи правило да се страни бродови могу склонити у луку у случају више силе (18).

Обалне државе својим прописима регулишу број страних ратних бродова који упловљавају и дужину њиховог боравка у унутрашњим морским водама. Неке чак одређују да ови бродови могу упловљавати само дању. Правни статус ових бродова регулише се интерним прописима обалне државе, на темељу међународног права. Могуће је регулисање и на основу споразума обалне државе и државе чију заставу ратни брод вије (19).

(11) *Ibid.*

(12) Рудолф, Даворин, *op. cit.*, стр. 41.

(13) Поповић, Јован, *op. cit.*, стр. 142-146.

(14) Бартош, Милан, *op. cit.*, стр. 169-171.

(15) Colombos, John C., *op. cit.*, стр. 176-177.

(16) *Ibid.*

(17) *Ibid.*

(18) Бартош, Милан, *op. cit.*, стр. 164.

(19) Поповић, Јован, *op. cit.*, стр. 146-147., види и Рудолф, Даворин, *op. cit.*, стр. 46.

Југословенским Законом о обалном мору и епиконтиненталном појасу предвиђено је да у унутрашњим морским водама Југославије могу бити највише три ратна брода борбене и два помоћне намене исте државне припадност. При томе у њиховом саставу не може бити површински брод пуног депласмана већег од 10.000 тона, нити подморница пуног депласмана већег од 4.000 тона, а не могу се ни задржавати дуже од 10 дана.

Обална држава, поред затварања одређених лука, из разлога безбедности и због потреба својих поморских снага, може забранити или ограничити пловидбу у целини или деловима својих унутрашњих морских вода, у којима се формирају забрањене зоне (20). И југословенским Законом о обалном мору и епиконтиненталном појасу предвиђена је могућност формирања забрањених зона.

Поставља се питање шта је правни основ упловљавања страног ратног брода. Једни, наводи мр Поповић, сматрају да ови бродови могу упловљавати у иностране унутрашње морске воде баш као и трговачки. Да би обална држава могла да им забрани упловљавање, она за то мора да буде овлашћена специфичним уговорима. Али, мр Поповић исправно запажа да државе уопште нису дужне да закључују такве уговоре. Уз то, разлози који оправдавају приступ страних трговачких бродова (потребе трговине, право за саобраћај) тешко да могу да стоје код ратних бродова, с обзиром на њихову намену. Исправнија су схватања која се ослањају на праксу, да је за упловљавање страних ратних бродова потребно одобрење обалне државе и да је то основ присуства ових бродова у унутрашњим морским водама. Ово због тога што страна војска не може ступити на копно неке државе без њеног одобрења (21).

Иако су унутрашње морске воде под сувереношћу обалне државе, страни ратни брод и у њима остаје под јурисдикцијом државе чију заставу вије, сматра др Рудолф. По њему, никакав акт власти обалне државе не може се спроводити на ратном броду без одобрења његовог команданта. Др Бартош сматра да су страни ратни бродови изузети из јурисдикције обалне државе. Од страних аутора Х.А. Смит сматра да су и ратни бродови, као и остали бродови, подвргнути законима обалне државе, с тим што се закони не могу применити, нити оснажити било каквом акцијом на броду или против брода, пошто он ужива имунитет. Коломбос истиче да је ратни брод подвргнут искључиво јурисдикцији државе чију заставу вије јер он представља суверенитет своје државе (22).

Који је основ овог имунитета? Др Бартош наводи да су старији писци заснивали екстратериторијалност брода на фикцији по којој је брод део државне територије, док новији писци екстратериторијалност заснивају на више различитих основа, као што су прећутни пристанац обалне државе давањем дозволе за упловљавање или у карактеру ратних бродова да представљају суверенитет својих држава. Др Бартош истиче да се овде пре ради о неприсвајању компетенције над страним ратним бродом, него о његовој екстратериторијалности. До неприсвајања компетенције долази због немогућности подчињавања стране оружане силе без отварања непријатељстава. Др Рудолф исправно указује на чињеницу да и у овом случају обална држава располаже довољном силом да оствари своје компетенције. Он сматра да је овде у ствари реч о остваривању начела *pari in parem non habet imperium* и да се над страним ратним бродом не може вршити власт, пошто је представник оружане силе своје државе. Од страних аутора, Коломбос сматра да се обална

(20) Бартош, Милан, *op. cit.*, стр. 170, Рудлоф, Даворин, *op. cit.*, стр. 41.

(21) Поповић, Јован, *op. cit.*, стр. 139-142.

(22) Рудолф, Даворин, *op. cit.*, стр. 46-47, Бартош, Милан, *op. cit.*, стр. 177-178, Smith, H.A., *The Law and Custom of the Sea*, London, 1959, стр. 26, Colombos, John, C., *op. cit.*, стр. 259-260.

држава прећутно (или чак изричито) одрекла своје јурисдикције давањем дозволе за упловљење брода. Смит се у основи слаже са овим схватањем (23). Од свих ових схватања *најисправније* је оно по коме је основ имунитета чињеница да ратни брод делује *iure imperii*, да је он представник власти своје државе и да над њим обална држава нема компетенцију, јер *par in parem non habet imperium*. Но, страни ратни брод ужива имунитет само док се понаша пријатељски према обалној држави, поштује њене прописе и правилно употребљава своје привилегије и не дира у њен поредак.

Мр Поповић разликује реални и персонални имунитет. Први се односи на сам брод и састоји се у томе што обална држава нема кривичну дисциплинску, и грађанско-правну јурисдикцију и надлежност над страним ратним бродом. Очито је да брод не може бити кривично и дисциплински одговоран већ само чланови његове посаде или друга лица која су са њим допутовала. Због тога је реални имунитет брода релевантан првенствено у грађанско-правним стварима. Персонални имунитет се односи на чланове посаде (или друга лица која су допутовала бродом). У овом случају имунитет је релевантан и у кривичним и у дисциплинским стварима (24). Др Рудолф истиче да грађански судови обалне државе нису надлежни да одлучују о грађанско-правним захтевима према самом броду, док су чланови посаде подвргнути судбоности обалне државе. Мр Поповић сматра да је обална држава надлежна за грађанско-правне спорове између чланова посаде и лица са копна. У сваком случају, не може се приступити извршењу на имовини која се налази на страном ратном броду (25).

Др Рудолф сматра да у кривичним стварима обална држава има репресивну власт, али нема јурисдикцију, па ни органи гоњења ни судови обалне државе нису овлашћени да интервенишу на страном ратном броду. Кривична дела почињена од стране посаде страног ратног брода у оквиру службене дужности подлежу судовима државе чију заставу тај брод вије. Суд обалне државе надлежан је само за кривична дела почињена на копну од стране чланова посаде мимо службене дужности. Др Бартош се о овим питањима изјашњава скоро идентично, док мр Поповић каже да је обална држава дужна да кривична дела почињена на страном ратном броду третира као дела почињена у иностранству (26). Од страних аутора Смит сматра да су поморски имунитети ограничени само на брод и оне који се налазе на њему. Када су чланови посаде на копну, они не уживају имунитет, јер на обалу иду као појединци, али ће се према њима у пријатељским земљама показати разумсвање. Овај став изгледа помало претеран. Коломбос истиче да, ако је кривично дело почињено на страном ратном броду, командант може изручити учиниоца обалним властима. Ако су и починилац и жртва држављани обалне државе, он је дужан то учинити. Ако су чланови посаде на копну у униформи и по службеној дужности, они уживају имунитет, сматра Коломбос. У противном, они су под јурисдикцијом обалне државе (27).

Ремонт страних ратних бродова детаљно је регулисан у југословенском Закону о обалном мору и епиконтиненталном појасу. По претходном одобрењу ССНО у војним ремонтним заводима и бродоградилштима може се вршити ремонт страних ратних бродова. ССНО одобрење издаје у споразуму са органом управе надлежним за иностране послове. Ограничење у

(23) Бартош, Милан, *op. cit.*, стр. 177-180, Рудолф, Даворин, *op. cit.*, стр. 47, Поповић Јован, *op. cit.*, стр. 44-50, Colombos, John, *op. cit.*, стр. 264-265, Smith, H.A., *op. cit.*, стр. 26.

(24) Поповић, Јован, *op. cit.*, стр. 50-57.

(25) Рудолф, Даворин, *op. cit.*, стр. 46-47, Поповић, Јован, *op. cit.*, стр. 194-197.

(26) Рудолф, Даворин, *op. cit.*, стр. 46-47, Бартош, Милан, *op. cit.*, стр. 152-153, 178-179, Поповић, Јован, *op. cit.*, стр. 154-162.

(27) Smith, H.A., *op. cit.*, стр. 26-30, Colombos, John, *op. cit.*, стр. 273-276.

вези са бројем бродова исте државне припадности и њиховог површинског депласмана, истоветна су са оним која се јављају у вези са упловљавањем у југословенске воде. За време ремонта, на броду се налази највише до 1/3 посаде, а убојна средства, гориво и мазиво морају бити искрцани.

Др Бартош сматра да страни ратни брод може да врши нека суверена права и на копну, уз сагласност обалне државе. Реч је првенствено о патролној служби и постављању стража дуж брода. И *Упутство* које мр Поповић наводи предвиђа могућност организовања патролне службе ради дисциплине чланова посаде. Др Рудолф наводи да се питања боравка посаде у луци решавају споразумно од стране команданта брода и лучких власти (28). Смит износи неприхватљив став да британски брод може у изузетним условима искрцати оружјану посаду ради заштите британских држављана и њихове имовине. Коломбос заступа сличан став (29). По нама, данас страни оружани одреди могу бити искрцани с мора у обалној држави *само уз њену сагласност*, или у оквиру акције *Уједињених Нација*, иначе би ово представљало *атак на суверенитет* обалне државе.

Право страног ратног брода да пружи азил је спорно. Др Рудолф сматра да брод нема право да пружи азил. Др Бартош сматра да је ово право спорно, нарочито у случају политичког азила и да у најмањој мери, пружање азила од стране ратног брода представља злоупотребу права. Мр Поповић сматра да је уобичајена пракса пружања азила политичким кривцима и да га увек треба пружити када на некој територији не постоји ефективна власт. Обална држава не може бегунце тражити силом, већ дипломатским каналима. Смит сматра да појединци не уживају право азила, али да у случају пружања азила на ратном броду обална држава може интервенисати само дипломатским путем. Смит такође сматра да тамо где постоји пракса, азил може бити пружен само политичким кривцима, а не и обичним криминалцима. Коломбос такође подржава пружање азила политичким кривцима (30). Могло би се закључити да, иако постоји пракса пружања азила политичким кривцима, али не и криминалцима, такав акт би смео да буде допуштен *само када на копну не постоји ефективна власт*.

У случају дезертирања члана посаде, капетан ратног брода овлашћен је да од органа обалне државе захтева да га ухвати и изруче. Командант ратног брода не може приступити насилном враћању тог члана посаде. Правилан је поступак дипломатско-конзуларним каналима (31).

Страни ратни брод не сме угрожавати безбедност обалне државе. Због тога је обална држава овлашћена да доноси прописе у којима наводи радње забрањене за страни ратни брод. У случају непридржавања забрана или кршењу прописа обалне државе команданту страног ратног брода се скреће пажња на то. Ако се са таквим радњама настави, захтева се да брод напусти обално море (32). Закон о обалном мору и епиконтиненталном појасу Југославије предвиђа отказивање посете односно боравка страног ратног брода у случају не придржавања одредаба тог закона и других прописа. Др Аврамов и др Крећа исправно сматрају да се територијално море налази под сувереношћу обалне државе (33). Суверена власт трпи ограничења у виду права

(28) Бартош, Милан, *op. cit.*, стр. 179-180, Поповић, Јован, *op. cit.*, стр. 188-189, Рудолф, Даворин, *op. cit.*, стр. 48.

(29) Smith, H.A., *op. cit.*, стр. 27-30, Colombos, John, *op. cit.*, стр. 281-282.

(30) Рудолф, Даворин, *op. cit.*, стр. 48-49, Бартош, Милан, *op. cit.*, стр. 177-179, Поповић, Јован, *op. cit.*, стр. 162-167, Smith H.A., *op. cit.*, стр. 27-30, Colombos, John, *op. cit.*, стр. 277-279.

(31) Рудолф, Даворин, *op. cit.*, стр. 48-49, Поповић, Јован, *op. cit.*, стр. 162-167, Colombos, John, *op. cit.*, стр. 276-277.

(32) Рудолф, Даворин, *op. cit.*, стр. 48-49, Бартош, Милан, *op. cit.*, стр. 177-179, Colombos, John, *op. cit.*, стр. 273-275.

(33) Аврамов, Смиља - Крећа, Миленко, *op. cit.*, стр. 305.

нешкодљивог или неофанзивног проласка страних бродова. Питање нешкодљивог проласка изузетно је контроверзно. Новија теорија у одређивању појма нешкодљивог проласка полази од дефиниције дате у *Новој конвенцији о праву мора*. По њеном члану 18 пролазак је пловидба било ради пресецања територијалног мора без упловљавања у унутрашње морске воде или пристајања изван њих, било ради упловљавања у или испловљавања из унутрашњих морских вода, или пристајања у њима. Нешкодљивост је у *Новој конвенцији о праву мора*, за разлику од *Конвенције* из 1958. године (која ју је дефинисала као обављање пролаза на начин који не нарушава мир, поредак и безбедност обалне државе), одређена и негативно, кроз таксативно набрајање шкодљивих радњи. По члану 19. *Нове конвенције* пролаз се сматра шкодљивим: 1) ако брод на било који начин прети или употребљава силу против суверености, територијалног интегритета и независности обалне државе, или крши начела *Повеље Уједињених Нација* на други начин, 2) ако брод обавља вежбе са оружјем или га користи, 3) ако брод прикупља обавештења на штету одбране обалне државе, 4) ако обавља какву пропагандну делатност ради наслртаја на одбрану или безбедност обалне државе, 5) у случају полетања, спуштања или прихватања било каквог ваздухоплова на брод, 6) у случају лансирања, прихватања или спуштања на брод било какве војне направе, 7) у случају укрцавања или искрцавања робе, новца или лица супротно царинским, фискалним, здравственим законима или прописима обалне државе, или њеним законима и прописима о усељавању, 8) у случају хотимичног и озбиљног загађивања, 9) у случају било какве риболовне делатности, 10) у случају обављања истраживања или мерења, 11) у случају било какве делатности ради уплитања у састав комуникација или нека друга средства или уређаје обалне државе, 12) сваку другу делатност која није у непосредном односу са проласком. Члан 17. Закона о обалном мору и епиконтиненталном појасу одређује да је пролазак нешкодљив све док не дира у поредак, мир и безбедност Југославије. Списак делатности који пролазак чине шкодљивим, наведен у члану 18. поменутог Закона, у потпуности се поклапа са списком датим у *Новој конвенцији*.

Дошло је до колизије интереса обалне државе (суверенитет над територијалним морем) и међународне заједнице (слобода пловидбе) око проласка територијалним морем. С обзиром да су начела на којима почивају ови интереси подједнако легитимна, морало се наћи неко компромисно решење. Оно је нађено у пружању могућности проласка свим бродовима, под условом да њихов пролазак не штети обалној држави. Но ако слобода мора оправдава слободу пролаза за трговачке бродове, сасвим је другачије са ратним бродовима. Слобода мора није настала због њих. Ови бродови су представници државног суверенитета и као такви, по речима Рута, прете, те не могу улазити без дозволе (34). Мијушковић сматра да ово питање није решено и да обална држава има право да даје одобрење или бар тражи нотификацију пре него што страни ратни брод почне да се користи проласком. И др Вукас долази до сличног закључка и залаже се за слична решења, упозоравајући на релативност шкодљивости зависно од тога каквој поморској сили припада брод који пролази (35). Од аутора који су писали пре доношења *Нове конвенције о праву мора*, Коломбос сматра да је исправније гледиште по коме право проласка не би требало да буде ускраћено ратним бродовима у време мира, ако је пролазак неопходан за међународну пловид-

(34) Катичић, Натко, *Приступ ратних бродова у туђе територијалне воде*, "Поморска енциклопедија" (књига 6), Загреб, 1960.

(35) Миљушковић, Богољуб, *Пролазак страних ратних бродова територијалним морем и власт обалне државе*, "Југословенска ревија за међународно право", бр. 1-2, 1975, стр. 180, 184, 185; Вукас Будислав, *Проблем нешкодљивог проласка ратног брода*, "Југословенска ревија за међународно право", бр. 1, 1962, стр. 99.

бу. Смит сматра да се тешко може говорити о апсолутно признатом праву нешкодљивог проласка страних ратних бродова кроз територијално море (36). После доношења *Нове конвенције о праву мора* ситуација је јасна, пошто она гарантује нешкодљив пролазак страним бродовима. Ово право је гарантовано и ратним бродовима, под условом да не предузимају забрањене радње, набројане у члану 19. Др Рудолф наводи да су *Конвенцијом* из 1982. године прецизирана и пооштрена правила о проласку подморница и нуклеарних бродова. Њоме је обалној држави забрањено да страним бродовима поставља захтеве којима би им негирали право нешкодљивог проласка. Др Рудолф наводи условљавање проласка претходним одобрењем као очигледан пример оваквог поступка (37). Са овим ставом могло би се сложити. Но, обалној држави ипак треба оставити право да захтева претходну нотификацију проласка страног ратног брода кроз своје територијално море. Изузетак би био у случају упловљавања услед више силе. Југословенски Закон о обалном мору и епиконтиненталном појасу право нешкодљивог проласка је гарантовано страним ратним бродовима, под условом да поштују одредбе члана 17. и забране из члана 18. Закон предвиђа да се намера проласка најави најмање 24 часа пре упловљавања. Сам пролазак мора се обавити без прекида и одлагања, осим у случају више силе. Чланом 20. Закона предвиђа се да више од три брода исте државне припадности не могу истовремено пролазити територијалним морем. Члан 21. Закона захтева да страна подморница мора пловити површином мора и вити своју заставу за време проласка. Обална држава овлашћена је да предузима мере ради спречавања проласка који није нешкодљив, као и да уведе зоне у којима може да привремено обустави нешкодљив пролазак. И Закон о обалном мору и епиконтиненталном појасу у члану 22. предвиђа такву могућност.

Др Арамов и др Крећа истичу да страни ратни брод, као представник *iure imperii*, не подлеже јурисдикцији обалне државе, али је дужан поштовати њене прописе при проласку територијалним морем. Слично схватање заступају и други аутори (38). Уколико страни ратни брод крши пропис обалне државе, она је овлашћена да приступи репресивним мерама. У пракси, брод ће се позвати да престане са кршењем прописа. Ако се кршење настави затражиће се да брод напусти територијалне воде. Ако захтев не буде испуњен, приступиће се гоњењу брода.

Поставља се питање правне природе нешкодљивог проласка. Др Бартош наводи да оно по једнима представља обичну могућност, која се своди на фактичку праксу, по другима оно је службеност (др Рудолф заступа овакво схватање), а по трећима опште право које представља ограничење суверенитета обалне државе. Др Бартош сматра да нешкодљив пролазак садржи елементе и службености, јер се ограничава суверенитет обалне државе и општег права, јер га уживају све државе (39). Овакав став би се могао прихватити с тим што би *нагласак требало ставити* на природу нешкодљивог проласка као *instituta sui generis* међународног јавног права, а не на помало неадекватно и некритичко преношење појма службености из приватног у јавно право.

С обзиром на чињеницу да се отворено море сматра *res communis omnium*, на њему све државе уживају одређене слободе. *Нова конвенција о праву мора* у члану 88. предвиђа да се море може користити само у мирољубиве сврхе. Било би превише идеалистички очекивати да је чл. 88 одузето "право грађанства" ратним бродовима на отвореном мору. Пре би се могло рећи да

(36) Colombos, John, *op. cit.*, стр. 132-133, Smith, H.A., *op. cit.*, стр. 35-36, 39-40.

(37) Рудолф, Даворин, *op. cit.*, стр. 92-94, 97, 99-100.

(38) Аврамов, Смиља - Крећа, Миленко, *op. cit.*, стр. 307, Поповић, Јован, *op. cit.*, стр. 124-125, Рудолф, Даворин, *op. cit.*, стр. 106.

(39) Бартош, Милан, *op. cit.*, стр. 194-199, Рудолф, Даворин, *op. cit.*, стр. 85.

је намера била да се спречи да отворено море буде полигон за агресивне акте. Држава врши власт над бродовима који вију њену заставу на отвореном мору. Јурисдикција државе над ратним бродом је апсолутна. С друге стране ратни брод има извесну власт над свим трговачким бродовима на отвореном мору. Ове мере смеју се предузимати само у подробно регулисаним случајевима. Већ је обичајно право предвиђало да ратни бродови могу да заустављају и прогоне бродове за које основано сматрају да се баве пиратством. *Конвенцијом о отвореном мору* из 1958. године, ратни брод је овлашћен да заустави и прегледа трговачки брод на отвореном мору у случају основане сумње да се брод бави пиратством, трговином робљем или да је исте државне припадности као и ратни брод, а да вије лажну заставу или одбија да истакне заставу. *Конвенцијом о праву мора* из 1982. године предвиђено је да ратни брод може да заустави трговачки брод још и у случају кад сумња да је тај брод без државне припадности или да се бави неовлашћеним емитовањем радио и ТВ емисија а суд државе чију заставу вије ратни брод био би надлежан. Ратни бродови могу гонити стране нератне бродове и на отвореном мору, под условом да је прогон започео док се прогоњени брод или његов чамац налазио у унутрашњим морским водама, територијалном мору, спољном морском појасу, епиконтиненталном појасу или искључивој економској зони државе чију заставу ратни брод вије, а постоји основана сумња да је у једном од тих појасева прогоњени брод (или његов чамац) повредио прописе те државе. Прогон се мора водити без прекида. Право прогона престаје када прогоњени брод уплови у територијалне воде своје или треће државе (40). Право прогона на идентичан начин уређено је чланом 30. Закона о обалном мору и епиконтиненталном појасу Југославије.

Обичајно право предвидело је, а теорија подржала, да су пирати непријатељ читавог човечанства. И обичајно право и конвенције из 1958. и 1982. године признале су право ратних бродова да на отвореном мору гоне бродове за које сумњају да се баве пиратством. *Конвенцијом о отвореном мору* (чл. 15) пиратерија је дефинисана као сваки незаконит акт насиља, задржавања или сваку пљачку у личне сврхе од стране посаде или путника неког приватног брода или ваздухоплова, било на отвореном мору, било на неком другом месту које не спада под јурисдикцију ни једне државе, као и сваки акт добровољног учешћа у коришћењу брода, и ваздухоплова, када је онима који учествују познато да се они користе у пиратске сврхе, као и подстицање на горе поменуте радње. У југословенском Закону о поморској и унутрашњем пловидби (чл. 1018) из 1977. године, као кривично дело предвиђено је припремање и извршење насиља, пљачке или било какве друге принуде према другом броду, лицима или стварима на њему. Место извршења овог кривичног дела мора бити море или какво друго место које не потпада под власт ниједне државе. Починиоци морају бити члан посаде или путник на броду који није јавни, а дело су извршили са намером да себи прибаве корист или другом нанесу штету. С обзиром да и међународни и унутрашњи извори права указују на чињеницу да се пиратство врши у личне сврхе, у теорији се с правом ова одлика сматра конститутивним елементом пиратства (41). Због тога др Аврамов и др Крећа с правом истичу да пиратерија не може бити почињена од стране ратних бродова док врше јавну функцију, осим ако уговором није предвиђено другачије. Но, овде се јављају два контроверзна питања, на која су, између осталих, указивали др Рудолф, др Бартош, др Аврамов и др Крећа од домаћих и Смит од страних аутора. Прво спорно питање је да ли ратни брод чија се посада побунила потпада под удар правила о пиратерији. Друго питање јесте разликовање између приватних

(40) Поповић, Јован, *op. cit.*, стр. 95-97, Аврамов, Смиља -Крећа, Миленко, *op. cit.*, стр. 319-320, Рудолф, Даворин, *op. cit.*, стр. 226-229.

(41) Рудолф, Даворин, *op. cit.*, стр. 300-302.

и политичких мотива побуњене посаде. У теорији се сматра да у случају побуне посаде ратни брод потпада под удар правила о пиратерији. Но, треба истаћи да би то могао бити случај првенствено ако се посада окрене насиљу због личне користи, а не због политичких мотива. Да би побуњени брод могао да буде гоњен као пиратски, таква могућност *мора бити предвиђена у законодавству државе чију заставу је вио пре побуне*, а побуњеници *не би смели да испуњавају услове за признавање статуса стране* у унутрашњем оружаном сукобу. Случај бродова тзв. Хрватске ратне морнарице у јесен 1991. године је илустративан. Мотиви посаде ових бродова били су првенствено политички. Пошто је по важећем југословенском законодавству (види горе) мотив личне користи конститутивни елеменат кривичног дела пиратства, посаде горе споменутих побуњених бродова нису могле бити гоњене као пирати.

С обзиром на планирано доношење новог југословенског закона којим би се регулисао режим обалног мора, поставља се питање да ли би и на који начин овај закон требао да третира ратни брод. Изгледа целисходно да се овим законом уреди статус страних ратних бродова. То би требало учинити на начин на који је то питање регулисано у важећем закону из 1987. године. Додуше, било би похвално уколико би се при дефинисању ратног брода још више уважио функционални критеријум. Такође, с обзиром на горка искуства из 1991. године, било би добро одредити и под којим условима ратни брод губи то својство и постаје пиратски.

др Зоран Ивошевић
судија Врховног суда Србије

РАДНИ СПОР БЕЗ ИНТЕРНЕ ЗАШТИТЕ

Коментари одлука Врховног суда Србије Рев. 4836/93 од 2.02.1994.
године и Рев. 3638/93 од 7.12.1993. године

Радник не може тражити судску заштиту права пред надлежним судом, ако претходно није тражио заштиту права пред надлежним органом у својој радној средини. Ово правило, изражено чланом 83. став 2. Закона о основним правима из радног односа (1), односно чланом 97. став 2. Закона о радним односима (2), у ствари значи да без приговора (којим се покреће поступак интерне заштите) нема ни тужбе (којом се покреће поступак судске заштите) (3). Оно је процесна претпоставка за покретање радног спора. Без ње је тужба радника недопуштена.

Међутим, као свако правило, и ово има своје изузетке. Сам Закон о радним односима је, већ поменутом одредбом, искључио његову примену при остваривању права на новчано потраживање, тако да се тужба ради исплате зараде, накнаде зараде или другог личног примања (регрес за годишњи одмор, отпремнина, теренски додатак, накнада за одвојен живот, накнада за топли оброк, јубиларна награда, дневнице, итд.), може поднети и без претходног подношења приговора. У свим другим споровима интерна заштита је апсолутни услов допуштености радног спора. Тако је по закону, али не увек и у судској пракси, која је инвентивнија од закона. Апсолутност овог услова ван изузетака који су утврђени законом, судови су релативизирали у две ситуације.

I. Релативизација допуштености тужбе кад нема органа коме се приговор подноси

Прва ситуација ставља суд пред искушење како да примени услов допуштености тужбе, кад нема органа коме се приговор подноси. Одговор на ово питање даје решење Врховног суда Србије Рев. 4836/93 од 2.02.1994. године:

"Према члану 97. став 2. Закона о радним односима, радник не може тражити заштиту права пред надлежним судом, ако претходно није тражио заштиту права пред надлежним органом у предузећу, осим у споровима о

(1) "Службени лист СФРЈ", бр. 60/89 и 42/92.

(2) "Службени гласник СРС", бр. 45/92 и 18/92.

(3) З. Ивошевић, *Коментар Закона о основним правима из радног односа*, 1990. година, стр. 401-404 и *Коментар Закона о радним односима*, 1992, стр. 284 и 285.

новчаном потраживању. Претходно обраћање органу интерне заштите је процесна претпоставка за остваривање судске заштите. Али, она подразумева да је орган интерне заштите образован. Радник не може сносити штетне последице због непостојања приговора, ако га није имао коме поднети. Одсуство другостепеног органа је пропуст предузећа, па оно не може имати користи од своје срамоте.

Пошто првостепено решење о престанку радног односа не садржи поуку о праву на приговор, наводи ревизије да приговор није могао бити поднет пропустом туженог добијају на значају, јер се тичу правилне примене члана 97. став 2. Закона о радним односима. С обзиром на то, овај суд је, у смислу члана 395. став 2. ЗПП, укинуо другостепено решење и предмет вратио Окружном суду на поновно суђење.

При поновном одлучивању, другостепени суд ће размотрити процесну претпоставку о допуштености радног спора и са становишта органа коме је приговор могао бити поднет. Штетне последице због одсутности тог органа не може да сноси радник, без обзира да ли је тај орган требало да буде образован у предузећу, или изван њега у смислу члана 39. и 40. Општег колективног уговора. Ако не буде имао све елементе потребне за примену члана 97. став 2. Закона о радним односима, Окружни суд ће првостепеном суду пружити прилику да их испита⁴.

Правило о условљености судске заштите претходном интерном заштитом је ригидно, што је својствено свакој процесној претпоставци. Али, његова доследна примена подразумева да орган коме радник подноси приговор постоји. Образовање тог органа је у рукама предузећа. Радник нема могућности да било како утиче на његово формирање. Отуда, пропуст предузећа да установи другостепени орган, не може утицати на остваривање судске заштите, без обзира што је она условљена претходном интерном заштитом. Како је управо овим пропустом предузеће онемогућило раднику да поднесе приговор, оно не може имати користи од своје срамоте. Самим тим, ни радник не може сносити штетне последице због неподношења приговора. Он га, заправо, није ни имао коме поднети.

У конкретном случају, предузеће је било свесно своје срамоте, пошто у првостепеној одлуци није ставило поуку о праву на приговор, знајући да не постоји орган коме би се он имао поднети. Зато се оно сада и не може позивати на недозвољеност тужбе због неподношења приговора.

О приговору радника одлучује другостепени орган. Он се, по правилу, образује у радној средини. Али, постоје и случајеви када се другостепени орган образује изван те средине. Реч је о другостепеном органу кога образују представници послодаваца и синдиката на начин утврђен појединачним колективним уговором (у радним срединама без органа управљања), односно представници послодаваца и синдиката на нивоу општине (у радним срединама са мање од десет радника), у смислу члана 39. став 3, 4. и 5, односно члана 40. Општег колективног уговора (4). Ако се узме у обзир невероватан податак да комисије за одлучивање о приговору нису образоване ни у једној општини, може се претпоставити да би број жртава непринципијелне примене члана 97. став 2. Закона о радним односима био велик.

II. Релативизација допуштености тужбе кад нема одлуке против које се приговор подноси

Друга ситуација ставља суд пред искушење како да примени услов допуштености тужбе, кад нема одлуке против које би се приговор имао поднети. Одговор на ово питање даје пресуда Врховног суда Србије Рев. 3638/93 од 7.12.1993. године:

(4) "Службени гласника РС", бр. 18/90, 10/92 и 34/94.

”Према члану 97. Закона о радним односима, радник може поднети тужбу у радном спору, ако је претходно поднео приговор надлежном другостепеном органу у предузећу. Приговор се, по члану 94. став 1. Закона о радним односима, подноси против првостепене одлуке са којом радник није задовољан. Из ових одредаба произлази да остваривање права на приговор подразумева: постојање органа коме се приговор подноси и постојање одлуке против које се приговор подноси.

У овом случају, приговор није поднет, јер тужиља није добила одлуку против које би га изјавила. Тужилји је одлуку о престанку радног односа, по члану 90. Закона о радним односима, био дужан да достави тужени. Пошто то није учинио, онемогућио јој је да се користи правом приговора. Због тога се тужени сада не може позвати на одсуство процесне претпоставке из члана 97. став 2. Закона о радним односима. Суд не слуша оног ко износи своју срамоту. Повреда права на приговор, које је иначе зајемчено чланом 22. став 2. Устава Р Србије, не може користити оном ко је то право нарушио. Неподношење приговора искључило би судску заштиту да је тужени првостепену одлуку доставио тужилји. Али, није. Отуда, тужиља не може сносити штетне последице због пропуста који је учинио тужени.”

Приговор има уставно порекло. Одредбе члана 26. став 2. Устава СР Југославије и члана 22. став 2. Устава Р Србије, сваком зајемчују право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се решава о његовом праву или на закону заснованом интересу. Приговор није жалба, али јесте друго правно средство. Њоме се побија одлука којом се решава о праву радника из радног односа. На тај начин се обезбеђује двостепеност у одлучивању. Ње, по природи ствари, не може бити без првостепене одлуке, која се приговором побија и у којој се износе разлози који су радника довели у стање потребе да тражи заштиту права.

Али, право из радног односа може бити повређено и без одлуке, фактичком радњом. Радника коме се то деси не треба остављати да чека доношење првостепене одлуке да би поднео приговор који је услов судске заштите (јер је неће ни дочекати), него му ту заштиту треба обезбедити и без претходне интерне заштите. Ако приговор није могао бити поднет зато што предузеће није донело или доставило одлуку која треба да буде предмет побијања, његово неподношење није пропуст радника већ предузећа. Према члану 94. став 1. и 2. Закона о радним односима, раднику се у писменом облику доставља свака одлука о његовом праву, обавези и одговорности, са поуком о приговору који се подноси у року од 15 дана од уручења. Отуда предузеће које повређује право радника фактичком радњом (дакле, без доношења или достављања одлуке), чини двоструку повреду: врши насиље над правима из радног односа и онемогућава остваривање уставног права на приговор. Зато се оно и не може позивати на одсуство процесне претпоставке из члана 97. став 2. Закона о радним односима. Суд не слуша оног ко износи своју срамоту.

Пошто радник које ме повређено право без доношења, односно достављања одлуке, није одговоран што је приговор изостао, он не треба да сноси штетне последице одсуства процесне претпоставке за покретање радног спора. Другим речима, његова тужба не треба да буде одбачена као недопуштена. То не би било ни праведно.

Уосталом, ако судска пракса допушта судску заштиту без интерне заштите кад нема органа коме би се приговор поднео, треба да је допусти и кад нема одлуке против које би се приговор поднео.

III. Узроци релативизације допуштености тужбе

Оба ова искушења Врховни суд је савладао инстинктом опште правде, тим вечитим природним нагоном "конзервације и развијања живота" (5), идући испред закона, али не и без њега.

Суд је ишао испред закона, јер да је инсистирао на примени члана 97. став 2. Закона о радним односима довео би ову одредбу до апсурда, тако да би, у оба случаја, одбацивање тужбе сведочило како и "највише право може постати највећа неправда" (6). Зато ови примери говоре и о томе да суд који право примењује праведно, може, у извесном смислу, да суди и *contra legem*. (наравно, ако би се имао у виду буквални исказ прописа.) У овом случају, Врховни суд, да би био праведан, није хтео да слуша оног ко се позива на сопствену срамоту, следећи принцип *Nemo auditur propriam turpitudinem alegans*, чија се старост мери вековима (7).

Суд је ишао испред закона али са законом, јер није пошао од буквалног исказа одредбе члана 97. став 2. Закона о радним односима, већ од његове суштине: да се судска заштита не допусти раднику који није поднео приговор иако је имао могућности да то учини. Суштина ове одредбе се не остварује ако радник не поднесе приговор зато што нема органа коме би га поднео или одлуке против које би га поднео. Радник који није поднео приговор а могао је, не може се изједначити са радником који није поднео приговор зато што није могао да га поднесе. Исти пропис се примењује на исте случајеве. Тада је његова примена и праведна. Примена истог прописа на различите случајеве, није ни легална ни праведна. Зато, став да се одредба о условљености тужбе претходним подношењем приговора не примењује на радника који није имао коме или против чега да га поднесе, није само праведан него је и у духу закона. Наравно, у конотацији телеолошког тумачења, без којег се не може доспети до циља, односно суштине прописа.

Случајеви из ових одлука указују колико је судска пракса важна за живот праведног права. Она у нас (још увек) није извор права, јер судови суде на основу устава, закона и општих аката. Али, живот је мудрији и суптилнији од прописа. Он је у сталном кретању, за разлику од прописа који су релативно статични. Судска пракса уважава прописе али следи и динамику живота. Зато одлуке судова не треба да буду само пуко преношење устајалих прописа у живот, већ стваралачко укрштање прописа са стварношћу, које увек даје свеже плодове на "зеленом стаблу живота". Ако корене тог стабла буду наливали бистри потоци разума, који притичу из мноштва писаних и неписаних извора, прописи ће живети и кад су безнадежно болесни.

Зато право живи и кад су прописи у кризи.

(5) Б.С. Марковић, *Односи између позитивног и праведног права*, Правни живот, бр. 9-10/94, стр. 435.

(6) *Summum ius, summa iniuria* (Cicero, *О дужностима*, 1, 10, 30).

(7) *Glosa ad C II*, 4, 30.

ОДЛУКЕ ВРХОВНОГ СУДА СРБИЈЕ

Стручна спрема

Стручна спрема је школска спрема одређене струке.

Из образложења:

”Услов рада није школска већ стручна спрема. Стручна спрема је школска спрема одређене струке. Тужилац је завршио гимназију (четврти степен), а стекао је и трећи степен стручне спреме електросмера.

Поверени су му послови противпожарне заштите, чије вршење је ван његове струке. Зато је одлука предузећа незаконита.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 4185/94 од 19.09.1994)

Радно искуство

Радно искуство је време рада проведено на истим или сличним пословима.

Радно искуство се обично стиче после стицања одговарајуће стручне спреме, али се, у одређеним случајевима, може стећи и раније.

Из образложења:

”Радно искуство је време рада на пословима који су исти или слични пословима које радник обавља или треба да обавља. Оно се обично стиче после стицања стручне спреме која је услов рада за обављање тих послова. Али, не мора увек бити тако. Постоје послови које могу обављати лица са различитим степеном стручне спреме (послови директора, књиговође, комерцијалисте и сл.). Ранији прописи су допуштала тзв. интерну квалификацију, односно да послове до одређеног степена стручне спреме обављају и лица која немају одговарајућу стручну спрему. Најзад, члан 12. Закона о радним односима и сада допушта да се у случају неуспелог огласа заснује радни однос са радником који не испуњава услове у погледу стручне спреме. У свим овим случајевима било је, дакле, могућно да се радно искуство стиче и без одговарајуће стручне спреме.

Пошто је тужила била у прилици да послове професора хемије обавља и пре дипломирања, њој се у радно искуство има признати и време рада пре стицања одговарајуће стручне спреме. С обзиром на то, неосновани су наводи ревизије да су нижестепени судови погрешили што су као радно искуство третирали и време рада тужиље на пословима професора хемије, које је претходило стицању дипломе”.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 5970/94 од 18.01.1995)

Јавни оглас

Радни однос се заснива по јавном а не интерном огласу.

Из образложења:

"Неосновано се тужилац у ревизији позива да је засновао радни однос по интерном огласу за дефицитарне кадрове на основу одлуке Радничког савета туженог од 9.2.1990. године. Радни однос се заснива путем јавног оглашавања на основу одлуке о избору кандидата по јавном огласу, у смислу одредби чл. 9. до чл. 12. Закона о основним правима из радног односа ("Службени лист СФРЈ", бр. 60/89 и 42/90). Према томе интерни оглас није законити начин заснивања радног односа. То је јавни оглас, а он је у овом случају изостао."

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3434/93, од 28.10.1993)

Овлашћење другостепеног органа

Другостепени орган може потврдити, поништити или укинути одлуку о избору кандидата по огласу за заснивање радног односа, али ту одлуку не може преиначити и уместо једног изабрати другог кандидата.

Из образложења:

"Према новелираном члану 10. став 1. Закона о основним правима из радног односа, избор између кандидата по огласу за заснивање радног односа врши пословодни орган, односно други надлежни орган утврђеним општим актом. Пошто је овде реч о првостепеном органу, орган надлежан да одлучује о приговору није овлашћен да врши избор. Он може одлучивати само о законитости одлуке о избору или огласа у целини, па ако нађе да су повређени прописи о условима и начину заснивања радног односа, има поништити оглас, односно одлуку о избору кандидата или укинути одлуку о избору кандидата и предмет вратити првостепеном органу да изврши поновни избор. Уместо да поступи на овај начин, другостепени орган је извршио избор другог кандидата и неовлашћено преузео дискрециона овлашћења првостепеног органа".

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4591/93, од 11.01.1994)

Стари оглас и ново одлучивање о избору кандидата

Ако суд поништи само одлуку о избору кандидата, надлежни орган је дужан да поново одлучује о избору кандидата, према стању ствари и садржини огласа из времена његовог закључивања.

Из образложења:

"У ранијем поступку поништена је одлука о избору умешача на радно место чистачице и ложача. Пошто није поништен оглас у целини, тужена је поново одлучивала о избору кандидата и опет примила али сада само да обавља послове чишћења. Незаконита је и друга одлука о избору умешача. Та одлука је донета по огласу од 28.03.1991. године. Поступак огласа није окончан а мора се окончати према стању ствари из времена закључења огласа. Пошто је реч о истом а не новом огласу, умешач није могла бити изабрана, јер је суд већ једном рекао да она не испуњава услове. Додуше, ти услови су се тицали послова ложача, али пошто је реч о неизмењеном огласу, и нова одлука о избору кандидата мора бити у складу са огласом од 28.03.1991. године. Тај се оглас, пре но што се оконча, не може мењати, осим у случају да је у међувремену дошло до укидања послова. У овом случају, до укидања послова чистача. Будући да одлука о опозивању том делу није донета, поступак заснивања радног односа по огласу од 28.03.1991. године мора се окончати према његовој изворној садржини. Ово произилази из

одредаба чл. 9. и 10. Закона о основним правима из радног односа ("Службени лист СФРЈ", бр. 60/89 и 42/90). Према томе, остаје да надлежни орган туженог донесе нову одлуку по расписаном конкурсy од 28.03.1991. године и то за радно место које обухвата како чишћење, тако и ложење парног котла школе. Разуме се, према прописима и стању ствари из времена закључења објављеног огласа".

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3000/93, од 21.09.1993)

Преображај радног односа

Кад привремено повећање обима рада постане трајно, радник који је засновао радни однос на одређено време, успоставља радни однос на неодређено време по самом закону, без обзира да ли је о томе у предузећу донета одлука.

Из образложења:

"Према члану 10. став 1. тачка 2. Закона о радним односима ("Службени гласник РС", број 45/91) привремено повећање обима не може трајати дуже од шест месеци, што је у одлуци о заснивању радног односа и назначено. Међутим, рад тужиоца на радном месту рецепционара настављен је и по истеку тог рока. То указује да је привремено повећање обима рада постало трајно. На такав закључак упућује и виšekратно месечно продужење рада тужиоца. Услед тога је, на основу члана 10. ст. 3. и 4. Закона о радним односима, дошло до преображаја радног односа на одређено време у радни однос на неодређено време, што су нижестепени судови и декларисали. До преображаја радног односа долази по самом закону па се у ревизији неосновано наводи да радни однос на неодређено време није успостављен, зато што о томе у предузећу није донета одлука. Да је таква одлука донета, овог спора не би било. Недоношење одлуке је пропуст туженог а не слуша се онај ко се позива на своју срамоту".

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1948/92, од 18.06.1992)

Правна фикција о постојању радног односа на неодређено време

Радни однос заснован на одређено време ван случајева када то закон допушта сматра се радним односом на неодређено време, без обзира да ли о томе постоји или не постоји изричит пропис.

Из образложења:

"Важећи закон о радним односима ("Службени гласник", бр. 45/91 и 18/92) не садржи одредбу о овој правној фикцији, али се она подразумева, јер ван случајева изузетака (када је могућно засновати радни однос на одређено време) влада правило о постојању радног односа на неодређено време. Примена ове фикције претпоставља да је радни однос на одређено време успостављен легитимно. Тај захтев је у овом случају испуњен пошто је претходно објављен оглас преко организације за запошљавање, што је одговарало чл. 25. и 27. тада важећег Закона ("Службени гласник СРС", бр. 31/77, 7/82 и 15/85)."

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 1081/93, од 8.04.1993)

"Фактички радни однос"

"Фактички радни однос" настаје фактом ступања радника на рад а престаје фактом престанка рада.

Радник у "фактичком радном односу" има државину права и обавеза из радног односа, али није њихов титулар.

Из образложења:

"Није спорно да је тужилац ступио на рад без јавног огласа, на основу усменог договора са директором туженог предузећа. Пошто је то учињено ван случајева из члана 11. Закона о радним односима, тужилац ступањем на рад није засновао радни однос. Био је у тзв. фактичком радном односу, тачније на фактичком раду. Док је он трајао тужилац је имао државину права и обавеза из радног односа, али није постао њихов титулар.

Фактички радни однос настаје фактом ступања на рад а престаје фактом престанка рада. За престанак таквог рада довољно је да се раднику саопшти да више не долази на посао. Пошто такво саопштење у овом случају, постоји, постоје и услови за престанак тзв. фактичког радног односа.

С обзиром на овакав карактер тужиоцевог рада, није било потребно испитивати чија је идеја била да тужилац ступи на рад у тужено предузеће. Ступање на рад је релевантно само ако уследи после спроведеног поступка за заснивање радног односа. Тај поступак мора бити комплетан па евентуално постојање пријаве, без расписивања огласа, не би било довољно.

Како је, у конкретном случају, поступак заснивања радног односа изостао, у ревизији се неосновано наводи да су нижестепени судови погрешно применили материјално право, одбијајући захтев тужиоца да се поништи акт о престану рада и наложи његово враћање на рад."

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 6302/94 од 11.01.1995)

Услови распоређивања

Радник се, због потреба рада може распоредити на свако радно место које одговара степену његове стручне спреме, знању и способностима.

Из образложења:

"Према члану 17. став 2. Закона о основним правима из радног односа, радник може, због потреба процеса рада, бити распоређен на свако радно место које одговара његовом степену стручне спреме, знању и способностима. Укидање радног места не може бити разлог да се раднику повере неодговарајући послови."

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 3501/92 од 19.11.1992)

Законитост распоређивања

Законитост распоређивања зависи од стручне спреме, знања и способности радника. Ако је у одлуци о распоређивању назначено у чему се огледа потреба процеса и организације рада, а нема доказа о шикани или другим малициозностима, негирање ове потребе спада у домен целисходности што је ван овлашћења суда у радном спору.

Из образложења:

"Правилна примена материјалног права изискује да првостепени суд, у поновном поступку, затражи од тужиоца диплому школе коју је завршио да би несумњиво утврдио степен стручне спреме који има. Тек онда ће знати да ли тужилац има одговарајућу стручну спрему за рад на радном месту које му је поверено. Поред тога, суд треба да испита да ли тужилац има знања и способности за обављање послова који су му поверени, што ће се процењивати према искуству на пословима које је раније обављао. Најзад, суд треба да оцени и постојање потребе процеса и организације рада. У образложењу побјаних решења се наводи у чему се огледа та потреба. Њено негирање, уколико нема доказа о шикани или другим малициозностима, спада у домен целисходности распореда а у то суд, овлашћен да испитује законитост, не треба да улази"

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4166/94, од 7.09.1994)

Критеријуми и мерила за утврђивање технолошког вишка

У поступку утврђивања "технолошког вишка" узимају се у обзир не само критеријуми него и мерила о начину њиховог примењивања, утврђена посебним, односно појединачним колективним уговором.

Критеријуми утврђени посебним, односно појединачним колективним уговором, не могу бити неповољнији за радника од оних који су утврђени општим колективним уговором.

Из образложења:

"При испитивању правилности поступка утврђивања "технолошког вишка", првостепени суд ће узети у обзир и члан 32. став 3. Општег колективног уговора ("Службени гласник РС", број 18/90) по коме се посебним, односно појединачним колективним уговором (овај други може бити супституисан општим актом, по новелираном члану 86. став 2. ЗОПРО) утврђује начин вредновања, односно примене критеријума. Према члану 32. ст. 1. и 2. Општег колективног уговора, основни критеријум је успешност радника на раду, док су стручна спрема, радно искуство, стаж осигурања и сви други критеријуми, корективни. Ове одредбе се, на основу члана 3. став 5. Закона о колективним уговорима ("Службени гласник РС", бр. 6/90) и члана 2. став 1. самог Општег колективног уговора, непосредно примењују и не могу бити игнорисане. Критеријуми утврђени у радној средини не могу бити неповољнији за радника од оних који су утврђени Општим колективним уговором, како је и предвиђено чланом 3. став 6. Закона о колективним уговорима."

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 2369/93 од 8.07.1993)

Остваривање права "технолошког вишка"

Предузеће може приступити обезбеђивању права која припадају радницима у статусу технолошког вишка, тек кад одлука о престанку потребе за њиховим радом постане коначна.

Из образложења:

"Прописи о "технолошком вишку" имају две димензије: прва се односи на утврђивање статуса радника за чијим је радом престала потреба а друга, на остваривање права која ови радници имају.

Статус "технолошког вишка" утврђује се у двостепеном поступку, на основу програма технолошких, економских или организационих промена, критеријума и мерила који одређују начин примене критеријума, што је предвиђено чланом 22. Закона о радним односима ("Службени гласник РС", број 45/91) и чланом 32. ст. 1. до 3. Општег колективног уговора ("Службени гласник РС", број 18/90). Тек када одлука о томе постане коначна и кад буде достављена организацији за запошљавање, предузеће може приступити примени прописа о обезбеђивању права радника за чијим је радом престала потреба."

(Решење Врховног суда Србије Рев. 2566/93 од 15.07.1993)

Кривична и дисциплинска одговорност

Дисциплинска одговорност је независна од кривичне.

Парнични суд који испитује законитост дисциплинске мере није везан ослобађајућом кривичном пресудом.

Из образложења:

"Кривични суд је, због недостатка доказа, ослободио тужиоца одговорности за кривично дело противправног присвајања шалитре из круга преду-

зећа. Дисциплински органи предузећа су, међутим, за исту радњу тужиоцу изrekli меру престанка радног односа, сматрајући да постоје поуздани докази о њеном извршењу. Парнични суд је нашао да је дисциплинска мера правилно изречена, пошто је претходно извео и оценио доказе изведене и оцењене у дисциплинском поступку.

Према члану 12. став 3. ЗПП, парнични суд је везан само осуђујућом правноснажном пресудом кривичног суда. Не и ослобађајућом пресудом. Отуда је парнични суд, могао закључити да је тужилац присвојио три цака шалитре и учинио тежу повреду радне обавезе која повлачи облигатно изрицање мере престанка радног односа, упркос постојању правноснажне ослобађајуће кривичне пресуде. Зато се пуномоћник тужиоца неумесно чуди смелости парничног суда да утврди чињенице које кривични суд није могао утврдити. Парничном суду је за то била потребна вештина а не смелост”.

(Пресуда Врховног суда Србије у Београду, Рев. 5651/94 од 6.12.1994)

Незнатна друштвена опасност и повреда радне обавезе

Незнатна друштвена опасност не искључује постојање повреде радне обавезе, па је у том смислу дисциплинска одговорност строжија од кривичне.

Из образложења:

”Незнатна друштвена опасност искључује постојање кривичног дела, али не и повреде радне обавезе. Отуда, иако противправно присвајање пластичног бурета није покренуло механизам кривично-правне заштите, тужилац није могао избећи дисциплинску одговорност. Дисциплинско право не познаје незнатну друштвену опасност па се радник позива на одговорност и за противправно присвајање ствари мање вредности. По томе је дисциплинска одговорност строжија од кривичне. Смисао строгости дисциплинске одговорности произлази из суштине масовног рада у предузећима и другим радним срединама. Ако би сваки појединац противправно присвајао ствари предузећа мале вредности, отуђена имовина била би велика и угрозила би делатност предузећа. Зато оно има право да се од овог ризика брани строгошћу прописа о дисциплинској одговорности радника”.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4088/93, од 30.12.1993)

Оцена законитости суспензије

Законитост одлуке о суспензији оцењује се независно од законитости одлуке о изреченој дисциплинској мери.

Из образложења:

”Законитост одлуке о суспензији не дели судбину одлуке о изреченој мери. Одлука о суспензији се оцењује независно од законитости изречене дисциплинске мере а зависи искључиво од постојања разлога за суспензију. Ако ти разлози постоје, суспензија је законита, без обзира на исход дисциплинског поступка, односно законитост дисциплинске мере. Тиме се, наравно, не дира у могућност остваривања права из члана 81. став 3. Закона о радним односима.”

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 3501/94 од 18.01.1995)

Место повреде

Поведа радне обавезе постоји и кад је учињена изван простора и времена рада, ако је њена радња или последица у вези са радом.

Из образложења:

”Радник је дужан да поштује дисциплину не само на радном месту и у току радног времена, већ и изван круга предузећа. Повреда радне обавезе, у овом случају изазивање туче, може бити учињена и изван простора и времена рада, под условом да је у вези са радом. Физички и вербални напад на директора пред његов одлазак на службени пут, учињен непосредно испред улаза у пословни простор предузећа и пред почетак радног времена, јесте акт недисциплине учињен у вези са радом. Отуда је тужилац учинио повреду радне обавезе, која му се ставља на терет.”

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3422/92, од 26.11.1992)

Време повреде

Радник може учинити повреду радне обавезе и за време слободних дана.

Из образложења:

”Радник ступањем на рад преузима обавезе и радне дужности а ако их својом кривицом не испуњава чини повреду радне обавезе. Дужности на раду или у вези са радом обухватају укупно понашање радника а не само извршавање радних обавеза непосредно везаних за процес рада и фактичко присуство радника на радном месту. Незаконито располагање имовином предузећа представља повреду радне обавезе и кад је извршено у слободне дане. У те дане раднику не престаје дужност придржавања радних обавеза.”

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4069/93, од 30.12.1993)

Аргументована критика и повреда радне обавезе

Аргументована јавна критика изражена у петицијама, представкама, предлозима или на други начин, је легитимни чин и због одсуства противправности, искључује постојање повреде радне обавезе.

Из образложења:

”Аргументована критика је легитимни чин. Према члану 48. Устава Републике Србије, свако има право да јавно критикује рад државних органа, организација и функционера и да поднесе представке, петиције и предлоге, а подносилац представке не може бити позван на одговорност нити трпети друге штетне последице за ставове изнесене у јавној критици, представи, петицији или предлогу, осим ако је тиме учинио кривично дело. Како ревизија не указује на постојање пресуде о кривичној одговорности тужиоца, подношење представке шефу државе није било противправно па не може бити повреда радне обавезе. С обзиром на то, неосновани су наводи ревизије да је побијана пресуда продукт погрешне примене материјалног права.”

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 2084/92, од 4.06.1992)

Мера престанка радног односа и облик кривице

Мера престанка радног односа се може изрећи само ако се кривица радника испољава као намера или крајња непажња.

Из образложења:

”Према члану 63. став 2. Закона о радним односима, дисциплинска одговорност је условљена кривицом радника, која се код изрицања мере престанка радног односа испољава у намери или грубој непажњи. Нижестепени судови нису оценили дисциплинску меру престанка радног односа са становишта субјективног односа тужиоца према радњи повреде и њеним последицама, због чега је преурањен закључак да је изречена дисциплинска мера законита. Потпуна оцена законитости изречене мере биће могућна тек када се чињенично стање употпуни разјашњењима у вези са постојањем,

односно непостојањем намере или грубе непажње. Да би то било учињено, овај суд је, у смислу члана 395. став 2. ЗПП, укинуо обе нижестепене пресуде и предмет вратио на поновно суђење.”

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 4611/93, од 11.01.1994)

Најтежа дисциплинска мера и олакшавајуће околности

Ако постоје објективни и субјективни услови за облигатно изрицање најтеже дисциплинске мере, онда се њено изрицање не може избећи позивањем на олакшавајуће околности.

Из образложења:

”Кад постоје објективни и субјективни услови за облигатно изрицање најтеже мере, онда се њено изрицање не може избећи позивањем на олакшавајуће околности. У овом случају ти услови постоје, па је дисциплинска мера престанка радног односа могла бити изречена, без обзира на олакшавајуће околности на које се тужилац позива. Те околности су релевантне код факултативног изрицања дисциплинских мера, што овде није случај”.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4947/94 од 19.10.1994)

Застарелост дисциплинског поступка

До застарелости вођења дисциплинског поступка долази ако субјективни или објективни рок из члана 77. став 3. Закона о радним односима, истекне пре доношења другостепене одлуке у дисциплинском поступку.

Из образложења:

”Према члану 77. став 3. Закона о радним односима, вођење дисциплинског поступка застарева протеком шест месеци од дана сазнања за повреду радне обавезе и учиниоца, односно протеком једне године од дана када је повреда учињена. У овој ситуацији реч је о субјективном а у другој, о објективном року. Тужени је сазнао за повреду радне обавезе и учиниоца 13. фебруара 1992. године, када је надлежни дисциплински орган примио пријаву из које се види да је повреда учињена 29. октобра 1991. године. Субјективни рок је истекао 13. јула 1992. године а вођење дисциплинског поступка окончано 6. априла 1993. године, доношењем другостепене одлуке. С обзиром на то, застарелост вођења дисциплинског поступка је наступила. Ако постоје услови за застарелост по субјективном року, ирелевантно је да ли је истекао и објективни рок. И обратно. Дисциплински поступак је двостепен, што несумњиво произлази из чл. 73. до 75. Закона о радним односима. Отуда се у ревизији неосновано наводи да рачунање рока застарелости вођења дисциплинског поступка ваља рачунати према моменту доношења првостепене одлуке. Том одлуком се окончава првостепени дисциплински поступак. После њеног достављања отвара се другостепени поступак, уколико радник у законском року изјави приговор, што је у овом случају учињено.”

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3255/94, од 6.07.1994)

Тужба и застарелост дисциплинског поступка

Тужба у радном спору не прекида застарелост вођења дисциплинског поступка.

Из образложења:

”Неосновано се тужилац у ревизији позива да је дисциплински поступак окончан у оквиру застарног рока од шест месеци, 27. октобра 1992. године, доношењем одлуке Комисије за молбе и жалбе Управног одбора

туженог. Ова одлука је поништена правноснажном пресудом од 19. марта 1993. године и дисциплински предмет враћен на одлучивање надлежном другостепеном дисциплинском органу. То је имало за последицу поновно отварање поступка по приговору, али је одлука другостепеног дисциплинског органа донесена након наступања застарелости вођења дисциплинског поступка. Рок застарелости је преклузиван, континуирано је текао и наступио по самом закону. Његово наступање није прекинуто ни поступком пред судом који је окончан поменутом правоснажном пресудом”.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1043/94, од 13.04.1994)

Претходно обраћање предузећу у спору о накнади штете

Радник може поднети тужбу ради накнаде штете настале на раду или у вези са радом, тек по протеку рока од 30. дана од подношења захтева предузећу да се о томе закључи споразум. Ако ова процесна претпоставка није испуњена, суд ће прекинути поступак и упутити радника да се најпре обрати предузећу.

Из образложења:

”Према члану 85. став 2. Закона о радним односима, у спору о накнади штете по тужби радника судска заштита је могућна ако се радник и предузеће не споразумеју о накнади у року од 30 дана. У списима нема података да је овај услов испуњен, што указује да нижестепени судови нису водили рачуна о тој одредби. На тај начин су и повредили материјално право. Повреда је такве нарави да захтева укидање нижестепених одлука да би се у поновном поступку, у смислу члана 395. став 2. ЗПП, испитало да ли је испуњена процесна претпоставка за вођење поступка о накнади штете по захтеву радника. Ако та претпоставка није испуњена, поступак се има прекинути да би се наставио по истеку рока од 30 дана.”

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 3571/92, од 19.09.1992)

Одговорност више радника за штету

Кад више радника одговара за исту штету, па се њихови појединачни удели у настанку штете не могу утврдити, онда они накнађују штету у једнаким деловима, али се при том мора утврдити када је штета настала и који су радници у том времену одсуствовали с посла.”

Из образложења:

”Према члану 82. ст. 2. и 3. Закона о радним односима (”Службени гласник РС”, бр. 45/91 и 18/92), ако штету проузрокује више радника, сваки од њих је одговоран за део штете коју је проузроковао, а уколико се за сваког од њих не може утврдити тај део, узео се да су сви радници подједнако одговорни и штету надокнађују у једнаким деловима. Да би се овај пропис могао применити, потребно је да се утврди колико је укупно радника учествовало у настанку штете, што зависи не само од броја радника који су радили са платинским анодама, него и од броја радника који су у времену њиховог нестанка били одсутни са рада. Ове околности нису разјашњене па се у ревизији основано указује на мане у погледу примене материјалног права. Првостепени суд ће, у поновном поступку, најпре разјаснити у ком периоду су платинске аноде нестале из радног простора и колико је радника у том времену са њима радило, да би тек након тога одлучио о захтеву за накнаду штете, који је предмет тужбеног захтева. При том ће оценити и основ одговорности тужених радница који је, чланом 82. став 1. Закона о радним односима редуциран на намеру или крајњу непажњу.”

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 2079/93, од 24.06.1993)

Радник као треће лице

Оштећени може бити треће лице и кад је запослен у предузећу чији су му радници проузроковали штету.

Из образложења:

"Према члану 170. став 1. Закона о облигационим односима, за штету коју радник на раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу, одговара предузеће у којем је радник радио у тренутку проузроковања штете, осим ако докаже да је радник у датим околностима поступао онако како је требало. У конкретној ситуацији, тужилац је треће лице без обзира што је у радном односу са туженим предузећем. Њему су нестали сликарски радови пошто су га радници туженог, без обавештавања преселили у другу канцеларију док је био на боловању."

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4662/92, од 14.01.1993)

Раскид радног односа по изјави радника

Одлука о престанку радног односа на основу писмене изјаве радника да жели раскинути тај однос, нема конститутиван већ деклараторан карактер, па до престанка радног односа долази и кад таква одлука није донета.

Из образложења:

"Нижестепени судови су правилно закључили да је захтев тужиоца неоснован. Овде је реч о престанку радног односа по изјави радника о раскиду радног односа, у смислу члана 75. став 1. тачка 1. Закона о основним правима из радног односа. Основ за престанак радног односа је - сама изјава о раскиду радног односа, тако да раднику радни однос престаје, *ipso iure*, по истеку отказног рока. Јесте уобичајено да се, евиденције ради, и код примене овог основа доноси одлука о престанку радног односа. Али, она није конститутивна већ декларативна. Стога се њоме само констатује да је до престанка радног односа по вољи радника - дошло. Пошто је основ за престанак радног односа сама изјава радника, правна дејства престанка радног односа не зависе од тога да ли је одлука о престанку радног односа донета или не. Самим тим, без значаја су наводи ревизије да раније Раднички савет о његовом захтеву није одлучивао. Одлучивао је нови Раднички савет, али и та одлука има декларативни карактер. Тужиоцу је престао радни однос по његовој вољи и то никаква одлука није могла да промени."

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3768/92, од 3.12.1992)

Уговарање споразумног престанка радног односа

Споразум о престанку радног односа може бити садржан и у уговору којим се радни однос заснива.

Из образложења:

"Раднику, по члану 35. став 3. Устава Републике Србије, може престати радни однос против његове воље под условима и на начин утврђен законом и колективним уговором. У овом случају тужиоцу је престао радни однос по споразуму, у смислу члана 75. став 1. тачка 2. Закона о основним правима из радног односа ("Службени лист СФРЈ", бр. 60/89 и 42/90). Овај споразум садржан је у уговору о удруживању рада и средстава кога су странке закључиле 19. маја 1989. године. Према члану 7. тог уговора тужени може раскинути уговор у случају негативног пословања, у ком случају по истој одредби члана 6. став 2. уговора, престаје и радни однос удружиоца средстава. Пошто се тужилац, својим потписом на уговору, сагласно са овим одредбама, сагласио се и са престанком радног односа у случају престанка уговора. На тај начин настао је и основ за престанак радног односа по коме

је донесено и решење о престанку радног односа од 12. новембра 1990. године. Овим решењем је заправо само декларисано да су наступили услови за примену споразума о престанку радног односа.”

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3123/93, од 7.10.1993)

Навршавање радног века

Радни век је једнак и за мушкарца и за жену, али жена може остварити право на пензију раније, што не значи да јој против њене воље раније може престати и радни однос.

Из образложења:

”Чланом 75. став 3. Закона о основним правима из радног односа (“Службени лист СФРЈ”, бр. 60/89 и 42/90) предвиђено је да раднику престаје радни однос кад наврши 40 година стажа осигурања или 65 година живота. По овој одредби радни век је једнак и за мушкарце и за жене. По прописима о пензијском осигурању, жена, међутим, може ако жели, да оствари право на старосну пензију пет година пре мушкарца. Али, ако не жели, има право да ради колико и мушкарац. Могућност остваривања права на пензију није основ за престанак радног односа па су нижестепени судови правилно поступили што су поништили првостепену и другостепену одлуку о престанку радног односа.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3240/92, од 5.11.1992)

Последнице превременог престанка радног односа

После доношења првостепене одлуке о престанку радног односа, радник има право да ради до коначности те одлуке, па ако му је превремено престао рад, суд га има вратити и обавезати предузеће да му накнади штету због изостале зараде - до доношења одлуке о приговору, без обзира да ли је наступила преклузија у погледу могућности вођења радног спора против првостепене одлуке:

Из образложења:

”Тужилац је тражио враћање на посао и накнаду штете за изосталу зараду. Тужба садржи тврђење да је тужиоцу радни однос престао незаконито, али без захтева да се поништи одлука о престанку радног односа. С обзиром на то, нижестепени судови нису могли применити одредбу члана 97. став 1. Закона о радним односима (“Службени гласник РС”, бр. 45/91 и 18/92) о преклузији у случају ћутања о приговору против одлуке о престанку радног односа. У овом спору тужилац ту одлуку и није побијао. То, због протеча рока, више и не може учинити. Али, преклузија у погледу могућности побијања донесене одлуке о престанку радног односа нема значаја на одлучивање о постављеним захтевима. Против те одлуке тужилац је поднео приговор који, у смислу члана 100. Закона о радним односима, задржава извршење до њене коначности. Како о приговору није одлучено, донесена одлука није постала коначна па није могла постати ни извршена. Стога, није могла изазвати ни престанак рада ни престанак права на зараду. Те последице ће наступити тек када приговор тужиоца буде одбијен. Уколико до тога дође, тужилац ће, у одређеном року, моћи да побија другостепену одлуку. Преклузија у погледу побијања првостепене одлуке не делује на могућност побијања другостепене одлуке, пошто је реч о различитим одлукама. Нижестепени судови нису о овоме водили рачуна па се у ревизији основано указује на погрешну примену материјалног права. То је и био разлог што је овај суд, у смислу члана 395. став 2. ЗПП, укинуо оба решења и предмет вратио првостепеном суду на поновно суђење. У поновном поступку првостепени суд ће отклонити речене недостатке. О постављеним зах-

тевима одлучиваће мериторно, с тим што ће се дејство пресуде простирати само до доношења одлуке о приговору. Потом ће, уколико буде донета, деловати коначна одлука о престанку радног односа. После донесене првостепене одлуке о престанку радног односа, радник има право да ради и остварује зараду све док о његовом приговору не буде одлучено, без обзира да ли је првостепена одлука законита или незаконита, односно да ли је наступила или не преклузија у погледу могућности њеног побијања у радном спору.”

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 683/93, од 11.03.1993)

Дејство приговора

Радник према коме је донета првостепена одлука о престанку радног односа, остаје у радном односу за све време од подношења приговора до доношења другостепене одлуке.

Из образложења:

”Према члану 100. Закона о радним односима, приговор против одлуке о престанку радног односа има суспензивно дејство, услед чега задржава извршење донесене одлуке, све док се о њему не одлучи. Имајући ово у виду, у ревизији се неосновано наводи да је тужила могла остварити стаж осигурања и накнаду изостале зараде само до истека времена у коме је, по закону, другостепена одлука могла бити донета. То време одређено је чланом 95. став 1. Закона о радним односима и износи 30 дана. Међутим овај рок није преклузиван, па се одлука о приговору може донети и касније. То се и догодило. Пошто је доношење другостепене одлуке у рукама предузећа, оно се не може позивати на своје пропусте па не може избећи консеквенце ћутања о приговору, све док не донесе другостепену одлуку. Тачно је да је основ за престанак радног односа због одбијања распореда - императиван. Али, то није основ по сили закона, већ по одлуци предузећа која се доноси без сагласности радника. Отуда, раднику по овом основу престаје радни однос тек са коначношћу донесене одлуке. Зато се у ревизији неосновано наводи да су судови погрешили што су признали у стаж осигурања све време до доношења другостепене одлуке.”

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 474/94, од 23.02.1994)

Преклузивни рок и грешка

Рок за подношење приговора је преклузиван а његова строгост не трпи грешку као извињавајући разлог.

Из образложења:

”Рок за подношење приговора је преклузиван а његова строгост не трпи грешку као извињавајући разлог. Зато су без значаја наводи ревизије о томе да је до закашњења у подношењу приговора дошло услед грешке приправника у адвокатској канцеларији пуномоћника тужиоца”.

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 1124/93, од 8.04.1993)

Обавештење о седници

Радник може бити обавештен о седници другостепеног органа и објављивањем дана, места и дневног реда ове седнице на огласној табли предузећа. Необавештавање о седници је релевантно само ако је утицало или је могло утицати на правилност другостепене одлуке.

Из образложења:

”Према члану 95. став 2. Закона о радним односима, радник има право да присуствује седници радничког савета на којој се расправља о његовом

приговору и да се изјасни о чињеницама важним за доношење другостепене одлуке. Пошто ова одредба не садржи и изричиту обавезу предузећа да подносиоца приговора лично позове, за остваривање овог права било је довољно да је он обавештен о седници другостепеног органа. То обавештавање се може учинити и истицањем објаве о дану, месту и дневном реду седнице. У поновном поступку првостепени суд ће испитати да ли је обавештење о дану, часу и дневном реду седнице другостепеног дисциплинског органа јавно објављено, јер од тога зависи да ли је тужиоцу омогућено остваривање права из члана 95. став 2. Закона о радним односима. Овај пропис не би био повређен ако је из објављеног дневног реда било видљиво да ће се решавати и о приговору тужиоца. Ако нађе да је овај пропис, ипак, повређен, судови треба да оцене да ли је то утицало или је могло утицати на правилност побијане одлуке. Повреда је релевантна само ако је испуњен овај услов”.

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 2849/93, од 24.08.1993)

Мишљење синдиката

Пропуст да се затражи мишљење синдиката неће имати за последицу поништавање коначне одлуке, ако се, с обзиром на околности случаја, може закључити да би било негативно по радника.

Из образложења:

”Пропуст другостепеног органа да затражи мишљење синдиката није довољан за поништавање коначне одлуке. Имајућу у виду околности случаја и програмске циљеве за које се синдикат залаже, овај суд сматра да би мишљење било негативно и да је затражено. Стога, околност да оно није затражено нема капацитет повреде поступка која би коначну одлуку начинила незаконитом”.

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1583/93, од 13.05.1993)

Одсуство правне поуке и рок за тужбу

Погрешна правна поука о року за тужбу у радном спору утиче а одсуство правне поуке у том року не утиче на благовременост тужбе.

Из образложења:

”Рок у коме се може тражити судска заштита је материјално-правни преклузивни рок чијим се пропуштањем губи право на судску заштиту. Стога је тужба поднета после овог рока, неблаговремена.

С обзиром на изнето, околност да побијена одлука не садржи правну поуку, није од утицаја на правилност судске одлуке о одбавивању тужбе. Рок за подношење тужбе је одређен Законом о радним односима па није било неопходно да одлука о приговору садржи правну поуку. Пошто овде није реч о погрешној поуци него одсуству поуке, у ревизији се неосновано указује на погрешну примену материјалног права”.

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 3118/94, од 6.10.1994)

Допуштеност тужбе кад нема другостепеног органа

Радник не може трпети штетне последице због неподношења приговора ако не постоји орган који о приговору треба да одлучује.

Из образложења:

”Према члану 97. став 2. Закона о радним односима, радник не може тражити заштиту права пред надлежним судом, ако претходно није тражио заштиту права пред надлежним органом у предузећу, осим у споровима у новчаном потраживању. Претходно обраћање органу интерне заштите је

процесна претпоставка за остваривање судске заштите. Али, она подразумева да је орган интерне заштите образован. Радник не може сносити штетне последице због неподношења приговора, ако га није имао коме поднети. Одсуство другостепеног органа је пропуст предузећа па оно не може имати користи од своје срамоте. Пошто првостепено решење о престанку радног односа не садржи поуку о праву на приговор, наводи ревизије да приговор није могао бити поднет пропустом туженог, добијају на значају, јер се тичу правилне примене члана 97. став 2. Закона о радним односима. С обзиром на то овај суд је, у смислу члана 395. став 2. ЗПП, укинуо другостепено решење и предмет вратио окружном суду на поновно суђење. При поновном одлучивању, другостепени суд ће размотрити процесне претпоставке о допуштености радног спора и са становишта органа коме је приговор могао бити поднет. Штетне последице због одсуства тог органа не може да сноси радник, без обзира да ли тај орган треба да буде образован у предузећу, или изван њега у смислу чл. 39. и 40. Општег колективног уговора. Ако не буде имао све елементе потребне за примену члана 97. став 2. Закона о радним односима, окружни суд ће првостепеном суду пружити прилику да их испита.”

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 4836/93, од 2.02.1994)

Допуштеност тужбе кад нема одлуке

Радник не може сносити штетне последице због пропуштања приговора, ако му послодавац није доставио одлуку коју је приговором требало да добија

Из образложења:

”Према члану 97. Закона о радним односима, радник може поднети тужбу у радном спору ако је претходно поднео приговор надлежном другостепеном органу у предузећу. Приговор се, по члану 94. став 1. Закона о радним односима, подноси против првостепене одлуке са којом радник није задовољан. Из ових одредаба произлази да остваривање права на приговор подразумева: постојање органа коме се приговор подноси и постојање одлуке против које се приговор подноси. У овом случају приговор није поднет, јер тужиља није добила одлуку против које би га изјавила. Тужиљи је одлуку о престанку радног односа, по члану 90. Закона о радним односима, био дужан да достави тужени. Пошто то није учинио, онемогућио јој је да се користи правом приговора. Због тога се тужени сада не може позивати на одсуство процесне претпоставке из члана 97. став 2. Закона о радним односима. Суд не слуша оног ко износи своју срамоту. Повреда права на приговор, које је иначе зајемчено чланом 22. став 2. Устава Републике Србије, не може користити оном ко је то право нарушио. Неподношење приговора искључило би судску заштиту да је тужени првостепену одлуку доставио тужиљи. Али, није. Отуда тужиља не може сносити штетне последице због пропуста који је учинио тужени.”

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 36/93, од 7.12.1993)

Преклузивни рок и способност за расуђивање

Преклузивни рок за подношење приговора односно тужбе не делује према лицу које није способно за расуђивање.

Из образложења:

”Иако се у списима налази низ лекарских извештаја, нижестепени судови нису разјаснили од које болести тужилац болује и да ли је она такве

природе да је утицала на његову способност за расуђивање. Према лицу које није у стању да схвати значај својих радњи и управља својим поступцима не делују, уколико нема стараоца, преклузивни рокови за покретање поступка интерне и судске заштите, јер није у стању да предузме вољну радњу пријема одлуке за коју се везује почетак и крај тог рока”.

(Решење Врховног суда Србије Рев. 2617/94, од 8.06.1994)

Пропуштање приговора

Тужба радника који није искористио право приговора је недозвољена, па се има одбацити.

Из образложења:

”Тужбени захтев је правноснажно одбијен зато што тужилац није благовремено поднео приговор против одлуке првостепеног дисциплинског органа. Овај разлог није могао бити употребљен при мериторном одлучивању које су применили нижестепени судови. Према члану 97. став 2. Закона о радним односима (”Службени гласник РС”, бр. 45/91 и 18/92), заштиту права пред надлежним судом радник не може да тражи ако претходно није тражио заштиту права пред надлежним органом у предузећу, осим кад остварује новчано потраживање. Из ове одредбе произлази да о тужби радника који није искористио право приговора није могућно одлучивати мериторно. Таква тужба је недопуштена и суд није надлежан да по њој поступа. С обзиром на речено, овај суд је, у смислу члана 394. став 2. укинуо обе пресуде и одбацио тужбу.”

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 1124/93, од 8.04.1993)

Пропуштање рока за тужбу

Кад пропуштањем рока дође до преклузије у погледу могућности подношења тужбе, суд не може мериторно одлучивати о праву које је предмет спора.

Из образложења:

”Тужилац је пропустио рок за подношење приговора против првостепене одлуке о престанку радног односа и на тај начин изгубио право на тужбу, у смислу члана 97. став 2. Закона о радним односима (”Службени гласник РС”, бр. 45/91 и 18/92). То је имало за последицу немогућност суда да мериторно одлучује о предмету спора. Како се изгубљено право на судску заштиту не може рестаурисати, без значаја су наводи ревизије о постојању субјективног права које је требало да буде предмет заштите. О том праву се судови више не могу изјашњавати.”

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 1722/93, од 27.05.1993)

Рачунање рока за тужбу

Рок за подношење тужбе у радном спору не продужава се кад последњи дан падне у недељу или други дан кад суд не ради.

Из образложења:

”Рок за тужбу у радном спору из члана 97. став 1. Закона о радним односима је материјалноправни преклузивни рок, који се не може ни скраћивати ни продужавати. Њега не може продужити ни одредба члана 12. став 4. ЗПП, јер се она не односи на рокове одређене материјалним законом какав је и поменути. Закон о парничном поступку се примењује на рокове утврђене материјалним законом само ако је то изричито предвиђено, као у случајевима на које упућује члан 113. став 8. ЗПП. Реч је о изузетцима а пошто се они примењују рестриктивно, њихово дејство се не може проширити на

рокове утврђене материјалним законом - у овом случају - чланом 97. став 1. Закона о радним односима. Стога, рок за подношење тужбе у радном спору истиче последњег дана, без обзира да ли он пада у недељу или који други дан када суд не ради."

(Решење Врховног суда Србије Рев. 2727/93 од 10.08.1993)

Реинтеграција и накнада штете

Радник коме је престао радни однос, може тражити враћање на рад и накнаду штете ако одлука о мери престанка радног односа буде поништена.

Из образложења:

"Погрешно тужилац у ревизији сматра да има право да се врати на рад код туженог и на накнаду штете и изосталој заради, позивајући се на незаконост одлука првостепеног и другостепеног суда којим је одбијен његов захтев за поништај одлуке о дисциплинској мери престанка радног односа. Тужилац не може у спору за враћање на рад и накнаду штете побијати правоснажну одлуку суда којој је изречена дисциплинска мера престанка радног односа оцењена законитом. Пошто није било услова да се туженом наложи да тужиоца врати на рад и да му накнади штету у изосталој заради, захтев тужиоца је правилно одбијен. Стога нису основани ни наводи ревизије о погрешној примени материјалног права".

(Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4872/93, од 2.02.1994)

Зависна реинтеграција

Враћање радника на рад је нужна последица поништавања одлуке о престанку радног односа.

Из образложења:

"Реинтеграција радника је нужна последица поништавања одлуке о престанку радног односа, јер та одлука делује ретроактивно. Отуда се не могу уважити наводи ревизије да је налагањем враћања тужиље на рад суд узурпирао овлашћења пословодног органа. Враћање на рад подразумева враћање на раније радно место а ако је оно укинато, на радно место које одговара стручној спреми, звању и способностима радника".

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 3240/92 од 5.11.1992)

Независна реинтеграција

О враћању радника на рад одлучује се независно од захтева за поништавање мере престанка радног односа, уколико о приговору радника није одлучивано.

Из образложења:

"У тужби, којом је покренуо радни спор, тужилац је поставио два захтева: 1) да се поништи изречена дисциплинска мера, 2) да се врати на раније радно место уз признавање свих права из радног односа. Други захтев за сада није условљен првим. Предмет овог спора је првостепена одлука о изрицању мере престанка радног односа а она, због суспензивног дејства приговора, није могла бити извршена. Пошто је то ипак учињено враћање тужиоца на рад и признавање права из радног односа не произлазе из основаности првог захтева, већ се заснивају на суспензивном дејству приговора, које не постојати све док се не донесе коначна одлука. Суспензивно дејство приговора предвиђено је чланом 80. став 3. Закона о основним правима из радног односа а тај пропис изазива исте правне последице као и касније

донета одредба члана 76. став 3. Закона о радним односима. Према томе, одсуство ове друге одредбе није од значаја у погледу дејства приговора. За све време до доношења одлуке о приговору, теку рокови застарелости вођења дисциплинског поступка, што ће такође имати значаја при одлучивању о другом захтеву тужиоца”.

(Решење Врховног суда Србије, Рев. 4013/93, од 7.12.1993)

Реинтеграција и укидање радног места

Укидање радног места није сметња враћању радника на рад.

Из образложења:

”Накнадно укидање радног места не утиче на одлуку суда о враћању радника на рад. Радник се враћа у радну средину да би му се обезбедио исти положај као и раднику који се у тренутку укидања радног места затекао у тој средини. Прописи о ”технолошком вишку” важе и за раднике који су незаконитом одлуком или радњом били одстрањени са рада. Важе, дакле, и за тужиоца кога је директор одстранио из школе пре коначности одлуке о престанку радног односа, и тиме грубо повредио одредбу о суспензивном дејству приговора из члана 100. Закона о радним односима”.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 4226/94 од 18.01.1985)

Приредио др Зоран Ивошевић

ОДЛУКЕ САВЕЗНОГ УСТАВНОГ СУДА

Савезни уставни суд не оцењује уставност, односно законитост аката о оснивању предузећа, установа и других организација

Општинска скупштина у М. основала је одређену установу, одредила врсту њене делатности, њену пословну способност у правном саобраћају, права и обавезе Установе и права и обавезе Скупштине као оснивача.

Грађанин сматра да општинска скупштина нема право да постојеће друштвено предузеће претвара у друго предузеће, односно установу, и да је повредила слободу постојећег предузећа на самостално и слободно организовање у смислу члана 74. Устава СРЈ.

Савезни уставни суд сматра да оспорена одлука није општи акт чију уставност, односно законитост, сагласно одредбама члана 124. став 1. Устава СРЈ, оцењује Савезни уставни суд. Оспорена одлука не уређује на општи начин одређено питање, није акт који се односи на неодређен број субјеката. У питању је појединачни акт, о чијој уставности и законитости не одлучује Савезни уставни суд, већ редовни судови, у чијој је надлежности решавање спорова о статусним променама у предузећима и другим правним лицима. Због тих разлога, Савезни уставни суд одбацио је дату му иницијативу.

(Савезни уставни суд, решење III У бр. 13/93, од 18.1.1995)

Слобода синдикалног удруживања и деловања не јамчи свакој од више синдикалних организација право да буде потписник колективног уговора

Колективним уговором о изменама и допунама Општег колективног уговора (”Службени гласник”, број 65/94) извршене су одређене измене

Општег колективног уговора, тако што је утврђено да је потписник уговора "овлашћена организација синдиката", тј. организација синдиката која је законом овлашћена да закључује колективни уговор.

Једна од синдикалних организација која није потписник Општег колективног уговора, дала је Савезном уставном суду иницијативу за покретање поступка за оцењивање уставности и законитости означеног акта о изменама и допунама Општег колективног уговора, налазећи да оспорени акт ограничава право радника на синдикално удруживање и деловање, које није зависно од "већинског", односно "мањинског" синдикалног удруживања.

Савезни уставни суд није прихватио иницијативу за покретање поступка за оцењивање уставности и законитости означеног колективног уговора.

Зајемчена слобода синдикалног удруживања и деловања (члан 41. Устава СРЈ) не садржи, по схватању Савезног уставног суда, у себи и право сваке од више синдикалних организација да буде потписник Општег колективног уговора који закључују влада, послодавци и синдикат. То право сваке од више синдикалних организација не може се извести из слободе синдикалног организовања и деловања, па ни из одредби Закона о основним правима из радног односа (члан 85) по којима су права и обавезе радника, као и права и обавезе послодавца предмет колективног уговора који закључују послодавци и њихове организације, влада и синдикалне организације. Колективни уговор, као основни акт о правима и обавезама радника и послодавца, представља, уосталом, оно што се уобичајено назива "законска категорија". Право синдикалних организација да закључују колективни уговор о правима и обавезама радника није, дакле, право зајемчено Уставом Савезне Републике Југославије, нити то право, у случају постојања више синдикалних организација, произлази из права на синдикално организовање. Која ће од више синдикалних организација бити потписник колективног уговора зависи, дакле, од тога шта закон који прописује постојање колективног уговора буде прописао. У овоме случају, ваља имати у виду и то да Закон о основним правима из радног односа није прописао ништа друго, осим претходно наведеног, и да су питања која се подробније односе на колективни уговор уређена републичким законом о колективним уговорима, који је и прописао да је потписник колективног уговора "овлашћена синдикална организација". Оспорени колективни уговор ни не одређује, у ствари, организацију синдиката која ће бити потписник колективног уговора, већ само понавља (члан 45а Општег колективног уговора) да се овлашћеном организацијом у смислу одредаба тога уговора сматра - организација која је законом овлашћена на потписивање општег колективног уговора. Оспорени колективни уговор не дира, дакле, у слободу синдикалног удруживања и деловања, зајемчену Уставом СРЈ, тиме што не утврђује да је и синдикална организација која је оспорила уставност и законитост тога акта такође његов потписник.

(Савезни уставни суд, решење III У број 179/94, од 18.I 1995)

Повратно дејство одредбе закона, другог прописа и општег акта постоји само онда кад се она односи на свршене чињенице

Одредбом члана 352. Закона о Војсци Југославије, став 2., ("Сл. лист СРЈ", бр. 43/94) прописано је да се официр у чину мајора који нема завршену војну академију, односно одговарајућу стручну спрему, а постављен је на формацијско место вишег чина пре дана ступања тога закона на снагу,

унапређује у чин потпуковника под условима из члана 75. тачка 2. Закона о служби у оружаним снагама (Закон СФРЈ... од 1985. године), ако те услове испуни најдоцније до 31. децембра 1995. године.

Грађанин сматра да оспорена законска одредба има повратно дејство које није у складу с Уставом СРЈ, и да, стога, није сагласна с Уставом СРЈ.

О сагласности одредбе закона, другог прописа и општег акта с начелом забране повратног дејства, утврђеним одредбама члана 117. Устава СРЈ, може се судити само у случају кад одредба чија се уставност оспорава с тога становишта, одиста има повратно дејство. А такво дејство постоји, по схватању Савезног уставног суда, само онда кад одредба новог закона дира у односе који су правноснажно завршени за важења ранијег закона. У случају оспорене законске одредбе нема места закључку о њеном повратном дејству, па се, зато, ни не поставља питање њене сагласности, односно несагласности с наведеним одредбама Устава СРЈ о забрани повратног дејства закона, другог прописа и општег акта. То да оспорена законска одредба нема повратно дејство исходи већ из њене садржине, односно решења које она садржи. Оспорена законска одредба упућује на примену ранијег закона која се односи на унапређивање професионалних официра који су услове за унапређење у виши чин стекли за важења ранијег закона; она не упућује, дакле, на примену новог закона, да би се постављало питање да ли је тој одредби дата повратна снага. Оспорена законска одредба нема, дакле, повратно дејство, па се стога не поставља питање њене несагласности с наведеним начелом Устава СРЈ.

(Савезни уставни суд, решење I У број 176/94, од 18.I 1995)

Право је републике-чланице Савезне Републике Југославије да пропише да послове правне заштите имовинских права републике, аутономне покрајине, града и општине, обавља јавно правобранилаштво - као законски заступник Републике и њених територијалних јединица

Фонд за развој демократије, у Београду, дао је Савезном уставном суду иницијативу за покретање поступка за оцењивање уставности (и супротности са савезним законом) Закона Републике Србије о јавном правобранилаштву ("Сл. гласник РС", бр. 43/91). Фонд сматра да оспорени закон није у складу с Уставом СРЈ, којим није утврђено постојање јавног правобранилаштва, и који утврђује постојање адвокатуре, као самосталне и независне делатности која грађанима и правним лицима пружа правну помоћ. Оспорени закон није сагласан - по мишљењу Фонда - ни са одредбама члана 80. Закона о парничном поступку, по којима законског заступника има само она странка која нема парничну способност, што није случај с правним лицима.

Савезни уставни суд није усвојио дату му иницијативу.

Јавно правобранилаштво одиста није категорија Устава Савезне Републике Југославије, тј. није орган Савезне Републике Југославије, по одредбама Одељка V Устава СРЈ. Устав СРЈ утврђује, уосталом, само постојање одређених органа Савезне Републике Југославије, али не и - органа републике-чланице СРЈ. Постојање органа републике-чланице ствар је, сагласно одредбама члана 6. Устава СРЈ, самих република-чланица. Републике-чланице оснивају одређене органе републике-чланице сагласно републичком уставу. То значи да је искључива ствар републике-чланице да утврди које ће органе имати. Суверено је, дакле, право републике-чланице да пропише да ће републику и њене територијалне јединице у имовинскоправним споровима штитити установа каква је јавно правобранилаштво. Утврђујући да је јавно правобранилаштво орган који у својству законског заступника Републике и територијалних јединица у саставу Републике штити имовинске

интересе Републике и територијалних јединица, Република Србија није повредила Устав Савезне Републике Југославије.

О несагласности оспореног закона са Уставом Савезне Републике Југославије не може се судити са становишта одредбе члана 68. Устава СРЈ. Значење те одредбе тога устава састоји се, по схватању Савезног уставног суда, у томе да је зајамчено постојање адвокатуре као самосталне и независне делатности, чији је смисао постојања у пружању правне помоћи грађанима и правним лицима и у њеној самосталности и независности. Никаквим се тумачењем те уставне одредбе не може закључити да је адвокатура било чији законски заступник, па ни заступник Републике и територијалних јединица; да је искључиво адвокатура установа која заступа физичка и правна лица нити да заступање не може бити поверено неком другом - органу који је основала Република, у овом случају. Постојање републичког и другог јавног правобранилаштва у Републици Србији не може, стога, ни на који начин бити противно Уставу СРЈ.

Способност бити странка у поступку, и - парнична способност, две су различите категорије, утврђене одредбама чл. 77. до 89. Закона о парничном поступку. Иако правно лице има, по одредби члана 77. став 1. тога закона, страначку способност, тј. способност да буде странка у поступку (тужилац, тужени), то не значи да правно лице поседује и парничну способност, тј. да само може вршити радње у поступку. Мада је правно лице странка у поступку, оно, по својој природи, нема и парничну способност, тј. способност да само предузима радње у поступку. Те радње предузима, како за физичко лице које нема парничну способност, тако и за правно лице: законски заступник странке, који се одређује законом или актом надлежног државног органа, донесеним на основу закона (члан 80. Закона о парничном поступку). Оспорени закон одређује, дакле, да је законски заступник Републике и њених територијалних јединица - јавни правобранилац, сагласно и одредбама члана 80. Закона о парничном поступку, по којима странку која нема парничну способност заступа њен законски заступник; а тада заступника не одређује ни Устав СРЈ ни Закон о парничном поступку, већ посебан закон који уређује заступање странака које немају парничну способност. У овом случају, то је, управо - оспорени закон, који ни у чему није противан ни Уставу СРЈ ни Закону о парничном поступку.

(Савезни уставни суд, решење I У број 212/94, од 22.II 1995)

Проглашење ванредног стања (члан 78. став 1. тачка 3) Устава СРЈ) надлежност је Савезне скупштине и не може зависити од мишљења Републичке скупштине, односно од мишљења Републичке владе

Одредбом члана 5. став 3. Закона о одбрани ("Сл. лист СРЈ", број 43/94) прописано је да се пре проглашења ванредног стања на територији или делу само једне републике-чланице прибавља, у року од 48 сати, мишљење скупштине републике-чланице, или републичке владе - када републичка скупштина није у стању да се састане.

Грађанин сматра да оспорена законска одредба, због тога што ограничава право савезног органа да одлучује о проглашењу ванредног стања, није сагласна с Уставом СРЈ.

Савезни уставни суд утврдио је да оспорена законска одредба није у складу с Уставом СРЈ.

О проглашењу ванредног стања одлучује, по одредби члана 78. став 1. тачка 3) Устава Савезне Републике Југославије, Савезна скупштина. Ванредно стање може, по одредби члана 99. тачка 10) Устава Савезне Републике Југославије, прогласити и Савезна влада: када Скупштина није у стању да

се састане. Влада проглашава ванредно стање, у том случају, пошто саслуша мишљење председника Републике и председника већа Савезне скупштине.

Иако оспорена законска одредба не доводи у питање право Савезне скупштине, односно Савезне владе на проглашење ванредног стања, Савезни уставни суд оценио је да оспорена законска одредба, ипак, није у складу с Уставом СРЈ. Савезни уставни суд сматра, наиме, да се уставно право Савезне скупштине и Савезне владе на проглашење ванредног стања не може условљавати - онако како је оно условљено оспореном законском одредбом. Савезни уставни суд сматра, пре свега, да је у случају оспорене законске одредбе управо реч о томе да је одлука о проглашењу ванредног стања условљена: сагласношћу скупштине републике-чланице, односно сагласношћу републичке владе, у одређеном случају. Једна функција органа федерације условљена је, дакле, мишљењем републичког органа (скупштине, владе), иако остваривање те функције није условљено Уставом Савезне Републике Југославије. Значење оспорене законске одредбе састоји се, по схватању Савезног уставног суда, у томе да она мења односе у Федерацији, установљене Уставом Савезне Републике Југославије, из којих произлази да органи Федерације самостално остварују надлежности Савезне Републике Југославије, установљене Уставом СРЈ. Остваривање тих функција органа Федерације не може бити ничим условљено, уколико сам Устав СРЈ изричито не утврђује да се одређена надлежност савезне државе остварује на основу сагласности или мишљења републичких органа, што није случај и са проглашењем ванредног стања. Условљавање проглашења ванредног стања мишљењем републичке скупштине (или владе) може имати за последицу да савезни органи не остварују, или не остварују благовремено, своје надлежности у једној области у којој, с обзиром на њену природу, то морају чинити благовремено; а то не може бити сагласно с Уставом СРЈ. Иако је претпоставка за проглашење ванредног стања да поступак за доношење одлуке о томе буде уређен законом, то не значи и могућност да остваривање споменуте надлежности савезних органа буде условљено на изложени начин, што је стварно значење оспорене законске одредбе.

(Одлука I Убр. 92/94, од 22. II 1995)

Законом може бити прописано да се плате (зараде) остварене у одређеној години (1993) не узимају за утврђивање пензионог основа

Одредбама члана 3. и члана 4. Закона о допунама Закона о основним правима из пензијског и инвалидског осигурања ("Сл. лист СРЈ", број 41/94) прописано је да се за утврђивање пензијског основа не узимају лични доходи, накнаде личних доходака, односно основице осигурања из 1993. године, и да се пензијски основ, односно пензија која ће се остварити до 31. децембра 1994. године утврђује и усклађује као да је остварена у 1993. години.

Грађанин сматра да оспорене законске одредбе нису сагласне с Уставом СРЈ, због тога што имају противуставно повратно дејство, што осигуранике који су у пензију отишли 31. децембра 1993. године ставља у неравноправан положај према онима који су раније отишли у пензију, и због тога што оспорене законске одредбе мењају уговорни однос који постоји између осигураника и фонда пензијског и инвалидског осигурања.

Савезни уставни суд одбио је покретање поступка за оцењивање уставности оспорених законских одредби.

Савезни уставни суд оценио је, пре свега, да оспорене законске одредбе немају повратно дејство, и да се, стога, не поставља питање њихове несагласности с начелом Устава СРЈ о забрани повратног дејства закона. То стога што су у питању пензије које тек треба да буду остварене током 1994. године, и

што оспорене законске одредбе, према томе, не дирају у нешто што је већ остварено, у свршена стања. Оспорене законске одредбе тичу се, дакле, односа који тек треба да настану, права из пензијског и инвалидског осигурања која тек треба да буду остварена. У питању је, дакле, један законски пропис који делује убудуће, који се ниуколико не односи на време које пада пре него што је тај пропис стао на правну снагу. Отуда, није основана тврдња да те одредбе имају повратно дејство и да су стога противне Уставу СРЈ.

Примена оспорених законских одредби значи, одиста, да ће они што ће током године 1994. остваривати право на старосну, односно на инвалидску пензију бити у положају да им пензија може бити одређена према деветогодишњем просеку личних доходака; не, дакле, према десетогодишњем просеку, што је правило које је утврђено Законом о основним правима из пензијског и инвалидског осигурања. Но, та чињеница нимало не ускраћује право осигураника да му се пензијски основ утврди према десетогодишњем просеку личних доходака који је по њега најповољнији, нити значи да ономе ко пензију остварује током године 1994. пензија мора бити одређена према просеку личних доходака из последњих девет, а не - десет година осигурања. Просек од којег се одређује висина пензије није, уосталом, право утврђено Уставом СРЈ, већ - право утврђено Законом о основним правима из пензијског и инвалидског осигурања. А то значи да је право законодавца да утврђује начин на који се долази до основа од којег се одређује висина пензије. Није, према томе, реч о неком праву зајемченом Уставом СРЈ, који запосленом јамчи права по основу обавезног осигурања - у складу са законом. Ако законодавац пропише друкчији начин утврђивања висине пензијског основа, односно висине пензије, он не чини повреду права зајемченог Уставом СРЈ. Примена оспорених законских одредби не значи, по схватању Савезног уставног суда, ни стварање неравноправности међу уживаоцима пензија, већ управо, сагласно прорачунима који произлазе из стања инфлације у години 1993, стварање равноправности између оних који су раније остварили право на пензију и оних који то право треба да остваре током године 1994, која би могла бити нарушена урачунавањем (и валоризацијом) личних доходака остварених током године 1993.

Пензијско и инвалидско осигурање у СРЈ заснива се на начелима обавезности, узајамности и солидарности. Између осигураника и фонда пензијског и инвалидског осигурања не постоји никакав уговорни однос, па примена оспорених законских одредби не значи никакву неуставну промену "уговорних односа" између осигураника и фонда.

(Савезни уставни суд, решење I У број 192/94, од 22. II 1995. године)

Приредио Ђорђе Ђурковић

”ИЗВРШЕЊЕ МЕРЕ БЕЗБЕДНОСТИ ОБАВЕЗНОГ ПСИХИЈАТРИЈСКОГ ЛЕЧЕЊА И ЧУВАЊА У ЗДРАВСТВЕНОЈ УСТАНОВИ”

Округли сто на тему ”Извршење мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи”, одржан је на Правном факултету у Београду 24.1.1995. године, у организацији Министарства правде Републике Србије, Министарства здравља Републике Србије и Катедре за кривичноправне науке Правног факултета у Београду.

I.

Модератор Округлог стола, проф. др Љубиша Лазаревић, предочио је окупљеним учесницима да је Округли сто организован услед настојања Министарства правде да у коначној верзији Закона о извршењу кривичних санкција своје место добију ставови оних који се проблемима извршења мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи непосредно баве. Посебну пажњу, сматра проф. Лазаревић, привлаче два питања: *како* и *где* извршавати меру безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи.

Министар правде је потврдио да реформа кривичног законодавства, која ће обухватити и Закон о извршењу кривичних санкција, захтева, уколико се жели спровести на најефикаснији начин, усклађивање са достигнућима модерне кривичноправне, пенолошке, психијатријске научне мисли; са судском праксом; праксом извршења кривичних санкција, као и са достигнућима хуманог права.

Надовезујући се на наведена излагања Зоран Стевановић, заменик министра правде, истакао је да унапређење кривичног законодавства захтева осветљавање свих аспеката, како теоријских тако и искуствених (практичних), да би се могле проценити предности и недостаци сваке од предложених солуција. У даљем излагању, заменик министра, осврнуо се само на неке од бројних проблема и дилема, који прате извршење мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи: какав је статус КП Дома-болнице; каква је улога службе обезбеђења у КП Дому-болници; како постићи да јединствени режим важи за све КП Дом-болнице на територији Републике Србије; како поспешити надзорну улогу Министарства правде и Министарства здравља; да ли се улога суда у области праћења извршења ове мере безбедности може свести само на примање и одлучивање о писаним извештајима, односно на основу писаних извештаја.

Др Драгутин Павичић, начелник КП Дома-болнице, нагласио је да је циљ због кога је ова установа формирана 1969. године био ”здравствена заштита соматских болесника”, а да је од тада непрекидно расла улога КП

Дома-болнице у извршавању мера безбедности медицинског карактера, док је њена примарна улога потиснута у други план. При томе, о КП Дому-болници све чешће се говори као о "посебном облику специјалне болнице", али која никад није верификована као здравствена установа, иако су свугде у свету овакви болесници издвојени од остале затворске популације и формално и суштински. Године 1991, Министарство здравља образовало је Комисију састављену од професора Медицинског факултета, која је закључила да је потребно "формирати специјалну психијатријску болницу", и то као тип ванзатворске установе; проширити права ових лица; јасније и објективније сагледати "границе страха и изолације", односно спречити да "лекар omnipotentно влада нечијом слободом"; спречити дуготрајну хоспитализацију која има бројне негативне ефекте. Полазећи од ставова ове комисије, др Павичић изнео је неколико предлога: ускладити функционисање КП Дома-болнице са савременим социјално-психолошким концепцијама специјализованих здравствених установа; КП Дом-болницу преструктурисати у две болнице - специјализовану психијатријску болницу за мере безбедности и болницу општег типа у којој би се здравствене услуге пружале притвореницима и затвореницима; уједначити третман свих неурачунљивих и битно смањено урачунљивих лица на територији Републике; инсистирати на јединственој категоризацији пацијената, односно на ревидирању медицинских критеријума. Из истих разлога неопходно је да одлуке буду донете на основу тимског вештачења; изменити поступак прекида трајања мере безбедности и то тако што би се на сваких годину дана вршила реекспертиза, а одлука суда доносила уз присуство јавног тужиоца, болесника, његовог законског заступника и тима лекара. Овакав вид директног конфронтирања различитих мишљења спречио би неспоразуме на релацији суд - лекари; неопходни су и чешћи контакти установа у којима се извршава ова мера безбедности и суда; нужно је прецизирати обавезе здравствених установа за лечење на слободи и Центара за социјални рад; напокон начинити списак (регистар) свих лица према којима се примењује ова мера безбедности на територији СРЈ.

У области кривичног права поставља се питање да ли мера безбедности обавезно психијатријског лечења и чувања у здравственој установи треба да буде апсолутно неодређено трајање или можда релативно неодређено трајање. О овој, правној страни проблема, говорио је проф. Лазаревић, указујући уз то да релативно неодређено трајање може бити законски формулисано на два начина: а) тако што би се трајање мере безбедности обавезно преиспитивало после 5 година од почетка трајања мере безбедности или б) тако што би се на сваких годину дана преиспитивала потреба даље примењивања ове мере безбедности. На ову дилему, према проф. Лазаревићу, надовезује се друга - да ли трајање мере безбедности треба везивати за тежину учињеног кривичног дела, односно да ли је то прихватљиво. Када је у питању изрицање ове мере безбедности битно смањено урачунљивим лицима, потребно је у законски текст унети да мера безбедности може трајати и дуже од изречене казне затвора.

О етичким питањима која покреће извршење медицинских мера безбедности у СРЈ, говорио је проф. др Божидар Крстић, указујући на ставове и смернице Хавајске декларације из 1977. године, који обавезују све психијатре света, а који су ревидирани 1983. године у Бечу. Поред тога, 1989. године Комитет за етичка питања при ОУН формирао је радну групу чији је примарни задатак био да преиспита ефикасност заштите права менталних болесника, а при томе посебно очувања достојанства, интереса и права ментално болесних учинилаца кривичних дела. Др Крстић сматра да на територији СРЈ морају бити уједначени услови амбијенталног карактера у којима се ова мера безбедности извршава; да се не сме допустити да се лекар психијатар

изјашњава о примени репресивних мера; да, пошто је ова мера безбедности примарно медицинског карактера, из терминологије која се користи у вези са њом, треба изоставити термине "безбедност" и "чување", односно да мера треба да носи назив "мера обавезног психијатријског лечења у болничким условима". Сходно томе мера безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи звала би се "мера обавезног психијатријског лечења и праћења у амбулантним условима". Иста солуција предлаже се и за "меру обавезног психијатријског лечења алкохолчичара и наркомана". Поред ових мера, др Крстић сматра да треба додати и нову категорију медицинских мера - "мере обавезног психијатријског лечења и праћења у пеналној установи". Код свих ових мера психијатријског лечења, принципи и методологија коју би примењивао вештак психијатар морају бити исти као код лица која нису извршила кривично дело.

Др Милан Бешлин, директор Неуропсихијатријске болнице у Вршцу, посебну пажњу посветио је питању оправдане дужине трајања мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи. Његов је став да институционални третман треба примењивати само у "најнужнијим случајевима", као што је потребно и дужину трајања институционалног третмана свести на минималну потребну меру, будући да се душевно здравље пацијента не побољшава пропорционално дужини трајања мере. Више је негативних него позитивних последица дуготрајног задржавања у установи. Прогноза будућег понашања болесника (периода његових ремисија) треба да буде критеријум трајања ове мере. Пожељно је учесталије користити мере психијатријског лечења на слободи. Уз то је потребно и да судови реагују брже на предлоге установа о прекиду трајања мере. Да би се потенцирао медицински карактер установа у којима се извршавају медицинске мере безбедности, њихов оснивач требало би да буде Министарство здравља.

II.

Након уводних излагања, отворена је дискусија током које су презентирани различити ставови.

Милан Костић, психолог КП Дома-болнице сматра да КП Дом-болница треба да прерасте у "специјални завод за вештачење и лечење психијатријских болесника". Такав завод представљао би спој "дијагностике, лечења и рехабилитације", и имао би два оснивача - Министарство правде и Министарство здравља, који би одредбама Статута решили питање надзора над радом такве специјализоване установе. Додатни проблем представља околност да један број пацијената остаје у КП Дому-болници и после престанка медицинске оправданости њиховог задржавања, као социјални случајеви које породица не жели да прихвати (66% пацијената породица не прихвата, док 35% нико не посећује током боравка у установи). Стога би требало решити и питање старатељства над оваквим лицима и њиховом имовином.

Др Стеван Петровић, вештак психијатар у пензији, подржава предлог о потреби постојања специјализованог завода, за који сматра да би у таквом случају могао на себе преузети и едукативну улогу, односно да би могао бити коришћен у едукацији медицинског особља, нарочито специјализација из области неуропсихијатрије.

Др Крстовић Томислав, судски психијатар из Горње Топонице, истакао је да је тачно да велики проблем у пракси представља споро реаговање судова на предлог установе о прекиду трајања мере безбедности, при чему је спорост реаговања у одређеном броју случајева условљена чињеницом да је у питању лице које је социјални случај. Др Крстовић је подсетио и на нерешено питање статуса и третмана психопата, и предложио да са овом

категоријом лица током издржавања затворске казне ради и лекар психијатар.

Др Марић Јован, шеф катедре за психијатрију Медицинског факултета у Београду, сматра да треба размотрити предлог проф. Крстића о преформулисању законских термина, али и да га треба дорадити, како би се видело да су у питању кривичне санкције, односно како би се направила дистинкција између психијатријског лечења лица која су учиниоци кривичних дела и оних која то нису. Успостављање правилне релације између тежине кривичног дела и врсте и трајања изабране мере безбедности психијатријског лечења, захтева детаљно проучавање како се не би направила погрешка.

Др Сузум Рајко, из Министарства здравља, заступа тезу о потреби прерастања КП Дома-болнице у установу која би била примарно здравствена (и по кадровима и по опреми) и над чијим стручним радом би требало успоставити ефикасан надзор. Стање у коме се сада налази КП Дом-болница, по њему, не испуњава услове који су потребни да би једна установа имала карактер здравствене установе.

Др Љиљана Димитријевић, судски психијатар КП Дома-болнице, указала је да психијатри при опредељивању трајања мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, воде рачуна (узимају у обзир) и тежину учињеног кривичног дела.

Др Гордана Пауновић-Милосављевић, начелник диспанзера болнице "Лазар Лазаревић", предложила је да се донесе јединствени закон којим би био регулисан статус душевно болесних лица, с тим што би биле посебно разрађене обавезе установа које хоспитализују лица која нису учиниоци кривичних дела, у односу на установе које хоспитализују лица која су учиниоци кривичних дела.

Др Целебић, начелник КП Дома-болнице у пензији, сматра да је термин "опасност за околину" појмовно недефинисан, а практично неразрађен. Уз то је истакао да је садашњи начин извршења мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи "најскупљи и најнеефикаснији начин извршења". Стога је предложио да се формира Комисија експерата са задатком да дефинише суштину мера безбедности медицинског карактера и да на основу тога изнесе образложени предлог који и какав начин извршења тих мера безбедности би био најделотворнији.

Др Јагодић Душан, Неуропсихијатријска болница Ковин, предлаже да се приступи и анализи вишегодишњег искуства које имају лекари установа у којима се извршавају мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи.

На сличним позицијама налази се и др Ковачевић Рајко, КП Дом-болница, који предлаже да се овој проблематици приступи путем тражења одговора на две групе питања: а) шта је то што савремена психијатрија може да понуди пацијенту према коме се извршава ова мера безбедности и б) који би институционални облик извршења ове мере био најадекватнији с обзиром на циљ који ове мере безбедности треба да остваре. За сада се, по њему, без икакве дилеме може истаћи да то мора бити медицински модел организације, са минимумом репресије и са одговарајућом локацијом и грађевинским решењем.

Др Љиљана Михајловски, указује да се увек мора имати у виду да су у питању кривичне санкције медицинског карактера, из чега и проистиче део проблема. Тачније, очигледно је да не постоји терминолошка сагласност (уједначеност терминологије) између правника и психијатара. Што се тиче дружине трајања мере, др Михајловски сматра да психијатар треба да утврди у којој мери је извршење кривичног дела проистекло из патолошке стране личности и да на основу тога, ценећи колика је бојазан да ће лице поновити кривично дело, процени потребно (оправдано) трајање мере.

Др Бешлин, Неуропсихијатријска болница Вршац, не прихвата централизован модел организације, пошто сматра да је то противно интересима пацијената, будући да би им се таквом организацијом умањила могућност честог виђања са родбином. Слаже се да нису све установе у којима се извршава мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, грађевински адекватно решене, те да би неке од њих требало преселити у нове објекте. Подсетио је да важну препреку уједначавању ставова о најприхватљивијим законским решењима представља нејединствена доктрина.

Др Серафимовић Бобан, Специјализована болница Горња Топоница, потенцирајући двојну природу медицинских мера безбедности које су с једне стране медицинског карактера, а са друге ипак представљају кривичну санкцију, изводи закључак о неопходности пажљивог и озбиљног бављења овом проблематиком. Као неспорну чињеницу издваја често неоправдано дуго трајање ове мере безбедности.

Мр Силвија Пановић-Ђурић, асистент Правног факултета у Београду, предложила је да претпоставка за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи буде, уместо "опасност за околину", "околност да здравствено стање учиниоца указује на потребу институционалног третмана затвореног типа" (оваква формулација сходно би била примењена и на друге две медицинске мере безбедности). Поред тога, требало би додати нови члан у Кривичном закону СРЈ (после чл. 63), којим би се прецизирало да се "институционални третман затвореног типа мора спроводити применом правила медицинске науке која се користе у лечењу ментално оболелих лица која нису учиниоци кривичних дела". На тај начин, одредбе кривичног законодавства биле би у складу са захтевима Конвенције против тортуре, и других сурових, нељудских или понижавајућих казни и поступака. Извршење ове мере, суд би морао активније пратити, тако да не би било излишно размотрити могућност увођења судије за извршење кривичних санкција. Околност да су мере безбедности медицинског карактера узајамно повезане допушта да се овом приликом укаже и на неприхватљивост временског ограничавања трајања лечења на слободи, код мере безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи, пошто је у питању мера превасходно медицинског карактера чије би чешће коришћење спречило да одређени број агресивних понашања, услед редовног јављања лекару, прерасте у извршење тешких кривичних дела. Такво решење било би у складу и са чл. 83. Стандардних минималних правила за поступање са затвореницима, у коме се предвиђа могућност лечења ментално оболелих учинилаца кривичних дела на слободи у одговарајућим установама после изласка из установе затвореног типа.

III.

И поред релативне неуједначености изнетих ставова и различитости питања којима су се дискутанти и референти бавили, могуће је и потребно издвојити неке закључке. Двојност природе (карактера) мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, једнако као и друге две медицинске мере безбедности, захтева специфична законска решења и опрезност при законским изменама. Оно што посебно отежава разрешење проблема везаних за законско регулисање медицинских мера безбедности је нејединственост саме психијатријске доктрине. Уколико се медицински експерти не сложе око пожељне суштине ових мера и адекватних модалитета њиховог извршења, са медицинске тачке гледишта, примена ових мера у пракси, не само што неће бити делотворна, већ може проузроковати читав низ негативних ефеката. Стога општа констатација да

се КП Дом-болница мора реорганизовати остаје без дејства ако се не зна у ком правцу и на који начин вршити реорганизацију.

Управо овим потенцирањем сложености проблематике овај скуп оправдао је свој *raison d'être* - уочено је шта треба урадити: а) инсистирати на усклађеном мењању прописа из области кривичног права, кривичног поступка и извршења кривичних санкција, и не пристати на парцијалне измене; б) формирати посебну Комисију састављену од лекара, правника и пенолога, која би формулисала предлоге законских измена.

Истинско побољшање законских прописа и њихове практичне делотворности захтева одржавање скупова попут овога, скупова базираних на отвореном, стручном дијалогу, те их увек треба подржати.

мр Силвија Пановић-Ђурић

Milica Zarkovic Bookman, THE ECONOMICS OF SECESSION, St. Martin's Press, 1993, New York

У аналитичком простору смешеном између општег и појединачног, обазриво да амбициозно не закорачи ни у један од њих, сместила је своју занимљиву и оригиналну студију америчка ауторка Milica Zarkovic Bookman. Изаови пред којима је стајала су били очигледни: с једне стране, то је била перспектива да својим приступом формулише општу економску теорију сецесије (што би имплицирало неку врсту реинкарнирања историјског материјализма и његовог крутог детерминизма, симплификованог објашњавања свих друштвених појава њиховим економским условима), а са друге стране да се, попут своје претходне књиге о развоју пољопривреде у Индији, задовољи оним типом истраживања који се уобичајено назива *case - studies*. Свест о томе да се креће у простору непознатих димензија, али јасно одређених граница, учинила је да је ова књига по приступу врло оригинална и, за разлику од профила студија који је врло чест у економској литератури, потпуно лишена самодопадљивости пренаглашеног квантификовања односа и процеса који, у суштини, имају претежно квалитативна обележја. Зато је не само језик којим је писана, него и стил ауторкин, другачији од оног који би се могао очекивати под понуђеним насловом. Овде срећемо мноштво опсервација политичке и историјске природе, па и оних које се у САД називају антрополошким студијама, тако да се, након што је прочитао књигу, читалац пита да ли је наслов баш најсрећније изабран. Но, ипак је неспорно да се упориште анализе недвосмислено налази унутар дисциплинарне логике савремене економске науке.

Актуелност теме је функција актуелности збивања у реалном свету. Ово није схоластичка расправа, нити економетријска вежба типа пројекције неодређене будућности, већ покушај да се анализира једна од директних последица глобалног политичког поремећаја који је наступио пропашћу социјалистичког лагера и хладноратовске утакмице. Пошто је, даље, основни узрок колапса једне суперсиле у неефикасном привредном систему са којим се не само идентификовала, него је управљивао таков систем био физиологија специфичног развојног модела екстензивног привредног раста, а овај је, опет, нужно захтевао одговарајући политички (укључујући и спољно-политички амбијент), то је образац сецесије досадашњих источноевропских друштава најчистији пример економске детерминисаности таквих процеса. Но, када међународна јавност прихвати сецесију као легитимну појаву (на шта је пресудно утицала околност што та појава настаје у земљама које су сматране војно и политички конфронтираним, па се кроз њено подржавање поспешује процес даље маргинализације традиционалног противника), тешко је подвући црту и захтеве за сецесијом неких других региона, у саставу тзв. западног света, сматрати анахроним или антицивизацијским. Очигледно је, дакле, да се приступ сецесији не може свести на голи политички утилитаризам или опортунизам војних планера, већ је реална појава и резултат процеса који су, мада конзервисани, ипак тињали под прекивачем блоковске и идеолошке поделе света.

У широкој лепези захтева за измене државних граница, који имају битно различите узроке па и природу, одређивање концепта сецесије у односу на друге промене државног територија (престанак постојања одређене државе поделом на неколико нових, насилна промена граница окупацијом или иредентистички покрети), не представља само захтев за формализацијом истраживачког задатка, већ је и елемент самог истраживања. Нарочито је велика спољна сличност између иредентистичких покрета и захтева за сецесијом, а такође се и многи захтеви за сецесијом у суштини, тј. на дужи рок, могу схватити и само као прва фаза иредентистичке промене, јер сецесијом добијени субјект убрзо бива интегрисан у другу државну заједницу, тј. ону која представља матичну националну државу. Са друге стране, сепаратистички покрети (који се у нашој дневнополитичкој терминологији мешају са сецесионистичким), теже успостављању аутономних центара моћи у односу на централне државне органе, али најчешће не подразумевају и непосредну промену државних граница. Но, ако се узме у обзир да се као сецесионистичка јединица најчешће јавља нека која већ има извесна јавноправна обележја (област, република...), сепаратизам понекад може, али не мора обавезно да води у сецесију. И следећа околност, то што сецесија значи да извесна група људи напушта једну државну заједницу и формира сопствену, али при томе и "односи" део територије, указује да постојање територијалних сукоба између постојећих земаља може да се сматра околношћу која изазива иредентистичке или сецесионистичке покрете. Ако се узме у обзир да само 25% чланица ОУН нема нерешених територијалних питања са својим суседима (ст. 7, 15), аутор упозорава да сецесија може да буде масовна појава следећих деценија, уколико се у међународном праву широко отворе врата за ове врсте промена. Занимљиво је и опажање да су случајеви сецесије у Новом свету, због мање оптерећености етничким наслеђем, резултат другачијег сета детермината од оних које срећемо широм тзв. Старог света.

У жељи да своју анализу приближи идеји о општој теорији сецесије, ауторка је као оквир опсервације формирала скуп прилично хетеродоксних случајева, али подобних за емпиричку анализу: сама каже да се при томе руководила жељом да обухвати што шира географска подручја, историјске услове, политичке прилике и различите нивое развијености. Из таквог приступа је резултирао избор 37 различитих подручја, дакле аналитички оквир који је по страни оставио многе неуралгичне тачке савременог света, и ограничио се само на репрезентативне случајеве. Сваки случај је анализиран преко следећих фактора: (1) историјске прилике, (2) политички систем, (3) економски систем, (4) етничка структура, (5) постојање политичке организације или покрета који захтева сецесију, (6) да ли је то једини покрет (или је у конкуренцији са другим опцијама), (7) време када је постао озбиљан политички чинилац у својој земљи, (8) да ли је за насилну или мирољубиву промену, (9) каква је морална база постојеће државе (тј. да ли је постојећа држава настала добровољно или не), (10) какав је легитимитет покрета (често је то одржани референдум, али у мноштву случајева и само ослободилачки покрет), (11) какви су му непосредни политички захтеви, (12) да ли у уставу постоји основ за такву политику, и (13) какав је став међународне заједнице, да ли она подржава сецесионистички покрет.

У другој глави приближавамо се централној идеји анализе: економским варијаблама које имају различит значај и неједнако доприносе актуелизацији идеје сецесије у појединим фазама процеса. Као фазе процеса који јеведен до краја, тј. до успешне сецесије, наводе се следеће: а) преиспитивање постојећег положаја региона у оквирима одређене државе, б) редефинисање нове заједнице, успостављање свести о посебности региона и његовој способности да постане државна заједница са свим припадајућим

атрибутима, и в) успостављање нове равнотеже, мреже односа са другим субјектима међународног јавног права. Овај ток, који може да буде заустављен, замрзнут или напуштен како нереалистичка политичка опција и пре окончана програма сецесије, посматра се кроз присуство једног низа економских варијабли у свакој од наведених фаза. Варијабле чији се утицај у анализи посматра су (1) релативни доходак региона, (2) апсолутни ниво дохотка, (3) значај националног тржишта за регион, (4) нето токови националног капитала у регион и (5) да ли регионалне власти већ имају неки обим аутономије у економским питањима. Приметимо да неке друге, паралелне анализе исте појаве (на пример, чувена анализа Deutsche банке) узимају већи број варијабли у разматрање, па се и ауторки може замерити што учешће спољне трговине датог региона (тј. релативни значај унутрашњег према спољном тржишту и девизном приливу) недовољно валоризује, мада је управо ово питање судбинско обележје и од њега у највећој мери зависи могућност преласка у трећу фазу - успостављање нове равнотеже.

У истраживањима директних економских обележја региона у којима постоје сецесионистички покрети, полази се од здраворазумског закључка да ће овакви захтеви бити присутнији у регионима у којима је одступање од просечног нивоа дохотка веће. Такав приступ проистиче из логике развоја: докле год развој траје, и уколико је интензивнији, сви региони имају шансу да узму учешћа у њему, па је текуће остварени ниво дохотка само релативно ограничење; но, уколико дође до дугорочне стагнације, достигнути ниво дохотка постаје апсолутна, непроменљива (на више) величина и сматра се већим ограничењем него у фазама динамике. И заиста, анализирајући податке за све посматране регионе, долази до закључка да су то подручја која показују веће релативне разлике према националним просецима, било тако што имају виши доходак од националног, било нижи. Када се ово разматрање доведе у везу са апсолутним нивоом дохотка, види се да само мали број региона са високим доходком има сецесионистичке захтеве, док је много већа фреквенција таквих опција међу регионима који имају не само нижи, него и у апсолутном смислу низак ниво друштвеног производа. Очигледно је да је реч о регионима чије становништво верује да је експлоатисано и да би им било боље ван економске и политичке заједнице у којој се налазе. Што се претходне групе тиче, региона високог дохотка и вишег од просечног, очито се ради о страху од стагнације или успоравања или сопственог развоја у корист мање развијених региона. Да се ове ситуације могу сматрати стандардима, показују изузеци: веома је мали број региона које аутор не може директно да лоцира у неку од наведених група: наводи, наиме, само два случаја у којима имамо регионе високог дохотка, али неодговарајуће ниског општег нивоа развијености (поименце, Пенџаб и Катангу). У овим случајевима би економски аргументи у прилог сецесије могли да буду толико очигледни да се само анализом много других, конкурентних интереса може објаснити зашто сецесионистички покрети у њима нису били успешнији.

Испитивање слично претходном, у којем аутор истражује кретање роба из и у регион са националног тржишта и из иностранства, као и кретање свих фактора, укључујући и салдо фискалних токова, је следећи сегмент ове богато документоване студије. Природно је очекивање да ће региони који имају високу зависност од националног тржишта имати и виши ниво дохотка и развијености: анализа и потврђује да је то случај. Нешто мањи степен поклапања имамо када посматрамо релативни ниво дохотка: у државама где је број региона мањи, на пример у бившој ЧССР, Словачка има висок ниво дохотка, али релативно нижи од Чешке, што може да изазове утисак да и регион који има висок доходак и ниво развијености, јер је високо тржишно интегрисан, само због релативног нивоа развијености напушта заједницу. То је, очито, атипична ситуација, јер је оваква анали-

за много прецизнија уколико је број посматраних региона унутар датог националног тржишта већи. Са друге стране, ниска трговинска међузависност, поготову уколико још има и јасну тенденцију опадања, је јасан знак да је сецесија већ увелико у току.

Са овим економским карактеристикама региона кореспондирају и захтеви за политичком организацијом, бар када је реч о економским компетенцијама локалних органа. Уколико су наведене економске индиције за појаву сецесионистичких захтева евидентније, утолико су и политички процеси децентрализације, као спољна манифестација објективних потреба датог друштва, такође манифестни.

Економски основи сецесионистичких аспирација резултирају у два модела понашања ових региона: то су модели "ми желимо да изиђемо" и "ми желимо промене". У оквирима тако дефинисаних модела, директно се испитује међузависност економског положаја региона и сецесионистичких аспирација његовог становништва. При томе су економски захтеви такоређи самоевидентни у случајевима Словеније и Катанге, док су у другим развијеним подручјима (Квебек, Баскија, балтичке земље), у којима се у први план стављају аргументи у вези са националном културом или језиком, једва прикривени. Овој листи ауторка додаје још и Сингапур, Пеншаб и Словачку, чиме (у основи, јер указује још на неколико подручја у неразвијеним земљама у којима постоји концентрација екстрактивне индустрије) исцрпљује случајеве у којима је сецесију довољно објаснити само економским интересима одговарајућих региона. Из таквог њеног става (ст. 94), аргументумом а *contario*, следи да у свим осталим случајевима економски рачио није најважнији. Чинећи ову вододелницу, ауторка можда несвесно имплицира још једно обележје сецесионистичког процеса, тј. обележје интензитета сукоба. Читалац не мора да буде уверен да је интензитет сукоба (опција: "желимо ваи") баш последица апсолутне резолутности и кристалне јасноће економског интереса региона, док би опција "желимо промене" означавала да економски сукоб није тако изражен, или да постоје и неки други разлози који утичу на расположење.

У исцрпном прегледу случајева, класичној *case-study*, ауторка анализира чак девет најизраженијих случајева региона који напуштају своје раније државне заједнице, као и три (Ломбардија, Квебек и Порторико), чији се сецесионизам може објаснити жељом да се битније измене односи економске интеграције држава у којима се налазе.

Као најзначајније некономске факторе сецесије, а управо такве случајеве разматра на следећим странама (мада, ваља признати, овима не посвећује исту такву пажњу како и онима за које претпоставља да су засновани на доминантном економском сукобу), истиче религију, језик и национална осећања. Ова три порива за сецесију ауторка тестира на случајевима Кашмира и Асама (муслиманској религију насупрот будизму који доминира у Индији), Каталоније и Баскије (језик) и Трансилваније, где се, по нашем мишљењу, пре ради о класичном иредентизму мађарске мањине, него о сецесионизму. Карактеристичан је модел Курдистана: без обзира што ни у једној од две земље у којима живе, Курди немају територијално - организационе јединице (аутономије и сл.), и не желе да се споје са матицом - које такође нема - објективно је њихов сепаратизам најдиректнија претпоставка за стварање нове државе, дакле представља spoj свих процеса који се у међународном праву користе у вези са променом државних граница. И најзад, последњи (економски атипичан) случај је Сри Ланка, односно Тамилски покрет. За неке од тамошњих фракција, на пример, Тамилске тигрове, покрет има сецесију као коначни циљ, док су многобројне друге фракције у основи реформистички оријентисане. О тој танкој линији која дели реформисте

(заговорнике економске децентрализације) од сецесиониста ауторка и сама каже да је прилично неодређена и да региони по правилу теже све већој децентрализацији све док се не постигне ниво суверенитета (ст. 115). Зато је децентрализација прилично ефикасна мера у превенцији сецесије.

У следећој фази, фази редефинисања свог новог идентитета након чина сецесије, бивши регион је суочен са многобројним проблемима расправљања заједничког наслеђа. Чак и сам заједнички простор, физичка близина, чине да су питања њиховог новог договора неминовна. За разлику од развода брака, где сваки од бивших супружника може да започне потпуно нови живот, удаљен од бившег супружника, две државе ће објективно морати да наставе са својим односима, без обзира на тежину наслеђа којег чин сецесије носи са собом. Све те, врло различите околности, деле се на две групе: оне које се тичу унутрашњих односа држава (тј. које су биле унутрашња питања раније државе) и некадашњих спољних односа те државе.

Међу најзначајнијим економским проблемима заједничког наслеђа се налази јавни дуг, коме је врло сличан и онај који је земља претходница имала према иностраним повериоцима. Методологију за његову расподелу није могуће једнообразно формулисати, јер су управо спорови око употребе средстава јавног сектора међу регионима и били једна од најзначајнијих разлика међу њима. Најчешћи критериј: равноправна подела јавног дуга према броју становника, је још мање примењив код спољне задужености земље, јер је регионална упућеност на страна тржишта, а тиме и могућност обезбеђивања страних средстава плаћања, неједнака за поједине регионе. Врло сличну судбину јавном дугу има и имовина јавног сектора. За разлику од оних случајева сецесије који су познати из историје, у догађајима чији смо савременици до сецесије долази у државама у којима је присуство јавног сектора било веома значајно или чак доминантно. Зато се расправљање ове имовине своди на два централна питања: шта се дели и по којим ценама. Често се отвара и проблем тзв. унете имовине, тј. имовинске масе коју је неки од оснивача претходне државе унео у заједницу. Релативно најмање спорна је околност да имовина јавног сектора, која се налази на одређеној територији, припада оној држави која настаје на тој територији. Порески систем бивше државе такође може да изазове спорове: сецесионистички регион обично истиче и своје захтеве у погледу вишка средстава која је уплатио у корист централних фискалних власти, тј. вишка изнад пропорционалног оптерећења заједничким пословима и повраћаја из буџета у регион. Слична међурегионална преливања производи и банкарски систем и монетарна политика, који модификују нормалне односе тржишне привреде, стварајући извесне облике институционалних ренти у корист или на штету неких региона. Зато се нове државе одмах одлучују на стварање сопствених монетарних власти, али, најчешће, ризикују и масивне поремећаје и инфлацију. С обзиром да је национална валута један од најизразитијих симбола државотворности, запажа се да се чак и региони који не спадају у категорију "желимо ван", попут Квебека, озбиљно баве концептом издавања сопственог, регионалног новца, односно поделом монетарне власти. Наредно сложено економско питање се тиче међурепубличких инвестиција. Међу посматранима је најкарактеристичнији случај да је сецесионистички регион инвестирао у подручја која остају у бившој заједничкој држави, па се поставља питање како сада он може да поставља захтеве за репатријацију профита, када више не постоји јединствени привредни простор. У даљој анализи се испитује још неколико карактеристичних проблема редефинисања нових државних творевина, а посебно ефекти субвенција, трошкова формирања људског капитала, одговорности за ефекте екстерне економије (на пример, загађење средине), који се сада више не решавају логиком ун-

утрашњег законодавства, проблеме који могу да настану услед дисконтинуитета државног простора, уколико је сепесионистички регион прекинуо непрекидност територије, поделе опреме оружаних снага земље, као и права на задржавање националних симбола.

Расподела "заоставштине" коју формира мрежа односа са иностранством, а која обухвата институционалне оквире међународних економских односа (чланство у организацијама и уговоре), фактичку дистрибуцију спољне трговине према појединим подручјима (укључујући и углед, право на употребу ознаке порекла и сличних атрибута), као и сложени комплекс односа поводом страних инвестиција и токова капитала, такође је комплекс којег сепесионистичка држава мора да уреди у процесу својег реформулисања.

Трећу фазу процеса представља преиспитивање економске способности региона да функционише као нова државна творевина настала сепесијом. Ауторка студије не даје дефинитивне одговоре, али процењује да се сви опсервирани случајеви могу груписати у четири категорије: а) региони са апсолутно високим дохотком и високим нивоом развијености, имају услова да задрже своје раније перформансе, б) региони релативно високог дохотка (дакле изнад националног просека), али великих развојних потенцијала такође могу да успоставе потребан ниво економске стабилности, док в) региони ниског дохотка и малог развојног потенцијала немају економске основе за посебну политичку егзистенцију. Што се тиче г) остатка раније државе коју је сепесионистички регион напустио, евидентне су многобројне економске промене које утичу на способност даљег опстанка као самосталне заједнице. Сасвим је извесно да неки општи образац не постоји: сепесија неких од анализираних региона доводи од престанка постојања раније државе, односно њене немогућности да опстане, док се неки други региони могу осамосталити, а да то битно не угрози перформансе националне економије остатка.

Закључна разматрања студије су посвећена општем погледу на сепесију крајем XX века. Пластичније него било какав други закључак може да послужи наслов једног пододељка: "Што се више мења, све више је исто": разбуктавају се широм света страсти религиозне нетолеранције, реконструишу некадашњи, деветнаестовековни политички савези, поново започињу свађе око давно утемељених државних међа, отворено напушта привид равноправности у међународним односима и уводи двоструки стандард, свет се присећа старих непријатеља и страхује да било какав, релативно безначајан догађај, поново не запали фитиљ широких конфронтација. У преиспитивањима читавог корпуса политичке цивилизације XX века, у којој су незаобилазна права народа на самоопредељење, паралелно са демократским политичким тековинама, људским правима и економским оквирима развијених тржишних привреда, морамо се јасно суочити и са последицама њихове апсолутизације. Једна од њих је и пролиферација микро држава. Пошто свака мањина има и у својим оквирима мањину, апотеоза принципа демократичности и самоопредељења логички води успостављању све мањих и мањих етничких ентитета, а тиме и легитимности њихових захтева за успостављањем сопствене државе путем сепесије из постојеће. Како постићи међуетничку, конфесионалну и расну толеранцију, тако да се из оваквих конфликта не рађају сукоби који воде променама државних граница, питање је на које књига не може да да одговор, али цивилизација којој припадамо то мора да уради, и то одмах. Само малу утеху може да нам пружи логика једног државника из новостворене државе, који каже да ће се после пет-шест година уживања у независности, када се осећај слободе и пуно срце због стеченог суверенитета заморе, доћи време за разговор о новим интеграцијама. А у њима ће, пошто се сви остали интереси или

обзири обезбеде или надахнућа истопе, економски интереси опстанка сигурно бити окосница. Посматрано на довољно дуги рок, ипак се читава проблематика сецесије може, на крају крајева, одредити као функција економских процеса!

др Светислав Табороши

Радован Самарџић, СЕОБЕ У СРПСКОЈ ИСТОРИЈИ, Библиотека "Политика и друштво", св. 53, Издавачка задруга "Политика и друштво" и "Научна књига", Београд, 1991. 112 стр.

Обнова рада Издавачке задруге "Политика и друштво" и наставак издавања популарне Библиотеке "Политика и друштво" пропраћени су на страницама овога часописа приказом књиге др Александра Миљковића. Том приликом је истакнуто да све књиге заслужују посебан приказ. Ако би се судило само по наслову то би у првом реду требало да важи за књигу Радована Самарџића о сеобама Срба.

Најугледнији историчар у савременој Србији даје у њој кратак преглед сеоба које као усуд вековима прате један народ. Оне су, како писац каже, "крвав ожиљак" у свести Срба иако они нису једини који су вековима били принуђени да се селе да би опстали, ишчежавајући као понорнице у знаним и незнаним просторима и појављујући се на другим местима (стр. 5). Када би остајали били би преплављени походима других и одвођени у ропство далеко од свога станишта. Касније је словенска плима потапала и мењала демографски састав романских насеља на Балкану све до Јадрана. Затим су морали да се селе због продора Турака. Срби су потискивани ка северу али је већи део становника остао под новом влашћу. После пада деспотовине (1459), знатан део је прешао у јужну Угарску а делови северне Србије су остали празни. У њих су се досељавали с југа, највише из горњег Подриња, Старог влаха и Брда (стр. 9). Свуда су се староседеоци лако стапали с њима блиским досељеницима. Сточари су се лако премештали (земљу су држали углавном Турци, спахије). Сеобе су биле стална појава. Оне су прелазиле и границе Турске и то је трајало неколико векова (стр. 22). За примање новог поданства Срби су најчешће тражили исте повластице које су имали у Турској (стр. 22). Главни узрок сеобе било је погоршање стања у Турској и могућност да се у новој средини задрже стечене повластице (стр. 23) а по мишљењу Самарџића све чешћа насиља и страх од одмазде били су другоразредни разлог сеоба (стр. 23).

Из Босне и Херцеговине су (почев од 1580) Срби почели да прелазе у Аустрију и Млетке (стр. 24) а у напуштене крајеве Турци су довлачили нов живаљ (стр. 25). Иако Млетачка Република није предњачила у верској нетрпељивости, Срби су већ у првој генерацији губили своја обележја (стр. 26).

Срби су били староседеоци "знатног дела Далмације, бар од Цетине ка југу" а од средине XV века почело је досељавање Срба пред Турцима (стр. 26). У тим крајевима Срби су потпали под утицај староседелачке мањине и нестајали (стр. 27), по мишљењу писца зато што, у скућеном простору нове средине, нису могли да граде манастире и чувају свој начин живљења већ су морали да се прилагођавају средини у коју су дошли а деловала је и католичка курија (стр. 28-29). Због пљачкашких провала Турака, Срби из околине Задра, Шибеника и Сплита су бежали на острва, у Истру или Италију (стр. 29). "Маса се кретала понекад збуњено, понекад безглаво, најчешће захваћена бурним ратним вртлогом на стешњеном простору. Великих похода трагом светлости звезде водиле готово да није било" (стр. 33). Зато су нестајали. Тај суд о нестајању Срба се убрзо ублажава и своди на

закључак да "сасвим условно значење има тврдња да је средином XVII века услед сеоба повећан број православних Срба у млетачкој Далмацији и Боки Которској" (стр. 37). Народ, ипак, није нестао иако су само појединци, одликовани за заслуге, пустили дубље корене захваљујући и православној цркви (стр. 37). Народ је страдао у рату али су преживели остајали под оружјем (стр. 38). То су докази да је Срба било у западним крајевима Југославије, што се покушава прикрити теоријом о православним Хрватима. Зато Самарџић с правом поставља питање чему покољи ако Срба тамо никада није било (стр. 41). Доласком Срба у Хрватску и горњу Славонију почели су неспоразуми Срба и Хрвата, праћени омразом и вређањем (стр. 44).

Први талас сеоба Срба преко границе њихове државе кренуо је "вероватно већ крајем XIV века". Пад Србије (1459) и Босне (1463) покренуо је сеобе у разним правцима (Банат, Бачку, Срем, Славонију, Хрватску, Ердељ, средњу Угарску) које вековима нису престајале (стр. 42). Изгубивши државу Срби су служили Турцима задобијајући извесну аутономију (власи) као и њихова црква, једино што их је спајало (стр. 46). Одмах по доласку у Аустрију с Арсенијем III Срби су од цара Леополда I добили привилегију а црква самоуправу на челу с архиепископом кога бира народно-црквени сабор (стр. 47). "Све до пред крај XVI века сеобе Срба који су пребегавали из Турске нису се заустављале у Хрватској и Славонији него у Крањској или Штајерској" (стр. 55). "С појавом првих пребега из Турске почела је борба српског народа за опстанак у Хрватској и Славонији (и, упоредо с тим, на поседу Млетачке Републике)" (стр. 56). Историја Срба у Хрватској и Славонији мало се разликује од историје Срба у другим крајевима и у власти других господара" а "све их је повезивала, уз јединствену историјску свест, српска православна црква јер ко би од те свести, а поготово од цркве, на било који начин отпао изишао би на пут постепеног или наглог отуђења" (стр. 57). Иако је одбацивао да је верски разлог узрок сеоба, Самарџић без коментара наводи став Грујића да се Срби, "и поред подношљивог положаја у Турској, ипак нису могли помирити с мишљу да служе онима "који им разорише царство", због којих њихови племенаци другде пате и који ратују против хришћана" (стр. 61).

Своју аутономност Срби су видели у потчињавању само централној (царској) власти а никако земаљским и локалним властима, тј. феудалцима. Због тога су се често бунили. "Прихватање Срба, који су се селили, у Аустрији, било је једна велика историјска превара" (стр. 66). Аустрија је допуштала Србима да исповедају своју веру али их није штитила од Римске курије (стр. 67). Србе су гонили феудалци (повезани с мађарским) зато што су били на страни двора. То су прихватили и сељаци који су зависили од господара (стр. 68). Јачање грађанског друштва доносило је више користи Србима који нису били земљопоседници - феудалци већ трговци и уопште пословни људи чији је капитал стицао превласт. То је појачавало омразу а хрватски интелектуалци су говорили о српској опасности. "Корени дубоки неколико столећа нису благовремено посечени" (стр. 69).

По мишљењу Радована Самарџића, слом Турака под Бечом отворио је ново раздобље у историји српских сеоба (стр. 69) коме је посветио други део књиге. Дуг увод о стању и друштвеним променама у југоисточној Европи (на Балкану) тежи да објасни узроке сеобе Срба који су били суочени с многим непријатељима, не ретко удруженим. За време рата између Аустрије и Турске (1683-1688) један део Мађара је ратовао на страни Турака па су Срби из Ердеља и Баната морали да се селе у Бачку и Славонију и стану на страну Аустрије. Срби су страдали док се рат водио на територији Србије (1688-1690) а после пораза хришћана код Качаника (1690) морали су да беже преко Саве и Дунава придруживши се Србима који су те крајеве почели да настањују чим су их запосели Аустријанци (1688). Срби су опстали захваљујући својој

покретљивости и прилагодљивости датим условима, селећи се како по Турској тако и ван ње. Према неким проценама, Арсеније III је 1690. превео 30-50.000 људи али је много више оних који су се на разне начине пребацили (стр. 68).

После војног пораза (1690) Леополд I је обећао да ће поново ударити на Турску "уколико наиђе на сарадњу балканских народа" (стр. 87). Добивши управу над свим Србима у Аустрији, Арсеније је проширио подручје своје јурисдикције јер се формално задржао јурисдикцију над подручјима која је морао да напусти. У ствари, радило се о постепеном стварању црквене организације у Аустрији на челу с архиепископом чије је седиште било најпре у Крушедолу (1708) а потом у Карловцима (1713). Срби су се у новој средини тешко сналазили, сем пословних људи, чак и као војници који су иначе били цењени. Сматрајући свој боравак у Аустрији привременим, они су учествовали у рату 1737-1739. започетом устанком на Косову. За то се оптужује пећки патријарх Арсеније IV Јовановић јер је у рату страдало више Срба него што је прешло у Аустрију. "Српски народ је имао ту злу срећу да га његови најбољи људи не штеде ни када праве планове о његовој будућности" (стр. 90). Иако Арсенија окривљује за рат, Самарџић каже да, од преласка Срба у Аустрију 1739, почиње њихов преображај како се једне тако и с друге стране Саве (стр. 91-92).

Излагање се ту зауставља јер писац сматра да Београдски мир (1739) представља велику прекретницу у историји Срба пошто је тада почело интензивније насељавање Београдског пашалука (посебно северне Србије) досељеницима из Старе Рашке, источне Босне, Херцеговине, Брда и Црне Горе и припремање Српске револуције из 1804. Можда је у праву али сеобе у српској историји нису тада престале, како сам каже у предговору. Нема сумње да се сеобе не могу ни приказати а камоли стручно представити и објаснити у једној књижици, ма како била вешто писана. Тога је био свестан писац који се "усредредио на то да се наднесе над оне векове туђинске власти кад су Срби, тражећи земљу где ће се смирити, пропадали негде у бездан заборавља или остајали на ратном попршћу". Учинио је то маниром који му је својствен: бриљантним језиком и стилем и великом вештином уопштавања. Међутим, то не може да замени композицију, чињенице (садржај) и судове (закључке).

У том погледу Самарџић је остао дужан читаоцима који могу да се питају зашто писац такве снаге и срудности сеобу од 1690. даје у прилогу а не у склопу периода од 1683. до 1739. Ако је сматрао да она заслужује посебно поглавље, могао је извршити другачију периодизацију. Тиме би излагање било знатно прегледније а избегла би се понављања којих у овако малој књизи има много, као да су спајане некада одвојене целине. Понет својим мислима и жељом да прати развој у континуитету, морао је да напусти хронолошки метод изношења многих чињеница, што код мање упућених читалаца ствара утисак о непрегледности а када се још изоставе датуми (односно године) долази се до погрешног закључка о току збивања, до тога да свако почиње да преиспитује своје знање из историје. У раду писаном широким потезима има више питања него одговора и закључака. За многе ставове дате под наводницама се не зна коме припадају а многе мисли су остале недоречене. Писац свакако зна одакле су узети али то не знају и читаоци. Они још мање могу да нагађају коме писац приписује пренагљене закључке (стр. 18-19) када наводи Шабановића, Ивића, Грујића и Павичића, у чему се не слаже и које је његово мишљење. Понеки читалац ће се сигурно намрштити када међу "наследне особине" српског народа (стр. 82) уврсти и "пљачкашке излете" (стр. 82), одметништво "од закона свих врста" (стр. 83) а посебно када прочита и ово: "Занимања сточарског, хирицијског, пацдурског, хајдучког, калуђерског, увек скитачког, народ је..." или: "У питању је

био необичан, до својеглавости упоран и тешко укротив народ” (стр. 56). Чак и да је у питању само једна од одлика народа, довољна је да га ”просвећени” народи посматрају с омаловажавањем и прогањају. Скитачки народ може бити само освајач који напада да би отимао туђе просторе. У време опште урбаности мало ко ће имати времена да се удубљује у историју и прави узрок сеоба открије у наметнутој борби за опстанак. Ова књига баш то жели да покаже. Наведене неопрезности у изражавању само делимично могу да буду ублажене великим закључком: ”У тренуцима кад се чинило да пропадају Срби су постајали грађани света који се не одричу ни своје вере ни својих историјских традиција” (стр. 85). За освајања је потребна добра организација а Срби су, како примећује Самарџић, баш у тренуцима опште пометње показивали ”заједничку несналажљивост” (стр. 93). Зато су масовно гинули ”и то у знатно већем броју него они (њихови) људи који су изишли на сцену” (стр. 83).

Свакако да би овакви недостаци били мање видљиви или сасвим избегнути у студији (монографији) обима који по значају и ширини теме заслужује. Сажимање неизбежно доводи до изостављања понекад важних појединост или објашњења што може да створи утисак недоречености. Уреднички одбор Библиотеке ”Политика и друштво” не би требало да прихвата скраћене верзије опсежних радова већ само потпуне оригиналне радове, специјално написане у одговарајућем обиму и по утврђеним мерилима.

др Момир Милојевић

САДРЖАЈ

	страница
ЧЛАНЦИ	
<i>Dr. Vlada Kutlešić</i> , The Institution of Head of State in the Former Socialist Countries (изворни научни рад) - - - - -	1-22
<i>др Милан Пак</i> , Јурисдикција у стварима са иностранством (изворни научни рад) - - - - -	23-41
<i>др Јован Славнић</i> , Истовремено извршење обавезе продавца на предају ствари и обавезе купца на исплату цене код уговора о међународној продаји (изворни научни рад) - - - - -	42-56
<i>др Будимир Кошутин</i> , Међународноправна заштита људских права и правни систем СРЈ (прегледни чланак) - - - - -	57-63
<i>др Мирослав Милошевић</i> , Ius quiritium и постанак римске виндикације (изворни научни рад) - - - - -	64-79
<i>др Маринка Цетинић</i> , Поглед на питање да ли је потребно преиспитивање инкриминације силовања (изворни научни рад) - - - - -	80-91
ПРИЛОЗИ	
<i>мр Наташа Делић</i> , Битно смањена урачунљивост у контексту кривичне одговорности - - - - -	92-98
СТУДЕНТСКИ РАДОВИ	
<i>Горан Дајовић</i> , Појам важења и обавезности права у теорији права Радомира Д. Лукића - - - - -	99-109
<i>Дамјан Татић</i> , Појам и правни статус ратног брода у међународном праву мора - - - - -	110-119
КОМЕНТАРИ СУДСКИХ ОДЛУКА	
<i>др Зоран Ивошевић</i> , Радни спор без интерне заштите -	120-123
СУДСКА ХРОНИКА	
Одлуке Врховног суда Србије - <i>др Зоран Ивошевић</i> - - -	124-140
Одлуке Савезног уставног суда - <i>Ђорђе Ђурковић</i> - - -	140-145

БЕЛЕШКЕ

- мр Силвија Пановић-Ђурић*, "Извршење мере безбедности
обавезног психијатријског лечења и чувања у
здравственој установи" - ----- 146-151

ПРИКАЗИ

- Milica Zarkovic Bookman, *The Economics of Secession*, St. Martin's
Press, 1993, New York - *др Светислав Табороши* - - - 152-158
- Радован Самарџић, *Сеобе у српској историји*, Библиотека
"Политика и друштво", св. 53, Издавачка задруга
"Политика и друштво" и "Научна књига", Београд,
1991 - *др Момир Милојевић* - - - - - 158-161

TABLE OF CONTENTS

	page
ARTICLES	
<i>Dr. Vladan Kutlešić</i> , The Institution of Head of State in the Former Socialist Countries (original study) - - - - -	1-22
<i>Dr. Milan Pak</i> , Jurisdiction in Matters with Foreign Element (original study) - - - - -	23-41
<i>Dr. Jovan Slavnić</i> , Simultaneous Carrying out of the Obligation of the Seller to Deliver the Thing and of the Purchaser's Obligation to Pay the Price in Case of the Contract of International Sale (original study) - - - - -	42-56
<i>Dr. Budimir Košutić</i> , International Legal Protection of Human Rights and the Legal System of the FR Y (review article) - -	57-63
<i>Dr. Miroslav Milošević</i> , <i>Ius Quiritium</i> and the Genesis of Roman Vindication (original study) - - - - -	64-79
<i>Dr. Marinka Cetinić</i> , A Need for Eventual Reaffirmation of Incrimination of Rape (original study) - - - - -	80-91
CONTRIBUTIONS	
<i>Dr. Nataša Delić</i> , Considerably Reduced Accountability for One's Acts in the Context of Criminal Liability - - - - -	92-98
STUDENT CONTRIBUTIONS	
<i>Goran Dajović</i> , The Notion of Validity and of Binding Element of Law in the Theory of Law of Radomir D. Lukić - - - - -	99-109
<i>Damjan Tatić</i> , The Notion and Legal Status of Warship in the International Law of the Sea - - - - -	110-119
COMMENTS OF JUDICIAL DECISIONS	
<i>Dr. Zoran Ivošević</i> , Labour Dispute without Internal Protection	120-123
COURTS' CHRONICLE	
Decisions of the Supreme Court of Serbia - <i>dr. Zoran Ivošević</i> - -	124-140
Decisions of the Federal Constitutional Court - <i>Đorđe Đurković</i> -	140-145

NOTES

- Mr. Silvija Panović-Đurić*, Carrying out of the Security Measure of Compulsory Psychiatric Treatment and Custody in Health Facility ----- 146-151

BOOK REVIEWS

- Milica Zarkovic Bookman, *The Economic of Secession*, St. Martin's Press, New York, 1993 - *dr. Svetislav Taboroši* ----- 152-158
- Radovan Samardžić, *Seobe u srpskoj istoriji*, Series "Politika i društvo" (Politics and Society), vol. 53, Edited by a Cooperative of Publishers "Politics and Society" and "Naučna knjiga", Belgrade, 1991 - *dr. Momir Milojević* ----- 158-161

TABLE DES MATIÈRES

	page
ARTICLES	
<i>Vladan Kutlešić</i> , The Institution of Head of State in the Former Socialist Countries (oeuvre scientifique originale) -	1-22
<i>Milan Pak</i> , La juridiction dans les choses judiciaires avec l'element etranger (oeuvre scientifique originale) - - - - -	23-41
<i>Jovan Slavnić</i> , L'exécution simultanée de l'obligation du vendeur à la remise de la chose et de l'acheteur au paiement du prix chez les contrats sur la vente internationale (oeuvre scientifique originale) - - - - -	42-56
<i>Budimir Košutić</i> , La protection internationale juridique des droits de l'homme et le système juridique de la R.F. de Yougoslavie (article de revue) - - - - -	57-63
<i>Miroslav Milošević</i> , <i>Ius quiritium</i> et la naissance de la vindicatio romaine (oeuvre scientifique originale) - - - - -	64-79
<i>Marinka Cetinić</i> , Un aperçu de la question de savoir s'il est nécessaire de réexaminer l'incrimination du viol (oeuvre scientifique originale) - - - - -	80-91
VARIÉTÉS	
<i>Nataša Delić</i> , La responsabilité pénale atténuée - - - - -	92-98
TRAVAUX DES ÉTUDIANTS	
<i>Goran Dajović</i> , La notion de validité et de force obligatoire du droit dans la théorie du droit de Radomir D. Lukić - - - - -	99-109
<i>Damjan Tatić</i> , La notion et le statut juridique du bâtiment de guerre dans le droit maritime international - - - - -	110-119
NOTES DE JURISPRUDENCE	
<i>Zoran Ivošević</i> , Conflit du travail sans protection interne - - - -	120-123
JURISPRUDENCE	
Jurisprudence de la Cour suprême de Serbie - <i>Zoran Ivošević</i> - -	124-140
Jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale - <i>Đorđe Đurković</i> - - - - -	140-145

NOTES

- Silvija Panović-Đurić*, Exécution de mesure de sécurité comprenant un traitement psychiatrique obligatoire et l'internement dans les établissements de soins spécialisés - - - - - 146-151

COMPTES RENDUS DES LIVRES

- Milica Zarković Bookman, *The Economics of Secession*, St. Martin's Press, New York, 1993 - *Svetislav Taboroši* - - - - - 152-158
- Radovan Samardžić, *Les Migrations dans l'histoire serbe*, Bibliothèque "Politika i društvo", cachet 53, Maisons d'édition "Politika i društvo" et "Naučna knjiga", Belgrade, 1991, - *Momir Milojević* - - - - - 158-161

Уредништво „Анала” моли своје сараднике да рукописе достављају, придржавајући се следећих правила:

1. Све радове (чланке, прилоге, дискусије, приказе, судску праксу итд.) куцати на пуном папиру (не на пелиру) и то на једној страни, са проредом и са довољно белине са стране (27 редова на страни и 60 словних места у реду).

2. Уз рад намењен рубрици „Чланци” истовремено доставити апстракт (скраћени резиме) од 10 до 20 редова, резиме до највише 25 редова, и кључне речи са највише пет израза, без сюза. Апстракт и резиме куцати на исти начин као што је предвиђено под тачком 1.

3. Уз сваки рад доставити следеће податке: тачну адресу, потпуне податке о звању, број жиро-рачуна, телефон на радном месту и у стану.

4. Сваки рад доставити потписан.

5. Прикази књига које су мање од 200 страна не треба да буду дужи од 5 куцаних страна. Прикази књига које су по обиму веће од 200 страна могу се сразмерно повећати и то за по једну куцану страну на сваких додатних 100 штампаних страна. Уколико је приказ књиге по природи аналитичан, редакција ће толерисати повећање обима приказа за 20%.

6. Фусноте треба куцати на крају рада (не испод текста на страни), такође са проредом и са довољно белине са стране, и то тако да нумерација фуснота иде од броја 1 па надаље за цео рад (не правити посебну нумерацију за поједина поглавља).

7. Цитирање треба да обухвати следеће податке и то следећим редом: аутор (прво име, па онда презиме), назив дела, место издавања, година издавања, број цитиране стране или тачке пасуса. ПРИМЕР: Живојин Перић, *Стварно право*, Београд, 1922. стр. 141; Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1929, стр. 93.

8. За радове објављене у часописима, као и за прописе објављене у службеним гласилима, навести, после података о аутору и о раду, податке о: називу часописа (службеног гласила), броју и години излажења часописа (службеног гласила), броју цитиране стране. ПРИМЕР: Радомир Лукић, *Субјективни фактор и непосредна демократија*, „Анали Правног факултета у Београду”, бр. 2-3/1964, стр. 153; чл. 7. Закона о шумама СР Србије, „Службени гласник СРС”, бр. 19/1974.

9. За радове објављене у зборницима, енциклопедијама и сл, навести: име и презиме аутора, назив дела, назив зборника односно енциклопедије, име и презиме редактора (уколико је означено на зборнику), место издања, годину издања, број цитиране стране. ПРИМЕР: Божидар Јелчић, *Пораст и разлози пораста порезног оптерећења*, „Финанције и финансијско право”, ред. Божидар Јелчић и Владимир Срб, Осигек, 1982, стр. 37; Владимир Капор, *Куппродаја*, п. 37, „Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада”, том први, Београд, 1978, стр. 805.

10. Навођење судских одлука треба да садржи податке о врсти одлуке, суду, броју одлуке, датуму када је донесена и публикацији у којој је објављена, односно назначење да је коришћена из судске архиве. ПРИМЕР: Решење Уставног суда СР Србије III У бр. 82/72, од 31. маја 1972, „Зборник судске праксе”, бр. 7-8/1982, одл. бр. 29; пресуда Врховног суда СР Хрватске Гзз бр. 58/75, од 18. јуна 1975, „Збирка судских одлука”, књ. I, св. 4, одл. бр. 462.

11. Уколико се једно дело истог аутора цитира у више фуснота (које нису непосредно једна иза друге), после имена и презимена аутора други и сваки следећи пут употребити скраћеницу *op. cit.* Уколико се једно дело

истог аутора цитира у фуснотама које непосредно следе једна за другом, после првог навођења потпуних података о аутору и о делу употребити скраћеницу *ibid.*

12. Сви библиографски подаци требало би у начелу да буду дати у фуснотама. Изузетно, пре свега при помињању неких законских одредби, то би се могло учинити и у самом тексту. ПРИМЕР: Из пореске основице је, као што предвиђа одредба чл. 3. Закона о порезу из дохотка организација удруженог рада СР Србије, искључен износ дела дохотка у висини 55% просечног месечног нето личног дохотка радника у привреди СР Србије исплаћеног у претходној години.

13. Пошто се часопис „Анали” штампа ћирилицом, црвеном оловком треба подвући речи или реченице које треба да буду штампане латиницом. Овај захтев се односи и на фусноте.

14. Речи и реченице које треба да буду штампане курзивом подвући црном или плавом оловком. Сви наслови цитираних радова треба да буду штампани *курзивом*.

15. Речи и реченице које треба да буду штампане латиницом и курзивом истовремено подвући и црвеном и црном (плавом) оловком. ПРИМЕР: Jan Tinbergen, *Does Self-management Approach the Optimum Order?*, "Yugoslav Workers Self-management", ed. by F. J. Brockmeyer, 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.	80.-
2. За физичка лица - - - - -	”	30.-
3. За студенте (редовне и ванредне) - - - - -	”	10.-
4. За један примерак - - - - -	”	20.-
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 АНАЛА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
БЕОГРАД - Булевар револуције 67, тел. 341-501