UDC 34/35 : YU ISSN 003-2565

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2005 /БРОЈ 2 /ГОДИНА LIII

Анали Правног факултета у Београду

Година LIII, бр. 2, 2005, стр. 1–328

UDC 34/35 YU-ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

ИЗВОРНИ НАУЧНИ ЧЛАНЦИ

Хауке Брункхорст, Демократија схваћена озбиљно – Европа после пропасти устава – – – – – – – – – – – 5

Драган Миловановић, Правна дефиниција злочина и један алтернативни поглед – – – – – – – – – – – – – – – – 20

Војислав Становчић, Демократија и владавина права – – – 29

Петер Колер, Право, морал и врлина – – – – – – – – – – 59

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНЦИ

Јаков Радишић, Сарадња лекара различитих специјалности и њихова одговорност – – – – – – – – – – – – – – – – – 79

Борис Кривокапић, О неким проблемима службене употребе језика у унутрашњим правним порецима држава – – 92

Милена Полојац, Подела добити и губитка међу ортацима – римско право и модерна решења – – – – – – – – – 130

Владимир Павић, Противтужба и компензациони приговор у арбитражном спору – – – – – – – – – – – – – – – – 145

Марија Караникић, Одговорност за развојне ризике – – – – 161

Бранко Павлица, Судбина Немаца у Југославији – – – – – 196

ПОЛЕМИКА

Владимир Ђерић, Поводом текста Косте Чавошког у прошлом броју „Анала“ – – – – – – – – – – – – – – – 237

ПОВОДИ

Данило Н. Баста, Пред бистом Слободана Јовановића – – – 257

Коста Чавошки, Победа над заборавом – – – – – – – – – – 262

ПРИЛОЗИ

Светлана Мирчов, Библиографски рад Гојка Никетића – – 266

ОСВРТИ

Данило Н. Баста, Младићки радови Слободана Јовановића – 272

ПРИКАЗИ И БЕЛЕШКЕ

Легенде Београдског Универзитета (Александар А. Миљковић) – – – – – – – – – – – – – 279

Радмила Васић, *Правна држава и транзиција: теоријски модели и контекстуално условљавање* („Досије", Београд, 2004. стр. 197) (Милош Здравковић) – – – 286

Dieter Birk, *Steuerrecht* (6., neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2003, XXX + 432) (Милош Милошевић) – – – – – – – – – – – – – – – 288

Shannon P. Pratt, *The market approach to valuing businesses* (John Wiley & Sons, Inc, New York, 2001.) (Чедомир Глигорић) – – – – – – – – – – – – – – – – 296

Аурелије Аугустин, *Држава божја* (прев. Марко Вишић, ЦИД, Подгорица, 2004, стр. 1034) (Јасминка Хасанбеговић) – – – – – – – – – – – – – – 307

Enrico Pattaro, editor-in-chief, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* , volumes I–V

(Dordrecht/Berlin/Heidelberg/ New York, Springer, 2005.) (Јасминка Хасанбеговић) – – – – – – – – – – – – – – 309

Thomas Fleiner, Lidija R. Basta Fleiner, *Allgemeine Staatslehre – Über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt* (dritte vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, die erste und zweite Auflage sind unter Mitarbeit von Peter Hänni erschienen, Berlin/ Heidelberg/ New York, Springer, 2004, SS. LXXII+674.) (Јасминка Хасанбеговић) – 312

НЕКРОЛОЗИ

Јасминка Хасанбеговић, In memoriam Норберто Бобио (1909–2004) – 316

Обрад Станојевић, Питер Беркс, Оксфорд – – – – – – – – 320

АУТОРИ – 322

ИЗВОРНИ НАУЧНИ ЧЛАНЦИ

УДК 341.217 (4–672EU)
321.7
061.1EU

Хауке Брункхорст

ДЕМОКРАТИЈА СХВАЋЕНА ОЗБИЉНО
Европа после пропасти устава[1]

Легитимацијска криза је инхерентна елитистичком моделу конституционализације Европске заједнице (Уније), али се први пут јасно јавно манифестовала и кулминирала у француском и холандском „не“ на референдумима поводом ратификације Нацрта Устава.

Проблем легитимацијске кризе конституционализације Европске уније произилази из чињенице недовољно озбиљног односа према демократији, у смислу да се уставно утемељење није довољно градило „одоздо“ – на револуционарним принципима демократске солидарности грађана Европе, већ „одозго“ – на темељу међудоговора бирократских политичких елита Европе. Процесом конституционализације – почев од низа европских међудржавних уговора (Рим, Мастрихт, Амстердам, Ница), и финално с Нацртом Устава – стварао се „устав за владајућу класу“ (европску политичку, економску, административну, медијску елиту), уместо „устава за народ“ („егалитарног устава за грађанство Европе“). Изузетак у наведеном елитистичком контексту представља, међутим, сфера индивидуалних права европског грађанства.

То што је прекинута ратификација Нацрта новог Устава, не значи ипак да је Европска унија без Устава. Први разлог за овакву тврдњу већ је поменут: процес конституционализације је на делу од почетка стварања Европске заједнице. Други разлог за овакву тврдњу је такође имплициран: изворна легитимација Устава, која постоји на равни субјективних права грађанства Европе, говори у прилог чињенице да би за растакање европског Устава била потребна сагласност свих грађана Европе. Утолико, изостанак ратификације од „чланица-држава“ не значи растакање Устава, али значи протест егалитарне демократске европске јавности против дефицита демократске легитимности на плану институционално-политичког устројства Уније.

---

1 Текст је први пут изложен на Правном факултету Београдског универзитета 6. 6. 2005, под насловом „Democracy Seriously. Europe between a Constitution as Evolutionary Advance and a Constitution with a Revolutionary Meaning“.

Легитимацијска основа референдумског „не“ и тако исказане критичке јавности у одређеној мери је и веома проблематична. Наиме, нови Устав је следио и афирмисао велики демократски помак у одбрани грађанских права и приватне аутономије, а референдумско „не“ (које се с правом устротивило глобалном неолибералном политичком програму и његовим утицајима на европски поредак), ипак носи и тенденцију занемаривања достигнућа грађанске легитимације, која сежу даље и од неолибералног редуковања слободе и аутономије на партикуларне економске интересе.

Кључне речи: *Устав Европске уније. – Демократски револуционарни устав. – Rule-of-law конституционализам. – Елитистички конституционализам. – „direct effect“. – Криза демократске легитимности.*

УВОД: УСТАВНИ ПРОБЛЕМ ЕВРОПЕ

Европски устав одбијен је у Француској и Холандији, а потом је прекинут процес ратификације. Грађани Европе одлучили су се против новог устава. Да ли сада Европа нема устав? – Не, она има устав. Европа већ дуго има устав у европским уговорима (Рим, Мастрихт, Амстердам, Ница итд.), а устави произашли из међудржавних уговора нису историјски ништа необично – нека се само помисли на Устав Сједињених Држава од 1787/88. или Немачког Рајха од 1871. Савезни устави били су и државни уговори Америчке Конфедерације од 1776, или Немачког Савеза од 1816.[2]

Али док су Уговорни устав Сједињених Држава и Основни закон устави истог демократски револуционарног типа, устави Немачког Рајха и Европске Уније су устави друкчијег типа, пошто они – чак и ако су све државе-чланице демократије – нити *заснивају* неку нову *демократску* политичку заједницу која постојеће допуњава или укида, нити неки постојећи поредак владавине замењују неким *потпуно друкчијим*, него неки већ постојећи *ограничавају,* делегирањем једног дела суверености држава-чланица на вишу раван Рајха или Заједнице (односно данас Уније), или – као у случају енглеске историје почев од позног 17. века – конституционализацијом једне апсолутне монархије.[3] Ипак, подручје преклапања из-

2 Christoph Schönberger, *Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas*, цитирано према рукопису, Freiburg, 2003; видети такође: Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, 363 ff.

3 Christoph Möllers, „Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung. Begriffe der Verfassung in Europa“, у: Armin v. Bogdandy (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin, Springer, 2003, 1 ff. Други тип Мелерс назива *еволутивним*. Међутим, то, као што ћемо још видети, не одговара сасвим социолошком смислу еволуције као спонтаног, али несамовољног развоја.

међу оба типа устава толико је велико да се, као у случају Енглеске, мноштвом радикалних реформи може извршити постепени преображај од типа устава који ограничава власт, ка типу устава који заснива власт, преображаја у коме конституционализована монархија на крају нестаје у сјају дугиних боја. То би, вероватно, била и судбина Немачког Рајха, чији је устав био истога типа као и енглески, да тај Рајх није 1914/18. тражио и изгубио рат.

Уставно*теоријски* се, а и једва, може оспорити да су европски уговори од Рима до Нице представљали устав Уније. Они су: 1. право вишег степена или *рефлексивно* право које се употребљава да произведе правна нормирања; 2. осигуравају европском праву *првенство* пред националним правом (укључујући уставно право државе).[4] Чак је и немачки Савезни уставни суд снажно релативизовао своју претензију на компетенцију последње инстанце при тумачењу немачких основних права у светлу европских норми, а Европски суд ионако претендује на компетенцију компетенције у стварима европског права.[5] Однос Европског суда према националним уставним судовима је фактички, међутим, пре однос кооперације него однос субординације, тако да би се скоро већ могло говорити о неком европском „*савезу уставних судова*“.[6] 3. Европски уговори конституишу *независне органе власти* (Комисија, Министарски савет, Суд, Парламент) који имају обавезе једино према Заједници и стварају право Заједнице. 4. Почев (и пре свега у поређењу с нацртом који је сада пропао) револуционарних уговора из Мастрихта и Амстердама, постоји, упркос мноштву уговора, само још *једна једина* и јединствена *Европска Унија* која није држава, већ наднационална организација, која у међународном праву делује као аутономно правно лице.[7] 5. Најзад, ти уговори ства-

4 Hans Peter Ipsen: „Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften“, y: Josef Isensee/Paul Kirchhof, ed., *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 1987, § 181, RN 32; D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, 229 f; A. Augustin, 253; Fritz Scharpf: „Regieren im europäischen Mehrebenensystem – Ansätze zu einer Theorie“, y: Leviathan 1/2002, 65–92, 76; C. Joerges: „Rechtswissenschaftliche Integrationstheorien“, y: Beate Kohler-Koch/Wichard Woyke, Hg., *Die Europäische Union. Lexikon der Politik,* Bd. 5, München, Beck, 1996, 229–232, 230; Marcel Kaufmann: „Permanente Verfassungsgebung und verfassungsrechtliche Selbstbindung im europäischen Staatenverbund“, y: Der Staat 4/1997, 521–546, овде: 522, 526 f., 534; Marcus Heintzen: „Die 'Herrschaft' über die europäischen Gemeinschaftsverträge“, y: Archiv des öffentlichen Rechts 119/1994, 564–589, 574 ff., 585 ff; Claus Dieter Classen: „Europäische Integration und demokratische Legitimation“, y: Archiv des öffentlichen Rechts, 119/1994, 238–260, 240 f; C. D. Claessen: „Einführung“, y: *Europa-Recht*, München, dtv., 2001, XIV f.

5 Bverf. G 2 Bvl. 1/97, 6. јуни 2000; Scharpf, 76; Stefan Oeter: „Souveränität und Demokratie als Probleme in der Europäischen Union“, y: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht“ (ZaöRV) 1995, 659–712, 687.

6 Udo DiFabio: *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, Tübingen, Mohr, 2001, 76, 78 f., 96.

7 Armin von Bogdandy: *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 10, 32 f., 38 ff. Наднационални, одн.

рају нова *права* једног, захваљујући томе, јединственог *европског грађанства* које се јасно издваја од претпостављених националних грађанстава. 6. Кад су посреди европски уговори, чак *реч устав* редовно користи заједница тумача права, али и правно обавезујуће *одлуке* највиших судова.[8]

Када, пак, Европски суд означава европске уговоре као *charté constitutionelle* Заједнице[9], онда би он тиме ненамерно могао изрећи истину о карактеру европског уставног система, карактеру који би се само незнатно променио новим и сада тако бедно пропалим *Уговором о Уставу Европске Уније.* Израз *charté constitutionelle* употребљен је први пут 1814. године, да би означио контрареволуционарни устав Француске после Наполеоновог пада, а републику заменио рестаурисаном, али уставном наследном монархијом. Тадашња *charté constitutionelle* била је, додуше, један модеран устав и далеко од поновног успостављања предреволуционарног *Ancién Regime*-а, али она, као ни њен наследник из 1830, који се такође називао *charté constitutionelle*, није био устав за народ. Био је то устав за владајућу класу.

Истина, европски уговори од Рима до Нице умногоме се разликују од *charté constitutionelle* од 1814. Они конституционализују један савез демократских правних заједница, а не неку самовласну наследну монархију. Међутим, у једном смислу имамо 2005. године на европској равни исту ситуацију као 1814. или 1830. Реч „устав" у Нацрту устава не даје већ постојећим уговорима никакво ново значење, а камоли револуционарно. Стари уговори и нови Нацрт јесу устав *за органе власти* држава-чланица и Уније, *за судије* и *правнике*, *за професионалне политичаре, управе предузећа, синдикалне босове, телевизијске модераторе* и *чиновнике у министарствима*, за Сабину Кристијансен, Олафа Хенкела и Жака Ширака, укратко: Европски уговори јесу устав *за политичку класу* која се, у савезу са моћницима из привреде и масовних медија, повезала у једну нову и високофлексибилну, владајућу класу и која већ дуго

наддржавни карактер заједница спознат је већ рано: Heinhard Steiger: *Staatlichkeit und Überstaatlichkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 1966.

8 Вид. само: BverfG 22, 293 (296); ECJ RS. 294/83 Les Verts / Europäisches Parlament 1986, 1357 (1365); Шпански Уставни суд 2004; упор. такође Dieter Grimm: „Braucht Europa eine Verfassung?", у: D. Grimm, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, München, Beck, 2001, 215–254, 215 f. (нап. 1), 229 f.; D. Grimm: „Vertrag oder Verfassung?", у: D. Grimm/J.J.Hesse/R. Jochimsen/F. W. Scharpf, ed., *Zur Neuordnung der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 1997, 9–31, 9; вид. даље: Angela Augustin, *Das Volk der Europäischen Union*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 249, 274 (нап. 248); Joseph H. H. Weiler: „The Transformation of Europe", у: The Yale Law Review, vol. 100, 1991, 2403–2483, 2407; Jürgen Schwarze: „Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung", у: J. Schwarze, ed., *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung*, Baden--Baden, Nomos 2000, 463–570, 464 f.

9 ECJ RS. 294/83 Les Verts / Europäisches Parlament 1986, 1357 (1365).

само још *top down* говори о *људима ту напољу.* Међутим, европски уговори нису једно: нису *егалитарни устав за грађанство Европе.* У уставној *пракси*, уколико се она остварује изван политички владајуће класе, они нису устав. *Тачна* теорија малобројних, пропада због *оправдане* праксе многих.[10] Устав Европе је устав једног ,,савеза држава" (Kirhhof), можда и једног ,,савеза уставних судова" (Difabio), али није устав једног ,,савеза грађана" (Kant).

У једном погледу ти уговори су, наравно, већ дуго устав свих грађана. Они су *егалитарни* устав *за поједине грађане који користе своје једнако право да могу да иду пред суд и да траже своја европска права.*[11] То може *свако*, кад год он или она сматрају потребним, али само као појединац, односно појединци, у концепту крајње ограничене, делиберативне јавности демократски одређених судова. Волунтаризам индивидуализованих тужилаца јесте, додуше, конститутивни допринос егалитарно-демократској легитимацији права[12], али није општезаконодавна воља. То је средишњи проблем уставног система Европске Уније који се протеклих недеља драматично испољио.

Да бих тај проблем тачније анализовао, разликоваћу три равни конституционалне интеграције: 1. Вољно-инваријантну и непланирану, *функционалну интеграцију*, која изражава одређени ниво социјалне еволуције; 2. *Rule-of-Law интеграцију* која би се могла назвати и правнодржавном или (у смислу немачког конституционализма 19. века) конституционалном интеграцијом, која представља једну врсту планске еволуције неког постојећег режима, и најзад: 3. *Револуционарну интеграцију* помоћу једног демократског устава са снагом заснивања власти.

I. ФУНКЦИОНАЛНИ УСТАВ

У раној фази европског права, још снажно обележеној идејом технократије педесетих и раних шездесетих година, европске уговоре су дефинисали као *функционални устав* (Ipsen). Међутим, и у једном захтевнијем разумевању функционалне интеграције, одвојеном од телеолошке шеме циљ-средство, европски уговори, почев од Рима, испуњавају функцију устава.[13] Ти уговори стабилизују

10 О тој разлици систематски: Cristina Lafont: ,,Is the ideal of a deliberative democracy coherent?", необјављени рукопис предавања, Chicago, 2005.

11 То Европски суд назива ,,direct effect"; упор. H-P. Ipsen, RN 16, 58–61.

12 О индивидуалном аспекту легитимације демократског права: C. Möllers, *Gewaltengliederung*, хабилитациони спис, Heidelberg, 2003.

13 О тој функцији: Niklas Luhmann: ,,Verfassung als evolutionäre Errungenschaft", у: Rechtshistorisches Journal 9/1990; H. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, 440 ff; N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp,

како границе које раздвајају правни систем од политичког система, тако и границе које раздвајају правни систем од економског система и нормирају велики погранични саобраћај. Луман то назива *структурним спајањем.*[14] Структурно спајање права и политике значи *да политичка власт може променити сваки закон* и *да је истовремено свако вршење политичке власти правно нормирано*, док се структурно спајање права и привреде са своје стране остварује вршењем уставноправно загарантоване слободе уговарања, а остала основна права омогућују затим структурно спајање науке и права, религије и права итд.[15] Огромна разорна моћ *комуникацијских производних снага*, ослобођених функционалном диференцијацијом и специјализацијом, бива структурним спајањем скренута на мирне путеве и претворена у *контролисану експлозију*.

Отприлике исто то имао је на уму већ Хобз са својом идејом друштвеног уговора. Делотворан уставни режим омогућује релативно миран развој правосуђа, политичке моћи, економског капитала, научног сазнања, општег образовања итд. Функционална анализа показује пак (друкчије него Хобз, који је мислио у циљнорационалним појмовима) да исту функцију могу испунити врло различити типови устава, да се, дакле, могу замислити околности у којима постоје правнодржавни устави и устави који се састоје од ауторитарне комбинације државе норми и државе мера (Frenkel), или се са гледишта функционалне еквивалентности могу узајамно заменити демократски и аристократски устави. Због тога, *мирна експанзија* моћи, капитала и знања, која је проузрокована структурним спајањем, не води већ аутоматски ка већој *индивидуалној* и *демократској слободи.* Знање може *a priori* бити моћ, али ни издалека не и слобода, поготово не подједнака слобода.

II. RULE-OF-LAW КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАМ

Владавина права везује власт државних органа или других политичких организација за правне норме. Тиме се већ прости закони преображавају у субјективна права одбране од ванлегалних задирања политичке власти. Спектар сеже од Хобзовог минимума („Оно што закон не забрањује, то је допуштено“) преко везивања свих органа власти за основна права (као у чл. 1, ст. 3, Основног закона) до експанзије заштите основних права на приватне односе моћи (као у учењу о дејству трећега Савезног уставног суда).

1997, 92 ff; Marcelo Neves, *Zwischen Themis und Leviathan. Eine schwierige Beziehung*, Baden-Baden, Nomos, 2000, 80 ff.

14 N. Luhmann: „Verfassung als evolutionäre Errungenschaft“, y: Rechtshistorisches Journal 9/1990.

15 N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986 (1965).

Превазилазећи пуко испуњавање функције структурног спајања, *Rule of Law* је нормативни идеал, а политичка теорија која му парадигматски одговара јесте Локова. Владавина права поставља *нормативне границе* политичкој власти, не спречавајући истовремено раст функционално специјализоване *моћи* или оне која се јавно може мобилисати.[16]

Велико достигнуће Европске Уније је један нови облик слободе кретања. Слобода да се пређе свака државна граница и да се (осим малог броја политичких права) не само могу понети са собом сва права држављанина него и да се могу уживати права других држава која их превазилазе далеко преко основних економских слобода. Тако ирске жене (по једној одлуци Европског суда), да се помене само тај спектакуларни случај, могу данас у Енглеској да се подвргну легалним абортусима, иако се абортус огрешује о ирско кривично право. Грађани Уније *и*, уосталом сви (привремени или стални) становници на подручју Уније, па чак и становници њој суседних држава, имају данас *више права него икада пре.*

Радост због тога бива, наравно, понешто помућена, пошто, упркос нагомилавању правâ, правних захтева и правних средстава, које већ постаје непрегледно, ствари са правном државом на подручју Уније нису *у сваком погледу* боље него без Уније. Тако многа посебна регулисања, изузеци и високофлексибилни формални компромиси у праву Европске Уније угрожавају правну сигурност и позивају на злоупотребу од стране моћних државних и приватних актера.[17] Спектакуларна је, као што у међувремену зна сваки читалац новина, новостворена могућност да се грађани неке земље Европске Уније, ако су у некој другој земљи Европске Уније осумњичени за неко кривично дело, протерају без права на судско саслушање и изведу пред суд у тој другој земљи. Са становишта правне државе, то је скандал који постаје још гори због умесног уверавања Европске комисије да су, *уопште узев*, услови који се односе на правну државу једнаки у свим државама-чланицама. Јер, пред суд се не иде зарад *општег* нивоа људских права и *Rule of Law*-а у државама-чланицама, који је неоспорно свугде висок, него зарад дотичног *појединачног случаја*, а ту шпанско, ирско, шведско итд. право може правити огромну разлику која сеже од допуштености одређених доказних средстава до одмеравања казне и условâ издржавања, што у *појединачном случају* може дубоко засецати у

16 То разликовање социолошког појма моћи од правног појма власти јесте варијанта разликовања моћи и власти које је Хана Арент контрадикторно заоштрила, но које избегава повезивање са староевропском хијерархијом вредности којом се Арентова руководи и оперише једним појмом моћи који покрива читав спектар модерних појмова моћи од Арентове преко Парсонса до Фукоа.

17 C. Möllers, Verfassungsgebende Gewalt.

основна права онога ко је у дотичном случају погођен.[18] Такви случајеви показују да Европска Унија треба да књижи не само *добитке* него и понеке, не незнатне, *губитке* у стварима *Rule of Law*, чак и ако, у целини узев, добици кудикамо премашују губитке.[19]

Унија пружа својим грађанима заштиту и према споља, која у многим случајевима знатно превазилази заштиту у појединим државама. Тако се непосредни захват међународног права филтрира кроз органе Уније. Као што пишу Хилф и Ројс, Европска Унија има ,,функцију шарке" приликом посредовања глобалних економских, трговинских и потрошачких норми у државе-чланице Уније.[20] Та ,,функција шарке" штити грађане Европске Уније, на пример, од примене оних норми Светске трговинске организације које би могле повредити национална или европска права. Наравно, и овде постоје маркантни супротни примери који могу водити ка дубоким задирањима у политичка права држава-чланица, федералних јединица и комуна; рецимо, у случају глобалне дерегулације водне привреде, немачким комунама одузет је важан део њихове самоуправне компетенције.[21] Све то, међутим, ништа не мења да су стопе прираста у читавом спектру *приватне аутономије* јасно више од назадних тенденција, и била би грешка (и била је грешка у француској кампањи за ,,Не") да се *приватна аутономија* редукује на *неолиберални* слободу конкуренције и дерегулацију тржиштâ. То је повезано с проблемом што се приватна аутономија састоји у томе да грађани узајамно признају права која *само* они вршењем јавне аутономије могу без губитка претворити у позитивно право и обезбедити.[22]

Због тога чињеница да грађани Европе имају у Унији непосредна права, има далекосежне импликације по структуру легитимације Уније. То је Европски суд спознао још 1963. године и развио учење о непосредном дејству (*direct effect*) европског права, које су почев од позних шездесетих година брзо прихватили и применили сви судови Европе. Оно значи да своја права европски грађани могу

18 О једном сличном случају повезаном с планираним европским државним тужилаштвом: Klaus Lüdersen, у: FAZ, 29. dec. 2003.

19 О правима грађана Уније: Angela Augustin, *Das Volk der Europäischen Union*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 30 ff., 43 ff., 61, 63 ff., 67 ff., 82 ff., 87 ff; упор. D. Grimm (,,Verrechtlichung der Staatsgewalt"); Christian Tietje: ,,Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen der Europäisierung und Internationalisierung", у: Deutsches Verwaltungsblatt 17/2003, 1081–1146; Christian Joerges, *Zur Legitimität des Europäischen Privatrechts* (нап. 11), 10 ff.

20 Meinhard Hilf/Mathias Reuß: ,,Verfassungsfragen lebensmittelrechtlicher Normierung", у: Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht, 1997, 293 ff., 296, 300.

21 Један илустративан пример код: Gertrud Lübbe-Wolf.

22 То је централна теза код Jürgena Habermasa, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992.

пред судом истицати и тражити свугде у Европи. Због тога су наши национални судови уједно европски судови који су за европско право везани исто као и за немачке, француске, данске и др. законе.[23]

Правни захтеви који за грађане Европе произлазе из *direct effect*-а, заснивају *извор легитимације европског права* који је *независан* од међудржавних уговора и који *извире непосредно из европског грађанства у целини.* Европска Унија – то знамо најкасније почев од чувене одлуке Европског суда из 1963 – не бива више легитимисана једино *уговорима* државних поглавара које су ратификовали *национални* парламенти или народи, него истовремено и применом *у Унији непосредних, европских грађанских права.* Данас су „правни субјекти Заједнице не само државе-чланице него и" – барем правно на истој висини – „њени грађани."[24] Грађанство Уније „допуњује грађанство националне државе" (ЕГВ, чл. 17, ст. 1) и прибавља „правној личности" Заједнице (чл. 281), која је међународноправно самостална, „двоструку легитимацију".[25] То, између осталог, има за последицу да постојање субјективних права између Заједнице и њених грађана забрањује растакање Заједнице, „чак и против воље свих држава-чланица".[26] Пошто сви грађани Европе имају права у свим државама, која уживају *као* грађани Уније, такво растакање могло би предузети само уједињено грађанство Уније као народ Европске Заједнице, или би у најмању руку морало у једној или другој форми бити питано, морало би у томе *суделовати.* Тим мерилом требало би мерити и, утолико противуставне, одредбе одбијеног новог устава које први пут регулишу уређено иступање неке државе из Уније без довољног суделовања грађана.

Али шта овде заправо значи *легитимација*? Оно што је на равни *субјективних права* јасан случај подједнако изворне легитимације, крајње се неједнако вреднује у *организационо-правном уобличавању.* У демократским правним заједницама, легитимација права има једно, и само једно значење. Она значи *демократску легитимацију.* Демократска легитимација права, међутим, не ствара се само на *инпут*-страни законодавног процеса путем јавне

23 О социјалној еволуцији и остваривању *direct effect*-а, такође је емпиријски инструктивно: Karen Alter: „The European Courts Political Power", у: West European Politics 3/1996, 458–487; вид. такође K. Alter: „Who are the 'Masters od the Treaty?", у: International Organization 52/1998, 121–147.

24 Marcus Heintzen: „Die 'Herrschaft' über die europäischen Gemeinschaftsverträge", у: Archiv des öffentlichen Rechts 119/1994, 564–589, овде: 570.

25 Claus Dieter Classen: „Europäische Integration und demokratische Legitimation", у: Archiv des öffentlichen Rechts 119/1994, 238–260, овде: 259 f.

26 Christoph Möllers, *Staat als Argument*, München, Beck, 2000, 404 (с ослонцем на Еверлинга).

дискусије, ,,избора и гласања“ (чл. 20, ст. 2 Основног закона), него демократска легитимација обухвата *читав процес стварања норми,* који се врши на свим степенима конкретизације, примене и спровођења законодавне воље. Демократска легитимација права сеже од дискусије за столом сталних гостију и телевизијског извештавања о партијским конгресима, изборним борбама, парламентарном законодавству, владиним уредбама, декретима управе и полицијским наредбама, до судских одлука и конкретних упутстава, те обичајних практика полицијских и извршних службеника на лицу места.[27] Правни захтеви и права на тужбу, *judicial remedies* и *direct effect* у *демократски* организованој ,,ступњевитости права“ (Merkl/Kelzen), коју за Савезну Републику Немачку чврсто прописује чл. 20, ст. 2. и 3, важни су аспекти демократске легитимације који постају делотворни на *output*-страни законодавног процеса. Најкасније на овом месту, *ми, народ,* поново ступамо на јавну позорницу како бисмо изнудили одлуке о конкретизацији права у конкретним нормама. Употребљавајући своју приватну аутономију као појединци, ми можемо отићи у суд и приморати судије да започну процес који ће, у крајњој линији, створити неку нову норму или потврдити неку стару.[28]

То се с Кристофом Мелерсом може у широком смислу назвати ,,индивидуалном легитимацијом“[29], ако се при том има у виду да индивидуална легитимација, која се самовољно може изнудити, али се затим мора у поступку јавно образложити, применом *judicial remedies* има *легитимишућу* снагу само због тога што је она суштински моменат у целокупном процесу *јавне* или *демократске* легитимације. Утолико директно дејство европског права не само што проширује приватну аутономију грађана Уније, него је већ моменат јавне легитимације који једним делом води далеко преко пуког *Rule-of-Law* конституционализма. Међутим, претензија на демократско самоодређење, која је постављена с постојањем субјективних права, не може се испунити пуким индивидуалним самоодређењем пред судом, и утолико је Вајлер погодио у центар када пише: ,,But you could create rights and afford judicial remedies to slaves. The ability to go to court to enjoy a right bestowed on you by the pleasure of others does not emancipate you, does not make you a citizen. Long before

27 Hermann Heller: ,,Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung“ (1927), у: *Gesammelte Schriften*, Leiden, Sijthoff, 1971, 225 ff; темељно: Adolf Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien/Berlin, Julius Springer, 1927.

28 Тиме се није мислило на *output*-легитимацију политиколога који под њом једноставно подразумевају привредну и безбедносно-политичку ефикасност неког режима, него на могућност грађана да на крају законодавног процеса утичу на конкретизацију норми. О политиколошком значењу, које нема никакве везе с демократијом, упор. F. Scharpf, *Regieren in Europa – Effektiv und demokratisch?*, Frankfurt, Campus, 1999.

29 C. Möllers, *Gewaltengliederung*, хабилитациони спис, Heidelberg, 2003.

women and jews were made citizens they enjoyed direct effect."[30] Индивидуална легитимација ограничава власт и конкретизује законодавство, али она не заснива владавину подвлашћених која слама власт.

III. ДЕМОКРАТСКИ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАМ

Но, у Европској Унији не постоји само један, ситан, али исто тако неопходан, као и напредан моменат *индивидуално*-демократске легитимације који је дат већ с обухватним остварењем *приватне* аутономије, него постоје и европски избори, Европски парламент итд. Међутим, њеним допуњавањем изборима за Европски парламент и непрекидно растућим, али демократски, пре као и сада, потпуно недовољним правима парламента, од индивидуалне легитимације не постаје никаква демократска легитимација европског права *довољна* за оправдање власти. Као и парламент у Бизмарковом царству (богатије снабдевен правима), данашњи Европски парламент структурно није владајући парламент, већ поданички парламент.[31]

На томе ништа не мења ни растући *утицај* парламента, који социолошки треба строго разликовати од ефективне *моћи*, све док однос између два крака легитимације, државног и грађанског, остаје неуравнотежен. Дотле грађанство и демократија у Унији *и* државама-чланицама не добијају ништа. Јавна аутономија грађанства Уније расте, наиме, далеко спорије него маса и обим регулисања демократски дефицитарног права Уније које дубоко засеца у месо националног права, демократски још увек напола легитимисаног.

Ефекти дедемократизације еволутивно само још по цену масовне регресије реверзибилног, европског, међународног и глобалног права настају на тај начин што европеизација и глобализација политике прате право у стопу. При том, међутим, парламентарна демократија и народ који даје легитимацију остају у домаћој провинцији, док се владе и елите на свим равнима глобалног система повезују све гушће и ефикасније.[32] То се егземпларно показује у начину функционисања европског Министарског савета. Када немачки министар унутрашњих послова хоће своју безбедносну политику, непријатељски настројену према грађанским правима, да преточи у законе и биометријске пасоше, а то не може да прогура

30 J. H. H. Weiler: „To be a European citizen – Eros and civilisation", у: Journal of European Public Policy 4:4/1997, 495–519, 503.

31 C. Schönberger, *Das Parlament im Anstaltsstaat*, Frankfurt, Klostermann, 1997.

32 Инструктивно: Klaus Dieter Wolf, *Die neue Staatsräson*, Baden-Baden, Nomos, 1999.

ни у Бундестагу нити у немачкој влади, он се у Бриселу сретне са својим колегама, министрима унутрашњих послова, и натера их – независно од упутстава и аутономно, обавезан само према европској добробити коју, у колегијалном кругу министара полиције сâм одређује – на закључак о одговарајућој европској смерници која затим обавезује Бундестаг и Савезну владу и приморава их на примену. Данас пасош, а сутра, после следећег великог атентата, спасоносно стављање на муке као смерница Европске Уније. На тај начин сувереност парламента се исто тако делотворно истањује као и компетенција за доношење смерница савезног канцелара који је, заједно са својом владом, одговоран том парламенту. Та пракса која је у Европи у скоро свим областима политике већ одавно уобичајена, учврстила се институционално фрагментацијом министарстава, која већ подсећа на прилике у афричким државама. Она није никакав европски феномен, већ глобални тренд[33], али је у Европској Унији нарочито ефикасно организован.

Овде је реч о интересима и власти. Добитник у игри је политичка класа, губитник је европско грађанство. Пут политичке класе преко наднационалног (и међународног) права устаљује – демократији супротно – самодрштво владе над парламентом, министарстава над њиховом стручном облашћу, влади блиске администрације над регијама, политичке класе и њене мреже састављене од предузетничких удружења и политизујућих медијских звезда над народом. На томе ни нови устав, ако би дошао, не би суштински ништа променио.

Уставна криза која сада постоји у Унији, први пут се јавно манифестовала захваљујући ономе *Не* француских и холандских бирача. Она се састоји у преимућству *Rule of Law*-а над демократијом, а *Rule of Law* без демократије звао се раније класно правосуђе, за које, с Радбрухом, важи да је, додуше, и класно *право* – право и да као такво користи слободи *свих* оних који су потчињени праву, па би већ због тога свако *повлачење* из европског и међународног правног поретка скоро неизбежно покренуло катастрофу неслућених размера – али класно право упркос томе остаје *класно* право које хегемонски извитоперује једнакост пред законом.

У сваком случају, негативни вотум француског и холандског народа, који су овде први пут деловали *као* европски народ, обелоданио је одавно латентну уставну кризу Европе. Први пут у историји *елитистичког* европског пројекта, неравнотежа између грађанске и елитистичке легитимације постала је проблем *егалитарне европске јавности.* Можда су бирачи који су рекли *Не*

33 О том глобалном тренду фрагментације државе вид. запажања код: John W. Meyer, *Weltkultur*, Frankfurt, Suhrkamp, 2005.

потценили мали, али реалан демократски напредак путем новог устава, а њихова пропагандистички делотворна редукција неизмерно великог проширења *приватне аутономије* у Унији на *неолиберални* политички програм била је, у најбољем случају, полуистина. Као што смо видели, у Европи има више грађанских права које треба бранити него слободу конкуренције, и грађани могу да их схвате озбиљно.[34] Али бирачи који су рекли *Не,* били су потпуно у праву када су прогласили недовољним стање *јавне аутономије* у Унији и њеног, у том смислу жалосног, пројекта устава.[35] Политичка заједница има јавну аутономију једино ако њен устав располаже не само снажним повељама основних права него и *системом егалитарних организационих форми који омогућује демократску политику, која никога не искључује унапред и без уопштљивог разлога* – а демократска политика значи да грађани могу да врше *комуникацијску власт*, да заједничку вољу могу да *стварају у јавној делиберацији коју сви могу да запазе* и која није приступачна само за експерте и емисије Сабине Кристијансен, и да редовно треба да *одлучују о политичким алтернативама.* Филозофски и политички *Founding Fathers* једног таквог схватања устава не зову се Хобз и Лок, већ Русо и Кант, Џеферсон и Сјејес.[36]

Што је неки постнационални уставни режим организован наднационалније, то је већа његова потреба за непосредном демократском легитимацијом. Међутим, за Европу, с њеним изграђеним и разгранатим, бирократијом сиромашним и само једним врховним судом снабдевеним *законодавним апаратом*, непосредна легитимација не значи примарно непосредну, већ *парламентарну демократију.* Њена шанса је слаба, али расте с кризом. Грађани Француске и Холандије нису учинили ништа друго него што су своје *европско грађанско право схватили озбиљно,* не само индивидуално него и *демократски.* Своју шансу да одлуче о правој европској алтернативи они су искористили и тиме изазвали кризу. *Криза* значи одлуку и повезана је са *критиком.* Само у кризи која је постала јавна, ако треба да се реши, одлука се с делиберативном рационалношћу повезује у комуникацијску моћ. Без криза, у којима су у питању *програмске алтернативе, нема демократије и нема Европске Уније грађана, већ само још Европе политички владајуће класе и слободне трговине. Онај ко још нешто хоће да супротставе*

34 Вид.: Ronald Dworkin, *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt, Suhrkamp.

35 О ,,co-originality“ приватне и јавне аутономије: J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992.

36 О томе: Ingeborg Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992; Friedrich Müller, *Wer ist das Volk? Eine Grundfrage der Demokratie. Elemente einer Verfassungstheorie VI,* Berlin, Duncker & Humblot, 1997; Hauke Brunkhorst, *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 2002; али такође: Hannah Arendt, *Über die Revolution*, München, Hanser, 1974, 191, 193.

Тонију Блеру и владама придруженим последњим проширењем, министарским управама и уставним судовима, о чијем елитистичком „савезу“ сањају конзервативни немачки теоретичари државног права попут Кирхофа и Дифабија, сада мора ставити све на карту потпуне парламентаризације Уније, а то значи на остваривање подједнаке изворности оба извора легитимације права. Пошто Европска Унија нема државну егзекутиву, а ни изграђен судски систем, потребан јој је демократски парламент, друкчији од међународних организација као што су Светска трговинска организација или Савет безбедности, а не поданички парламент пред којим се дотични председавајући Савета може инсценирати као какав парламентарно неодговорни монарх.

С немачког рукописа превео Данило Н. Баста

Hauke Brunkhorst

DEMOCRACY TAKEN SERIOUSLY
Europe after the failure of the Constitution

Summary

Legitimacy crisis is inherent to the elitist model of enacting Constitution of the European Union (Union), but it has clearly manifested itself and culminated for the first time in French and Dutch ,,no“ on referenda held over Draft Constitution.

Problem of the legitimacy crisis witin the process of drafting European Constitution stems from the lack of serious approach to democracy. Constitutional action has not come from ,,grassrots“, based on revolutionary principles of democratic solidarity of European citizens, but from ,,above“ – on the basis of bureucratic agreements hammered between European political elites. Process of constitutionalization – through a long streak of interstate agreements (Rome, Maastricht, Amstardam, Nice) and finally through the Draft Constitution – has created a ,,constitution for the ruling class“ (European political, economic, administrative and media elite), instad of ,,constitution for the people“ (egalitarian constitution for European citizens). The only exception to the above mentioned elitist concept is built into the part dealing with individual rights of the European citizens.

The fact that the the ratification of the Draft Constitution has been put on hold does not meant that European Univin is without Consittution. First justification of this contention has alrady been mentioned: process of constitutionalization has been in motion from the very first day of inception

of the Union. The second reason is also implied: original legitivacy of the Consittution, which exists on the level of subjective rights of European citizens, favors the view that disintegration of European Constitution would need approval of all citizens of Europe. Therefore, lack of ratification of ,,member-states“ does not amount to disintegration of the Constitution, but does mean that the democratic European public has protested against the deficit of democratic legitimacy within institutional and political order of the Union.

Basis of legitimacy of ,,no“ answers and of that public critique is also very problematic to a certain degree. Namely, new Constitution has trailed and promoted great democratic gains made in defence of the rights of citizens and of private autonomy, and ,,no“ answers of the referenda (justified in its stand against global neoliberal political program and its influence on European order) still mean that there is a tendecy to neglect successes of citizens' legitimacy, which reach farther than neoliberal reduction of freedom and autonomy to particular economic interests.

Keywords: *European Constitution. – Democratic revolutionary constitution. – Rule of law. – Constitutionalism. – Elitist constitutionalism. – ,,direct effect“. – Crisis of democratic legitimacy.*

УДК 343.9
343.232

Драган Миловановић

ПРАВНА ДЕФИНИЦИЈА ЗЛОЧИНА И ЈЕДАН АЛТЕРНАТИВНИ ПОГЛЕД*

У првом делу рада аутор критикује, као ограничену и превише формалистичку, једну од најпознатијих дефиниција злочина коју је пре више од пола столећа дао амерички криминолог Тапан. Он изједначава злочин са кривичним делом као правном категоријом. Седамдесетих година прошлог века, брачни пар Швендингер одређује злочин као повреду основних људских права и утире пут многим алтернативним дефиницијама злочина. Једна од данас најутицајнијих је „конститутивна дефиниција", коју су дали Стјуарт Хенри и Драган Миловановић.

По њима, постоје две врсте злочина, већ према томе да ли подређено лице губи неке квалитете битне за његов постојећи статус (злочини редукције) или се онемогућава да заузме жељену позицију у друштву (злочини репресије). Овако одређен, појам злочина омогућава да се предмет криминологије битно прошири на сва дела којима се наноси повреда другоме у најширем смислу.

Кључне речи: *Злочин. – Повреда. – Редукција. – Репресија. – Деградација. – Дискриминација.*

УВОД

У класичном чланку „Ко је криминалац?" који је написао 1947. године, Пол Тапан је дао правну дефиницију злочина:

„Злочин је намерни чин којим се крше норме кривичног права (законског и прецендентног), који је извршен тако да нема основа који искључују постојање дела или кривичне одговорности

* Припремио за објављивање проф. др Ђорђе Игњатовић. Превод: мр Гордана Залад, Факултет политичких наука и др Ђорђе Игњатовић, Правни факултет.

и који се од стране државе кажњава као кривично дело или прекршај“ (Тапан у Ланијер и Хенри, 2001:31).

У међувремену, написано је много критика о његовом приступу. Најважнија замерка овој дефиницији била је да је сувише ограничена. Укључивала је само злочине које је дефинисала држава. Затим, размишљања о злочину ограничавала је само на она дела чији су учиниоци били ,,правно“ криви. Криминолози се при конструисању теорија о злочину нису бавили фактичким кривцима. Била је потребна алтернатива, а први значајнији допринос у том правцу дали су Швендингер и Швендингерова 1970. године, у свом тексту ,,Браниоци реда? Или Чувари људских права?“ После овог важног чланка, појавило се још неколико (видети Ланијер и Хенри 2001. године). Ми (Хенри и Миловановић, 1996) смо развили ,,конститутивну дефиницију“ злочина. Увидели смо ограничења Тапановог оригиналног рада, као и важност алтернативе брачног пара Швендингер. Желели смо да развијемо више социолошку дефиницију злочина која би укључивала све његове облике. Тако смо од 1996. године заједно написали неколико поглавља и есеја о алтернативној дефиницији злочина. У овом кратком раду изнећемо неке од најважнијих елемената наше теорије.

Најпре ћемо објаснити елементе ,,правне дефиниције злочина“ у контексту америчке праксе. Затим ћемо укратко резимирати алтернативну дефиницију Швендингерових (1970/2001). На крају ћемо објаснити конститутивну одредбу злочина.

ПРАВНА ДЕФИНИЦИЈА

Правна дефиниција злочина била је основа конвенцијалне мисли у криминологији. Она каже да су ,,злочинци само они који су таквим проглашени од стране суда“ (Тапан, 2001). Ово је познато као ,,кривица у правном смислу“[1]. Наравно да особу која изврши злочин, суд не мора да прогласи кривом. То се зове ,,фактичка кривица“. Криминолог који жели да проучава злочинца и да развије теорију криминалног понашања, омеђен је дефиницијом злочина у правном систему. Исто тако, ограничен је и одредбом појма злочинац.

Да погледамо детаљније правну дефиницију злочина. Анализираћемо посебно сваку њену компоненту. Тако:

1) ,,Злочин је намерни чин...“: у америчком правном систему постоји разлика између *mens rea* и *actus reas.* Да би неко био осуђен

1 У судској пракси у САД, човек мора од пороте бити проглашен ,,кривим изван сваке сумње“.

за кривично дело, држава мора да докаже постојање оба. Држава сноси терет да докаже кривицу изван сваке сумње. *Mens rea* представља свесну намеру. *Actus reas* представља само дело. У нашем систему права, неопходно је да човек има ,,намеру" да изврши кривично дело и мора да изврши то дело да би за њега био осуђен. Неопходно је постојање и једног и другог. Тако нека особа може имати намеру да изврши кривично дело (,,зле мисли"), али га не мора извршити. То није кривично дело. С друге стране, неко може ненамерно да повреди (,,*harm*") другог. То или смањује одговорност за дело, или потпуно ослобађа, на пример ако се ради о лудилу, принуди или случају. У неким ситуацијама, међутим, као што је ,,поседовање алата за провалу", сама та чињеница основ је кажњивости за кривично дело. У другим случајевима, где особа планира кривично дело, па учини један корак ка злочину, иако га не изврши, може бити оптужена за кривично дело. Пример за то су случајеви завере.

У америчкој пракси владини и полицијски органи, у намери да контролишу криминалитет, примењивали су ,,операције провоцирања". Полиција води истрагу и наводи људе да изврше кривично дело. Њени припадници тако могу нудити дрогу на продају, да се преруше у проститутке или да нуде украдену робу на продају и чекају да виде ко ће извршити кривично дело.

2) ,,или пропуштање": нормално, уколико грађанин не пријави кривично дело, чак и ако га посматра, не може бити осуђен за кривично дело. Ми немамо ,,добре самарићанске законе". Особа најчешће нема обавезу да помогне другој коју је напао криминалац. Истина, има изузетака. Ако је неко обавезан да помаже другима – лекар, службеник у старачком дому, родитељ – и не чини ништа када дође до опасне ситуације, или су његове услуге неопходне, онда он може да буде оптужен за кривично дело уколико је особа у његовој надлежности повређена. Али, уопштено, у америчком правном систему човек не мора да помаже особи према којој се врши неко кривично дело. У праву многих европских земаља је другачије.

3) ,,повреда норми кривичног права"...: пре него што полиција поднесе кривичну пријаву и ухапси некога, мора постојати одређена норма садржана у кривичном закону одређене државе или федералне власти. Уколико му обележја нису одређена у закону, онда то није кривично дело. Кажњивост се не може заснивати на сличности дела са кривичним делом наведеним у тим законима. Да би постојало кривично дело, одређена радња мора бити дефинисана у свим елементима који ће се утврдити у поступку. Ако, на пример, једна особа убије другу, а ,,намера" се не може доказати, онда се можда може покушати са доказивањем ,,нехата"

(убиство из нехата или на мах), али онда ће одговорност учиниоца бити смањена.

4) ,,(законско или прецедентно право)“: ,,Законско право“ у правном систему САД означава прописе које су изгласала законодавна тела и који су уврштени у кривичне законе држава или федерални кривични закон. ,,Прецедентно право“ се ослања на начин на који судије тумаче закон. Када се закон једном примени, постаје основа за правне одлуке у будућим случајевима. Ово је познато као ,,*stare decisis*“ (право које се заснива на прецедентима).

5) ,,извршен тако да нема основа које искључују постојање дела или кривичне одговорности“: амерички правни систем познаје такве основе – на пример одбрана да је извршилац дела био неурачунљив или је поступао нехатно. ,,Непознавање закона“, уопштено говорећи, није такав основ. Ови основи могу указивати да особа која је дело извршила није поступала умишљајно, а у неким случајевима, да је деловала без икакве намере. Укратко, није било ,,*mens rea*“. Један основ искључења је ,,хватање у замку“. Полиција је била претерано ажурна у покушају да наведе неку особу да изврши деликт, па је суд признао да ,,план“ и ,,намера“ да се учини кривично дело не може да се припише особи која га је извршила. Другим речима, зла намера је више била на страни полиције. Занимљиво, Врховни суд САД сматра да порота може узети у обзир то што је особа која је била ,,наведена у замку“ имала ранији криминални досије[2].

6) ,,и кажњив од стране државе као кривично дело или као прекршај“: у правном систему САД нека радња може се сматрати ,,криминалном“ ако је таква одређена од стране законодаваца и сврстана у кривични закон као забрањена. ,,Кривично дело“ је било које дело које се кажњава казном од годину дана или дуже, и то време мора да се проведе у казненом заводу. ,,Прекршај“ је било које дело које се кажњава казном краћом од годину дана и то време се проводи у локалним затворима. У њима су, поред осуђеника којима је за кривично дело изречена казна краћа од године дана, смештена притворена лица која чекају суђење или да буду послата у казнени завод[3].

Укратко, правна дефиниција злочина базира се на формалним елементима дела. Понудићу вам кратак критички коментар. Прво, процес којим се неко дело дефинише као кривично је поли-

2 Оптужени може да се позове на ,,нужну одбрану“, коју познаје више од 2/3 држава. Уколико судија дозволи одбрану, оптужени мора да докаже да је извршио кривично дело да би спречио неко теже иманентно кривично дело.

3 Тренутно, у америчким казненим установама има преко 2,1 милион осуђеника. Још пет милиона лица су под неком врстом надзора (нпр. пробација, условни отпуст затвореника).

тички. Политички процес је и онај у коме се одређују случајеви искључења дела и одговорности учиниоца. На пример, у крајњем случају, размотримо „живот у гету“ као основ за искључење дела, одн. одговорности. Јасно је да ће моћне елите уверавати како се такво нешто не може прихватити. Јер, ако бисмо то урадили, у разматрање би дошла и питања о природи политичко-економског поретка – доступност послова, дискриминација, животне шансе, лоше медицинске, школске и правне услуге за сиромашне, итд[4]. У екстремном случају, узмимо да се појави случај диктатуре у неком друштву, а ми као криминолози једноставно прихватимо правну дефиницију злочина према којој одређујемо наше теорије криминалног понашања. Друго, узмите у обзир да су већина законодаваца по вокацији правници. Читав процес дефинисања кривичног дела је правни. Социолошка разматрања су тиме битно ограничена.

Чак и када је доказни материјал који се износи неоспоран, као при примени смртне казне у случају Меклески против Кемпа (1987), Врховни суд САД поново прибегава правним аргументима. И поред тога што је виши суд прибавио велики број најбољих статистичких података (Балдусова студија) који су показали да се оптуженим црнцима за исто кривично дело много чешће изриче смртна казна у поређењу са оптуженим белцима, Врховни суд САД једноставно каже да чак и ако статистика доказује такав шаблон, у конкретном случају Меклескијеве жалбе, овај мора изричито да докаже да је био жртва дискриминације. Укратко, судови следе правне аргументе, а не социолошке.

КОНСТИТУТИВНА ДЕФИНИЦИЈА

Незадовољни ограничењима која је садржавала правна дефиниција злочина, Стјуарт Хенри и ја смо (1996) одлучили да понудимо једну алтернативну дефиницију злочина. Биле су нам потребне нове визије о томе како дефинисати злочин у смислу повреде („*harm*“) другог.

Дефиниција злочина као повреде коју су установили Швендингер и Швендингерова (2001) била је напредак. Она гласи: „Било која особа, друштвени систем, или друштвени однос који негирају или укидају основна права, сматрају се криминалним“. „Основна права тичу се права на расну, полну и економску једнакост“. Она

4 Није тешко уочити разлику између кривичног и грађанског поступка. У грађанској парници тужени може дати „изјаву о сагласности“ која значи: „Престаћу да радим оно за шта ме оптужујете, иако се не слажем с тим“. Замислите на тренутак, по прицинпу формалне једнакости, како би изгледало када бисмо у кривичном поступку оптуженом из ниже класе дали исту правну привилегију?

су „основна“ зато што „је толико много уложено у њихово признавање“. Даље, „појединци који не признају ова права другима – су криминалци“, а „исто тако, друштвени односи и друштвени системи који редовно укидају та права– такође су криминални“[5]. Када је написана, ова дефиниција је представљала изјаву против рата у Вијетнаму и ускоро је постала лакмусов тест за све оне који желе да се прикључе алтернативним становиштима. Она је увелико проширила дискусију и довела у питање легитимност правне дефиниције злочина. Криминолози који су ову другу прихватали беспоговорно, и на њој развијали теорије, ризиковали су да буду проглашени државним лакејима.

Да се сада вратимо на наш допринос овој расправи.[6] За почетак, треба да дефинишемо „повреду“ на свеобухватнији начин. Повреда (злочин) може да се дефинише као „израз енергије агента/агенције да нешто учини другом, ко се томе не може одупрети јер је у том тренутку беспомоћан да одржи или искаже своју људскост.“ Другим речима, ради се о демонстрацији моћи према другој особи, а без икаквог њеног значајнијег супротстављања. Под „агенцијом“ подразумевамо оне субјекте који улажу енергију (прекомерна примена) у негирању других помоћу дела редукције и репресије.“ Агенти (и агенције) могу бити: људска бића, друштвени идентитети (жене, мушкарци), разне групе (етничке, расне, итд.), политичке партије, друштвене и културне институције, агенти друштвене контроле (полиција), правни апарат (правни систем и његови закони), држава (и њени разни органи).[7]

Постоје два облика повреде – злочини редукције и злочини репресије:

(1) Злочини редукције „настају када повређена страна доживљава губитак неког квалитета битног за њен постојећи статус“. Они настају „када је особа ускраћена у једној или више димензија од којих је свака понаособ друштвено конституисана и према томе

5 Они даље кажу: „сва људска бића треба да имају могућност за слободан развој својих потенцијала ... Свим особама морају се гарантовати основне животне потребе, укључујући храну, дом, одећу, медицинске услуге, посао и рекреацију, као и заштиту од разбојника и репресивних или империјалистичких друштвених елита.“ Укратко, „ове материјалне потребе, основне услуге и пријатности, не треба да се схвате као награде или привилегије. То су права!“

6 Одломци из: Хенри и Миловановић: „Конститутивна криминологија“ (1996); Миловановић и Хенри: „Конститутивне дефиниције кривичног дела“, у Хенри и Ланијер: „Шта је кривично дело?“ (2001).

7 Апстрактно говорећи, они такође укључују COREL сетове, историјске конфигурације релативно аутономних парова понављајућих кругова који се „разликују по свом ефекту у времену, месту и начину.“ COREL сетови, извучени из теорије хаоса, представљају начин на који се различите институције у друштву међусобно повезују, утичући диференцијално и нелинеарно једни на друге у одређеном историјском тренутку.

подложна културним и променама кроз време.“ Другим речима, злочин редукције настаје када је лице на неки начин ускраћено (тј. да због нанете повреде буде обогаљено, тако да од људског бића са свим функцијама постане нешто мање од тога; да се од актера претвори у пасивни објект који трпи; од могућности да се супротстави до одбијања таквог права; од права да говори против државе до ускраћивања права да критикује, итд.).[8]

(2) Злочини репресије ,,настају када се повређеном субјекту одреди лимит или ограничење које га спречава да постигне жељену позицију или статус“. ,,Извршиоци таквих дела срозавају позицију лица или групе, или им ускраћују могућност да одрже позицију коју желе, иако пасивни субјекти тиме не угрожавају грађанска права и позицију других појединаца и група“. Узмимо, на пример, студију Швендингера и Швендингерове и Абрахам Маслововљеву хуманистичку психологију и идеју о оставаривању потенцијала (самоостварење). Ако су потиснути од стране лица, друштвених система или друштвених односа, они се могу сматрати злочинима репресије. Узмимо на пример расизам, сексизам, узрасну дискриминацију, итд. Уз то, ако капиталистички систем ускраћује великом проценту својих грађана пристојну зараду и животне услове, ако систематски одржава висок проценат мањина у сиромаштву, ако успостави препреке извесним групама у њиховој могућности самоостварења, може се сматрати генератором злочина репресије.

Узмимо, на пример, Џонсоново и Лејтоново (1995) темељно истраживање статистике које показује системски раширену репресију сиромашних црнаца у САД. На пример, њихови статистички подаци показују несразмерно високу смртност сиромашних младих црнаца. Студија показује једну врсту ,,геноцида над црнцима“ који постоји у САД, чак иако се тако службено не назива. Ако се може доказати геноцид, било да се приписује појединцу, држави или друштвеном систему, онда се може сматрати злочином репресије.

Повреда, пре него сама промена, креће се у кругу од пет фактора: 1) ,,да ли лице (ентитет) које подноси промену то види као губитак“; 2) ,,да ли је особа (ентитет) потпуно слободна да се супротстави примени моћи која је одговорна за увођење редукције“; 3) ,,да ли су слободни да је одбију“; 4) ,,да ли њихово одбијање може да спречи увођење редукције“; 5) ,,да ли је промена... изведена кроз процес свесног активног учешћа свих оних које та промена погађа.“

Због тога ми концептуализујемо појам злочина на следећи начин:

8 За суптилније облике расизма у САД који се могу сматрати злочинима редукције, погледати студију Драгана Миловановића и Катарине Расел (2001) о ,,малом апартхејду.“

,,Повреде или злочини су изрази примене моћи (прекомерна употреба од стране једног или више органа принуде) према другим лицима, која су у моменту те примене (било да је тренутна или протегнута кроз време), беспомоћна да то стање промене. Злочин је, дакле, одузимање нечије људскости. У тренутку његовог извршења жртва се сматра за не-биће, непотпуно људско биће, које није у могућности да промени ситуацију“.

Укратко, наша дефиниција се односи на могућност промене. Када се према другом примењује моћ, а он ништа не може да промени, то лице је објекат повреде или злочина. У овом положају биће постаје не-биће, некомплетно људско биће, биће које не може да се супротстави. ,,Злочини нису ништа друго до моменти у којима се показује моћ, тако да они који су сведени на објекат, нису у могућности да учествују у сукобу (често ни у будућим сукобима), њима се негира вредност. Злочин је моћ да се другима ускрати могућност да остваре промене.“

,,Криминалац“ (агент) је особа која ,,прекомерно употребљава моћ“ да би доминирала. Он друге деградира делима редукције или репресије. Другим речима, прекомерно коришћење моћи је основни елеменат у дефинисању ,,криминалца“ (агента или агенције). Наравно, у нашој дефиницији је имплицитна визија људског друштва у коме се моћ не дистрибуира на начин да људска бића буду потчињена.

ЗАКЉУЧАК

Прихватити правну дефиницију злочина значи бити заробљен државном, политички вођеном и правно диктираном логиком. Истраживање које је више социолошки усмерено, узеће у обзир шире разумевање овог појма који се означава као ,,повреда“. Швендингер и Швендингерова су започели ово свеобухватније схватање. Наша конститутивна дефиниција нуди продубљивање ове анализе, тако да се ми као криминолози не ограничавамо на арбитрарне категорије у конструисању појма злочина.

ЛИТЕРАТУРА

Henry, Stuart and Mark Lanier, 2001: *What is Crime?* New York: Rowman and Littlefield Publishers, Inc.

Henry, Stuart and Dragan Milovanovic, 1996: *Constitutive Criminology*. New York: Sage Publications.

Johnson, Robert and Paul Leighton, 1995: ,,Black Genocide? Preliminary Thoughts on the Plight of America's Poor Black Men.“ *Journal of African American Men*, 1(2): 3.

McCleskey v. Kemp, 481 U.S. 279 (1987).

Milovanovic, Dragan and Stuart Henry, 2001: ,,Constitutive Definition of Crime: Power as Harm,“ In Stuart Henry and Mark Lanier (eds.), *What is Crime?* New York: Rowman and Littlefield Publishers, Inc., pp. 165–178.

Milovanovic, Dragan and Katheryn Russell, 2001: *Petit Apartheid in the U.S. Criminal Justice System*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.

Schwendinger, Herman and Julia Schwendinger, 2001: ,,Defenders of Order or Guardians of Human Rights?“ In Stuart Henry and Mark Lanier (eds.), *What is Crime?* New York: Rowman and Littlefield Publishers, Inc.

Tappan, Paul, 2001: ,,Who is the Criminal?“ In Stuart Henry and Mark Lanier (eds.), *What is Crime?* New York: Rowman and Littlefield Publishers, Inc., pp. 27–36.

Dragan Milovanović

LEGAL DEFINITION OF CRIME AND AN ALTERNATIVE VIEW

Summary

In the first part of the paper, author addresses one of the most famous definititons of crime given almost half a century ago by American criminologist Tapan, and criticizes it for being restrictive and overtly formalistic. Tapan equals crime with criminal offence, understood as legal category. In the seventies, Schwedingers have defined crime as a breach of basic human rights and have laid a foundation stone for many alternative definitions of the crime. One of the most influential ones at present is the ,,constitutive definition“ given by Stewart Henry and Dragan Milovanovic

According to this definition, there are two types of crime, depending on whether the injured person loses certain qualities important for its present status (reduction crimes) or is prevented from achieving desired position in the society (repression crimes). This definition of the crime enables to broaden the scope of criminology to all actions which injure somebody else, where 'injury' is understood in the broadest sense.

Keywords: *Crime. – Injury. – Reduction. – Repression. – Degradation. – Discrimination.*

УДК 321.7
316.334.3
340.12

Војислав Становчић

ДЕМОКРАТИЈА И ВЛАДАВИНА ПРАВА

У раду се најпре приказује како су две идеје које имају веома дугу историју – демократија и владавина права – у модерној европској историји постале темељ западноевропске цивилизације. Указује се на тражење начина њихове одговарајуће институционализације у политичким и правним системима, али и да поред велике пожељности њихове синтезе, међу њима постоје и велике противречности. У односу политичке воље и права током историје, политичка воља и сила је превладавала и уз ретке добре изузетке право је третирано као пуко средство заповедања и саопштавања шта од поданика траже властодршци, с мало спремности и воље да се они потчине правилима која за друге праве и кодификују. Јудејска и западноевропска цивилизација прокламовале су супериорност правила над сваком политичком вољом, односно влашћу. „Владавини права (закона) а не људи“ била је једна од девиза конституционализма као учења и покрета да се свака власт ограничи и сведе у разумом прихватљиве границе. Једна од поставки овог рада је да се ово мора односити и на вољу већине, односно демократију, а то отвара бројна питања која се разматрају.

Други део рада показује колико су значајни политички и правни мислиоци од најстаријих времена до данас били скептични и критични према демократији схваћеној буквално у етимолошком смислу као „владавина народа“, или технички као, „владавина већине“. Фактички се увек, па и у демократијама, већ из техничких разлога радило о владавинама мањина. Али ограниченост би била нужна и када би се радило о фактичкој владавини већине. Зато је нужно и у демократском облику власти са широком изборном основом сузити улогу ad hoc политичке воље и обавезати је да се у деловању подвргава умним правилима око којих би постојао шири консензус и која би као елеменат владавине права била саставни део устава и правног система. У тим оквирима свакој власти биле би постављене уставне и правне границе које би према схватању великих мислилаца биле одређене циљевима и вредностима ради којих се успостављају владе међу људима, човековим правима и слободама, организационим начелима поделе власти и узајамне контроле њених грана, аутономијом друштвених чинилаца и индивидуа. Права мањина се третирају као коректив владавине већине. Наводи се доста примера и ставова славних имена, као и аргумената којима је

неограничена владавина већине квалификована као потенцијална тиранија већине и као могући најгори политички облик.

У трећем делу наводи се низ тешкоћа које би требало савладати, нарочито у земљама које су оптерећене наслеђем ауторитарних система и тешким садашњим друштвеним условима, као и шта би требало у области институција и односа учинити да се постигне пожељна синтеза владавине правила и у оквиру њима одређеним слободама, вредности, институција и поступцима да се одвија демократска владавина људи.

Кључне речи: *Темељи западноевропске цивилизације. – Политичка воља vs. право. – Конституционализам. – Тиранија већине. – Права мањина. – Човекова права и слободе. – Подела власти.*

1. КАКО УМНИМ ПРАВИЛИМА УМЕРИТИ ВЛАДАВИНУ ВЕЋИНЕ

Идеја о владавини права је врло стара, али је западноевропска цивилизација једна од врло ретких за коју се сматра да ту идеју има у својим темељима. Додуше, све цивилизације почивају на извесним нормама, које су у прадавним временима најпре биле верске и обичајно-моралне, а у каснијем развитку правне природе, мада је и улога других нормативних поредака остала изузетно значајна. Давно је изражено и гледиште да је можда највећи и најзначајнији од свих изума људске врсте морално-правни закон, тј. санкционисано правило понашања (у значењу какво је имала браманска и будистичка *dharma* или грчки *номос* ᾰόμος).[1] Међутим, у односу политичке воље и права, политичка воља је превладавала и право узимала као средство саопштавања шта од поданика тражи. Рекли бисмо да су само јудејска и западноевропска цивилизација прокламовале супериорност правила над сваком политичком вољом, односно влашћу. Сматрамо да се ово мора односити и на вољу већине, односно демократију, али ово отвара бројна питања.

Овим прилогом желимо да скренемо пажњу на (1) претерано поједностављивање с којим се сусрећемо кад се претпоставља да је демократија „владавина већине“ и *a priori* добар или апсолутно и увек најбољи облик владе; (2) на огроман значај идеје о владавини права (закона) а не људи, која је једна од девиза конституционализма као учења и покрета да се свака власт ограничи и сведе у разумом прихватљиве границе; (3) на поједностављено тумачење да се владавина права или правна држава састоје у спровођењу у

1 Више о томе писали смо у раду „Улога норми и нормативних поредака у историји цивилизација“, који ће бити објављен у *ГЛАСУ* CCCXCIV Одељења друштвених наука, књ. 30, Београд, САНУ, 2005.

датој држави правно важећих закона, без обзира на њихову садржину; и (4) на неке елементе који би се морали развити како би се садржина права (закона) и саме демократије приближила ономе што се теоријски претпоставља да ови облици представљају и значе.

Арнолд Тојнби је у свом познатом *Истраживању историје* обухватио двадесетак цивилизација.[2] Том броју је у XX веку додата и тзв. демократска цивилизација[3], под којом се, могло би се рећи, данас подразумева западноевропска или северноатлантска. Та цивилизација је више него било која претходна почивала на прокламовању и настојању да се оствари идеја о владавини права (the Rule of Law у англосаксонској теорији и пракси, а као ,,правна држава", Rechtsstaat, у Немачкој).[4] Идеја о владавини закона, а не људи, заступана је у западноевропској правној и политичкој теорији знатно пре него идеја демократије. Заправо, идеја о владавини закона преузета је из Старог завета, а у западноевропску мисао стигла је посредством хришћанства. Неке идеје о владавини закона, а не људи, преузете су и од римских правника упоредо с рецепцијом неких правила римског права која су могла задовољити потребе правног промета у току развијања градова и трговине у северној Италији и деловима западне Европе. Ми на другом месту пишемо о Платону, Аристотелу и Цицерону, као о родоначелницима теорије о владавини права.[5] Неки писци који су се бавили владавином

2 Arnold Toynbee, *A Study of History*, Oxford – London, Oxford University Press, 1934–61, 12 volumes. Види: Арнолд Тојнби, *Истраживање историје*, I-II, Просвета, Београд, 1970; избор направио и предговор ,,О Арнолду Тојнбију као социологу" написао Радомир Лукић; на српски превео и поговор ,,Ка разумевању Тојнбијеве филозофије историје" написао Миодраг Лукић; на крају овога издања је и додатак Д. К. Сомервела ,,Истраживање историје (извод)". Упореди и Арнолд Тојнби, *Проучавање историје*, извод из књига I-VI, Службени лист – ЦИД, Београд – Подгорица, 2002; ово издање је једна врста резимеа који је сачинио Д.Ч. Сомервел, а Тојнби ауторизовао; поговор ,,Тојнбијево истраживање друштва кроз историју" написала је Смиља Тартаља, а рад је превео Ђурица Крстић; на крају овог издања додато је око 60 страница интервјуа (разговора) Арнолда Тојнбија са Ц. Р. Урбаном (превео Данило Егеља). Тојнбијев рад садржи обиље пажљиво одабраних и приказаних чињеница, и полази од претпоставке о цикличности процеса рађања, опадања и нестајања двадесетак цивилизација (он на једном месту каже да обухвата 21, али се може набројати више и неки наводе 26, број је споран и релативан, јер поједине цивилизације имају своје изданке и питање је да ли их третирати као једну или две цивилизације). Рад је изазвао више контроверзи и био је предмет низа расправа. Ту је изложена филозофија историје у којој аутор комбинује хипотезе о цикличком и линеарном развитку људских друштава.

3 Leslie Lipson, *The Democratic Civilization*, New York, Oxford University Press, 1964.

4 Види: Danilo Basta (ур.), *Pravna država* – poreklo i budućnost jedne ideje, Pravni fakultet, Beograd i Nemački kulturni centar, 1991; и Danilo Basta, *Neodoljiva privlačnost istorije*, CUPS, Beograd, 1999, нарочито ,,Šta nije pravna država" и ,,Слабости демократије".

5 В. опширније у нашем раду ,,Preteče ideje o vladavini prava: Platon – Aristotel – Ciceron", *Архив за правне и друштвене науке*, 1986, 3–4.

права, а делимично и њеном историјом, кад би дошли до Цицерона, нису ишли до великих грчких филозофа Платона и Аристотела, који су ту идеју заступали (Платон након рђавих искустава с применом идеје „филозофа-управљача“, као и сазнања о природи људи и жуђње за влашћу, што је у његовом зрелом добу дошло до изражаја у *Законима*, а Аристотел, као Платонов настављач, и у овом питању престигао је свога учитеља). Није сасвим јасно зашто су они заобилажени.[6] Иако знатно касније, у оквирима западноевропске цивилизације прокламована је и демократија. Ова идеја и институције имају и дугу историју, па се њени почеци у античкој

6 Скрећемо пажњу читаоцима на два значајна аутора који су у нас преведени, и који су познавали и немачку и англосаксонску традицију и схватања о владавини права и демократији, а нису ишли до корена ове идеје, ни до Платона и Аристотела, нити до „Пет књига“ Мојсијевих, чије идеје стоје у темељима западноевропске цивилизације. Ради се о Францу Нојману и Фридриху фон Хајеку. В.: Franc Nojman, *Vladavina prava*, Politička teorija i pravni sistem u modernom društvu, Filip Višnjić, Beograd, 2002; превео Slobodan Divjak; са краћим предговором „Nojman i Frankfurtska škola“ који је написао Martin Džej. Нојман се позива барем на Цицерона и указује на пут којим је долазио његов утицај на модерну европску мисао (преко Томе Аквинског), а затим исцрпније прати развитак те мисли од појаве монархомаха у XVI до XX века. Хајек, осим до значајних идеја изнесених током Пуританске револуције у Енглеској, не улази дубље у даљу историју идеја о владавини закона. Али та идеја има суштински значај за његов „поредак слободе“ (овде не мислимо само на његову књигу), а интересантне су и значајне појединости које он износи о утицају мњења на понашања, одлуке, па чак и интересе, као и дистинкције између либералне и тоталитарне демократије, односно на антиподе демократији и либерализму (укратко: либерализам и тоталитаризам су неспојиви, док су демократија и тоталитаризам спојиви). Томе морамо додати и напомену да се идеја о тоталитарној демократији није први пут јавила после Другог светског рата (J. L. Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy,* London, 1952), него већ у почетку тридесетих година XX века (H. O. Ziegler, *Autoritärer oder totaler Staat,* Tübingen, 1932), тако да се упркос великом значају идеја и доприноса Хане Арент преувеличава значај њеног рада о тоталитаризму (Hannah Arendt, *The Burden of Our Time*, 1951; овом раду је у каснијим издањима промењен наслов у *The Origins of Totalitarianism,* New York, Harcourt and Brace) кад му се приписује пионирска улога у увођењу термина тоталитаризам. В. и Friedrich A. von Hayek, *Poredak slobode* (*Constitution of Liberty*), Global Book, Novi Sad, 1998; превео и „Pogovor“ (стр. 457–463) написао Илија Вујачић. Узевши његов рад у целини, Хајека су оштро критиковали и веома хвалили. Један писац је приметио да се и једно и друго практиковало с идеолошких позиција и да у његовом делу није било основа за критике којима је био изложен. Добио је Нобелову награду која, кад се ради о наградама за мир и књижевност, подлеже различитим критеријумима и није увек квалитет дела или постигнућа оно што има одлучујући утицај, али у наукама, па и у економским, то је обично мерило квалитета. О Хајековој политичкој филозофији, в. и Илија Вујачић, „Филозофија слободе Фридриха фон Хајека“ у Ilija Vujačić, *Politička teorija: Studije, portreti, rasprave* FPN-Čigoja, Beograd, 2002 (стр. 169–195). У раду *Право, законодавство и слобода* Хајек се осврће и на *Поредак слободе* напомињући шта би накнадно друкчије рекао, па препоручује читање *Поретка* пре књиге о праву, законодавству и слободи. Ова два дела дају његов целовит приступ проблемима које разматра. В.: Fridrih A. Hajek, *Pravo, zakonodavstvo i sloboda,* нови поглед на либералне принципе правде и политичке економије, Службени лист СРЈ – ЦИД, Београд – Подгорица, 2002; превео с енглеског Branimir Gligorić; поговор „Jedno stvaralaštvo kao međaš epohe“ (стр. 411–439) написао Ljubomir Madžar.

Грчкој не могу заобићи. Кад се идеја демократије хоће применити, поставља се питање какве јој институције одговарају. Све ово данас морамо посматрати у вези с владавином права која је, по нашем мишљењу, за друштвени напредак и положај човека у друштву важнија, иако је за исте циљеве и демократија веома важна.

Почетком XX века, демократија и владавина права се схватају као одређена процедура, а томе помаже и чињеница да је за примену начела владавине права веома важан ,,примерен законски поступак" (the due proces of law). Тиме се за демократију поставља, а и за владавину права се може поставити питање: да ли ове идеје имају своју суштину (есенцију) која би подразумевала кретање ка неком циљу (а то је веома спорно, да не кажемо одмах да је неприхватљиво за већину западноевропских и северноамеричких теоретичара умерене демократије и владавине права)[7], или се све своди само на поступке, процедуре, начине долажења до одлука о заједничком животу и одлука које се тичу права и правде. У сваком случају, поступци нису само остваривања идеје, него део ње саме од њеног зачетка.

Демократија је данас веома популарна, али није увек тако било. Популарност демократије почела је да расте уочи Другог светског рата, током и након тога рата, мада су схватања шта је демократија утолико више дивергирала уколико се повећавао број земаља које су желеле да се режим, какав год да су имале, назове демократским.[8] Међу идејама које су веома популарисане, а биле су међусобно супротстављене, јесу идеје ,,западне" и ,,источне"

7 Надовезујући се на ту традицију, као што се могло и очекивати, и устав Европске уније, који није онолико широко, колико се очекивало, прихваћен од грађана у државама те Уније, прокламује *владавину права* међу основним вредностима на којима се она заснива, а учињени су напори и да се обухвате нека начела и успостави институционална структура која би била примерена тој идеји. Пренебрегава се да постоје извесне противречности између владавине права и демократије о којима се мора водити рачуна и мора се пронаћи мера која би могла помирити владавину правила и владавину већине.

8 Многе разлике у схватању значења израза ,,демократија" које су веома старе, појачане су после Другог светског рата као резултат хладног рата. Карактер и степен разлика у поимању демократије и вишесмисленост израза показује и једна публикација УНЕСКО-а (*Democracy in a World of Tensions,* ed. by R. McKeon, Chicago, 1951). Тада је идеологија утицала на званичну политику и публицистику низа земаља, па се у њима инсистирало на економским и социјалним елементима демократије, а потискивани су и пренебрегавани или критиковани и забрањивани неки политички облици који се у теорији сматрају за саставне делове демократије. Ова подела је изгубила уверљивост и смисао још пре тзв. имплозије комунизма, а неке важне карактеристике и установе модерне демократије широко су признате као њени битни и неопходни елементи (као вишепартијски систем, слободни избори, слобода штампе и удруживања и др.). Требало би подвући да ово јесу неопходни, али не и довољни елементи за оно што се у теоријском смислу подразумева под демократијом као исправним обликом (Аристотел), ,,рационалном демократијом" (Ц. Ст. Мил) или уставном демократијом (Карл Фридрих). Тако остаје проблем значења самог појма, као и услова, утицаја окружења, институционалне организације и самог присуства и функционисања демократије у пракси.

демократије (о којима је писао D. W. Brogan), класичне плуралистичке (вишепартијске) и ,,народне" једнопартијске, као и процедуралне насупрот есенцијалистички схваћеним (које морају постићи одређене циљеве који су још од XIX века обично изједначавани, најпре са економском, па социјалном, и на крају, негде са социјалистичком, а негде са индустријском демократијом). А како је улога САД у европским и светским питањима расла од Другог светског рата и ,,Атлантске повеље" (1941), све више се писало и говорило и о ,,америчкој демократији".

Да није увек тако било ни у Америци, подсетићемо да се у Филаделфији 1787. године састала Америчка уставотворна скупштина (конвенција) састављена од изабраних делегата 13 држава (мада нису сви присуствовали). Први говорник, међу најутицајнијим делегатима, поред Џорџа Вашингтона, био је гувернер Вирџиније Едмунд Рандолф (Randolph, 1753–1813). Он је отворио рад Скупштине, а прве његове речи биле су да све невоље у њиховим друштвима долазе од демократских елемената у њиховим уставима. Додуше, у Северној Америци је и пре Револуције и борбе за независност било оних који су се залагали за демократију (укључујући Томаса Џеферсона, Томаса Пејна, Џемса Вилсона). Тим путем касније је наставио председник САД Ендрју Џексон. Али, утицајни интелектуалци који су активно учествовали у припреми и извођењу револуционарне промене, као Бенџамин Франклин у Пенсилванији и Џон Адамс у Масачусетсу, били су критични према демократским идејама, али су оба потписници ,,Декларације независности", која је, у ствари, не само прокламовала човекова основна индивидуална природна права него и ,,владу по пристанку оних којима влада", с правом ових потоњих да смене или збаце владу и успоставе онакву каква ће им обезбедити сигурност и срећу. Може се рећи да ово подразумева демократију, али Франклин је пре Револуције сматрао да би било непримерено дати право гласа онима који немају имовине. Џон Адамс је и у време доношења устава, кад је био амбасадор САД у Лондону, и написао свој познати тротомни рад *У одбрану Устава Сједињених Америчких Држава*, био оштро против тога да већина контролише све три гране власти.[9] ,,Отац" америчког устава, Џемс Медисон (Madison, 1751–

9 John Adams, *A Defence of the Constitutions of Government of the United States of America* (првобитно објављено у Лондону, 1787–1788), reprint New York, Da Capo Press, 1971, vol. I-III. Адамс је сматрао да би последице биле катастрофалне и помало је увеличавао шта би све већина урадила ако би јој припала сва власт. Очекивао је да би најпре укинула дугове, наметнула тешке порезе на богате, а не на све остале и на крају изгласала једнаку расподелу свега што би било тражено. Рандолф је изражавао распрострањено расположење поседничких слојева и интелектуалаца, а сам је био присталица ,,права држава" и индивидуалних права грађана. Пошто ова нису била укључена у Устав САД, направљен 1787 (унета су тек 1791. путем првих десет амандмана, познатих као Bill of Rights) Рандолф није ни потписао текст Устава, али је касније допринео да буде ратификован и одиграо је значајну улогу

1836), који је био водећа личност и током израде устава и у борби за уставне амандмане којима су загарантована људска права, писао је у *Федералистичким списима*[10] о опасности тираније већине и тиме обновио расправе о једној теми коју је започео Аристотел, а после Медисона наставили Алексис де Токвил (Tocqueville, 1805–1859), Џон Стјуарт Мил (Mill, 1806–1873) и други.[11] Бенжамен Констан, мислилац либералне оријентације, био је такође скеп-

---

у првим годинама нове федерације. Али опште право гласа за пунолетне мушкарце беле расе било је у САД уведено тек уочи грађанског рата (1860).

10 Види: Hamilton, Medison, Džej, *Federalistički spisi* (1787–8), Beograd, *Radnička štampa*, 1981; превео и напомене написао Војислав Коштуница; Уводну студију ,,О карактеру и политичким идејама *Федералистичких списа*" (стр. 7–189) написао Војислав Становчић.

11 В.: Kosta Čavoški, *Mogućnosti slobode u demokratiji,* Београд, 1981; Војислав Коштуница, *Угрожена слобода*, Београд, Институт за филозофију и друштвену теорију и Филип Вишњић, 2002 (радови у овој књизи написани су раније, а први, који се односи на проблем тираније већине, објављен је 1978; писани су у надахнућу идејом слободе и са концепцијама једног броја озбиљних мислилаца либералне оријентације, али и неких који се по значају својих идеја морају укључити (као Русо), па и кад из њихових концепција могу проистећи друкчије последице, поготову кад се неке њихове концепције прихвате као идеологије. У овом потоњем раду истиче се да је слобода током историје највише била угрожавана од појединаца и мањих група, њихове тираније, деспотизма, различитих диктатура, али да слобода може бити угрожена и од демократије. То је ,,тиранија већине", категорија којој је велику пажњу поклонио Алексис де Токвил у делу *Демократија у Америци* (т. I, 1835; т. II, 1840) које га је учинило славним. Њему се наметнуло питање да ли је могућа слобода у демократији (којим се у нас поред Коштунице бавио и Коста Чавошки). Од Токвила је ову идеју преузео и Џон Стјуарт Мил. Наши читаоци сигурно знају да је Милов значајни оглед *О слободи* још 1868, девет година после енглеског издања, превео (и касније за једно издање предговор написао) кнежевић Петар I Карађорђевић и да је то дело имало утицаја на неке идеје пресађиване на наше тле у то време и мало касније. Демократија у то време није била популарна колико је данас. Амерички уставотворци и писци *Федералистичких списа* нису имали симпатија за демократију, него за републикански облик владе, а и Мил је следећи идеје Токвила разматрао разлике између праве и погрешне демократије, а да би квалификовао ону која би могла да заслужи подршку, писао је о рационалној демократији. Између Медисона и Токвила постоји значајна разлика у погледу схватања о тиранији већине на коју указује и Коштуница. Док Медисон третира проблем тираније политичке већине углавном као политички проблем у оквиру државних институција, Токвил тај проблем види као друштвени проблем, као тиранију друштвене већине, односно као тиранију друштва над појединцем. Токвил је као покретачко начело америчке демократије видео ,,једнакост услова", за које је сматрао да су спојиви и са слободом и са неслободом. Из ових рано запажених трендова развило се ,,масовно друштво" и медиокритетство под притиском тзв. јавног мњења. Назирање оваквих трендова је оно што је подстакло и Џ. Ст. Мила да о овим питањима покуша да дâ одговоре у огледима *О слободи* (1859) и *Разматрања о представничкој влади* (1861). Велики политички мислиоци, поред познатих опасности по слободу коју су угрожавали свемоћни појединци и мањине, опасности виде и у немоћи појединца у односу на свемоћну већину у савременом демократском поретку, а исто тако и у односу на свемоћ централизоване и бирократизоване државе. Демократија, дакле, може да угрози индивидуалну слободу уколико она није тако институционализована да обезбеди владавину права и уколико јој права и слободе човека нису основна полазна и обезбеђена вредност.

тичан према владавини већине, сматрајући да је човеку свеједно да ли живи под једним тиранином, или под тиранијом друштвене већине, масе, а да ово потоње може бити и горе него тиранија једног.

Уставна и либерална демократија, каква је после Медисонових, Токвилових и других упозорења издвајана међу неким другим облицима и развијана у политичкој теорији, није схватана као облик неограничене власти, па ни такве власти већине. У њој су права мањина, па и политичких и идеолошких неистомишљеника и противника, важна корекција права и власти већине (ово је нагласио већ Медисон). Та врста демократије такође се врши у складу с утврђеним правилима (уставним) и у интересу свих, а не само оних који власт међусобно деле и врше. Ако ова два услова нису испуњена, такву владавину већине су велики мислиоци и пре Токвила, као Аристотел и Хегел, називали врло пејоративним именима – мобократија или охлократија, а и Џеферсон је такав могући систем називао ,,изборним деспотизмом“.

Тачна је констатација Бертрана Расла да тек с Америчком револуцијом демократија почиње да постаје важна политичка сила.[12] У почетку америчког подухвата да се успостави нови облик власти, говорило се о облику уставом ограничене владе, која је називана и ,,слободна влада“ (free government), а још чешће ,,републиканска влада“ (у смислу римског ,,res publica“), што је значило изабрана, представничка, а Вилсон ју је назвао ,,конгресном владом“). Иако је Енглеска, односно Велика Британија била либерална држава и имала високе стандарде индивидуалних слобода и у великој мери независно судство, она не само што није била демократска држава него су и у њој значајни писци и интелектуалци зазирали од владавине већине.[13] Облици који се зову демократским,

12 B. Rasl, *Istorija zapadne filozofije,* Kosmos, Beograd, 1962, стр. 475 и 737.

13 Пре Закона о реформи из 1832, у Британији су титуларни поседници појединих замкова, макар ови били и у рушевинама, имали право да пошаљу једног или два посланика у Доњи дом, а Манчестер као милионски и индустријски град није имао право ни на једног посланика. Чувени писац огледа и један од првих бранилаца Макијавелија (да је неосновано оптуживан као да је малтене он узрок свих злочина које је описивао), а веома оштар критичар Франсиса Бекона, кога је оцрнио као морално недостојног оних похвала које су му одаване због његових научних домета, Томас Бабингтон Лорд Маколи је сматрао да је опште право гласа неспојиво не само с либералним обликом владе него с било којим обликом. Хегел је написао да ако планирана реформа парламента буде спроведена у Енглеској, то може бити катастрофа за ту државу (види: G. V. F. Hegel, ,,O engleskom predlogu zakona o izbornoj reformi“, u *Pravni i politički spisi*, Нолит, Београд, 1981, стр. 153–193). Реформа је спроведена (1832) годину дана након Хегелове смрти, а држава није доживела катастрофу него се том реформом није много ни изменила. Чак је и законом о реформи из 1867. Британија задржала имовински цензус као услов за бирачко право, а тек после Првог светског рата одрасли пунолетни мушкарци добили су право гласа (а жене тек 1928). Упркос томе што велики део народа није

данас су изузетно популарни и свугде се заговарају. Популарност овог облика нарочито је порасла америчким приклањањем тој идеји као идеалу и улози тога идеала у Другом светском рату. То се питање мора посматрати у оквиру односа и борбе између ауторитаризма и демократије, као и с обзиром на модерне политичке покрете и идеологије.

Не само да у почетку, приликом стварања САД, демократија није била толико популарна колико је данас, него су се све до тридесетих година XX века и Другог светског рата тражили други изрази, друкчије синтагме да се објасни карактер саме америчке владе. Вучина Васовић у одличним предговорима за наша издања два значајна дела о теорији и проблемима демократије, радовима Роберта Дала (Dahl) и Ђованија Сарторија (Sartori),[14] позивајући се на Дала каже да пре 1950. године демократска теорија није била фокус интересовања политичке науке ни у једној земљи и да синтагма „демократска теорија“ није ни постојала.[15]Уочи Другог светског рата нису постојале јасне представе шта тачно демократска доктрина укључује, а ситуација је налагала да се нагласе и неки елементи социјалне бриге, одговорности, па можда и контроле, али и благостања, које се тада прихватало као циљ чак и либералне демократије. Јер концепција „државе благостања“[16]најпре је најављена (Барбара Вутон) као супротстављање фашистичком и националсоцијалистичком, па и стаљинистичком глорификовању „др-

имао бирачко право, у Енглеској је био велики утицај либерала и либералних идеја, па се она могла сматрати за либералну државу. Међутим, и либерали као Џон Стјуарт Мил сматрали су да пре него што би успоставила демократију, Енглеска мора увести низ ограничења која би се односила на власт.

14 V. Robert Dal, *Demokratija i njeni kritičari,* CID, Podgorica, 1999, у преводу Ђурице Крстића и са студијским предговором Вучине Васовића „Dalova poliarhično-demokratska gramatika“; и Ђовани Sartori, *Demokratija – šta je to?* ЦИД, Подгорица, 1999; с италијанског превео Драган Мраовић, а предговор „Sartorijeva demokratska teorija“ написао Вучина Васовић.

15 Степен тачности ове на први поглед сумњиве тврдње можемо илустровати једним примером. Мајкл Оукшот, професор политичких доктрина на чувеној Лондонској школи за економске и политичке науке, објавио је 1939. године хрестоматију (зборник) изабраних текстова на тему *Социјалне и политичке доктрине савремене Европе* (Michael Oakeshott, *The Social and Political Doctrines of Contemporary Europe,* Cambridge, at the University Press, 1939, види стр. XV и 3). Тај зборник је тада и после Другог светског рата имао значајан утицај, јер је приказао основне изворе различитих учења која уочи Другог светског рата у Европи не само постоје него се сукобљавају, па се тај рат од Атлантске повеље (1941) почиње све више третирати као сукоб демократије и фашизма. Оукшот је на прво место ставио доктрину представничке демократије, а у свом крајњем уводу томе делу зборника каже да ће се многи питати зашто је део о демократији уопште укључио. Он ту констатује и да не зна ни за једно дело у којем би на систематичан начин било изложено учење о демократији као облику владе.

16 Види.: Vojislav Stanovčić, „Izvori teorija o 'državi blagostanja'“ [Поговор књизи] Silvester Zavadski, *Država blagostanja*, Radnička štampa, Beograd, 1975; стр. 251–285.

жаве моћи“ (Machtsstaat, Power-State) и схватању да је један од главних циљева државе да повећава своју властиту моћ.

При разматрању значаја, услова, претпоставки, могућности, путева, институционалних облика, као и тешкоћа и препрека успостављању демократске и правне државе, односно владавине права и демократије, велики значај имају и поучни су неки општи ставови класичне и модерне политичке и правне теорије и филозофије. То се нарочито односи на ставове и анализе о природи облика политичке власти, па и демократије, о односу власти и грађана, о карактеру и стварном домету појединих политичких, уставних, правних, али и друштвених и економских и других установа, као и на разматрања (пред)услова за успостављање и уживање грађанских права и слобода[17], као и за напредовање друштва. Но, још чешће долазе до изражаја идеолошке рационализације или апологије дате власти. Као што је писао Клаус фон Бајме, постоји јака тежња да се демократија третира као синоним за ,,добро, лепо и истинито у друштву“.[18] Заиста изгледа као да свако зове демократијом све што жели да подржи као систем политичких вредности и установа. При томе се често превиђају или испуштају из вида неки од оних елемената који се према данас превлађујућим гледиштима сматрају за za *conditio sine qua non* демократије. Но, нема ниједног скупа политичких ни правних установа који би аутоматски обезбедио да постане стварност оно што вероватно већина данашњих стручњака за уставно право и политичке науке имају у виду, тј. претпостављају кад кажу ,,демократија“, тј. демократска влада.

2. ПОЛИТИЧКА ТЕОРИЈА О НЕКИМ МАЊКАВОСТИМА ДЕМОКРАТИЈЕ

Готово од самог почетка разматрања врлина и мана демократије као политичког облика[19] постоје и озбиљни приговори на њен рачун. Неки су чињени с претпоставком да у њој одлучује број, а не квалитет.[20] Бројчани однос већине и мањине третиран је као

17 Коста Чавошки, *Право као умеће слободе* (Оглед о владавини права), Политика и друштво, Београд, 1994. Сада постоји и друго, проширено издање (2005).

18 Klaus von Beyme, *Suvremene političke teorije* (1972), Stvarnost, Zagreb, 1977, str. 199.

19 В.: *Херодотова Историја*, књ. 3, тч. 80–82 (Матица српска, Нови Сад, 1959, стр. 185–187).

20 Најугледнији антички филозофи као што су били Сократ, Платон и Аристотел имали су великих резерви и критички су се односили према демократији, нарочито због тога што она предност даје броју, тј. квантитету, а не квалитету. Прва двојица нарочито су критиковали тадашњи обичај да се властодршци бирају коцком или да неука већина доноси одлуке које свакога обавезују.

квантитативан, док се односи који се успостављају одлукама већине најчешће тичу квалитативне стране односа између делова који чине једну целину.[21]

Иако је био веома оштар критичар демократије, Платон је сматрао да она може имати и законити и насилнички облик, али да у начелу слаби власт дисперзијом, па демократија није способна ни за велика добра ни за велика зла.[22] Аристотел анализира више облика демократије, која по њему може бити и исправан и искварен облик. У првом случају, то је слободна држава (политеја), а у другом охлократија или – како су неки каснији писци тај облик назвали – мобократија. Један од основа за разликовање добрих од рђавих облика демократије јесте да ли се влада у општем интересу или у интересу оне „већине“ која држи власт. Други критеријум је постојање или непостојање владавине закона, а то је оно чиме се у овом раду првенствено бавимо. Аристотел пише о пет облика демократије, а један њен облик може бити гори од било којег другог облика. То је онај где не владају закони него пука већина, која намеће своју тренутну, *ad hoc* вољу.

Аристотел је први поставио проблем који је касније постао познат као проблем „тиранија већине“ и који смо већ поменули, јер је изузетно значајан за нашу тему. Такође је изложио и једну идеју која је веома слична модерним гледиштима Шумпетера (Schumpeter), Липсета (Lipset), Дала, Арона (Aron) и других који демократију виде као могућност народа да бира између алтернативних елита, тј. мањина. Филозоф је сматрао да маса није ни богата ни образована, па јој не би требало ни дати власт. Али пошто је ту масу опасно искључити из власти, остаје једно средње решење, а то је да народу треба омогућити да у скупштини бира властодршце из једне мање групе оних који су способни за управљање. Важно је да су још антички мислиоци сматрали да ако већина одлучује водећи рачуна само о интересу те већине (а не, дакле, и преостале мањине), онда је то искварени облик власти. Од Аристотела је потекла идеја да се демократије процењују на-

21 На ово указује и Јелинек кад пише о праву мањина, па каже да се раније мерило, а сада се броји (Ђорђе Јелинек, *Право мањина*, Државна штампарија Краљевине Србије, Београд, 1902).

22 Тако Платон у *Државнику*. Види Platon, *Državnik* i *Sedmo pismo,* Zagreb, Fakultet političkih nauka – Liber, 1977; превео Вељко Гортан; нав. место в. 303a. Упореди: Platon, *Država,* Kultura, Beograd, 1957; превео Албин Вилхар; предговор „Platonov ideal jedinstva filozofije i politike“ написао Вељко Корић. У *Држави* Платон демократију критикује и због неограничене слободе коју допушта, а која води разузданости и непоштовању закона, па на крају због претеривања у слободама постане плен демагога и завршава успостављањем претеране тираније. В. књ. VIII, и даље, односно 555–567 (стр. 278–296).

рочито по томе колико поштују општа правила тј. закон. Уколико се тога не придржавају, оне постају мобократије.[23]

Хуманизам периода Ренесансе прожет је елементима некадашњег античког грчког идеала, који су и песници и филозофи, па и неки државници, подржавали с циљем да човек доспе у свој прави људски завичај.[24] Борба за то водила се и идејама, али, то је време кад су остала средства борбе човека против човека била, као што је Макијавели написао, или правна или животињска. Готово у исто време настају и „државе моћи“ и почињу њихове апологије (теорије „државног разлога“, апсолутног суверенитета, очинског или божанског порекла и неограничености краљеве власти). Све оне су настојале да право, боље би било рећи правне прописе, искористе као ефикасан инструмент контроле и заповедања која су понашања кажњива, а која одобрена или пожељна. Тај облик свој врхунац достиже у тоталитарним државама. А владавина права значи управо супротно – обавезу државне силе да делује у оквиру права, а не мимо њега или насупрот њему и да поштује индивидуална, тзв. субјективна права човека као део модерних правних поредака. То нису поштовали, већ газили тоталитарни и ауторитарни режими, па и кад су имали законе у формалном смислу речи такви пореци могу се сматрати за „законско неправо“ како их и третира Густав Радбрух.[25]

У новом веку демократија је више истицана као политички идеал, а мање се водило рачуна о њеним евентуалним манама. Тако су велики теоретичари модерне демократије, као Џон Лок (Locke, 1632–1704) и Жан Жак Русо (Rousseau, 1712–1778) заговарали принцип владавине већине. „Када се један број људи сагласи – пише Лок у *Другој расправи о влади* – да створи једну заједницу или

23 Аристотел врло критички пише о „петој врсти демократије“ у којој „врховна власт припада маси а не закону“. „То проузрокују демагози....Та врста демократије је оно што је тиранида међу монархијама... Таквој демократији могло би се с правом приговорити да уопште и није државно уређење“ (Aristotel, *Politika,* Култура, Београд, 1960; дело превела Љиљана Станојевић Црепајац; предговор „Aristotelovo učenje o državi i njenom etičkom zadatku“ написао Милош Ђурић; за нав. место види књ. IV, 3–7 ili 1292a).

24 Види: Михаило Ђурић, *Хуманизам као политички идеал*: Оглед о грчкој култури, СКЗ, Београд, 1968, стр. 180–204; сада и у Михаило Ђурић, *Изабрани списи*, Београд, *Службени лист СРЈ* и Терсит, 1997, књ. IV.

25 Види: Gustav Radbruh, *Filozofija prava* (1932), Нолит, Београд, 1980; превела Душица Гутеша; предговор „Radbruhovo filozofskopravno stanovište“ написао Стеван Врачар, в. нарочито „Додатак“ (1945–1949), стр. 265–293. На крају свога дела Радбрух указује на велики значај „формалноправних“ размишљања ради обезбеђивања правне сигурности, па и демократију цени као добру само ако је у границама правне државе. „Демократија је свакако једно добро вредно хвале, али правна држава је као насушни хлеб, као вода за пиће и као ваздух за дисање, а најбоље у демократији је управо то што је само она подобна да обезбеди правну државу“ (стр. 293).

владу, они се тиме одмах сједињују и чине једно политичко тело у коме већина има право да дела и одлучује за остале. Јер, кад се известан број људи појединачно сагласи да створе заједницу, они су тиме од ове заједнице направили тело са влашћу да дела као једно тело, само вољом и одређењем већине.“ Лок сматра да се ,,за било које људе који су се из природног стања сјединили у заједницу мора претпоставити да су сву власт која је нужна за циљеве ради којих су се сјединили у друштво предали већини заједнице, сем ако се нису изричито сагласили с неким бројем који је већи од већине“.[26]

Лок је сматрао да већина може легитимно да доноси одлуке или успоставља владу кад чини 50 посто плус један. Овакву танку већину прихватао је на основу претпоставке да би се друштво могло распасти ако би се оставила могућност да се до одлуке и не дође. У наставку ћемо показати и како његово поимање закона ограничава владу, а исто тако и да је свестан значаја институционалних гарантија у виду поделе власти (у чему се могао инспирисати и својим старијим савременником Херингтоном (Harington), а утицао је на Монтескјеа (Montesquieu, 1689–1755).[27]

26 John Locke, *Dve rasprave o vladi,* којима претходи *Patriarcha* Roberta Filmera (која излаже апологију краљевске власти, а подвргнута је критици у Локовој *Првој расправи*), а следи ,,Pismo o toleranciji“ (превела с латинског Назифа Савчић), I-II, Идеје, Београд, 1978; у преводу, редакцији и са,,Предговором“ Косте Чавошког. Спорно је када је настало ово Локово дело. Оно је први пут објављено 1690, без имена писца, али с његовим предговором у којем се дело третира као допринос подухватима новог краља обновитеља [слобода], па је због тога тумачено као апологија онога што се у другој енглеској, Славној револуцији (1688) догодило. Новија истраживања су дала основа за раније претпоставке да је овим делом антиципиран карактер тих промена, и то у складу са схватањима која су заступали политичари и писци либералних гледишта, нарочито они око Лорда (Ешлија) Шефтсберија, који су због ширења таквих идеја и деловања у складу с њима дошли у опасност да изгубе слободу и живот, па су морали да емигрирају из Енглеске. Међу њима је био и Џон Лок. Он се у ствари у Енглеску вратио истим бродом којим је дошао и нови краљевски пар Виљем и Мери. Шефтсбери није доживео ову обнову слободе у Енглеској, јер је умро у Амстердаму 1683. За места која смо навели, в. *Dve rasprave o vladi,* II, стр. 56–58.

27 Монтескје је знао за тешкоће успостављања и очувања слободâ, као и за неопходност да се слободе морају обезбедити и таквим структурирањем политичког система како би једна власт ефикасно ограничавала другу. На такву идеју, као и на неке друге, могли су га нарочито инспирисати Харингтон и Лок. Та идеја била је веома утицајна у почетку Француске револуције, али је каснијих година политичка воља појединих група или личности превагнула и унела елементе олигархијске и личне власти и, ако бисмо се служили Монтескјеовом терминологијом, уведен је деспотизам. Посебно су значајни Монтескјеови ставови против апсолутне власти и захтев за поделом власти, коју је он сматрао неопходном да би се грађанима обезбедила права и слободе. Јер, он је сматрао да ,,једна власт ограничава другу“ (,,le pouvoir arrete le pouvoir“), па да стога треба три гране власти (законодавну, извршну и судску) поставити тако да оне једна другу коче, контролишу и ограничавају. (Види *De l'Esprit des Lois,* livre XI, ch. IV (p. 169 издања: Paris, Ernest Flammarion, s.a., у којем је преузет текст издања из 1758); сада на српском:

Етимолошки, демократија значи власт или владавину народа. Али пошто у народу постоје различита, па и сукобљена гледишта и интереси, то се демократија обично дефинише као ,,владавина већине". Но и данас, као што је било одвајкада, било би из чисто техничких разлога тешко постићи да цео народ учествује у вршењу власти. Зато се и у демократијама највећи део послова и одлука везаних за вршење власти врши преко изабраних представника и постављених или изабраних лица која врше власт. Тако је фактичко вршење власти увек у рукама мањине, коју су у старо време и без пејоративног значења звали олигархијом. На основу историјских и савремених искустава, зна се да демократија по форми може бити олигархија по суштини. Историчар Тукидид, Периклов савременик, који је забележио и чувени Периклов говор у којем се истиче антички грчки идеал демократије, за Атину је писао да је по форми демократија, а у суштини олигархија (што значи владавина мањине). Мојзе Острогорски је почетком XX века дао сличну оцену за британски кабинетски систем, а то би се још пре могло рећи за многе друге ондашње и данашње режиме.

У земљама које се данас третирају као демократске, народ учествује у изборима представника, тј. властодржаца, а у неким државама на референдумима и другим сличним облицима изјашњавања учествује у одлучивању о неким важнијим стварима. Кадгод одлуке доноси неко колективно тело (народ, скупштина, сабор, парламент, влада, савет, одбор, комитет итд.), па се о једном или другом питању јаве разлике или би требало изабрати између више различитих лица, могућности, одлука, опција и алтернатива, онда се одлука обично доноси гласањем, тј. већином гласова ако друкчије није предвиђено одговарајућим правилима. То се назива демократским одлучивањем, а демократија се некада дефинише и као владавина већине, чије одлуке постају општеобавезујуће.

Ипак, посматрање једног елемента демократије, тј. владавине већине као синонима модерне демократије велико је поједностављивање. Пошто је ,,већина" већ по својој природи израз и појам с релативним значењем, тј. већина је увек већи део нечега још већега, то се као неизбежан пратилац и допуна увек јавља и онај други, мањи део – мањина, односно мањине. Од XVIII века као пратилац дефинисања демократије као владавине већине појављује се и захтев да владавина већине мора гарантовати и нека важна права мањинама (поменули смо Медисона, који је ово међу првима

Monteskje, *O duhu zakona,* I-II, Филип Вишњић, Београд, 1989; превео и прилозима опремио Аљоша Мимица; предговор ,,Monteskjeov *Duh zakona*" написали Аљоша Мимица и Вељко Вујачић. Нав. место је у I т. стр. 175.) Његова идеја имала је велики утицај на америчке уставотворце. А онда се та идеја вратила и вршила утицај у Француској уочи и на почетку Револуције.

поставио као проблем). У даљој еволуцији Локове идеје о границама политичке власти и влади по пристанку – после декларација о правима које су донеле Америчка и Француска револуција крајем XVIII века – на владавину већине почело се све више гледати с обзиром на гарантовање слобода и права човека и грађанина. Свим овим елементима (владавина права, заштита мањина, индивидуална права и слободе) – уз истицање уставних и институционалних претпоставки, основа и гарантија – проширивана је дефиниција демократије. Све се то одражавало и на однос већине и мањине.

Односи између већина и мањина далеко су сложенији него што то прости аритметички односи ове две величине могу исказати. Због те сложености односа често се тражи и да „већина" испуни одређене услове, својства, задовољи неке „квалификације", а исто тако и да неке мањине, уколико испуњавају извесне посебне услове, буду одређене извесним привилегијама, односно обавезама, и као такве општом конституцијом односа или посебним мерама заштићене.[28] Ако се доноси одлука о некој важној ствари која се тиче карактера или чак судбине државе, онда се за такве одлуке мора предвидети квалификована већина, обично двотрећинска или већина коју чине знатне већине свих саставних делова. Могу постојати идеолошке, политичке, националне, верске, језичке мањине, мањине које се јављају око извесних интереса, погледа, региона, то јест и мањине које у социолошком смислу чине неку групу (нпр. богаташи, пилоти, лекари, запослене жене, хендикепирана лица итд.). Однос оваквих мањина и већина заиста је сложен и не може се увек свести на прост однос аритметичке већине и мањине нити је увек линеарна „владавина већине" или доношење одлука од такве „већине" препоручљиво решење, а најмање ако већина није ограничена правом, тј. уставом или је безобзирна у свом поимању правâ која произлазе из чињенице да тренутно јесте већина. Ако се та „већина" промени већ на следећим изборима и онда врати стање на оно претходно, тада бивши властодршци често не предају власт на уставом предвиђен начин, нити их нови победници оставе на миру, него их често прогоне, па настају унутрашњи сукоби и бројне рђаве појаве.

У Француској револуцији (1789), након прве две-три године превладала је Русоова теорија, која није предвиђала разрађене институционалне препреке и равнотеже, нити одговарајуће поступ-

28 Да би се отклонила извесна слабост одлучивања простом већином, која заправо може и да не буде никаква бројчана већина, практикују се две мере које значе и одговарајуће прецизирање услова како би се добила нешто реалнија већина – то су тзв. кворум и разни облици тзв. квалификоване већине. У пракси долазе до изражаја различите комбинације да се дође до што боље или репрезентативније већине, или пак, да се слабости већинског принципа коригују неким другим.

ке. То је била једна радикална јакобинска концепција демократије, која има даље и дубље корене и у учењу Жан-Жака Русоа и коју су неки у XX веку сврстали у тоталитарне демократије.[29] По нашем мишљењу, они који су најрадикалније тумачили и примењивали ту концепцију, ,,ученици бесмртног Жан-Жака" – како је Робеспјер назвао себе и своје следбенике – одвели су револуцију у терор и ћорсокак, уместо да изврше ,,конституционализацију" великог друштвеног преокрета који је започео 1789.[30] Уместо да крене путем увођења владавине закона, и нарочито ,,закона слободе", како их је називао Монтескје, као и одговарајућег устава, Француска револуција је врло брзо скренула у правцу политичког радикализма и не само наглашеног испољавања политичке воље него и доктринарног оправдавања такве оријентације. Читав низ устава, који су се ређали један за другим, имали су и одредбе које су практично учиниле те уставе тешко променљивим и готово вечним, а сваки је мењан, фигуративно речено, преко ноћи, чим би превагнула нека друга политичка воља. Овакав развој карактерисао је и већину каснијих револуција, укључујући, наравно – или нарочито, оне током XX века, чија ,,анатомија" показује да су Француску револуцију следиле као својеврстан образац.[31] Чак и радикализовање

29 J. L. Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy,* London, 1952.

30 Мали број нововековних револуција успео је да своје прокламоване циљеве, идеале и програме претвори у трајне и успешне правне и политичке институције, тј. да доживи своју ,,конституционализацију". Ми смо о том проблему опширније писали у раду ,,'Конституционализација' револуција", *Зборник Матице српске за друштвене науке*, бр. 96, 1994; стр. 41–72. Један теоретичар смешта корене западне правне традиције и политичкких институција управо у оквире омеђене ,,правом" и ,,револуцијом". Он у томе иде веома далеко у прошлост, јер његов рад прати једну специфичност тзв. Западне цивилизације, а то је како се извесне правне традиције, установе и процедуре преносе с генерације на генерацију, чак и у процесу у којем се тежи достизању једног замишљеног, тј. утопистичког ,,миленијаризма". В. Harold J. Berman, *Law and Revolution,* The Formation of the Western Legal Tradition, Cambridge (Mass.) – London, Harvard University Press [1983], deseto izdanje 1999. Право и револуција су две категорије на први поглед радикално супротстављене, у већини револуција и јесу у некој фази, обично почетној, кад се револуција диже против старог режима и старог права. Али крајњи успех циљева револуције у великој мери ће зависити од тога да ли ће семе основних циљева и идеала уродити плодовима у виду стабилних правних и политичких установа које обезбеђују релативно либералне оквире у којима би људи били слободни да испољавају своје људске потенцијале поштујући истовремено и права других на исте такве услове. О томе како су идеје Монтескјеа и Русоа утицале на токове Француске револуције и на понашања њених судеоника, в. наш рад ,,Montesquieu, Rousseau i Francuska revolucija", u Eugen Pusić (ур.), *Francuska revolucija* – Ljudska prava i politička demokracija nakon dvjesto godina, Zagreb, JAZU – Globus, 1991, стр. 35–67.

31 Crane Brinton, *The Anatomy of Revolution* (1938, поправљено и проширено издање: New York, 1965). Бринтонов рад упоређује енглеску, америчку, француску и руску револуцију и у њиховом карактеру и развитку налази извесне црте или фазе (међу којима је највише пажње привлачила концепција ,,термидора" као фазе или преокрета у току револуција). Међу радовима с мањом амбицијом да дођу до неких општијих законитости, али већом пажњом према изворима и чињеницама,

идеје народног суверенитета имало је довољно привлачности и носило довољно силе и снаге да отвори пут смени низа политичких вољa и поигравања са уставима у процесима у којима је слично као бог Сатурн – ,,револуција јела своју децу“.

Од XVIII века, а нарочито после искустава с Француском револуцијом и јакобинском диктатуром, која је у доктринарном погледу била инспирисана Русоовом политичком филозофијом, у демократској теорији почиње се све више указивати на опасност тираније већине и у вези с тим бавити правима мањина – политичких, верских, интересних и др. О правима мањина као средству спречавања ,,тираније већине“ доста је расправљао Џемс Медисон у *Федералистичким списима* у којима није дато само објашњење и оправдавање тадашњег америчког устава из 1787. него и општа теорија федералне владе. Медисон је поставио и питање да ли одлука већине увек значи право због тога што увек има исправну садржину или због тога што с већином увек иде сила. Пошто није прихваћено да сила чини право, онда и оно за шта се залаже већина не мора аутоматски да буде увек исправно.

Током XIX века плима демократије изазвала је нека упозорења мотивисана страхом од изразито егалитаристичких импликација радикалне демократије. Тако Алексис де Токвил у *Демократији у Америци*[32] упозорава на озбиљне последице једнакости (које, како каже, ипак можда вреди платити ради слободе) и на нову могућу опасност ,,тираније већине“. Токвил износи да је ,,Права суштина демократије (је) у апсолутном суверенитету већине; у демократској држави нема ништа што би могло да се противстави већини.“ Он је пропустио да истакне да је демократска теорија већ

можемо навести: Theda Skocpol, *States & Social Revolutions* (1979, шесто издање: Cambridge University Press, 1984); и Hannah Arendt (1906–1975), *On Revolution* [New York, Viking, 1963], Penguin Books, 1965. Преведено на српски: Hana Arent, *O revoluciji,* Odbrana javne slobode, Филип Вишњић, Београд, 1991; поговор ,,Hana Arent ili revolucija kao sloboda“ написао Војислав Коштуница.

32 Alexis de Tocqueville, *De la Democratie en Amerique* (1835 i 1840); в. енгл. изд. Alexis de Tocqueville, *Democracy in America,* New York, Alfred A. Knopf, Vintage Books, 1945 (vol. I-II); ово је и најпотпуније енглеско издање. Ово дело је у претпрошлом и прошлом столећу објављено у Београду: Алексис Токвиљ, *Демократија у Америци*, Београд, Државна штампарија, I (1872) и II (1874). Изд. предузеће ,,Бразда“ покушало је 1945. да објави Токвилову *Демократију у Америци,* али то је спречено. Сада је читаоцима на српском доступно ново издање: Aleksis de Tokvil, *Demokratija u Americi,* у преводу Живојина Живојиновића, Сремски Карловци – Титоград, Изд. књижарница Зорана Стојановића и ЦИД, 1990; друго издање, Сремски Карловци, Књ. З. Стојановића, 2002 (662 стр.). Овај новосадски издавач објавио је и Aleksis de Tokvil, *Stari režim i revolucija,* Сремски Карловци – Нови Сад, Књиж. З. Стојановића, 1994; превео са француског Аљоша Мимица. Исте године загребачка ,,Politička kultura“ у библиотеци ,,Minerva“ (коју уређује Радуле Кнежевић) објавила је Alexis de Tocqueville, *Stari režim i revolucija,* Zagreb, Politička kultura, 1994; превела Радмила Здјелар, а поговор ,,Modernost Tocquevilleova poimanja demokracije“ написао је Раде Калањ.

указала на извесне елементе којима се већина ограничава, међу којима су владавина права уместо пуке већине, корпус права и слобода грађана у која ниједна власт, па ни демократска, не би требало да задире, права мањина, плурализам (економски, политички, верски, идеолошки и др.) и процедуралне гарантије.

Џон Стјуарт Мил (Mill) је такође био преокупиран проблемом како остварити демократију која неће довести до владавине медиокритета, већ која ће обезбедити изузетно место знању и одређеним успостављеним интересима. Његово највеће страховање везано је за нивелирајуће последице радикалне демократије и за проблеме тираније јавног мњења које намеће конформизам, који прети слободи мишљења. Сматрао је да одлука коју доноси већина не мора бити најмудрија и, с друге стране, таква одлука може да повреди интересе (или осећања, идентитет) мањине. Да би се ово ублажило или избегло, он је предлагао пропорционално представништво и плурализам гласова, тј. да неке категорије становништва имају више него један глас. Плурализам гласова може имати врло негативних последица (увели су га бољшевици да би себи обезбедили ,,класну, а не грађанску већину“ кад су после узимања власти на изборима за уставотворну скупштину децембра 1917. добили слабу подршку.

Више радикалних струја, нарочито леве оријентације, крајем XIX и почетком XX века инсистирало је на апсолутној важности принципа владавине већине као основном критеријуму демократије, везујући ову идеју, у духу јакобинске традиције, и за концентрацију власти у политичком представништву и, касније, за једнодомно представничко тело уколико није у питању национално хетерогена или федерално уређена држава.

Исто тако, у XIX веку и почетком XX, насупрот свим причама о демократији, јавиле су се теорије које називамо елитистичким и чији заступници тврде да свугде владају мањине. Неки заговорници оваквих идеја радили су то са отвореношћу према чињеницама и с циљем откривања политичке истине, која је понекад згражала политичке и правне теоретичаре који су претпостављали да политички и правни системи у темељима имају неке етичке принципе или су само веома држали до таквих принципа.

Ево познатог места где Гаетано Моска у свом главном делу *Елементи политичке науке* пише о малобројној ,,политичкој класи“ која влада: ,,Међу константним чињеницама и тенденцијама које се могу наћи у свим политичким организацијама, једна је толико очигледна да је видљива и за најповршније око. У сваком друштву, од оног које је слабо развијено и једва достигло зору цивилизације, па до најразвијенијег и најмоћнијег – две класе људи се појављују – класа која влада и класа којом се влада. Прва класа,

увек мања по броју, врши све политичке функције, има монопол власти и ужива предности које власт доноси. Другу, пак, бројнију класу, контролише и њоме управља ова прва на мање-више легалан или арбитраран и присилан начин, а ова друга снабдева ону прву, бар на појавном нивоу тако изгледа, свим материјалним средствима за опстанак и средствима која су од суштинског значаја за животност политичког организма."[33]

У XX веку, у борби против фашизма, а затим током хладног рата, демократија је постала лозинка и важан критеријум распознавања у тој борби. Данас је постала синоним правца и садржине пожељног политичког преображаја. При томе се опет занемарују не само њене мане него и неопходни предуслови да би један скуп потенцијално демократских установа заиста донео демократске плодове. Још горе, у оцењивању шта јесте, а шта није демократија и демократско, влада арбитрарност, пристрасност, преовлађују симпатије зависно од интереса. У томе недостају било каква правила и стандарди који би се поштовали, тако да ни у овоме нема владавине правила него опет пуке произвољности.

3. КОМБИНОВАЊЕ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА И ДЕМОКРАТИЈЕ

Да ли ће се заповести једне политичке воље, које су подржаване довољно јаком принудом, сматрати за право, и без обзира на садржину датих заповести, то је спорно питање о коме су расправљали како антички, тако и данашњи теоретичари који се баве правним и политиколошким темама. Једно од поједностављених тумачења природе тзв. правне државе, па и владавине права, јесте оно које сматра да се правна држава састоји у спровођењу у датој држави правно важећих закона, без обзира на њихову садржину. У ствари, постоје опречна гледишта на природу владавине права и многе друге категорије које се с овом могу повезати. Правни практичари који налазе подршку међу оним теоретичарима који сматрају да су сви правни системи хијерархије норми, тј. заповести којима моћна политичка воља даје важење, разилазе се о овом питању с оном струјом правних теоретичара која сматра да позитивно право мора почивати на неким скалама вредности и метаправним начелима.

33 Gaetano Mosca, *Elementi di scienza politica*, 1896. и 1925; и енгл. *The Ruling Class,* New York – London, Mc Graw Hill, 1939, новије издање s.a., стр. 50. (Готово исте идеје Г. Моска је изнео три деценије раније, у делу *Sulla teorica dei governi e sul governo parlamentare,* Torino, Loescher, 1884; ново изд. 1925. и 1968, гл. I).

Коликогод елеменат политичке воље у стварању права био важан и нужан, не сме се запоставити да је за суштину права далеко битнији онај елеменат који од њега чини темељ и стуб људских цивилизација. А то право постаје степеном своје рационалности у регулисању међуљудских односа, па и „праведности“ у његовом стварању и примени. У крајњој линији, однос према праву зависиће од тога колико оно омогућује да се међуљудски односи и промет добара, услуга, идеја, људи, може слободније и под људскијим условима одвијати, а не од казни које су запрећене. Да би право било рационално, мора постати довољно широк оквир за одвијање онога што се зове „правни промет“, а што је само израз других облика промета, тј. размене међу људима. Уместо да све буде прописано законима, важније је да правни систем буде рационално устројен тако да људима омогући повољне оквире живота. А то практично опет значи да обезбеди човеков живот, тело, слободу и имовину. То су оне вредности које је требало да обезбеде успостављени пореци, а које су стално нарушаване, врло често и у име самог поретка.

Родоначелником модерне теорије демократије с правом се сматра Џон Лок. Он је ту идеју и политички облик, замишљен као влада по пристанку која је ограничена у својој моћи, тесно повезао са идејом о људским природним и позитивним правима и са идејом о владавини закона (права). Изложио је учење да власт и влада нису сами себи циљ, већ да су у функцији заштите човекових права и стваралачких потенцијала чију употребу људски ум прихвата и може да оправда. Он је, надахнут идејама школе природног права, дошао до схватања да су људи као бића обдарена разумом, у стању да обезбеде мир и узајамну трпељивост уколико сви поштују природна (тј. од разума прихваћена и за све једнака) права на живот, тело, слободу и радом стечену својину. Према Локу, та природна права припадају човеку самом чињеницом што је он људско биће, а обезбеђење мирног уживања тих права Лок је сматрао за циљ, резон и основу за успостављање владе.

Позитивна права која се уводе морају такође служити тој сврси, тако да власт која их усваја може рачунати на легитимност и послушност. Лок је подразумевао да би свака власт била ограничена већ самом чињеницом што мора да служи циљу који су јој умни људи наменили и да ниједно тело, ни лице, ни скупштина не би могли имати неограничену власт. То такође ограничава садржину права, односно закона. Законима се не може наређивати све што би једна власт хтела. До таквог закључка дошли су и Алкибијад и његов заштитник Перикле као лица у дијалогу који даје Ксенофонт у *Успоменама о Сократу*.[34] Супротно је касније

34 Ксенофонт, *Успомене о Сократу*, *БИГЗ*, Београд, 1980; с оригинала превео, „Увод: Ксенофонт и главни извори за познавање историјски реалног Сократа“ написао и напомене и објашњења додао Милош Н. Ђурић.

сматрао Русо кад је у питању „општа воља“ („*volonté general*“) која је конципирана као апсолутно суверена и која све може одлучити. Тачно је да је током историје обично превладавала воља онога ко је био довољно моћан. Штагод је такав хтео, могао је то да претвори у „закон“.[35]У име људских права, Лок је заступао идеју о слободи у оквиру закона, али умних закона.

Умни закон, пише Лок, „у свом истинском појму, није толико ограничавање колико *усмеравање слободног и интелигентног извршиоца* према свом одговарајућем интересу, и не прописује ништа друго до оно што је за опште добро оних који су под законом [...] *циљ закона* није да укине или ограничи, већ да *очува и увећа слободу* [...] тамо где нема закона нема ни слободе. Јер слобода значи бити слободан од ограничења и насиља других, што није могуће тамо где нема закона.“[36] Према њему, позитивни закони морају испунити одређене услове да би се могли сматрати за законе у правом смислу.

Лок набраја неке услове: иако је законодавна власт највиша власт у свакој земљи, она ипак „није нити може да буде апсолутно арбитрарна над животима и имовином других људи“; она, даље, „не може за себе да присвоји власт управљања на основу импровизованих декрета, већ је *дужна да дели правду* и да решава о правима поданика *на основу објављених важећих закона и преко познатих овлашћених судија*“; оваква власт „*не може да пренесе власт доношења закона* у неке друге руке и ограничена је, јер су јој овлашћења дали друштво и божји и природни закон [...] да влада на основу *објављених установљених закона*, не да буду недоследни у појединачним случајевима, већ да имају једно правило за богатог и сиромашног, за миљеника на двору и сељака за плугом“; затим, „*закони* не треба да буду намењени ни једном другом циљу сем *добру народа*“; и „они не треба да *ударају порезе* на својину народа без сагласности народа.“[37]

Владавина права не сме се тумачити уско, као спровођење у живот оног права (прописа) које једна власт доноси. Таква заблуда дубоко је укорењена не само међу властодршцима који стварају

35 Поседовањем фактичке моћи издејствује се и давање законске форме свему што силник хоће. Чувени римски правник Улпијан констатовао је за епоху принципата у Риму да „Штогод се принцепсу свиђа, има снагу закона“ („Quidquid principi placuit legis habet vigorem“). По аналогији на ту Улпијанову формулу, у Француској се говорило: „Ако хоће краљ, хоће и закон“. А апсолутни краљ те земље Луј XIV остао је упамћен и по геслу – „Држава, то сам ја“ („L'Etat, c'est moi“). У XX веку била је распрострањена појава тзв. вођа (дуче, фирер, каудиљо, мудри вођа), који су постајали свемоћни захваљујући вануставним чиниоцима и сваки је могао рећи држава и партија то сам ја.

36 Locke, *Dve rasprave o vladi, Druga rasprava*, гл. VI, тч. 57.

37 *Исто*, гл. XI, тч. 135–142.

,,право“ по којем онда управљају, него и међу онима на које се такво ,,право“ примењује. Свака власт настоји да своје наредбе (норме, прописе) иза којих стоји њена воља и принуда, представи као ,,право“, па и остваривање таквог ,,права“ тумачи као успостављање ,,правне државе“ (*Rechtsstaat*) или ,,владавине права“ (*the Rule of Law*). Међутим, с правно-филозофског становишта не може се прихватити да је *право* сваки скуп норми иза којег стоји монопол државне принуде, па ни онда кад се то ради по неком уобичајеном поступку. Мора се заузети критичка дистанца према садржини позитивног права. Тек на основу садржине права, односно норми и њихове подобности да буду универзализоване, тј. да се дато правило може поопштити (тако да правило постане обавезно за све који се нађу у ситуацији какву оно у општим цртама предвиђа), може се оценити да ли оне чине право у правно-филозофском смислу. За неке законе и норме Цицерон и Аурелије Августин, а касније и низ правника све до Густава Радбруха, сматрали су да не заслужују да се називају законима више него заповести неке банде разбојника.

Владавина права у ствари није могућа уколико се право тумачи само као израз воље владајућих кругова. Право је од самих својих почетака противречно – с једне стране израз политичке воље, а с друге стране и инструмент рационалног регулисања односа и сукоба и начин ограничавања политичке воље и сузбијања политичке самовоље.

У односу на политичку власт, право се одвајкада јавља као један од најважнијих облика рационализације и умеравања самог акта владања, пошто оно често одбојне и огавне акте најнепосредније доминације замењује правилима која остављају и времена да се по њима поступи и шире оквире за слободу у датим оквирима. С гледишта човека као члана заједнице, успостављена правила задовољавају, изгледа, код човека дубоко усађену потребу за извесношћу и поретком коју неки називају човековом потребом за номичношћу (наравно ова мало незграпна реч долази од грчког *номос* – закон, али нам се ипак чини да се нашим изразом законитост за који се уобичајило друкчије значење, не покрива оно што овде имамо у виду).[38] Ова потреба чини нормалног човека врло склоним да прихвати норме понашања и законе уколико они не нарушавају нека начела разума и уколико не погађају арбитрарно човека у његовим виталним ,,природним правима“, за која је спреман да се бори и одупире, па и кад се она отимају у име закона.

Имануел Кант, који се руководио златним правилом да другом не чинимо оно што не желимо да нама други учине, дао је

38 Види: Ljubomir Tadić, *Filozofija prava,* Naprijed, Zagreb, 1983.

својим категоричким императивом важно усмеравајуће начело и за све законодавце: нека доносе законе који се могу универзално применити и којима се разумни људи нигде неће озбиљно противити. То значи да правило до којега дођемо мора бити универзално примењиво и једнако за све. Иако би из Кантовог учења, у духу његове етичке строгости, доследна примена правила морала да се прихвати без обзира на последице, рационално правно регулисање и према његовом учењу подразумева да се сваки проблем-случај који се хоће регулисати законом, мора процењивати у светлу последица до којих би дошло кад би предложено решење било прихваћено као опште правило. Ми смо, пак, често сведоци ситуација да се доносе правила која би само некаква лудост могла да оправда, или ситуација да оно што једна страна или група тражи за себе није спремна да призна некој другој и обратно. То је супротно смислу принципа владавине закона, који подржавају само оно што се може сматрати за општеприхватљиво, ваљано као универзално правило понашања. Владавина права, дакле, поред осталог подразумева и једнака права и обавезе за све, а то даље значи и правно једнаке могућности за све.

Владавина права, заснована на наведеним принципима, укључује и отелотворује најважније цивилизацијске домете у погледу заштите човека, тј. људских права, институционалне и процедуралне гарантије и правила, а демократска теорија тражи и одговарајуће учешће грађана и саставних делова друштва у његовом усмеравању. Права мањине су корекција принципа владавине већине. То нас поново доводи до разматрања проблема демократије.

Владавина права и демократија могу се третирати као комплементарни. Они се најчешће развијају паралелно, али ако би морали бирати, неки велики политички мислиоци би нам саветовали да је важније успоставити владавину права него демократију. То због тога што демократија без владавине закона, тј. када није заснована на уставним ограничењима, постаје израз пуке воље и самоволје већине или оних који њом лако манипулишу.[39] С тачке гледишта теорије о владавини права, свака власт мора бити ограничена, па и власт народа. То је смисао начела владавине закона,

39 Овакву ситуацију добро илуструје више радова који су изложени на научном скупу који је одржан у САНУ 1996. на тему *Успостављање модерне демократске и правне државе у Србији*. На скупу је врло оштрој критици подвргнуто ондашње стање уставног и правног система и одсуство претпоставки за правну државу и владавину права (иако је ово начело било прокламовано Уставом из 1990). Прилози са научног скупа су објављени: Миодраг Јовичић (ур.), *Успостављање модерне демократске и правне државе у Србији*, Београд, САНУ, 1997. Овде су на веома аргументован начин истакнути значај и потреба да се идеја правне државе оствари, али и велике тешкоће и препреке на томе путу, како оне које су везане за ауторитарни карактер неких постојећих уставних решења, тако и незавидне ситуације узроковане великим размерама безакоња унутар државе.

поред осталог, због тога што су значајни мислиоци истицали велики значај владавине права за економски и друштвени развитак, док демократију нису стављали по значају у исти ред с владавином права. На пример, Дејвид Хјум (Hume) је сматрао да за успешну тржишну привреду демократија није неопходна, али да је владавина права апсолутно неопходна.

У развитку модерне теорије демократије дошла су до изражаја схватања да начела владавине права подразумевају извесне хуманистичке вредности, затим институционална решења и процедуралне гарантије које искључују апсолутизам и арбитрарност, а обезбеђују ограничавање власти, независност судова, одговарајући положај човека у целом систему, а посебно пред органима власти и судовима. Поред поменутог, права мањине (политичке, верске, идеолошке, у новије време етничке) и права појединца као човека и грађанина постајала су постепено, од XVII и XVIII века, коректив владавине већине или критеријум „добре владе“, и та димензија мора се обезбедити владавином права једнаком за све. Слобода изражавања (за коју је доцније готово синоним постала слобода штампе) и удруживања допуњавале су ове услове и постале саставни део модерног поимања демократије.

Мајоризација се може означити као могућа негативна страна принципа владавине већине уколико се овај принцип схвати као искључив, апсолутан, без ограничења. Наиме, ако се једна одлука о некој заједници, организацији, држави, групи итд. донесе већином гласова чланова дате скупине, онда се за такву одлуку обично каже да је донета демократски. Међутим, увек је могућно да већина која је гласала за одлуку гласа о питању за које сама није дубље заинтересована или је одлуком обезбедила себи неку предност, а да мањина која је прегласана буде одлуком дубоко погођена у неком суштинском погледу (интересу). Зато се у теорији, од како се почело расправљати о модерној демократији, готово увек паралелно постављало и питање ограничавања већине, и то посебно у питањима права мањине или заштите мањине, или у погледу предмета о коме се одлучује или у питањима процедуре по којој се одлука донесе. Да би се избегла пука мајоризација, проналажена су различита институционална и уставно-правна решења: вишепартијске коалиције, принцип сагласне већине (*concurent majority*), механизам усаглашавања, сенат. Тако се увек упоредо с принципом већине као корелат појављује принцип права мањине, упоредо с „пристанком“ – право на „издвојено мишљење“, упоредо с правом на заштиту партикуларног интереса и потреба за заштитом општег интереса. Мањинама се данас ставља у изглед све одређенија заштита, али су искуства са заштитом мањина досада лоша – њима није пружена ефикасна заштита, а државе су се мешале у унутрашње ствари других држава под видом заштите мањина. Али

систем постаје мањкав и кад се претерани утицај или гласачка моћ да мањини која тој гласачкој моћи није примерена у погледу бројности, економске, политичке или економске моћи.

Може се десити да у локалној заједници мајоризацију врши група која се иначе у широј заједници супротставља мајоризацији. Зато извесна уставно-правна решења и ограничења могу имати велики значај. У оваквом случају потврђује се мишљење да је „уставна демократија, по дефиницији, таква демократија која не даје сву власт већини“.[40] Поред уставних решења, политичка институционализација уопште доприноси стварању канала и путева за разрешавање проблема и смањивање конфронтација и за избегавање доношења одлука мајоризацијом, а наслоњена на одређену социјалну структурализацију отежава мобократске и популистичке облике вођења друштвених послова.

У условима развијања савремених посткомунистичких друштава[41] поново се јављају многа стара питања која се односе на основне вредности, установе, поступке. Али у истим тим друштвима постоји изражена тенденција да се демократија изједначи са широком подршком, па и без обзира на институционалне оквире и процедуре. Та тенденција види демократију само као (неограничену) владавину већине, о чијем смо неприхватљивом карактеру већ говорили. За неке установе, познате из развитка демократске теорије и праксе, могло би се рећи да данас често делују као псеудоустанове, али оне омогућавају испољавање (некада можда само дају привид) масовне подршке. Не само референдуми и избори већ и масовни скупови, па чак и парламентарне већине или коалиције ако су усмерене на формирање већина које ће онда безобзирно наметати вољу без потребне умерености и без довољно разумности – неће довести до резултата који се очекују од „демократског преображаја“. Од класичних до савремених писаца такве „установе“ и режими подвргавани су критици као „тиранија већине“, „демократска тиранија“ или охлократија.

Изузетно је значајна дилема, која је отворена од античких времена, због могуће противречности између онога што је умно и подобно да обезбеди неке вредности и што би морало имати места у начелима и структури система, с једне стране, и с друге стране онога што има подршку већине, па тако постаје преовлађујуће,

40 Carl J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy* (1937), Waltham – London, Blaisdell, 1968. Сада и на српском: Karl J. Fridrih, *Konstitucionalna demokratija,* Teorija i Praksa u Evropi i Americi, CID, Podgorica, 2005; превели Павле Јовановић и Светлана Милошевић; предговор „Friedrichova konstitucionalna demokratija“ написао Павле Јовановић.

41 B.: Vučina Vasović i Vojislav Stanovčić (ур.), *Postkomunizam i vlast,* Udruženje za političke nauke i Fakultet političkih nauka, Beograd, 1996.

утицајно, постаје основа моћи која владавином права мора бити ограничена, цивилизована и усмеравана.

Конституционализам ограничава власт, регулише односе између грађана и власти везујући функције ових других пристанком оних првих, а затим регулише и институционалне могућности и начине на које се власт бира, врши и смењује. Ваљан (легитиман) наслов (титулус) стечен изборима узима се само као један елеменат, док је законито и рационално вршење, тј. употребљавање власти још важнији елеменат. Као што смо већ рекли, подршка већине данас је само нужан, али није довољан услов да би једна власт била легитимна, а њени прописи постали право у правно-филозофском смислу. Извесно је да се демократске установе морају уводити, али оне морају такође бити образоване и неговане – развијане у духу најбољих традиција и захтева модерне демократске теорије. И демократске установе морају се процењивати по томе какве резултате дају.

Конституционализам као принцип владавине права подразумева поделу власти и извесну расподелу, дисперзију власти, тј. надлежности како у хоризонталном, тако и у вертикалном смислу. У ,,Декларацији права човека и грађанина“ коју је 1789. донела Француска револуција, у члану 16. каже се да нема устава она земља у којој нису загарантована права грађана и у којој није извршена подела власти. Тако се устав у суштинском смислу одређује са ова два елемента. Уставна влада је у извесном смислу увек полиархија. Њена претпоставка је јако грађанско друштво, а слабија и друштву одговорна влада.

Владавина права ставља правне принципе изнад ,,државних разлога“, а нама се чини да то у одређеним нормалним ситуацијама значи и изнад државе. Она даље подразумева и трајност права и обавеза, идеју континуитета и поштовање стечених права. Често, а поготову арбитрарно мењање правила, као и претерано регулисање разних детаља уз сужавање аутономије друштвених и привредних субјеката и, у крајњој линији, аутономије личности – супротно је овом начелу. Оно подразумева и независно судство, а ово на неки опет подразумева начин поделе власти. Сва ова начела могу сметати онима који сматрају да представљају народну вољу или ,,народни суверенитет“ и они се могу осетити побуђени да ради спровођења народне воље наруше нека правна правила. У земљама са англосаксонском традицијом инсистира се на принципу владавине права (*the rule of law*)[42] као концепцији која је мање етатистичка од концепције ,,правне државе“. У том контексту важни и битни

42 B.: Lidija Basta, *Politika u granicama prava,* Ideje, Beograd, 1984; A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), London, Macmillan, 1889 (постоје и новија издања овог рада: десето 1959, прештампано 1985).

елементи легитимности влада јесу систем вредности на којима почива правни поредак и систем власти, однос грађанина и власти, а исто тако и процедуре и поступци (*the due process of law*). У складу с том традицијом су у политичком процесу развијани системи избора, одлучивања, јавност, парламентаризам, процедура доношења закона итд.

Поред теорије, морамо водити рачуна и о пракси, јер добра начела је лакше прокламовати него остваривати, па тако и оно о владавини права. Наше искуство је, нажалост, у овом погледу веома поучно. У покушају да се оствари идеја владавине права као начело политичке структуре (конституције) државе и друштва, они који томе теже суочавају се од давнина, а и данас, с низом препрека као што су апсолутна власт (готово је свеједно где је концентрисана – у краљу, партији, вођи, председнику, скупштини, конзулату, тријумвирату), неразвијена политичка култура, недостатак демократске традиције или слабљење њеног утицаја, примена начела на начин који потире само то начело, идеолошко или националистичко слепило које производи нетрпељивост, недовољно знање којим би се пришло решавању неких крупних проблема, па и оних које нам намеће најчешће нимало пријатељско окружење, као и недовољно познавање великог богатства правне политичке теорије и филозофије које, ако постане део политичке и правне културе, може помоћи не само у теоријском тумачењу и развијању, већ и у практичном остваривању овог великог начела о којем смо овде укратко изнели неке од бројних димензија.

Оно што данас многи означавају речју демократија када желе да истакну идеал добре владе, у ствари не може да се означи речју демократија у дословном значењу речи, већ би се могло примерније означити изразом „уставна демократија“ или „уставна влада“, која је по својој природи полиархија, тј. карактерише се извесном дисперзијом моћи (не само на основу поделе власти већ и узајамног ограничавања и контроле уз удео и чинилаца изван структура власти – као што су политичке партије, удружења грађана, црква, синдикати, привредна и професионална удружења, значајне привредне организације и сл.) у друштву, а такође и поделом власти и дисперзијом овлашћења унутар саме структуре власти.

Писци као што су Карл Фридрих (Friedrich) који користи изразе „уставна влада“ и „уставна демократија“ или Роберт Дал, који је сковао израз „полиархија“ и нарочито се бави проблемима процедуралне демократије, па затим Ђовани Сартори, који критички проучава улогу партија у демократији, Аренд Лајпхарт (Lijphardt), који више него било који други аутор развија идеје тзв. консоцијалне демократије уподобљене животу вишенационалних заједница, Норберто Бобио (Bobbio) и други показују опредељеност

за демократију уз критичко испитивање многих класичних постулата. Њихове идеје су веома подстицајне у сваком раду на развијању демократске правне државе – или како ми радије кажемо – владавине права и на савладавању препрека, пре свега политичке природе, у томе подухвату који је од дугорочног значаја и за који ће бити потребно и дуже временско раздобље и улагање великих напора.

Историјско искуство, као и модерне правне и политичке науке и пракса, потврђују да постојање правног акта који се зове устав и за који се каже да има највише место у хијерархији правних аката не гарантује постојање уставности у правом смислу те речи. У истом смислу, постојање „закона" не значи и постојање законитости. Исто искуство и поменуте науке нам указују да је природа политичке власти таква да по њој иманентним законима тежи увећавању и концентрацији, усавршавању инструмената моћи, ширењу њеног утицаја и доминације у погледу броја људи и територија на које се простире. При томе се служи и законом, не да би се њиме обавезала да ће своје поступке држати у законским оквирима, већ искључиво да би другима наложила каквих се правила морају држати, а себе на разне начине од њих изузела (осим ретких изузетака на које се често с правом указује ради поуке).[43]

* * *

Владавина права и владавина већине морају да иду заједно, с тим што владавина људи мора бити ограничена и регулисана правилима, конституционализмом, поделом власти и независним судством (посебно улогом уставног судства). Владавина права мора владавину већине свести у оквире цивилизованог и регулисаног понашања у складу са правилима око којих постоји основна сагласност у друштву. Јер, владавина већине која би била владавина пуке воље или моћи, која не би почивала на начелима која се подразумевају кад је реч о владавини права, била би рђав облик владавине. Слично томе, и владавина најрационалнијих правила наметнута већини без њеног учешћа и пристанка, могла би бити само нека врста „просвећеног деспотизма", али се не би могла звати демократијом. Према томе, за једну легитимну власт, подршка већине, одн. власт већине је неопходна, али није довољан услов. Владавина већине, већ и у интересу саме те већине, мора бити умерена, прожета духом правила која могу издржати критичку теоријску анализу и практичну проверу.

43 Види: Ljubomir Tadić, „Metamorfoze 'pravne države'" у Vladan A. Vasilijević (ур.), *Pravna država,* Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1991; Ljubomir Tadić, *Autoritet i osporavanje,* Beograd–Zagreb, *Filip Višnjić* i *Naprijed*, 1987; Коста Чавошки (прир.), *Уставност и владавина права*, Београд, Центар за унапређивање правних студија, 2000; посебно в. Радмила Васић, „Принцип владавине права" (стр. 11–40) и Јовица Тркуља, „Порицање владавине права" (стр. 205–219).

Vojislav Stanovčić

DEMOCRACY AND THE RULE OF LAW

Summary

In the first part of the article it is pointed how two ideas that have a long history – democracy and rule of law – in the modern European history have become a part of the Western Civilization foundations. And how it is searched for their appropriate institutionalization in political and legal systems. But, though the synthesis of the two has been persistently wished, there are, too, great contradictions between them. In the course of history the political will and power prevailed and treated law just as a means of commanding over subjects and obliging them to do what rulers expected from them, with no or little readiness or will on the side of rulers (with rare exceptions) to accept law as a limit of their power and to obey laws that they themselves proclaimed and codified. Judean and Western Civilizations, however, proclaimed superiority of laws over any political will or power. ,,The Rule of Law, and not of Man", was among credos of constitutionalism as a doctrine and political movement aiming to limit every government to what is acceptable by reason of laws. One of premises of this article is that it refers to the will of majority, i.e. to democracy, and that opens many issues which are considered.

The second part surveys how great political and legal thinkers since ancient times till today were skeptical and critical in regard to democracy if comprehended in etymological sense as ,,Government of the People" or in a technical sense as a ,,Majority Rule". In fact, in democracies as in any other form of government, even for technical reasons, states were always ruled by minority. Therefore, even when democratic governments have very wide electoral support, it is necessary to limit the influence of *ad hoc political will and to oblige it to obey reasonable rules which are result of a wide consensus and in the form of a constitution and laws make a part of the rule of law. In such frames every branch of government would have constitutional and legal limits, which, in accordance with the thought of great legal and political thinkers should be determined by basic aims and values that governments among men are instituted for, including human rights and freedoms, as well as some principles of government organization (like separation of powers, check and balance) that secures autonomy of associations and moral autonomy of individuals. The rights of minorities are treated as a supplement to majority rule. Many examples and opinions of great thinkers are quoted, as well as their arguments that unlimited power of majority turns into tyranny of majority which could be the worse of forms of government.*

The third part deals with a number of difficulties that have to be overcome, specially in countries with the heavy burdens of authoritarian systems legacy and with present-day difficult situations and grave problems. Finally, it deals with institutional arrangements and accommodations that should be necessary to make in order to achieve a synthesis of the rule of law and in such frames the freedom, values, institutions and procedures which provide space for democratic participation and government.

Key words: *Foundations of Western Civilizations. – Political Will vs. Law. – Constitutionalism. – Tyranny of Majority. – Rights of Minorities. – Human Rights and Freedoms. – Separation of Power (Checks and Balance).*

УДК 179.9
340.12:172.12

Петер Колер

ПРАВО, МОРАЛ И ВРЛИНА[1]

У скорашње време, концепт врлине поново је добио истакнуту улогу у јавном дискурсу, као и у академским расправама о етици. Ипак, овај концепт још није довољно обрађиван у савременој политичкој теорији и правној филозофији. Циљ овог чланка је разјашњење веза између права и моралних врлина и то у два смисла. Пре свега, поставља се питање да ли и докле право може да утиче на своје адресате да буду морални путем заштите и неговања особитих карактерних склоности? Друго питање гласи: да ли и у ком степену добро функционисање правног поретка зависи од моралних врлина његових грађана. Поводом првог питања, у овом чланку се брани широко заступљено гледиште да легитиман правни систем не сме да намеће врлине, већ сме да их негује само у ограниченом степену. Ово гледиште настаје као резултат узимања у обзир одговарајућих циљева права: утврђивање и примена права и дужности који су засновани на фундаменталним моралним обавезама; установљење и примена права и дужности с циљем извршења слабих моралних обавеза које нису довољно остварене индивидуалном акцијом без координације; и установљење дужности које су оправдане општеприхватљивим ставовима као што је обезбеђивање јавних добара. Напротив, расправа поводом другог питања води до закључка да ће правни поредак добро да функционише само ако се ослања на моралне врлине својих грађана. Да би се ово показало, аргументован је став да право нужно не би остварило сврху ако би његови званичници и грађани следили само сопствене интересе. Врлине су посебно неопходне да би оснажиле снагу правних средстава, чинећи могућом ефективну примену његових норми, спречавајући злоупотребе од стране високих правних званичника, потчињавајући примену законских овлашћења јавној контроли и обезбеђујући моралне ставове за један одговарајући легислативни процес. Као резултат, право се не ослања на грађанске врлине које само не може да створи.

Кључне речи: *Морал. – Врлина. – Циљеви права. – Права и обавезе.*

---

1 Желео бих да се захвалим Филипу Џ. Ајванхоу (Ivanhoe), Ребеки Вокер (Walker) и Едит Зиц (Zitz) за корисне сугестије које се односе на једну ранију скицу овог чланка.

За разлику од неколико претходних деценија, када је концепт врлине поиман као застарео и конзервативан, однедавно је поново добио на значају у јавном говору, као и у академским расправама о етици. Овакав обрт примећује се не само кроз пораст популарних публикација о врлини, већ и кроз обнову „етике врлине“ у филозофији, то јест етичких теорија у којима врлина заузима централну или конститутивну улогу (Chapman & Galston, 1992; Crisp & Slote, 1997; Stratman, 1997). Чак и ако ова чињеница у извесном степену одсликава помодну природу струјања у интелектуалним токовима, она у једнакој мери може да укаже на одговарајућу потребу – схватање да је врлина неодвојиви елемент морала и подесног живота.

По мом мишљењу, врлине имају велики значај за етику због њихове важности у моралној пракси, мада сумњам да пружају довољно основа за оправдање саме моралности. Желео бих да исправност ове претпоставке демонстрирам кроз разматрање односа између права, морала и врлине. С тим у вези, предузећу три корака. Покушаћу, пре свега, детаљније да размотрим појмове врлине и морала како бих појаснио функције врлине у оквиру морала. Потом ћу сагледати однос између морала и права у вези с питањем да ли и у којој мери право може да буде употребљено као легитиман начин примене или унапређења моралних врлина. Коначно, позабавићу се проблемом да ли и у ком обиму добро функционисање правног поретка зависи од моралних врлина његових грађана и званичника.

1. УЛОГА ВРЛИНЕ У МОРАЛУ

Концепт врлине односи се на *карактерне црте индивидуа*, њихове практичне ставове или склоности (their practical attitudes or dispositions) који могу утицати на њихово понашање. Постоје, међутим, бројни видови владања који се махом сматрају врлинама, као што постоји и велики број оних који се схватају као пороци. Када је реч о врлинама, желео бих да поменем само најпознатије примере: разборитост, храброст, умереност и правичност (оне се још називају и основним врлинама); разумност и истинољубивост; искреност и поштење; добродушност и добронамерност; доброчинство, великодушност и љубазност; непристрасност и толерантност; оданост и лојалност; поузданост и тачност; мудрост и умешност; марљивост и опрезност; понизност и скромност; побожност, послушност и слично. Очигледно је да схватање врлине умногоме зависи од тачке гледишта и контекста. Понекад је чак могуће да известан став (human attitude) буде протумачен као врлина у једном контексту, односно као порок у другом контексту.

Како би се разноврсност могућих врлина ипак подвргла систематизацији, неопходно је да се употребе традиционални начини класификације који нам омогућавају да направимо разлику између различитих типова врлина. Основна дистинкција се повлачи између *интелектуалних* (одн. дијаноетичких или логичких – прим. М. З.) и *практичких врлина* (моралних, етичких – прим. М. З.) (Aristotle, NE: 1103 a 14 ff). Док су интелектуалне врлине попут разборитости и истинољубивости управљене ка побољшању теоријских увида или истинитосног знања, практичким врлинама као што су правичност, разборитост и оданост тежи се постизању исправног понашања. У овом тренутку, мене интересују искључиво практичке врлине које се могу поделити на две различите врсте, тачније на *non-moralne* (нон-морал) и *моралне врлине* (Höffe, 1998: 47).

Нон-моралне врлине су карактерне одлике које мотивишу особе да се понашају на начин који је прикладан за њих или њихове ближње, нпр. марљивост, скромност и послушност. Дакле, те врлине су инструменталне, јер служе постизању одређених интереса неких индивидуа или колективитета. Насупрот томе, *моралне врлине* се односе на морално понашање, односно на онај вид понашања који се чини пожељним са опште и непристрасне тачке гледишта, а то су правичност, добронамерност и поштење. Постоје, међутим, гранични случајеви који се не могу једноставно уврстити у неку од поменутих категорија, или, пак, припадају истовремено обема категоријама. Примера ради, разборитост, схваћена као остваривање нечијег разумног личног интереса је проблематична – поједини аутори сматрају да је њено упражњавање увек у складу са основним захтевима морала, али постоје и мишљења да она може да буде у служби неморалних циљева. Међутим, ово питање није од већег значаја за даљи ток излагања у коме ће у центру пажње бити само моралне врлине.

Морална врлина може да се појми као лична склоност (character disposition) која мотивише на известан облик понашања, а која, у склопу прихваћених моралних правила делује пожељно или чак достојна хвале. Оваква дефиниција је у складу са уобичајеним схватањем врлине почев од Аристотела (NE: 1105 b 19 ff) до Ролса (Rawls) (1971: 192) и истовремено је довољно сужена да би се врлина разумела као специфичан аспект моралног живота, али и довољно широко постављена да би била компатибилна са различитим схватањима морала. То води питању улоге врлине у оквиру морала.

Да би се одређена лична склоност (character disposition) поимала као морално прихватљива, морално неутрална или, пак, морално неподобна, потребно је темељно схватање моралности која нам указује на то да ли је извесно понашање похвално, одобрава-

јуће, дозвољено или недозвољено у моралном смислу. У складу с тим, немогуће је свести моралност на врлину као што извесни поборници етике врлине верују, јер без претходно успостављених моралних стандарда није могуће ни идентификовати моралне врлине нити одредити њихов садржај (Gert, 1998: 277 ff). Такво становиште јасно је заступљено у већини модерних теорија морала (на пример код Хобза, Хјума, Канта, Мила и Сиџвика), чији су основни елементи увек садржани у извесним стандардима (у форми општих принципа) од којих зависе сви остали аспекти морала. Али, оно може да се примени и на Аристотелову теорију која се сматра парадигматичним примером етике врлине, јер врлини даје примарну улогу у постизању *eudaimonia-е* -- људског живота који је суштински исправан како из перспективе појединца, тако и из опште перспективе. Разлог за то је безмало немогућност дефинисања исправности таквог живота у потпуности се ослањајући само на врлине, а без позивања на још нека својства *eudaimonia-е* који је чине пожељном са индивидуалне и са опште тачке гледишта (Ackrill, 1995: 39 ff). Стога, концепција моралних врлина никада не омогућава потпуно објашњење феномена моралности, јер он претпоставља још неке нормативне обрасце који се не могу свести само на врлине.

Из тога не произлази да су врлине од мањег значаја за морал. Заправо, врлине су изузетно битне, јер морална пракса не може да се ослања само на моралне норме, већ захтева и адекватне људске ставове и склоности који мотивишу људе да се понашају у складу с тим нормама (Baier, 1995: 7 ff, 89 ff). Ипак, морални стандарди, било у виду принципа или правила, представљају основне елементе морала, јер су неопходни за одређење садржаја моралних ставова. За разграничење моралних стандарда од других практичких стандарда попут разборитости, друштвене етикеције или права, потребно је да се размотре три њихове одлике (Koller, 1997: 255 ff).

Најпре, морални стандарди су *аутономни стандарди* у смислу да обавезују само особе које их прихватају својевољно. Ово својство разликује их од хетерономних правних норми и друштвене етикеције, али не и од стандарда разборитости и личног укуса. Потом, морални стандарди *претендују на универзално важење* у смислу да их особе које прихватају сматрају важећим и за друге особе. На основу тога, поменути стандарди се разликују од личних жеља, претпоставки разборитости и друштвених обичаја, али не увек и од правних норми. Најзад, морални стандарди имају *нарочиту тежину*, јер се сматрају важнијим од других правила (guidelines) људског понашања, понекад до те мере да преузимају потпуну превласт над њима, као нпр. над стандардима личног укуса и разборитости. Узимајући у обзир поменута својства која остављају простор разноликим замислима морала, могуће је увести два, још

специфичнија концепта морала – с једне стране концепт *конвенционалног* морала и, с друге стране, идеју *рационалног* морала (Körner, 1976: 137 ff).

Конвенционални морал је низ моралних норми које имају ефективно важење у оквиру одређеног скупа људи, без обзира на то да ли је реч о друштвеној групи, друштву, култури или чак човечанству, јер су их признале већине његових индивидуалних чланова као примарни образац понашања. Такве моралне норме, у оквиру одређене друштвене скупине доводе до извесног степена друштвеног притиска који је последица међусобних односа, наиме, одобравајућих или обесхрабрујућих реакција појединаца на понашање других појединаца. Следствено томе, конвенционални морал, мада је базиран на аутономним индивидуалним моралним становиштима, увек има и извесно хетерономно дејство, с обзиром на чињеницу да су његове норме повезане с одговарајућим друштвеним санкцијама које ће се применити чак и према оним појединцима који те норме не прихватају. Наравно, сама чињеница да чланови друштвене целине већински прихватају моралне норме, оставља потпуно отвореним питање разлога прихватања тих норми. Дакле, конвенционални морал може да буде мање или више рационалан, нерационалан (arational) и ирационалан. Међутим, када људи започну критичко сагледавање прихваћених моралних становишта, они превазилазе конвенционални морал и ступају у подручје рационалног морала (Baier, 1995: 214 ff).

Рационални морал је скуп моралних стандарда заснованих на ваљаним разлозима (good reasons)**,** пре него на чистој конвенцији или нон-рационалним (non-rational) уверењима. Моралне норме су засноване на добрим разлозима онда када постоји довољно разлога да се непристрасно и уз разматрање свих релевантних података претпостави да би те норме требало да буду општеприхваћене од свих појединаца као начини уређења људских односа. Без намере да залазим у расправу о различитим концепцијама оправдања морала, претпостављам да уколико посматрање ових норми на општем нивоу, узимајући у обзир све доступно знање о релевантним чињеницама, произведе некакав резлутат, онда ће тај резултат, објективно гледано, бити у складу са свачијим фундаменталним интересима пре него било које друго решење (Habermas, 1996: 59 f).

Ипак, не можемо у потпуности да будемо сигурни да ли је или није неку моралну норму могуће рационално оправдати. То важи и за оне норме које су обично прихваћене из најбољих разлога, јер може бити да постоје разлози који доводе у питање те норме. Ова чињеница, ипак, не оставља простора моралном скептицизму. Наиме, дискурс о моралу је, као и други рационални дискурси, континуирани подухват у коме морамо да размотримо

неку моралну норму у светлу свих разлога који јој стоје у прилог или насупрот ње, како бисмо усвојили оне норме које су засноване на најприхватљивијим разлозима. Стога, идеја рационалног морала има битну улогу у моралном животу, јер нам омогућава критичко сагледавање индивидуалних моралних становишта, као и јавног дискурса о моралу. То је позиција с које можемо да преиспитамо наше појединачне моралне ставове, али и да пажљиво проучимо норме конвенционалног морала. Сходно томе, јавни дискурс о моралу може да се схвати као стално надметање између прихваћеног конвенционалног морала и тежње ка рационалном моралу.

Желео бих у овом тренутку да се осврнем на различите врсте норми које понајвише користе моралу у усмеравању људског понашања. Да би се овај проблем приближио, неопходно је да се присетимо двеју познатих дистинкција које разликују моралне норме у зависности од њихове особене нормативне снаге.

Прва дистинкција, која се јавља и у класичним теоријама природног права, али је познатија из радова Канта и Мила, прави разлику између савршених и несавршених моралних дужности. *Савршене дужности* су строго обавезујући морални захтеви који имају апсолутну нормативну снагу у одређеним околностима и стога би им се, под тим околностима, требало повиновати без изузетка. Парадигматични пример представља општеприхваћена дужност да се друге особе не смеју повређивати. Напротив, *несавршене моралне дужности* су морални захтеви који остављају известан степен слободе у вези с околностима и обимом њиховог испуњења и, из тог разлога, нису строго обавезујуће попут савршених дужности. Према општеусвојеном мишљењу, оваквим дужностима припадају и извесне опште обавезе усмерене на позитивно чињење (positive action) које би, уколико бисмо морали да их извршимо у конкретном случају, биле превелики терет за нас.

Друга дистинкција указује на разлику између *моралних обавеза* у смислу принудних моралних захтева и *суперерогативних (натпросечних, изванредних) идеала (supererogatory ideals)*. За разлику од моралних дужности које се састоје од савршених и несавршених дужности, супрерогативни идеали се односе на начин понашања који се, непристрасно гледано, сматра изузетно исправним и пожељним, али који није морално обавезујући јер његово остварење захтева жртовање које се не може очекивати од сваког појединца. Када се суочимо с кршењем моралних обавеза, постоји навика да се реагује с неодобравањем или осудом, пошто се њихово испуњење подразумева. Насупрот томе, ми не коримо људе који не успевају да се управљају према супрерогативним идеалима, већ пре хвалимо и поздрављамо оне појединце који се истичу узорним чињењем.

Комбинујући поменуте дистинкције које се делимично и преплићу, долазимо до поделе на *три врсте моралног усмеравања* које се разликују према степену нормативне снаге. Називам их ,,стрикним моралним захтевима“, ,,рестриктивним моралним захтевима“ и ,,узорним моралним циљевима“.

(1) Стрикни морални захтеви: Овим захтевима означене су строге моралне обавезе које захтевају известан начин понашања у одређеним околностима, обавезе које имају предност не само над разлозима разборитости (considerations of prudence), него и над неким другим слабијим моралним начелима. Постоје разлози за претпоставку да ова врста моралних захтева подразумева шире прихваћене моралне обавезе усмерене против свих облика чињења зла према појединцима, попут обавезе да се појединци не смеју убијати или повређивати, до оних којима се особа обуздава од превара, односно подстиче на то да поштује туђу имовину, или, пак, одржава обећања. Штавише, сасвим је разумно оснажити неке од ових захтева признајући сваком појединцу извесна основна морална права неповредивости, као што је право на живот, физички интегритет и слободу кретања.

(2) Рестриктивни морални захтеви: Ови захтеви подразумевају начин деловања којим се тежи ка морално прихватљивом стању друштвених односа, а оно се постиже само неким обликом моралне поделе рада. Стога, дужности појединца, када је реч о било каквом појединачном случају, не могу да буду одређене унапред, већ треба да се сузе тако да се њихово испуњење објективно може очекивати. Постоји слагање да се оваква врста захтева углавном састоји од оних општих моралних дужности које захтевају позитивно делање у корист других појединаца према којима не постоји нарочита обавеза, попут милосрдног чињења (нпр. дужност помагања људима у невољи). Извесни аутори сматрају да ниједна друга морална норма не припада овој групи. По мом мишљењу, ипак, несавршеним моралним захтевима могу да се прикључе и они морални захтеви који произлазе из прихватљивог устројства дистрибутивне друштвене правде, јер те потребе једино могу да се остваре преношењем моралних дужности на посебне институције или људе.

(3) Узорни морални циљеви: Реч је о смерницама прихватљивог начина понашања које се сматра веома пожељним, али не може да се захтева од појединаца, јер такав захтев није рационално прихватљив. Примери су корисне активности за људе с посебним потребама које налажу значајна одрицања, херојски подухвати или политички отпор деспотској власти.

Класификација моралних правила омогућава да прецизније одредимо функцију врлине у моралном животу. Моралне врлине,

схваћене као склоности карактера према моралном понашању, имају, пре свега, *основну функцију* да јачају слабу мотивациону снагу моралних норми, које често бивају занемарене под притиском наших личних интереса и склоности. Стварајући ,,унутрашње“ казне кроз осећања чисте или нечисте савести, наше интернализовано морално становиште нам омогућава додатан, мада обично нејак подстицај како бисмо испунили усвојене моралне норме, чак и у случајевима када спољашње казне нису довољне или изостају. Врлине на тај начин доприносе делотворности морала. Пошто ће таква морална становишта да се развијају само у одређеном друштвеном окружењу које их негује и јача, неопходно је да на њих гледамо с поштовањем. Због тога постоји навика да се истичу и похваљују особе за које знамо да су се понашале или се понашају на морално прихватљив начин, а такво понашање не бисмо могли да очекујемо од просечних појединаца.

Када се основна функција моралних врлина примени на три врсте моралних правила о којима је било речи, разликујемо три посебне функције. (1) У случају *стриктних моралних захтева* који су, уопште узев, веома јасни и не превише захтевни, улога врлина је да мотивишу особе на трајно повиновање овим правилима. Иако се подразумева да ће неко да се придржава сопствених стриктних моралних обавеза у одређеним случајевима, не мора да значи да ће се понашати на тај начин све време, дакле и у случајевима када би могао лако да прекрши такве захтеве, а да за то не сноси никакав друштвени укор. (2) Када је реч о *рестриктивним моралним захтевима* који су подложнији занемаривању у односу на стриктне моралне захтеве, јер су, генерално, више обавезујући и мање прецизни, врлине могу да спрече сталну и незанемарљиву тенденцију ка недовољном поштовању обавеза прописаних овим захтевима. Према томе, ми можемо да осетимо морални срам када се суочимо с друштвеном неправдом која проистиче из чињенице да неусаглашено понашање појединаца не успева да оствари морално прихватљиво стање у друштву, срам који може да допринесе реформи друштва. (3) У вези са *узорним моралним циљевима,* моралне врлине служе да мотивишу појединце да се понашају на начин који превазилази њихове моралне дужности, а који је пожељан са опште тачке гледишта (O'Neill, 1993; Gert, 1998: 285 ff).

Толико о значају врлина у контексту морала. Сада бих се осврнуо на однос између права и врлине. У наредном одељку разматраћу да ли и у којој мери право може на легитиман начин да приморава људе да буду честити намећући или подстичући одређене личне наклоности (character disposition).

2. МОРАЛНЕ ФУНКЦИЈЕ ПРАВА

Морал и право имају, у основи, заједнички објект – регулисање друштвених односа међу људима, а служе готово истој сврси – остваривању правичног и функционалног друштвеног живота. Ипак, они се према том објекту односе дивергентно, односно испуњавају ту функцију уз помоћ различитих средстава. Насупрот моралу, право је систем хетерономних норми које су засноване на ауторитативном прописивању пре него на добровољном прихватању, а оно постаје делотворно обично путем формалне принуде, уместо неформалног друштвеног притиска. Ова чињеница, такође, појашњава разлог због кога су правне норме углавном заинтересоване за понашање људи, а не за њихова убеђења и особине (Hart, 1961: 163 ff).

Упркос овим функционалним разликама, сваки закон је повезан с моралом у том смислу што захтева морално оправдање. Такво оправдање је неопходно из два разлога. Пре свега, под одређеним друштвеним околностима у којима конвенционални морал не може у потпуности да обезбеди правичан и стабилан друштвени поредак, установљење адекватног правног система је морални императив по себи који је усмерен ка крајњем циљу сваког права – да обезбеди праведно и просперитетно друштво. Само онда када право захтева строго поштовање сопствених норми уз претњу употребом силе у случају њиховог занемаривања, тада оно претендује на моралну легитимност. Потом, сваки правни поредак мора да узме у обзир морална убеђења адресата како би био прихваћен, иначе не би био довољно делотворан. Правни систем који се сувише удаљава од моралних схватања адресата, доводи тај систем до сталних моралних конфликата који мотивише бројне појединце не само да не прихвате правне норме, већ и да их крше кад год то могу.

Иако сваки правни систем тежи моралном обавезивању и, следствено томе, има потребу за моралним оправдањем, легитимност права ипак се разликује од рационалног оправдања моралних норми. Најпре, формална и уређена сила која је скопчана с применом права чини његову легитимност замршеном – постојање те силе не само да представља отеловљење нечег негативног, већ подразумева и значајну опасност од злоупотребе чије последице и нуспојаве морају да буду уравнотежене с његовом корисношћу. Такође, легитимност правних норми није заснована само на моралним аргументима, већ се у обзир морају узети и критеријуми ефикасности и практичности, из чега произлази да се таква разматрања често разликују од моралног оправдавања.

На основу поменутих својстава правне легитимности, јасно је да извесни строги морални захтеви (нпр. дужности истинољубља) нису толико битни у оквиру права – цена правног спровођења ових захтева би превазишла њихову корисност. Они истовремено указују на то да право није адекватно средство за остваривање личних убеђења, ставова и врлина – коришћење права у ове сврхе неминовно би претворило право у средство терора. У складу с тим, правни систем мора у извесној мери да примењује најосновнија морална правила како би имао морални легитимитет. Стога, није погрешно да се право сматра „етичким минимумом“ (Radbruch, 1999: 47). Овакво одређење, ипак, није сасвим убедљиво, јер морални садржај закона остаје нејасан. Из тог разлога неопходно је да се детаљније сагледа у чему се састоји минимум морала који право треба да заштити.

Приступајући овом проблему можемо се ослонити на Кантову дистинкцију између „дужности права“ (Rechtspflichten) и „дужности врлине“ (Tugendpflichten) које, с његовог становишта, коинцидирају с већ поменутом поделом на савршене и несавршене моралне дужности. Следећи Канта, *дужности права* су оне моралне дужности које могу и морају бити предвиђене као правне обавезе, јер други појединци имају право на њихово испуњење (он је такође био мишљења да су такве дужности савршене моралне дужности). Насупрот томе, Кант је сматрао да *дужностима врлине,* као несавршеним моралним дужностима које нису у вези с корелативним правима, правно санкционисање није неопходно нити допустиво. Потом, Кант је сматрао да су дужности права увек негативне дужности, јер забрањују одређена понашања, док су све дужности усмерене ка позитивном чињењу само дужности врлине којима не може никада да се оправда употреба правне силе. Сходно томе, његов закључак је да само негативне дужности могу да буду санксионисане правом (Kant, 1968: 347 ff, 519 ff).

Такво виђење ипак није убедљиво. Имајући у виду значајне трошкове организовања правне силе, немогуће је очекивати да све моралне дужности буду наметнуте правом, чак и када су повезане с корелативним моралним правима, попут дужности да се други не смеју лагати. Потом, није прихватљиво да све несавршене моралне дужности остану правно нерегулисане, као нпр. дужност да се помогне људима у невољи – право може да развије посебне институције које се брину за њихово спровођење, док се неусаглашеним делањем појединаца оне не могу остварити. Коначно, став да само дужности права или савршене дужности треба да буду правно санкционисане, онемогућила би коришћење закона у сврху постизања *заједничких циљева* који су у општем интересу грађана, али нису морално неопходни, попут обезбеђивања јавних добара (нпр. јавне саобраћајнице, превозна средства, паркови или музеји). У

складу с тим, легитиман правни поредак има много више циљева од оних које признаје Кант. Сматрам да су ти циљеви следећи.

Пре свега, право треба да одреди и силом наметне она основна права и дужности појединаца која проистичу из општеприхваћених *строгих моралних захтева,* дотле док њихово остварење служи заштити основних људских интереса, а премашује негативне последице примене правне принуде. По мом мишљењу, оваква права и дужности не укључују само *негативне дужности немешања (of non-interference)* и њихова корелативна права, већ и неколико скромних *позитивних дужности* попут оне да се помогне у случају опасности, уколико се таква помоћ разумно може очекивати. Потом, правни поредак треба да установи и заштити уређени скуп индивидуалних права и дужности које омогућавају остварење оних *рестриктивних моралних захтева* чија је реализација у суштинском интересу појединаца, а што се једино да остварити координисањем њихових делања на одговарајући начин. То је нарочито тачно за она *позитивна права* и њима корелативне дужности које проистичу из потреба друштвене правде, као што су право на демократско учешће, једнаке могућности и економску правду. Најзад, закон би требало да пропише и заштити индивидуална права и дужности који су неопходни за постизање *заједничких циљева* који захтевају међусобну сарадњу, уколико је одлука о остварењу тих циљева донета на одговарајући начин, па чак и када ти циљеви нису сами по себи морално обавезујући. Тако, закон може да установи права и дужности како би обезбедио јавна добра у корист свих грађана.

С друге стране, легитиман правни поредак има *изричита ограничења* која такође одређује рационални морал. Најпре, право не сме да штити *ексцентричне моралне идеале* који нису усмерени на заштиту основних људских интереса за које су сви људи заинтересовани. Потом, није функција права да штити *узорне моралне циљеве* који, непристрасно посматрано, премашују општеприхватљиве дужности свих људи којих се тичу. Коначно, право није легитимно средство за спровођење личних моралних убеђења или моралних врлина.

Да право не сме да штити *ексцентричне моралне идеале* као што је забрана лаких дрога или спречавање хомосексуалних веза, непосредно произлази из његовог крајњег циља – да гарантује правичан друштвени поредак. Правна заштита таквих идеала ствара значајна оптерећења оним појединцима који их не деле, а да при том не служе остварењу општеприхваћених заједничких циљева. Чак и када се извесни *узорни морални циљеви* могу чинити опште пожељним, није задатак права да их штити уколико они превазилазе *моралне дужности* које разумно могу да се очекују од про-

сечних појединаца (нпр. донирање бубрега особи којој је неопходан или спасавање неког уз ризик губитка сопственог живота). Наметањем таквих узорних начина понашања, правни поредак би захтевао превише од својих субјеката и тиме би створио такво друштвено стање које је чак мање пожељно него трајно постојање оних опасности које би се можда могле умањити наметањем таквих начина понашања. Ниједна правна принуда није подесно средство за остварење *моралних врлина*, јер сваки покушај постизања оваквих циљева неумитно води, у најбољем случају, јавном лицемерју или чак потпуној репресији слободне мисли.

То не значи да право уопште не може да допринесе унапређењу моралних врлина. Баш напротив – моралне врлине ће се тешко развијати без правног поретка који их подстиче. Па ипак, његов допринос се пре састоји у *индиректној* него у директној заштити врлина. Постоје најмање две могућности.

Најпре, правни поредак може да допринесе развоју моралних врлина успостављајући такав оквир за социјалне односе у којем морално делање иде у прилог, а не на штету појединаца. То постаје особито очигледно у случајевима када овакав оквир услова не постоји: у друштву у којем доминира корупција, безакоње и неправда, појединци имају мало подстрека да развијају моралне назоре као што су поштење, поузданост, правичност, поверење и добронамерност, јер би им они само штетили. Насупрот томе, правни поредак коме, све у свему, пође за руком да одврати људе од непоштења, неправичности, експлоатације и томе слично. подржаће несметано ширење (diffusion) моралних врлина, чинећи их корисним за своје субјекте. Стога је легитиман и функционалан правни поредак неопходан предуслов настанка и постојаности моралних врлина, чак и кад није његов задатак да их штити.

Потом, правни поредак може да унапређује моралне врлине путем обезбеђивања подесних позитивних подстицаја. Тај циљ се може постићи на различите начине који подразумевају примену одговарајућих видова образовања, подстицање пожељних друштвених активности мерама посебног награђивања људи који су се истакли похвалним понашањем. Тако, на пример, правни поредак може подржати активности појединаца у добротворним установама путем пореских олакшица, доприносити атмосфери толеранције и солидарности регулисањем јавног образовања, охрабривати јавни дух и приврженост демократији целисходним уређењем процедура политичког одлучивања и грађанских права и слично. Истина је да мере којима се обезбеђују овакви позитивни подстицаји захтевају расходе који се морају прикупити од чланова дате заједнице и то употребом правне принуде. Како је ова принуда, пак, по природи индиректна и слаба, она може бити оправдана аргументом да су

моралне врлине које она унапређује, вредно јавно добро које напослетку доприноси свим члановима друштва.

Толико о вези између морала и права уопште и питању да ли и у ком степену право може да штити моралне врлине. Што се тиче правне заштите врлина, мој закључак је *негативан*. У овом тренутку осврнућу се на питање да ли и у ком степену правни поредак потребује моралне врлине од својих званичника и адресата да би адекватно функционисао.

3. ЗНАЧАЈ ВРЛИНЕ ЗА ПРАВО

Утицајан приступ у модерној социјалној филозофији, приступ који се може пронаћи у радовима Томаса Хобза, а који је и данас заступљен у оквиру такозване *теорије racionalnog избора,* започиње претпоставком да су људска бића, уопште узев, рационални егоисти који теже искључиво остваривању личних интереса и стога увек делају на начин који увећава њихову личну корист (Elster, 1986).

Ако се поменути приступ примени на питање како достићи стабилну и добро уређену друштвену коегзистенцију међу појединцима, тај приступ препоручује гледиште да такав поредак не потребује ништа више него правни систем који путем адекватних негативних и позитивних санкција у облику казни и награда (gratifications), подстиче своје адресате да се понашају у сопственом интересу, на начин који води до жељених резултата. Тачније, стабилан и добро уређен друштвени поредак је могућ само ако право обезбеди такве оквирне услове људске интеракције који пружају корист сваком појединачном члану који се понаша на начин којим доприноси остварењу таквог поретка. Следствено томе, ефикасан правни систем би требало да буде осмишљен тако да буде подесан и за оне појединце који теже искључиво остварењу сопствених интереса и немају моралних скрупула.

Такво становиште ми се чини оправданим уколико се схвати у смислу да правни поредак не би требало да се ослања на честитост његових субјеката, већ треба да ствара оквирне услове друштвене интеракције којима се појединци, с обзиром на њихове личне интересе, охрабрују да делају на начин који води жељеном друштвеном стању ствари. Овако схваћен, он је засигурно способан да рачуна и на најтежи случај и да створи правна правила и институције које постижу своје циљеве чак и када људи углавном следе сопствене интересе не водећи рачуна о моралу.

Ипак, поменуто гледиште је од стране многих присталица строгог racionalnog избора, од Хобза и Спинозе до Герија Бекера

(Becker) и Џејмса Бјукенена (Buchanan), тумачено у строжијем смислу, наиме, у смислу да мирољубив и користан правни поредак може бити јемчен само средствима правне регулативе, без помоћи одговарајућих моралних ставова појединаца (Becker, 1976; Buchanan, 1975). Стриктно схваћено, то гледиште не подразумева веома разумну препоруку да приликом стварања правних правила и институција, треба да се рачуна с најтежим случајем. Пре би требало рачунати с јаким полазиштем да правни поредак који добро функционише може да настане и да траје, чак и кад су сви људи пуки егоисти, без имало моралне мотивације. Ова позиција ми се чини потпуно погрешном. Сматрам да јој се може упутити барем пет примедби.

Прво, санкције које правни систем може да употреби да би утицао на понашање својих субјеката, посебно мере принуде и кажњавања, свакако нису довољне да обезбеде подстицаје да се појединци драговољно повинују праву онда кад свако следи само сопствене интересе. Јер које год средство принуде правни поредак користио, увек ће преостати много могућности да се његове заповести прекрше без ризика од последица, и што више средстава право мобилише да би умањило такве могућности, то његове одредбе постају рестриктивније, а трошкови правне принуде виши. Уколико је страх од правне принуде једини подстицај појединцима да се повинују закону, примена закона не би била само изузетно слаба и непотпуна, већ би и расходи таквог подухвата лишили право сваког легитимитета. Сходно томе, правни поредак не може у довољној мери да функционише без помоћи одговарајућих грађанских врлина, као што су осећај правичности, поштење, искреност и јавни дух његових субјеката, јер оне представљају допуну законским претњама (Baurmann, 1996: 261 ff; Höffe, 1999: 195 ff).

Друго, ефикасно и екстензивно примењивање закона подразумева вољност појединаца да сарађују с правним институцијама које примењују принуду (нпр. полиција и судови). Но, зашто би они то чинили? Тачно је да су у бројним случајевима неки појединци лично заинтересовани за такву врсту сарадње, јер им спровођење правних одредби иде у прилог. Такође може да буде тачно да већина људи, иако их се то лично не тиче, има, дугорочно гледано, индиректну корист од доброг функционисања правног поретка. Сарадња с правним институцијама, с друге стране, проузрокује и одређене трошкове и неповољности – губитак времена, често и материјалних средстава, а понекад и животну угроженост. Пошто такве последице не тако ретко превазилазе очекивања појединца када је реч о корисности спровођења закона, што нарочито важи у случају када не постоји лични интерес, поставља се питање како правна принуда уопште може да функционише. На ово питање не може се задовољавајуће одговорити ако претпоставимо да сви

људи стварно теже остваривању само сопствених интереса. У складу с тим, ефикасно спровођење закона може да се постигне само уколико постоји довољан број појединаца који су, бар у неким случајевима, вољни да допринесу том спровођењу у корист правичности, занемарујући сопствену корист (Pettit, 1990).

Треће, сваки правни поредак опстаје или пада на питању осећаја за правду његових највиших званичника, као што су водећи политичари, судије и службеници, јер не постоји начин да се они повинују праву само путем законских претњи. Постоји адекватан начин којим може да се умањи ризик од злоупотребе законских овлашћења њеним распоређивањем на више независних институција које контролишу једна другу. Ипак, овакав метод не може у потпуности да спречи сваку злоупотребу законских овлашћења нити да међу носиоцима правног поретка створи афирмативни став према постојећем правном поретку. Стога, правни систем неће моћи да функционише адекватно без тежње његових носилаца да поштују његове принципе и да га бране од корупције (Hart, 1961: 107 ff). Јасно је да таква тежња не проистиче само из личних интереса, већ треба да буде подржана моралним склоностима, јер у супротном, тешко да би било објашњиво зашто, када се занемаре остале околности, неки званичници бескрупулозно користе сопствену моћ зарад личне користи, док се други одупиру таквим изазовима и труде се да врше своје дужности на најбољи могући начин. Дакле, правни поредак ће функционисати добро само под претпоставком да се барем део његових носилаца – судија, службеника, чланова владе – управља према моралним врлинама укључујући оданост закону, правичност, лични интегритет, непристрасност, исправност и истинољубивост.

Четрврто, да би правни поредак био делотворан, потребан је некакав организовани ауторитет који у развијеним друштвима поприма облик државе која располаже монополом принуде. Ова чињеница, пак, указује на могуће опасности од злоупотребе моћи која се пропорционално повећава с порастом степена концентрације такве моћи у рукама тог ауторитета. Како би се сузбила опасност те врсте, неопходна је ефективна контрола моћи коју, у извесној мери, могу да спроводе посебне правне институције, али је пожељна и преданост грађанства (Baurmann, 1996: 176 ff). Ако претпоставимо да грађани имају рационалан лични интерес у јавној контроли државне моћи, он је недовољан да би их усмерио ка одређеним активностима, јер, у већини случајева, оптерећење које такве активности намећу премашује њихову корисност. Сходно томе, појединци се сусрећу с *проблемом сарадње* и неизоставно западају у замку уколико свако од њих тежи сопственој користи. Дакле, јавна контрола моћи не постоји, осим уколико не постоји довољан број грађана који се не управљају само према личним интересима, већ

и према моралним побудама као што су политичко ангажовање, добронамерност, истинољубивост и храброст (Höffe, 1999: 208 ff).

Коначно, моралне врлине су неопходне у процесу правног развоја усмереног на остварење правичног и ефикасног правног поретка. Такав процес обухвата два елемента – прво, адекватну законодавну процедуру која је прихватљива за већину чланова правне заједнице, чиме би и њени резултати били прихватљиви, а потом и јавну расправу у којој би грађани формирали своје мишљење и постизали сагласност у вези с правном регулативом која се односи на све њих. Како законодавна процедура, тако и јавна дебата, довешће до прихватљивих резултата само онда када су учесници спремни да се у извесном степену дистанцирају од сопствених интереса да би се установио заједнички интерес свих грађана (Habermas, 1996: 277 ff). Међутим, то не би било могуће уколико се појединци увек понашају као чисти егоисти. Дакле, успешна законодавна процедура такође почива на предуслову да су појединци способни да ускладе сопствене интересе с интересима других на непристрасан начин, као и да признају правне норме као општеприхватљиве. Поред тога, неопходан је и довољан број грађана и политичара који имају интернализоване моралне склоности, од којих су од посебне важности толеранција, поштење, осећај за опште добро и приврженост њему (Höffe, 1999: 199 ff).

Уколико су дате претпоставке исправне, из тога произлази да ефикасан правни поредак мора да почива на моралним нормама које постоје на страни његових званичника и субјеката, и то из неколико разлога. Укратко, те моралне врлине су потребне ради постизања следећих циљева: (1) отклањања слабости и недовољне подстицајности правних мера, (2) омогућавања поштовања правних норми у целости, (3) повиновања носилаца правног поретка закону, (4) гарантовања неопходне контроле правне моћи и (5) омогућавања адекватног процеса правног развитка. Дакле, правни поредак не може да функционише добро уколико његови субјекти не поседују моралне врлине. Такав закључак намеће извесна питања на која ћу се укратко осврнути.

Покушао сам да аргументујем став да су за добро функционисање правног поретка потребне и моралне врлине које не могу да се остваре путем правне присиле. Стога, право зависи од моралних ресурса који морају да буду обезбеђени од стране *цивилног друштва* – друштвене заједнице заинтересованих појединаца. Из овог унеколико парадоксалног резултата следи питање – како цивилно друштво може да створи моралне врлине неопходне да обезбеде добро функционисање правног поретка. То је комплексно питање на које немам најадекватнији одговор, уколико је одговарајући одговор уопште могућ. Ипак, хтео бих да поменем три

неизоставна чиниоца када је реч о стварању моралних назора – морално ојачавање (empowerment), јавни дискурс и друштвена солидарност.

Под *моралним ојачавањем* подразумевам формирање, охрабривање и јачање основних моралних својстава (capacities) кроз подстицајну друштвену праксу, уместо проповедања моралних врлина и норми. Оваква својства која спајају когнитивне и емотивне ставове, углавном подразумевају следеће: наклоност према разумевању с другим људима, спремност да се непристрасно размотре интереси других и да се са њима усагласе сопствене жеље, способност делања у складу с друштвеним правилима и порецима који изгледају општеприхватљиво и на крају, али не мање важно, навику да се у односу на негативне или позитивне појаве у окружењу адекватно емотивно реагује, примера ради, кроз осећања задовољства, кривице, стида, сажаљења и озлојеђености. Ова својства нису урођена нити настају природним путем. Она се пре свега развијају и цветају у друштвеним окружењима у којима се појединцима од рођења преносе путем усмеравања испуњеног разумевањем и љубављу, а оснажују се кроз друштвену праксу (Rawls, 1971: 453 ff).

Чак и кад већина чланова правне заједнице поседује основна морална својства, то не значи да они имају истоветну замисао правичности и делотворног правног поретка. Такав поредак захтева *јавни* морал, односно скуп широкоприхваћених основних моралних стандарда. Једино прихватљиво средство стварања и обнове јавног морала јесте процес *јавног дискурса*, који мора да буде доступан свима којих се тиче и који мора да буде осетљив за сваки разумни интерес. Такав дискурс може да подстиче морални консензус, јер не само што учесницима омогућава приступ информацијама о релевантним чињеницама и аспектима проблема који се разматрају, већ остварује такво стање у коме они морају међусобно да се поштују, као и да покушају да се сложе око уређења заједничких послова. У зависности од степена таквог слагања, прихваћене моралне норме ће добити на значају, јер постоји већа вероватноћа да ће њихово поштовање или кршење произвести адекватну друштвену реакцију, било позитивну или негативну (Habermas, 1992: 399 ff).

Подстицајна снага моралних норми, такође има своја ограничења. Генерално, њихова снага зависи од обима узајамности у везама између људи. Стога, јавни морал захтева друштвени свет у којем се појединци осећају повезани нитима *друштвене солидарности,* заједничким интересом у савладавању својих егзистенцијалних проблема заснованом на делотворној друштвеној пракси. Без такве идеје, установљење широкоприхваћеног политичког и правног поретка тешко може да успе, пошто глас морала не би био

довољно снажан да скрене пажњу са себичних партијских интереса и њихове борбе за привилегије и моћ. Стога је важан задатак да се створи и сачува клима друштвене солидарности да би настале моралне врлине без којих добро уређен правни поредак не може да постоји.

Превео Милош Здравковић

ЛИТЕРАТУРА

Ackrill, John L. (1995). ,,Aristotle on Eudaimonia“, u: Otfried Höffe (ed.), *Aristoteles. Die Nikomachische Ethik*, Berlin: Akademie Verlag, 39–62.

Aristotle (NE). *Nicomachean Ethics*.

Baier, Kurt (1995). *The Rational and the Moral Order. The Social Roots of Reason and Morality,* Chicago and La Salle, Ill.: Open Court.

Baurmann, Michael (1996). *Der Markt der Tugend,* Tübingen: J.C.B. Mohr.

Becker, Gary S. (1976). *The Economic Approach to Human Behavior,* Chicago: University of Chicago Press.

Buchanan, James M. (1975). *The Limits of Liberty,* Chicago – London: University of Chicago Press.

Chapman, John W. & William A. Galston, eds. (1992). *Virtue,* New York: New York University Press.

Crisp, Roger & Michael Slote, eds. (1997). *Virtue Ethics,* Oxford: Oxford University Press.

Elster, Jon, ed. (1986). *Rational Choice*, New York: New York University Press.

Gert, Bernard (1998). *Morality. Its Nature and Justification,* New York – Oxford: Oxford University Press.

Habermas, Jürgen (1992). *Faktizität und Geltung,* Frankfurt/Main: Suhrkamp.

Habermas, Jürgen (1996). *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie,* Frankfurt/Main: Suhrkamp.

Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law,* Oxford: Clarendon Press.

Höffe, Otfried (1998). ,,Aristoteles' universalistische Tugendethik“, u: Klaus Peter Rippe & Peter Schaber (eds.), *Tugendethik,* Stuttgart: Reclam, 42–68.

Höffe, Otfried (1999). *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung,* München: C.H. Beck.

Kant, Immanuel (1968). *Metaphysik der Sitten* (1797), Werkausgabe vol. VIII, ed. Wilhelm Weischedel, Frankfurt/Main: Suhrkamp.

Kersting, Wolfgang (1989). ,,Pflicht"; ,,Pflichten, unvollkommene/vollkommene"; ,,Pflichtenlehre"; ,,Pflichtethik, deontologische Ethik", y: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, vol. 7, Basel/Stuttgart: Schwabe, 405–439, 456–460.

Koller, Peter (1994). ,,Moral Conduct Under Conditions of Moral Imperfection", y: Herlinde Pauer-Studer (ed.), *Norms, Values, and Society,* Dordrecht – Boston – London: Kluwer Academic Publishers, 93–112.

Koller, Peter (1997). *Theorie des Rechts. Eine Einführung,* drugo izdanje, Wien – Köln – Weimar: Böhlau Verlag.

Körner, Stephan (1976). *Experience and Conduct,* Cambridge: Cambridge University Press.

O'Neill, Onora (1993). ,,Duties and Virtues", u: A. Phillips Griffiths (ed.), *Ethics,* Cambridge: Cambridge University Press, 107–120.

Pettit, Philip (1990). ,,Virtus Normativa: Rational Choice Perspectives", *Ethics,* 100: 725–755.

Radbruch, Gustav (1999). *Rechtsphilosophie* (1932), Studienausgabe, ed. Ralf Dreier/ Stanley L. Paulson, Heidelberg: C.F. Müller.

Rawls, John (1971). *A Theory of Justice,* London – Oxford – New York: Oxford University Press.

Stratman, Daniel, ed. (1997). *Virtue Ethics. A Critical Reader,* Edinburgh: Edinburgh University Press.

Peter Koller

LAW, MORALITY AND VIRTUE

Summary

In recent times, the concept of virtue has regained a prominent role in public discourse and in academic ethics as well. However, it has not yet been dealt with very much in contemporary political theory and legal philosophy. This paper aims at clarifying the relationships between law and moral virtues in two respects. First of all, there is the question as to whether and to what extent the law may urge its addressees to be virtuous by enforcing or fostering the respective character dispositions. The second question is whether and to what extent a well-functioning legal order is dependent on moral virtues of the citizens. As to the first question, the paper defends the widely shared view that a legitimate legal system must not enforce virtues

and may foster them only to a limited extent. This view results from considering the proper aims of the law: determining and enforcing the rights and duties that are based on fundamental moral obligations; establishing and enforcing arrangements of rights and duties that aim at the fulfillment of weak moral obligations that are not sufficiently realized by individual action without coordination; and establishing duties which are justified by generally acceptable policies, such as the provision of public goods. By contrast, the discussion of the second question leads to the result that a legal order will operate appropriately only if it is backed by supportive moral virtues of the citizens. In order to show this, it is argued that law would necessarily fail when its officials and addressees were pursuing nothing more than their self-interests. Particularly, virtues are necessary for strengthening the force of legal threats, making possible an effective enforcement of legal norms, preventing superior legal officials from corruption, submitting the exercise of legal powers to sufficient public control, and providing moral attitudes for an appropriate process of legislation. As a result, law does rely on civic virtues which it cannot produce by itself.

Key words: *Morality. – Virtue. – Aims of Law. – Rights and Obligations.*

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНЦИ

УДК 347.56:614.253

Јаков Радишић

САРАДЊА ЛЕКАРА РАЗЛИЧИТИХ СПЕЦИЈАЛНОСТИ И ЊИХОВА ОДГОВОРНОСТ

Модерна медицина почива претежно на тзв. тимском раду лекара различитих специјалности и строгој подели задатака међу њима. Међутим, тимски рад скрива у себи и специфичне изворе опасности од лекарских грешака. Стога се у пракси поставило питање да ли поред одговорности сваког појединца за властите грешке у раду, долази у обзир и одговорност због грешака осталих учесника у тиму, тј. суодговорност? У одговору на то питање аутор излаже одређена, општеприхваћена гледишта у медицинској и правној науци и поткрепљује их конкретним примерима из праксе немачких судова.

Кључне речи: *Хоризонтална подела рада. – Начело поверења. – Интердисциплинарна сарадња. – Одговорност.*

А. УВОД

1. Савремену медицину карактерише мноштво признатих стручних области које изискују научну специјализацију и субспецијализацију. Међутим, наспрам специјализације у медицини, ипак, стоји начелна недељивост људског организма, која захтева сарадњу лекара различитих струка. Без те сарадње, делотворна медицинска помоћ једва да је могућа. Представници разних грана медицине међусобно се допуњавају и упућени су једни на друге. Лекари појединих струка све више раде заједно, као један тим који опслужује истог пацијента. Тако, на пример, радиолози и лабораторијски лекари подржавају интернисте и хирурге приликом дијагностике, хирург и анестезиолог сарађују у операционом тиму, а педијатар и акушер се допуњавају у *неонаталној* области[1].

1 Elmar Biermann, ,,Haftung bei Zusammenarbeit von Aerzten verschiedenen Gebiete aus juristischer Sicht“, *Zeitschrift für ärztliche Fortbildung*, бр.6/1995, стр.626.

2. Стално ширење и продубљивање специјалних знања и искустава у одређеној стручној области, као и употреба све сложенијих медицинских апарата, не значе само „благослов“ који гарантује велике успехе медицине; оно скрива у себи и „проклетство“ у облику специфичних извора опасности[2]. Наиме, у сваком тимском раду присутни су типични ризици сарадње. Ти ризици могу проистицати из недостатка квалификације и искуства појединих учесника, из недовољне комуникације и сарадње, и из непотпуне међусобне усклађености предузетих мера. Сем тога, могући су и пропусти у организацији, тако да се њоме не гарантује ни сигурност ни контрола[3]. Грешке које настају на тај начин, могу се систематски описати као: 1) недостаци у комуникацији, 2) недостаци у координацији, 3) недостаци у квалификацији, и 4) недостаци у разграничењу надлежности[4].

3. Многоврсност извора грешака у заједничком раду лекара различите струке, као и лекара и њихових помоћника, скрива не само опасности по пацијента, него и опасности од одговорности због лекарских грешака. Са порастом броја лица која су у конкретном случају укључена у старање о пацијенту, *разједињеност међу њима бива већа, па се зато повећава и ризик од грешака*. Стога се нужно поставило питање: да ли поред одговорности због властитих грешака које су се поткрале, долази у обзир и одговорност због грешака осталих учесника, тј. *суодговорност*. У начелу, на то питање следи негативан одговор. Сматра се да би било неподношљиво и нецелисходно ако би сваки лекар који учествује у заједничком раду одговарао *увек* због непрописног поступка и непажње сваког другог учесника[5], тј. ако би међу њима постојала *солидарна одговорност*. Ипак, има места *ограниченој одговорности појединца за целину старања о пацијенту*. При утврђивању граница те одговорности води се рачуна да она буде разумна и подношљива за лекаре, али да се у исти мах гарантује и потребна сигурност пацијента. Такво ограничење одговорности данас је општеприхваћено и у медицинској и у правној науци. Оно се постиже помоћу два мерила: *начела стриктне поделе рада у медицини и начела поверења*[6].

Б. НАЧЕЛО СТРИКТНЕ ПОДЕЛЕ РАДА У МЕДИЦИНИ

1. Успешна сарадња међу учесницима у заједничком медицинском подухвату налаже стриктно разграничење њихових надлежно-

2 Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, Heidelberg, 1988, стр. 91.

3 Adolf Laufs, „Die vertragliche Haftpflicht des Arztes und des Krankenhausträgers“, у: Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, 3. Auflage, München, 2002, стр. 948.

4 Ulsenheimer, *исто*, стр.91.

5 *Isto.*

6 *Исто*, стр. 92

сти. При томе се обично разликују *хоризонтална* и *вертикална* подела рада. Хоризонтална подела рада подразумева разграничење медицинских задатака између сарадника *једнаког ранга*, тј. лица која, барем формално, *поседују једнака стручна знања и једнаке способности*. Такав је случај кад више лекара специјалиста суделује у једном тиму (на пример, хирург као оператор и анестезиолог). Вертикална подела рада постоји међу сарадницима који стоје у односу *надређености* и *подређености*, тако да су подређени дужни да се придржавају наредби и упутстава које им издају надређени. Сем тога, надређени су обавезни да контролишу рад подређених. Такав однос постоји, на пример, између лекара и помоћног медицинског особља, између оператора и анестезиолога на једној страни, и инструменталисте, на другој страни[7]. Али хијерархијски однос је могућ и између самих лекара који раде у истој медицинској установи (на пример, главни лекар и начелник одељења). У даљем излагању говорићу искључиво о сарадњи лекара која се темељи на начелу хоризонталне поделе рада. Сарадња на темељу вертикалне поделе рада тема је за себе, и о њој може бити речи неком другом приликом.

2. У систему хоризонталне поделе рада лекар сваке струке надлежан је за задатке који му према специјализацији припадају, и нико из друге стручне гране *нема ни право ни обавезу да му издаје упутства за рад и да га надзире*. Али границе између неких стручних области су флуидне и могућа су преклапања. У случају преклапања подручја задатака, могућ је и *позитиван и негативан сукоб надлежности*, али је за пацијента овај други опаснији. *Те зоне преклапања уређују се поделом задатака у свакој здравственој установи, а понекад и индивидуалним споразумима између лекара који учествују у заједничком раду*. Сем тога, у неким земљама постоје и *генерални споразуми* које закључују одговарајућа стручна удружења лекара[8]. *Специфичне опасности које проистичу из хоризонталне поделе рада дужан је да сузбија сваки лекар који суделује у тиму. Негативни сукоб надлежности и празнине у погледу одговорности за пацијента не смеју постојати*. Због претераног, недовољног или погрешног медицинског третмана пацијента који се заснива на тим пропустима, учесници свих струка *одговарају солидарно*, уколико не оповргну претпоставку о својој кривици[9].

7 Peter Schick, „Die strafrechtliche Verantwortung des Arztes“, у: Wolfgang Holzer, Willibald Posch, Peter Schick, *Arzt-und Arzneimittelhaftung in Oesterreich*, Wien, 1992, стр. 108.

8 Laufs, *исто*, стр. 948.

9 Erich Steffen, *Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht*; 4. Auflage, Köln, 1990, стр. 72.

3. У раније време владало је схватање да је одговорност лекара који раде у тиму *недељива*[10]. Међутим, у модерном облику организације заједничког рада лекара и нелекарског особља прихваћено је становиште о дељивости подручја њихове одговорности. Важи, наиме, принцип *појединачне или властите одговорности*, тако да сваки лекар специјалиста сноси сам одговорност за све задатке који су му поверени да их самостално обавља, на основу образовања или функције[11]. Чак и кад је реч о сарадњи лица неједнаких квалификација, свако од њих одговара *само* за властите поступке и грешке. Тако, на пример, ако медицинска сестра лекару који оперише дода омашком погрешан шприц, она занемарује пажњу која се од ње очекује, а не пажњу коју дугује оператор; није *његова*, него је *њена* радња којом суделује у операцији непрописна и противправна[12]. Стога је она одговорна за штету која је узрокована пацијенту.

В. НАЧЕЛО ПОВЕРЕЊА

1. Као наличје одговорности за властите поступке, у систему стриктне поделе рада следује и *начело поверења*, које је најпре било прихваћено у саобраћајном, а потом и у медицинском праву. Оно се примењује, пре свега, у условима хоризонталне поделе рада, а модификовано је и у условима вертикалне поделе[13]. По том начелу, свако ко суделује у медицинском третману над истим пацијентом може се поуздати у то да сви остали учесници своје задатке извршавају *зналачки и са дужном пажњом*. „Веровање у то да ће други своје дужности испуњавати, није у колизији са властитом обавезом, јер ни искуство које је меродавно за верујућег нити његове посебне могућности сазнања не треба веру да му пољуљају“[14]. У противном, тимски рад лекара био би потпуно бескористан. Ако би, на пример, пажња коју дугује оператор подразумевала потребу преиспитивања сваког налаза интернисте који је надзирао припрему пацијента за операцију, оператор би морао сам да прибави сваки налаз. Тада се не би ништа уштедело у раду, и то би противречило специјализацији која оправдава тимски рад[15].

10 Ulsenheimer, *исто*, стр. 92.

11 *Исто*.

12 Dorothee Wilchelm, „Probleme der medizinischen Arbeitsteilung aus strafrechtlicher Sicht“, *Medizinrecht*, бр. 2/1983, стр. 50.

13 Видети о томе: Walter Weissauer, „Arbeitsteilung und Abgrenzung der Verantwortung zwischen Anästhesist und Operateur“, *Der Anastesist*, бр. 11/1962, стр. 239.

14 Eberhard Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939, стр. 193.

15 Schick, *исто*, стр. 108.

2. Само изузетно, кад сарадник у конкретном случају *очигледно* није дорастао својим задацима (на пример, услед опијености, болести, пренапрегнутости или исцрпљености), и кад се налази у стању које му очито више не допушта да уредно испуњава задатке, поверење у њега може се преобратити у сумњу и неповерење[16]. Тада, уместо личне одговорности сваког учесника за своју област рада, долази до *изузетне солидарне одговорности за целину*[17]. У таквим ситуацијама, сваки лекар је дужан да, независно од своје стручне компетенције, отклони штету која би за пацијента могла проистећи због очигледне грешке његовог колеге или персонала за негу болесника[18]. Ова правила важе и за кривичну и за грађанску одговорност[19], како због лекарске грешке у лечењу, тако и због мањкавости у обавештавању пацијента.

Г. ПОСЕБНИ СЛУЧАЈЕВИ ИНТЕРДИСЦИПЛИНАРНЕ ЛЕКАРСКЕ САРАДЊЕ

Најчешћи облик интердисциплинарне сарадње јесте сарадња између ординирајућег лекара и лекара специјалисте коме је он упутио пацијента. Сем тога, лекар специјалиста може бити ангажован само као конзилијар који својим *саветима* помаже ординирајућем лекару. Најпосле, у пракси је типична сарадња између хирурга и анестезиолога. На ова три облика сарадње посебно ћу се осврнути.

I. Специјалиста коме је пацијент упућен

1. Лекар специјалиста, коме је ординирајући лекар упутио пацијента, ради *самостално* и, по правилу, једино је одговоран због грешке коју је начинио; он нема положај помоћника у испуњењу обавезе коју дугује ординирајући лекар. Стога ординирајући лекар, начелно, не одговара због пропуста у раду специјалисте, осим у случају кад је настанку грешке допринео својим мањкавим обавештењем или мањкавом сарадњом. Сем тога, могао би одговарати и због кривице у избору (*culpa in eligendo*), али ће то у интердисциплинарној сарадњи бити редак случај[20]. Тако је, на пример, један виши суд у Немачкој одлучио да се лекар специјалиста за женске болести може, начелно, ослонити на стручно знање и пажњу специјалисте-- патолога који ради самостално и на сопствену одговорност. Болнице и начелници њених одељења нису дужни да пре

16 *Исто*.
17 Ulsenheimer, *исто*, стр. 94.
18 *Исто*.
19 Laufs, *исто*, стр. 949.
20 Biermann, *исто*, стр. 628.

сарадње са патологом изван болнице провере његову личност и медицинско умеће[21].

2. Исто тако, лекар који је пацијента упутио радиологу може да се ослони на своје веровање да је радиолог све мере прописно предузео и да је вредност туђих налаза исправно користио[22]. Или: ако у одељењу за интензивну негу изостане лечење прелома пацијентове кости, зато што је радиолог приликом „читања“ рендгенског снимка превидео прелом, то повлачи његову одговорност, а не одговорност анестезиолога који је надлежан за интензивну негу. Радиолог одговара због грешке која се приликом тумачења снимка могла избећи, уколико је његов налаз био одлучујући за операцију која према исправној оцени снимка не би ни била неопходна[23]. Само у случају кад ординирајући лекар (на пример, оператор) може боље да протумачи рендгенске и друге техничке слике него радиолог, и да њихову вредност искористи, треба дијагнозу и налаз специјалисте још једном да преиспита. Контрола оператора сматра се потребном ако је могућа, и ако је оперативни захват тежак и опасан[24]. С друге стране, радиолог се, по правилу, може ослонити на своје веровање да је лекар специјалиста, који му је пацијента упутио, проверио индикацију дијагностичких мера и потврдио према правилима лекарске вештине. Штавише, он је дужан да се ослони на индикацију коју је поставио лекар који му је пацијента упутио, „јер сам није у стању да има преглед свих специјалних питања из различитих области медицине и да њима влада“[25].

3. Међутим, ниједан лекар који учествује у интердисциплинарној сарадњи не сме „отворених очију“ да прихвати опасност по свог пацијента, уколико је неки други лекар, по његовом мишљењу, нешто погрешно учинио или ако барем озбиљно сумња да би се могло радити о грешци. Тада су границе начела поверења достигнуте и солидарна одговорност поново оживљава[26].

Ево једног примера који ће то појаснити: интерниста је код пацијента дијагностиковао *хидраргирозу* (тровање живом) и утврдио да су узрок томе амалгамска пуњења у 13 пацијентових зуба. Стога је пацијента упутио стоматологу који је извадио свих 13 зуба.

21 Пресуда *Врховног земаљског суда у Hamm-у*, од 6.5.1998, објављена у Medizinrecht, бр. 1/1999, стр. 35-36.

22 Пресуда *Врховног земаљског суда у Hamm-у*, од 27.1.1992, објављена у *Medizinrecht*, бр. 2/1993, стр. 187.

23 Пресуда *Врховног земаљског суда у Düsseldorf-у*, од 31.7.1987, објављена у *Versicherungsrecht*, бр. 4/1989, стр. 191.

24 Rumler-Detztel P., „Arbeitsteilung und Zusammenarbeit in der Chirurgie. Rechtliche Verantwortlichkeit“, у: Häring R. (редактор), *Chirurgie und Recht*, Berlin, 1993, стр. 209.

25 *Одлука Врховног земаљског суда у Düsseldorf-у*, од 30.6.1983. (Наведено према Biermann-у, *исто*, стр.628.

26 Одлука *Савезног врховног суда Немачке*, од 8.11.1988 (Наведено према Biermann-у, *исто*).

Каснијим вештачењем установљено је да је требало извадити само два зуба, и да је 11 зуба извађено непотребно. Испитивање је показало да у коренима повађених зуба није било повећане токсиколошке супстанце која је вредна помена[27]. Пошто пацијент није могао пуноважно да се сагласи са вађењем здравих зуба, намеће се питање ко је у овом случају одговоран што је до тога дошло: *стоматолог, који је зубе извадио, или интерниста, који је погрешно поставио индикацију за њихово вађење*. Ако је процена интернисте према стању медицинске науке и искуства била *очигледно погрешна*, његова одговорност је несумњива. Али, уколико је и стоматологу морало бити јасно да мера коју је предложио интериста није медицински индикована, долази у обзир и његова одговорност[28].

II. Лекар специјалиста у улози конзилијара

1. У случају потребе, ординирајући лекар може да позове у помоћ конзилијара, тј. другог лекара који располаже специјалном техником и специјалним знањима, које ординирајући лекар не поседује. Конзилијар има улогу *саветника у односу на лекара који му се обратио за помоћ, тако да он не постаје судеоник у медицинском третману над пацијентом*. Надлежан за обавештење, надзор и старање о пацијенту остаје и даље онај лекар који је пацијента дотле надзирао, на чијем је одељењу пацијент био. Другим речима, савет конзилијара не ослобађа ординирајућег лекара обавезе да провери предложени третман или медикацију, уколико он располаже основним медицинским знањима која су за то потребна[29]. Савет конзилијара, који се односи на дијагнозу или терапију, не умањује одговорност ординирајућег лекара, јер конзилијар сноси одговорност само за дати савет[30]. Ординирајући лекар одговара за медикамент који је он прописао и у случају кад је то учинио по савету конзилијара. На пример: ако лекар специјалиста, коме је кућни лекар упутио пацијента, препоручи употребу одређеног лека, али не одреди дозу нити време лечења, за лечење пацијента тада је одговоран искључиво кућни лекар[31].

27 Пример је узет из *Zeitschrift flir ärztliche Fortbildung*, бр. 6/1995, стр. 635, а навео га је у својој дискусији Fortmann.

28 *Исто*, стр. 635-636 (Biermann и Hempel у дискусији).

29 Видети пресуду *Врховног земаљског суда у Köln-у*, од 10.1.1983, објављену у *Medizinrecht*, бр. 3/1983, стр. 112-113, као и пресуду *Савезног врховног суда Немачке*, од 10.11.1987, објављену у *Medizinrecht*, бр. 3/1988, стр. 143-145.

30 Herbert Genzel, ,,Die Rechtsbeziehungen zwischen Arzt und Krankenhaus“, у: Laufs/Uhlenbruck (уредници), *Handbuch des Arztrechts*, 3. Auflage, München, 2002, стр. 824.

31 Видети одлуку *Врховног земаљског суда у Köln-у*, од 10.1.1983, објављену у *Medizinrecht*, бр. 2/1983, стр. 112-114.

2. Ово правило произилази већ из чињенице да конзилијар само *уопштено* предлаже врсту третмана, док појединости, као што су, на пример, дозирање и трајање лечења, остају у надлежности ординирајућег лекара. *Само јасним разграничењем задатака могу се избећи поклапања надлежности и „бела поља", за која се нико не осећа одговорним*[32]. Ако ординирајући лекар није сигуран у своју одлуку, може поново да пита специјалисту од кога је тражио савет или неког другог медицинског стручњака. „Ординирајући лекар сноси одговорност за медикамент који је прописао и у случају кад поступа по савету колеге"[33]. Стога конзилијар треба да прихвати индикацију коју је за његову интервенцију поставио ординирајући лекар, осим ако је овај њему препустио проверу питања које дијагностичке мере долазе у обзир. У случају кад ординирајући лекар моли конзилијара за конкретно наведену меру, овај се може, начелно, поуздати у то да је индикација за ту меру постављена са потребном пажњом и прописно[34].

3. Сем тога, неблаговремено позивање у помоћ конзилијара или специјалисте који треба да суделује у лечењу може да представља лекарску грешку, уколико ординирајући лекар зна или би морао знати да су му за конкретан случај дијагностике или терапије потребна знања специјалисте. Такав је, на пример, случај кад се ради о *некрози* (процесу изумирања) крвног суда или тромботичном зачепљењу[35].

4. С друге стране, лекар који позове у помоћ конзилијара, може се такође поуздати у његово стручно знање и посебно искуство, осим кад је реч о очигледним грешкама у дијагнози или лечењу. Било би у нескладу са принципом поверења и са консеквенцама кривице због прихватања, ако лекар који у помоћ позове конзилијара не би у исти мах био ослобођен властите одговорности за оно што конзилијар чини[36]. Ипак, сматра се да ваља правити разлику између болести које се могу лако дијагностиковати, односно лечити, и болести које се тешко дијагностикују или лече. Уколико пацијентови симптоми и налази *несумњиво* указују да се ради о одређеној болести, њено препознавање спада у „стандард знања" *сваког лекара*. Стога, ако ни ординирајући лекар ни конзилијар не поставе дијагнозу, па пацијент умре, или његово здравље буде оштећено, *обојица сносе и кривичну и грађанску одговорност*[37].

32 *Medizinrecht*, бр. 3/1988, стр. 144.

33 *Исто*.

34 Пресуда *Врховног земаљског суда у Düsseldorf-у*, од 30.6.1983, *Neue Juristische Wochenschrift*, бр. 48/1984, стр. 2636-2637.

35 О томе видети пресуду *Савезног врховног суда Немачке*, од 29.3.1983, објављену у *Medizinrecht*, бр. 4/1983, стр. 194.

36 Ulsenheimer, *исто*, стр. 105.

37 Видети и пресуду *Савезног врховног суда Немачке*, од 10.11.1987, објављену у *Medizinrecht*, бр. 3/1988, стр. 143-145.

Међутим, ако је дијагноза тешка, клиничка слика дифузна, а симптоми вишезначни, тако да болест може препознати само специјалиста са посебним знањем и искуством, тада одговорност пада искључиво на конзилијара[38]. Сем тога, конзилијар ће одговарати и у случају кад није позван само ради давања савета него и да ради самостално и на властиту одговорност[39].

III. Сарадња између хирурга и анестезиолога

1. Хирург и анестезиолог често сарађују у операционом тиму и у случају кад се ради о интердисциплинарној интензивној медицинској нези. Њихов заједнички рад временски се поклапа, а њихови медицински поступци делују супротно на пацијентов организам. Стога њихова сарадња изискује посебно регулисање путем споразума који закључују одговарајућа стручна удружења лекара. Тако, на пример, између Немачког удружења за хирургију и Немачког удружења за анестезиологију постоји *Споразум о сарадњи приликом оперативног збрињавања пацијента*, закључен 1982. године[40]. Тај споразум се темељи на начелу поделе рада и начелу поверења. По њему, хирург је надлежан и одговоран за планирање и спровођење оперативног захвата, а анестезиолог за планирање и спровођење поступка анестезије, као и за буђење и надзирање пацијента и одржавање његових виталних функција. Сем тога, оператор одлучује обавезно о индикацији и тренутку захвата, док процена пацијентове способности за анестезију спада у надлежност анестезиолога.

2. Ова подела рада даје право анестезиологу да верује да је оператор поставио тачну дијагнозу и донео исправну одлуку о неопходности оперативног захвата који изискује спровођење поступка анестезије. Ево за то једног примера из судске праксе: анестезиолог је позван да учествује у операцији пацијенткиње која се већ налазила на операционом столу. Пошто је оператор на основу својих ранијих испитивања дијагностиковао ,,обично акутно запаљење слепог црева“, анестезиолог је само питао пацијенткињу да ли јој је стомак празан, на шта је она одговорила потврдно. Али анестезиолог је пропустио да опипа стомак пацијенткиње или да ослушне шум њених црева. Пошто је пацијенткиња додатно боловала од парализе црева, у њеном стомаку и у цревима налазило се више литара несвареног остатка хране, коју је она пре увлачења

38 Ulsenheimer, *исто*, стр. 106.

39 Одлука *Врховног земаљског суда у Stuttgart-у*, од 15.3.1990, објављена у *Medizinrecht*, бр. 3/1991, стр. 143-149.

40 О томе видети опширније код Walter Weissauer, ,,Zur Vereinbarung zwischen dem Berufsverband Deutscher Anästhesisten und dem Berufs – verband der Deutschen Chirurgen über die Zusammenarbeit bei der operativen Patientenversorgung“, *Medizinrecht*, бр. 3/1983, стр. 92-95.

тубуса повратила. Услед тога је дошло до удисања остатака хране и упале плућа, а услед насталих последица пацијенткиња је након два дана умрла. *Савезни врховни суд Немачке* стао је на становиште да у овом случају постоји искључива одговорност хирурга оператора, јер анестезиолог није био ни овлашћен ни дужан да проверава резултате испитивања које је обавио хирург, него се могао ослонити на његову анамнезу и дијагнозу. Јер, „ако би оператор и анестезиолог своју снагу трошили на међусобну контролу, сваки облик сарадње у операционој сали био би доведен у питање и повезан са додатним ризиком по пацијента“[41].

3. Један други случај поделе рада између хирурга и анестезиолога илуструје обрнуту ситуацију у погледу одговорности. У питању је био пацијент који је боловао од тзв. *Адисонове болести*, и који је морао редовно да узима препарат *Cortison*. Он је (у потпуној наркози) подвргнут операцији која је трајала 35 минута, а да ни пре ни за време операције није добио своју редовну ни додатну дозу *Cortisona*. Операција над њим обављена је увече, а наредне ноћи он је умро. Проблематично је било питање којем од лекара треба приписати кобну грешку: оператору или анестезиологу? *Врховни земаљски суд у Köln-у* осудио је обојицу, док је *Савезни врховни суд Немачке* одбацио тужбу против оператора, а осудио анестезиолога и болницу у којој је он радио[42]. Своју одлуку *Савезни врховни суд* заснива на становишту да је у предоперативној фази анестезиолог одговоран за припремање наркозе. Он је морао да изабере подесан поступак наркозе и да пажљивом медикацијом пацијента на то припреми. У ту припрему, по мишљењу Суда, спада и потреба да се пацијенту дају они медикаменти који му се, због његовог здравственог стања, већ у том тренутку морају дати ради одржавања виталних функција за време наркозе[43].

4. Напослетку, могуће је да се у неким околностима једна иста грешка упише у кривицу и оператору и анестезиологу, тако да они одговарају као солидарни дужници. Ево и за то једног примера: на универзитетској очној клиници, главни лекар је обављао операцију разрокости десног ока, док је анестезију спровела докторка анестезиолог. При томе је пацијент добијао чист кисеоник преко црева учвршћеног на његовој бради, док је његово лице, све до оперативног поља на десном оку, било прекривено стерилним пешкиром. Међутим, за време операције оператор је ради

41 Пресуда *Савезног врховног суда Немачке*, од 2.10.1979, објављена у *Medizinrecht*, бр. 2/1983, стр. 77-78.

42 Видети његову пресуду од 26.2.1991, објављену у *Medizinrecht*, бр. 4/1991, стр. 198-200.

43 *Исто*, стр. 199.

заустављања крварења укључио термокаутер. При раду термокаутера дошло је до снажног развоја пламена који је изазвао тешке опекотине на пацијентовом лицу. Савезни врховни суд Немачке осудио је оба лекара да високим новчаним износима обештете пацијента као солидарни дужници. Суд је сматрао да је услед истовремене употребе термокаутера и чистог кисеоника ризик од опекотина морао бити сазнатљив и предвидљив обојици лекара. Они су били дужни да се претходно договоре о методима и инструментима који се у конкретном случају могу применити без ризика по пацијента[44].

Д. ЗАКЉУЧАК

1. Свакој медицинској делатности својствени су извесни ризици, па и ризици од лекарских грешака. Заједнички рад лекара разних специјалности скопчан је и са одређеним додатним ризицима за пацијента, али и ризицима од повећане одговорности лекара. Тај ризик се смањује строгом поделом рада међу учесницима, тако да је свако од њих слободан у обављању послова из области своје струке, али је, у исти мах, и сам *првенствено* одговоран због властитих грешака. То важи и у случају кад лекар специјалиста пружа само међууслуге, као што су, на пример, рендгенска или ултразвучна снимања, па чак и онда кад пацијента није никад ни видео, као што је случај са патолозима, хистолозима и лабораторијским лекарима.

2. Заједнички рад лекара различитих специјалности треба да се одвија са вером у стручне способности и дужну пажњу сваког учесника, што практично значи и уз одређену меру *допуштеног ризика. Али то веровање не сме бити безгранично*. Оно треба да престане оног тренутка кад се приликом сарадње покаже да одређени партнер није дорастао своме задатку, или да је већ начинио лекарску грешку. Тада онај ко то примети, без обзира на своју стручну компетенцију, има обавезу да спречи штету за пацијента која прети услед очигледног промашаја његовог колеге. Ако не поступи тако, може рачунати на своју солидарну одговорност, по принципу „сви за једног, један за све“.

3. Сарадња лекара различитих специјалности не изискује само потребу разграничења њихових задатака, него и *посебну бригу свих учесника за међусобну комуникацију*. Ако због грешке у

44 Пресуда *Савезног врховног суда Немачке*, од 26.1.1999, објављена у *Medizinrecht*, бр. 7/1999, стр. 321-323.

комуникацији дође до оштећења пацијентовог здравља, а питање разграничења задатака остане неразјашњено, суд треба да изнађе правно правило по коме ће сви судеоници бити одговорни. Јер пацијент мора бити заштићен од типичних опасности поделе рада у медицини. Томе циљу може да послужи и члан 206 нашег *Закона о облигационим односима*.

4. Изложена правила о подели одговорности међу лекарима који учествују у заједничком раду важе и у случају коришћења могућности *телемедицине*, која лекару специјалисти допушта да са даљине учествује лично у лечењу одређеног пацијента, јер он је преко слике на екрану повезан са собом у којој се налази пацијент.

Jakov Radišić

ASSISTANCE OF PHYSICIANS WHO ARE SPECIALISTS FOR DIFFERENT AREAS OF MEDICAL PRACTICE AND THEIR LIABILITY

Summary

This work consists of introduction and several special parts, with particular focus on certain German court cases. Introductory part deals with team work of physicians who are specialists for different areas of medical practice and with the necessity of their joint work on treating a particular patient. It is observed that the team work nurtures increased probability of physician's errors. Those errors may be described as:1) errors in communication, 2) imperfect coordination, 3) erroneous qualification, and 4) errors in distribution of of competences.

This increased chance of commiting errors prompted lawyers to address whether, in addition for being responsible for its own errors, every physician also bears liability for errors of other team participants? In principle, the answer to this question is negative. Namely, it is submitted that it would have been unbearable and impractical to hold physicians responsible for every error and carelesness of other team members, akin to a kind of joint and several liability spread among them. However, there is room for *limited* (exceptional) joint and several liability of individual physicians for the entire scope of treatment of the patient. Determination of the limits of joint and several liability should be reasonable and should not put unbearable burden on the physicians but should also, at the same time, guarantee the necessary safety of the patient. This kind of restriction is achieved by using two yardsticks: *principle of strict division of labor* and *principle of mutual trust*.

Once the principle of strict division of labor and principle of trust are examined, the work addresses particular cases of interdisciplinary cooperation of physicians. Particular attention is paid to the legal status of the specialist physician, specialist physician who is a part of a consilium, and to the cooperation between surgeon and anesthesiologist.

Keywords: *Horizontal division of labor. – Principle of mutual trust. – Interdisciplinary cooperation. – Liability.*

УДК 341.238
342.725(4)
81'26:316.7(4–672EU)

Борис Кривокапић

О НЕКИМ ПРОБЛЕМИМА СЛУЖБЕНЕ УПОТРЕБЕ ЈЕЗИКА У УНУТРАШЊИМ ПРАВНИМ ПОРЕЦИМА ДРЖАВА*[1]

У уводном делу аутор се бави наведеним питањима из наслова, при чему даје осврт на појам државног језика, одн. „заштићених језика", указује на најважније аспекте слободне употребе језика и, посебно, на проблем одређивања службене употребе језика. У наставку, након краћег осврта на међународно право, аутор излаже различита решења која обележавају праксу држава. При томе, имајући у виду суштину прихваћених решења, он примећује да се државе условно могу поделити на: 1) оне које признају службену употребу само једног језика; 2) оне које толеришу, али не јамче извесне облике службене употребе других језика; 3) оне које утврђују општу службену

* Ово је део ширег истраживања чији су резултати саопштени у књизи: Борис Кривокапић: *Службена употреба језика у међународном праву и новијем законодавству неких европских држава*, Београд 2004, Изд. центар за антиратну акцију, 405 стр. Но, овај чланак не представља ни пуко преузимање нити само сажетак неке целине из те књиге већ има унеколико другачију систематизацију и садржи сасвим нове делове који су резултат нових истраживања.

1 С обзиром на шароликост коришћених правних извора, у даљем тексту понекад (посебно када је реч о мање занимљивим актима) нису навођени извори из којих су преузети одређени прописи, пошто се ти извори и преводи (на енглески) могу без проблема наћи на Интернету, и то на више адреса.

С тим у вези, у изради овог рада коришћени су великим делом сајтови влада односних држава (они се, поред осталог, могу наћи на: http://www.hg.org/1table.html), а такође и сајтови на којима се публикују закони и други прописи конкретних држава, односно њихови преводи на енглески језик (нпр. за Бугарску: http://www.bild.net/bglegal.htm, Финску: http://finlex.fi/english/laws/index.php, Хрватску: http://www.nn.hr, Канаду: http://laws.justice.gc.ca/en/index.html, Македонију: http://www.mlrc.org.mk/list.htm, и др.).

Устави односних земаља се осим у службеним листовима и посебним публикацијама могу наћи и на Интернету, углавном на сајтовима влада односних држава, као и на одређеним специјализованим сајтовима, као што су нпр. http://uni-wuerzburg. de/law/hu-indx.html, http://www.law.nyu.edu/library/foreign_intl/constitutions.html, http://kclibrary.nhmccd.edu/constitutions-subject.html. Има, разуме се, и других занимљивих сајтова.

употребу једног језика (државног, званичног и сл.), али предвиђају извесне облике службене употребе других (заштићених, мањинских и сл.) језика; и 4) оне које, под одређеним условима, дозвољавају службену употребу два или више језика на читавој територији земље.

Дат је и осврт на различите начине правног регулисања ове проблематике: путем устава, разним прописима, али без посебног закона о томе, и путем посебних закона, као што су закони о језику, закони о државном (званичном) језику, закони о (службеној) употреби мањинских језика, и др.

У закључном делу аутор примећује да је упоредноправна пракса изузетно богата, да нуди врло различита решења, и да се проучавању овог проблема, посебно када хоћемо да га анализирамо са становишта упоредног права, мора прилазити са нарочитим опрезом. На самом крају, аутор даје своје виђење могућих праваца унапређења релевантног законодавства Републике Србије у овој области, при чему нарочито истиче нужност доношења посебних закона о језицима – закона о српском језику (одн. закона о државном језику) и закона о службеној употреби језика и писама националних мањина.

Кључне речи: *Језик. – Службена употреба језика. – Унутрашњи правни поретци. – Упоредно право.*

I. УВОД

Имајући у виду да се у границама сваке конкретне државе слободна употреба језика већинског становништва подразумева, а најчешће је и правно зајамчена већ самим највишим правним актом земље, питање слободе употребе језика углавном се своди на статус осталих језика. Мада то изузетно могу бити и неки други језици (страни језици који нису истовремено матерњи језици неке од заједница које живе у односној држави),[2] у пракси се најчешће ради о језицима разних етничких, односно језичких мањина.

Уосталом, то је, сасвим разумљиво када се има у виду да у свету постоји око 200 држава, у којима живи преко 3.600 етничких

Преводи (на енглески језик) текстова релевантних закона и других прописа великог броја држава могу се наћи на више Интернет адреса, поред осталог на: http://minelres.lv/NationalLegislation, http://www.lawmoose.com/internetlawlib/52.htm, http:// dev.eurac.edu:8085/mugs2/do/browse, http://www.loc.gov/law/guide/nations.html, http:// www. findlaw.com/, http://www.lectlaw.com/inll/52.htm и др. Најзад, не само енглески преводи одговарајућих прописа већ и доста друге пратеће грађе и коментара доступни су на адреси: http://www.usenglish.org/foundation/research/.

Преводи многих релевантних прописа могу се наћи у: Кривокапић Б.: *Заштита мањина у националним поретцима држава*, Београд 2004, 921 стр.

2 На пример енглески, француски и други „светски“ језици (језици међународне комуникације), који из разних разлога могу доћи у обзир и у везу са неким облицима службене употребе језика (нпр. у званичној комуникацији са страним дипломатским представништвима, са међународним организацијама, на обрасцима пасоша и других путних исправа, и др.).

група, и да се, према неким изворима, у наше време на Планети говори чак 6.809 (главних) језика, уз још 41.791 језик другачијих назива и дијалеката.[3]

При томе, само у Чаду, уз француски и арапски као службени, постоји и више од 100 других језика. Истовремено, у ДР Конгу има око 200, у Нигерији више од 250 различитих етничких заједница, по правилу са сопственим језицима. Слична ситуација је и у многим другим земљама, у првом реду Индији, Кини, Русији, САД, Вијетнаму, итд.[4]

Све то, поред осталог, отвара питање слободне употребе оних језика који нису утврђени као службени (државни), а посебно се јавља проблем допуштености и правног регулисања службене употребе таквих (мањинских) језика. На пример Аустралија има само један званичан језик иако у њој живи око 400 језичких група (око 250 језичких група Аборицинаца, Тореса и још око 150 језичких група које су настале доласком имиграната после 1788).[5] Заправо, мање или више изражени проблеми у вези са службеном употребом језика јављају се практично у свим државама у којима постоји осетнија језичка (етничка) различитост.[6]

1. Државни (званични, службени) језик

По логици ствари, осим у изузетним приликама, које обично имају своје историјско или неко друго покриће, у свим државама посебан положај се јамчи или бар прећутно признаје језику већинског становништва, који се онда најчешће одређује или схвата као државни (национални, официјелни, званични, службени) језик зем-

3 Листу ових језика и дијалеката видети у: Ethnologue Language Name Index, http://www.ethnologue.com/language_index.asp, као и код Grimes B. F., Grimes J. E. (eds.): Ethnologue: Languages of the World, vols. 1–2, Dallas 2000, 855 & 729 pp.

4 Овде је вероватно занимљиво приметити да је анализа, извршена још 1971. године, која је обухватила 132 тадашње државе, показала да се од тог броја само 12 (9,1%) могло сматрати ,,етнички хомогеним“. Истовремено, у 39 држава (29,5%) најбројнија заједница (,,већинско становништво“) није прелазила половину укупног броја становника, а у 31 држави (23,5%) чинила је само 50 до 74 процента становништва. Connor Walker: Nation – Building of Nation – Destroying, *World Politics,* 24, 1972, 319–355. Нав. према: Деветак С.: *Мањине, људска права, демократија – међународна заштита људских и етничких права*, Сарајево 1989, стр. 11.

5 Према: Who Are We? – Languages. http://www.abc.net.au/civics/whoarewe/f_languages.htm, p. 1.

6 Сматра се да је само у Европи број припадника етничких, језичких и културних мањина достигао око деведесет милиона, а по неким проценама и читавих сто милиона људи, или више од 13% од укупног становништва Старог континента. Pan Ch.: Stato di realizzazione di un diritto Europeo delle minoranze nazionali, *Razprave in gradivo*, Љубљана 29–30/1994–1995, стр. 275.

ље.[7] У пракси је могуће да се државни језици утврде и на нивоу читаве земље и у оквирима њених делова (у федерацији – и на нивоу савезне државе и на нивоу федералних јединица које је чине), па се онда на разним нивоима могу јавити разни државни (званични, службени) језици.

Одмах треба приметити да појам државног, званичног, односно службеног језика не треба мешати са појмом језика у службеној употреби. Поред осталог, језик који је одговарајућим правним актом утврђен као државни (званични, службени) самим тим је означен као језик који је без икаквих посебних услова у службеној употреби на читавој територији земље (одн. одговарајућег њеног дела), и то најчешће у свим областима службених односа. За разлику од тога, службена употреба других језика обично се на одређени начин ограничава (било у територијалном погледу, било у смислу постављања захтева за испуњење одређених услова), а посебно треба истаћи да она по правилу долази у обзир само у тачно утврђеним материјама. На тај начин, званични језици су у тзв. општој службеној употреби, док други језици могу бити у службеној употреби само у утврђеним границама. Има и других разлика. Већина законодавстава нпр. дозвољава употребу мањинских језика само упоредо са званичним језиком, али не захтева и обрнуто; у случају недоумице око тумачења неког документа који је сачињен на оба језика, предност по правилу има текст на званичном језику и др.

У складу с тим, мада се пракса разликује, државни језик се може дефинисати као језик чији је државни статус утврђен релевантним правним актима (по правилу уставом земље),[8] који је најчешће језик већинског становништва (обично и језик међунационалне комуникације у датој држави) и на коме се одвијају службени односи, а посебно рад у државним органима и установама, на коме се сачињава званична документација, воде управни, судски и други поступци, објављују правни прописи, и др.

Ако је неком језику признат државни статус на територији читаве земље, онда се ради о државном језику односне државе. Ако је такав статус ограничен на уже подручје (нпр. у федерацијама, на оквире федералне јединице), ради се о државном језику односне

7 Поједина законодавства праве разлику између државног (националног) и званичног језика. Тако чине Ирска (ирски као национални и први званични и енглески као други званични), Казахстан (казашки као државни и руски као званични, Малта (малтешки као национални и енглески као званични) и др. Зависно од конкретних услова и традиција, ови приступи се међусобно разликују, тако да ближе бављење тим разликама излази изван оквира овог рада.

8 Видети нпр. чл. 52/1 Устава Естоније (1992), чл. 4 Устава Латвије (1922, изм. 2002), чл. 14 Устава Литваније (1992, изм. 2002), чл. 68/1 Устава Руске Федерације (1993, изм. 2003), чл. 6/1 Устава Словачке (1992) и др.

федералне јединице или другог одговарајућег подручја (нпр. аутономне области).

У већини држава постоји само један језик (државни, национални, официјелни и сл.), који је у службеној употреби на читавој територији. Ипак, могуће је да из разних разлога (историјских, политичких и др.) улогу државног језика на нивоу читаве земље играју два или више језика. Таква ситуација нарочито је карактеристична за вишенационалне државе, односно поједине федерације, мада се може јавити и код унитарних држава које имају аутономне јединице. Конкретно, такав је нпр. случај у Белгији (холандски/фламански, француски/валонски и немачки), Финској (фински и шведски), Швајцарској (немачки, француски и италијански), Индији (хинди и енглески на нивоу читаве земље, а иначе 18 језика), Канади (француски и енглески), Боливији (шпански, кечуа, ајмара), Перуу (шпански и кечуа), Чад (француски и арапски), Камеруну (француски и енглески), Кенији (енглески и свахили), Јужној Африци (11 језика)[9] и др.[10]

Исто тако, дешава се да више државних језика постоји на ужем подручју – на територијама појединих субјеката федерације (нпр. у Русији, Индији) или аутономних јединица (нпр. у Шпанији, Италији и др.).

Неки језик може играти улогу државног језика иако то није изричито утврђено уставом и другим правним актима. Тада се такав положај односног језика претпоставља (нпр. чешки у Чешкој, мађарски у Мађарској, и др.).

Ниједан од релевантних међународних инструмената не даје елементе за дефинисање некаквог *државног (националног, службеног, официјелног* и сл.) *језика*, који би, самим тим, увек био у службеној употреби. Исто тако, нема ни међународних стандарда о томе да су државе дужне да имају више од једног званичног језика, како би на тај начин одговориле потребама припадника етничких мањина.

Према томе, одговор на питање који ће језик (језици) бити у општој службеној употреби у некој земљи (и како ће се он одн. они називати – државним, званичним или некако другачије) зависи од државе и њеног правног поретка. При томе се само по себи подразумева да конкретна решења зависе од разних историјских, политичких и других прилика.

9 Енглески, африканс, ндебеле, сепеди, сесото, свати, тсонга, тсвана, венда, кхоса, зулу.

10 Податке о томе видети у: Остојић, Д.: *Државе света*, Београд 2002, 478 стр.

2. Заштићени (мањински) језици

У оној мери у којој је правно призната слобода употребе других језика (осим језика већинског становништва), може се говорити о њиховој правној заштићености. Из тих разлога, у даљем тексту ови језици ће се углавном називати ,,заштићени", језицима са ,,специјалним статусом", односно ,,мањински".[11]

Питање слободе употребе мањинских језика обухвата врло широк круг односа. Ту, пре свега, спада *слобода ,,приватне" употребе односног језика*, што значи у кући, у комуникацији са рођацима, пријатељима, комшијама и сл. У наше време овај вид коришћења мањинских језика се подразумева, а и зајамчен је свим релевантним међународним инструментима, као и одговарајућим прописима савремених држава. То је, међутим, само најнижи степен слободе употребе мањинских језика.

Корак даље је *слобода јавне употребе (заштићених) језика*, што значи ван куће и уског круга лица. Под тим се има у виду слободно коришћење односног (мањинског) језика у јавности, на јавним скуповима и сл., али и на друге начине којима се учествује у јавном животу заједнице. Ту нпр. спада употреба ових језика у јавном информисању (штампа, ТВ и радио програми на датом језику), у раду културних друштава, верским обредима и сл. И овај вид слободе коришћења матерњег језика такође је зајамчен савременим међународним и упоредним правом.

Мада по много чему спада у слободу јавне употребе мањинских језика, посебан проблем је питање употребе тих језика *у образовању,* односно право да се на тим језицима похађа настава, или бар да се такав језик учи као посебан предмет. Реч је о изузетно важном моменту који је неопходан за неговање и самог језика, али и културе, а тиме и идентитета односне групе. И ово

11 Разуме се да је и језик већинског становништва обично правно заштићен, посебно ако је уставом или другим правним актима проглашен за ,,државни", ,,национални", ,,официјелни" и сл. Штавише, многа законодавства садрже норме, па и посебне законе који служе очувању језика већинског становништва (неговању његове чистоте, подстицању његовог развоја и сл.). Међутим, он се овде неће подразумевати под ,,заштићеним" језицима, одн. ,,језицима са специјалним статусом", управо зато да би се могла направити потребна дистинкција.

С друге стране, да би се неки језик третирао као мањински, није неопходно да њиме говори мањина становништва. Сасвим је могуће да се ради о језику већинског становништва које се суштински налази у мањинском (а посебно недоминантном) положају. Овај закључак проистиче из начина на који се у наше време схватају и дефинишу етничке, језичке и друге мањине. Више о томе: Кривокапић, Б.: ,,Осврт на покушаје правног дефинисања мањина", *Међународна политика* 1110/2003, стр. 61–75.

право је у наше време широко признато, мада се у пракси не остварује увек на задовољавајући начин.[12]

Посебно место припада и *комуникацији на мањинском језику са државним органима*. Реч је о праву лица које не влада у довољној мери званичним језиком (језиком већине): када се ради о његовим правима, обавезама и релевантним интересима, да на свом језику подноси захтеве, молбе, представке и друге поднеске, да иступа пред судом и другим државним органима, да у најкраћем могућем року на том језику буде подробно обавештено о природи и разлозима оптужбе против њега,[13] да се на том језику упознаје са доказима, испитује сведоке и сл. У таквим случајевима поступак се и даље води на званичном (службеном језику), а односном лицу се, по потреби, обезбеђује тумач (преводилац).[14]

Најзад, отвара се и *проблем службене употребе мањинских језика*.[15] Одмах се може приметити да ако је државни језик већ по логици ствари, у принципу (мада има и изузетака)[16] у општој службеној употреби, тј. на територији читаве земље и у свим службеним односима, са заштићеним језицима (језицима са специјалним статусом) ствари најчешће стоје битно другачије. При томе, јавља се читав низ питања: којим мањинским језицима и на основу којих критеријума треба признати службену употребу, у којим областима друштвеног живота то треба учинити, под којим условима итд. Међутим, да би се ова материја схватила на прави начин,

12 За питања која се тичу образовања на језицима мањина, према међународном праву и делу упоредног права, видети: Кривокапић, Б.: *Положај етничких мањина у образовању – упоредна анализа*, том I, Београд 2000, 254 стр. и Кнежић-Поповић, Д., Марковић-Бајаловић, Д., Перчевић, Г.: *Положај етничких мањина у образовању*, том II, Београд 2000, 194 стр.; и тамо наведену литературу.

13 Тако нпр. чл. 14/3/а Међународног пакта о грађанским и политичким правима (1966), чл. 6/3/а Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (1950).

14 Ово право се у савременим правним порецима признаје свима, па и странцима. По себи се разуме да се конкретни облици овог права разликују од случаја до случаја. Иако савремене државе признају и странцима право да у кривичном поступку користе свој матерњи језик, оне им, из сасвим разумљивих разлога, не јамче увек и право да се на том језику обраћају управним и другим државним органима.

15 О службеној употреби језика може се говорити и на међународном плану (у међународним службеним контактима – у раду међународних организација, конференција, у билатералним односима држава и сл.). У том случају ради се о језицима међународне комуникације. То је, међутим, проблем за себе који излази изван оквира овог рада.

16 На пример, на Аландским острвима у Финској, у искључивој службеној употреби је шведски језик, а не фински. Треба, међутим, знати да су и фински и шведски Уставом проглашени за националне (државне) језике земље. Међутим, чак ни то не умањује значај чињенице да фински као језик већинског (титуларног) народа и државни језик (тачније, један од два државна језика), у принципу нема службену употребу на Аланду.

потребно је прво макар у најкраћим цртама задржати се на самом појму службене употребе језика.

3. Појам службене употребе језика

Службена употреба језика могла би се најкраће одредити као употреба језика у службеним односима. Али шта су службени односи? Реч је о недовољно јасном појму који се може схватати и тумачити на разне начине. У складу с тим, и питање службене употребе језика може се разумети на више начина.

Томе доприноси чињеница што *међународно право*, већ по логици ствари, не дефинише ни службене односе унутар држава, ни службену употребу језика. Међутим, ни савремена законодавства нису по том питању јединствена. Нека од њих не говоре ништа о томе шта се има у виду под службеном употребом језика, друга ту употребу одређују само посредно и обично недовољно прецизно, трећа нуде извесне (међусобно прилично различите) дефиниције тог појма итд.

Све то сугерише да заправо нема јединствено прихваћеног схватања института службене употребе језика. Приступи се разликују од земље до земље, а још више у правној литератури, где обично свако нуди неко своје виђење.[17]

У сваком случају, чини се да је, уз све недостатке које собом повлаче таква уопштавања, могуће говорити о службеној употреби језика у ширем и у ужем смислу.

У ширем смислу, у службену употребу одређеног језика спадало би његово коришћење у раду државних органа, али и његова употреба од стране странака, сведока и других учесника у поступцима пред државним органима; други облици комуницирања на односном језику са државним органима; образовање на датом језику у државним образовним установама; коришћење односног језика у програмима државних информативних установа и сл.

Ипак, са много основа може се приговорити да се, строго узев, у многим од наведених случајева, без обзира на изузетан значај односних питања, не ради о службеној употреби одређеног

17 Примера ради, италијански теоретичар Франческо Капоторти у својој познатој студији о правима мањина, израђеној за потребе Уједињених нација, у оквиру одељка „Употреба мањинских језика у званичним пословима“ обрађује само следећа питања: а) употреба мањинских језика у законодавним и извршним гранама власти, б) употреба мањинских језика у пословима управних органа, в) употреба мањинских језика у судовима, г) употреба мањинских језика за означавање географских места. Капоторти, Ф.: *Права припадника етничких, верских и језичких мањина*, Београд 2001, стр. 283–299.

језика већ о неким видовима његове јавне употребе (посебно када је реч о образовању, информисању и сл. на датом језику).

У ужем смислу, службена употреба односног језика своди се на његово коришћење у службеним односима у ужем смислу, односно у раду државних органа и организација које врше јавна овлашћења, тј. у њиховом вођењу поступка на том језику (а не само у пукој комуникацији са странком), у доношењу пресуда и других одлука, објављивању одговарајућих прописа, истицању назива места на том језику и сл. Дакле, у оним њиховим поступцима који, грубо говорећи, представљају акте власти.

Имајући у виду наведене напомене, не би требало да буде спорно да службена употреба језика и писама националних мањина подразумева, пре свега, њихово равноправно коришћење: у усменом и писменом општењу органа међусобно; у усменом и писменом општењу органа са грађанима; у вођењу управног и судског поступка или другог поступка у коме се решава о правима и дужностима грађана, као и у изради записника и одлука у првостепеном поступку, и у вези са поступком; у раду представничких тела; у доношењу и објављивању одговарајућих прописа; у заглављима аката и на печатима и жиговима; у вођењу службених евиденција и збирки личних података на језицима и писмима националних мањина; у издавању јавних и других исправа, и прихватању тих исправа на језицима и писмима националних мањина као пуноважних; у службеном признању и упису, на захтев, имена и презимена припадника националне мањине у матичне књиге и друге службене исправе; у штампању и попуњавању на мањинском језику образаца личне карте и других личних исправа и других образаца који се користе у службене сврхе; у исписивању јавних натписа и истицању традиционалних назива и ознака на језику мањине, а посебно у исписивању на том језику назива места и других географских назива, назива тргова и улица, назива органа, организација и фирми; на гласачким листићима и бирачком материјалу; у објављивању јавних позива; у исписивању обавештења и упозорења за јавност, као и при исписивању других јавних натписа.

У пракси, законодавства разних држава нуде разна решења. Нека од њих се у суштини уопште не баве овим проблемом. Друга, служећи се методом набрајања, наводе примере службене употребе језика, па и мањинских језика. Трећа у одговарајућим прописима нуде мање или више успешне апстрактне дефиниције.[18] Често се комбинују ова два последња приступа.

18 Видети нпр. чл. 2/1 Закона Републике Србије о службеној употреби језика и писама (1991), као и чл. 9 и 11/4–8 југословенског Закона о заштити права и слобода националних мањина (2002).

Међутим, и кад се покуша да се дефинише службена употреба језика, било путем апстрактне дефиниције, било путем навођења карактеристичних ситуација, велики број питања остаје без одговора. Наиме, многи односи се налазе у „сивој“, тј. граничној зони. Ово ће постати јасније када се у обзир узме неколико примера.

Прво питање је да ли службена употреба језика постоји када се ради о праву појединца (странке) да се на свом језику обраћа државним органима, односно другим телима са јавним овлашћењима (у даљем тексту: државни органи). Строго узев, ту се не ради о службеној употреби језика странке, пошто сам орган поступа и одлучује на званичном језику, а са странком се споразумева преко тумача или на други одговарајући начин. Тако, ако окривљени који не зна језик поступка, у кривичном судском поступку комуницира са судом и другим учесницима на свом матерњем језику (или на неком трећем језику којим влада), то још увек не значи и службену употребу тог језика, већ се ради о коришћењу права чије постојање и уживање представља елементарни услов не само за вођење фер поступка, већ и за просто сазнање (од стране надлежног органа, односно учесника у поступку, али и јавности) стварног правног и чињеничног стања.

Сасвим је други случај када се сам поступак води на односном заштићеном (мањинском) језику. Или, другим речима, када се на том језику суд обраћа учесницима у поступку, на том се језику води записник, достављају писмена, изриче пресуда, и др. Ту се несумњиво ради о службеној употреби односног језика.

Међутим, шта рећи за ситуацију у којој је несумњиво утврђено да окривљени влада језиком поступка, а ипак му се признаје право да са судом и другим учесницима комуницира на свом матерњем језику. Дакле, иако зна језик поступка, он бира да користи други језик. И суд је дужан да то уважи и комуницира са њим на датом језику. Не признаје ли се у том случају и односном другом језику службени карактер?

Још бољи пример: имајући у виду да се о службеној употреби неког језика говори када постоји његова употреба у службеним односима, да ли се о службеној употреби одређеног језика ради када се тај језик користи у производњи и трговини за означавање робе широке потрошње, а посебно лекова и опасних производа (отрова, експлозивних средстава и сл.). Или се ту можда ради о јавној употреби?

У истом смислу може се поставити и питање употребе језика који се користи у привреди (у процесу рада) у државним предузећима, посебно у наменској индустрији (предузећима која производе оружје за војску, војну и полицијску опрему и сл.). Реч је о посебним односима који се, уз све уважавање разлика које могу

постојати од земље до земље, умногоме могу окарактерисати као службени. А ипак, много тога указује на то да коришћење језика у таквим приликама излази изван оквира службене употребе језика, бар ако се она схвата у ужем смислу.

На исти начин, ако је реч о језику на којем се одвија образовни процес (настава) у државним образовним установама, и ту се ради о некој врсти службених односа, али то свакако не би била службена употреба језика у ужем смислу. Оно што је несумњиво јесте да се о службеној употреби одређеног језика може говорити онда када се тај језик користи за вођење службене евиденције, издавање сведочанстава и сл. Међутим, шта рећи за језик на којем се одвија комуникација између запослених, а посебно и разни службени састанци (наставна већа, родитељски састанци, и сл.). Такође, питање је да ли постоји службена употреба језика ако се нпр. испити за упис (у државне средње школе, на факултет и сл.) одржавају на неком одређеном језику? Или се полаже одређени (нпр. државни) језик као услов за почетак или наставак школовања?[19] Да ли се може говорити о службеној употреби језика када нпр. надлежни државни орган (министарство за образовање) одобрава и затим штампа уџбеник на језику мањине по којем ће учити ђаци из редова те мањине?

Јавља се и низ других недоумица. Да ли се ради о службеној употреби неког језика у ситуацијама када је задовољавајуће владање тим језиком (нпр. за рад у државним органима или у мањинским школама) услов за заснивање радног односа. Или ако се знање тог језика тражи и проверава на конкурсу (путем посебног испита)? Иста дилема постоји и када је владање државним језиком услов за стицање држављанства неке земље.

Томе се могу додати и разна друга питања.

Да ли се о службеној употреби неког језика може говорити када се он користи у програмима (посебно информативним емисијама) званичне државне телевизије? А шта се дешава када ти исти програми садрже прилоге на мањинским језицима или чак на страним језицима (тј. онима који нису истовремено матерњи језици неке од мањина), што је случај у емисијама намењеним иностранству. Није ли то, макар на неки начин, службена употреба језика?

Постојање указаних дилема сугерише да одговор на питање шта се све подразумева под службеном употребом језика ни изблиза није лак. Проблем постоји и онда када релевантни прописи држава садрже некакве одредбе које ближе дефинишу шта се сматра под службеном употребом језика (што је релативно редак

19 Треба, међутим, имати у виду да се као посебан услов за упис може захтевати и полагање испита из владања мањинским језиком (за упис у школе са наставом на мањинском језику).

случај), а знатно је израженији у случајевима када таквих одредби нема.

У таквој ситуацији остаје да се овом проблему прилази врло флексибилно и са пуно опреза. У сваком случају, као и код других недовољно дефинисаних појмова, чини се да је овај појам пожељно схватати у што ужем значењу. Ово не са намером да се некоме ускрате или ограниче одговарајућа права, већ зато да би се увела неопходна доза правне сигурности.

II. РАЗНИ МОГУЋИ ПРИСТУПИ

Питање службене употребе језика било је, јесте и биће увек актуелно. Опште узев, у његовом решавању теоријски су могући, односно у пракси се јављају различити приступи који зависе од многих фактора. Неки (макар један) језик мора бити у службеној употреби у свакој земљи, то је бар јасно. По правилу, то је матерњи језик већинског становништва, мада такву улогу може играти и одређени страни језик. Међутим, у зависности од конкретних услова, може се омогућити и службена употреба неких других језика; службена употреба тих (других) језика може се омогућити на територији читаве земље или само неком њеном делу и сл. Такође, службена употреба језика (једног или више њих) може се остваривати у пракси а да није посебно правно уређена, а може бити и регулисана правом. Решења се разликују од земље до земље.

С обзиром на претходна запажања, могуће је разликовати потенцијалне и стварне приступе овом проблему, и то најмање у вези са два питања: 1) према усвојеним приступима (принципима и конкретним решењима) и 2) према начину правног регулисања.[20] Другим речима, прва деоба за основ има однос према службеној употреби језика, док друга, најпростије речено, води рачуна о томе да ли односне земље имају или немају законе о (службеној) употреби језика. Међутим, пре упуштања у разматрање ових проблема, чини се упутним да се да макар само површан осврт на то како је ова материја уређена савременим међународним правом.

20 Разуме се, могуће су и друге класификације. За неке од њих види нпр. Vilaró, S.: ,,Regional and minority languages in the constitutions of EU member states“, *Mecator – Linguistic Rights & Legislation,* www.taiex.be/Seminar%20Organisation/Tools/Presentations/7833/Regional%20minority%20languages%20in%20the%20Constitutions%20of%20EU%20member%20states%20-%20Text%20-%20Sergi%20Vilaro.doc,13 pp.

1. Међународно право

Најкраће речено, у савременом међународном праву нема правно обавезујућих стандарда који би државама налагали да на својој територији уведу службену употребу неког језика. Пошто се таква употреба званичног (већинског) језика подразумева, мисли се на то да опште међународно право не обавезује државе да уведу службену употребу („посебан статус“) још неког језика.[21]

У пракси се ово питање најчешће поставља у вези са евентуалном службеном употребом мањинских језика. С тим у вези, може се запазити да су у том погледу најдаље одмакли инструменти Савета Европе – Оквирна конвенција за заштиту националних мањина (1995) и Европска повеља о регионалним или мањинским језицима (1992). Ипак, ова два документа, као и сви међународни уговори, везују само државе које их изричито прихвате.[22] Поред тога, поље службене употребе мањинских језика прилично је уско постављено, а саме одредбе су пуне формулација које релативизују решења и омогућавају државама довољно широку одступницу. Посебно нема фиксних решења о томе када се службена употреба обавезно мора увести (нпр. ако бројност мањине на датом подручју достиже одређени проценат, и сл.).[23]

21 Изузетно, у одређеним областима службена употреба неких језика, посебно језика међународне комуникације (као нпр. енглеског у ваздухопловству), предвиђена је одговарајућим међународним споразумима.

22 И тада, државе су власне да, постајући чланице ових уговора, својим резервама ограниче или сасвим отклоне домашај одређених одредби, што су многе у пракси и учиниле. Тако је један број држава (нпр. Аустрија, Данска, Естонија, Немачка, Словенија, Швајцарска) у својим ратификационим инструментима понудио сопствено виђење дефиниције мањина, одн. јасно је утврдио (и тиме ограничио) круг мањина у погледу којих ће примењивати решења Оквирне конвенције. Више о томе: Кривокапић, Б.: „Заштита мањина у оквиру Савета Европе“, *Права човека*, 9–10, стр. 78–81.

23 Оквирна конвенција се само у врло ограниченом обиму бави питањем службене употребе језика националних мањина, не дотичући суштину проблема, тј. дефинисање службене употребе језика, а посебно питање употребе мањинских језика у раду државних органа (тј. њиховог поступања на мањинским језицима, објављивања на мањинским језицима закона и других прописа, и др.). Заправо, у Оквирној конвенцији постоје само две одредбе које би се могле сматрати као неки вид јамчења службене употребе језика мањина. Прва је она из чл. 11/1 којом су се уговорнице обавезале да, по модалитетима утврђеним у њиховом правном систему, званично признају презиме и име припадника националних мањина на мањинском језику, а друга је одредба из чл. 11/3, којом је прецизирано да ће у областима традиционално насељеним знатним бројем људи који припадају националној мањини уговорнице настојати, у оквиру својих правних система (укључујући, где је то погодно, уговоре с другим државама, а узимајући у обзир своје посебне услове), да традиционални локални називи, имена улица и других топографских ознака намењених јавности буду исписани на локалном језику када постоји довољна тражња за таквим ознакама. Вреди запазити колико је ограничења и условљавања дато само у овој једној одредби!

Када је реч о универзалним документима, нарочито оним усвојеним под окриљем Уједињених нација, ситуација је још неповољнија, што се и може разумети када се има у виду да су ту у креирању релевантних инструмената учествовале државе из читавог света, често невољне да на себе преузму бреме јамчења мањинама некаквих посебних права.[24]

Документи ОЕБС не само да су у принципу неми када је у питању службена употреба језика мањина, већ им недостаје и правна обавезност, мада је њихова политичка и морална обавезност несумњива. Познате Препоруке из Осла о праву националних мањина на употребу сопственог језика ипак су само препоруке, мада и оне у пракси имају одређену тежину.[25]

Најзад, билатерални споразуми, иако потенцијално врло ефикасно средство за регулисање разних отворених питања, па и питања службене употребе језика мањина, углавном још не одмичу даље од решења утврђених Оквирном конвенцијом Савета Европе.

У таквој ситуацији пракса држава се значајно разликује.

Више је у том погледу учинила Повеља, чији чланови 9 и 10 дају оквире за коришћење мањинских или регионалних језика у судским поступцима и у вези са радом управе. Међутим, Повеља се односи само на језике који су традиционално у употреби на тлу Европе. Пошто је у чл. 1/1/б дата само врло уопштена дефиниција територије на којој су регионални или мањински језици у употреби, остаје на свакој држави да, са ослонцем на ту дефиницију, сама одреди појам и оквире такве територије. Уз то, Повеља се не бави новим, често неевропским језицима који су се појавили у државама уговорницама као последица миграционих токова. Исто тако, она се не бави ни локалним варијантама или различитим дијалектима једног истог језика. У пракси, државе дају оцену о томе да ли је у конкретном случају реч о посебном језику или не. Најзад, слично као и неки други инструменти Савета Европе, Повеља оставља прилично велику слободу уговорницама да, у утврђеним границама, саме одаберу одредбе које ће их везивати. За разлику од огромне већине других међународних споразума који од уговорница захтевају да у целини прихвате уговор, односно, евентуално дозвољавају да се уговорнице стављањем резерви (дакле, у виду изузетка) ограде од неких одредби које за њих нису прихватљиве, Повеља не очекује од држава чланица да прихвате све њене одредбе, већ само један одређени број, по свом избору. Ипак, да би се сачувао карактер међународног споразума и у крајњој линији обезбедио циљ Повеље, утврђена је обавеза држава да прихвате макар најмањи предвиђени број одредби у одређеним областима. Није без значаја ни податак да је до сада овај документ ратификовало свега 17 држава.

Више о томе: Кривокапић, Б.: „Заштита мањина у оквиру Савета Европе“, *op. cit.,* стр. 41–84.

24 Нешто више о томе: Кривокапић, Б.: „Уједињене нације и заштита мањина“, *Страни правни живот* 2–3/2003, стр. 53–99.

25 Више о свему томе: Кривокапић, Б.: *Заштита мањина у регионалним оквирима и путем билатералних споразума*, Београд 2004, 889 стр.

2. Различите праксе у унутрашњим порецима држава

Имајући у виду суштину прихваћених решења (сам однос према службеној употреби језика), државе се могу сврстати у неку од више категорија. Разуме се, као и друге класификације, и ова неизбежно пати од сувише велике упрошћености, али се ипак чини, грубо говорећи, да се државе, у зависности од решења за која су се определиле, могу поделити на:

1) оне које признају службену употребу само једног језика;

2) оне које толеришу, али не јамче извесне облике службене употребе других језика;

3) оне које утврђују општу службену употребу једног језика (државног, званичног и сл.), али предвиђају извесне облике службене употребе других (заштићених, мањинских и сл.) језика;

4) оне које, под одређеним условима, утврђују општу службену употребу два или више језика на читавој територији земље.

1) Службена употреба само једног (државног, службеног, званичног) језика. Један број држава признаје службену употребу само једног (државног, националног, званичног службеног) језика. Мада ове земље обично толеришу приватну, па и јавну употребу других језика, само један језик може се користити у службеним односима. То је, разуме се, језик већинског становништва, а најчешће језик народа који је дао име држави. По правилу, тај језик се проглашава за државни (национални, службени и сл.), његов привилегован положај уређује се посебним законима којима му се јамчи посебна заштита, и сл. Други језици понекад долазе у обзир за примену пред државним органом (нпр. право окривљеног у кривичном поступку да са судом комуницира на свом језику), али то никада није службена употреба односног језика, бар не у ужем смислу тог појма.

Неке од ових земаља својим прописима уопште не уређују статус других језика. Друге међу њима познају различите нивое признања, односно заштите других језика, али, што је овде најбитније, не и њихову службену употребу.

У ред таквих држава спадају нпр. Француска, Грчка, Бангладеш, Аустралија[26] и др.

Тако, ако се пође од Француске, одмах треба истаћи да статистика (1999. г.) указује да етнички Французи чине 93,6% становништва ове земље, што значи да остатак представљају разне

26 Добар пример представља Аустралија, за коју је у уводним разматрањима овог рада већ истакнуто да има само један званичан језик иако у њој живи око 400 језичких група.

мањине.[27] Штавише, тврди се да су испитивања извршена на узорку од 380.000 грађана Француске, показала да родитељи чак 26% Француза или, у апсолутним цифрама око једанаест и по милиона грађана, користе неки други језик а не француски.[28]

И поред тога, Устав из 1958 (са каснијим изменама), у вези са језиком садржи само одредбу којом је утврђено да: *„Језик Републике је француски.“*

Никакав други језик није поменут ни у ком контексту, а најмање у смислу јамчења некакве његове службене употребе. У пракси се, истина, толерише тзв. приватна употреба других језика, али ни она није правно регулисана (зајамчена).

Напротив, *Законом о употреби француског језика (1994)*,[29] утврђена је и прецизирана искључива употреба француског језика у свим областима живота, укључујући, разуме се, и службене односе.

Сагласно таквом опредељењу, Француска ни до данас није потписала Оквирну конвенцију за заштиту националних мањина.[30] Она је, истина, маја 1999. године потписала Европску повељу о регионалним или мањинским језицима, али је још није ратификовала,[31] а мали су изгледи да то учини у скорој будућности. Уосталом, довољно је подсетити да је 1999. године Уставни суд Француске својом одлуком утврдио да би могућа ратификација Европске повеље била у супротности са чл. 2 Устава.[32]

У ред држава које спроводе политику званичног монолингвизма спадају и неке друге земље, као нпр. Грчка,[33] која попут Француске такође није везана ни Оквирном конвенцијом ни Европском повељом.[34]

---

27 General information, *U.S.ENGLISH Foundation Official Language Research – France,* http://www.usenglish.org/foundations/research/olp/viewGeneral.asp?CID=59, pp. 1–2.

28 Minority languages in Europe, *59th Session of the Commission of Human Rights (17. 3. 2003 – 25. 4. 2003) in Geneva,* Written Statement by the Society for Threatened Peoples, http://www.gfbv.de/gfbv_e/uno/geneva03/item_10_en.htm, p. 1.

29 Law No. 94–665 of 4 August 1994 Relative to the Use of the French Language, http://www.usenglish.org/foundation/rese.../viewLegislation.asp?CID=59&LID=5.

30 Framework Convention for the Protection of National Minorities, *Status as of 25/10/2004*, http://conventions.coe.int/T.../ChercheSig.asp?NT=157&CM=1&DF=&CL=EN (25/10/2004).

31 European Convention for Regional or Minority Languages, *Status as of 25/10/2004*, http://conventions.coe.int/T.../ChercheSig.asp?NT=148&CM=1&DF=&CL=EN (10/25/2004).

32 Vilaró S: *op. cit.,* pp. 3–4.

33 Истини за вољу, Устав Грчке (1975) утврђује забрану дискриминације, поред осталог, према језику (чл. 5), а такође јамчи право коришћења језика пред судовима.

34 Занимљиво је приметити да је Грчка учинила управо супротно од Француске: она је потписала (још 1997. г.), али ни до данас није ратификовала Оквирну конвенцију за заштиту националних мањина, а није ни потписала Европску повељу о регионалним или мањинским језицима (Француска је потписала Повељу, али не и Оквирну конвенцију).

Треба истаћи да су ове две земље поменуте зато што се ради о европским државама, чланицама одговарајућих међународних организација које се значајно ангажују на заштити права мањина (поред осталог, Савета Европе и ОЕБС) и, посебно, Европске уније (која као један од услова за пријем нових чланица захтева задовољавајући однос према мањинама). Разуме се, постоји (посебно ван Европе) и низ других земаља које следе исту праксу.

2) Толерисање (али не јамчење) извесних облика службене употребе других језика. Службена употреба једног (државног, већинског) језика увек се подразумева. Међутим, један број држава, иако то својим прописима не јамчи, у пракси толерише извесне облике службене употребе других језика. У таквом случају употреба других језика обично се дозвољава у формалним и полуформалним (најчешће усменим) контактима на локалном нивоу, између односног становништва и одговарајућих државних органа и јавних служби. Треба, међутим, одмах приметити да у реалним оквирима најчешће није лако утврдити разлику између држава које би припадале првој категорији и држава које би спадале у ову групу.

Пример држава из ове групе су балтичке државе (Латвија, Литванија и Естонија), Бугарска и др.

Када је реч о Бугарској, премда су по попису становништва из 1992. мањине чиниле око 15% становништва,[35] Устав (чл. 3) утврђује да: *„Званични језик у Републици је бугарски језик.“* При томе није поменута никаква могућност службене употребе и неких других језика.

Устав се питању језика враћа и у чл. 36/1, али само да би истакао да: *„Учење и употреба бугарског језика су право и обавеза бугарских држављана.“*

Истини за вољу, у чл. 36/2 утврђено је да грађани, којима бугарски језик није матерњи, имају право да упоредо са обавезним учењем бугарског језика уче и користе свој језик. Међутим, ту нема ни речи о службеној употреби тог („свог“) језика.

Најзад, одредбом из чл. 36/3 прецизирано је да се случајеви у којима се користи само званични језик, утврђују законом.

И заиста, у Бугарској постоји низ прописа (по неким изворима преко 100!) који регулишу питање обавезне употребе бугарског језика, и то не само у раду државних органа већ и у раду правних

35 Прецизније: 85,67% становника изјаснили су се као Бугари, 9,43% – као Турци, 3,69% – као Цигани, 0,20% – као Руси, 0,16% – као Јермени, итд. За ове и друге податке о Бугарској и, посебно, њеном односу према мањинама, видети: Кривокапић, Б.: „Положај етничких мањина у образовању“, том 1, *op. cit.,* стр. 211–228. и тамо наведену литературу.

лица, па и од стране грађана.[36] Истовремено, нема прописа који би уређивали (и тиме јамчили) употребу мањинских језика у комуникацији са властима, у вези са истицањем традиционалних назива места на језицима мањина, и сл.[37]

У судским поступцима дозвољава се окривљеном, односно странци, да са судом и другим учесницима комуницира преко преводиоца, али се ту не ради о службеној употреби језика пошто судови раде само на бугарском језику.[38]

Напротив, велики број прописа потенцира искључиву употребу бугарског. Тако је нпр. чл. 33 Закона о извршењу казни утврђена обавеза затвореника да искључиво говоре бугарски, чак и са рођацима који им дођу у посету, и чак када не владају у довољној мери тим језиком. Ако затвореник не зна бугарски, дужан је да о свом трошку обезбеди преводиоца.[39]

Исто тако, према чл. 4 Уредбе 1315 из 1975. године, која је и даље на снази, називи планина, река, шума, језера, острва итд., али и улица, паркова, школа и сл., треба да „одражавају богатство и лепоту бугарског језика“. Управо ова одредба је неколико пута спречила општинске власти у областима настањеним Турцима да промене називе неких локалних објеката.[40]

Уз бугарски, изузетно је предвиђена и одређена службена употреба других, конкретно страних језика. Тако Закон о бугарским идентификационим исправама (1998) у чл. 19 прецизира да се име и место рођења бугарског грађанина у овим исправама пише на бугарском језику и енглеском транскрипту, према правилима која је одобрио Савет министара.[41] Ово решење је посебно занимљиво када се има у виду да Закон (чл. 13) под идентификационим исправама има у виду не само пасоше већ и личне карте и возачке дозволе, те да предвиђа и издавање одређених привремених докумената ове врсте.

Када је реч о турском и другим мањинским језицима, њихова употреба дозвољена је у приватним односима (у кругу породице и

36 Legislation, *U.S.ENGLISH Foundation Official Language Research – Bulgaria,* http: //www.usenglish.org/foundation/research/research/olp/viewResearch.asp?CID=9&TID=1, pp. 1–2.

37 *Ibid.*

38 То утврђују чл. 105/1 Закона о судовима, чл. 5/1 Закона о парничном поступку, чл. 11/1 Закона о кривичном поступку. Конкретне одредбе видети у: Legislation (Bulgaria), *cit.,* p. 5.

39 Minority groups, *U.S.ENGLISH Foundation Official Language Research – Bulgaria,* http://www.usenglish.org/foundation/research/research/olp/viewResearch.asp?CID=9&TID=4, p. 2; Costs, *U.S.ENGLISH Foundation Official Language Research – Bulgaria,* http: //www.usenglish.org/foundation/research/research/olp/viewResearch.asp?CID=9&TID=5, p. 1.

40 Minority groups (Bulgaria), *cit.,* p. 2.

41 Law for the Bulgarian Identification Documents, http://dev.eurac.edu:8085/mugs2/do/browseDoc?serial=1006266116968.

сл.), а такође и у јавности (образовању и сл.), мада само онда када није утврђена обавезна употреба бугарског. Штавише, у пракси се јављају и одређени примери ситуација које би се, условно, могле означити као неки од видова коришћења мањинских језика у службеним односима. Конкретно, тврди се да се у пракси, у општинама које су настањене Турцима и са службеницима из редова турске мањине, толерише усмена комуникација на турском. Међутим, сви писани документи се сачињавају на бугарском.

На тај начин, мада у Бугарској апсолутно доминира бугарски језик, чији је статус званичног језика земље Уставом утврђен, а затим многим прописима потврђен, има примера да се толеришу одређени облици коришћења мањинских језика у односима који би се условно могли назвати службеним. Томе треба додати и већ поменуто, сасвим изузетно решење којим је предвиђена (истина, стриктно ограничена) употреба страног (енглеског) језика.

У сваком случају, стоји опаска да власти нису предузеле кораке за ширење јавне, а тим пре ни службене употребе мањинских језика.[42]

3) Утврђивање опште службене употребе једног језика, али предвиђање извесних облика службене употребе других језика. Најкраће речено, два су основна начина на које нека држава може дозволити службену употребу неких других језика осим онога који има државни статус, односно у службеној је употреби на читавој територији дате државе, и то без икаквих посебних услова. Свим другим језицима, може се, упрошћено говорећи, признати службена употреба: 1) на одређеном делу државне територије, или 2) на читавој територији (боље рећи, свим њеним деловима, без територијалног ограничења), али само када су испуњени одређени услови. Разуме се да је могуће (и у пракси се често јавља) и комбиновање ова два приступа.

(А) Службена употреба „других“ језика само на одређеним подручјима. Често се службена употреба „других“ језика (мањинских језика, језика са специјалним статусом) дозвољава у границама тачно утврђеног подручја, и то обично у одређеним аутономним јединицама (покрајинама, окрузима и сл.). По себи се разуме да разлоге за такво решење обично треба тражити у историјским чиниоцима, етничкој структури локалног становништва (која је најчешће обележена високом концентрацијом мањинског живља), преузетим међународним обавезама, и сл.

Примере утврђивања и праксе службене употребе „других“ језика на одређеним конкретним географским подручјима, односно у административно-територијалним јединицама представљају ситу-

42 Minority Protection in Bulgaria, *Monitoring the EU Accession Process: Minority Protection,* Open Society Institute 2002, http://www.eumap.org/reports/2002/content/07, p. 114.

ације које постоје у Италији (службена употреба немачког у Горњем Адиђе/Јужном Тиролу, франко-провансалског у Долини Аосте, словеначког у Фурланији – Јулијској крајини) и низу других земаља. У таквим случајевима службена употреба „других“ језика по правилу се дозвољава уз обавезну употребу државног (националног) језика, а тек сасвим изузетно (нпр. на Аландима у Финској) предност се даје службеној употреби неког „другог“ (мањинског) језика.[43] Таква решења обично су орезултат изузетних историјских и других околности.[44]

Имајући у виду да је у овом примеру службена употреба „других“ језика ограничена на одређену тачно дефинисану територију, могло би се рећи да се ту ради о примени територијалног принципа. Службена употреба датог језика зависи од тога да ли се то питање поставља у границама извесног подручја (у погледу ког је она призната) или ван њих.

Посебан случај представља прилично честа пракса да се у федерацијама на савезном нивоу као државни утврђује један језик, а у федералним јединицама (њиховим прописима) неки други језици (уз државни или, ређе, уместо њега). Ти језици онда добијају статус државног језика, истина не на читавој територији земље већ у оквирима односне федералне јединице. Таква пракса постоји нпр. у Русији, Шпанији, Индији и др.

(Б) Службена употреба „других“ језика без територијалног ограничења, али уз испуњење одређених услова. Многе савремене државе дозвољавају одговарајуће облике службене употребе „других“ језика, и то без везивања за оквире одређеног подручја (конкретне покрајине, округа и сл.), али само под условом испуњења извесних објективних, унапред постављених захтева.

Најчешће се тражи да постоји довољно велик удео мањинског становништва на датом подручју. То подручје (за разлику од претходног случаја) није унапред дефинисано (у смислу географске, административно-политичке и сличне поделе), тако да ако се испуне постављени захтеви, службена употреба мањинског језика

43 За јединствени статус Аланда (архипелаг који се налази у Финској, а чији становници су 95% етнички Швеђани), видети Кривокапић, Б. (ур.): *Аландска острва – пример успешне аутономије*, Београд 2001, 190 стр.

44 Треба, међутим, знати, да када је реч о Аландима, употреба, па и искључива службена употреба шведског има свој основ, не само у посебној аутономији Аланда (зајамченој Аландским споразумом из 1921. и каснијим финским законодавством) већ и у чињеници да су Уставом (чл. 17/1) и фински и шведски проглашени за националне језике Финске. Реч је о решењу које је диктирано историјским разлозима. Више о томе: Кривокапић, Б.: „Основне карактеристике уставноправног поретка Финске“, *Страни правни живот* 2–3/2004, стр. 9–38.

је дозвољена на разним деловима територије државе, где год има довољно припадника односне мањине.

Сам захтев може бити постављен описно („довољно велик број“, „значајан део“, и сл.), али се често користе прецизнији критеријуми (више од половине становника, 25%, 20%, 15% и сл.). Оваква решења постоје у већем броју држава.

У овом случају могло би се рећи да је на делу персонални принцип.[45] Службена употреба одговарајућег језика дозвољена је онда када има довољно лица која говоре тим језиком (под претпоставком да постоји опште решење које то предвиђа). У неком хипотетичком примеру, ако се становништво које говори односни мањински језик колективно пресели на друго подручје (и на њему опет са задовољавајућим делом чини укупан број становника), оно и даље има право да захтева омогућавање службене употребе свог матерњег језика.

4) Општа службена употреба два или више језика. Један број држава утврђује службену употребу два или више језика на читавој својој територији, у свим службеним односима, и то без постављања захтева да се испуне некакви посебни услови. У таквом случају, службена употреба односних језика обично свој основ има у самом уставу, односно другом законодавству или, што је ређи случај, у пређутно усвојеном решењу и успостављеној пракси.

Примери држава које имају два или више националних језика јесу Белгија (француски, холандски и немачки), Финска (фински и шведски), Швајцарска (немачки, француски, италијански и ретороманској), Канада (енглески и француски), Ирска (ирски и енглески), Индија (хинди и енглески), Казахстан (казашки и руски), Јужна Африка (африкаанс, енглески, ндебеле, северни сотхо, сотхо, тсонга, тсвана, венда, ксхоса, зулу), Кенија (свахили и енглески), Сингапур (малајски, тамилски, енглески и мандарински), и др.

У таквим случајевима обично сви односни језици се проглашавају за државне језике земље, или се један, односно неки међу њима проглашавају за државне и истовремено се утврђује да су у службеној употреби и други односни (тачно наведени) језици.

Посебан случај представља ситуација када се, уз прецизирање државног (службеног) језика земље, признаје и службена употреба на читавој територији земље неког другог језика као средства међусобне комуникације. Таква пракса, на пример, постоји (у по-

45 Разуме се, треба водити рачуна да је ово само једно од могућих значења овог термина.

гледу руског језика) у појединим државама које су настале распадом некадашњег Совјетског Савеза.

Најзад, један број држава (нпр. Словенија, Бугарска и др.) својим прописима изричито утврђује и извесне облике службене употребе неких страних („светских“) језика, који нису језици ни већинског ни мањинског становништва. Службена употреба страних језика у том случају ограничена је у првом реду на контакте са иностранством, као и на коришћење у јавним исправама, а пре свега личним документима грађана.[46]

5) Извешшај високоī комесара ОЕБС-а. Ове изложене моделе тешко је наћи у пракси у чистом облику. Заправо, у великом броју држава постоји комбиновање разних решења, у складу са локалним посебностима и потребама.

До занимљивих сазнања дошао је, и затим их у свом извештају објавио, високи комесар ОЕБС за националне мањине.[47] Он је крајем 1996. године послао упитник министрима иностраних послова држава учесница ОЕБС са питањима о неколико основних аспеката језичких права, од којих су се прва три питања тицала статуса језика у држави и обима права и могућности припадника националних мањина да користе свој језик пред административним и судским властима државе.[48]

Већина одговора примљена је у првој половини 1997. године.[49] Две владе нису одговориле на упитник (Албанија и Белгија), а још три су ускратиле одговоре са образложењем да у њиховим државама нема националних мањина.

Најзанимљивије је *ūрво ūишање*, тј. да ли у односној земљи постоје државни и званични језици и језици са специјалним статусом.

Од 51 државе које су вратиле попуњен упитник, три су (Мађарска, Шведска и САД[50]) одговориле да немају званичне или

46 Тако Закон о пасошима грађана Републике Словеније (2000) утврђује у чл. 13 да се пасоши и визе штампају на словеначком, енглеском и француском, с тим да у областима настањеним припадницима италијанске или мађарске заједнице, они могу бити на италијанском или мађарском уместо француског. Слично томе, словеначки Закон о личним картама (1997) утврђује у чл. 6 да се обрасци личних карата штампају на словеначком и енглеском, а такође, када је то предвиђено (за припаднике тих мањина), на италијанском и мађарском.

47 Report on the Linguistic Rights of Persons Belonging to National Minorities in the OSCE Area (1999), http://www.osce.org/hcnm/documents/reports.

48 Преостала питања односила су се на улогу мањинских језика у образовном процесу и на приступ припадника националних мањина јавним медијима на њиховом језику.

49 Детаљно видети: Report on the Linguistic Rights of Persons Belonging to National Minorities in the OSCE Area (1999), *cit.*, pp. 10–11.

50 САД су одговориле да поједине државе које их чине имају законе који прописују један званични језик.

државне језике; једна је (Чешка Република) истакла да тај термин није дефинисан, иако се статус језика већинског становништва (чешког) подразумева у неким законима, три државе (Грчка, Лихтенштајн и Луксембург) нису одговориле на питање.

Од преосталих држава, 34 су навеле да имају један званични језик, осам њих је навело да имају два језика (Беларус, Канада, Кипар, Финска, Ирска, Казахстан, Малта и Норвешка),[51] а две државе (Швајцарска и Босна и Херцеговина) изјавиле су да имају три или више званичних језика.

Посебно је занимљиво приметити да су чак 22 од 34 државе које су изјавиле да имају само један званичан језик, истакле да дају специјални статус језицима који нису званични.

При томе су у неким случајевима владе конкретно навеле да је други језик „званични језик" у одређеном региону земље.[52]

Две државе са два званична језика такође су навеле да другим језицима дају специјални статус.[53]

Чак и ако се оставе по страни све могуће мањкавости везане за начин на који се дошло до ових података (извештаји самих држава које су свакако желеле да се прикажу у што лепшем светлу, а уз то чињеница да су неке од њих ускратиле извештаје, а друге истакле да на њиховој територији нема мањина; непостојање довољно опипљивих елемената за стварно вредновање и поређење прикупљених података; и др.), нема сумње да су ови подаци веома занимљиви.

С тим у вези, нарочито треба скренути пажњу на то да је од укупно 44 државе које су дале одговор, свега њих 12 одговорило да имају један језик и да не одобравају специјални статус другим језицима.[54] Све остале (32 државе), према томе, или су имале два или више језика као државне (званичне, националне), или су приз-

51 Беларус (беларуски и руски), Канада (енглески и француски), Кипар (грчки и турски), Финска (фински и шведски), Ирска (ирски као први званични језик и енглески као други званични језик), Казахстан (казашки као државни, руски као званични језик), Малта (малтешки као национални језик, енглески као званични), Норвешка (норвешки и сами).

52 Хрватска (други, није наведено који језици у одређеним локалним јединицама); Данска (гренландски и фарски – званични на тим острвима); Грузија (абхазијски званичан у Абхазији); Италија (француски, немачки и словеначки, званични у три различита региона); Молдова (гаугазијски и руски, званични у Гаугазији); Руска Федерација (национални језици званични у седам република); Словенија (италијански и мађарски, званични у одређеним областима); Шпанија (каталонски, галего, еускера, валенцијски, званични у свакој од четири аутономне јединице). Одређени број других држава уочио је да други језици имају *de jure* специјални статус у појединим регионима, а да се при томе не називају „званичним".

53 Канада (језик Аборицина) и Финска (сами).

54 Андора, Бугарска, Естонија, Француска, Исланд, Монако, Пољска, Португал, Румунија, Сан Марино, Турска и Узбекистан.

навале специјални статус неким другим језицима, а понекад и једно и друго.

Разуме се, ова статистика не показује шта се заправо подразумева под специјалним статусом, или још ближе, који су облици службене употребе заштићених језика признати у датим земљама. А њихова пракса се у том погледу веома разликује.

У том смислу довољно је приметити да су, у већ цитираном Извештају ОЕБС, све државе у вези са *другим питањем* (да ли припадници националних мањина могу да користе свој језик у контактима са административним властима и јавним службама у целој земљи?) подељене у шест група.[55]

1) У *прву категорију* спада једна држава (Француска) која је навела да не дозвољава такву комуникацију.

2) Један број држава уопште није навео да ли дозвољава такву комуникацију: Јерменија, Беларус, Бугарска, Киргистан, Пољска, Таџикистан и Турска. Такође, у Извештају је примећено да би ова група могла да обухвати и оне државе које су одговориле да немају националне мањине (Кипар, Исланд, Лихтенштајн, Луксембург и Сан Марино).

3) *Трећа група* је истакла да дозвољава комуникацију, али само на оним језицима који су означени као званични језици за државу као целину. Ту спадају: Канада (право на комуникацију или на енглеском или на француском „где год постоји значајна потражња“ за тим, са варијацијама од покрајине до покрајине); Ирска (право на комуникацију на енглеском или ирском); Малта (на малтешком и енглеском); Норвешка (сами језик у административним областима где се овај језик говори); и Швајцарска (право на комуникацију на било ком званичном језику са савезним властима, али само на званичном језику или језицима кантона, односно општине у комуникацији са кантоналним, односно општинским властима).

4) Један број држава је истакао да допушта комуникацију али само на одређеним мањинским језицима и/или у одређеним регијама земље: Аустрија (на словеначком и хрватском у регијама са мешаним становништвом); Финска (на сами језику у домовини Самија); Немачка (на лужичкосрпском у Лужичкосрпској области); Грчка (на турском); Италија (на француском у Долини Аосте, немачком у Горњем Адиђе и словеначком у деловима Фурланије-Јулијске крајине); Латвија (на руском); Холандија (на фризијском у Фризији); Руска Федерација (на званичном језику дотичне репу-

55 Report on the Linguistic Rights of Persons Belonging to National Minorities in the OSCE Area, *cit.,* pp. 13–14.

блике чланице): Словенија (на италијанском и мађарском у регионима са „аутохтоним“ мањинама ових националности); Шпанија (на регионалном језику у свакој од четири аутономне заједнице); Уједињено Краљевство (на велшком у Велсу, гелском у Шкотској и ирском у Северној Ирској) и Сједињене Државе (на језицима америчких староседелаца).

5) *Пета група* држава одговорила је да дозвољава комуникацију без ограничења на одређене језике, али ограничавајући је *бројношћу* популације: Хрватска (у општинама у којима су мањине већинско становништво); Естонија (у местима где половина становништва са сталним боравком припада мањини); Литванија (у регионима „густо насељеним“ мањинама); Молдова (у местима са „компактним“ становништвом);[56] бивша југословенска Република Македонија (у местима где мањина представља већину или је присутна „у значајном броју“) и Туркменистан („где је већина становништва из друге етничке групе“).

6) *Шеста група* је једноставно одговорила потврдно на питање, не наводећи никаква ограничења у погледу одређених језика, регија или бројности. Те државе су: Андора (која је навела да ће одговори бити само на каталонском), Босна и Херцеговина, Чешка Република, Данска, Грузија, Грчка, Мађарска, Казахстан, Монако (уз напомену да страни држављани „врло често“ могу да користе свој језик), Португал („могућност да се захтева“ преводилац), Румунија, Словачка, Шведска, Украјина и Узбекистан. Осим што су указале на постојање специјалних савезних одредби у погледу језика америчких староседелаца, Сједињене Америчке Државе су у одговору назначиле да се политика у овој области разликује од државе до државе.

Поред тога, поједине државе су имале потребу да истакну како су њихове власти дужне да лицима која су им се обратила на мањинском језику одговоре на том истом језику (Естонија, Италија, Норвешка, Малта и Уједињено Краљевство). Неке земље навеле су и извесне друге облике коришћења језика мањина од стране државних органа. Ипак, због неуједначеног приступа није могуће вршити поређење, нити извлачити некакве озбиљније закључке.

Одговор на *треће питање* (да ли припадници мањина могу да користе свој језик у судским поступцима и у другим контактима са судским властима) био је далеко потпунији. Као што се примећује у Извештају, свака држава која је одговорила на ово питање навела је да обезбеђује неке могућности комуницирања. И поред тога, одговори опет нису били комплетни, утолико што нису довољно јасно прецизирали да ли односно лице може да говори на

56 Молдова је напоменула да дозвољава такву комуникацију у Гагаузији.

свом језику; да ли се поступци или документи преводе на тај језик, или се целокупни поступци воде на том језику. Уз то, Јерменија, Кипар, Исланд, Киргистан, Лихтенштајн, Луксембург и Сан Марино нису ни одговорили на ово питање.[57]

3. Различити начини правног регулисања

Иако има и другачијих примера, у савременим друштвима је правило да се питање службене употребе језика уређује одговарајућим правним прописима. Другим речима, земље које нису правно уредиле ову материју све су ређе. Међутим, чак и оне у пракси признају службену употребу одређеног (одређених) језика, јер је другачије решење просто немогуће (чим има државе, морају постојати и службени односи, а они се морају одвијати на неком језику, чак и када није правно прецизирано који је то језик). Када је реч о другим језицима који постоје у датом друштву, може се толерисати и службена употреба неког (неких) од њих, посебно на одређеним подручјима настањеним становништвом коме је то матерњи језик.[58]

Уколико је, међутим, службена употреба језика правно регулисана, што би данас требало да буде правило, отвара се питање даљег разликовања с обзиром на то о којим правним изворима се ради. Најпростије речено, питање службене употребе језика може на одговарајући начин бити уређено уставом земље, односно разним законима. Нарочито је повољна ситуација када постоји посебан закон о језику (то може бити закон о државном језику, закон о службеној употреби језика, закон о језицима мањина и сл.), мада то, разуме се, не значи одмах да су односна решења квалитетна, а посебно није гаранција да се та решења и остварују. Ипак, чак и када постоје посебни закони о језику, а посебно када их нема, одговарајуће норме треба тражити и у другим прописима, чији је број најчешће врло велик. У обзир у првом реду долазе закони о правима припадника етничких и сличних мањина (у земљама где такви прописи постоје), али исто тако и (у свим државама) закони о управном, судском и другим поступцима, о образовању, о универзитету, о државном печату, о оружаним снагама, о личним исправама, и др.

1) Устав. Питање положаја и употребе језика има толики значај да већина држава настоји да га уреди већ у свом највишем

57 Видети: Report on the Linguistic Rights of Persons Belonging to National Minorities in the OSCE Area, *cit.,* pp. 14–15.

58 У принципу је могуће и да се спроводи пракса негације, па и забране коришћења (а тиме и службене употребе) неких од „других“ (мањинских) језика. Ипак, то је решење које би требало да припада прошлости.

правном акту. Конкретно, једна анализа која је под лупу ставила 147 устава разних држава, показала је да око 110 њих садржи чланове који се односе на језичка питања.[59] То, разуме се, не значи и да се у свим случајевима увек радило о питањима која су се тицала службене употребе језика. Напротив, лако је приметити да се у овом погледу пракса држава значајно разликује.

Један број устава у принципу не садржи никакве одредбе о службеној употреби језика, а неки међу њима немају никаквих одредби о језику уопште.

Тако одредбе о језику немају *Устав Данске* (1953) и *Устав Холандије* (1987). Нису далеко од тога ни неки други устави, који само утврђују да се језичка питања уређују другим прописима. Пример за то је највиши правни акт Луксембурга (1868) који у чл. 29 прецизира да се употреба језика у административним и судским питањима уређује законом.

Неки други устави, као нпр. *Устав Грчке* (1975. г., чл. 5) или *Немачке* (1994. г., чл. 3/3) језик помињу само у вези са забраном дискриминације, поред осталог, и према том елементу.

Иако се дотичу положаја језика (мањинских), одредбе о некаквом државном језику или уопште о службеној употреби језика немају ни устави *Шведске* (1975),[60] *Чешке Републике* (1992),[61] *Мађарске* (1949, изм. 1997),[62] *Италије* (1948, изм. 2003),[63] и др.

Занимљиво је приметити да и у највећој сили савременог света – *САД*, Устав и други прописи на савезном нивоу не утврђују званичан језик. С тим у вези примећује се да је енглески први језик земље путем обичаја, а не на основу права.

Велики број устава других земаља уређује питање службене употребе језика. Разлике су, међутим, велике. Једни само прокламују који је државни језик земље, други уз то додају још неке одредбе о очувању и развоју односног језика, трећи отварају про-

59 Mikhalchenko V.: Language Policy in the Russian Federation, *World Congress on Language Policies*, Barcelona 2002, p. 2, http://www.linguapax.org/congres/taller/taller3/Mikhalchenko.html, pp. 2–3.

60 Устав Шведске само у чл. 2/4 јамчи право језичких мањина на очување и развој сопственог културног и друштвеног живота.

61 Сам Устав нема одредби о језичким правима мањина, али су та питања уређена Повељом о основним правима и слободама (1992), где се, поред осталог (чл. 25/2/,,б“), помиње и право припадника мањина на коришћење матерњег језика у службеним контактима (мада није ближе прецизирано на шта се тачно мисли).

62 Члан 68/2 Устава прецизира да Република Мађарска обезбеђује заштиту националних и етничких мањина и осигурава, поред осталог, употребу њихових матерњих језика, образовање на матерњим језицима и коришћење имена на њиховим матерњим језицима.

63 Устав Италије само (чл. 3/1) садржи забрану дискриминације, поред осталог, према језику (чл. 3/1) и прецизира да се заштита језичких мањина остварује путем посебних прописа (чл. 6).

стор за службену употребу и неких других језика, у првом реду језика етничких мањина, итд. Овде ће бити поменуто свега неколико примера.

Устави једног броја држава задовољавају се тиме да прецизирају који су званични (државни) језици у тим земљама. Тако *Уставу Румуније* (1991) у члану 13 утврђује да је званични језик у тој земљи румунски; *Устав Албаније* (1998) у чл. 14/1 исти статус даје албанском; *Устав Финске* (1999) прецизира у чл. 17/1 да су национални језици Финске фински и шведски; *Устав Португала* (2001) у чл. 11/3 за званичан језик проглашава португалски; итд.

Устави неких других земаља познају нешто развијенија решења утолико што садрже одредбе којима се, упоредо са утврђивањем државног (националног, званичног) језика, истиче да се тиме не нарушавају права која су зајамчена националним мањинама.

Тако *Устав Аустрије* (1929, изм. 1983) у чл. 8/1 утврђује да је без прејудицирања права предвиђених савезним законом за језичке мањине, немачки званични језик Републике. *Устав Словеније* (1991, изм. 2000) у чл. 11 утврђује да је званични језик у Словенији словеначки, али одмах додаје да је у општинама у којима живе италијанска и мађарска народна заједница, званични језик и италијански, односно мађарски. *Устав Пољске* (1997) у чл. 27 проглашава за званични језик пољски, с тим што појашњава да се тиме не нарушавају права националних мањина која проистичу из ратификованих међународних споразума.

Устави једног броја држава помињу само коришћење мањинских језика, али не и могућност њихове службене употребе. Тако *Устав Молдове* (1994) у чл. 13 утврђује: „Национални језик Републике Молдове је молдавски, а писмо је латиница," а затим у следећем ставу прецизира да Молдова признаје и штити право на очување, развој и употребу руског језика и других језика који се говоре на националној територији земље. Службена употреба ових језика се, међутим, не помиње. Слично томе, *Устав Украјине* (1996) у чл. 10/1 проглашава украјински за државни језик Украјине, али већ у чл. 10/3 прецизира да су у Украјини зајамчени слободан развој и заштита руског и других језика националних мањина.

Поједини устави утврђују званичне језике на нивоу читаве земље, али истовремено отварају простор за то да у федералним односно аутономним јединицама званичан статус имају и неки други језици. Тако *Устав Шпаније* (1978) у чл. 3/1 проглашава кастиљански за званични језик државе и утврђује да сви Шпанци имају дужност да га знају и користе. Међутим, другом одредбом истог члана констатовано је да други језици Шпаније такође могу бити званични у односу на аутономне заједнице, у складу са њиховим статутима.

Један број устава утврђује званичан (државни) језик земље и истовремено дозвољава употребу (није јасно да ли увек и службену употребу) неког другог језика као средства међусобне комуникације. Таква ситуација је нарочито карактеристична за неке од бивших република некадашњег Совјетског Савеза. Тако *Устав Беларуса* (1994) у чл. 17 утврђује да је званични језик те државе беларуски и одмах затим додаје да Република Беларус штити право слободне употребе руског језика као језика међуетничке комуникације.

Неки устави садрже сасвим специфична решења. Тако *Устав Ирске* (1923, са каснијим изменама) у чл. 8/1 проглашава ирски језик као национални језик за први службени језик земље, да би већ у чл. 8/2 прецизирао да је енглески језик признат као други званични језик.

Најзад, устави сасвим изутетно садрже исцрпне одредбе не само о званичном језику земље, већ и о службеној употреби других језика. Таква решења обично су резултат сложених политичких и других прилика у којима су односне одредбе формулисане. Добар пример је *Устав Македоније* (1991, изм. 2001) који у чл. 7 утврђује да је македонски језик са ћириличним писмом званичан језик у читавој Републици Македонији и у међународним односима Републике Македоније.

Међутим, прецизирано је (чл. 8/2) да је званични језик, који се пише својим писмом, и сваки други језик којим говори најмање 20 % становништва. Уз то, утврђено је (чл. 8/3) да се сви званични лични документи грађана који говоре службеним језиком који није македонски, издају и на том језику, поред македонског, у складу са законом. Осталим одредбама члана 8 прописано је:

– Свако ко живи у јединици локалне самоуправе у којој најмање 20% становника говори службеним језиком који није македонски може да користи тај званични језик у комуникацији са подручном канцеларијом централне власти одговорном за ту општину; канцеларија одговара и на том језику поред македонског. Свако може да користи ма који званични језик у комуникацији са главном канцеларијом централне власти, која је дужна да одговори и на том језику поред македонског.

– У органима Републике Македоније може се, поред македонског, користити сваки други званични језик, у складу са законом.

– У јединицама локалне самоуправе у којима најмање 20 % становништва говори одређеним језиком, тај језик и његово писмо користе се као званични језик, поред македонског језика и ћириличног писма. Што се тиче језика којима говори мање од 20 %

становника јединице локалне самоуправе, локалне власти одлучују о њиховој употреби у јавним органима.

2) Парцијално регулисање службене употребе језика (разним прописима, али без посебног закона о томе). Практично у свим државама, разна питања која се тичу службене употребе језика регулисана су читавим низом прописа, који уређују ову материју у вези са конкретним односима и животним ситуацијама.

У земљама у којима постоје и закони који су посвећени овој проблематици (нпр. закон о језику, закон о службеној употреби језика, и сл.), ради се, условно речено, о допунским прописима који се крећу у оквиру принципа утврђених тим законима и само прецизирају одређена решења.

Међутим, у државама које немају посебне законе посвећене регулисању положаја језика, односно регулисању на општи начин питања службене употребе језика, ови извори су, уз евентуална уставна решења, од првенственог значаја.

Када је реч о томе у којим законима и другим прописима треба тражити релевантне одредбе које се односе на службену употребу језика, одговор на то, разуме се, зависи од специфичних прилика и услова државе у питању. Ипак, у већини случајева одговарајуће одредбе се проналазе у: статутима или законима о аутономији појединих подручја; законима о локалној самоуправи; законима о судовима; законима о судским поступцима (грађанском, кривичном и др.); законима о управном поступку; законима о јавним бележницима; законима о пасошима; законима о личним картама; законима о називима насељених места и улица; законима о образовању (закон о образовању, закон о основној школи, закон о средњој школи, о универзитету и др.); пословницима парламената, разним подзаконским актима и др.

Међу разним прописима који се не тичу искључиво језика, али по правилу садрже важне одредбе о службеној употреби језика, од посебног значаја су закони о положају мањина. Под претпоставком да је у датој земљи признат некакав вид службене употребе језика мањина, та питања обавезно налазе своје место у овим актима. Примери закона о правима мањина који садрже и одредбе о службеној употреби језика јесу нпр. одговарајући акти Аустрије,[64] Мађарске,[65] Југославије (Србије и Црне Горе),[66] Хрватске,[67] Босне и Херцеговине,[68] и др.

64 Савезни закон о правном положају народних група у Аустрији (1976, изм. 1999).

65 Закон бр. LXXVII о правима националних и етничких мањина (1993).

66 Закон о заштити права и слобода националних мањина (2002).

67 Уставни закон о правима националних мањина (2002).

68 Закон о заштити права припадника националних мањина (2003).

3) Посебни закони о језику. У једном, и рекло би се све већем броју држава постоје и посебни закони о језицима. Њихови називи и садржина често се међусобно разликују, тако да ови прописи уређују шири или ужи круг питања, имају за предмет регулисање првенствено државног језика или, напротив, првенствено мањинске језике, итд. Ипак, за све њих карактеристично је да садрже одговарајуће одредбе од непосредног значаја за проблем службене употребе језика.

Мада су могући и другачији прописи (и, у складу с тим, њихови називи), чини се да се пре свега може говорити о: 1) законима о језику, 2) законима о државном језику, 3) законима о неким конкретним језицима, 4) законима о службеној употреби мањинских језика и 5) законима о службеној употреби језика. Разуме се, постоје и разне друге могућности, што зависи од конкретних прилика и воље законодавца.

Иако су сва уопштавања увек незахвална, јер често у исти кош сврставају одређене, по много чему особене појаве, чини се да је могуће дати неколико општих запажања.

(А) Закони о језику. Закони о језику обично регулишу службену употребу језика (једног или више), али и читав низ других питања која се тичу језика и језичких права (језик образовања, јавног информисања, забрана дискриминације према језику, мере за стандардизацију језика и др.).

У ред закона ове врсте спадају нпр. Закон о функционисању језика на територији Молдавске ССР (1989), Закон Републике Казахстан о језицима Републике Казахстан (1997), Закон Туркменске ССР о језику (1990),[69] Закон о језицима Белоруске ССР (1990), Закон о језицима у Украјинској ССР (1989, изм. 1995), и др.

(Б) Закони о државном (званичном) језику. Већ по логици ствари, закон о државном (званичном) језику утврђује који језик (језици) има(ју) такав статус. Према томе, он се бави уским кругом језика (једним језиком или само неколицином њих), али, с друге стране, најчешће у вези са врло широким кругом питања. Обично се осим регулисања обавезне службене употребе државног (званичног) језика, ту јављају и норме о његовој заштити, неговању, развоју, и сл.

Примере закона о државном (званичном) језику представљају: индијски Закон о званичним језицима (1963, изм. 1967),[70] Закон Киргиске ССР о државном језику Киргиске ССР (1989), Закон

69 Више о томе: Language Policies in Central Asia, http://www.osi.hu/fmp/laws/, 15 pp.

70 The Official Languages Act, http://www.languageinindia.com/april2002/officiallanguagesact.html.

Републике Узбекистан о државном језику у Републици Узбекистан (1995),[71] Закон Молдавске ССР о статусу државног језика Молдавске ССР (1989), канадски Закон о званичним језицима (2002),[72] ирски Закон о званичним језицима (2003),[73] и др.

(В) Закони о неком конкретном језику. Закон о неком конкретном језику, зависно од тога какав се статус придаје том језику, суштински се своди или на закон о државном језику или на закон о неком заштићеном (мањинском) језику. На тај начин, иза овог назива могу се крити врло различити акти, од оних који као једини језик у службеној употреби утврђују односни језик (нпр. француски у Француској), до оних који обезбеђују мање или више широку службену употребу неког мањинског језика.

Примери закона ове врсте су већ помињани француски Закон о употреби француског језика (1994), Закон о употреби македонског језика (1998), Закон о пољском језику (1999), и др.

(Г) Закони о (службеној) употреби мањинских језика. Закон о употреби мањинских језика требало би да уређује широк круг питања у вези са слободном употребом језика мањина. То обично, али не и обавезно, подразумева и службену употребу ових језика, али најчешће обухвата таква подручја као што су образовање, информисање, неговање културе, и др.

Пример прописа који на општи начин уређује употребу језика мањина (и у том склопу начине и услове службене употребе тих језика) јесте италијански Закон о заштити историјских језичких мањина (1999).

Знатно је мање закона који су у целости посвећени регулисању службене употребе језика мањина. Добар пример представља хрватски Закон о употреби језика и писма националних мањина у Републици Хрватској (2000).

Поједини закони уређују само питање службене употребе неког одређеног мањинског језика. Примери за то су шведски Закон о праву коришћења сами језика у односима са јавном администрацијом (2000) и Закон о праву коришћења финског и меанкиели језика у односима са јавном администрацијом (2000);[74] фински Закон о употреби језика Самија (2004), итд.

71 Више о законима Киргистана и Узбекистана: Language Policies in Central Asia, *op. cit.,* pp. 5–9, 11–15.

72 Official Languages Act, http://www.gnb.ca/acts/acts/o–00–5.htm.

73 Official Languages Act, http://www.usenglish.org/foundation/res.../viewLegislation .asp?CID=52&LID=17.

74 Law on the right to use Saami in the relations with public administration; Law on the right to use Finnish and Meänkieli languages in relations with public administration. Оба текста на: http://www.usenglish.org/foundation/res.../viewLegislation.asp?CID=29&LID=10.

(Д) Закони о службеној употреби језика. Закон о службеној употреби језика је назив који би требало јасно да укаже да се односни акт бави управо тим проблемом. Примери за то су канадски, ирски и др. закони о службеној употреби језика.

Међутим, у земљама у којима се питање службене употребе језика поставља искључиво у вези са постојањем разних етничких мањина, тако да се службена употреба језика већинског становништва подразумева, а и иначе је утврђена одговарајућим прописима (обично већ самим уставом), има и те како смисла ограничити предмет одговарајућег закона, а тиме и његов назив, на проблем службене употребе мањинских језика.

(Ђ) Постојање више релевантних закона. Није редак случај да у истој држави, и то на нивоу читаве земље, постоји више језика који се односе на ово питање (закон о државном језику, закони о посебним језицима, и др.).

Добар пример је Молдова која има и посебан закон о статусу државног језика и закон о функционисању језика (оба из 1989. године).

Исто тако, у Италији се норме о службеној употреби језика траже у статутима аутономних покрајина, Закону о заштити историјских језичких мањина (1999), Закону о заштити словеначке језичке мањине (2001) и другим прописима.

Таква пракса постоји и у низу других држава, као нпр. Хрватској у којој, поред осталог, постоје Уставни закон о правима националних мањина (2002) и Закон о употреби језика и писма националних мањина у Републици Хрватској (2000).

* * *

Према изложеном, упоредноправна пракса је изузетно богата. Пре свега, могло би се рећи да колико има држава, толико је и разних решења.

Међутим, и у оквиру појединих држава, посебно федералних, мултиетничких или са значајним уделом етничких и других мањина, постоји више различитих приступа било с обзиром на ниво на ком се питање поставља (савезно законодавство, законодавство република чланица и сл.), било с обзиром на круг лица о којима се ради.

Томе треба додати да су и прилике у свакој конкретној држави, а тиме и одговарајућа правна регулатива подложни сталним променама, те да оно што је важило јуче не мора да важи данас.

Све то указује да се проучавању овог проблема, посебно анализирању са становишта упоредног права, мора прилазити са нарочитим опрезом.

С тим у вези, поставља се и питање начина регулисања службене употребе језика у Србији. Реч је о комплексном проблему, који ће овде бити дотакнут само узгред, пошто смо се њиме већ бавили на другом месту.[75]

У најкраћим цртама, мада су питање положаја етничких (националних) мањина и проблем службене употребе мањинских језика регулисани у државној заједници Србије и Црне Горе низом правних докумената,[76] и то на прилично квалитетан, мада не и идеалан начин,[77] посебан значај имају одговарајући прописи република чланица. Међу њима је нарочито занимљив *Закон Републике Србије о службеној употреби језика и писма* (1991).

Донет пре 13 година, овај закон који се, како му и име каже, непосредно односи на службену употребу језика, још увек је на снази. Објективно посматрано, он заслужује низ похвала, како већ због чињенице да је међу првима у свету зајамчио службену употребу језика мањина, тако и због конкретних решења, која су највећим делом прилично квалитетна, па чак по много чему превазилазе и оно што се у том погледу може наћи у законодавствима већине других држава, укључујући и такозване западноевропске демократије. И поред тога, нема сумње да постоје и одређене озбиљне слабости. Неке од њих су постојале у време доношења овог прописа (*ab initio*), друге су настале као последица промењених околности (нове реалности у којој би овај пропис требало да се примењује), а треће се тичу праксе.[78]

У сваком случају, много тога указује да је време да се службена употреба језика, бар када је реч о Србији, уреди на нов начин. При томе би питање службене употребе језика требало да нађе своје место у: 1) Уставу Републике Србије, 2) посебном (уставном) закону о правима мањина, 3) закону о српском језику, 4) закону о службеној употреби језика мањина, 5) другим прописима.

Конкретно, српски језик би ваљало *уставом* прогласити за државни, односно званични језик Републике. Истовремено би, међу-

75 Кривокапић, Б.: „Прилог иницијативи за доношење новог законодавства Републике Србије о службеној употреби језика“, *Правни информатор* 2/2005, у штампи.

76 Поред осталог, Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама из 2003. г. (посебно чл. 52 и чл. 57), Законом о заштити права и слобода националних мањина из 2002. г. (посебно чл. 9–11) и др.

77 Krivokapić, B.: Serbia and Montenegro: The New Legal Framework for the Protection of Ethnic Minorities, *Revue québécoise de droit international* (Montreal, Canada), vol. 16.1, 1/2003, pp. 61–100.

78 Видети Кривокапић, Б.: „Прилог иницијативи за доношење...“, *op. cit*.

тим, било добро да се у оквиру уставних одредби на прецизнији и потпунији начин зајамчи службена употреба језика националних мањина.

У Републици Србији не постоји *посебан закон који би се на општи (свеобухватан) начин бавио заштитом етничких или националних мањина,* тј. имао то питање као свој основни предмет регулисања. Такав пропис донет је 2002. године на савезном нивоу, чиме је попуњена значајна празнина.[79] То, међутим, не значи да сличан закон не треба да постоји и на нивоу Србије.[80] Напротив. У сваком случају, такав документ требало би да садржи одређене одредбе којима би се утврдили принципи у вези са службеном употребом језика мањина.

Уз то, имајући у виду наше прилике и потребе, ваљало би размислити о доношењу два посебна прописа – закона о српском језику (закона о државном језику) и закона о службеној употреби језика и писма националних мањина.

Наиме, много тога указује да би, угледајући се на праксу многих држава, али и водећи рачуна о сопственим потребама, било корисно донети *посебан закон о српском језику или евентуално закон о државном језику*. Независно од приступа, а тиме и назива који би био одабран, овај пропис би свакако требало да утврди да је у Републици Србији државни (званични) језик српски језик и ћирилично писмо.[81] Истовремено би на општи, али недвосмислен начин било прецизирано да је у свим службеним односима обавезна употреба српског језика, осим ако другачије није утврђено другим законом, а посебном одредбом би се прецизирало да се питање службене употребе језика и писма националних мањина уређује законом о службеној употреби језика и писма националних мањина. Најзад, у овај закон би се у виду посебних одредби (изузетака) могла укључити решења о службеној употреби страних језика. Реч је о свим страним језицима, дакле онима који нису српски, а који могу, али не морају, бити истовремено језици националних мањина

79 Мада има и одређене слабости, овај савезни закон је у суштини изнад онога што је мањинама обезбеђено у већини других држава У вези са службеном употребом језика мањина, од посебног интереса су чл. 9–11. Више о томе: Krivokapić, B.: ,,Serbia and Montenegro: The New Legal Framework....“, *op. cit.*

80 Нешто више у прилог доношењу посебног (уставног) закона Републике Србије о заштити мањина и другим са тим повезаним питањима, видети у: Кривокапић, Б.: ,,Поводом теза за Закон о слободама и правима мањинских заједница и њихових припадника“, у: *Тезе за Уставни закон Републике Србије о слободама и правима мањинских заједница и њихових припадника,* Београд 2002, стр. 15–24.

81 Зависно од политичког става који превлада (након консултовања мишљења лингвиста, историчара и других стручњака; широких расправа и сл.), равноправан статус могао би се дати и латиници (позната је тврдња да је и она српско писмо). Ако се латиници не призна такав статус, ваљало би је, по свему судећи, третирати (у смислу службене употребе) као и остала писма, изузев српске ћирилице. Но, то су питања која би најбоље било уредити већ на уставном нивоу.

које живе у Србији (нпр. енглески, француски, шпански и други „светски“ језици, тј. језици међународне комуникације).[82]

Други посебан пропис био би *закон о службеној употреби језика и писама националних мањина,* који би требало да уређује оно што му и име каже – услове, модалитете, видове и др. службене употребе језика и писама националних мањина.[83] На тај начин, предмет закона било би управо оно што представља суштину проблема, бар у пракси Србије. Конкретна решења закона би, разуме се, морала да буду резултат усаглашавања ставова политичких странака на власти, односно представника већине и захтева мањинских заједница и њихових организација, али не би смела да иду испод већ достигнутог нивоа.

Међутим, чак и када се питање службене употребе језика уреди посебним законом (или, у изложеном предлогу, законима), све указује да је немогуће избећи да одређени аспекти тог проблема буду регулисани и неким другим прописима. То је и разумљиво, посебно када се има у виду да је реч о сложеним односима, те да ниједан закон, ма како добар био, не може да обухвати на прави начин све ситуације. Стога се и у упоредном праву, исто као и у праву Србије и Црне Горе, одређене одредбе из ове материје налазе у другим законима и подзаконским актима. Добар пример су нпр. закони о образовању, информисању, путним исправама, објављивању прописа, пословници парламента и др.

С тим у вези, чини се оправданим да се размисли о начинима којима би се обезбедило да се другим прописима само разрађују, али не крње решења утврђена основним законом (законом о службеној употреби језика). У противном, у принципу би неки други закони могли да наруше решења утврђена основним законом, посебно сходно начелу *lex posterior derogat priori.*

82 Употреба ових („страних“) језика требало би да буде предвиђена у вези са разним одговарајућим питањима, као што је употреба страних језика: у званичним односима (усменој комуникацији, преписци и сл.) са иностранством (са страним државама, међународним организацијама и сл.), где је често неизбежно коришћење енглеског или неког другог језика међународне комуникације; у текстовима међународних уговора; у печатима, заглављима и др. државних органа, органа аутономних покрајина, органа локалне самоуправе, установа, организација и др.; на пасошима и другим путним исправама; у личним картама, саобраћајним дозволама и другим личним исправама; на саобраћајним знацима, путоказима, називима места и другим географским називима; у фирмама предузећа, установа и других правних лица; на роби која је намењена извозу (посебно на лековима, отровима и сл.); и др.

83 Прецизнији термин је „етничка мањина“, међутим, овде је одабран израз „национална мањина“, пошто се за њега определило савезно законодавство СР Југославије односно законодавство државне заједнице Србија и Црна Гора. Више о томе: Кривокапић, Б: „Појам, врсте и назив мањина“, *Права човека,* 5–6/2003, стр. 19–41.

Према изложеном, када се донесе одлука да се прионе на сређивање стања у овој области (а то ће морати да се учини пре или касније), законодавца чека озбиљан и мукотрпан посао. Но, прво је потребно постићи сагласност заинтересованих фактора око неколико претходних питања – какве интервенције се желе, да ли треба чекати усвајање новог устава, па тек онда приступити реформи у овој материји (што се чини као добра идеја), да ли је довољно само изменити постојећи закон или је боље заменити га новим прописом истог или сличног профила, или је боље уместо свега тога радије приступити читавом проблему на другачији начин (нпр. као што је овде предложено) итд. Оно што је сигурно, то је да треба водити рачуна о сопственим специфичностима и потребама, али и о туђим искуствима.

Boris Krivokapić

ON SOME PROBLEMS OF OFFICIAL USE OF LANGUAGE IN INTERNAL DOMESTIC ORDERS OF THE STATES

Summary

This paper treats a very interesting, important and sensitive issue – official use of language in internal domestic order of the states. Namely, one surely expects majority language to be in use, and this use is usually guaranteed through legislation. This reduces the issue of free use of languages to the issue of whether other languages may also be used. Although those can exceptionally be some other languages as well (e.g. foreign languages which are not at the same time mother tongues of any of the minorities in the said state) this usually amounts to languages of various ethnic, linguistic and other minorities.

Within the introductory part author treats some preliminary issues, and especially examines the notion of state language or 'protected languages', points to the most important aspects of the free use of language and, in particular, to the problem of determining official use of language.

The second part of the work deals with various approaches to this problem. After a short overview of international law, the author states current solutions that have appeared in state practice. Havin in mind the essence of the proposed solutions, the author notes that the solutions may conditionally be listed as: 1) those that accept official use of only one language; 2) those that tolerate, but not guarantee certain modalities of official use of other languages; 3) those that determine general official use of one language (state, official, etc.) but envisage certain modalities of use of other (protected,

minority, etc.) languages; 4) those that, under certain conditions, allow for official use of two or more languages on whole territory of the state.

Further, author analyzes different methods of legal regulation of these problems: constitution, various regulations but without special law on the subject matter, special law on laguage, on state (offical) language, laws on a particular languate, laws on (official) use of minority languages, laws on official use of languages, etc.

In his final remarks, author observes that there is a thriving comparative practice, and one could almost conclude that there every state has its own approach. However, even within particular states, especially federal, multhnietnic or those that contain a sizable portion of ethnic or other minorities, several solutions co-exist at the same time. One should add that conditions within each state, including its regulation, are subject to constant change. All this points out that one should study this this problem very carefully, especially when one intends to analyze it from the standpoint of comparative law.

Finally, in a very brief conclusion, author offers his vision of possible legislative solutions which might be implemented in the Republic of Serbia on this subject matter. He points out that the constitutional reform should take this problem into account, and pleads for enaction of constitutional law on minority rights which would cover this subject matter at least partially, and is especially in favor of promulgating special laws on languages. He estimates that a law on Serbian language should be enacted (that is, a law on official state language) and, paralell to that, a parelell law on official use of minority languages should also be passed.

Keywords: *Language – Official use of language – Internal legal orders – Comparative Law.*

УДК 347.516(37)
347.922(37)

Милена Полојац

ПОДЕЛА ДОБИТИ И ГУБИТКА МЕЂУ ОРТАЦИМА – РИМСКО ПРАВО И МОДЕРНА РЕШЕЊА

У овом чланку аутор, на основу расположивих римских правних текстова, показује како у позадини веома либералног става римског права, кад је реч о подели добити и губитка међу ортацима, стоји дуг историјски развој овог института. За најстарији тип ортаклука свих добара везано је правило о подели добити и губитка на једнаке делове у недостатку другачијег споразума странака. Један од важних заокрета у развоју института представљао је моменат када се удео ортака могао састојати искључиво у раду, а не као до тада само у капиталу, а такав ортак могао је договором странака бити искључен из поделе губитка ортаклука. Анализирајући одредбе модерних законодавстава које се односе на питање поделе добити и губитка међу ортацима, аутор доказује несумњив, снажан утицај римског права, уз закључак да се римска решења преузимају због своје рационалности и супериорности, а понекад на првом месту као дуг традицији и великом поштовању према римском праву.

Кључне речи: *Добит. – Губитак. – Лавовски ортаклук. – Мешовити ортаклук.*

Питање поделе добити и ризика међу ортацима представља важно питање у режиму удружења када се има у виду да је циљ ортаклука по правилу стицање имовинске користи, профита.[1] О овом питању своје мишљење дала је читава плејада најугледнијих

1 Што се циља ортаклука у римском праву тиче, у литератури се прави разлика између ортаклука који имају за циљ само коришћење, уживање заједничке имовине, какав је нпр. случај код ортаклука свих добара (*societas omnium bonorum*), од оних који су основани у сврху привређивања, дакле, стицања имовинске користи. За први тип користе се нпр. називи *societas non questuaria, Nutzungsgesellschaft, società di mero godimento,* док се други тип назива *societas questuaria, Erwerbsgesellschaft,* односно *società di industria.* Види: M. Kaser, ,,Neue Literatur zur 'Societas'", *Studia et documenta historiae et iuris, SDHI,* 41 (1975), стр. 311 и сл.; F. Cancelli, ,,Società (diritto romano)", *Nuovissimo Digesto Italiano (NNDI)*, vol. 17, 1961, стр. 503.

правника преткласичног, класичног и познокласичног периода, почевши од Квинта Муција Сцеволе[2], Сервија Сулпиција[3], Масурија Сабина[4], Гаја Касија Лонгина[5], Аристона[6]. Гај у *Институцијама*, Улпијан у својим коментарима *ius civile*-а, као и Јустинијанови правници, састављачи императорског уџбеника са законском снагом, преносе мишљења ових правника, истовремено у извесној мери интерпретирајући њихове ставове.

Решења која је понудила класична римска јуриспруденција почевши од Сервија Сулпиција, представља снажну афирмацију принципа аутономије воље.[7] Начело слободе уређивања односа међу ортацима изражено је најпре у Јустинијановим *Институцијама*, 3.25.1, речима: *Quodsi expressae fuerint partes, hae servari debent.* (Онако како су странке уговориле, то треба да буде поштовано.) Гај нас затим информише која су решења уколико странке нису ништа уговориле о подели добити и ризика, не искористивши тако прилику да њихова воља постане закон.[8]

Inst., 3.150: *Ex illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse. Sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque quod omissum est similes partes erunt.*

У случају да није ништа уговорено о уделима у добити и ризику, јасно је да ће и добит и штета бити подељени на једнаке делове. А ако је о једном изричито уговорено, нпр. о добити, а о другом није, на оно о чему није уговорено примењује се исти однос као и на оно о чему је уговорено.

2 Најпознатији из чувене породице правника и најутицајнији правник у периоду републике, поред Сервија Сулпиција. Конзул у 95. п.н.е и *pontifeks maksimus* у 82. г. п.н.е. W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen,* Weimar, 1952, стр.18 (нр. 28/I).

3 Servius Sulpicius Rufus, поред претходно поменутог Квинта Муција Сцеволе, најпознатији и најугледнији правник из периода републике. Припадао је патрицијима, али је његова породица сумњивог нобилитета. Други пут је изабран за конзула 39. п.н.е. *Op. cit.,* стр. 25 (нр. 40/I).

4 Припадао је витезовима. Од Тиберија је добио *ius respondendi.* Припадник школе Сабинијанаца по коме је школа и добила име. *Op. cit.,* стр. 119 (нр. 6/II).

5 Правник из породице која је припадала високој аристократији. Обављао је многе државне функције: *consul suffectus* 30. н.е., *proconsul Asiae* 40/41. н.е., *legatus Augustus pro praetore Syriae* 45/49. н.е. Био је припадник школе Сабинијанаца. *Op. cit.,* стр. 130 (нр. 14/II).

6 Титиус Аристо, ученик Гаја Касија Лонгина. Поред Јаволена и Нерација, био је најпознатији правник на преласку из првог у други век. *Op. cit.,* стр. 141 (нр. 25/II).

7 R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition,* Oxford, 1996, стр. 457 и сл.

8 Исту информацију даје и Улпијан: D.17.2.29pr (Ulpianus 30 ad Sabinum): si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat.

Додуше, овај принцип слободе уређивања односа међу ортацима има и своје границе, али оне веома мало угрожавају слободу странака. Наиме, у класичном римском праву дозвољено је:

1) да положај ортака међусобно буде неједнак у погледу поделе добити и ризика, тј. да поједини ортаци суделују у различитим квотама у подели добити и штете.

2) да поједини ортак сноси различиту квоту добити у односу на ризик.

3) да поједини ортак буде потпуно искључен из поделе ризика[9].

Није дозвољено да ортак буде искључен из поделе добити, а да сноси искључиво штету. О овом решењу које је познато као лавовски ортаклук (*societas leonina)* информише нас Улпијан у свом коментару *ius civile*-а преносећи став Аристона, односно Касија:

D.17.2.29.2: *Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.*

Аристон наводи да је Касије одговорио да се не може основати такав ортаклук у којем би неко стицао само корист, а други само штету; такав ортаклук обично се назива лављим. И ми се слажемо с тим мишљењем да је уговор о ортаклуку у којем би један само стицао, а други не би имао никакве користи, него сносио штету – ништав, јер је најнеправичнији облик ортаклука онај у којем неко сноси штету, а нема и користи.

До овако либералног става Римљани нису дошли одмах нити на једноставан начин. Изгледа да је слободоумље римског класичног права плод једног наглог заокрета и раскида с традицијом коме је претходило жестоко супротстављање мишљења јуриспрудената. Зато је спорно питање да ли један ортак може сносити различит удео у добити у односу на његов удео у ризику. Гај га је у својим *Институцијама* назвао *magna questio:*

Gai Inst., 3.149: *Magna autem quaestio fuit an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet, quod Q. Mucius ,,contra naturam societatis esse existimavit, sed Servius Sulpicius, cuius'' etiam prevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur ut aequum*

9 *Gai Inst.,* 3.149, *Justiniani Inst.,* 3.25.2, D.17.2.29.1 (Ulpianus 30 ad Sabinum). Улпијан се позива на мишљење Касија и Сабина.

sit eum cum hac pactione in societatem admitti. Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.

Веома је спорно било да ли се може уговорити ортаклук тако да један ортак има већи удео у добити, а да трпи мањи ризик. Тако штогод Квинт Муције је (сматрао противним природи ортаклука. Али, Сервије Сулпиције, чије је) мишљење преовладало, сматрао је да је такав ортаклук могућ у тој мери, да би се чак могло уортачити тако да неко уопште не учествује у ризику, а ипак дели добит, ако је његов удео/рад толико драгоцен да је са гледишта правичности оваква клаузула оправдана. А може се и тако уортачити да један улаже имовину, а други не улаже, па да ипак заједнички деле добит, јер често нечији рад вреди колико имовина.

Веома сличан текст је и онај из Јустинијанових *Институција*, 3.25.2, који нам потврђује оно о чему сведочи Гај:

De illa sane conventione quaesitum est, si, Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. et adeo contra Quinti Mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse.

Постављало се питање да ли се уговор о ортаклуку, у којем су се Тиције и Сеј тако споразумели да ће на Тиција отпадати два дела користи и трећи део штете, а на Сеја два дела штете и трећи део користи, може сматрати ваљаним? Квинт Муције је сматрао да је такав споразум супротан природи ортаклука и да због тога не може бити ваљан. Међутим, Сервије Сулпиције, чије је мишљење преовладало, сматрао је супротно, јер је често рад појединаца у ортаклуку толико вредан да им је правично одредити повољнији положај у ортаклуку, када се и иначе, изван сваке сумње, може основати ортаклук у који један уноси новац, а други га не уноси, па ипак им је добит заједничка, јер често рад једнога вреди колико и новац. Стога је прихваћено стајалиште супротно мишљењу Квинта Муција, да се може основати и такав ортаклук у којем неко добија део користи, а за штету не одговара, што је и сам Сервије сматрао оправданим; ипак, то треба разумети тако да, ако се у

неком послу појави корист, а у другом штета, треба извршити компензацију, па се оно што преостане узима као корист.

Због велике сличности између текста Гајевих и Јустинијанових *Институција*, празнина која је постојала у тексту веронског рукописа, означена заградама, а која је давала супротан смисао тексту, попуњена је помоћу истоименог Јустинијановог дела.[10]

Неки аутори, међутим, поред ове несумњиве сличности, проналазе и наглашавају разлике између текстова. Највише пажње том питању посветио је Аранђо-Руиц који предњачи у покушају да пронађе минуциозне, али по његовом мишљењу суштинске разлике између текстова Гајевог и Јустинијановог уџбеника. Упоређујући две формулације, прву из императорског уџбеника, која гласи: *quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti* и другу из Гајевих *Институција*: *si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti,* утицајни италијански романиста дошао је до закључка да је реч о два битно различита решења. У Јустинијановим *Институцијама*, према његовом тумачењу, говори се само о разлогу због којег може доћи до уговарања различитих пропорција у добити и ризику за појединог ортака, у овом случају реч је о вредности рада једног од ортака, због чега је праведно да један ортак има бољи положај од другога. У Гајевим Институцијама, међутим, процена да ли је праведно да један ортак има бољи положај у односу на друге ортаке препуштена је судији, који ће у поступку поводом подизања *actio pro socio* закључити да ли је споразум ортака ваљан или није.[11] Овакву врсту решења која је дата у Гајевим *Институцијама*, аутор упоређује с питањем које се постављало приликом уговора о купопродаји: да ли је цена правична (*iustum pretium)* и институтом који је поводом тога настао – *laesio enormis,* у којем се улазило у питање еквиваленције узајамних давања. Аутор тако закључује да су Гајеве *Институције* претрпеле интервенцију посткласичног глосатора који је у проблем поделе добити и ризика унео став посткласичног права. Наиме, познато је да је у посткласичном периоду дошло до промена у праву у смеру већег моралисања, ограничавања аутономије воље странака и интервенционизма од стране државе, који се у овом случају огледа у

10 Овакву реконструкцију извршио је Гешен а касније ју је прихватила већина романиста. Међу онима који нису прихватили ову реконструкцију, треба поменути Беселера, романисту склоног радикалним и мало вероватним решењима, што је показао и у овом случају. Његова реконструкција гласи: *Quod Quintus Mucius et Servius Sulpicius negabant: Cassius autem cuius etiam praevaluit sententia etc.* По његовом мишљењу, дакле, раскид са конзервативним ставом почиње од Гаја Касија Лонгина. *Studia et documenta historiae et iuris*, *SDHI*,4, 1938, стр. 295 и сл. Види такође V. Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano,* Napoli, 1950, стр. 96.

11 V. Arangio-Ruiz, *op. cit.,* стр. 100 и сл.

широким овлашћењима судије. За разлику од Гајевог уџбеника, према виђењу Аранђа-Руица, Јустинијанов изражава више став класичног права. Тако су позиције ова два чувена уџбеника промењене, па Гајево дело, настало у класичном периоду, изражава посткласичан став и обрнуто, Јустинијанов уџбеник, који је настао у посткласичном периоду, изражава став класичног римског права.[12]

Иако оцењено као атрактивно[13], тумачење Аранђа-Руица није у основи прихваћено,[14]што се чини оправданим. Наиме, кад је реч о овако сличним формулацијама које постоје између текстова Гајевих и Јустинијанових *Институција*, тешко је међу њима тражити неку дубљу разлику осим оне која се своди на питање стила. Не изгледа уверљива тврдња да се у Гајевим *Институцијама* више моралише, јер формулација *aequum sit* коју је употребио Гај и *iustum sit*, израз који користе Јустинијанови компилатори, на сличан начин упућују на примену принципа правичности.[15]

Међутим, наведени текстови дају основ за конструктивнију анализу. Наиме, овде представљено конзервативно мишљење Квинта Муција Сцеволе, које не допушта да поједини ортак сноси различиту квоту добити у односу на ризик, свакако се не може потценити због великог престижа и угледа који је овај републикански правник уживао захваљујући свом знању и умешности. Овакав став чувеног републиканског правника могао би бити везан за ранији период, када се удео у ортаклуку могао састојати искључиво у капиталу, стварима или новцу, а не у раду.[16] То је блиско менталитету античког човека који, као што је познато, рад није схватао као нешто што би се могло процењивати у новцу. Нарочито је наилазило на отпор схватање да се рад слободних људи који обављају неке више службе у држави може вредновати у новцу. Осим тога, капитал који ортаци улажу као свој удео сигурнији је него обећани, у будућности евентуално остварени рад.[17]

Полазећи од овакве претпоставке, могуће је у основним цртама скицирати развој на следећи начин:

12 *Idem,* стр. 101.

13 A. Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic,* first print. Oxford 1965, repr. 1984, стр. 138.

14 E-H. Kaden, *IURA*, II, 1951, стр. 230–235 (рецензија књиге Arangio-Ruiz, V., La società in diritto romano), нарочито стр. 233. Такође у рецензији F. Wieacker, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistiche Abteilung, ZSS*, 69 (1952), стр. 488–506.

15 Вијакер сматра, као и његов италијански колега, да је Јустинијанов текст бољи од Гајевог, али он, за разлику од Аранђа-Руица, не види битнију разлику у самом смислу текстова. F. Wieacker, *op. ult. cit.,* стр. 498.

16 Овакво схватање има нпр. F. Wieacker, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaftt, I,* Weimar,1936, стр. 253. Супротно, A. Guarino, *Societas consensu contracta,* Napoli, 1972, стр. 25, који сматра да су отпочетка били могући тзв. мешовити ортаклуци у којима је као удео могао фигурирати капитал и рад.

17 О овоме детаљније M. Kaser, *op. cit.,* стр. 314.

а) У ортаклуку свих добара (*societas omnium bonorum)* који се може сматрати најстаријим, или у најмању руку једним од најстаријих типова ортаклука, сваки ортак уносио је једнак удео у имовини (капиталу), па је логично да је на сваког ортака отпадао једнак удео како у добити, тако и у губитку. Овакав режим у ствари је последица чињенице да су ортаци браћа, законски наследници умрлог *pater familiasa* (*sui heredes)* који наследство деле на једнаке делове. Информација коју добијамо од Гаја о томе да се, ако међу ортацима није ништа уговорено, добит и губитак деле на једнаке делове (3.150), може се довести у везу са ортаклуком свих добара и његовим режимом поделе добити и ризика. Наиме, правило које је важило за најстарији тип ортаклука добило је генерално значење и као такво примењено на све облике ортаклука.

б) Код осталих типова ортаклука (*societas questus, societas alicuius negotiationis, societas unius rei)* који су претежно склапани ради остварења имовинске користи, улог ортака се у почетку такође састојао искључиво у имовини, не и у раду. Рад ортака се подразумевао као нешто природно и у домену добре воље ортака и није се вредновао као улог. Удели појединих ортака у имовини могли су бити различите вредности. Како се није новчано вредновао допринос појединих ортака у раду, него само у имовини, одређена квота за појединог ортака у добити, која је по правилу зависила од висине његовог имовинског удела, није могла бити различита од његовог учешћа у подели ризика.

в) Иако се поуздано не зна када је у ортаклук било могуће као удео унети искључиво рад (*opera),* чини се вероватним да је то управо време у којем су живели Квинт Муције и Сервије Сулпиције, дакле друга половина периода Републике, јер је тзв. *magna questio* могла настати једино поводом неке важне новине у режиму уговора. Та новина могла је бити управо уношење рада као удела у ортаклук уместо новца или друге имовине. С тим у вези појавило се спорно питање како тај рад вредновати у односу на капитал, а затим како делити добит и губитак између ортака с неједнаком врстом улога.[18] На новине и потешкоће које се јављају при новим

18 У вези с овим мешовитим ортаклуком и питањима вредновања рада, Казер је изнео своју претпоставку. Од момента када је тзв. мешовити ортаклук постао могућ, ортак који уноси удео у раду делио је профит и ризик према уговору, односно на једнаке делове, као и остали ортаци који уносе имовину. Ако је ортаклук пословао позитивно, ортак који улаже само рад добио би удео у профиту. Ако би, пак, ортаклук пословао с губитком, овај ортак је такође сносио део губитка. Након престанка ортаклука, само би ортаци који су унели капитал свој удео добили натраг, док би ортак који је унео рад остао без ичега, јер његов удео се не може вратити у натури. Он, такође, не може од свог удела одбити губитак уколико је салдо пасиван, као ортаци који су унели капитал, него мора осталим ортацима да плати одређену своту на име штете коју је ортаклук претрпео и која треба да се расподели на ортаке.

ситуацијама, могле би упућивати и речи Јустинијановог текста *non dubitatur* у вези с могућношћу оснивања тзв. мешовитог ортаклука. Наиме, оваква формулација у којој се наглашава да питање није спорно, употребљава се обично када је то питање претходно изазивало недоумице.

Остаје да се размотри питање поделе добити и губитка између ортака с различитом врстом улога које у извесном смислу остаје проблематично и у модерним правима. Наиме, Гајев и Јустинијанов текст говоре о томе да поједини ортак може потпуно бити искључен из поделе ризика и тај случај се доводи у везу с његовим, нарочито вредним уделом у раду. О овом питању говори такође још један текст, фрагмент из Улпијановог коментара *ius civile*, који може допринети расветљавању проблема:

D.17.2.29.1 (Ulpianus 30 ad Sabinum): *Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat: quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est: plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus.*

Касије сматра да се може основати такав ортаклук у којем једна страна не сноси никакву штету, а сви ортаци деле добит. Ово ће важити, како пише Сабин, ако је вредност рада једнака (претрпљеној) штети: често је вредност рада ортака толика да доприноси ортаклуку више него новац, ако је он једини ортак који плови или путује у иностранство или сам сноси опасност.

Правило о томе да поједини ортак може бити искључен из поделе ризика веома је либерално и даје снажну афирмацију принципу аутономије воље. Ипак, оно је дато, како из Улпијановог текста произилази, под ограничењем: *si tanti sit opera quanti damnum est,* дакле, ако је вредност рада једнака штети.

Текст није лако интерпретирати. По свему судећи, привилеговани ортак је онај чији се удео састоји у раду који има изузетну вредност за успех заједничког привредног подухвата. Око вредновања рада, међутим, остају многе недоумице. Није јасно да ли је ортак који је уносио искључиво рад, по престанку ортаклука добијао новчани еквивалент у вредности свог удела као други ортаци или је он само суделовао у подели добитка ако је ортаклук позитивно пословао и евентуално штете, ако то није био случај? Да ли је овакав ортак, осим што је суделовао у подели добити, добијао

У следећој етапи, удео у раду, једнако као и удео у имовини, могао је бити изражен у новцу. Тако је након престанка ортаклука имовина ортака, прерачуната у новчаном еквиваленту, дељена свим ортацима без обзира на врсту улога у сразмери с вредношћу њиховог улога. M. Kaser, *op. cit.,* стр. 315.

претходно и накнаду за свој рад? Није јасно шта се подразумевало под добити, а шта под штетом, тј. на који се начин добит, односно штета, израчунавала?

Због несавршености текста једни га сматрају постклaсичном интерполацијом којом је дошло до ограничавања принципа аутономије воље[19], а други сматрају да је суштина текста класична, али да је текст тешко разумљив захваљујући драстичним и неспретним скраћивањима.[20] Казер је и у овом случају изнео како он схвата ограничење о којем је овде реч; ако је након престанка ортаклука стање касе једнако нули и не постоје дуговања према трећима, онда ће ортаци добити своје улоге, с тим да неће имати дуговања један према другоме. Ако је ортаклук пасиван и вредност дугова прелази вредност ортаковог удела у раду, онда уговорна клаузула по којој је један ортак искључен из поделе ризика више неће важити.[21]

У сваком случају, правило по којем је један ортак могао бити потпуно искључен из сношења ризика, како из римских текстова произилази, није значило да је он у апсолутном смислу био ослобођен сношења ризика. О томе сведочи и текст Јустинијанових *Институција* који указује на то да правило постоји уз извесна ограничења која се, као и у Улпијановом тексту, приписују правнику Сабину. Не можемо са сигурношћу рећи која је права граница учешћа привилегованог ортака у сношењу ризика. Она може бити и блажа него што ју је поставио Казер. Наиме, ако ортак не добије ништа за рад који је уложио у ортаклук, иако не сноси штету у смислу да мора платити дуг који је настао пословањем ортаклука, није ли и то вид учествовања у ризику?

МОДЕРНА РЕШЕЊА

Српски грађански законик није усвојио решење римског права по којем се добит и ризик, у недостатку другачијег споразума, деле на једнаке делове. У параграфу 739. Законик прописује: главно припада сваком своје, а добитак ће се делити по мери улога. Аналогно важи за губитак у параграфу 742: Ако би место добитка штете било, онда по мери улога, као и добитак, пада штета на све ортаке.

Законик заузима став и у погледу тзв. мешовитог ортаклука и одређује положај ортака који уноси у ортаклук искључиво свој рад: Ортак, који ништа друго не би дао у ортаклук осим труда свога, он по закону само право има на добитак, а не на главно.[22]

19 V. Arangio-Ruiz, *op. cit.,* стр. 108.
20 A. Watson, *op. cit.,* стр. 141.
21 M. Kaser, *op. cit.,* стр. 316 и сл.
22 § 728. По угледу на чл. 1183. Аустријског грађанског законика.

У параграфу 739. решавају се неке недоумице које су постојале у римском праву, а тичу се поделе добити у мешовитом ортаклуку: При деоби користи ортачке најпре ће се одбити уложени улози, после трошкови и претрпљене штете; па што претече, оно ће бити добитак. Главно припада сваком своје, а добитак ће се делити по мери улога. Труд и радња узима се у рачун само онога ортака који само труд место улога даје, или је уз улог особиту радњу обећао.

Ортак који је унео само рад, нема право на повраћај главнице, односно онога што је унео у ортаклук у облику рада. На овог ортака не падају трошкови нити је он дужан да надокнади штету насталу лошим пословањем ортаклука. Он дели само добит ортаклука. Закон не прецизира, међутим, како се одређује његово учешће у добити уколико то уговором није одређено. За остале ортаке ствар је јасна; добит се рачуна сразмерно њиховом улогу, с тим што се додатно награђује и онај ортак који је осим удела у имовини ,,особиту радњу обећао". Ортак који у ортаклуку суделује искључиво својим радом, сносиће и ризик у том виду што неће добити никакву накнаду за свој труд.[23]

Трговачки закон за Краљевину Југославију из 1937. године заузео је другачији став од грађанске кодификације у погледу поделе добити и губитка. Додуше, не постоји изричита начелна одредба по којој, у недостатку другачијег споразума ортаци деле добит и губитак на једнаке делове, али тај закључак произлази из члана 109. ст. 1. у којем се каже да другари уносе једнаке улоге у ортаклук, па је логично да на исти начин деле добит и ризик. У ставу 3. истог члана допушта се да улог ортака буде искључиво у раду. Интересантан је члан 123. ст. 3. овог Закона који допушта могућност да неки од ортака сноси само добитак, а да споразумом ортака буде искључен из сношења губитка. Оваква клаузула допуштена је само у случају да је улог другара који не учествује у губитку у раду или другим услугама за ортачко друштво.

Закон о привредним друштвима из 2004. године у основи следи решења предратне кодификације, уз нека битна одступања. Улог ортака у ортачко друштво може бити у новцу, стварима и правима, као и у раду или услугама, који су извршени или треба да буду извршени.[24] У недостатку другачијег споразума, ортаци уносе уделе једнаке вредности[25] и добит и губитак деле на једнаке делове.[26] Међутим, овај закон не предвиђа могућност да један ортак буде изузет из поделе губитка, као ни из поделе добити. Ако

23 § 742.
24 Чл. 59. ст. 1.
25 Чл. 59 ст. 2.
26 Чл. 71. ст. 2 и 3.

оснивачки акт ортачког друштва садржи одредбу којом се одређује само удео у добити, или само удео у губитку, сматра се да се она односи и на добит и на губитак.[27]

Француски грађански законик као бољи принцип узима поделу добити и ризика сразмерно величини улога ортака као и Српски грађански законик, а не на једнаке делове попут римског принципа (чл. 1853). Законик поставља границу принципу аутономије воље у чл. 1855, у којем забрањује да један ортак сноси сву добит (ст. 1) као и да један или више ортака буду ослобођени од сношења штете (ст. 2).[28]

Италијански грађански законик, слично као и Code civil, у недостатку другачијег споразума странака узима да се добит и ризик деле пропорционално вредности улога (чл. 2263). Посебно, у другом ставу овог члана, регулише се положај ортака који уноси рад као улог. Ако уговором није одређен удео овог ортака у подели добити и ризика, о томе ће одлучити судија у складу с принципом правичности. Лавовским ортаклуком сматра се онај у којем би један или више ортака били искључени из поделе добити или из поделе губитка (чл. 2265). У овом случају лавовска клаузула би се сматрала ништавом, али не и уговор у целини, па би се применила одредба закона о подели добити и губитка пропорционално улогу појединих ортака.

Немачки BGB на другачији начин регулише питање поделе добити и губитка. У члану 722. предвиђено је да се добит и губитак деле на једнаке делове међу ортацима, ако о томе не постоји споразум ортака, без обзира на то која је врста и висина улога.

Удео ортака може бити само у раду, односно услугама (чл. 706 ст. 3). Ортак може тражити поделу добити и губитка тек након што престане ортачки уговор, а ако је уговор закључен на дужи период, онда по истеку године дана од закључења уговора (чл. 722). Закон не забрањује могућност да уговором један или више ортака буду искључени из поделе добити и губитка, па се аргументом *a contrario* може закључити да је тзв. лавовска клаузула могућа.[29]

27 Чл. 71. ст. 5.

28 Овај члан забрањује, дакле, лавовску клаузулу проглашавајући је ништавом. С обзиром на то да је ништава клаузула, а не уговор у целини, у овом случају примениће се правило закона о подели добити и ризика.

Међутим, по мишљењу утицајних цивилиста оваква клаузула води до ништавости уговора у целини, јер је она у супротности с односима у ортаклуку, нарочито принципима ius fraternitatis i bona fides. J. Heenen, „Partnership and Other Personal Associations for Profit“ (Chapter 1), *International Enyclopedia of Comparative Law*, vol. XIII (Business and Private Organizations), стр. 30.

29 Око оваквог решења води се научна расправа. J. Heenen, *op. cit.,* стр. 32.

И у англосаксонским правима Енглеске и Америке прихваћено је начело о подели добити и ризика на једнаке делове у недостатку другачијег споразума странака. Чињеница да чланови деле добит и губитак јак је доказ у пракси да је реч о ортаклуку (*partnership*), иако није неспојиво с ортаклуком да неки члан буде изузет из поделе губитка.[30]

Из решења модерних законодавстава јасно се види снажан утицај римског права у виду јасних принципа које је оно оставило у наслеђе, али и неких недоумица које су оставиле видног трага на модерно право.

Римски принцип по којем се, у недостатку другачијег споразума, добит и губитак међу ортацима деле на једнаке делове, остао је актуелан принцип у модерном праву. Додуше, овај принцип је добио снажну конкуренцију у начелу поделе добити и губитка сразмерно улогу странака, па су се велике кодификације грађанског права поделиле око овог питања. Француски Code civil и Аустријски грађански законик прихватају неримски принцип сразмерне поделе као правичнији, а овај пример следе и друге кодификације настале под утицајем великих узора, па тако и наша прва грађанска кодификација. Ипак, римски принцип није изгубио право грађанства. Утицајни Немачки грађански законик (BGB) задржава овај принцип поделе добити и ризика на једнаке делове као данак традицији, али не само због тога. Овај принцип због своје једноставности доводи до лакшег решавања спора међу ортацима. Ако већ странке уговором нису регулисале ово важно питање, иако су такву могућност имале, онда је у крајњој линији правичније да се примени принцип једнакости између особа међу којима владају односи блискости (*ius fraternitatis),* а тиме се олакшава и посао судије. Интересантно је приметити да земље англосаксонског правног система, Енглеска и Америка, примењују принцип једнаке поделе добити и губитка. Иако се ова чињеница не може приписати утицају римског права, вероватно је да су његове творце руководили исти разлози и логика као и римске правнике.[31] Треба поменути да овај принцип следи наш предратни трговачки закон, као и најновији Закон о привредним друштвима, а такође и чувени предлог за кодификацију облигационог права проф. Михајла Константиновића.[32] Тако се, барем кад је о нашем праву реч, више вреднује римски принцип.

30 J. Heenen, *op. cit.,* стр. 31; Sir Arthur Underhill, *Principles of the Law of Parnership,* London, 1966, стр. 89 и сл; R. Anderson, J. Fox, D. Twomey, *Business Law,* Cincinnati, Ohio, 1987, стр. 788.

31 О интересантном феномену честе сличности римског и англосаксонског права међу којима није било директних утицаја и који се начелно сматрају супротстављеним, овде није могуће детаљније расправљати.

32 Чл. 592 ст. 4; М. Константиновић, *Облиґације и уґовори, Скица за Законик о облиґацијама и уґоворима,* Београд, 1996, први пут објављено 1969, стр. 214.

Већина модерних законодавстава посебно издваја и регулише могућност да се улог ортака може састојати искључиво у раду, чиме се сугерише да овакав улог, односно ортак који уноси овакву врсту улога, има посебан статус. Та посебност огледа се у неколико праваца:

– ортак који је у ортаклук унео само рад има право на добит, а не и на главницу.[33]

– овакав ортак сноси ризик у специфичном и ограниченом виду.[34]

– једино овакав ортак, а не онај чији се улог састоји у стварима или новцу, уговором може бити искључен из сношења ризика.[35]

– предвиђа се учешће судије који примењује принцип правичности у случају да уговором није одређен удео ортака који у ортаклук уноси рад.[36]

Лавовску клаузулу, по угледу на римског правника Гаја Касија Лонгина, предвиђају и уграђују готово сва модерна законодавства.[37] Нека законодавства су верна римском схватању и лавовски ортаклук регулишу као немогућност да неки од ортака буде изузет из поделе добити, а не и ризика.[38] Већи број закона, међутим, иде корак даље у ограничењу аутономије воље странака. Тако се лавовска клаузула схвата као немогућност да ортак буде искључен како из поделе добити, тако и из поделе губитка.[39] Разлика ипак није тако велика како изгледа на први поглед. Наиме, могућност да ортак буде изузет из поделе ризика није схваћена у апсолутном смислу, како у римском праву, тако и у модерним правима која следе ову идеју.[40]

Очигледно је да су јасни принципи римског права, али и дилеме римских угледних правника Квинта Муција Сцеволе, Сер-

33 СГЗ, § 728. Тако се рад, у светлости овог решења не сматра улогом. То изричито каже нпр. Општи аустријски грађански законик у параграфу 1187.

34 Према СГЗ, овакав ортак сноси ризик утолико што неће добити никакву награду за свој рад, али неће сносити трошкове нити накнаду штете, што је уобичајено за остале ортаке.

35 Чл. 123. ст. 3 Трговачког закона за Краљевину Југославију из 1937.

36 Италијански грађански законик, чл. 2263, Аустријски грађански законик, чл. 1193.

37 Изузетак представља немачки BGB.

38 Нпр. Аустријски грађански законик, Српски грађански законик и Трговачки закон за Краљевину Југославију.

39 Француски грађански законик, Италијански грађански законик, наш Закон о привредним друштвима.

40 Изузетак би могао представљати наш предратни трговачки закон, с обзиром на то да из његове формулације произилази апсолутно искључење ортака који уноси рад од сношења ризика.

вија Сулпиција Руфа, Масурија Сабина, Гаја Касија Лонгина и Тиција Аристона, садржане у текстовима који су вековима били предмет темељног проучавања, оставили видљиве трагове на модерне законе. Ови закони, не само да усвајају супериорна и рационална решења римских правника, него уврштавају препознатљиве римске садржаје, чак и онда када они пре свега, као свој *raison d'être*, представљају данак традицији и великом поштовању према римском праву.

Milena Polojac

DIVISION OF PROFITS AND LOSSES AMONG PARTNERS – ROMAN LAW AND MODERN SOLUTIONS

Summary

Classical Roman jurisprudence has offered solutions which represent a strong affirmation of the party autonomy principle with respect to division of profit and loss among partners; it is possible to exclude a partner from division of risks. However, it was prohibited to exclude a partner from division of profits only (lion's partnership). Roman Iurisprudence did not arrive to this solution straightforwardly. This was the result of a sudden change of course and abandonment of tradition, as evidenced in fragment 3.149 of Gaius' *Institutions* which state that, already during the period of the Republic, and within the time period when famous lawyers Quintus Mucius Sceviola nad Servius Sulpicius Rufus, it was considered doubtful if a partner's share in profit allocation may differ from his share in allocation of risk (so-called *magna questio*). Liberal approach of Servius Sulpicius has prevailed. Conservative (negative) position of Quintus Mucius may be traced to an earlier period of partnership development, when one could only invest his own capital, but could not invest his own work. Documents do not tackle the issue of evaluation of work/capital ratio in so-called mixed partnership, but it is worth noting that three texts state that a partner who contributes exclusively his own work into the partnership may be, in accordance with agreement of the parties, be excluded from the division of risks. This rule should not, however, be taken without reservation – it is applicable unless partnership is in the red (*si tanti sit opera quanti damnum est*).

Modern legislations are under a clear and strong influence of Roman law. Roman principle that, unless parties agree otherwise, profit and loss and distributed evenly among partners, has remained until today in modern laws, even as it is being challenged by the principle that profit and loss are divided in accordance with one's share. Most of the modern legislations explicitly allows a partner to invest solely his own work, which in turn suggests that

such partner enjoys a special status. Particularity of this position reflects itself on several issues: a) partner who invested solely her own work may participate in the division of profit, but can not participate in the division of the share capital, b) such partner undertakes risk to a different and limited degree, c) only such a parntner may be excluded from allocation of risks, d) a judge shall apply equity principles unless the contract stipulates the share of the partner who invests solely her work. Lion's clause, akin to solution proposed by Roman lawyer Gaius Cassius Longinus, is provided for in almost all of the modern legislations.

Roman solutions are adopted for their rationality and superiority, but they sometimes represent primarily a tribute to tradition and expression of respect for Roman law.

Keywords: *Profit. – Loss. – Lion's partnership. – Mixed partnership.*

УДК 347.928
347.918

Владимир Павић

ПРОТИВТУЖБА И КОМПЕНЗАЦИОНИ ПРИГОВОР У АРБИТРАЖНОМ СПОРУ*

Питање допуштености противтужбе пред међународном трговинском арбитражом је доскора углавном држало релативно једноставне формуле – анализе објективног домашаја арбитражног споразума. У погледу компензационог приговора, границе допуштености биле су мање јасне и углавном су зависиле од односа приговора и тужбеног захтева. Међутим, доношењем нових Швајцарских арбитражних правила, по први пут се потенцијално проширује надлежност арбитраже у погледу компензационих приговора, и то тако да може захватити и оне приговоре који су предмет већ постојеће пророгационе или арбитражне клаузуле. У том случају постоји реална опасност да таква атракција надлежности доведе до конфликта са судом или арбитражом чија је надлежност уговорена у погледу односа из кога потиче компензациони приговор. Поставља се питање домашаја одлуке о компензационом приговору, као и могућности да арбитража примени правила о литиспенденцији како би избегла могућност потенцијално конфликтних одлука.

Кључне речи: *Арбитража. – Противтужба. – Компензациони приговор. – Надлежност. – Литиспенденција. – Res judicata.*

Прошло је више од двадесет година од када је професор Познић у овом часопису анализирао противтужбу у арбитражном спору[1] и, десетак година касније, изнова разматрао тај проблем у оквиру питања домашаја арбитражног споразума.[2] У обиљу материје која се бави питањима грађанског процесног права и арбитражног права, оскудност домаће и стране литературе по овом

* Рад је израђен у оквиру пројекта Правног факултета у Београду: ,,Србија правна држава“. Аутор се овом приликом захваљује проф. Гаши Кнежевићу и проф. Тибору Варадију на коментарима које су упутили на радну верзију текста.

1 Познић Б: ,,Противтужба у арбитражном спору“, *Анали Правног факултета бр. 3–4*, 421–425.

2 Познић, Б: ,,Границе арбитражног споразума“, *Правни живот бр. 11–12 1993*, 1821–1840.

питању готово да изненађује. Понегде се овај проблем третира засебно, а понекад супсумира под шире питање објективног домашаја арбитражне клаузуле. У сваком случају, питање допуштености и домашаја противтужбе и компензационог приговора у арбитражном спору одскора је изнова актуелизовано, понајвише захваљујући недавном доношењу Швајцарских арбитражних правила.

У овом раду се анализира и, где је то могуће, баца ново светло на неколико питања. Ту је прво сам појам, односно разграничење противтужбе и компензационог приговора пред међународном трговинском арбитражом, даље, питање објективног домашаја арбитражног споразума у погледу противтужби и компензационих приговора и, коначно, правнополитичке последице јасног одређивања према надлежности трибунала у погледу противтужби и компензационих приговора (онако како је то учињено у недавно донетим Швајцарским арбитражним правилима).

1. ПРОТИВТУЖБА И КОМПЕНЗАЦИОНИ ПРИГОВОР

1.1. Противтужба и компензациони приговор у поступку пред судом

Када се суочи са тужбом пред међународном трговинском арбитражом, тужени се, осим оспоравања самог тужбеног захтева, може бранити на још два начина. Један, условно речено „офанзивни“, био би подношење противтужбе, а други, „дефанзивни“, истицање компензационог приговора. Овакво разликовање важи и пред судовима, где се упоредноправно развило јасно разликовање противтужбе (*counter-claim*, *Widerklage*, *demande reconventionelle*, *domanda riconvenzionale*) и компензационог приговора (*set-off*, *Processaufrechnung* (у Швајцарској *Verrechnung*), *compensation legale*, *eccezione di compensazione*).[3]

3 Јасно разграничење између противтужбе и компензационог приговора повукао је и Европски суд правде у својој пресуди у случају Danvaern Production A/S v. Schuhfabriken Otterbeck GmbH & Co. C–341–93. Можда једина земља у којој је ово разликовање донекле замућено јесу Сједињене Државе, у којима је појам компензационог приговора изостављен из федералних процесних прописа. Међутим, ово не значи да амерички судови стављају знак једнакости између противтужбе и компензационог приговора, нити да се не могу истицати захтеви који нису конексни са тужбеним захтевом тужиоца (Federal Rules of Civil Procedure, 13 (a-b), Wright, C., Miller A.: „Federal Practice and Procedure: Federal Rules of Civil Procedure Vol. 6“, 2. издање, St. Paul, 1990, стр. 1426.; Inter-State National Bank v. Luther 221 F.2d 382 (10th Cir. 1955), уз одређена ограничења у погледу стварне надлежности, Federman v. Empire Fire & Marine Insurance Co. 597 F.2d 798 (2nd Cir. 1979).

У поступку пред нашим судом тужени до закључења главне расправе може поднети противтужбу, ако је захтев противтужбе у вези са тужбеним захтевом, ако се ти захтеви могу пребити, или подноси противтужбу којом се тражи утврђење неког права или правног односа који условљава исход одлуке о тужбеном захтеву.[4] Дакле, постоје три врсте противтужбе: конексна (везана за тужбени захтев тужиоца), компензациона (управљена на рашчишћавање међусобних дуговања тужиоца и туженог) и прејудицијелна (којом се тражи да изреком буде обухваћено решавање претходног питања).[5]

Компензациони приговор пред судом у току парнице има исту сврху као и компензациона противтужба – најчешће се не оспорава тврдња да тужиочево потраживање постоји и да је доспело, већ се истиче приговор да се потраживање тужиоца угасило пребијањем са неким потраживањем које тужени има према тужиоцу.[6] Ствари се даље компликују чињеницом да је у континенталним правним системима (укључујући и наш) компензација материјалноправног, а компензациони приговор процесноправног карактера.[7] Потраживања се гасе једностраном изјавом воље дужника и то *ex tunc*, при чему није потребна никаква нарочита форма.[8] С друге стране, компензациони приговор јесте парнична радња, па се узима да се потраживање гаси заправо одлуком суда, а не једностраном изјавом странке.[9] Приговор не гаси потраживање, он ствара могућност да суд то учини својом конститутивном одлуком,[10] примењујући одговарајуће меродавно материјално право.[11]

4 Закон о парничном поступку, *Сл. Гласник РС* 125/04, чл. 192.

5 Познић Б., Ракић-Водинелић В.: „Грађанско процесно право“, 15. издање, Београд 1999, 352, Трива С.: „Грађанско процесно право“, 2. издање, Загреб 1972, стр. 354.

6 Алтернативно, тужени може истицати приговор условно. Док је грађанскоправна компензација условљена признавањем потраживања друге стране, процесна компензација може бити условна, односно може егзистирати као „резервна варијанта“ за случај да се утврди да тужилац заиста има потраживање према туженом. Овако Трива С., *ibid*., стр. 352.

7 Rechberger W., – Simotta D. A., *Grundriss des Oesterreichischen Zivilprocessrechts*, Wien 1994, стр. 482. Berger, K. P.: „*Set-off in International Economic Arbitration*“, 15 Arbitration International 1999, 53–84, стр 55. Иако је тзв. „законски компензациони приговор“ („statutory set-off“) процесног карактера у земљама common law система, његов коначни ефекат на главно потраживање сличан је као и у континенталном праву. Coester-Waltjen D. *ibid*, стр. 37, Aeberli, P.: „Abatements, Set-Offs and Counterclaims in Arbitration Proceedings“, преузето са www. aeberli.co.uk/articles/setoff.pdf, стр. 4.

8 Закон о облигационим односима, чл. 336–338, слично у Немачкој, Холандији, Швајцарској, скандинавским земљама, Јапану и Кореји. Међутим, у Шпанији, Белгији и Француској пребијање се врши *ipso iure*. Видети Berger, K. P., *ibid*., str. 56.

9 Познић Б., Ракић-Водинелић В, *ibid*., стр. 206, Трива С., *ibid*., стр. 353.

10 Трива С.: стр 351.

11 Тако, Heider M.: „Confidentiality of information in arbitral proceedings: Raising claims in arbitral proceedings for the purpose of set-off“, необјављено, рад за конференцију ’20 Years UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration’, Беч 2005, стр. 4.

Веома битна последица опредељења туженог за противтужбу или компензациони приговор јесте граница до које ће суд одлучивати. Компензациони приговор представља дефанзивно оруђе, ,,штит",[12] и нужно је ограничен на висину тужбеног захтева. Стога се разматрању компензационог приговора приступа само уколико се утврди, барем делимично, постојање потраживања тужиоца. Уколико противпотраживање туженог премашује потраживање тужиоца, мериторна одлука обухватала би само потраживања до висине утврђеног потраживања тужиоца, па би за остварење вишка тужени морао да покрене нову парницу или поднесе противтужбу.[13] У сваком случају, у компензационом приговору почиње да тече парница (што повлачи и правила о литиспенденцији), а сама одлука о постојању противпотраживања обухваћена је правном снагом.[14]

Разлике између противтужбе и компензационог приговора, са становишта исхода, најочигледније су у двема ситуацијама. Прва је она у којој суд утврди да не постоји потраживање тужиоца. У том случају о противтужби би се ипак одлучивало, док компензациони приговор не би био ни разматран. У другој ситуацији противпотраживање туженог премашује потраживање тужиоца. У случају противтужбе, о противпотраживању ће бити одлучено у целости, док у случају да је истакнут компензациони приговор (и утврђено постојање тужиочевог потраживања) одлука суда неће обухватити ,,вишак".

1.2. Противтужба и компензациони приговор пред арбитражом

1.2.1. Противтужба пред арбитражом

Пред арбитражом, међутим, противтужба може бити поднета само уколико потпада под објективни домашај арбитражне клаузуле.[15] Ово произилази из чињенице да се надлежност арбитраже базира на вољи странака, и да арбитража може одлучивати само

12 Berger K.P., *ibid.*, стр. 60, Stooke v. Taylor (1880) 5 QBD 569.

13 Познић Б., Ракић-Водинелић В., *ibid.*, стр. 206–207, Трива С., *ibid.*, 353. ICC 5971, Coester-Waltjen D.: ,,Die Aufrechnung im Internationalen Zivilprocessrecht" u Pruetting/Ruessmann (прир.) ,,Festschrift fuer Gerhard Lueke, Munich 1997, 35–49, стр. 37; BGH 20. 12. 1956., стр 23.

14 Овако Познић Б., Ракић-Водинелић В., *ibid.*, стр. 206., Трива С. *ibid.*, стр. 352–353. Наравно, на разматрање постојања противпотраживања прелази се само ако се утврди да постоји потраживање тужиоца.

15 Познић Б.: ,,Противтужба у арбитражном спору", 421, Познић: ,,Границе арбитражног споразума", 1824 et seq., Кнежевић Г.: ,,Међународна трговачка арбитража", Београд 1999, стр. 49, Јакшић А.: ,,Међународна трговинска арбитража", Београд 2003, стр. 269.

о оним питањима која су странке обухватиле арбитражном клаузулом или накнадним арбитражним споразумом.[16]

Пракса и теорија су јединствене у оцени да нема проблема у случајевима када се противтужба односи на исти правни однос (најчешће уговор) као и тужба.[17] Имајући у виду да су арбитражни компромиси ређи него клаузуле и да је већина клаузула релативно широко постављена, у највећем броју случајева објективни домашај споразума ће покривати и евентуалне противтужбе и приговоре пребијања из истог односа. Питање конекситета овде не би требало да буде од великог значаја, како због проблематичности самог појма конекситета, тако и због практичних проблема у примени таквог стандарда.[18]

Међутим, могуће је да и у оваквим ситуацијама дође до конфузије у погледу тога да ли је противтужба пред арбитражом допуштена или није. Тако, на пример, уколико арбитражна клаузула предвиђа надлежност арбитраже (односно арбитражне институције) која има седиште у земљи туженог, поставља се питање да ли тужени може поднети противтужбу у својој земљи или арбитража у земљи тужиоца представља једино место где то може учинити.[19] Значајан број арбитражних институција садржи одредбу којом изричито предвиђа сопствену надлежност и у погледу противтужби, уз услов да се противтужба базира на ,,истом арбитражном споразуму“, односно да се базира на ,,истом односу“.[20] Из овога следи да, ако институционална правила изричито упућују на одредбе арбитражног споразума, ,,сплит“ клаузула повлачи немогућност подношења противтужбе. Међутим, у случају да институционална правила садрже само одредбу о допуштености противтужбе, отвара се питање могућности дерогирања такве одредбе споразумом странака. Одговор на то може се дати тек након

16 Redfern A.-Hunter M.: ,,Law and Practice of International Commercial Arbitration“, 4. издање, Лондон 2004, стр. 295;, Born G.: International Commercial Arbitration, 2. издање, Hague 2001, стр. 298 et seq., Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (прир. Gaillard E., Savage J.), The Hague 1999 (у даљем тексту ,,Fouchard Gaillard Goldman“), стр. 1222.

17 Lew J., Mistelis L., Kroll S.: ,,Comparative International Commercial Arbitration“, Kluwer 2003, 153, Јакшић А., *ibid.*, Једнако и UNCITRAL Arbitration Rules, члан 19.

18 Више о овом проблему видети у Познић Б.: ,,Границе арбитражног споразума“, 1825.

19 Познић Б.: ,,Противтужба у арбитражном спору“, стр. 423.

20 Члан 23 Правилника спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, члан 15 Правила сталног изабраног судишта при Господарској комори Хрватске, члан 3(2), International Arbitration Rules of the American Arbitration Association, члан 7a Rules of Arbitration and Conciliation of the Vienna Arbitration Centre, члан 19(1) Commercial Arbitration Rules of the Japan Commercial Arbitration Association. Слично у погледу ICC арбитраже Derains Y., Schwartz, E: ,,A Guide to the new ICC Rules of Arbitration“, Kluwer 1998, стр. 72.

одговарајуће анализе институционалних правила у целости, и у садејству са нормама *lex arbitri*.[21]

1.2.2. Компензациони приговор пред арбитражом

Питање домашаја арбитражне клаузуле представља ограничавајући фактор у разматрању коришћења противтужбе. Мада је напад најбоља одбрана, ако је јасно да противтужба не потпада под компетенције које трибунал има на основу споразума странака, тужени може да прибегне компензационом приговору. На овом месту терминологија постаје релативно униформна, пошто је *lingua franca* арбитраже енглески језик. Термин који се користи за противтужбу је ,,*counterclaim*", а за компензациони приговор ,,*set-off*". Међутим, у арбитражном поступку, често лишеном потребе да посеже за националним концептима и применом националног права, разлика између противтужбе и компензационог приговора често постаје врло нејасна. Тако се понекад констатује како је по противтужби извршено пребијање[22], или се компензациони приговор назива ,,прерушеном противтужбом".[23] Бергер примећује да су пред арбитражом противтужба и компензациони приговор ,,скоро у длаку исти", да се често заснивају на сличној чињеничној подлози (међусобним потраживањима двеју страна), да су мотиви њиховог коришћења и циљ употребе слични, као и да често исходују сличне одлуке.[24]

Међутим, овакве сличности су варљиве. Компензациони приговор је за туженог бољи утолико што се при његовом истицању најчешће не поставља питање објективног домашаја арбитражног споразума.[25] Пошто компензациона изјава може имати ефекта и мимо арбитраже, задатак трибунала је само да провери да ли се угасило потраживање тужиоца, ако је та чињеница спорна.[26] При том, ублажено је и питање ефеката компензационе изјаве у меродавном праву, с обзиром на то да се на могућност компензације

21 Познић Б., ,,Противтужба у арбитражном спору", стр. 423–424, и коначно *in favorem compromissi* у погледу тадашњих правила Спољнотрговинске арбитраже при ПКЈ.

22 Hanotiau B., коментаришући ICC случај бр. 5801 у ,,Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts – Parties – Issues" 18 Journal of International Arbitration (2001) 251–360, стр. 286.

23 Berger K. P., *ibid.*, стр. 58.

24 *Ibid.*, стр. 54–58.

25 Међутим, члан 19(3) UNCITRAL Arbitration Rules предвиђа да тужени може истаћи противтужбу или компензациони приговор само уколико произилазе из истог уговора. У овом случају би једнострана изјава воље уступила пред процесном забраном компензирања – види Јакшић, *ibid.*, стр. 269, фуснота 1113.

26 Познић Б. ,,Границе арбитражног споразума", стр. 1826.

арбитраже понекад позивају као на општи принцип међународног трговинског права.[27]

С друге стране, озбиљно ограничење компензације као средства пред арбитражом представља чињеница да је лимитирана висином тужбеног захтева. Стога је домашај дејства компензационог приговора ограничен. Ако се тужени руководи искључиво процесном економијом, истицање компензационог приговора има мање смисла ако је противпотраживање веће од потраживања туженог. У том случају, наиме, тужени ће морати остатак свог потраживања да намири пред неким другим трибуналом или судом. Даље, иако конекситет најчешће није проблем који се јавља у погледу компензационог приговора, ситуација није тако јасна у случајевима када је потраживање које је предмет компензационог приговора обухваћено пророгационим споразумом или арбитражном клаузулом која предвиђа надлежност неке друге арбитраже.

Коначно, за разлику од компензационог приговора, трибунал ће се изјаснити о противтужби чак и када је тужба повучена. Противтужба, дакле, за разлику од компензационог приговора, има своју самосталну судбину, па је њена ефикасност ограничена успехом који тужилац постигне у погледу остварења свог тужбеног захтева.[28]

2. НОВА ШВАЈЦАРСКА АРБИТРАЖНА ПРАВИЛА

Већ због саме чињенице да представља једну од омиљених ,,арбитражних дестинација“, Швајцарска представља јурисдикцију чија решења помно прате правници великог броја земаља. По питању надлежности у погледу компензационих приговора пред арбитражама, знатижеља је више него оправдана. Већ дуже времена, решења швајцарских арбитража по овом питању више су него интересантна.

Почев од јануара 2004. године, правила шест институционалних швајцарских арбитража (Базел, Берн, Женева, Лозана, Лугано

27 Fouchard, Gaillard, Goldman, стр. 834, позивајући се, између осталог, и на ICC случај бр. 3540. Бергер пак, разликује процесну допуштеност компензације за коју предвиђа меродавност *lex loci arbitri*, и право меродавно за меритум компензационог приговора, где заговара меродавност права према коме се меродавно за главно потраживање (оно које се пребија). Видети Berger K. P., *ibid*., стр. 63. Нешто раније је и Бертрамс дошао до сличног закључка, одбацујући тзв. кумулативни приступ по коме би се допуштеност компензације процењивала истовремено по праву меродавном за оба потраживања. Видети Bertrams R.I.V.F.: ,,Set-off in Private International Law“ у ,,Comparability and Evaluation: in Honour of Dimitra Kokkini-Iatridou“, прир. Boele-Woelki, Grosheide F.W., Hondius E.H., Steenhoff G.J.W., The Hague 1994, стр 153–165.

28 Berger K. P., *ibid*., стр. 60.

и Цирих) унифицирана су у погледу међународних спорова. Док су стара правила остала да важе у погледу домаћих арбитража, сада се бирањем једне од поменутих трговинских комора заправо бирају Швајцарска правила међународне арбитраже (Швајцарска правила), у доброј мери базирана на UNCITRAL арбитражним правилима.[29]

Унификација се, међутим, често обавља мајоризацијом. Тако је једна од најконтроверзнијих одредница садржаних у правилима швајцарских трговинских комора успела да нађе своје место у новим Швајцарским правилима. Ради се о потврди опредељења *„Le juge de l'action est le juge de l' exception"*[30] – принцип по коме трибунал треба да одлучи о свим средствима одбране која се истичу спрам тужбе. Овај принцип је пренесен у члан 21(5) Швајцарских правила, који гласи:

„Арбитражни трибунал ће бити надлежан да разматра компензациони приговор чак и када однос из кога приговор произилази не потпада под домашај арбитражне клаузуле, или је предмет неког другог арбитражног или пророгационог споразума."

Писци Швајцарских правила очигледно су били склони да начело процесне економије ставе на прво место. Ово је урађено, чини се на први поглед, на уштрб арбитражног „правила над правилима" које налаже да се поштује воља странака изражена у арбитражном споразуму. Наиме, члан 21(5) налаже трибуналу да одлучи о компензационим приговорима из односа који су поверени другом трибуналу или суду. Поставља се неколико интересантних питања: да ли ово правило обавезно налаже трибуналу да заснује надлежност или му даје *могућност* да то учини; да ли „компензациони приговор" ваља схватити у ужем или ширем смислу, те да ли се могу унапред предвидети ситуације у којима овакво правило ствара проблеме.

2.1. Дискреција и члан 21(5)

Иако је први рефлекс опрезног правника лимитирање домашаја овако „храбре" одредбе, много разлога говори у прилог њене обавезне примене.

Прво, сам језик члана 21(5) сугерише императивност – *„shall have jurisdiction"* а не, на пример *„may exercise"* или *„may decide on"*. Даље, иако су Швајцарска правила базирана на UNCITRAL прави-

29 Уводни део Швајцарских правила, тачка б).

30 БГХЗ, 5. 5. 1959. Berger K. P., *ibid.*, стр. 72 наводи аргументе за овај став: ако је компензациони приговор материјалноправне природе (Verrechnung, compensation legale, etc.), он представља материјалноправно средство одбране (пошто оспорава постојање самог потраживања) и увек га треба допустити.

лима, она ипак остају швајцарска, а у континенталном праву одредбе о надлежности генерално нису подложне дискреционој оцени суда. Дакле, нема места доктрини *forum non conveniens*, осим ако евентуално швајцарски трибунал буде имао седиште у некој *common law* земљи, и такво правило успе да инкорпорира преко *lex arbitri*. Треће, третирање одредбе као дискреционе може се вратити као бумеранг – у поступку поништаја или признања одлуке суд може оценити да је непримењивањем члана 21(5) нарушено правило по коме поступак мора бити у складу са договором странака.[31]

Насупрот томе, већ поменута опрезност налаже нешто резервисанији став. Разлог је једноставан и веома убедљив – формулацијом члана 21(5) експлицитно се залази у домашај других арбитражних клаузула или пророгационих споразума. Безрезервна примена члана 21(5) може довести до потенцијално конфликтних одлука двају арбитражних трибунала, са несагледивим последицама по процесну економију, која је наводни предмет заштите.

Уколико се пред швајцарском арбитражом истакне компензациони приговор из потраживања које је веће од потраживања тужиоца, а при том је и предмет неког другог арбитражног споразума, сасвим је могућа ситуација у којој швајцарски трибунал утврди да оба потраживања постоје. Трибунал ће онда утврдити да су потраживања пребијена, а затим ће тужени покушати да остатак свог потраживања намири пред другим арбитражним трибуналом.

Опције другог трибунала су сужене. Како сам по себи један арбитражни трибунал није везан одлуком другог,[32] стратегија тужиоца (туженог пред швајцарском арбитражом) биће да се позове на швајцарску одлуку као на *res judicata*, а како арбитражни трибунал не може о признању одлучити као о претходној ствари, мораће да застане са поступком и сачека крај поступка признања. У случају успешно окончаног признања, биће обавезан изреком швајцарског трибунала (која утврђује постојање и висину противпотраживања), па ће се други трибунал претворити у „продужену руку“ швајцарској. Друга арбитража ће заправо аминовати одлуку прве. У случају да суд одбије признање одлуке, отвара се могућност да друга арбитража установи пуну јурисдикцију и одлучи о потраживању у целости (игноришући одлуку швајцарског трибунала).

Ситуација је још компликованија уколико обе арбитраже истовремено одлучују о противпотраживању. На пример, истовремено са истицањем приговора пред швајцарском арбитражом, тужилац покрене другу арбитражу са захтевом да она утврди да противпотраживање не постоји. Чак и уколико се узме да би

31 NYC, etc.
32 Redfern A. – Hunter M., *ibid.*, стр. 460.

арбитража „позајмила“ одредбе о литиспенденцији из *lex arbitri*, исход истицања приговора литиспенденције је неизвестан. На основу принципа Kompetenz-Kompetenz, могућност да арбитража оцени своју надлежност независно од става суда (или арбитраже) увек оставља могућност да та перцепција буде у раскораку са перцепцијом других релевантних тела (судова, арбитража).

Искључива надлежност домаћег правосуђа представља разлог за одбијање приговора литиспенденције. Арбитражни споразум установљава искључиву надлежност трибунала. Ово значи да би приговор литиспенденције био одбијен. Међутим, овакво резоновање било би превише једноставно. Швајцарски трибунал такође заснива надлежност на основу арбитражног споразума. Разлика је у томе што је његова надлежност мање јасно дефинисана, с обзиром на то да члан 21(5) оставља могућност коју други трибунали немају – а то је да задре у надлежност других арбитражних институција и судова. Поставља се питање да ли накнадно уговарање швајцарске арбитраже за неки споразум значи да су странке прихватиле и могућност да члан 21(5) захвати и њихове раније арбитражне и пророгационе клаузуле.

2.2. Противтужба „на мала врата“?

Како изгледа да ни најбоље намере не воде нужно унапређењу процесне економије, поставља се питање да ли је то могуће пречицом, тј. проширивањем дејства члана 21(5) тако да укључи и противтужбу. Резон је следећи: ако већ постоји могућност конфликтних одлука двају трибунала, боље је одмах одлучити о свему. Ако је противпотраживање веће него потраживање тужиоца, боље је спречити одлазак пред другу арбитражу по „вишак“ и касније компликације, те одмах допустити противтужбу, макар она била и из невезаног односа који је предмет другог арбитражног споразума.

Мане овог приступа су очигледне. Прво, ово би подразумевало тумачење члана 21(5) *contra legem*. Швајцарска правила јасно разликују противтужбу и компензациони приговор,[33] и у неколико чланова експлицитно набрајају и једно и друго. Члан 21(5), међутим, говори само о компензационом приговору. Следи да Правила јасно избегавају „замућивање“ границе између ова два појма.[34] Друго, ова одредба је изузетак од UNCITRAL арбитражних правила на којима се Швајцарска правила базирају. Изузетак је намеран, али га ваља тумачити уско.

33 Нпр. чланови 3(9), 3(10), 19(3) Швајцарских арбитражних правила.

34 Међутим, у свом раду изложеном на 12. Хрватским арбитражним данима (децембар 2004, необјављено), Pierre Karrer ову могућност примене одредби члана 21(5) и на противтужбе оставља отвореном (Karrer P.: „Artbitration under the Swiss Rules of Arbitration in Switzerland and Elsewhere“, стр 6.)

Коначно, хроничари процеса доношења Правила сугеришу да су састављачи управо желели да подвуку разлику између чисто дефанзивног приговора и противтужбе, која би морала да потпада под арбитражни споразум. Иако су постојале жеље да се и противтужба укључи у члан 21(5), ,,сматрало се да је неопходно постићи баланс између права тужених да се бране и поштовања других арбитражних клаузула“.[35]

Чак и ако би се наведени разлози игнорисали, на чисто практичном плану ова идеја не би успела. Наиме, проширење домашаја члана 21(5) и на противтужбу успело би само у случајевима када суд утврди постојање оба потраживања и одлучи и о једном и о другом. У свим осталим случајевима процесна економија се не би унапредила. Непријатан пропратни ефекат била би перцепција корисника арбитражних услуга да је, без обзира на то што је између истих страна закључено више арбитражних споразума који покривају различите уговоре, довољно да једна од њих тужи пред швајцарском арбитражом, па да дође до непредвиђене атракције надлежности. У крајњој линији, екстензивно тумачење члана 21(5) би арбитражну одлуку могло отворити и на напад да је одлучивано *extra petita*.[36]

2.3. Домашај члана 21(5)

Члан 21(5) Швајцарских правила, као што је већ речено, не представља апсолутну новину у свету арбитраже. Међутим, оно што је била особеност поступка при појединим швајцарским трговинским коморама, сада на ,,велика врата“ улази у унификована правила. Поставља се питање да ли ова унификација даје додатни кредибилитет афирмацији идеје о широкој надлежности у погледу компензационог приговора. Могу ли се предвидети ситуације у којима ће овај члан бити више или мање прикладан?

Најпре, у ситуацијама у којима није пророгирана надлежност другог суда или арбитраже, могућност конфликта је сведена на минимум. Вероватноћа нежељених компликација расте са појавом два кључна фактора: први је постојање пророгационог или арбитражног споразума који покрива однос из кога настаје компензациони приговор. Додатни фактор компликовања је висина противпотраживања. Уколико је оно веће од тужиочевог потраживања, аргумент процесне економије постаје бесмислен.

35 Peter W., ASA 22 Special Series (2004), стр. 9.

36 Заправо напад да је арбитражни суд одлучио преко надлежности коју су му повериле странке (у овом случају, опсег надлежности одређује и члан 21(5) као део правила о којима су се странке споразумеле). Од овога ваља разликовати *ultra petita* одлучивање, дакле одлучивање преко тужбених захтева изнесених пред трибунал.

Два сценарија се издвајају као посебно илустративна. Први је иницирање поступка по другој арбитражној (односно пророгационој) клаузули ради наплате остатка противпотраживања. Друга ситуација је она у којој обе арбитраже (односно арбитража и суд), паралелно одлучују о противпотраживању. Дакле, ради се о проблемима *res judicata* дејства арбитражних одлука и литиспенденције пред међународном трговинском арбитражом.

2.3.1. Одлука о компензационом приговору као res judicata

Res judicata доктрину познају сви правни системи. Додуше, постоје значајне разлике у начину на који ти системи разликују домашај дејства тзв. позитивних и негативних аспеката *res judicata*, као и начина на који се овај концепт уплиће у поступак. Тако *res judicata* у континенталним системима обухвата углавном само диспозитив, док се у *common law* системима овај ефекат проширује и на *ratio decidendi*.[37] Такође, *common law* системи познају и „*estoppel*", односно процесне преклузије које се могу односити на неки тужбени захтев (*cause of action estoppel*) или чињенично или правно питање (*issue estoppel*), чиме се спречава да се неко позива на одређена права или оспорава њихово постојање уколико су већ утврђена судском одлуком.[38]

Међутим, без изузетка, одлука суда једне земље постаје *res judicata* у другој, само ако та одлука успешно прође покушај признања. Право земље признања одлучиће о томе који ће бити обим домашаја *res judicata*. У нашем случају, стране судске одлуке се уподобљавају,[39] што значи да ће *res judicata* дејство стране одлуке на нашој територији обухватати само њен диспозитив.

У случају арбитраже, међутим, поставља се питање да ли страна одлука мора да прође формални поступак признања у земљи седишта арбитраже да би за њу представљала *res judicata*. На ово се надовезује и питање да ли арбитража треба да буде везана схватањем домашаја *res judicata* који усваја право земље седишта арбитраже. Што се тиче самог признања, без обзира на међународни карактер арбитраже, она мора бити везана одлукама које су признали судови земље седишта арбитраже. У недостатку таквог признања, не постоји разлог да арбитража узме у обзир одлуку

37 Али не и на *obiter dictum*. Међутим, у Француској, Швајцарској, Белгији и Холандији се сматра да је потребно имати увид и у *ratio decidendi* да би се схватио домашај диспозитива одлуке. Види детаљније „Res Judicata and Arbitration", Interim Report, International Law Association, 2004, Berlin Conference, стр. 15.

38 Ово такође обухвата ствари утврђене и у *ratio decidendi*, али не и у *obiter dicta*, *ibid.* стр. 7.

39 Члан 86 (1) ЗМПП; Варади Т., Бордаш Б., Кнежевић Г., *ibid.*, стр 531.

другог суда, укључујући и чињеничну грађу и правни резон на којој се заснива. Што се тиче домашаја *res judicata*, у пракси су се појавили случајеви где су арбитражни трибунали примењивали схватања земље седишта арбитраже[40] или меродавног материјалног права[41] на питање опсега дејства друге арбитражне одлуке.

Ако се све ово узме у обзир, одлука о компензационом приговору коју донесе швајцарска арбитража обавезиваће другу арбитражу (која треба да одлучи о остатку противпотраживања) само ако је та одлука призната у земљи седишта арбитраже. Изрека арбитражне одлуке обично ће садржати утврђивање постојања и висине противпотраживања, те се питање домашаја дејства *res judicata* обично неће постављати као додатни проблем.

2.3.2. Паралелно одлучивање о компензационом приговору

Члан 21(5) отвара могућност и да се о противпотраживању паралелно расправља пред два трибунала (истовремено пред две арбитраже, односно пред швајцарском арбитражом и неким прогираним судом). Најинтересантнија је, наравно, ситуација у којој арбитраже одлучују паралелно, па се намеће питање да ли правила о литиспенденцији имају своје место и пред арбитражом, или се пак, арбитражно испитивање сопствене надлежности обавља без узимања у обзир поступака пред другим органима.

Новија пракса швајцарских судова говори у прилог схватању по коме арбитража треба да примени *lis pendens* правила свог седишта.[42] Инспирацију за увођење правила литиспенденције пред арбитражом суд је нашао у томе да пред њима већ делује принцип *res judicata*, који има донекле сличне циљеве.[43] Најинтересантнији аспект ове анализе увек ће бити испитивање индиректне надлежности органа пред којим се у иностранству води поступак.

Услови за оцену индиректне надлежности варирају од система билатерализације[44] до либералног становишта по коме инди-

40 ICC случај 2745/2762 (1977), наведено у ICC Collection of Awards 1974–1985, Pariz 1990, стр. 326.

41 ICC случај 3267 (1984).

42 Fomento de Construcciones y Contratas S. A. v. Colon Container Terminal S.A, одлука Швајцарског Врховног суда од 14. маја 2001, енглески превод у ASA Bulleting 2001, стр. 505 et seq. Швајцарски Врховни суд је стао на становиште да арбитражни трибунал не може просто да се заклони иза чињенице да постоји арбитражни споразум, те да јавни поредак налаже избегавање двоструке литиспенденције. Позив на јавни поредак овде је заиста необичан, с обзиром на то да се на литиспенденцију пази по приговору странке, а не по службеној дужности.

43 Oetiker C.:,,The Principle of Lis Pendens in International Arbitration: The Swiss Decision of Fomento v. Colon“, 18 Arbitration International Vol. 2 (2002), стр. 137–145, стр. 139 et seq.

44 Нпр. члан 26 швајцарског ЗМПП.

ректна надлежност постоји увек када није повређена искључива надлежност домаћег органа.[45] Међутим, чак и ако арбитражни трибунал поступи на овај начин, тј. ,,преузме“ из *lex arbitri* норме о литиспенденцији, поставља се питање да ли надлежност поверену му арбитражним споразумом треба да третира као искључиву?[46] Ако трибунал стане на такво становиште, следе паралелни поступци.

Логика искључиве надлежности налаже да се не обраћа пажња на надлежност другог трибунала (арбитраже). У ситуацији када се наспрам швајцарске арбитраже налази пророгирани суд, од суда не треба очекивати било какву флексибилност. Ако се, пак, с друге стране налази још један арбитражни трибунал, поставља се питање начина решавања конфликта њихових надлежности.

Једно решење јесте да оба трибунала своју надлежност третирају као ,,конкурентно искључиву“ или ,,релативно искључиву“.[47] Иако су ти изрази у неку руку *conradictio in adjecto*, домашај члана 21(5) реално оба трибунала ставља у једнак положај, тј. оба су, са свог становишта, искључиво надлежна по одговарајућим арбитражним споразумима, да одлуче о противпотраживању. Тако странка која прва покрене питање противпотраживања (аналогно случају ,,сплит клаузула“) заправо коначно установљава трибунал који је искључиво (без резерви) надлежан да одлучи о том питању.

Друго, решење би било остати при становишту да је надлежност поверена арбитражним споразумом искључива, али истовремено анализирати временски след закључивања арбитражних клаузула, тј. дати предност оној арбитражној институцији чија је надлежност касније уговорена. Ово решење је превише упрошћено, пошто се накнадним уговарањем швајцарске арбитраже није заправо дерогирала првобитно уговорена надлежност, већ је на одређени начин створена могућност да се надлежности преклопе.[48]

---

45 Овако члан 89 нашег ЗМПП, упоредно видети ближе у Варади Т., Бордаш Б., Кнежевић Г.: ,,Међународно приватно право“, Нови Сад 2001, стр. 533, убрајајући у ову групу и мађарско, турско и француско право.

46 F. Perret наводи овакву одлуку једног арбитражног трибунала у ,,Parallel Actions Pending before an Arbitral Tribunal and a State Court: The Solution under Swiss Law“, 336.

47 Овај израз коришћен је у нешто другачијем контексту у: Варади Т., Бордаш Б., Кнежевић Г., *ibid.*, стр. 489.

48 Liebscher C.: ,,The Healthy Award“, The Hague 200, стр. 431, критикује решења која подразумевају скривање иза ,,имплицитне воље странака“. Међутим, решење које Liebscherr нуди је да се компензациони приговор допусти увек када га допушта ,,меродавно материјално право“ (овај термин се користи без даљег прецизирања).

3. ЗАКЉУЧАК

Проблем противтужбе, нарочито компензационог приговора пред међународним трговинским арбитражама, има своје специфичности у односу на дејство ових парничних радњи пред судом. Кључна разлика састоји се у томе да је установљавање надлежности арбитража у односу на противтужбу и компензациони приговор компликованије, с обзиром на то да се обавезно поставља и питање објективног домашаја арбитражног споразума. Док надлежност суда води атракцији поступака који би се евентуално могли покренути пред другим месно надлежним судовима, услове за атракцију теже је испунити пред арбитражом.

У таквој ситуацији, додатна промоција „швајцарског правила“, по коме суд може одлучивати и о компензационим приговорима који су предмет других арбитражних или пророгационих клаузула, чини се као веома рискантан потез. При одлучивању о сопственој надлежности, арбитраже се ослањају на демаркацију компетенција садржаних у арбитражним споразумима. Свака арбитража ће водити рачуна само о својој надлежности. У случају да постоји сумња око тачне границе те надлежности, домашај другог арбитражног споразума или пророгационе клаузуле често може представљати важну индикацију тачке где се надлежности преклапају или додирују. Међутим, члан 21(5) Швајцарских правила управо налаже трибуналу да се на такву индикацију не обазире и да игнорише домашај конкурентских арбитражних и пророгационих клаузула.

Циљ оваквог решења јесте унапређење процесне економије. Међутим, швајцарски арбитражни трибунал неће имати дискрециоино право да не прихвати надлежност у поводу компензационог приговора. Правило је строго, јасно и неизбежно. Прокламовани циљ ефикасности ипак ће често бити у великој опасности, нарочито ако постоји арбитражни или пророгациони споразум који обухвата противпотраживање, те ако странка против које је противпотраживање истакнуто користи сва расположива средства и аргументацију како би у погледу противпотраживања установила пуну надлежност експлицитно пророгираног суда или арбитраже.

Иако члан 21(5) није новина, његова промоција у новим Швајцарским арбитражним правилима није најсрећнији потез. Упркос угледу и значају швајцарских арбитража, тешко је очекивати да се одредба сличне садржине појави у будућим националним законима о арбитражи или институционалним правилима.

Vladimir Pavić

CONTERCLAIM AND SET-OFF IN ARBITRATION

Summary

Until recently, admissability of counterclaims before international commercial arbitrations has been treated in accordance with a relatively simple forumula – one had to ascertain the objective scope of the arbitration agreement. With regard to set-off, however, admissability threshold has been less clear and was mostly dependant on relation between the main claim and set-off. Newly promulgated Swiss Arbitration Rules have, for the first time, enabled potential broadening of arbitral jurisdiction over set-off claims, enabling Swiss tribunals to adjudicate even those set-offs that are already subject to another arbitration clause or forum selection clause. This might lead to a potentially dangerous situation where such attraction of jurisdiction might lead to a conflict with another tribunal or court which has expressly been designated as competent with regard to relations which give rise to set-off. This triggers later dilemmas with regard to the reach of decisions on set-off and the possibility that the tribunal applies *lis pendens* rules in order to avoid conflicting decisions.

Key words: *Arbitration. – Counterclaim. – Set-off. – Jurisdiction. – Lis pendens. – Res judicata.*

УДК 347.518:658.62.018.4
366.546.2
366.542/.543(4–672EU)

Марија Караникић

ОДГОВОРНОСТ ЗА РАЗВОЈНЕ РИЗИКЕ*

Наш Закон о облигационим односима био је први пропис у Европи који је именовао и као засебан институт уредио одговорност произвођача за штету од ствари с недостатком. Решење које је усвојено овим законом доследно спроводи теоријски концепт објективне одговорности – произвођач се не може ослободити одговорности за штету тако што ће доказати да се недостатак којим је штета проузрокована није могао открити у тренутку када је ствар пуштена у промет. С друге стране, Директива о одговорности за штету од производа с недостатком препоручује државама чланицама ЕУ да ослободе одговорности оног произвођача који докаже да се постојање недостатка није могло открити у тренутку када је производ пуштен у промет ни применом научног и техничког знања највишег нивоа.

Да ли се правна природа произвођачеве одговорности мења ако се као правнорелевантно уважи питање о томе шта је произвођач могао да зна? Који је ratio правила које сугерише европски законодавац, а којим се ризик штете од несазнатљивих узрока пребацује с произвођача на оштећеног? Постоје ли уверљиви разлози за усвајање овог правила у нашем праву? На крају, које су могуће последице нашег остајања при решењу које се, у погледу одговорности за штету од несазнатљивих недостатака, разликује од оног које је прихваћено у већини европских земаља?

Кључне речи: *Објективна одговорност. – Одговорност за штету од производа с недостатком. – Развојни ризик. – Несазнатљив недостатак.*

---

* Након што је овај рад припремљен за штампу, Скупштина Републике Србије је донела Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком (Службени гласник РС број 101/05 од 14. новембра 2005. године). Усвојени Закон се по садржини и нумерацији чланова у потпуности поклапа са Предлогом Владе Републике Србије о коме је реч у овом раду.

I. УВОД

Одговорност произвођача за штету од ствари с недостатком јесте по својој правној природи објективна вануговорна одговорност.[1] Произвођач пушта произведену ствар у промет и на тај начин повећава опасност да други претрпе штету, при чему он сам остварује зараду. Произвођачу је далеко лакше него потрошачу да се заштити од коначних имовинских последица штетног догађаја – он може да се осигура од одговорности, или да ризик који његова активност са собом носи превали на потрошаче, тако што ће повећати цену свог производа. Надаље, произвођач располаже с далеко више информација о произведеној ствари него њен крајњи корисник, па му је стога лакше да предупреди евентуалну штету. Из наведених разлога, савремена права не заснивају одговорност произвођача на његовој кривици, него на чињеници да произвођач ствара или одржава повећани ризик штете и да на томе остварује добит.[2]

У нашем позитивном праву произвођач је одговоран за штету од ствари с недостатком, без обзира на то да ли је знао за постојање недостатка. Правна природа ове одговорности је таква да је се произвођач не може ослободити доказујући да није крив. Другим речима, нема правног значаја питање да ли је произвођач знао или могао да зна да ствар има одређени недостатак.

Насупрот томе, установа ослобађања од објективне одговорности позивањем на развојни ризик (*development risks, le risque de développement*) омогућава да се произвођач ослободи одговорности за штету од ствари с недостатком, тако што ће доказати да се применом научног и техничког знања највишег нивоа недостатак није могао открити у тренутку када је ствар пуштена у промет. Иако је неспорно да је у тренутку пуштања у промет ствар имала одређени недостатак, произвођач није одговоран за штету која одатле потиче стога што је овај недостатак био објективно несазнатљив. Другим речима, произвођач не одговара за штету од недостатка који је у тренутку када је ствар пуштена у промет био недоступан људском сазнању.

Ослобађање од одговорности позивом на развојни ризик често се у литератури илуструје једним случајем из холандске судске праксе.[3] Пацијенту је извршена трансфузија крви у току операције

1 *Cf.* Марија Караникић, *Одговорност за штету од производа – у праву Европске уније и Сједињених Америчких Држава*, *Правни живот*, том II, 2003, стр. 711–737.

2 Пре доношења Закона о облигационим односима, у нашем праву није била посебно регулисана вануговорна одговорност за штету од ствари с недостатком, већ је постојала само уговорна одговорност за физички недостатак ствари. *Cf.* §§459–493 Српског грађанског законика; §§922–933 Аустријског грађанског законика; узансе 135–159 Општих узанси за промет робом.

3 Hartman v. Stichting Sanquin Bloedvoorziening, 3. фебруар 1999, NJ 1994/621, наведено према Christopher Hodges, *Product Liability in Europe: Politics, Reform and Reality*, 27 *William Mitchell Law Review* 121, 2000, стр. 124–125.

срца, а крв коју је примио била је заражена ХИВ-ом. Холандски суд је сматрао да вирусом контаминирана крв јесте производ с недостатком. Ипак, испоручилац крви је успео да се ослободи одговорности, тако што је доказао да се присуство вируса у крви није могло открити према стању научног и техничког знања у време када је крв испоручена.

У време када је доносио одлуку, а то је било 1999. године, холандски суд је сматрао да су *већ неко време основана* очекивања холандске јавности да не буде овог вируса у крви која се користи за трансфузију. Међутим, та очекивања нису била основана 1996. године, када је операција извршена. У конкретном случају, крв је била тестирана применом два метода (*ХИВ–1–2* и *ХИВ п24 антиген*) и резултати оба теста били су негативни. Трећи метод (*ХИВ–1 РНА*), онај којим је накнадно утврђено присуство вируса у крви, још увек се налазио у експерименталној фази и није био званично одобрен за употребу у време када је тестирање вршено. Суд је закључио да је, и поред тога што се испоручилац крви понашао у складу с научним и техничким знањем највишег нивоа, било практично немогуће открити постојање вируса у крви и да стога испоручилац није одговоран.

У Републици Србији, у скупштинску процедуру ушао је Предлог Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком.[4] Предлагач овог закона је Влада Републике Србије. Предлогом је предвиђено да се у наше право уведе могућност да се произвођач ослободи објективне одговорности за штету од ствари с недостатком, тако што ће доказати да је недостатак био објективно несазнатљив у тренутку пуштања ствари у промет.

Предмет овог рада јесте вануговорна одговорност произвођача за *несазнатљиве* недостатке, и то према Закону о облигационим односима, праву Европске уније и унутрашњим правима неких европских држава. Поред тога, у раду је разматрано које су могуће последице измене нашег позитивноправног решења, као и последице остајања при решењу које се разликује од оног које је прихваћено у већини европских земаља.

II. ОДГОВОРНОСТ ЗА НЕСАЗНАТЉИВЕ НЕДОСТАТКЕ ПРЕМА ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

Вануговорна одговорност произвођача ствари с недостатком уведена је у наше право Законом о облигационим односима. За

4 Извор: web страница Народне скупштине Републике Србије, http://www.parlament.sr.gov.yu.

заснивање ове врсте одговорности није од значаја постојање уговорног односа између произвођача и оштећеника.[5] Закон везује настанак произвођачеве обавезе да штету надокнади за чињеницу да постоји каузална веза између манљивости производа, с једне стране, и причињене штете, с друге стране. Право на накнаду штете има не само купац дефектне ствари него и свако треће лице које је претрпело штету чији је узрок физичка мана одређеног производа.

У нашем праву произвођач може бити одговоран за штету чији је узрок неки физички недостатак ствари уколико у тренутку пуштања ствари у промет није знао да та ствар има одређени физички недостатак. У Закону о облигационим односима стоји:[6]

,,Ко стави у промет неку ствар коју је произвео, а која због неког недостатка за који он није знао представља опасност штете за лица или ствари, одговара за штету која би настала због тог недостатка.“

Правило прописано Законом о облигационим односима не разликује се у том погледу од решења предложеног Скицом за законик о облигацијама и уговорима.[7] Међутим, члан 179 ЗОО садржи још један став који се односи на случај у коме ствар има опасна својства за која је произвођач знао, а која ту ствар не чине дефектном. На пример, бензин има одређена неотклоњива својства која га неизбежно чине опасним производом. У та својства убрајају се запаљивост, као и штетност по здравље у случају гутања или удисања испарења. Ипак, наведена својства не чине бензин дефектним производом, упркос томе што повећавају ризик штете. Произвођач који није учинио све што је потребно да упозорењем, амбалажом или на други прикладан начин спречи штету од познатог опасног својства ствари, може бити одговоран само за ону штету коју је могао да предвиди.[8]

Дакле, према наведеном члану Закона о облигационим односима, произвођач се не може ослободити одговорности за штету од ствари с недостатком тако што ће доказати да у тренутку када је ствар пустио у промет *није знао* да недостатак постоји.

5 Поред деликтне одговорности произвођача за штету од производа с недостатком, Закон о облигационим односима уређује и уговорну одговорност продавца за материјалне недостатке (чланови 478–500 ЗОО), као и уговорну одговорност продавца и произвођача по основу гаранције за исправно функционисање продате ствари (чланови 500–507 ЗОО).

6 Члан 179 ст. 1 ЗОО.

7 Члан 179 ст. 1 ЗОО у свему се поклапа са чланом 141 Скице за законик о облигацијама и уговорима.

8 ,,Произвођач одговара и за опасна својства ствари ако није предузео све што је потребно да штету, коју је могао предвидети, спречи путем упозорења, безбедне амбалаже или другом одговарајућом мером.“ Члан 179 ст. 2 ЗОО.

Иако у члану 179 ЗОО о томе нема изричите напомене, произвођач ће бити одговоран и за ону штету која потиче од физичког недостатка ствари за који је *знао* у тренутку када је произведену ствар пустио у промет. Произвођачево *знање* о постојању недостатка који представља повећану опасност од штете, чинило би произвођача *кривим* за штету која је тим недостатком проузрокована, и то у степену који се у нашем праву не може претпоставити.

Наиме, штетникова кривица се у нашем праву обориво претпоставља као услов и основ штетникове субјективне одговорности ако оштећеник као тужилац докаже да му је штета причињена и да штетниково понашање јесте њен узрок. Међутим, ова оборива законска претпоставка важи само за обичну непажњу. Уколико законом није изричито предвиђена претпоставка неког вишег степена кривице, оштећени који тврди да му је штета проузрокована намерно или грубом непажњом, мора ову своју тврдњу и да докаже.[9]

Наше право, дакле, не претпоставља да је произвођач дефектног производа знао за постојање дефекта. Међутим, ако оштећени докаже постојање овог знања, произвођачева одговорност може се засновати на кривици. Другим речима, чињеница да у нашем праву постоји установа *објективне* одговорности произвођача ствари с недостатком, не искључује могућност да се одговорност произвођача за штету од производа заснује на кривици. Врховни суд Србије је о том питању резоновао на следећи начин:[10]

,,Врховни суд налази да је преурањен закључак другостепеног суда да првотужени није ни у ком случају одговоран. Ово са разлога што произвођач који није одговоран по члану 179 ЗОО (који уређује објективну одговорност), може бити одговоран по члану 154 ЗОО (који уређује субјективну одговорност), ако је до штете дошло услед његових пропуста. Одговорност произвођача који производи робу за тржиште јесте појачана одговорност. Према члану 18 ЗОО, он мора поступати са појачаном пажњом, то јест са пажњом доброг домаћина. Обзиром да је његова одговорност појачана, јер он узгаја коке ради продаје на тржишту, а било му је

9 ,,По правилу о претпостављеној кривици (члан 154, ст. 1 ЗОО) претпоставља се само најблажи степен кривице учиниоца штете (обична непажња). Тежи степен кривице (груба непажња и намера) претпоставља се само ако је таква претпоставка законским правилом изричито утврђена, или ако из смисла односног законског правила то недвосмислено произилази. Изван тих случајева, степен кривице доказује се према општим правилима доказног поступка.“ Закључак XIV Заједничке седнице Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда од 25. и 26. марта 1980. године.

10 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 368/96 од 29. октобра 1997. године, *Збирка судских одлука*, књ. 23, св. I, број одлуке 102, 1999.

од раније познато да његова јата оболевају од марекове болести, било је нужно утврдити да ли је првотужени субјективно одговоран.“

Које је, дакле, значење речи *недостатак за који произвођач није знао* у члану 179 Закона о облигационим односима? Одговорност произвођача из члана 179 ЗОО је по својој природи објективна одговорност, то јест одговорност без обзира на кривицу. Тумачење према коме би законодавчеве речи заправо значиле да одговорности нема у случајевима када је произвођач знао за дефект, било би и логички неутемељено. То би, наиме, значило да се изузетак од одговорности, без обзира на кривицу, предвиђа за ситуацију када је произвођач поступао с најтежим степеном кривице. Поред тога, правило које би искључивало одговорност за намеру или тешки нехат било би противно јавном поретку. Из свих наведених разлога, законодавчеве речи не могу се интерпретирати тако да произвођачево незнање о недостатку буде схваћено као *conditio sine qua non* произвођачеве одговорности за штету која потиче од тог недостатка.

Изгледа да речи које је законодавац употребио у члану 179 ЗОО – у коме стоји да произвођач одговара за штету од *недостатка за који није знао* – заправо значе да произвођач одговара за штету која потиче од недостатка, *без обзира на то да ли је он за тај недостатак знао*. Право претпоставља да произвођач није знао да у промет ставља дефектан производ. С једне стране, произвођач нема интереса да обара ову претпоставку, будући да би га знање о дефекту учинило кривим и, на основу тога, субјективно одговорним за штету која је овим дефектом проузрокована. С друге стране, за оштећеног би доказивање произвођачевог знања о недостатку представљало расипање ресурса, будући да произвођач одговара за штету иако није знао да недостатак постоји.

Показано је да у нашем праву произвођач одговара за штету која је последица недостатка у производу, без обзира на то да ли је произвођач за овај недостатак знао, или му је чињеница да недостатак постоји била непозната у тренутку када је произведену ствар пустио у промет. Међутим, да ли је за постојање објективне одговорности произвођача који није знао за манљивост производа релевантан одговор на питање да ли је тај произвођач уопште *могао да зна* за постојање недостатка? Другим речима, отвара се питање да ли је произвођач одговоран и за оне недостатке који су му били субјективно несазнатљиви. Надаље, да ли је произвођач одговоран и за штету од оних недостатака који су објективно били изван домашаја људског сазнања у тренутку када је производ био пласиран на тржиште?

У оним одредбама којима уређује услове за заснивање објективне одговорности, наш законодавац не придаје правни значај питањима да ли је одређени произвођач могао да зна за недостатак којим је проузрокована штета, односно да ли је постојање овог недостатка уопште било доступно људском сазнању. Произвођач дефектног производа не може се ослободити одговорности доказујући да из неких субјективних разлога није могао да зна за постојање дефекта. Надаље, произвођач се не може ослободити одговорности доказујући да је постојање одређеног дефекта било објективно несазнатљиво. Другим речима, произвођач одговара за штету изазвану недостатком, без обзира на своја знања о недостацима производа, и без обзира на субјективну и објективну сазнатљивост тих недостатака.[11]

Закључак претходних разматрања јесте у следећем: у нашем позитивном праву питање да ли је произвођач у тренутку пуштања произведене ствари у промет *могао да зна* да ствар има недостатак – може бити релевантно само у погледу утврђивања произвођачеве кривице, то јест при покушају да се заснује произвођачева субјективна одговорност. Насупрот томе, произвођач је у нашем праву објективно одговоран и за ону штету која потиче од несазнатљивих недостатака производа, то јест од недостатака који се у тренутку пласирања производа на тржиште нису могли открити.

Међутим, процењујући да ли је оштећени својом радњом допринео да штета од ствари с недостатком настане или да буде већа него што би иначе била,[12] судови узимају у обзир и сазнања која је *оштећени* имао или могао имати о постојању овог недостатка. Тако је Врховни суд Србије у једној скорашњој одлуци резоновао на следећи начин:[13]

,,Према налазу и мишљењу вештака је несумњиво да је до истицања пропан бутан гаса из плинске боце и до стварања запаљиве експлозивне смеше дошло због тога што неповратни вентил са заптивном гумицом није био у довољној мери завртнут у садник боце *што корисник боце није могао да примети* (подвукла М.К.). Паљење експлозивне смеше гаса и ваздуха је највероватније извршено искром или жаром са шпорета који се налазио у близини плинске боце на коју је прописно био постављен решо за ко-

11 Према Ј. Радишићу, у члану 179 ЗОО, којим је уређена одговорност произвођача ствари с недостатком, не прави се разлика између сазнатљивих и несазнатљивих недостатака. *Cf.* Јаков Радишић, *Одговорност произвођача ствари са недостатком*, у: *Коментар Закона о облигационим односима*, главни редактор Слободан Перовић, I књига, ,,Савремена администрација“, Београд, 1995, стр. 412.

12 ,,Оштећеник који је допринео да штета настане или да буде већа него што би иначе била, има право само на сразмерно смањену накнаду“, члан 192 ст. 1 ЗОО.

13 Пресуда Врховног суда Србије, Рев.1660/00 од 10. априла 2000. године, *Избор судске праксе*, број 1/2002, ,,Глосаријум“, Београд 2002.

ришћење плина са исправним вентилом. До експлозије плинске боце је, дакле, дошло због грешке на истој, без икаквог доприноса тужиоца као корисника.“

На овом месту отвара се начелно питање да ли одговорност произвођача за штету од ствари с недостатком може бити објективна по својој правној природи, ако се као правнорелевантна, уважи дилема о томе да ли је произвођач могао да зна да ствар има недостатак. Другим речима, да ли се постављањем питања шта је произвођач могао да зна о производу, одговорност произвођача приближава установи субјективне одговорности, то јест одговорности засноване на кривици?

III. УСТАНОВА РАЗВОЈНИХ РИЗИКА

Савремено право познаје решења која предвиђају могућност да се у склопу утврђивања *објективне* одговорности произвођача разматра да ли је произвођач могао да зна за манљивост производа, то јест да ли је постојање недостатка у производу било сазнатљиво.

Директивом о одговорности за штету од производа с недостатком[14], у право Европске уније уведена је установа ослобађања од одговорности позивањем на ризик развоја (*development risks, le risque de développement*). Чланом 7(е) Директиве предвиђено је да се произвођач ослобађа објективне одговорности за штету од производа с недостатком, ако докаже да је стање научног и техничког знања у време када је он пустио ствар у промет било такво да се постојање недостатка није могло открити.[15]

Дакле, Директивом је предвиђено да се произвођач ослобађа одговорности ако докаже да се недостатак у производу није могао открити у часу пуштања производа у промет ни применом научног и техничког знања највишег нивоа (*development risk defense*). Директива не дозвољава да се произвођач ослободи одговорности доказујући да је ствар произведена у складу с важећим научним и техничким стандардима (*state-of-the-art defense*).[16] Другим речима, ствар може имати недостатак и онда када се произвођач понашао

14 Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products; amended by Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 (у даљем тексту Директива), извор: www.europa.eu.int/eur-lex.

15 “The producer shall not be liable as a result of this Directive if he proves ... (e) that the state of scientific and technical knowledge at the time when he put the product into circulation was not such as to enable the existence of the defect to be discovered“, члан 7(е) Директиве.

16 Hans Claudius Taschner, *Harmonization of Product Liability Law in the European Community*, 34 *Texas International Law Journal* 21, 1999, стр. 25 и даље.

онако како је требало – тиме што је произвођач поштовао важеће научне и техничке стандарде није искључена могућност да ствар има неки недостатак. Доказујући да је у поступку производње поштовао важеће научне и техничке стандарде, произвођач заправо доказује да се понашао онако како је требало, то јест да није крив. То још увек не значи да произведена ствар нема неки недостатак од кога потиче штета за коју произвођач може бити објективно одговоран.

На овом месту поставља се питање на које се то животне ситуације односи наведена одредба Директиве, то јест који то практичан проблем решава европски законодавац допуштајући да се произвођач ослободи одговорности за штету, тиме што ће доказати да је недостатак којим је штета проузрокована био објективно несазнатљив у тренутку када је произвођач пустио ствар у промет.

Наведеном одредбом разрешава се следећа дилема: ко треба да носи ризик оних штета до којих долази у периоду од тренутка када је ствар с недостатком пуштена у промет, до тренутка када је откривено да производ има неки недостатак који ствара повећану опасност од штете – и то у оним случајевима у којима се, узевши у обзир стање научног и техничког знања, постојећи недостатак није могао открити у часу пуштања производа у промет. Другим речима, ко треба да сноси ризик *накнадног* – а у погледу могућности да се претрпљена штета спречи *закаснелог* – сазнања о постојању недостатка у производу?

Ако правни систем дозвољава да се произвођач ослободи одговорности доказивањем да је недостатак који је узрок штете био несазнатљив према стању научног и техничког знања у тренутку пласирања производа на тржиште, онда ризик промена у људском сазнању у времену од пласирања производа на тржиште, до испољавања штетне последице, сноси оштећени. Уколико се, пак, произвођач не може ослободити одговорности на овај начин, онда он сам одговара за несазнатљиве ризике, то јест, на њему је ризик неблаговременог сазнања о могућем узроку штете.[17]

Разматрана одредба Директиве у стручним круговима сматра се у најмању руку контроверзном.[18] Неки аутори су мишљења да постоји контрадикција између, с једне стране, могућности да се произвођач ослободи одговорности доказивањем да није могао да зна за постојање недостатка и, с друге стране, заснивања одговорности произвођача, без обзира на кривицу. Другим речима, ови

17 О могућим последицама усвајања једног или другог решења биће касније речи.

18 Simon Taylor, *L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux. Etude comparative du droit anglais et du droit français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, стр. 67.

аутори сматрају да ослобођење од одговорности позивањем на развојни ризик не може опстати у систему објективне одговорности.

Хендерсон и Тверски (*James A. Henderson, Aaron D. Twerski*)[19] критикују решење предвиђено Директивом и као застарело, стога што се у Директиви не прави разлика између следеће три врсте недостатака у производу: 1. недостатак настао у поступку производње (manufacturing defect), што значи да конкретан производ није онакав какав је према пројекту требало да буде; 2. конструкцијски недостатак или недостатак у дизајну (design defect), који се испољава у читавој линији производа; 3. недостатак адекватног упозорења у погледу опасног својства ствари (warning defect).[20] Изостанак адекватног упозорења или безбедне амбалаже код ствари која има опасна својства представља посебну врсту недостатака у нашем позитивном праву. Одговорност за штету која потиче од недостатака ове врсте засебно је регулисана чланом 179 ст. 2 Закона о облигационим односима.

Директива оставља могућност државама чланицама да својим националним прописима ускрате произвођачу могућност да се на овај начин ослободи одговорности.[21] Дакле, држава чланица Европске уније није у обавези да унутрашњим прописом – којим у своје национално право уводи режим одговорности предвиђен Директивом[22] – пропише и могућност ослобађања од одговорности позивањем на развојни ризик. Луксембург и Финска су једине земље које су у потпуности искористиле ову могућност коју државама чланицама оставља члан 15 (1.б) Директиве, то јест

19 James A. Henderson, Aaron D. Twerski, *What Europe, Japan, and Other Countries Can Learn from the New American Restatement of Products Liability*, 34 *Texas International Law Journal* 1, 1999, стр. 13–14.

20 У праву Сједињених Америчких Држава [Restatements (Third) of Torts] произвођач одговара, без обзира на кривицу, само за оне штете које потичу од недостатака прве врсте; у наредна два случаја произвођач може бити одговоран само за скривљено понашање (negligence). *Ibidem*, стр. 13–15.

21 "Each Member State may ... (1.b) by way of derogation from Article 7(e), maintain or, subject to the procedure set out in paragraph 2 of this Article, provide in this legislation that the producer shall be liable even if he proves that the state of scientific and technical knowledge at the time when he put the product into circulation was not such as to enable the existence of a defect to be discovered." члан 15 (1.б) Директиве.

22 Директива о одговорности за штету од производа с недостатком не укида постојеће националне режиме вануговорне одговорности. Објективна одговорност произвођача, која је предвиђена Директивом чланице, уводи се у законодавство државе одговарајућим унутрашњим прописом и у правном систему те државе постоји паралелно са затеченим режимима деликтне одговорности. О методима хармонизације и унификације у комунитарном праву, *cf.* Радован Вукадиновић, *Хармонизација права о одговорности за штете од производа са недостатком у оквиру ЕЕЗ-а*, *Правни живот (Штета и њена накнада)*, II том, 11–12/1992, стр. 2173–2185.

једине државе чија национална законодавства не омогућавају произвођачу да се ослободи одговорности на описани начин.

Дакле, према унутрашњим прописима Финске и Луксембурга, произвођач се не може ослободити одговорности позивањем на развојни ризик. У овим државама, произвођач је одговоран за штету од недостатака за које објективно није могао знати, без обзира на то о којој врсти производа је реч. У Шпанији је искључена могућност да се произвођач ослободи одговорности доказујући несазнатљивост недостатака онда када штета потиче од хране или од фармацеутских производа. Другим речима, произвођач одговара за последице онога о чему објективно није могао имати сазнања само када је штета проузрокована производима одређене врсте. У Француској, произвођачи одговарају за штету од недостатака за које нису могли знати искључиво када је реч о штети од производа добијених из људског тела – каква је на пример крв или крвна плазма – и код оних стављених у промет пре маја 1998. године, када је Француска унела одредбе Директиве у свој унутрашњи правни систем. У немачком праву[23] произвођач одговара за штету од објективно несазнатљивих недостатака само уколико је реч о штетама проузрокованим фармацеутским производима и производима добијеним генетским инжењерингом.[24]

Из напред реченог следи да је одговорност произвођача за штету од производа с недостатком строже постављена у члану 179 нашег Закона о облигационим односима него у прописима већине земаља чланица Европске уније.

Према Закону о облигационим односима, произвођач је тај који сноси одговорност за развојни ризик, при чему није од значаја о којој врсти производа је реч. Произвођач се не може ослободити одговорности доказујући да су недостаци у производу од којих потиче штета били објективно ван домашаја људског сазнања у тренутку када је производ пуштен у промет.

23 У случају када је рециклирана стаклена флаша експлодирала деветогодишњој девојчици у рукама и повредила јој око – немачки Савезни врховни суд је установио да је експлозија била последица микроскопског оштећења стакла. Немачки суд је сматрао да се произвођач може ослободити одговорности доказујући да је недостатак био објективно несазнатљив само ако је реч о недостатку до којег је дошло приликом дизајнирања одређеног производа, а не и ако је реч о недостатку до кога је дошло у поступку производње. Суд је утврдио да је до микроскопске пукотине дошло у производњи конкретне флаше, а не у дизајну читаве линије производа, па је нашао да је произвођач у наведеном случају одговоран за штету, без обзира на објективну несазнатљивост недостатка. BGH, 9 May 1995, VI ZR 158/94, наведено према: Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, Volume Two, New York, Oxford University Press, 2000, стр. 424.

24 *Cf.* Report on the Application of Directive 85/374 on Liability for Defective Products, Commission of the European Communities, Brussels, 2001, COM(2000) 893 final, стр. 16–17; H. C. Taschner, *op.cit.*, стр. 32; Von Bar, *op.cit.*, стр. 422–423.

Насупрот томе, у већини западноевропских правних система произвођач се може ослободити објективне одговорности ако докаже да је у време када је он пустио производ у промет – стање научног и техничког знања било такво да се постојање недостатка није могло открити. Само у малом броју земаља Европске уније произвођач одговара и за објективно несазнатљиве недостатке. Ова строже постављена одговорност произвођача постоји у правима Финске и Луксембурга код одговорности за штету од свих врста производа с недостатком; а у француском, немачком и шпанском праву само код одговорности за штету од производа одређене врсте – по правилу су то храна, производи добијени из људског организма и фармацеутски производи.

IV. ПРЕДЛОГ ЗАКОНА О ОДГОВОРНОСТИ ПРОИЗВОЂАЧА СТВАРИ С НЕДОСТАТКОМ

Закон о облигационим односима био је први пропис у Европи који је именовао и као засебан институт регулисао одговорност произвођача ствари с недостатком.[25] Показано је да се према Закону о облигационим односима произвођач не може ослободити одговорности за штету од ствари с недостатком, тако што ће доказати да је недостатак у тренутку пуштања ствари у промет био несазнатљив.

У Народној скупштини Републике Србије, 16. фебруара 2005. године ушао је у скупштинску процедуру Предлог Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком.[26] Влада предлаже доношење овог закона по хитном поступку ради испуњења обавезе преузете Акционим планом за хармонизацију прописа Републике Србије са прописима Европске уније. Као разлог за давање овог предлога, Влада наводи потребу за усклађивањем домаћег законодавства с одредбама Директиве.

Према члану 7 Предлога, *произвођач одговара за штету насталу од производа с недостатком без обзира на то да ли је знао за недостатак*. Ова одредба слична је одредби члана 179 Закона о облигационим односима, утолико што изричито предвиђа

25 Ј. Радишић, *op.cit.*, стр. 410. О међусобном односу установа субјективне и објективне одговорности у нашем праву, као и о створеном и контролисаном ризику као основу одговорности, *cf.* Михаило Константиновић, *Основ одговорности за проузроковану штету*, *Правни живот* 9–10/1992, стр. 1153–1163, чланак преузет из *Архива за правне и друштвене науке*, бр. 3/1952; Слободан Перовић, *Предговор за Закон о облигационим односима*, НИУ Службени лист, Београд, 1995, стр. 45 и даље.

26 Извор: web страница Народне скупштине Републике Србије, http://www.parlament.sr.gov.yu.

да је за заснивање одговорности за штету од ствари с недостатком правно ирелевантно произвођачево знање о том недостатку. Треба приметити да се у оном члану Директиве, коме би требало да одговара наведени члан Предлога, не говори о сазнањима произвођача, већ се просто прописује да ће произвођач бити одговоран за штету од производа с недостатком.[27]

Међутим, према члану 8 Предлога, *произвођач неће бити одговоран ако докаже да ниво научног и техничког знања у време када је производ стављен у промет није омогућавао откривање недостатка*. Другим речима, упркос томе што члан 7 Предлога наизглед остаје при решењу из Закона о облигационим односима, становиште је Владе Републике Србије да у наше позитивно право треба увести могућност да се произвођач ослободи одговорности позивом на развојни ризик, без обзира на то о којој врсти производа је реч. Наравно, произвођачима појединих врста производа може се неким будућим законом ускратити овај начин ослобађања од одговорности.

У образложењу Предлога наводи се да према процени Владе, *примена предложених решења неће изазвати додатне трошкове ни грађанима ни привреди, а тиме ни малим и средњим предузећима*. При разматрању тачности ове тврдње, требало би узети у обзир чињеницу да су интереси произвођача и потрошача супротстављени по питању одговорности за развојне ризике, те да се Предлогом отежава позиција коју потрошачи већ имају према Закону о облигационим односима у погледу развојних ризика. Другим речима, *status quo* се не може променити без *додатних трошкова* за онај од супротстављених интереса коме постојеће стање погодује.

Дакле, не улазећи у овом часу у вредновање предложеног решења, треба приметити да Влада Републике Србије оптира за увођење установе развојних ризика у наше право, иако се хармонизација с правом Европске уније може извршити и без усвајања ове погодности за произвођаче. Постоје још неке индиције да су предложене измене нашег позитивног права по својој природи такве да погодују интересима произвођача.

Према одредби члана 7 Директиве, произвођач се може ослободити одговорности уколико докаже да ствар није имала недостатак у тренутку када је пуштена у промет.[28] Смисао овог правила

27 "The producer shall be liable for damage caused by a defect in his product", члан 1 Директиве.

28 Чланом 7 Директиве прописано је да се произвођач ослобађа одговорности уколико докаже нешто од наведеног: да он није пустио ствар у промет; да је недостатак настао након што је произвођач пустио ствар у промет; да ствар није произведена за продају или неку другу врсту дистрибуције у комерцијалне сврхе;

је у следећем: ако оштећени докаже да производ има одређени недостатак и да је тај недостатак узрок штете, онда се претпоставља да је производ био дефектан у тренутку када је пуштен у промет, а произвођач се ослобађа одговорности уколико обори ову претпоставку. Другим речима, на произвођачу лежи терет доказивања да је недостатак настао доцније него што се претпоставља, то јест, у време када је ствар већ била у промету. Директива препушта државама чланицама да саме одреде степен у којем суд треба да буде уверен да производ није имао недостатак у релевантном тренутку. Према члану 8 Предлога Владе Републике Србије, довољно је да произвођач докаже да недостатак који је узрок штете *вероватно није постојао* у тренутку када је произвођач пустио ствар у промет.[29]

Владиним Предлогом положај произвођача олакшан је онолико колико је то уопште могуће када већ терет доказивања одређене околности лежи на произвођачу. Да би се ослободио одговорности, произвођач треба да докаже да је *вероватније* да недостатка није било него да га је било у релевантном тренутку. Положај произвођача свакако би био тежи да се од њега захтева да докаже да је *извесно* да ствар није имала недостатак, или да је *неосновано сумњати* да је ствар била дефектна у тренутку када је пласирана на тржиште. Довољно је, дакле, да произвођач докаже да постоји *већа вероватноћа* (51%) да је недостатак настао *након* што је ствар пуштена у промет него да је недостатак већ постојао у том тренутку. Примера ради, предлагач закона је могао да отежа процесну позицију произвођача ствари са недостатком, тако што би предвидео да се произвођач ослобађа одговорности тек уколико докаже да је ван основане сумње да је ствар била перфектна у тренутку када је пуштена у промет.

Надаље, одредбом члана 8 Предлога предвиђено је да се произвођач ослобађа одговорности ако докаже да је постојање одређеног недостатка последица усклађивања својства производа с *прописаним нормама* – биле оне императивне или не. Насупрот томе, одредбом члана 7 Директиве изричито је предвиђено да се произвођач ослобађа одговорности ако докаже да је постојање

да је недостатак последица произвођачевог повиновања императивним правним прописима; да је стање научног и техничког знања у време када је произвођач пустио ствар у промет било такво да се постојање недостатка није могло открити.

29 „Произвођач неће бити одговоран ако докаже да: није ставио производ у промет; недостатак вероватно није постојао у време када је ставио производ у промет или се појавио касније; он није произвео производ намењен за продају и да производ није произведен у оквиру његове редовне делатности; недостатак је настао услед усаглашавања својства производа са прописаним нормама; ниво научног и техничког знања у време када је производ стављен у промет није омогућавао откривање недостатка“, члан 8 Предлога Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком.

недостатка у производу последица произвођачевог повиновања *императивним* правним прописима.

Када је доношен национални пропис којим је требало имплементирати одредбе Директиве у унутрашње право Луксембурга, луксембуршки законодавац се налазио у ситуацији која је аналогна нашој. Наиме, према затеченом правилу унутрашњег права, произвођачи су сматрани одговорним и за објективно несазнатљиве недостатке. Луксембуршки законодавац се стога определио да остане при постојећем правилу, то јест да не лиши потрошаче оне заштите коју они већ уживају.[30] Другим речима, Луксембург је искористио могућност коју оставља члан 15 (1.б) Директиве и задржао већ постојеће решење из сопствене судске праксе, а према коме је одговорност произвођача била постављена оштрије него што то Директива налаже. У Извештају Европске комисије од 2001. године, стоји да није дошло ни до каквих проблема у вези с кораком на који се Луксембург одлучио.[31]

С друге стране, ни према схватању француских судова није било могуће ослободити се објективне одговорности, тако што би се доказало да је узрок штете био објективно недоступан људском сазнању.[32] Ипак, без обзира на схватање које је до тада било прихваћено у судској пракси, у Француској је 1998. године омогућено произвођачима да се ослободе одговорности за штету од ствари с недостатком, тако што ће доказати да је недостатак био несазнатљив у тренутку пуштања ствари у промет;[33] изузев уколико ствар с недостатком јесте део људског тела или производ добијен из људског тела.[34]

Треба приметити да је Република Словенија у свом Облигацијском законику задржала одредбу о одговорности произвођача за штету од ствари с недостатком каква постоји у члану 179 Закона

30 Report on the Application of Directive 85/374 on Liability for Defective Products, Commission of the European Communities, Brussels, 2001, COM(2000) 893 final, стр. 17.

31 *Ibidem*, стр. 17.

32 Yvan Markovits, *La Directive C.E.E. du juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990, стр. 225.

33 Француска је 19. маја 1998. године донела закон којим су решења предвиђена Директивом постала део њеног унутрашњег правног поретка (Loi No. 98–389). Одредбе овог закона постале су део Француског грађанског законика. *Cf.* François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil – Les obligations*, 8e édition, Paris, Dalloz, 2002, стр. 937 и даље.

34 "Le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve: ... (4º) Que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut." Article 1386–11, Code Civil. (Article 12, Texte issu de la loi nº 98–389 du 19 mai 1999).

,,Le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4º de l'article 1386–11 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci." Article 1386–12/1, Code Civil. (Article 13, Texte issu de la loi n° 98–389 du 19 mai 1999.)

о облигационим односима.[35] Међутим, Словенија је Законом о заштити потрошача (*Zakon o varstvu potrošnikov*) предвидела могућност да се произвођач ослободи одговорности уколико докаже да је, у време када је он пустио производ у промет, стање научног и техничког знања било такво да се постојање недостатка није могло открити.[36] Дакле, у Словенији је новим прописом о заштити потрошача отежан положај оштећеника у односу на онај положај који оштећенику гарантује Облигацијски законик.

Иако у свом правном наслеђу има правило које постоји и у нашем Закону о облигационим односима, Словенија је прописима о заштити потрошача пребацила развојни ризик на оштећеника, то јест усвојила норму према којој произвођач не дугује потрошачу накнаду за ону штету која потиче од објективно несазнатљивих недостатака ствари. На тај начин објективно су несазнатљиви недостаци по свом правном значају изједначени са случајем или вишом силом. Другим речима, штета од узрока за које се није могло знати, шкоди ономе кога згоди.

V. УСТАНОВА РАЗВОЈНИХ РИЗИКА У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

На овом месту потребно је да се детаљније објасни и изложи садржина правног решења које европски законодавац сугерише земљама чланицама Европске уније. Из наше перспективе, дакле, потребно је да се испита домашај правила усвојеног у већини земаља Европске уније, а затим и да се сагледа која политика стоји иза овог правила и које би биле евентуалне последице остајања при решењу које се у погледу развојних ризика разликује од већинског.

Најзначајнији случај који је разматран пред Европским судом правде, а који се односи на тумачење члана 7(е) Директиве, јесте случај Комисија против Уједињеног Краљевства из 1997. године.[37]

35 "Odgovornost proizvajalca stvari z napako: (1) Kdor da v promet kakšno stvar, ki jo je izdelal, ki pa pomeni zaradi kakšne napake, škodno nevarnost za osebe ali stvari, odgovarja za škodo, ki nastane zaradi take napake. (2) Proizvajalec odgovarja tudi za nevarne lastnosti stvari, če ni ukrenil vsega, kar je potrebno, da škodo, ki jo je mogel pričakovati, prepreči z opozorilom, varno embalažo ali kakšnim drugim ustreznim ukrepom." члан 155, Obligacijski zakonik, Uradni list Republike Slovenije 83/2001, 32/2004.

36 "Proizvajalec ni odgovoren za škodo, če dokaže, da: ... – svetovna raven znanosti in tehničnega napredka v času, ko je dal izdelek v promet, ni bila takšna, da bi bilo možno napako na izdelku odkriti (npr. z znanimi metodami in analizami)." члан 10, Zakon o varstvu potrošnikov (uradno prečiščeno besedilo), Uradni list Republike Slovenije 98/2004.

37 Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, C–300/95, European Court Reports 1997 Page I–02649 (www.europa.eu.int/eur-lex). *Cf.* S. Taylor, *op.cit.*, стр. 69–72.

Европска комисија је покренула поступак пред Судом захтевајући да се утврди да Уједињено Краљевство није на одговарајући начин унело у своје унутрашње право наведену одредбу Директиве.

Спорним законским чланом, којим је Уједињено Краљевство имплементирало ову одредбу, било је прописано да се произвођач ствари с недостатком може ослободити одговорности за штету која је проузрокована тим недостатком, ако докаже да је стање научног и техничког знања у релевантном тренутку било такво да би било неосновано очекивати од произвођача *исте врсте производа* да открије постојање овог недостатка у време док је производ био под његовом контролом.[38]

Комисија је у поступку истакла да дата одредба Директиве позива на објективност стога што налаже да се процена сазнатљивости недостатка који је био узрок штете изврши према објективном стању свеукупног научног и техничког знања у релевантном моменту, а не према томе да ли је хипотетички произвођач исте врсте производа могао да дође до потребног сазнања. Насупрот томе, према спорној одредби унутрашњег права Уједињеног Краљевства, сазнатљивост недостатка који је био узрок штете цени се с обзиром на то да ли је произвођач из исте области производње могао у релевантном моменту да открије наведени недостатак.

Европски суд је у овом случају одбио захтев Комисије уз следеће образложење: оцена адекватности унутрашњег прописа којим одређена држава чланица имплементира одредбу комунитарног права, обавља се узимајући у обзир начин на који национални судови државе чланице тумаче тај унутрашњи пропис. Европски суд је сматрао да сама спорна одредба не даје основа за тумачење какво јој је приписала Комисија, као и да Комисија није доказала да би судови Уједињеног Краљевства тумачили ову одредбу на наведени начин.

Према мишљењу Европског суда за људска права,[39] члан 7(е) Директиве не односи се на стање науке и технике у оној области производње у којој је произвођач активан, него на опште стање научног и техничког знања у свим областима, у време кад је производ пуштен у промет, укључујући и највише домете тог знања.

Суд је у истој одлуци изразио мишљење да одредба из члана 7(е) имплицитно предвиђа да релевантно научно и техничко знање

38 "In any civil proceedings by virtue of this Part against any person ... in respect of a defect in a product it shall be a defence for him to show ... (e) that the state of scientific and technical knowledge at the relevant time was not such that a producer of products of the same description as the product in question might be expected to have discovered the defect if it had existed in his products while they were under his control." Section 4(1)(e), Consumer Protection Act of 1987, који је ступио на снагу 1. марта 1988.године.

39 *Cf.* Commission v. UK, C–300/95.

мора бити *доступно* у време када је производ пуштен у промет. Суд није дефинисао појам доступности информације, већ је то препустио судовима држава чланица. Ипак, треба приметити да се у овом контексту може судити о томе да ли је нека информација била доступна само ако је она била објављена, односно уколико је на неки начин исказана, учињена сазнатљивом.[40] Примера ради, излишно је процењивати доступност информације забележене у свесци или на рачунару неког научника, ако она никада није обзнањена, то јест јавно саопштена. Таква информација је *a priori* недоступна.

Доступност информације ствар је процене националног суда. Ова процена се не фокусира на објективну припадност информације научној и техничкој баштини, будући да је информација део те баштине самим својим постојањем – без обзира на доступност. То значи да ће се национални судови при давању оцене о доступности одређеног сазнања упуштати и у питање адекватности произвођачевог понашања. Другим речима, судови ће се неминовно питати да ли се од произвођача могло основано очекивати да дође у посед одређеног сазнања, односно да ли би разуман и брижљив произвођач дошао до тог сазнања.

На пример, информација која је од значаја за благовремено откривање недостатка у производу, била је објављена у научном часопису на страном језику. Питање доступности те информације пред судом своди се на питање да ли се од произвођача могло основано очекивати да прати научне часописе на страном језику. На тај начин се у резоновање суда уводе елементи који су специфични за установу субјективне одговорности, то јест, управо они елементи чије је одсуство карактеристично за установу објективне одговорности.[41] У њих се свакако убрајају стандард основаних очекивања и стандард разумног и брижљивог човека.

У сваком случају, када би се сазнатљивост недостатка ценила с обзиром на постојећа научна и техничка знања, без обзира на њихову доступност, европски произвођач би био одговоран и за оне недостатке који су се могли открити на основу неке информације објављене у локалним новинама у Кини.[42]

---

40 *Cf.* Geraint G. Howells, Mark Mildred, *Is European Products Liability more protective than the Restatement (Third) of Torts Products Liability*, 65 *Tennessee Law Review* 985, 1998, стр. 998–1015.

41 *Cf.* Jane Stapleton, *Products Liability in the United Kingdom: The Myths of Reform*, 34 *Texas International Law Journal* 45, 1999, стр. 58–59.

42 Познат је пример који наводи Џејн Степлтон: да је у време када је лек Thalidomide пласиран на европско тржиште, неки лекар у Манџурији или Сибиру, на локалном дијалекту или у кругу својих пријатеља објавио идеју о тестирању хране за псе на одређени начин, а која би омогућила откриће штетних ефеката овог лека, његова идеја би представљала део научног и техничког знања. *Ibidem*, стр. 59.

Неки аутори критикују структуру Директиве указујући да су у њој неоправдано раздвојена излагања о условима одговорности, од излагања о томе шта произвођач треба да докаже како би се одговорности ослободио.[43] Поред тога, критикована је и околност што они теоријски концепти на којима се заснива режим објективне одговорности у Директиви нису примењени у свом чистом облику – у институт објективне одговорности уведено је питање *сазнатљивости* које изворно припада институту одговорности по основу кривице.[44]

Услови одговорности произвођача уређени су чланом 4 Директиве, према коме је оштећени тај који треба да докаже да је претрпео штету, да производ има недостатак и да је управо тај недостатак узрок претрпљене штете. Кривица произвођача не фигурира ни као услов ни као основ његове одговорности. С друге стране, чланом 7 Директиве прописано је да се произвођач ослобађа одговорности уколико докаже нешто од наведеног: да он није пустио ствар у промет; да је недостатак настао након што је произвођач пустио ствар у промет; да ствар није произведена за продају или неку другу врсту дистрибуције у комерцијалне сврхе; да је недостатак последица произвођачевог повиновања императивним правним прописима; да је стање научног и техничког знања у време када је произвођач пустио ствар у промет било такво да се постојање недостатка није могло открити (*развојни ризик*).

Треба приметити да и наш Закон о облигационим односима одвојено третира услове за заснивање објективне одговорности, с једне стране, и начине за ослобођење од ове врсте одговорности, с друге стране. Чланом 173 ЗОО засебно је уређено питање услова одговорности за опасну ствар или опасну делатност, док је чланом 177 ЗОО уређено на који се начин ималац опасне ствари, или вршилац опасне делатности, може ослободити објективне одговорности. Члан 173 као услове одговорности поставља постојање штете и постојање каузалне везе између опасне ствари и причињене штете. Постојање ове каузалне везе се обориво претпоставља ако оштећени докаже да је опасна ствар материјално учествовала у настанку штете. Члан 177 дозвољава да се ималац опасне ствари ослободи одговорности ако обори ову претпоставку. Другим речима, члан 177 у свему кореспондира члану 173; он не уводи ниједну нову околност коју би ималац опасне ствари могао да докаже како би се ослободио одговорности, а која не представља побијање неког од услова одговорности уобличених у члану 173. Ослобађање

43 Jane Stapleton, *International Torts: A Comparative Study: Restatement (Third) of Torts: Product liability, An Anglo-Australian Perspective*, 39 *Washburn Law Journal* 363, 2000, стр. 368.

44 Y. Markovits, *op.cit.*, стр. 227.

од одговорности, дакле, своди се на доказивање да нису испуњени услови одговорности, односно на побијање онога што је оштећени доказао, или онога што се обориво претпоставља као услов одговорности.

Насупрот томе, одредбом Директиве којом је прописано шта произвођач треба да докаже како би се ослободио од одговорности, уводи се нова околност – околност која није узета у обзир у склопу разматрања о условима одговорности и која је чак у логичкој супротности са устројеним режимом одговорности. Одредбом члана 4 Директиве уређен је систем објективне одговорности произвођача, то јест одговорности произвођача без обзира на његову кривицу. Одредбом члана 7 Директиве омогућено је да произвођач избегне одговорност за штету која потиче од оних узрока за које се *није могло знати*. Другим речима, произвођач који не спори да ствар има недостатак ослобађа се одговорности за штету проузроковану тим недостатком уколико докаже да на његовој страни нема кривице.[45]

У савременом грађанском праву приметна је појава објективизирања појма кривице као основа субјективне одговорности. Појам *скривљеног понашања* се поистовећује са појмом *погрешног понашања*, без обзира на садржину штетникове свести.[46] Кривица се сагледава као грешка, то јест као понашање које одступа од онога што се могло основано очекивати од разумног и брижљивог човека. Упркос тренду објективизације саме кривице као основе субјективне одговорности, Директива отвара могућност да се онај чија се одговорност и не заснива на кривици ослободи од одговорности доказујући да се нешто није могло знати, то јест *позивајући се на одсуство кривице на својој страни*.

Неки аутори сматрају да је суштина установе објективне одговорности за штету од ствари с недостатком управо у одговорности произвођача за објективно несазнатљив недостатак.[47] Они подсећају да је развој установе објективне одговорности произвођача у Европи значајно убрзан масовним штетама до којих је

45 *Cf.* Y. Markovits, *op.cit.*, стр. 227.

46 „Може се рећи да је крив сваки онај који се није понашао онако како се основано могло очекивати од њега. То очекивање не мора бити основано на праву, довољно је ако је основано на обичају, општим навикама. Кад идем десном страном, као што је обичај, ја очекујем да ће и други ићи десном страном и тако избећи судар са мном. Онај који не чини тако, него иде левом страном и судари се са мном који идем право, крив је за штету која тако настане, без обзира на све друго, јер сам ја легитимно, основано веровао да ће се он према навикама града кретати десном страном као и ја. Тако схваћена кривица знатно проширује домен такозване субјективне одговорности и чини неоснованим неке критике те теорије.“ Михаило Константиновић, *Дискусија*, у зборнику *Грађанска одговорност*, Београд, *Институт друштвених наука*, 1966, стр. 332.

47 J. Stapleton, *op.cit.*, стр. 368.

долазило услед употребе лека *Thalidomide* – тим поводом фокус пажње европских правника усмерен је на питање одговорности за недостатке који нису били познати у време када се лек нашао на тржишту. Из којих разлога онда Директива сугерише, а државе чланице Европске уније махом прихватају, да се произвођач може ослободити објективне одговорности доказујући да у време када је ствар с недостатком пуштена у промет није било могуће открити овај недостатак?

VI. РАЗЛОЗИ ЗА УВОЂЕЊЕ УСТАНОВЕ РАЗВОЈНИХ РИЗИКА

Установа објективне одговорности за штету од ствари с недостатком води ка остварењу два друштвена циља. Први друштвени циљ јесте компензација – накнада штете која је проузрокована производом с недостатком, то јест постављање оштећеника у ону имовинску позицију у којој би се он налазио да му штета није причињена. Други друштвени циљ јесте превенција – одвраћање произвођача од пуштања у промет ствари с недостатком. Грађанскоправна санкција којој произвођач ствари с недостатком бива изложен, састоји се у обавези накнаде штете која је последица овог недостатка.[48]

Европски законодавац истиче у Преамбули Директиве да би објективна одговорност за штету од ствари с недостатком требало да обезбеди *правичну расподелу ризика*[49] у друштву чији се технолошки развој стално убрзава. Ризик који треба расподелити јесте опасност од штета проузрокованих производима с недостатком. Другим речима, Директива је донета с намером да одигра одређену улогу у остваривању дистрибутивне правде у друштву, тако што ће ризик од наведене врсте штета приписати ономе ко тај ризик ствара.

Ипак, Директива допушта да се произвођач ослободи објективне одговорности, тако што ће доказати да је стање научног и техничког знања у време када је он пустио производ у промет било такво да се постојање недостатка није могло открити. Изгледа да се овом одредбом Директиве интервенише у расподелу ризика из сасвим другог угла. Овде у фокусу пажње законодавца више није онај ризик коме се излаже лице које користи производ с недостатком – ризик који се састоји у опасности да потрошачу буде причињена штета. Напротив, законодавачева пажња је овде усмерена на индиректан ризик коме се излаже произвођач, а који се састоји

48 G. Howells, M. Mildred, *op.cit*., стр. 1026.
49 Fair apportionment of risk.

у могућности да он буде тужен за штете од недостатака за које није могао да зна.[50]

Опште правило, прописано Директивом, јесте правило да је произвођач одговоран за штету од ствари с недостатком.[51] Дакле, произвођач сноси коначне имовинске последице штетног догађаја – на њему лежи ризик у вези с пуштањем у промет ствари која има недостатак. Ризик штете остаје на произвођачу и након што је ствар измакла његовој контроли, то јест и после пуштања ствари у промет.

Одредба којом се произвођачу омогућава да избегне одговорност, тако што ће доказати да се недостатак није могао открити у тренутку када је ствар пласирана на тржиште, конституише изузетак од општег правила. Наиме, у погледу штете која потиче од оних недостатака који се нису могли благовремено открити, тренутак пуштања ствари у промет означава прелазак ризика с произвођача на потрошача. Околност да је недостатак откривен након што је ствар пуштена у промет, не мења чињеницу да је у промет пуштена ствар с недостатком.[52] Другим речима, недостатак је постојао иако се за њега није могло знати. Питање које се отвара јесте следеће: да ли чињеница да се недостатак није могао открити у тренутку када је ствар пуштена у промет оправдава прелазак ризика у погледу последица тог недостатка с произвођача на потрошача?[53]

Установа развојних ризика представља покушај да се направи компромис између два супротстављена интереса. С једне стране стоји потреба да се успостави систем који подстиче не само производњу него и научна истраживања и иновације у функцији унапређења производње. С друге стране се налазе основана очекивања потрошача у погледу безбедности производа пласираних на тржиште.

Проблем развојних ризика најчешће се јавља у фармацеутској, хемијској и биохемијској индустрији, производњи хране и генетски модификованих организама – другим речима, у оним обла-

50 *Cf.* Y. Markovits, *op.cit.*, стр 221.

51 *Cf.* Члан 1 Директиве, фуснота 24.

52 Према Ивану Марковићу (*Yvan Markovits*), сам развојни ризик представља врсту недостатка (мане), у оном смислу у коме се појам недостатка користи у Директиви. Развојни ризик јесте накнадни недостатак безбедности производа (un manque à posteriori de sécurité). Одговорност за накнадни недостатак безбедности треба да сноси произвођач стога што је недостатак безбедности постојао још у тренутку стављања производа у промет, иако се у том тренутку није могао открити. *Cf.* Y. Markovits, *op.cit.*, стр. 218–234.

53 *Cf.* Y. Markovits, *op.cit.*, стр. 221.

стима производње за које су типична осетљива етичка питања, примена високих технологија и опасност од масовних штета.[54]

Бројни су разлози којима се оправдава установа развојних ризика, то јест аргументи којима се поткрепљује тврдња да је веома значајно да се произвођач ослободи од одговорности за штету од ствари с недостатком, ако се тај недостатак није могао откити у тренутку пуштања ствари у промет.

Обично се истиче да научни и технички напредак доноси корист свима, то јест да од њега профитира друштво као целина. Стога би ризик који неизбежно иде уз научни и технички прогрес требало да буде расподељен на све који од овог прогреса имају користи.

Приметно је да се учесници у дебати о развојним ризицима позивају и на неке аргументе којима иначе нису склони. На пример, произвођачи као економски и информационо јача страна – страна којој је, по правилу, у интересу минимизирање законодавчеве интервенције – постављају захтев за додатним нормирањем с позивом на општи интерес. Другим речима, у расправи о томе ко треба да сноси развојни ризик долази до занимљивог преокрета, па се оне интересне групе којима по правилу није блиска идеја о улози државе у правичној дистрибуцији добара у друштву – позивају на потребу остваривања правичне расподеле ризика или на потребу постојања разрађене схеме социјалног осигурања.

Затим, тврди се да установа развојних ризика подстиче иновацију тако што умањује ризике везане за њу. Укидање ове установе спутало би научна истраживања тако што би увећало трошкове сваке иновације за онолико колико износи цена осигурања од одговорности за непознате ризике. Поред тога, укидање установе развојних ризика учинило би да произвођачи оклевају да пусте у промет ствари произведене по најновијој технологији.

Такође, треба приметити да се произвођачи веома често налазе у улози наручилаца научних истраживања и да су најновија научна и техничка сазнања по правилу у њиховој власти. Произвођачу није у интересу да учини доступним резултате својих истраживања ако се може ослободити одговорности тако што ће до-

54 О овде наведеним аргументима за установу развојних ризика и против ње, *cf*. Green Paper on liability for defective products, Commission of the European Communities, Brussels, 1999, COM(1999) 396 final; Report on the Application of Directive 85/374 on Liability for Defective Products, Commission of the European Communities, Brussels, 2001, ЦОМ(2000) 893 final, стр. 16–17; Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products, Final Report, Study for the European Commission, Fondazione Rosselli, Contract No. ETD/2002/B5, стр. 34; Y. Markovits, *op.cit*., стр. 229–230.

казати да се недостатак у производу није могао открити, с обзиром на стање *доступног* научног и техничког знања.

Надаље, тврди се да би произвођачима било тешко да прибаве осигурање од одговорности за штету од несазнатљивих недостатака, те да установа развојних ризика представља кључ стабилности на тржишту осигурања од одговорности у европској индустрији. Другим речима, поставља се питање да ли би и по којој цени осигуравачи пристали да осигурају *непознате* ризике.

Наводи се и да би одговорност произвођача за штету од непознатих недостатака довела до снижавања стандарда у процесу производње, будући да би произвођач одговарао и онда када је производио примењујући научно и техничко знање највишег нивоа. Имајући у виду да ни поштовање највиших научних и техничких стандарда не би могло да га заштити од одговорности, произвођачу би било исплативо да умерено снизи стандарде по којима производи, то јест да оптимализује своје инвестирање у безбедност производа.

Затим, истиче се да би установа одговорности требало да подстиче произвођаче да на тржиште пласирају што безбедније производе, а не да ставља произвођаче у позицију осигуравача. Најјачи подстрек да производи безбедне производе, произвођачу се може дати тако што ће се он ослободити одговорности за оне штете до којих је дошло упркос томе што је произвођач применио научно и техничко знање највишег нивоа.

Даље, положај произвођача у поступку већ је отежан у довољној мери тиме што произвођач мора да докаже негативну чињеницу (да се недостатак *није могао открити*) да би се ослободио одговорности.[55]

На крају, тврди се да установа објективне одговорности није најбољи начин да се изађе на крај с масовним штетама. Као примеренije решење, предлаже се компензација у систему социјалног осигурања или путем оснивања специјалних – јавних или приватних

55 Из одредбе члана 6 Директиве закључује се да судија који процењује да ли одређени производ има недостатак, узима као референтну тачку оправдана очекивања потрошача. Ово правило имплицира да постоје одређени ризици које потрошачи напросто треба да предвиде, то јест да потрошач може основано да очекује одређени степен безбедности производа, а не његову апсолутну безбедност. При том, нису релевантна она очекивања која је конкретни потрошач имао, већ она очекивања која су била основана. Као једну од смерница при утврђивању која су то очекивања била основана, судови узимају у обзир очекивања друштвене заједнице (а не очекивања просечног, нити очекивања конкретног потрошача) у погледу степена сигурности одређеног производа. *Cf.* H. C. Taschner, *op.cit.*, стр. 30–31. У савременом америчком праву, Restatements (Third) of Torts примењује тест који одмерава корисност једног производа према ризику који тај производ носи са собом (risk utility test).

– фондова из којих би се исплаћивале накнаде. У многим земљама Европске уније произвођачи лекова, вакцина и хране, заједно с осигуравајућим друштвима активним у одговарајућим гранама индустрије, већ су основали фондове из којих се исплаћују накнаде штета проузрокованих одређеним врстама производа с недостатком.[56]

С друге стране, аргументи који се наводе против установе развојних ризика, такође су бројни. Установа развојних ризика разара кохерентност режима објективне одговорности. Она допушта произвођачу да се ослободи одговорности тако што ће доказати одсуство сопствене кривице у оквиру система чија основна карактеристика јесте то што одговорност произвођача није условљена постојањем кривице.

Поред тога, није правично да потрошачи сносе ризик оних опасних активности од којих у првом реду користи имају произвођачи. Такође, економски ефикасно би било да трошкове који су последица недостатака у производу сноси онај ко те трошкове ствара – а то је произвођач. Затим, управо произвођач располаже с највише информација о могућим ризицима – он у сваком случају зна више о производу од просечног потрошача.

Произвођач може да превали на потрошаче трошкове повећања безбедности производа. На исти начин произвођач може да угради у цену производа и трошкове осигурања од одговорности. Када је реч о великим произвођачима, преваљивање трошкова осигурања од одговорности на потрошаче не доводи до значајног повећања цене производа.[57]

Срећу се и опажања да није расветљена веза између одговорности произвођача за развојни ризик и његове спремности на иновацију, то јест да није доказано да би у конструкцији сопствене одговорности за несазнатљиве недостатке, произвођачи оклевали да инвестирају у научна истраживања. Ипак, чини се да је потребно доказивати ону тврдњу која *prima facie* не стоји, а у конкретном случају то је тврдња да би се произвођачи упуштали у иновације и

56 Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products, Final Report, Study for the European Commission, Fondazione Rosselli, Contract No. ETD/2002/B5, стр. 79–88.

57 У Финској произвођачи сносе одговорност за штету од објективно несазнатљивих недостатака производа. Финска влада је известила Европску комисију да је с тим у вези дошло до занемарљивог повећања премија осигурања од одговорности. Немачка и холандска осигуравајућа друштва истичу да се 90% случајева који се тичу одговорности за штету од ствари с недостатком, решава вансудским поравнањем. Report on the Application of Directive 85/374 on Liability for Defective Products, Commission of the European Communities, Brussels, 2001, COM(2000) 893 final, стр. 10–17.

онда када би били одговорни за све непредвидљиве последице тих иновација.

На крају, истиче се могућност да се законом пропише највиши износ до кога произвођачи могу бити одговорни, с тим што одговорност ипак остаје на њима. Директива допушта државама чланицама да својим унутрашњим прописима одреде највиши износ накнаде штете услед смрти или телесних повреда проузрокованих једним производом с одређеним недостатком, уз ограду да овај износ не може бити мањи од 70 милиона евра.[58] До сада су то учиниле само три државе – Немачка, Португал и Шпанија, и у њима се никада није догодило да износ причињених штета премаши прописани лимит одговорности произвођача.[59]

Европска комисија је 2004. године ангажовала Фондацију Росели (*Fondazione Rosselli*) да изврши свеобухватну анализу економског утицаја који остварује установа развојног ризика.[60] Разматрајући начине на које се учесници у правном промету прилагођавају важећим правилима, ова обимна анализа указује на то да би укидање установе развојних ризика довело до пораста парцијалних и до опадања радикалних иновација. Наиме, ако би им се ускратила могућност да се ослободе одговорности за штету од недостатака који се нису могли открити ни применом научног и техничког знања највишег нивоа, произвођачи би усмерили своје напоре на конвенционална и мање ризична истраживања, улажући у безбедност и квалитет онога што већ постоји. Поред тога, дошло би до смањења броја радикалних иновација и пионирских научних истраживања, као и до опадања разноврсности понуђених производа. У анализи се истиче да је извесно да би у случају укидања установе развојних ризика дошло до повећања трошкова осигурања, те да произвођачи не би могли да прибаве осигурање од одређених врста развојних ризика. Даље се наводи да би укидање ове установе довело до промене у структури европског тржишта, односно до концентрације компанија. Анализа предвиђа стварање јавних и приватних компензационих фондова на нивоу Европске уније, из којих ће се исплаћивати накнаде за штете проузроковане

58 "Any Member State may provide that a producer's total liability for damage resulting from a death or personal injury and caused by identical items with the same defect shall be limited to an amount which may not be less than 70 million ECU", члан 16.1 Директиве.

59 Green Paper on liability for defective products, European Commission, Brussels, 1999, COM(1999) 396 final. Предлог Закона о одговорности за штету од производа, чији је аутор Влада РС, не прописује финансијски лимит произвођачеве одговорности.

60 Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products, Final Report, Study for the European Commission, Fondazione Rosselli, Contract No. ETD/2002/B5, www.europa.eu.int. Фондација Росели је независна, непрофитна истраживачка институција из области економских, политичких и осталих друштвених наука, основана у Торину 1988. године.

објективно несазнатљивим недостацима; док ће у неким гранама индустрије учешће произвођача у компензационим фондовима бити обавезно.[61]

VII. ОГРАНИЧЕЊА ДОМАШАЈА УСТАНОВЕ РАЗВОЈНИХ РИЗИКА

Иако су готово све европске државе – са изузетком Финске и Луксембурга – прихватиле решење које је сугерисано Директивом и омогућиле својим произвођачима да се ослободе одговорности за развојне ризике, чињеница је да су неке од великих европских држава направиле изузетак у том погледу, управо у оним секторима индустријске производње у којима се развојни ризици најчешће јављају, и у којима је већа вероватноћа отварања осетљивих етичких питања. У француском, немачком и шпанском праву, произвођачи су одговорни за ризике који су били изван домашаја људског сазнања, управо код оних производа код којих су такви ризици највећи – хране, фармацеутских производа и производа добијених из људског организма.

Поред тога, у Немачкој су судови тумачењем ограничили примену законске норме по којој се произвођач ослобађа одговорности за развојне ризике. Према интерпретацији судова, ова одредба се односи искључиво на недостатке у конструкцији и дизајну производа.

Према схватању прихваћеном у немачкој судској пракси, произвођач се може ослободити одговорности доказујући да је недостатак био објективно несазнатљив, само ако је реч о недостатку до кога је дошло приликом пројектовања и дизајнирања одређеног производа – услед чега исти недостатак постоји у читавој производној линији. Насупрот томе, произвођач одговара и за објективно несазнатљив недостатак који је настао у поступку производње, а не у поступку дизајнирања или пројектовања. Другим речима, произвођач се не може ослободити одговорности ако је до недостатка дошло у производњи конкретног комада производа.[62]

61 У анализи се наглашава потреба за хармонизацијом (у складу са чланом 153 Оснивачког уговора) различитих решења која у погледу установе развојног ризика постоје у земљама чланицама; као и потреба да се систем компензације уређен Директивом, у потпуности усклади са системом административне контроле који је уређен Директивом о општој сигурности производа (Council Directive 92/59/EEC of 29 June 1992 on general product safety; amended by Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council, of 3 December 2001 on general product safety). Fondazione Rosselli, *op.cit.*, стр. 137–138.

62 Видети фусноту 23. Ипак, потребно је нагласити да је положај произвођача лекова у Немачкој олакшан постојањем приватног фонда реосигурања *Pharmapool*, који су основале националне осигуравајуће компаније. С обзиром на

Надаље, у француском праву произвођач има обавезу да прати ствар у периоду од десет година након пуштања у промет (*obligation de suivi*).[63] У случају да је недостатак откривен у року од десет година од пуштања ствари у промет, произвођач који није предузео одговарајуће мере да спречи наступање штетних последица тог недостатка, не може се ослободити вануговорне одговорности позивањем на развојни ризик или на сопствену спутаност императивним прописима.

Другим речима, само онај произвођач који се није оглушио о обавезу праћења производа, може се ослободити одговорности за штету, тако што ће доказати да је накнадно откривени недостатак последица његовог повиновања императивним прописима који су били на снази у тренутку пуштања ствари у промет, или да је стање научног и техничког знања у време када је он пустио ствар у промет било такво да се постојање овог недостатка није могло открити.[64]

Према наведеној одредби Француског грађанског законика, оглушење о обавезу праћења производа не представља привредни преступ, већ онемогућава да се произвођач ослободи грађанскоправне одговорности за проузроковану штету.[65]

Идеја о томе да произвођач нема право да игнорише недостатке ствари коју производи, прилично је стара у француском праву и она потиче још од Потјеа (*Pothier*).[66] Пре него што је у француско право имплементирана одредба члана 7(е) Директиве, која се од-

припадност једној од три категорије ризика, произвођачи фармацеутских производа уплаћују проценат свог годишњег обрта у овај фонд. Оштећени не може да тужи директно осигуравача, нити *Pharmapool*. Немачки законодавац одолева захтевима организација за заштиту интереса потрошача које траже оснивање општег компензационог фонда из којег би се исплаћивале накнаде штета проузрокованих дефектним фармацеутским производима. Fondazione Rosselli, *op.cit.*, стр. 111–112.

63 *Cf.* S. Taylor, *op.cit.*, стр. 79–81.

64 "Le producteur ne peut invoquer les causes d'exonération prévues aux 4° et 5° de l'article 1386–11 si, en présence d'un défaut qui s'est révélé dans un délai de dix ans après la mise en circulation du produit, il n'a pas pris les dispositions propres à en prévenir les conséquences dommageables." Article 1386–12/2, Code Civil. (Article 13, Texte issu de la loi n° 98–389 du 19 mai 1999.)

65 Директива о општој сигурности производа предвиђа обавезу произвођача и дистрибутера да на адекватан и ефикасан начин обавесте потрошаче о недостатку који је откривен након што је производ већ пуштен у промет и да повуку са тржишта (из дистрибуције или од крајњег корисника) производе са недостатком када је то неопходно. Оглушење о ову обавезу јесте преступ који бива кажњен од стране државе, а не услов за заснивање одговорности за штету. *Cf.* члан 5 (1.б), Council Directive 92/59/EEC of 29 June 1992 on general product safety; amended by Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council, of 3 December 2001 on general product safety.

66 Y. Markovits, *op.cit.*, стр. 227.

носи на развојне ризике, правило је било да се произвођач не може ослободити одговорности за штету од ствари с недостатком доказујући да није знао или да није могао знати да недостатак постоји. Произвођач треба да докаже да је узрок штете изван ствари – да не постоји узрочна веза између недостатка ствари и причињене штете – да би се ослободио објективне одговорности.

Правило према коме се произвођач ослобађа од одговорности за развојне ризике, а које је у француско право уведено 1998. године, уподобљава несазнатљиви недостатак у самом производу оним узроцима штете који се налазе изван ствари. Другим речима, према овом правилу, недостатак за који се није могло знати у тренутку пуштања ствари у промет, има исти правни значај као и узрок штете који се налази изван ствари.[67]

Промена која је овим правилом унета у француско право ублажена је одредбом којом се прописује обавеза произвођача да десет година након што је пустио ствар у промет прати да ли ће се испољити недостатак који ствара повећану опасност од штете.[68] Дакле, произвођач није објективно одговоран за штету од ствари с недостатком, уколико се тај недостатак није могао открити у тренутку када је ствар пуштена у промет. Међутим, сматраће се да је произвођач крив и стога субјективно одговоран, уколико у периоду од десет година након пуштања ствари у промет није предузео све одговарајуће мере да би спречио последице овог недостатка.

Закључак који се намеће из претходних излагања је следећи: у француском, немачком и шпанском праву прихваћено је решење које је сугерисано Директивом, а према коме произвођач није одговоран за штету од несазнатљивог недостатка. Влада Републике Србије предлаже увођење овог решења и у наше позитивно право. Међутим, велики уступак који су Француска, Немачка и Шпанија на први поглед учиниле својим произвођачима редукован је тако што је право позивања на развојни ризик ускраћено произвођачима управо оних производа код којих су развојни ризици највећи. Затим, у немачком праву је наведени уступак додатно ограничен тумачењем од стране судова, према коме се произвођач може ослободити одговорности доказујући да је недостатак био несазнатљив искључиво ако је реч о недостатку у дизајну, то јест о недостатку који погађа читаву линију производа. У француском праву, наизглед веома повољан положај произвођача додатно је отежан обавезом праћења производа (*obligation de suivi*).

67 *Ibidem*.
68 *Cf.* S. Taylor, *op.cit.*, стр. 80.

VIII. ДА ЛИ ПОСТОЈЕ ДОВОЉНО УВЕРЉИВИ РАЗЛОЗИ ЗА НАПУШТАЊЕ НАШЕГ ПОЗИТИВНОПРАВНОГ РЕШЕЊА?

У претходним излагањима било је речи о аргументима којима се најчешће поткрепљује или оспорава могућност да се произвођач ослободи одговорности позивањем на развојни ризик. На овом месту потребно је да се укаже на неке од могућих последица остајања при постојећем решењу или уношења промена у наше позитивно право.

Ј. Радишић је 1995. године указао на чињеницу да Закон о облигационим односима полази од схватања да ствар с недостатком има обележја опасне ствари, те да Закон уређује одговорност произвођача у одсеку који се односи на одговорност за опасне ствари и опасне делатности, не правећи разлику између сазнатљивих и несазнатљивих недостатака.[69] Другим речима, према одредби члана 179 ЗОО, произвођач се не може ослободити одговорности за штету од ствари с недостатком доказујући да је недостатак био несазнатљив, то јест да се није могао открити у тренутку пуштања ствари у промет.

Поред нашег Закона о облигационим односима, одговорност произвођача за несазнатљиве недостатке постоји у правима Финске и Луксембурга, а у немачком, француском и шпанском праву само за одређене врсте производа. У осталим земљама Европске уније произвођач се може ослободити објективне одговорности уколико докаже да се према стању научног и техничког знања, у време пуштања производа у промет, постојећи недостатак није могао открити. Влада Републике Србије предложила је увођење овог решења и у наше право.

У нашем позитивном праву за штету од ствари с недостатком одговара финални произвођач, односно лице које је на производу означено као произвођач. Финални произвођач је одговоран и ако је недостатак постојао још у сировини, полупроизводу, односно саставном делу који је произвео неко други,[70] с тим што се финални произвођач који је оштећенику исплатио накнаду може обратити произвођачу саставног дела за регрес. За штету од иностраног

69 Ј. Радишић, *op.cit.*, стр. 412.

70 "У ранијој пракси наших судова дошло је до изражаја становиште по коме је финални или основни произвођач искључиво одговоран оштећеноме. Међутим, такво тумачење Закона било би погрешно, јер је логичније ставити на вољу оштећенику да може тужити и произвођача оног дела ствари који је штету узроковао. Поред стварног, требало би да одговара и квазипроизвођач, то јест лице које се издаје за произвођача, тако што на туђи производ ставља своје име, свој жиг или неки други знак распознавања." Ј. Радишић, *op.cit.*, стр. 411.

производа с недостатком деликтно је одговоран увозник, односно продавац уколико на производу није назначено ко је увозник.

Члан 2 Предлога Владе Републике Србије и члан 3 Директиве[71] дефинишу појам произвођача на исти начин. У Предлогу стоји:[72]

,,Произвођач, у смислу овог закона, је лице које производи готове производе, сировине и саставне делове.

Произвођачем се сматра и лице које се представља као произвођач стављањем свог имена, заштитног знака или другог обележавајућег знака на производ и лице које увози производ намењен продаји.

Ако производ не садржи податке о произвођачу, продавац има положај произвођача, осим ако у разумном року не обавести оштећеног о идентитету произвођача, односно лица од кога је набавио производ.

Ако увозни производ не садржи податке о увознику, продавац има положај произвођача, иако производ садржи податке о произвођачу.“

Поред наведеног решења, Директива садржи и правило према коме је за штету од ствари с недостатком одговорно и оно лице које је увезло производ с недостатком у Европску унију. У погледу овог решења у литератури се срећу примедбе да би интереси потрошача били боље заштићени ако би за штету од ствари с недостатком одговарао увозник у земљу чланицу Уније, а не увозник у Унију. То је стога што је потрошачу тешко да идентификује и тужи лице које је извршило увоз у Унију када се то лице налази у некој другој земљи чланици.[73] Надаље, режим објективне одговорности, предвиђен Директивом, не односи се на сервисере и складиштаре.[74]

71 “1. 'Producer' means the manufacturer of a finished product, the producer of any raw material or the manufacturer of a component part and any person who, by putting his name, trade mark or other distinguishing feature on the product presents himself as its producer. 2. Without prejudice to the liability of the producer, any person who imports into the Community a product for sale, hire, leasing or any form of distribution in the course of his business shall be deemed to be a producer within the meaning of this Directive and shall be responsible as a producer. 3. Where the producer of the product cannot be identified, each supplier of the product shall be treated as its producer unless he informs the injured person, within a reasonable time, of the identity of the producer or of the person who supplied him with the product. The same shall apply, in the case of an imported product, if this product does not indicate the identity of the importer referred to in paragraph 2, even if the name of the producer is indicated.“, члан 3 Директиве.

72 Члан 2 Предлога Закона о одговорности произвођача ствари са недостатком.

73 J. Stapleton, *International Torts: A Comparative Study*, стр. 374–375.

74 Y. Markovits, *op.cit.*, стр. 153.

У конструкцији останка при решењу које је предвиђено Законом о облигационим односима, наши увозници би у највећем броју случајева били одговорни за штету од производа с несазнатљивим недостатком, без права на регрес од европских произвођача.[75] Изузетак би постојао у погледу произвођача из Финске и Луксембурга, као и у погледу немачких, француских и шпанских произвођача одређених врста производа – по правилу су то храна, производи добијени из људског организма и фармацеутски производи. Другим речима, наши увозници би могли да остваре право на регрес само од европских произвођача, из оних земаља у којима развојни ризик сносе произвођачи, то јест у којима се произвођач не може ослободити одговорности доказујући да је недостатак био несазнатљив. Надаље, наши домаћи произвођачи били би изложени већем ризику када продају своје производе домаћим потрошачима, него када их извозе у земље Европске уније.[76]

Могуће је да су неке од наведених околности узете у обзир од стране словеначког законодавца, који се одлучио да Законом о заштити потрошача омогући произвођачима оно што им није допуштено Облигацијским закоником – да се ослободе одговорности за штету од ствари с недостатком, ако докажу да је тај недостатак био објективно ван домашаја људског сазнања у тренутку када је ствар пуштена у промет.

Дакле, ослобађање произвођача од одговорности за штету од несазнатљивог недостатка, у нашем праву би олакшало положај домаћих произвођача и увозника у односу на европске произвођаче. Међутим, *ratio* постојећег правила из Закона о облигационим односима се и не тиче положаја наших произвођача на европском тржишту већ обима заштите која се пружа оштећенику. Законом о облигационим односима предвиђено је једно теоријски сасвим заокружено решење, које доследно разрађује концепт објективне одговорности. Према овом решењу, произвођач се не може ослободити објективне одговорности позивањем на одсуство сопствене кривице, то јест позивањем на потешкоће у погледу откривања недостатка који је узрок штете.

Потрошач-оштећеник је, према Закону о облигационим односима, у потпуности заштићен од недостатака у производу. Ризик оних недостатака који се у тренутку пуштања ствари у промет нису могли открити сноси произвођач, односно онај ко је наведени ризик изазвао сопственом привредном активношћу и ко је био у бољој позицији да тај ризик предупреди. Велике европске државе

75 *Cf.* J. Радишић, *op.cit.*, стр. 412.
76 *Ibidem*.

– Немачка, Француска, Шпанија – управо су овакву заштиту гарантовале својим потрошачима у оним секторима производње у којима су ризици несазнатљивих недостатака највећи.

Не улазећи у могуће стратегије којима се учесници у правном промету прилагођавају сваком регулаторном решењу, изгледа да се Предлогом Владе Републике Србије ојачава позиција домаћих увозника у односу на европске произвођаче. Међутим, истим Предлогом се ојачава и њихов положај – положај домаћих увозника – у односу на домаће потрошаче. Другим речима, наведена одредба има далеко већи домашај од пуког погодовања домаћим увозницима и произвођачима у европском контексту. Њоме се ризик свих штета које могу потећи од оних узрока за које се није могло знати, пребацује на оштећеника као економски и информационо слабију страну.

С друге стране, интереси домаћих увозника и произвођача могли би да се заштите и на друге начине – увођењем јавних и приватних компензационих фондова произвођача у одређеним секторима производње, какви већ постоје у многим земљама Европе, а чије оснивање на нивоу Европске уније предвиђа поменута Анализа Фондације Росели, урађена за потребе Европске комисије.[77]

Наведена Анализа као последицу одговорности произвођача за несазнатљиве недостатке предвиђа опадање радикалних иновација и пионирских научних истраживања, као и преусмеравање произвођача на конвенционална и мање ризична истраживања, претежно с циљем побољшања безбедности и квалитета онога што се већ производи. Уколико наш законодавац жели да усвоји овај аргумент као релевантан за домаће прилике, било би потребно да се претходно испита који је постојећи обим радикалних иновација и пионирских научних истраживања у нашој земљи, као и колики би могао бити стварни позитиван утицај укидања одговорности за несазнатљиве недостатке у нашем праву на ове иновације и истраживања.

Надаље, у Анализи се истиче да је извесно да би у случају укидања установе развојних ризика дошло до повећања трошкова осигурања, те да произвођачи не би могли да прибаве осигурање од одређених врста развојних ризика. Потребно је испитати да ли при постојећем позитивноправном решењу садржаном у Закону о облигационим односима постоје примедбе наших произвођача на могућност осигурања од одговорности за несазнатљиве ризике.

77 Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products, Final Report, Study for the European Commission, Fondazione Rosselli, Contract No. ETD/2002/B5

IX. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Каже се да нема бољег начина за упознавање било које појаве од покушаја да се та појава промени. Међутим, упознавати правило које имамо, покушавајући да га променимо, може бити веома скупо.

Постојеће решење Закона о облигационим односима теоријски је доследно заокружено. Оно није супротно одредбама Директиве о одговорности за штету од производа с недостатком – Директива оставља могућност државама чланицама да својим националним прописима ускрате произвођачу могућност да се ослободи одговорности за несазнатљиве недостатке.[78] Надаље, постојеће решење пружа потпуну заштиту оштећенику, док изгледа да у домаћој литератури нема запажања о озбиљним последицама које одговорност за несазнатљиве недостатке остварује на пословање домаћих произвођача и увозника. Стога се чини да решење Закона о облигационим односима у погледу одговорности за несазнатљиве недостатке не би требало мењати без подробне *cost/benefit* анализе.

Marija Karanikić

DEVELOPMENT RISKS DEFENSE

Summary

The development risks clause (as in the Directive 85/374/EEC) excludes liability for damage caused by a defect that could not be foreseen given the technical and scientific knowledge available at the time the product was developed. This provision was defined with the intention to establish a satisfactory compromise between the need to stimulate innovation and consumers' legitimate expectations for safer products.

The European Court of Justice interpreted this clause in the following way: the producer of a defective product is absolved of liability if he can establish that the objective state of technical and scientific knowledge at the time when he put the product into circulation was not such as to enable the existence of the defect to be discovered. This includes the most advanced level of accessible knowledge, without any restriction as to the industrial sector concerned.

One of the crucial arguments of the debate on the development risks is that removing this provision would suppress innovation. In view of

78 *Cf.* Члан 15 (1.б) Директиве.

controversial disputation, the Community legislator let the Member States had the option of abolishing this provision unilaterally.

At the heart of this article is the following question: are there sufficient reasons to introduce development risks defense in Serbian legislation? Would this alteration dilute the rationale of risk spreading and loss distribution that underpin strict products liability theory? Should we be reluctant to remain faithful to the concept of full strict liability considering this adherence does not oppose to the requirements of the Directive 85/374/EEC? The importance of this issue is increased by the fact that Serbian Government prompts for implementation of the development risks defense in Serbian law (as in the Draft Law on Product Liability).

Key words: *Strict liability. – Liability for defective products. – Development risks. – Undiscoverable defects.*

УДК 323.15(=112.2)(497.1)
339.92(497.1:430.1)

Др Бранко Павлица

СУДБИНА НЕМАЦА У ЈУГОСЛАВИЈИ

Као најбројнија и економски најснажнија мањинска заједница – Немци су уживали изузетне привилегије у Краљевини Југославији. Већ јуна 1920. у Новом Саду оснивају Kulturbund, који, иако у два наврата забрањиван због политичке делатности, већ од 1931. године, доношењем свог Статута („Статути Швајско-Немачког Просветног Савеза“) започиње широку привредну, просветну и културну делатност, организујући различита друштва и удружења ради јачања „замрле“ (израз Г. Грасла још из 1920. године) немачке националне свести. „Deutschtum in Jugoslawien“ – „стоји одлично и економски и културно“ (Иво Андрић).

Међутим, њихова антијугословенска активност, нарочито у годинама уочи рата, улога пете колоне, масовно учешће на страни Вермахта током Другог светског рата, предодређују њихову судбину (масован одлазак са јединицама Вермахта, али и у склопу Авнојевских одлука).

Данашњи „захтеви судетских Немаца“ о „укидању“ Бенешових декрета, као и југословенских Немаца (окупљених у неколико – од по неколико стотина) у удружењима – савезима (Суботица, Нови Сад...) о „укидању“ Авнојевских одлука изазива поновно разјашњење њиховог положаја, улоге и судбине – у светлу историје и права. Јер, од близу 500.000 Немаца (Шваба, фолксдојчера), по статистичким подацима из 1921. године, односно 1931, данас у (СР) Југославији живи свега (око) 1% (1991). Најзад, према подацима из 2002. године, на територији Србије живи 3.901 припадник немачке мањине.

Кључне речи: *Фолксдојчери. – Kulturbund. – Пета колона. – Авнојевски принципи (одлуке). – Немство.*

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Андреас Биргермајер, председник немачког удружења „Donau“ у Новом Саду, у свом излагању на конференцији „Транзиција и положај мањина“ (8–9. XI 2001, Београд) истиче: „Као што знате, пре Другог светског рата, овде је било око 530.000 Немаца, сада

наша заједница броји можда око 3–4.000 припадника. Судбина Немаца ... везана је за АВНОЈ и његове одлуке којима се Немцима, само због њихове припадности, одузимају сва колективна права и имовина. Сем немачке националности, никакав други разлог за то није постојао“(?)... ,,Став немачке заједнице је да се обавезно именују све националне мањине, а посебно немачка, због њеног веома тешког историјског искуства. У Авнојевским одлукама једино су Немци именовани, ниједна друга национална мањина није именована. Уколико се у закону поименично не наброје националне мањине, онда за мене такав закон неће ни постојати...“.[1]

Истоветне ставове, у интервјуу НИН-у почетком 2002. године, износи и председник Немачког народног савеза у Суботици Рудолф Вајс.

1. ФОЛКСДОЈЧЕРИ У ЈУГОСЛАВИЈИ 1920–1941

Почетком XVII века Немци се насељавају у Подунављу. Највећи миграциони талас уследио је током друге половине XVIII века. Бечки двор је плански насељавао Немце у Угарској пружајући им знатне привилегије. ,,Терани из домовине разним невољама, а и систематски примамљивани, нагрнуле су протеклих деценија из Виртемберга, Бадена, Насауа, Хасена, Фалачке, Елзаса, па и рајнских провинција, хиљаде и хиљаде породица у ове крајеве, између 1763. и 1787. године, населило се у Бачку и Банат 19.000 породица са 80.000 особа. Без обзира на њихово племенско порекло, звали су их без разлике ,,Швабама“ (H. Wendel). И током XIX века у ове крајеве долазе Немци. Рецимо, Виљем II, наследник Бизмарков, овако наводи потребе (приоритете) Немачке: тропске колоније, сигурна тржишта за немачку индустрију, осигуран увоз сировина и животних намирница и по могућности земље за насељавање немачким земљорадником. Немачка спољнополитичка доктрина ово образлаже: ,,Подлога спољне политике Рајха је (и) национално-језичка и економска дијаспора, тј. систематски размештај немачких насеобина...“ (Lampreht).[2]

1 А. Биргермајер, ,,Именовати мањине“, у: *Мањине и транзиција*, Хелсиншке свеске, Београд, 2002, стр. 64.

2 Припадници немачке националне мањине живели су у многим европским земљама. Уочи Првог светског рата, како истиче C. Morocutti, њихов број, у појединим земљама је следећи: у Француској је било 1.700.000 Немаца, или 4,4% од укупног становништва; у Италији – 275.000 (0,7%); у Пољској –2.100.000 (7,1%); у Румунији – 1.100.000 (6,1%); у Чехословачкој – 3.700.000 (чак 27%); у Југославији – 650.000 (5,1%); у Белгији – 110.000 (1,4%); у Мађарској – 560.000 (7,4%); у Данској – 100.000 (3%); у Литванији – 100.000 (3,2%); у Летонији – 100.000 (7%); и у Естонији је било 50.000 Немаца (5%). C. Morocutti, *Europa und die Volkischen Minderheiten*, Jena, 1925, c. 56–60.

Доиста, био је то ,,важан моменат у политичкој билансији, да стопа по стопа земље, час код Бањалуке, час код Инђије или Вршца, па онда на Косову или у Барањи, код Будима и на Приморју прелази у немачке руке. Дижу се димњаци немачких творница између Сегедина, Трста, Сарајева и Ниша... Десетинама постају српске општине по свом мајоритетно – званичном језику немачком“ (др М. Косић). Стога, може се закључити, да су фолксдојчери у Краљевини СХС (највећи део од близу 500.000), непосредни потомци ових немачких досељеника, које су овде населили Карло VI, Марија Терезија и Јосиф II. Ово потврђују и сами Немци – Г. Грасл, Ј. Менарт, челници ,,Kulturbunda“, када, приликом његовог оснивања 1920. године, у Новом Саду, свечано изјављују, да су се њихови преци овде населили пре 200 година.

Активност фолксдојчера и њихов став (однос) према Краљевини Југославији, чији су држављани, може се пратити и кроз најразноврсније облике деловања Kulturbunda. Официјелно, ова културно-просветна организација југословенских Немаца, наредних година по оснивању, легалним путем настоји да обезбеди културни, просветни и привредни просперитет својих чланова. Међутим, иако добијају право да формирају политичку странку – Партија Немаца у Југославији, Kulturbund, услед политичког деловања бива двапут забрањиван (1924. и 1929. године), да би 1931. године, доношењем ,,Статута Швапско-Немачког Просветног Савеза“, поново отпочела са радом.

Постојањем немачких мањинских школа, правом на верску организованост и слободу вероисповести на матерњем језику, богатом издавачком делатношћу (штампа, књиге, периодичне публикације), радом 866 разних друштава и удружења – културних, просветних, добротворних и спортских (1938. године) и деловањем Kulturbunda (који има 256 месних група), омогућен је слободан културни развој немачке мањине. Deutschtum in Jugoslawien ,,одлично стоји и културно и економски“ (И. Андрић).

Фолксдојчери су представљали снажан ослонац за немачку политику према Југославији. Као најбројнија и економски најснажнија мањина у Југославији, уживала је привилегије, које су биле, пак, у корелацији са заштитом Трећег Рајха. Управо, привредно снажење и војнополитичко јачање Немачке, као и све развијенији привредни и дипломатско-политички односи са Југославијом, били су гаранција њиховог привилегованог (не само мањинског) положаја. Али, задојени нацистичком идеологијом, охрабривани немачким ратним освајањима, припадници ове мањине организују јединствени фолксдојчерски фронт. Својом антијугословенском делатношћу и обавештајним радом постају главно упориште Трећег Рајха у Југославији. Победом ,,национал-социјалистичке“

струје, тзв. обновитеља у Kulturbundu (нови вођа J. Sepp), немачка мањина – пронемачки опредељена и са непријатељским односом према Краљевини, постаје најснажнија и најорганизованија пета колона. ,,Политички прагматизам Трећег Рајха, то јест његови планови да се Југославија приведе у ,,нови поредак“ без рата, наилазио је на незадовољство најрадикалнијих припадника Kulturbunda, који су једва чекали нестанак постојеће државе и установљавање владавине Трећег Рајха. Стога и не зачуђује њихово понашање уочи априлског рата, у самом рату и након његовог завршетка, када су се сви, без изузетка, декларисали као немачки држављани и ступили у Vermaht, СС јединице и локалне полицијске станице“ (др Б. Петрановић).

Крајњи политички циљ подунавских Шваба био је стварање властите ,,подунавске државе“. Практично, судбина југословенских Немаца после Другог светског рата била је већ предодређена оваквим њиховим непријатељским понашањем у годинама уочи и током рата.

2. ТРЕЋИ РАЈХ, КРАЉЕВИНА ЈУГОСЛАВИЈА И ФОЛКСДОЈЧЕРИ

У настојању да оствари глобални стратегијски интерес (да Југоисток постане допунско привредно подручје Немачког Рајха) немачка спољнополитичка доктрина у периоду 1933–1941. године све то образлаже постојањем привредних, географских, историјских, духовних, политичких и етничких веза.[3] Нацистичка Немачка, вештом дипломатском активношћу, политичким притиском, економском панетрацијом (клириншким начином плаћања, политичким условљавањем извоза наоружања), шпијунском и терористичком делатношћу фолксдојчера, а од 1938. године и ратним освајањима, ,,по простору стране силе“ (,,die raumfremden Mächte“) тај стратегијски интерес практично и остварује.[4] Drang nach Osten (ради стварања привредног простора средње и југоисточне Европе – подручје између Црног, Егејског и Јадранског мора) био је, дакле, дугорочни стратегијски интерес Немачког Рајха. Обезбеђење сировина и пољопривредних производа постављало се као императив.[5] Отуда теза о корисности сарадње са привредама југоисточне

3 Др Андреј Митровић, *Ergänzungswirtschaft. О теорији јединственог привредног подручја Трећег Рајха и југоисточне Европе* (1933–1941), ЈИЦ, 1974, стр. 24–26.

4 А. Митровић, *нав. дело*, стр. 25.

5 W. Hoffmann, *Donauraum Völkerschicksai*, Leipzig, 1939, S. 166., R. Dammert, *Deutschlands Nachbaren in Südosten*, 1938, S. 2; W. Lochmuller, *Unsere Zukunft aue dem Balkan. Afrikanische oder europische Politik?* Leipzig, 1915, S. 1.

Европе, и то упркос томе што су биле на нижем степену развоја. Таква сарадња наметнута је и Краљевини Југославији, потписивањем Уговора о трговини и пловидби 01.05.1934. године. Додуше, и у периоду до 1933. године, Немачка је, на пример, куповала бакар, чија је вредност представљала готово половину укупног југословенског извоза у Рајх. Године 1930. вредност извоза југословенског бакра у Немачку износила 18.169 тона, односно 368.909.000 динара; 1931. године – 20.365 тона, односно 261.118.000 динара; 1932. године – 15.950 тона, тј. 151.821.000 динара.[6]

Географску везу са Југоистоком немачки теоретичари су објашњавали јединственим појмом: Подунавље. Самом својом географском ситуираношћу Средња Европа (у којој живе Немци) и југоисточна Европа сматрани су јединственим подручјем. Дунав, као река „која повезује народе“, представља природну, географску спојницу.[7] После „Anschlussa“ са Аустријом, у Немачкој се нарочито наглашава значај Југославије као суседа.[8]

Историјска веза Немачке са Југославијом образлагала се њеним доприносом „развитку југоисточне Европе кроз векове...“ Јер, „немство... (је) играло важну улогу у културном животу народа на Југоистоку“.[9] „Онолико дуго колико постоји немачки народ, толико ће у њему живети жеља за покретом ка истоку...“ Средства којима се ова тежња остварује кроз историју јесу „Schwert, Glaube und Kultur“ (Мач, Вера и Култура).[10] Традиција хабсбуршких односа са Југоистоком, с једне стране, и прикључење Аустрије, односно њеног немачког племена, с друге стране, дају Немачком Рајху историјско право да се бави југоисточном Европом.

Етничку везу Немачке са Југоисточном Европом чине фолксдојчери „расејани широм средњег Подунавља“. У том погледу, немачки теоретичари су истицали: „Немачка пољопривреда је дала већини земаља Југоистока много од најдрагоценијих својих резерви, изричито казано, многе хиљаде немачких сељачких фамилија, сељаштво је основни стуб једног народа. Уколико постоји здраво сељаштво, онда су превазилазиви сви ударци судбине, каже велики вођа немачког народа Адолф Хитлер“.[11] Фолксдојчери су пресадили „радиност, марљивост, штедљивост и појам рада“. Они, у Југославији, Мађарској и Румунији, и као саплеменици и као

6 Б. Ђорђевић, *Преглед уговорне трговинске политике од оснивања државе Срба, Хрвата и Словенаца до рата 1941*, Загреб, 1941, стр. 138–139.

7 W. Hoffmann, *нав. дело*, стр. 100.

8 R. Dammert, *нав. дело*, стр. 22–23., W. Hoffmann Grossduetschland in Donauraum, Berlin, 1939, S. 3.

9 W. Hoffmann, *нав. дело*, стр. 31.

10 W. Schneefuss, *Deutschtum in Süd-Ost-Europa*, Leipzig, 1939, S. 3.

11 W. Hoffmann, *Donauraum Völkerschicksal*, Leipzig, 1939, S. 166.

преносиоци немачке културе, имају, историјски гледано, изузетан значај у политици Немачког Рајха према тим земљама.

Јер, „цела историја насељавања Шваба – по A. Damanngu – представља непрекидан ланац покушаја да се привлачењем марљивијих, вреднијих, правно свесних и ако је могуће богатијих људи, дâ државном крвотоку свежија и здравија крв у циљу ојачања његове економске моћи“.[12] Немачка пољопривреда је „дала већини земаља Југоистока: образовање пољопривредних стручњака на немачким школама, практична искуства стечена по немачким пољопривредним добрима, начин обраде земље, поступак са летином, ђубрење, уређење воденог система, неговање ливада и пашњака...“[13]

Од средине XIX века немачке високе школе постају циљ страних студената. Било је и Американаца, касније и Руса („од којих 2/3 Јевреја“)... Њихов број је од 1886/87. до 1911/12. године у узлазној линији. Walter Hoffmann наводи и неке конкретне податке: „Бугара од 17 на 140; Срба од 15 на 78; Аустро-Мађара од 288 на 712. Учешће ове четири земље у укупном броју страних студената било је 1911/12. школске године око 25%“.[14]

„Deutschtum in Jugoslawien“ привлачи изузетну пажњу немачких теоретичара после Првог светског рата. Пошто су Немци у Словенији били у подређенијем положају него Швабе у Војводини, многи аутори – C. Morocutti,[15] W. Hoffmann,[16] G. Grassl,[17] A. Lenz,[18] H. Wendel,[19] G. Gessemann,[20] A. Dammang,[21] J. Chmelar,[22] и др. – критикују понашање словеначких власти, настојећи да се њиховим сународницима обезбеде оптимални услови ради очувања националног, културног и језичког идентитета.

Тако W. Hoffmann истиче да су велике групе Немаца, нарочито Швабе у Војводини, још под мађарском владавином биле подвргнуте јаком процесу денационализације. Југославија је имала своју мањинску политику... али започиње борбу против мањина... Београдски режим обећава у почетку пријатељски однос као противтежу против мађарске иреденте. Развијање немства тада је било

12 A. Damanng, *Die deutsche Landwirtschaft in Banat und Batschka*, München, 1931, S. 33.

13 W. Hoffmann, *нав. дело*, стр. 140.

14 W. Hoffmann, *нав. дело*, стр. 137.

15 C. Morocutti, *Europa und die Völkischen Minderheiten*, Jena, 1925.

16 W. Hoffmann, *Donauraum – Völkerschicksal*, Leipzig, 1939.

17 G. Grassl, *Das Schulwesen der Deutschen in Südslawien*, W. Braumuller, 1928.

18 A. Lenz, *Die deutschen Minderheiten in Slowenien*, Graz, 1923.

19 H. Wendel, *Немци у Југославији*, „Југ. њива“, 1921, бр. 21.

20 G. Gesemann, *Das Deutschtum in Südslawien*, München, 1922.

21 A. Dammang, *Die Deutsche Landwürtschaft in Banat und in der Batschka*, München, 1931.

22 J. Chmelar, *Die Nationalen Minderheiten in Mitteleuropa*, Prag, 1937.

веома повољно. Касније долази до преврата: поништава се све што је у кратком времену изграђено. Школе се подржављују, Kulturbund угњетава и забрањује. Додуше, обнова његовог рада је дозвољена, тако да Kulturbund службеном одлуком од пре кратког времена може да почне са радом. Слично се догађа са немачким колонистима у Хрватској, Славонији и Босни. У најтежем положају је немство у Словенији. Тамо се према њиховим удружењима спроводи насилна, угњетачка политика. Школе су затворене, друштва забрањена и расформирана... Немачки језик се забрањује, све немачко мора ишчезнути. Власницима трговина у немачким подручјима Словеније насилно се одстрањују натписи фирми на немачком језику... Али у јануару 1931. године, Министарство просвете је донело одлуку око наставе. Може се очекивати нова ера у развоју мањинских права.[23] Попут Hoffmanna, и други аутори слично објашњавају положај Немаца.

C. Morocutti наводи и случајеве терористичких аката који су извршени против Немаца: 27.01.1919. године, на главном тргу у Марибору: било је 8 мртвих и 52 тешко повређена; 13.10.1920. године, немачка гостионица и приватна кућа у Марибору су демолиране, као и низ других терористичких аката против припадника немачке мањине у Словенији (у периоду 1923– 1927. године).[24]

Стога, констатује да се колонизација немачког поседнутог подручја у јужној Штајерској подудара са словеначком... која се у првим послератним годинама плански остварује.[25]

Немачки аутор истиче и последице „словенизације“ (денационализације): по попису из 1910. године, на подручју данашње Словеније било је 106.377 Немаца; после пописа југословенског становништва 1921. године, има нешто више од 39.631 Немаца. У Марибору је 1910. било – 22.653 Немаца, а 1921. године, свега 6.512. Позивајући се на статистичке податке G. Gesemanna и W. Winklera, C. Morocutti констатује да је у питању насилно словенизирање и исељавање Немаца. Јер, у Марибору је 1919. године било 3.346 Словенаца, а данас су 20.929 Словенаца, 2.540 Serbokroaten и 33 Арнаута.[26]

„Употреба немачког језика у јавном саобраћају је сасвим забрањена“.[27] Забрањена је и употреба (коришћење) старих немачких имена („Johan wird zu Ivan, Fridrich zu Miroslav, Franz zu Franjo, Karl zu Dragotin usw.“).[28] Г. Грасл у том контексту наводи занимљиву

23 W. Hoffmann, *Südost-Europa: Bulgarien, Jugoslawien, Rumänien*, München, 1934, S. 61–62.

24 C. Morocutti, *Gross-Deutschland, Gross– Südslawien*, Wien, Leipzig, 1928, C.43.

25 C. Morocutti, *нав. дело*, S. 44.

26 *Исто*, стр. 44.

27 A. Lenz, *Die Deutche Minderheit in Slowenian*, Graz, 1923, S. 61.

28 A. Lenz, *нав. дело*, S. 61.

илустрацију: немачко дете, држећи у рукама уџбеник (Serbische Gramatik für die zweite Klasse der Gymnasien. Von Ljubomir Stojanović, Verlag von Geza Kon in Belgrad, 1924, S. 6.) може прочитати: ,,Es ist besser, dass dich der Türke mit dem Säbel bedrängt, als der Deutsche mit der Feder" (,,Боље је да те тера Турчин са сабљом него Швабо са пером").[29]

И немачке новине се забрањују. Док је 1912. године у данашњој Словенији било 110 словеначких новина и часописа (1904–43), данас (1928. године) у Словенији, на немачком језику излазе ,,мале недељне новине" ,,Cillier Zeitung" и месечни ,,Gotscheer-Zeitung".[30]

Ваља напоменути да су словеначки политичари и локални органи власти, у годинама после стварања Краљевине СХС, настојали да узврате Немцима за све оно што су претрпели у оквиру процеса сурове германизације у претходном периоду, када су ,,Немци били господари". Но, ипак, немачка мањина у Словенији имала је своју штампу, школе на матерњем језику, политичку партију до 1929. године. Kulturbund, који је двапут забрањиван (1934. и 1936. године) несметано је настављао са радом и у Словенији. Доста касније, J. Wuescht, баш о томе пише: ,,Некомпетентни аутори на обе стране доприносе, следећих година, са својим тенденциозним и неаргументованим написима у штампи, часописима и књигама... заоштравању односа између Словенаца и мале, политички неважне и нејаке, немачке мањинске групе. Зато не треба уопштавати њихов положај са положајем највећег дела немачке мањине у Краљевини Југославији".[31]

C. Morocutti, у настојању да докаже немачку културну оријентацију Словенаца, истиче чињеницу о броју књига на страним језицима у библиотеци St. Jakobs у Leibachu (Љубљани): постоји преко 8.500 словеначких, 1.100 српскохрватских, 533 чешких, 285 руских, 46 пољских, 613 француских, 455 италијанских, 248 енглеских и 12.000 немачких књига.[32] Као круцијалну чињеницу износи да се данашња Словенија, историјски гледано, у свом привредном и културном развоју ослањала на немачку културу и рад. Наводећи и друге чињенице у том контексту, немачки аутор, заправо, апелује на промену словеначке мањинске политике. Јер, ,,Алпски Словени припадају германској култури и животном кругу".[33]

Отуда Немачка има легитимно право да једина заступа интересе својих сународника. Овако схваћено ,,природно" (,,органско")

29 G. Grassl, *Das Schulwesen der Deutschen in Südslawien*, W. Braunmüller, 1928, C. 12.

30 C. Morocutti, *op. cit.*, стр. 50.

31 J. Wuescht, *Jugoslawien und Dritte Reich*, Stuttgart, 1969, S. 257.

32 C. Morocutti, *Gross-Deutschland, Gross– Südslawien*, Wien, Leipzig, 1928, S.89.

33 C. Morocutti, *нав. дело*, стр. 92.

савезништво Немачког Рајха са југоисточном Европом добија своју потврду у антијугословенској активности фолксдојчера у Краљевини Југославији, односно у њиховој улози пете колоне током рата.

Пошто су Немци (рајхсдојчери у Немачком Рајху и фолксдојчери у државама југоисточне Европе), како закључује проф. А. Митровић, ,,без обзира где су настањени, део једне заједнице, коју, опет, легитимно и једино заступа немачка држава, тј. Трећи Рајх, постављена је даље теза да немачке националне групе у Подунављу дају Немачкој двоструко право на везивање Југоистока за себе и као саплеменици и као преносиоци немачке културе. Истицање етничке везе омогућавало је коришћење и елемената националног права, које у XX веку има велику политичку, идеолошку и пропагандну вредност. Упоредо, реч је и о сугестији Немцима, тадашњим држављанима Мађарске, Југославије и Румуније, да они имају улогу и одговорност у политици Рајха према југоисточној Европи“[34].

С тим циљем југословенски Немци настоје да ,,свим сходним средствима оживе замрлу немачку свест“.[35] Својим Kulturbundom и радом неколико стотина друштава и удружења на свом, матерњем језику, својом мањинском партијом, широком мрежом мањинских школа, штампе, издавачких кућа, верских организација, немачка мањина остварује слободан национални, привредни и културни развој. Али, агитовањем за Хитлера и Трећи Рајх, агресивним политичким радом Kulturbunda, јачањем немачког националистичког духа (тежња да искажу своја национална осећања – припадништво Немачком Рајху), а пред рат отвореном шпијунском, терористичком, једном речју, антијугословенском делатношћу, већина припадника немачке мањине исказује нелојалност и непријатељски однос према домицилној држави.

Стога, Хитлер напомиње југословенском председнику владе М. Стојадиновићу још у јануару 1938. године: ,,Југословенске границе остаће неповредиве, као што је италијанска на Brenner-у (,,рече свечаним и убедљивим тоном“). Уосталом, за Југославију је, у односу на Немачку, најбоља заштита: добро третирање немачке мањине, која тамо живи и за коју знам да је лојална према југословенској држави. Немци су војнички народ, али не милита-

34 А. Митровић, *нав. дело*, стр. 27.

35 У уводном чланку ,,Deutsches Volksblatt“, пред оснивачку скупштину Kulturbunda, Немци су истицали: ,,После двеста година тешког робовања овој постојбинској груди – Ми смо се двоструко препородили. Ми смо нашли своју отаџбину и ми смо као народ нашли само себе. – Слом аустроугарске монархије донео је нама Немцима неко време најтеже искушење... јер Немац није лакомислен, него тешке (густе) крви, али веран као злато, и што он једном свом душом обујми, то је готов и крвљу свог срца да брани. Тако стојимо ми данас према својој отаџбини, и ми смо уверени да ће утемељивачка главна скупштина Просветног Савеза наћи праве речи, да нашим отаџбинским осећајима даде израза. Праве речи, којима ће затим следити права дела“. ,,Deutsches Volksblatt“, 1920, бр. 191, с. 1.

ристички. Они не воле ништа више него мир и ред и у том погледу су слични Енглезима“ (?).[36]

У контексту империјалистичке политике немачког ауторитарног национализма – Drang nach Osten/Südosten, Ergänzungswirtschaft – Трећи Рајх „у стварању од Југославије окућнице Немачке“ користи, дакле, и фолксдојчере. Ови, иако у односу на друге националне мањине имају најповољније материјалне услове живота и рада и најповлашћенији положај, на позив Хитлера и Трећег Рајха, систематским радом нацистичке обавештајне службе и под окриљем Kulturbunda, постају „органски“ део немачког бића.

Приликом оснивања Kulturbunda (20. 06. 1920) челници наводе лозинку: „Држави и народу верни“, шаљу телеграме оданости Регенту и Влади да би вишегодишњим радом обавештајних служби нацистичке Немачке, вредни и марљиви швапски сељак, постао нелојални грађанин Краљевине Југославије. Штавише, пред рат, отвореном антијугословенском делатношћу (агитовањем за Хитлера и Немачку, шпијунском и диверзантско-терористичком активношћу) и под окриљем Kulturbunda (у марту 1941. године, имао је 402 месне организације са 450.000 чланова) ови југословенски држављани немачког матерњег језика – стављени под команду „Организације Јупитер“ – постају пета колона у окупираној Југославији током Другог светског рата.

Тако су: нацистичка политика Немачке према Југославији (политички притисак, условљавање привредних односа, клириншки начин плаћања, извоз оружја и капитала), профашистичка политика М. Стојадиновића и свих југословенских влада до рата, толерисање мера и акција фолксдојчера, а пред рат и њихове отворене антијугословенске делатности, етничка повезаност Немачке са фолксдојчерима (немачка обавештајна служба је од фолксдојчера створила „саставни део немачког националног организма“), и Kulturbund, практично, у политичко-организационом погледу, припремили немачку мањину у Југославији да одигра улогу пете колоне.

3. ФОЛКСДОЈЧЕРИ – ПЕТА КОЛОНА У СТАРОЈ ЈУГОСЛАВИЈИ

У својим „говорима и чланцима“ објављеним у Бечкереку 1944. године, др J. Sepp, вођа фолксдојчера у Краљевини Југославији, наводи „да се немачка народоносна група има сматрати делом читавог немачког народа и да увек мора бити спремна да извршава сваки задатак који јој Трећи Рајх буде поставио...“[37] Доиста, фолксдојчери у периоду од 1933. године, а нарочито пред рат 1938–1941.

36 Цит. по: М. Стојадиновић, *Ни рат ни пакт*, Ријека, 1970, стр. 456.
37 J. Sepp, *Reden und Aufsätze*, Grossbetschkerek, 1944, S. 44.

године, под вођством Kulturbunda, постају ,,саставни део немачког националног организма". Иако југословенски држављани, они својом антијугословенском активношћу, почев од оснивања Kulturbunda па до 1941. године, исказују нелојалност према држави у којој живе. Фолксдојчери тако, својом пронемачком делатношћу, у оквиру месних организација Kulturbunda, као и другим формираним друштвима, шпијунском активношћу, демонстрацијама, агитовањем за Немачку и Хитлера, избегавањем војне обавезе тајним обучавањем за извођење ,,диверзантско-терористичких акција" под маском организованог логоровања, планирањем терористичких акција и разарања разних објеката у случају рата између Немачке и Југославије на својим подручјима, или и шире (рецимо, биле су предвиђене и конкретне акције рушења пруге Београд-Загреб код Винковаца, пруге Београд-Скопље код Лапова и пруге уског колосека Београд-Сарајево), формирањем шпијунске организације ,,Јупитер" итд. постају пета колона у Краљевини Југославији. Под руководством Другог одељења војне обавештајне службе Abver II, Kulturbund од јесени 1939. постаје директни експонент немачке нацистичке политике. ,,Организација Јупитер" је нарочито добро била организована у Војводини и Словенији.[38] О њеном раду, руководилац овог центра у Вршцу, фолксдојчер Е. Герхард истиче: ,,У пролеће 1941. године, руководио сам у Вршцу фолксдојчерском самозаштитом ,,Јупитер"... Она је носила камуфлирани назив ,,Јупитер" и имала задатке да у предстојећем рату силом оружја заштићује фолксдојчере; суседне општине од распршених јединица југословенске војске; врши курирске и помоћне службе за немачки Вермахт до његовог доласка; врши евентуална хапшења српских и страних лица; ... преузме полицијску власт до коначног доласка Вермахта; изврши запоседање важних установа и уреда, пошта итд., узме у своје руке управни апарат. Наоружање смо добили од Абверовог центра у Београду. Оружје смо узели у посланству...".[39]

Или, фолксдојчер Бранимир Алтгајер, у извештају немачкој установи ,,Volksdeutscher Mittelstelle" (фебруар 1943. године), која је била одговорна за делатност фолксдојчера у иностранству, наводи резултате свога рада: ,,Велика је била радост... када се у јесен 1940. године, сазнало да се и фолксдојчерски добровољци примају у војни СС. Било је скоро немогуће добити редован пасош... али ипак је готово хиљаду младића из бивше Југославије... на крајње авантуристички начин успело да пређе границу и скривени међу врећа-

38 Пета колона у старој Југославији, ,,Народна милиција", 1955, бр. 4, стр. 20–32; Ф. Чулиновић, *Окупаторска подела Југославије*, Београд, 1970, стр. 100–104; Т. Ференц, *Нацистичка политика денационализације у Словенији у годинама од 1941. до 1945*, Љубљана – Београд, 1979, стр. 39–94.

39 Пета колона у старој Југославији, ,,Народна милиција", 1955, бр. 4, стр. 28–29.

ма кукуруза и сандуцима на дунавским шлеповима или гацајући кроз набујале потоке планинске... Приликом слома југословенске војске припадници Фолкс-групе су активно допринели томе што су ширили панику, оштећивали телефонске линије, преносили лажне вести, постављали лажне путоказе и, најзад, разоружали јединице српске војске које су се повлачиле...“[40]

Јакоб Лихтенбергер, вођа нацистичке омладине, у извештају о ратном доприносу омладинске организације, каже: ,,Са буђењем немачке омладине у Словенији расла је код најбољих све јаче жеља да као војници не буду више у војној служби туђинске армије него у служби немачког Вермахта... Још пре доласка немачке војске у Словенију, немачка момчад (Deutsche Manschaft) – као политичка елита Фолкс групе – била је свуда на свом месту. Припадници Deutsche Manschafta истакли су се нарочито у Осијеку приликом борби за главну пошту и за два велика моста на Драви; даље у Винковцима, Руми, Бешкој, Инђији, Новој Пазови, Францталу. Њихова група у Францталу извршила је посебан подвиг заузимањем великог војног аеродрома у Земуну“.[41]

Уопште, генезу овакве антијугословенске активности фолксдојчера можда је најбоље објаснио њихов вођа др J. Sepp, доста касније у својим мемоарима – ,,Reden und Aufsätze“: ,,Немачки Рајх је угрожен ако не влада ,,јужном капијом Рајха“, која се налази у Срему. Та област увек мора да стоји под немачком влашћу ако Рајх жели да себи обезбеди дунавски пут ка Црном мору и да осигура залеђе против свих утицаја југоистока. Управљање делом Подунавља у којем су насељени југословенски фолксдојчери је један од најважнијих задатака ,,немачке народоносне групе“, њена мисија. То је природни центар ,,Карпатске котлине“, а ко њоме влада, влада читавим овим простором“.[42]

,,Хитлерова Немачка имала је више обавештајних и контрообавештајних организација, али су две биле главне: обавештајна служба Националсоцијалистичке партије Абвер. Партијска обавештајна служба за иностранство носила је назив VI уреда Главне управе безбедности Рајха (RSCA)... (а) Абвер – уред за иностранство – Одбрана (Amt Ausland – Абвер...). Шпијунажу у иностранству водило је I оделење Абвера док је II оделење имало задатак да организује саботаже, диверзије, терор и подривачки рад у страним замљама...“.[43]

40 *Исто*, стр. 22–23.

41 *Исто*, стр. 23.

42 J. Sepp, *Reden und Aufsätze*, Grossbetschkerek, 1944, S. 54.

43 М. Јанковић, *Абвер ступа на сцену, Пета колона*, (3), ,,Политика“, 11. 11. 1972, стр.13., Р. Божовић, *Нацистичка обавештајна служба*, Београд, 1963, стр. 63–65.; *Пета колона у старој Југославији*, ,,Народна милиција“, 1955, бр. 4, стр. 24–26.

Још 03.07.1934. године, у Београду је отворен Немачки саобраћајни биро чији је шеф био Франц Нојхаузен, ,,Герингов повереник за четворогодишњи план", иначе вођа ,,Иностране организације Националсоцијалистичке партије". Практично, његов задатак био је стварање широке шпијунске мреже међу фолксдојчерима. ,,Преко тог ,,бироа" пристизале су и огромне суме новца и даване фолксдојчерима као бескаматни, дугогодишњи зајам за откуп земље у Барањи и Војводини. Само у првој половини 1938. године – и то у једном јединому округу – фолксдојчери су откупили око 2.000 јутара најплодније војвођанске земље".[44]

,,Канарисови шпијуни деловали су са многих тачака наше земље, која је сва била покривена мрежом наци-фашистичких агентура. Ипак, италијанска фашистичка тајна служба деловала је за себе, хортијевска за себе, а бугарска за себе...". Шеф Абвера развијао је у Југославији своју обавештајну активност, сматрајући је ,,немачким непријатељем првог реда..." и толико је био упућен у југословенске прилике и менталитет народа, његово антифашистичко расположење у огромној већини, да ниједног тренутка није поверовао да ће народи Југославије пристати да иду ,,руку под руку са Немачком, била она са Хитлером или без њега".[45]

И Хитлер придаје изузетан значај фолксдојчерима и описује ,,шпијунско-диверзантско-саботажну улогу" против земаља југоисточне Европе чији су држављани: ,,Ви ћете (фолксдојчери) бити извиднице које шпијунирају! Ваш задатак је да замаскирате наше припреме за напад. Сматрајте да се налазите у рату! За вас вреде ратни закони. Ви сте, данас, можда, најважнији део немачког народа! Кад Немачка победи, онда неће бити никога ко ће се усудити да вас попреко погледа. Од вас зависи да ли ћете Немачкој издејствовати тај положај. Ваш будући задатак је да у свим подјармљеним земљама будете тутори, који ће у име немачког народа вршити неограничену власт. Ви ћете у моје име управљати земљама и народима, у којима сте сада прогоњени и потлачени. Тако ће се наша несрећа што су се милиони најбољих Немаца у прошлости морали иселити у друге земље, претворити у нашу велику срећу!" (?).[46] У марту 1940. године,

44 М. Јанковић, *Пета колона*, (3), ,,Политика", 11. 11. 1972, стр.13., В. Терзић, *Немачка мањина (фолксдојчери) и њихове организације*, у Слом Краљевине Југославије у априлском рату 1941. године, Љубљана – Београд – Загреб, 1984, стр. 190–194.

45 М. Јанковић, *Пета колона*, (1), ,,Политика", 11. 09. 1972, стр.13., *У служби шпијунаже, Пета колона у старој Југославији*, ,,Народна милиција", 1955, бр. 4, стр. 24–27.

46 Цит. по: М. Јанковић, *Грац нас прислушкује*, (14), Пета колона, ,,Политика", 25. 11. 1972, стр. 15.

Хитлер је за председника Немачке народоносне групе (Volksgruppen-Führer) поставио др Јанка Сепа.[47]

Шта је представљало основу за стварање немачке пете колоне у Југославији? Пре свег немачка политика којој је била потребна пета колона. Нацистичка политика према Југославији била је дугогодишња хегемонистичка политика, упорна и систематска економска, политичка и културна експанзија, политика сталног притиска која је имала за циљ поробљавање Југославије. У остварењу оваквих Хитлерових спољнополитичких планова, велику помоћ је представљала пета колона која је изнутра, у самој Југославији, деловала у том смислу“.[48]

Које су снаге чиниле пету колону у предратној Југославији? ,,Сигуран ослонац немачке шпијунаже у нашој земљи представљали су разни реакционарни покрети и профашистичке партије, корумпирани политичари, однарођени функционери и службеници, терористичке групе и организације (усташе, ВМРО, и др.), сепаратистичке групације... и сл. Али најважнији и неисцрпни извор немачке шпијунаже, језгро пете колоне, били су домаћи Немци, тзв. фолксдојчери“.[49]

Веома је илустративно истаћи, да непосредно после конституисања Kulturbunda, аутор, под псеудонимом Ј. Ж., у часопису ,,Мисао“ далековидо предвиђа, имајући у виду понашање Немаца у Првом светском рату, још 1920. године, баш такву будућу антијугословенску активност ,,наших Немаца“: ,,Наши Немци би тако брзо да забораве, али наш народ још не може то да учини и да не помишља више на оно: са каквом су се преданошћу они борили против ове слободе, чије сунце сад и њих греје, обасјава и буди, а са каквом мрачном мржњом и злобом су многи од њих гурали у пакао ратних мука оне, који сад њих изводе у рајска насеља слободе и љубави. Наши Немци се жале на такво држање, али због свега пропаћенога наша држава има дужност, да поред све сношљивости нашега благога сунца словенске слободе припази, да се опет коров злобе не размахне и угуши много племенитију биљку која са већим правом тражи живота и зрака за себе. Некада смо ми призивали Херерову хуманост за заштиту. Нису нас хтели чути. Данас је она њима потребна, те се изменише улоге. Али поред свих лепих израза честитих намера им, као што рече и сам главни говорник др Грасл: 'Vorsicht und Geduld ist nötig, wenn das Grosse Werk gelingen soll'[50]... а

47 ,,Тај акт, да шеф једне државе врши постављања својих људи на одређене положаје у другој сувереној држави био је без преседана. У ствари, то показује сву беду, трулост и зависност режима у Југославији“. В. Терзић, *нав. дело*, стр. 203.

48 Пета колона у старој Југославији, ,,Народна милиција“, 1955, бр. 4, стр. 30.

49 Исто, стр. 20; Види: Б. Павлица, *Антијугословенска активност непријатељске емиграције у СР Немачкој (1951–1984)*, СД 1990, стр. 36–40.

50 ,,Опрезност и стрпљење је потребно, ако смо ради да велико дело успе“.

то велико дело није мање од саме нове државе наше, слободне државе јужних Словена: у којој и бивши непријатељи њени ето тако брзо хоће да буду сматрани верним синовима и приступе заједничкој трпези. Но код нас влада још задружни морал и предање: После Бога прво је кум и пријатељ итд., па редом. Па нека се и нова нација реда стрпи, док не дође на ред. Нису довољне само лепе речи после много ружних дела, него клин клином, а зло се дело добрим делом изгони. Надамо се да ће се и ту засведочити хваљена немачка верност, коју обричу, па онда широка наша отаџбина и срце словенско има свој отпоздрав и на то: ,,Ко ће братски, брат смо њему" – а ,,Права мука не гине".[51]

Отуда, сходно антијугословенском понашању, и официјелне власти Краљевине Југославије, у одређеним периодима, предузимају мере одмазде против фолксдојчера и њихових организација. Већ 1924. године, забрањен је рад Kulturbunda, да би му 1927. године, рад опет био дозвољен, потом 1929. опет забрањен рад Kulturbunda и Политичке странке Немаца, да би само Kulturbundu 1931. године, поново била дозвољена културно-просветна активност. И одређене школе припадника немачке мањине (на матерњем језику) бивају укинуте: ,,пуна гимназија у Новом Врбасу, реалка у Вршцу и ниже гимназије у Новом Сад у и Панчеву..."[52]

Од маја до новембра 1938. године – према евиденцији немачког посланства у Београду – полиција је протерала из Југославије ,,најмање 90 немачких грађана, али је само у 35 случајева посланство успело да својом интервенцијом спречи протеривање".[53]

Непријатељско понашање фолксдојчера огледало се и у пословању ,,Аграрие", њеним различитим привредним пословима са фирмама Трећег Рајха. ,,Инспекција земаљске одбране у свом из-

51 Ј. Ж., *Просветни покрет наших Немаца*, ,,Мисао", 1920. књ. III. стр. 1282–1283.

52 Carinthiachs, *Положај Словенаца под Аустријом и положај Немаца у Краљевини СХС*, Љубљана, 1925, стр. 26.

53 Отуда незадовољство Трећег Рајха министром унутрашњих послова др Антоном Корошецом. ,,Оно што је нацистима тада највише сметало – била је општа репресивна политика коју је Корошец као министар унутрашњих послова водио против нацистичке делатности у редовима немачке етничке групе у Југославији... Када је после Аншлуса веома ојачала немачка активност у организацијама фолксдојчерског јединственог фронта... власти су по директиви А. Корошеца врло енергично иступиле. Уследила су масовна хапшења нациста, симпатизера фолксдојчерског јединственог фронта...". Цит. по: Д. Бибер, Краљевина Југославија на раскршћу 1939. године (5), ,,Политика", 03.09.1971, стр. 11.; ,,Већ после пада Стојадиновића представници немачке националне мањине Франц Хам, Граслер и Јозеф Тришлер упућују Цветковићу петицију, односно прави ,,ултиматум" да влада одстрани из службе све чиновнике који су од јануара 1938. године ,,прогањали Немце". Мислило се на полицијске органе и чланове банских управа, који су у време кад је А. Корошец био министар унутрашњих послова прогањали нацистичке пропагаторе или хапсили отворене немачке шпијуне...". Цит. по: М. Јанковић, *Пета колона*, (5), ,,Политика", 13. 11. 1972, стр. 13.

вештају Пов. Ђ. Об. бр. 1423 од 15. марта 1940. године, известила је начелника Главног генералштаба да је министарство пољопривреде ревизијом пословања немачких друштава ,,Аграрија“ и ,,Југо-Аграр“ у Новом Саду установило многе неправилности и незаконитости, и то преко многобројних заступништава немачких фабрика пољопривредних машина које врше експлоатацију разним малверзацијама цена. Земљорадничка централна кредитна задруга, као савез немачких кредитних и привредних задруга, дала је својој фирми званичан немачки назив и немачки језик увела као званичан. Она оснива немачке задруге и у Словенији на немачком језику (Кочевју, Марибору и околини) и даје велике кредите Немцима за куповање земље. Сем тога, одржава везу са немачким банкама, добија кредите од банака у Цириху, помаже ,,Културбунд“, даје помоћ за разна путовања у Немачку, крије статистичке податке о бројном стању породица својих задруга и њиховом имовном стању, одржава тромесечне курсеве за подесна млађа лица ради немачке пропаганде, приређује разне параде и тиме утиче на расположење Немаца у Војводини, иако то није њен задатак, обилно кредитима помаже Друштво за грађење кућа у Новом Саду (,,Habeg“) за немачке културне и просветне установе у опсегу који премашује њена овлашћења. И у овој Задрузи и у ,,Аграрији“ нова струја је задојена националсоцијализмом, и то се отворено признаје. Она је преузела вођство у ,,Kulturbundu“ и бори се за потпуно владање у свим привредним и културним установама Немаца у Војводини, а из Берлина добијају инструкције кога могу, а кога не смеју бирати у управе тих установа итд, итд. Најзад, предлаже се да се рад свих ових установа стави под јачи надзор“.[54]

4. НЕМАЧКА НАЦИОНАЛНА МАЊИНА ЗА ВРЕМЕ ДРУГОГ СВЕТСКОГ РАТА

После догађаја од 27. марта у Југославији, Хитлер је неопозиво одлучио да Немачка не само ,,војнички“ нападне Југославију, већ да је ,,уништи... и као државу“.[55] ,,Од огромног је политичког значаја да се на Југославију удари немилосрдном жестином и да се војни пораз оствари муњевитом брзином. На тај начин Турска ће се у довољној мери заплашити, а то ће и повољно утицати на доцнији поход против Грчке... Рат против Југославије биће вероватно веома популаран у Италији, Мађарској и Бугарској, пошто

54 Цит. по: В. Терзић, *нав. дело*, стр. 194–195, Види и: Б. Петрановић, *Србија у Другом светском рату 1939–1945*, Београд, 1992, стр. 58–59.

55 Види, Б. Кризман, *Хитлеров „План 25“ против Југославије – Југославија у светлу „Нирнбершких докумената“*, Загреб, 1953.

овим земљама треба ставити у изглед извесне територије: Италији далматинску обалу, Мађарској Бачку, Бугарској Македонију".[56]

Немачка агресија и окупација југословенске територије остварена је и уз изузетну помоћ и подршку домаћих Немаца – фолксдојчера. Већ организоване у илегалне фашистичке војне организације, ,,Deutsche Mannschaft" (,,DM") – они су на различите начине олакшали улазак немачке војске. Заправо, они су започели ,,рат" и пре 06.04.1941. године.[57] После неуспешних покушаја да се фолксдојчерима у Војводини ваздушним десантом дотури оружје, ,,преко ,,Норе" (илегална радио-станица) из подрума немачког посланства стигла је порука да фолксдојчери у Вршцу и остале групе по насељима ,,дејствују са расположивим оружјем" и да не губе време. Фолксдојчери су тако поступали и у садејству са другим групама ,,Јупитера", као и са петоколонашима из мађарске хортијевске пете колоне ,,Nevzet" предузели мучке акције широм Војводине. То исто су њихова сабрања чинила у Славонији, Барањи, Међумурју, Словенији и – широм земље".[58]

Већ у априлу 1941. године, четири стотине педесет хиљада културбундоваца сврстаних у четири стотине разних организација широм Војводине, Славоније, Хрватске, Словеније и Босне нашли су се, не само у позадини југословенске војске, него и у њој, ,,благовремено оспособљени за многобројне шпијунско-диверзантске задатке, разноврсне саботаже и друге герилске акције и – својим конкретним доприносом – више вредели Немачкој Врховној команди од једне најбоље оперативне армије".[59]

На окупираним подручјима југословенке државе фолксдојчери фактички губе статус националне мањине. Рецимо, у Словенији, анектирањем Доње Штајерске и Горењске у састав Трећег Рајха (пресељењем фолксдојчера са подручја Кочевја на ову територију, а исељењем знатног броја Словенаца) немачко становништво на подручју Словеније нашло се у ,,саставу немачке државе".[60]

56 Записник седнице Врховне команде немачких оружаних снага 27. марта 1941, Документи о фашистичком нападу на Југославију, ,,Тридесет дана", 1947.

57 М. Јанковић, Пета колона (19), ,,Политика", 30. 11. 1972, стр. 25.

58 ,,Мучки препади фолксдојчера у Војводини су ту и тамо довели до стрељања петоколонаша. Међу њима је завладао страх". Др Јанко Сеп молио је преко ,,Норе" да се на неки начин запрети Београду. На то је ,,Вера" послала утешан телеграм: ,,Немачка станица Donauzenden јуче је стално емитовала упозорење Србима да пазе како поступају са фолксдојчерима и запретила стрељањем по 10 Срба за 1 фолксдојчера...". Та претња осветом коју је емитовао Радио-Донау, дословно је гласила: ,,Срби, ако вам је живот мио, не кидишите на животе Немаца! За сваког Немца, који буде био стрељан или убијен, биће стрељано 10 Срба...". Цит. по: М. Јанковић, *Пета колона* (21), ,,Политика", 02.12.1972, стр. 17.

59 В. Терзић, *нав. дело*, стр. 196.

60 К. Јончић, *Правно-политички положај народности – националних мањина у СФРЈ*, докторска дисертација, Београд, 1965, стр. 218–219.; Д. Бибер, *нав. дело*, стр. 264.

И у Банату, који формално остаје у саставу окупиране Србије, мада са посебним административном немачком управом у Петровграду (Бечкерек), фолксдојчерима је укинут мањински статус. Сви органи цивилне власти су у њиховим рукама. Слично је било и са неколико хиљада Немаца у Недићевој Србији.[61]

У квислиншкој творевини, тзв. НДХ, Немци имају најповлашћенији положај. Практично, били су изузети од ,,јурисдикције хрватске државе", под управом вође немачке народоносне групе др B. Altaygera, у Осијеку.[62] Једино у Бачкој, коју је окупирала Мађарска, фолксдојчери формално имају статус националне мањине.[63]

Међутим, у свим окупираним подручјима, фолксдојчерима је од стране Хитлера, а преко квинслишких влада, осигуран повлашћени положај. Они чине масовне злочине према домаћем становништву – пљачкајући њихову имовину, убијајући дотадашње суграђане, комшије. Организују и концентрационе логоре, нарочито у Банату, где врше злочине против припадника других националности: Јевреја, Срба, Цигана.

Поред својих, већ формираних војних формација – ,,DM", регрутовани су у немачку војску, жандармерију, у СС јединице. У Хрватској су ове јединице преформиране у припремне јединице (Bereitschaftseinheiten); створена су три батаљона – ,,Ludvig von Baden", ,,General Laudon"? ,,Max Emannuel von Bayuer" и један активни батаљон ,,Prinz Eugen", а у саставу хрватског домобранства један ловачки батаљон и један батаљон за чување железница.

У Словенији су формирани ,,слично СС одредима", тзв. Wehre mannschaft – људство за одбрану, касније и један пук јачине 4 батаљона, једне батерије и алармне чете у Трбовљу.

У Банату је половином априла 1942. године, од домаћих Немаца формирана, по злу чувена, 7. СС брдска ловачка дивизија ,,Prinz Eugen" (20–25.000 људи). Такође, у Банату и Србији фолксдојчери су формирали и 6 батаљона ,,DM".[64]

Своју оданост Трећем Рајху домаћи Немци исказују и на друге начине. Материјални допринос – огромни новчани прилози

61 Ш. Вег, *Систем немачке окупационе власти у Банату 1941–1944*, Зборник МС за друштвене науке, 1963, св. 35, стр.83.

62 Ф. Чулиновић, *Окупаторска подела Југославије*, Београд, 1970, стр. 202–204.

63 ,,Немачки живаљ је стекао толико посебан положај да је практично значило његово издвајање испод јурисдикције мађарске државе. Волксбунд је вршио избор лица за органе власти у местима са немачким становништвом; руководио војном обуком немачке омладине, мобилисао Немце за СС трупе и уопште се према мађарској држави постављао као целина према другој целини". Цит. по: Ј. Мирнић, *Систем фашистичке окупације у Бачкој и Барањи*, Зборник..., 1963, св. 35, стр. 38.

64 Види: Љ. Стојковић-М. Мартић, *Националне мањине у Југославији*, Београд, 1953, стр. 60–61.

и роба (храна, одећа) слати су на фронт јединицама Вермахта. У ,,Календару Немаца у Банату и Србији“ Ј. Сеп, вођа немачке народоносне групе у Југославији, чак наводи детаљне податке (новчане износе, врсту и количину робе) о том доприносу југословенских Шваба ратним напорима Вермахта у оквиру тзв. ,,Привредне ратне службе“.[65]

Огромне количине пољопривредно-прехрамбених производа из Војводине (пшеница, кукуруз, брашно) лиферују се у Немачку за потребе ратне привреде. ,,Немачка народна група не држи корак са осталим немством само у непосредном учешћу у рату, него исто тако убедљиво и материјалним доприносом...“.[66] До почетка 1943. године, само из Баната ,,приложили су јединицама Вермахта... разних ствари у вредности 21.760.645 динара и новчани износ од 1.709.367 динара“.[67]

На крају, ваља истаћи и чињеницу да незнатан број Немаца – антифашиста (у односу на већину културбундоваца) учествују у редовима НОВ-а. Тако је у славонском селу Звечеву, 15.08.1943. године, формирана[68] чета ,,Ернест Телман“, која је имала више, симболички гледано, политички (,,пропагандни рад по немачким и другим селима“) него војни значај.

5. НАЦИСТИЧКА ПРАКСА ЗЛОЧИНА У СВЕТЛУ ИСТОРИЈЕ И МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Други светски рат, који су започели нацистичка Немачка, фашистичка Италија и милитаристички Јапан захватио је скоро све земље света, а по материјалној штети и људским губицима остао је забележен у историји као најмрачнији и најтрагичнији период у развоју човечанства. Нарочито ће остати забележени, по својој стравичности и зверствима, злочини које су починили нацисти према недужном цивилном становништву окупираних земаља Европе, пре свега, СССР, Пољске и Југославије. Злочини почињени у Другом светском рату, по својој свирепости и масовности без преседана у историји цивилизације, постаће необјашњив феномен рата, израз неразумне људске агресивности и ,,победе“ ирационалног нагона у служби деструктивности људског ума.

65 Ш. Вег, *нав. дело*. стр. 69–95.

66 J. Sepp, *Kalendar der Deutschen Vorksgruppe in Banat und Serbien für das Jahr 1942*, Grossbetschkerek, 1943, S. 35–36.

67 Б. Ивковић, *Неки методи економске политике и привредне пљачке окупатора у Банату 1941–1944*, Зборник Војводина, Нови Сад, 1967, стр. 189. и A. Röhm, *Ein Jahr Deutsche Wolksgruppe im Banat und in Serbien*, Kalender..., 1942, S. 20–21.

68 Љ. Стојковић-М. Мартић, *нав. дело*, стр. 61–62.

Аристотел је још у својој „Политици“ теоријски антиципирао „могућност“ такве деструктивности, истакавши да се „човек рађа наоружан разумом и врлином које може да употреби у првом реду против онога што је томе супротно. Стога је ... човек без врлине најизопаченије и најдивљије биће и најгоре од свих у задовољавању полног нагона и глади“.[69]

„И као што је човек“ – истиче даље Аристотел – „када достигне свој пуни развој, најбоље од свих живих бића, тако је без закона и правде најгоре од свих, јер је НАОРУЖАНА НЕПРАВДА НЕШТО НАЈСТРАШНИЈЕ.“[70]

У том оквиру изгледа да је тачна констатација да је рат у људима будио снажне нагоне агресивности и рађао демонске рушилачке снаге, које по масивности, деструктивности и застрашујућим последицама не могу да спрече правила међународног ратног права и свесна политичка акција прогресивних друштвених чинилаца.

Немачки културни живот има богату прошлост. У музици: Бах, Моцарт, Бетовен, Брамс и Вагнер, у књижевности: Гете, Шилер, Клајст, Хауптман и многи други уметници (композитори, песници, сликари, вајари – класичног, романтичног и новијег доба) имају, захваљујући свом делу, истакнуто место у светској културној баштини.[71]

Намеће се историјски императив, откуда то да Немачка, у којој су поникли дивови светске културе и уметности, чије духовне творевине представљају универзалне вредности, одгаји и злочинце као што су Хитлер, Химлер, Геринг, Хајдрих, Ајхман и др. Да бисмо то објаснили, потребно је осврнути се на друштвено-историјске услове непосредно после Првог светског рата, када је настајала идеологија националсоцијализма.[72]

Историчари се углавном слажу да је историја Немачке у XIX веку историја једне економски и политички закаснеле нације. Док се у међународној заједници, Енглеска, САД, Француска, појављују као империјалистичке силе, у смислу економског развоја и политичког утицаја, дотле немачка буржоазија тежи ка развоју грађанског друштва ауторитативног типа. Порођајне муке будуће снажне буржоаске државе, оптерећене класним и социјалним противуречностима, режим настоји да замагли на унутрашњем плану: гло-

69 Аристотел, *Политика*, Београд, 1960, стр. 7.

70 Аристотел, *op. cit.*, стр. 6–7.

71 Савезна Република Немачка, Издање Уреда за штампу и информације Савезне владе СРН, Бон, 1959, стр. 69.

72 На пример: „Психопатолошке црте великих људи тако су честе да не може бити посреди случај. Без њих, каже Ленц (немачки психолог), нису била ни она три човека која важе за највеће немачке духове: Кант, Гете и Бизмарк...“ Цит. по: В. Јојкић, *Проблем ђенија и Гете*, „Нова Европа“, 1932, бр. 3–4. стр. 228.

рификацијом нације, истицањем националних интереса и императивом империјалистичке експанзије. Тек почетком овог века Немачка настоји да се укључи у империјалистичку поделу света, и баш та закаснела експанзија немачког ,,индустријског феудализма“ доводи и до Првог светског рата. Управо та агресивност германског империјализма оличена је стратешком формулом ,,Drang nach Osten“.

Ако је Бизмарк ујединио немачке државице и снажно артикулисао германски национализам, цар Вилхелм II ојачао је немачке позиције, али и увео Немачку као агресора у ратну авантуру.[73] Војно-политички пораз Немачке у Првом светском рату довео је до пада монархије и стварања демократске републике. Наиме, Уставом од 31. јула 1919. године, проглашена је Вајмарска Немачка република. После трагичних револуционарних догађаја, демократски политички систем и живот Немачке био је кратког века – непуних 14 година – јер, како истиче Љ. Радовановић: ,,Мирољубивост није одлика такве политике и вера у снагу била је снажнија од вере у право“.

Међутим, без обзира што Немачка има централни положај у Европи и што је била окружена земљама са којима добросуседски односи нису били традиција, ипак латентне опасности кроз историју традиционалног немачког милитаризма и агресивности ауторитарних влада не могу се правдати наведеним геополитичким положајем и детерминантом историјске прошлости. Трећи Рајх је представљао први пут јединствену унитаристичку Немачку, која у току Другог светског рата достиже врхунац у развоју војне силе и германског империјализма, али истовремено ту је и њен крај и крах националистичке маште, победничког духа и визије светског господства. Победом националсоцијалистичке партије и доласком Хитлера на власт, започиње ,,трагедија немачког народа“, али историја ће то показати, трагедија и читаве светске заједнице.

Већ Хитлер у свом делу ,,Mein Kampf“ развија теорију о расној борби. При том, апсолутизује улогу и значај у историји аријевске расе, као ,,више“ у односу на све неаријевске народе у које је ,,убрајао“ и Словене.[74] Ове теорије о доминацији аријевске

73 Види: R. Hauser – R. Kühnl, *Deutschland zwischen Demokratie und Faschismus*, Zur Problematik der bürgerlichen Gesellschaft seit 1918, Carl Hauser Verlag, München, 1969, стр. 46–47.

74 Рецимо, Виљем II, Бизмарков наследник, овако наводи потребе (спољнополитичке приоритете) Немачке: тропске колоније, сигурна тржишта за немачку индустрију, осигуран увоз сировина и животних намирница и по могућности земље за насељавање немачким земљопоседником. Немачка спољнополитичка доктрина ово образлаже: ,,Подлога спољне политике Рајха је (и) национално-језичка и економска дијаспора, тј. систематски размештај немачких насеобина...“ М. М. Косић, *Модерна Германија*, Велика Кикинда, 1912, стр. 76.

расе, које су развијали и други теоретичари, нарочито налазе погодно тле код нижих слојева немачког народа.[75] Овде се, с обзиром на друштвено-економске и политичке прилике и милитаризацију немачког друштва доказује, наравно у свом негативном и регресивном историјском значењу, марксистичка истина да када ,,идеје захвате масе постају материјална снага". Ове идеје у супрематији аријевске расе озакоњене су у Немачкој 1935. године, доношењем Закона о заштити немачке крви и немачке части, и о грађанину Рајха. Развијена је теорија ,,Lebensraum", по којој је немачки народ животно заинтересован за ширење свог простора, нарочито на рачун територијалног интегритета словенских народа, пре свега, Пољака и Руса, како би се спречио ,,даљи пораст словенских народа као ниже расе". Политичка импликација ових теорија био је неминовно територијални експанзионизам.[76] Ово се, практично, огледало у настојањима немачке спољне политике (политички притисак, економска пенетрација) да већ у периоду после 1933. године, од већине подунавских и балканских земаља створи тзв. Велики привредни простор немачког Рајха.[77]

У самом немачком политичком животу био је до крајности изражен антикомунизам, а доласком Хитлера на власт комунисти се гоне, кажњавају, па се чак оснивају ,,концентрациони логори за ... прогресивне Немце, потом Јевреје". Власт над немачким народом остваривала се путем економске принуде, уз ,,помоћ демаго-

75 У једном свом говору Хитлер, на пример, истиче да је ,,Идеја о борби стара као и сам живот, јер живот се одржао само због тога што су друга жива бића пропадала у борби... Борба је отац свега... човек не живи и није у стању да се одржи у животињском свету помоћу неких принципа човечности, већ он у томе успева једино помоћу најбруталније борбе". Цит. по: А. Булок, *Хитлер, слика тиранија*, Београд, 1954, стр. 28.

76 Или, Ниче је изненадио човечанство својом тезом да су верска и филозофска проповедања о Добру, Лепом и Истинитом само метафизичка легенда којом слаби (који су увек у маси) теже да постану јачи од јаких, да потчине хероје и надљуде, и да је у ствари право све људске истине и правде сила. Фактичко мерило свих религијских, филозофских, моралних и уопште животних вредности јесте сила изнад које не може бити никакве силе. Види: F. Nietzsche, *Jenseits von Gut und Böse, Klassiker Ausgabe*, Band VII, S. 69–90.; Der Wille zur Macht, *Ergänzungsband*, c. 120–125.

77 ,,Остаци апсолутизма које је Бизмарков ,,бонапартизам" истовремено конзервирао и модернизовао имају посебан ослонац у политичко-моралној духовној култури чиновничке душе: бирократ сматра својим посебним ,,сталешким поносом" да наређења више инстанце извршава технички потпуно и онда кад се са њима садржајно не слаже. Ова тенденција се у вилхелмовском периоду изродила у споља хвалисаву, а изнутра гмизаву сервилност најширих народних слојева", Ђ. Лукач, *Разарање ума*, Београд, 1966, стр. 62–63.; Још раније, Ниче је констатовао: ,,задобијање силе скупо се плаћа: сила заглупљује... Немци – некад су их звали народ мислилаца: мисле ли они уопште још и данас? Немцима је данас дух досадан, Немци су сада према духу неповерљиви, политика гута сву озбиљност за одиста духовне ствари – ,,Немачка, Немачка изнад свега", а бојим се да је ту крај немачке филозофије..." Цит. по: М. Тривунац, *О Немцима*, Земун, 1912, стр. 152.

гије и сурових репресивних мера бруталног терора и концентрационих логора“.[78]

Терор и злочин, заснован на расистичким и антикомунистичким теоријама, започињањем Другог светског рата, преноси се на окупиране територије. Масовне репресалије према цивилном становништву нацисти најпре врше у Пољској и Чехословачкој, затим Југославији, па СССР. Нацистичка пракса поприма димензије геноцида, као варварских покушаја истребљења читавих народа.

Теоријски, можемо истаћи да је немачка спољнополитичка оријентација у току Другог светског рата еманација националног егоизма ситуираног у контексту друштвеног односа потпуно милитаризованог буржоаског система. Ауторитарни национализам и филозофски ирационализам су заједнички именитељ буржоаске политичке свести која се у стварности потврђује фашистичком праксом.[79] Оваква пракса, глорификујући своје циљеве у смислу остварења ,,царства слободе“, настоји да се оправда псеудонаучном аргументацијом: расном чистотом, животним простором, аријевском супрематијом. Суштина фашистичке технике ,,саздана је из животињске филозофије права јачег у светскоисторијској борби раса која је достигла врхунац у ратној експанзији.[80] Материјална основа овог ,,империјалистичког национализма“ као суштинског израза свеукупног спољнополитичког понашања у историји једне ,,закаснеле“ нације, постаје крупни капитал, економско-финансијска олигархија, војно-политичка врхушка и други чиниоци из до-

78 Види: Р. Павић, Хитлерови говори: 1922–1939–1943, ,,Политичка мисао“, 1984, бр. 4, стр. 103–120; Р. Павић, Хитлерове гео-политичке концепције 1922–1939–1943, ,,Политичка мисао“, 1985, бр. 1–2, стр. 87–104.

79 Историјска веза Немачке са југоистоком образлагала се њеним доприносом ,,развитку југоисточне Европе кроз векове...“ Јер, ,,немство“... (је) играло важну улогу у културном животу народа на југоистоку.“ ,,Онолико дуго колико постоји немачки народ, толико ће у њему живети жеља за покретом ка истоку...“ Средства којима се ова тежња остварује кроз историју јесу: ,,Schwert, Glaube und Kultur“ (Мач, Вера и Култура). Традиција хабзбуршких односа са Југоистоком, с једне стране, и прикључивање Аустрије, односно њеног немачког племена, с друге стране, дају немачком Рајху историјско право да се бави југоисточном Европом. Етничку везу Немачке са југоисточном Европом чине фолксдојчери ,,расељени широм средњег Подунавља“. У том погледу, немачки теоретичари су истицали: ,,Немачка пољопривреда је дала већини земаља Југоистока много од најдрагоценијих својих резерви, изричито казано, много хиљада немачких сељачких фамилија. Сељаштво је основни стуб једног народа, уколико постоји здраво сељаштво онда су прелазилазиви сви ударци судбине, каже велики вођа немачког народа Адолф Хитлер“. Фолксдојчери су пресадили ,,радиност, марљивост, штедљивост и појам рада“. Они у Југославији, Мађарској и Румунији, и као саплеменици и као преносиоци немачке културе, имају, историјски гледано, изузетан значај у политици немачког Рајха према тим земљама. Види: W. Hoffmann, *Südost-Europa: Bulgarien, Jugoslawien, Rumänien*, München, 1934, c. 61–62.; W. Schneefuss, *Deutschtum in Südost-Europa*, Leipzig, 1939, c. 3., W. Hoffmann, *Donauraum Völkerschicksal*, Leipzig, 1939, c. 166.

80 Е. Фром, *Бекство од слободе*, Београд, 1964, стр. 190.

мена војно-индустријског комплекса, чија инкарнација постаје вођа (Фирер), а његова харизматска моћ отелотворење националног идентитета.[81]

Као иманентан одраз ове чињенице манифестује се у друштвеној свести конзистентна тежња ка остваривању ,,узвишених" историјских циљева, чија се утопистичка грандиозност о ,,моћи духа" трансформише у монструозну праксу.[82] Континуираност оваквог деловања – посматрано у контексту интеракције најразличитијих друштвено-историјских фактора – започиње рађањем националне мржње и егоизма, а што се у оквиру псеудонаучне артикулисане ,,расне супрематије", и у духу ,,разјарене традиције" транспонује у агресивну националистичку еуфорију, потом постаје нацистичка војно-политичка пракса, чија се ,,анимална креативност" претвара у ,,хистерично варварство инспирисано идејом о поробљавању света", о тзв. светској хегемонији (,,Grossraumordnung").

Отуда, Х. Маркузе је у праву када одређује фашизам као друштвени поредак који је изгубио своје историјско оправдање пред умом. Деструктивност Немачке, која је по други пут у историји била виновник ,,ужаса рата", К. Јасперс је окарактерисао као активност нацистичке државе – злочинаца (Verbrecherstaat).[83]

Истакнимо и неке суштинске ставове о правном аспекту нацистичке праксе злочина.

Иако на окупираној југословенској територији, фашистичка Немачка правно изграђује ,,властити политички систем". Стога

81 Треба навести, на пример, ,,Упутство" које је немачки војник носио са собом долазећи на балканско ратиште: ,,Сине Немачке! Не сажали се ни према женама ни према деци: син побеђеног био је често сутра победилац. Шта вреди победа, ако сутра дође освета? Какав би отац ти био ако би, убијајући твог непријатеља, оставио у животу непријатеља свог сина? Сине Немачке који си под оружјем: грми, ломи, обарај, проваљуј, пустоши, пали, убијај, убијај." (?) *La Voce d'Italija*, од 11. децембра 1917. донела је веран превод овог документа нађеног код немачких заробљеника. Цит. по: Д. Васић, *Карактер и менталитет једног поколења*, Нови Сад, 1919, стр. 142. Вредно је помена ,,и објашњење које Хајне даје Французима о немачкој мржњи". ,,Ми, Немци, не мрзимо се због спољашњих ствари као ви, рецимо због увређене сујете, због каквог епиграма, због посетнице на коју није одговорено, не, ми мрзимо код својих непријатеља најдубље, најбитније што је у њима, њихову мисао. Ви, Французи, лаки сте и површни, како у љубави тако и у мржњи. Ми, Немци, мрзимо темељно, истрајно, како смо више поштени, а и сувише неспретни, да се осветимо брзом перфидијом, ми мрзимо до последњег даха...". И даље, др М. Тривунац преноси дијалог: ,,Знам ви, Немци, употребљавате исту реч за опростити и отровати", ,,И одиста има право, реч ,,вергебен" значи и једно и друго" – завршава Хајне. Цит. по: М. Тривунац, *О Немцима*, Земун, 1912, стр. 142.

82 Фашизам је отворена терористичка диктатура крајње реакционарних, крајње шовинистичких империјалистичких елемената финансијског капитала. Цит. по: П. Тољати, *Лекције о фашизму*. Трећи програм, 1970, стр. 357.

83 Т. Куљић, *Фашизам*, Београд, 1977, стр. 10.

поседовање политичке моћи омогућује ,,богатство“ нацистичке праксе злочина, иако је она с оне стране сваког легитимитета. Свеукупни друштвени односи ,,постају“ политички однос, а његова суштина ,,однос пријатељ-непријатељ“. Крајња консеквенца тога је рат, односно физичко уништавање непријатеља.

Примењујући масовне репресалије као најстравичније и најзверскије, систематски планиране и педантно извршене методе и поступке уништавања, нацисти нису поштовали правила међународног ратног права, као и општа начела ,,која произилазе из утврђених обичаја цивилизованог света, из закона човечности, и из потреба које намеће јавна свест.

Припадници НОП Југославије, не само што нису признавани као ратујућа страна, већ су третирани као бандити, а у својству ратних заробљеника били би одмах стрељани или одвођени у концентрационе логоре. Након првих, озбиљних акција јединица НОВ и ПОЈ, нацисти су сукривцима за то прогласили целокупно становништво окупиране југословенске територије и вршили током рата масовни терор и злочине. Да се систематски томе пришло и да су изузетан значај томе придавали говори и Хитлерове речи да ,,психичко застрашивање има своје значење за масе исто као и за појединце, јер успеси који се овако постижу, присталице сматрају као знак победе правичности њихове ствари, док побеђени врло често губи веру у корисност сваког даљег отпора.“

Иако односећи огромне жртве, мере репресалија у народу су изазивале мржњу и отпор према фашистичком окупатору, тако да се смисао злочина од почетне ,,деморализације претварао у мобилизацију за народноослободилачки покрет“.

До Другог светског рата једино је Четврта хашка конвенција из 1907. године предвиђала права и дужности оружаних снага зараћених страна у односу на цивилно становништво, где је изричито прецизирано да ,,никаква колективна новчана или друга казна не може бити изречена против цивилних лица због индивидуалних акција у којима нису учествовали нити се са њима сагласили“.[84]

Ипак ни Хашком конвенцијом није предвиђена индивидуална кривична одговорност за повреде међународног ратног права које ће касније бити обухваћене термином – ратни злочини, а што ће

84 Често се истиче да су Немци народ романтичне контрареволуције против филозофског интелектуализма и рационализма просвећености, народ побуне музике против књижевности, мистике против јавности. Пошто романтик велича ирационалност и прошлост, она се удружује с мраком против духа. Романтизам високе технике претворио се под фашизмом у хистерично варварство инспирисано идејом о поробљавању света, а идеално гетеовско немачко биће преобразило се кроз призму романтике, кроз вилхелмовско царство и, најзад, за Хитлерова времена у трагичну пародију. Цит. по: Т. Куљић, *нав. дело*, стр. 153.

после рата немачки злочинци ,,узети“ као оправдање за извршена ,,најстрашнија масовна уништења у историји“.

Непрецизност Хашке конвенције и непостојање било каквог међународног акта који би санкционисао ратне злочине, навело је Савезнике да још у току рата донесу низ докумената којима ће бити истакнут ,,међународни карактер нацистичких злочина“.

Као први такав акт треба истаћи ,,Декларацију о немачким зверствима“ која је донета 30. X 1943. године, на Московској конференцији. Декларацијом је прецизирано да ће се немачким злочинцима судити у државама где су своја злочиначка недела извршили, а они злочинци чија се фашистичка недела не могу географски лоцирати, биће кажњени ,,заједничком одлуком Савезника“.[85]

Од других међународних аката то су одлуке Јалтске и Потсдамске конференције. Од изузетног значаја, у том међународно управном домену је и Лондонски споразум о гоњењу и кажњавању главних ратних злочинаца европске осовине од 8. VIII 1945. године, као и Статут Међународног војног суда, који је том споразуму прикључен. После рата, битна је Нирнбершка пресуда о кажњавању главних немачких ратних злочинаца.[86] Најзад, за утврђивање међународноправног карактера нацистичких зверстава релевантне су и Резолуције УН бр. 95 од 11. XII 1946. године, и бр. 488 од 12. XII 1950, којима су одредбе Статута Међународног војног суда и Нирнбершке пресуде одређене као интегрална начела позитивног међународног права.[87] Да бисмо употпунили овај преглед међународних аката, треба поменути и Закон бр. 10 који су донеле окупационе силе о ,,кажњавању лица одговорних за ратне злочине, злочине против мира и против човечности“.[88] Додуше, тим законом

85 Види: Е. Фром, *Бекство од слободе*, Београд, 1964; M. Clemenc, *Gesellschaftliche Urspränge des Faschismus*, Frankfurt/M, 1960; С. М. Липсет, *Политички човек*, Београд, 1969, стр. 165–221; O. Schulmeister, *Werdende Grossraumwirtschaft*, *Die Pfasen ihrer Entwlcklung in Südost– Europa*, Berlin, 1943.

86 Види: Der Faschismus in der Gegenwart, Grundlagen – Erscheinungs formen – Aktivitäten – Organisationen, in Faschismus Forschung, Positionen, Probleme, Polemik, Akademie – Verlag, Berlin, 1980, S. 224–225. und weiter.

87 Баш у том контексту треба истаћи да је Леист у својој историји грчко--италског рата тачно записао: ,,Од свих правних питања, скоро да је најважније питање убиства. На том питању човечанство је први пут проверило противуречност добра и зла, права и неправа.“ Цит. по: Kilian, *Der politische Mord*, Zürich, 1936, S. 5.

88 Половином септембра 1941. године, Кајтел издаје наредбу чија се важност простирала на све окупиране земље. У њој се први пут утврђује квота за одмазду; за једног убијеног немачког војника стрељати сто, а за рањеног педесет лица са окупиране територије. На окупираној територији Србије генерал Берне 10. X 1941. издаје наредбу: ,,Муњевитим акцијама треба у свим гарнизонима у Србији најхитније притворити као таоце све комунисте, све мушкарце на које пада сумња, све Јевреје и известан број националистичких или демократски настројених становника. Таоцима и народу треба предочити да ће у случају напада на немачке војнике или ,,фолксдојчере“ таоци бити стрељани: а) За сваког убијеног немачког војника

инкорпорирана су у немачко унутрашње право начела и одредбе раније наведених међународних аката. Тако је, рецимо, чланом 25 Устава СР Немачке одређено да ,,општа правила међународног права представљају део савезног права“ и да она ,,стоје изнад закона и производе непосредно право и обавезе за становнике савезних области“.

После Другог светског рата, крупан допринос развоју међународног ратног права било је и доношење Женевских конвенција из 1949. године, којима су дефинисана следећа питања: поступци према интернираним лицима и њихова заштита, забрана узимања талаца, питање колективне казне и забрана свих мера застрашивања цивилног становништва.

У контексту раније наведених одлука Савезника и прокламација о кажњавању ратних злочинаца, била је и активност југословенске Државне комисије за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача.[89]

Одмах после доношења Московске декларације о немачким зверствима, на Другом заседању АВНОЈ-а донета је одлука о формирању Комисије за утврђивање злочина окупатора и његових помагача,[90] да би касније биле формиране и сличне комисије по свим републикама.[91]

Основни циљ комисија био је: утврђивање чињеница о ратним злочинима окупатора и њихових помагача, како би их касније стигла праведна казна за сва она неоправдана пљачкања, зверства и фашистичка недела.

Још у току рата, Комисија је донела свој правилник којим су набројана главна кривична дела, да би у свом раду користила и међународна акта ,,о гоњењу и кажњавању ратних злочинаца“, који су доносили Савезници.

Од извора нашег унутрашњег права Државна комисија се у свом раду руководила неким правним правилима предратног кривичног законодавства, али и неким новим законским актима. То су били: Закон о кривичним делима против народа и државе, Закон о кривичним делима и преступима против националне части, Закон о конфискацији имовине, о одузимању ратне добити стечене за време окупације, о одузимању држављанства официрима и подо-

или ,,фолксдојчера“ (мушкарца, жену или дете) 100 заробљеника или талаца; б) За сваког рањеног немачког војника или ,,фолксдојчера“ 50 заробљених талаца.“ Зборник докумената и података о НОР југословенских народа, том I, књ. 1, стр. 502/3.

89 Б. Златарић, *Хашке конвенције од 1907. и индивидуална кривична одговорност за ратне злочине*, ЈРМП, 1958, бр. 2, стр. 34.

90 Уједињене нације – Збирка докумената 1941–1945, Београд, 1947, стр. 17–18.

91 *Исто*, стр. 46, 104.

фицирима бивше југословенске војске који неће да се врате у домовину, као и Закон о кривичним делима против државе који је донела Привремена народна скупштина.[92]

Крајњи резултат Државне комисије је следећи: прикупљено је преко 900.000 пријава о ратним злочинима и злочинцима, донето је око 120.000 одлука којима је утврђено око 65.000 ратних злочинаца, издајника и народних непријатеља.[93]

Стога је, непосредно по завршетку Другог светског рата, југословенска влада предала Међународном војном суду у Нирнбергу оптужницу којом се захтева одговорност Владе немачког Рајха, политичког вођства нацистичке партије, Генералштаба Немачке врховне команде, организација СС, СА, СД, као и против најистакнутијих вођа ових организација Х. Геринга, Р. Хеса, Ј. фон Рибентропа... и др.[94]

Јер, ,,за време саме окупације они су противправно анектирали и распарчали територију и уништили државну организацију Југославије, да би затим систематски припремали свој злочиначки план ,,германизације тла" путем уништавања становништва. Резултат њихове агресије и окупације јесте уништавање 1.650.000 становника, а највероватније 2.000.000 Југословена. Значи, за релативно кратко време од 4 године скоро седмину укупног становништва. До овог резултата дошли су својим општепознатим системом и планом, који почиње пљачком и завршава се масовним убиствима, логорима и крематоријима... Бројна смрт уследила је из насилних расељавања. Многобројна села, па и читави крајеви, одведени су у логоре у Немачку, где их је чекала смрт. А и у самој Југославији организовани су под руководством оптужених такви логори као што су Бањица, Сајмиште, Јасеновац и Стара Градишка, који су били логори смрти. Уз то они су применили још два моћна средства за тамањење цивилног становништва: злогласне ,,казнене експедиције" које су остављале пустош за собом и стрељање талаца. И на стотине других начина оптужени су покушали да од Југославије начине свој ,,животни простор". Чак и када су, побеђени од праведних демократских снага, морали да се из Југославије повлаче, они су бацили паролу да треба уништити што више народа и добара, и тиме унапред ослабили снагу Југославије и за следећи напад Немачке, која ће из рата изаћи биолошки ипак најјача...

92 Нирнбершка пресуда, Београд, 1948. стр. 11.

93 *Исто*, стр. 11–19.; Види: М. Бартош. *Двадесетогодишњица Нирнбершког процеса*, ,,Међународна политика", 1965, бр. 375. стр. 1–3.; В. Васиљевић, *Суђење пред Међународним војним судом у Нирнбергу и развој међународног кривичног права*, ЈРМП, 1971, бр. 3, стр. 305–332.

94 Види: Говор министра спољних послова ФНРЈ Станоја Симића на пленарном заседању Генералне скупштине ОУН 31. X 1947. године, ,,Политика", 2. XI 1947; Прво и Друго заседање АВНОЈ-а, Президијум Народне скупштине ФНРЈ, Београд, 1953.

Оптужени су створили својом партијском пропагандом код СС-оваца и других ђелата праву психозу зверског наслађивања масовним уништавањем нашег народа.“[95]

Међутим, пред Суд у Нирнбергу изведено је свега 21 лице и неколико организација које су оптужене као злочиначке. То су вођство Национал-социјалистичке странке, терористичке организације хитлероваца СС, СД и СА, затим Гестапо, Генералштаб и Врховна команда немачких оружаних снага и Кабинет Трећег Рајха. Сматрало се да оптужбе против ових шефова и организација представљају у суштини тужбу против целокупне Хитлерове ратне машинерије, чија су недела била ненадмашна у историји и представљају врхунац ужаса.

Статут Међународног војног суда одражавао је сву решеност Уједињених нација, изражену не само у Московској декларацији од 1943, него и декларацијом са конференција шефова антихитлеровске коалиције, одржане на Криму (фебруар 1945) и у Подстаму (јул-август 1945), а нарочито у првом ставу преамбуле Повеље УН, где је речено: ,,Ми, народи Уједињених нација, решени да сачувамо будућа поколења од ужаса рата, који је два пута у току живота једне људске генерације нанео човечанству неисказиве патње...“ Зато је човечанство са пуним поверењем у овај суд очекивало његову пресуду, као задовољење правде за недела у прошлости и као историјску и симболичну опомену да се такви ужаси више не смеју поновити. Пресудом Међународног војног суда од 1. X 1946, осуђени су главни нацистички ратни злочинци и злочиначке организације, међу којима и злочиначка терористичка организација СС. Иако је та пресуда обухватала само мали број индивидуално одређених личности, она је поставила основ за нове погледе у међународном праву, осуђујући злочине против мира и злочине против човечности, као и злочине против међународног поретка. На другом делу Првог заседања Генералне скупштине УН (1946), непосредно после изрицања Нирнбершке пресуде, начела садржана у Повељи о установљењу Међународног војног суда, и његовој пресуди, проглашена су правима позитивног међународног јавног права, а правила су схваћена као савест човечанства.“[96]

6. СУДБИНА ФОЛКСДОЈЧЕРА У ЈУГОСЛАВИЈИ ПОСЛЕ ДРУГОГ СВЕТСКОГ РАТА

На судбину фолксдојчера у Југославији после Другог светског рата утицали су следећи фактори: њихова улога пете колоне

95 М. Бартош, *Акција за рехабилитацију Есесоваца*, ,,Победа“, 28. новембар, 1965.

96 *Исто*, стр. 8.

приликом напада нацистичке Немачке, учешће у јединицама Вермахта против НОВЈ, злочиначка делатност њиховог ,,Manšafta“ и ,,Hilfspolicije“, а пре свега, злогласне СС дивизије ,,Princ Eugen“, као и антијугословенска делатност (шпијунска, диверзантско-терористичка) у Краљевини од средине тридесетих, а нарочито у периоду 1938–1941. године.[97]

Наводимо само неколико примера каквим је ратним злочинима ова јединица обележила свој пут кроз поједине крајеве наше земље. Јануара 1943. године, јединице ове дивизије убиле су у срезу Босанска Крупа 475 људи, концем истог месеца и почетком фебруара 1.338 људи у срезу Босански Петровац, средином фебруара 243 лица у Дрварском срезу, у марту 163 лица у срезу Босанско Грахово и 240 лица у Ливну. У марту 1944. јединице СС дивизије ,,Princ Eugen“, у сарадњи са још неким јединицама, побиле су у околини Сиња 2.166 лица и спалиле читав низ села...

Па ипак, поред свега тога, југословенске власти поступају према фолксдојчерима, као целини, потпуно хумано и труде се да им живот нормализују док се не реши њихово питање.

Фолксдојчери у Југославији, који су помагали окупатору у нашој земљи, изгубили су југословенско држављанство, читава им је имовина конфискована на темељу одредаба Закона о прелазу у државну својину непријатељске имовине и о секвестрацији над имовином одсутних лица. Пошто су сва настојања владе ФНРЈ да се та лица иселе из ФНРЈ остала без резултата, требало је одредити насеља у којима ће се они настанити након проведене конфискације њихове имовине и у којима ће им се обезбедити најнужније за живот. Због тога су они били колонизовани у неколико насеља у којима су били искључиви становници, или су пак били смештени у деловима неких других села. Породицама су биле додељене стамбене просторије са најнужнијим кућним потрепштинама... Насеља нису уопште била опасана бодљикавом жицом нити оградом... Из овога је јасно да се живот фолксдојчера у овим насељима битно разликовао од организације и начина живота у логорима насељених лица под англоамеричком управом, какви су постојали у Немачкој. У децембру 1947. ова насеља су растурена и сви њихови становници су према властитим жељама и с обзиром на њихова занимања пресељени у друга места у земљи, у којима су добили запослења и где живе као и стални становници дотичних места, остајући и даље страним држављанима, односно лицима без држав-

97 ,,Фолксдојчери у Југославији су били злочиначко оружје хитлеровске Немачке. Око 80.000 активно се борило у јединицама хитлеровске армије, а преко 25.000 служило је добровољно у СС јединицама, а које су се нарочито истакле у вршењу ратних злочина. VII СС дивизија ,,Princ Eugen“, једна од најкрволочнијих јединица, створена је и састављена искључиво од фолксдојчера.

љанства“ – Изјава Ешрефа Бадњевића, опуномоћеног министра у МИП-у, на конференцији за штампу у Београду 23. 02. 1948, ,,Политика“, 25. 02. 1948, стр. 2.

Стога је, још током рата, дошло до евакуације припадника немачке националне мањине из различитих југословенских крајева. Са територије тзв. НДХ евакуисано је око 110.000, из Баната 35.000, а из Бачке око 70.000 фолксдојчера. Овај број од 215.000 евакуисаних фолксдојчера поклапа се са бројем који је наведен у телеграму Министарства спољних послова Трећег Рајха, којим је и наређен почетак њихове евакуације из Бачке 10. 10. 1944. године.[98] Поред овог броја, још близу 80.000 фолксдојчера борило се против НОВЈ на страни Вермахта. Крајем рата, многи су се повукли са немачким и мађарским трупама, доста их је и погинуло, док је око 7.000 фолксдојчера заробљено. Рачуна се да је око 200.000 фолксдојчера дочекало крај рата у Југославији, мада су пребегли фолксдојчери поручивали 1961. године (из СР Немачке) да је тај број био близу 250.000.[99]

С обзиром на степен њиховог ангажовања у ратним неделима Вермахта, имовина фолксдојчера је конфискована, а то је било у контексту одлука АВНОЈ-а од 21. 11. 1944. године. Чланом 1. Одлуке о прелазу у државну својину непријатељске имовине, о државној управи над имовином неприсутних лица и о секвестру над имовином коју су окупаторске власти присилно отуђиле, наводи се: ,,Даном ступања на снагу ове Одлуке прелази у државну својину: 1. сва имовина Немачког Рајха и његових држављана која се налази на територији Југославије; 2. сва имовина лица немачке народности, изузев Немаца који су се борили у редовима НОВ и ПОЈ или су поданици неутралних држава, а нису се држали непријатељски, за време окупације;...“.[100] После рата, у ,,измењеном и пречишћеном тексту Закона о прелазу у државну својину непријатељске имовине и о секвестрацији над имовином одсутних лица, чланом 1. се одређује: ,,У својину ФНРЈ прелази и постаје општенародна имовина: 1) сва имовина немачког Рајха и његових држављана која се налази на подручју ФНРЈ; 2) сва имовина лица немачке народ-

98 Ј. Мирнић, *Немци у Бачкој у Другом светском рату*, Нови Сад, 1974, стр. 327.

99 ,,Разумљиво је, према томе, да се за време ослободилачких операција, кад је Народноослободилачка војска надирала из планинских делова земље према великим центрима и кад се приближавала Совјетска армија – дивизија ,,Princ Eugen“ повукла са хитлеровским трупама одводећи собом жене и децу. Статистички подаци кажу да је три четвртине немачког становништва Југославије, од ове народне мањине, евакуисано са немачким трупама“. Види: Говор шефа југословенске делегације др Алеша Беблера на Конференцији министара иностраних послова четири велике силе у Лондону, поводом питања Уговора о миру с Аустријом, 28. 04. 1948, ,,Политика“, 30. 04. 1948, стр. 1–2.

100 *Службени лист ДФЈ*, 1945, бр. 2, стр. 13.

ности без обзира на држављанство. Под овима се нарочито разумеју сва она лица која су се за време окупације изјаснила да су немачке народности, без обзира да ли пре рата иступила као таква или су сматрана за асимилиране Хрвате, Словенце или Србе... имовина из тач. 1) и 2) овог члана прелази у својину државе даном 6. фебруара 1945. године као дана ступања на снагу Одлуке... од 21. новембра 1944. године".[101] ,,Од овог се изузимају лица немачке народности"... која су и (пре) током рата била лојални југословенски грађани.

Фолксдојчерима је одузето и бирачко право. Чланом 4. Закона о бирачким списковима одређено је да ,,немају бирачко право"... чланови ,,Kulturbunda, италијанских фашистичких организација и чланови њихових породица, уколико не могу доказати да су радили у корист антифашистичке и народно-ослободилачке борбе".[102]

Законом о држављанству ФНРЈ, фолксдојчерима је, практично, одузето југословенско држављанство. ,,Држављанство ФНРЈ се може одузети сваком народносном припаднику оних народа чије су државе биле у рату против ФНРЈ, а који се држављанин, за време овога рата или у вези тога, пре рата, својим нелојалним поступцима против народних и државних интереса народа ФНРЈ, огрешио своје дужности држављанина...".[103] И даље, Законом о изменама и допунама Закона о држављанству ФНРЈ, у чл. 35. после првог става, додаје се нови став 2, који гласи: ,,Не сматрају се држављанима ФНРЈ у смислу претходног става лица немачке народности која се налазе у иностранству, а која су се за време рата или пре рата огрешила о своје дужности држављанина нелојалним поступцима против народних државних интереса народа ФНРЈ".[104]

Дакле, поред близу 30.000 фолксдојчера који су погинули с оружјем у руци у јединицама Хитлерове Немачке, и исто толиког броја југословенских Немаца који су насилно одведени у Сибир на принудни рад, као и око 20.000 који су крајем рата, сматра се, недужно страдали, сви остали су већ крајем 1944. године сатерани у (сабирне) логоре. Ови логори за фолксдојчере, у којима су били изузетно тешки животни и радни услови, постојали су све до марта 1948. године. У 22 таква логора у Војводини (Панчево, Ковин, Мраморак, Брестовац, Јабука, Падинска скела, Книћанин и др.) било је око 110.000 фолксдојчера. Према документу: Преглед бројног стања цивилних логора и логораша на територији АП Војводине, до њиховог распуштања (пуштено 2.600 фолксдојчера, побе-

101 *Службени лист ФНРЈ*, 1946, бр, 63, стр. 749.

102 Резолуција о проглашењу АВНОЈ за привремену народну скупштину ДФЈ, Сл. лист ДФЈ, 1945, бр. 59, стр. 541.

103 Чл. 16. *Закона о држављанству*, Сл. лист ДФЈ, 1946, бр. 54, стр. 627.

104 *Службени лист* ФНРЈ, 1948, бр. 105, стр. 1729.

гло око 2.000, умрло 9.680) преостало је 96.769 фолксдојчера. Од тога броја било је 52.413 лица способних за рад, 19.953 лица преко 65 година старости и 24.403 деце.[105] Од тада започиње и процес репатријације бивших југословенских држављана – припадника немачке мањине.[106] Тако је представник једне југословенске војне делегације у Фрајбургу саопштио друштву ,,Каритас" ,,да се фолксдојчери у Југославији, који су одвојени од својих породица који живе у Немачкој, под извесним околностима могу преселити у Немачку. Овде долазе у обзир брачни другови који су раздвојени, деца чији се родитељи налазе у Немачкој".[107] Према западнонемачкој агенцији ДПА, ,,месечно је стизало из Југославије у Федералну Републику Немачку од 500 до 700 фолксдојчера".[108] Захва-

105 С. Кљакић, *Какви су били логори за фолксдојчере*, ,,Политика", 21. 06. 1994. О депортацији у Русију немачки аутори истичу: ,,нарочито мрачну слику судбине преживелих повратника осликава депортација мушке и женске радне снаге у Совјетски Савез на присилан рад. У Совјетском Савезу били су коришћени (употребљавани) за сељачке и уличне радове, у рудницима итд. Њихов број процењује Бонска документација на 27.000 до 30.000 од којих су 16.000 покојници. Савезни архив рачуна да је тај проценат и већи – 20 до 23%". J. Wuescht, *Jugoslawien und Dritte Reich*, Stuttgart, 1969, S. 281–282." Die volksdeutschen Verluste: Подаци о људским и материјалним губицима немачке мањине су непотпуни. Personenverluste – Испитивања у више од 2.000 насељених места, у којима је пре протеривања становало округло 524.000 фолксдојчера, дају следећу слику стања у септембру 1950. године.

Пресељени и изгнани – 370.000 или 70,7%.

Ратни губици (жртве), (приближно) – 31.000 или 5,9%.

У логорима умрло, убијено – 55.000 или 10, 5 %.

Непознати случајеви (вероватно од укупних губитака) – 31.000 или 5,9%.

Од 524.000 nicht erfasst – 37.000 или 7,0%.

Укупни губици немачке мањине у рату (њене непосредне последице) износе око 117.000 до 120.000 особа или 23% од њиховог стања пре протеривања. L. Schumacher оцењује људске жртве, у статистичкој републикацији Савезног уреда, на 175.800 или 32, 7% од укупног броја фолксдојчера из 1939. године. Цит. по: J. Wuescht, *нав. дело*, стр. 282.

106 ,,Пуковник Колар, аташе за штампу југословенске војне мисије у Немачкој, поручио је југословенској влади да закључење трговинског споразума између ФР Немачке и Југославије зависи од решења проблема ратних заробљеника". Радио-Лондон о изјави члана југословенске војне мисије у Немачкој, Танјуг – Вести иностраних агенција, 28. 01. 1950. (Убудуће у напоменама само извештај стране агенције).

,,Тито нема шта да одбије англоамеричким империјалистима. Из добро обавештених извора се сазнаје да је југословенска влада одлучила да пусти на слободу 1.500 немачких ратних заробљеника пошто је Аденауер то очекивао да би дао своју сагласност за потписивање трговинског уговора између Западне Немачке и Југославије. Ови ратни злочинци починили су злочине на југословенској територији, али је на препоруку америчког амбасадора у Београду Алена, Тито одлучио да их пусти на слободу и репатрира у Западну Немачку". Недељни француски лист ,,Аксион" о репатријацији 1.500 немачких ратних заробљеника, 28. 05. 1950.

,,У југословенској армији налазе се авијатичари из Западне Немачке, а у Новом Саду преко 30.000 Немаца који се боје повратка у Немачку због освете другова." Италијанска штампа о немачким авијатичарима, Рим, 30. 12. 1950.

107 Frankfurter Allgemeine Zeitung, 01. 03. 1950.

108 Извештај западнонемачке агенције DPA, Piding, 27.09.1953.

љујући сарадњи југословенског и западнонемачког Црвеног крста бројни су били и транспорти „деце фолксдојчера“ из Југославије у Федералну Републику, који су прихватани у сабирном логору у Пидингу, а одатле слати родитељима.[109] Ваља истаћи да је, од укупног броја фолксдојчера који су дочекали крај рата у Југославији, њих 6.500 оптужено за сарадњу са окупационим властима, а да је од њих само 163 изведено на суд и осуђено за ратне злочине.[110] До 1951. године, из Југославије је репатрирано у Немачку или Аустрију око 41.769 фолксдојчера.

Међутим, у овом раздобљу југословенско-немачких односа у жижу актуелности долазе и нека спорна питања. Наиме, иако је Југославија, придржавајући се споразумне одлуке министара иностраних послова четири велике силе од 17.04.1947. године, репатрирала до 18.01.1949. године 74.554 немачка ратна заробљеника, у Западној Немачкој се актуелизира питање положаја и даљег издржавања казне немачких ратних злочинаца у Југославији. Од 1.024 задржана немачка ратна злочинца до краја 1951. године, 507 амнестирано и репатрирано, 24 заробљеника – ратна злочинца су осуђена на смрт и стрељана, 51 је умро у затворима током издржавања судске казне, а двојица су побегла.[111] Дакле, са немачке стране постављало се питање даље судбине преосталих – осуђених немачких ратних злочинаца.[112] Но, иако су у неколико наврата вођени преговори, тек почетком октобра 1952. године дошло је до коначног споразума о постепеном пуштању преосталих Немаца, како осуђених ратних злочинаца, тако и фолксдојчера – из Југославије.[113] Али, управо у време завршних преговора, у западнонемачкој штампи долази до антијугословенске кампање. У листу „Aktuelen bilderzeitung“ описује се судбина немачких ратних заробљеника и фолксдојчера у Југославији, оштро се напада спољна политика Југославије... Између осталог, оптужују се маршал Тито

109 Извештај западнонемачке агенције DPA, Piding, 27. 09. 1953.

110 Извештај југословенске агенције „Југопрес“, 22. 05. 1954.

111 Изјава директора Дирекције за информације владе ФНРЈ В. Дедијера поводом тврдње г. Аденауера о немачким ратним заробљеницима у Југославији, „Борба“, 04.03.1950.

112 „Југославија ће половином јануара пустити на слободу више од 200 ратних злочинаца од 250 колико их има. Ради се о интересантном потезу који је учињен истовремено са наименовањем новог југословенског амбасадора у Западној Немачкој, који ће изгледа бити бивши министар Југославије у Риму Младен Ивековић.“ „Темпо“, Италија, 20.12. 1951.

113 „Шеф југословенске војне мисије у Берлину пуковник Ратко Полић поздравио је жељу своје владе да ускоро оконча ратно стање са Немачком и додао да би се успостављањем нормалних односа између ових двеју земаља могли проширити још увек неразвијени привредни односи. Шеф мисије изразио је захвалност за разумевање на које је наишао код немачких власти због постојећих прехрамбених тешкоћа усред суше у Југославији“. Извештај западнонемачке агенције DPA, 11. 01.1951.

и његова влада ,,да су побили, односно дозволили да умре од глади у 1945. години 210.000 Шваба.[114]

Треба констатовати да је питање судбине немачких ратних заробљеника у Југославији коначно регулисано одлуком СИВ-а од 18.03.1953. године. Том одлуком ослобођена је даљег издржавања казне група од 11 Немаца, бивших припадника немачких окупационих снага у Југославији. После њиховог одласка 23.03.1953, у Југославији се није налазио више ниједан немачки ратни заробљеник.[115]

Иако је државни подсекретар у немачком Министарству иностраних послова Халштајн још 28.02.1953. године изјавио ,,да зна да су на немачкој страни потпуно задовољни начином којим је Југославија досад третирала питање немачких ратних заробљеника, (јер, ,,ови транспорти бивших осуђених немачких ратних заробљеника били су послати тачно у роковима предвиђеним у договору између југословенских власти и немачког амбасадора у Београду"), поводом репатријације фолксдојчера са немачке стране није изражавано задовољство. Напротив, у извештају хесенског Министарства унутрашњих послова Југославија се оптужује због ,,недостојног третирања фолксдојчера". Затим се истиче да фолксдојчери још увек немају ни најосновнија људска права, пре свега, право да сами одреде место свог становања или да се иселе у Немачку. ,,У последње време констатовано је да су фолксдојчери, који стижу из Југославије у Западну Немачку досад, искључиво стари, сасвим изнемогли људи, или удовице са већим бројем мале деце. Посебна инспекција је установила, у појединим немачким савезним земљама, да се више од половине ових лица морају класификовати као социјално угрожени. Намеће се као закључак да се Немци у Југославији исто као у Чехословачкој, искоришћавају као јефтини радни робови, а да се после тога, Западној Немачкој препушта брига о болесним и слабим".[116]

Без обзира на њихову старосну и социјалну структуру, репатријација фолксдојчера из Југославије је настављена. По основу споразума из октобра 1952. године, Југославија је дозволила њихово даље исељавање, с тим што су морали да се одрекну југословенског држављанства и искажу жељу да се добровољно иселе.[117]

114 Aktuelen Bilderzeitung, 10.10. 1952.

115 ,,На основу одлуке СИВ пуштена је последња група од 11 Немаца осуђених у Југославији за ратне злочине. После извршења ове одлуке у Југославији се неће налазити ниједан ратни заробљеник или осуђеник који је припадао немачким окупационим снагама, осим оних који су после пуштања на слободу одлучили да остану у земљи као слободни радници". Извештај западнонемачке агенције AFP, 20. 03. 1953.

116 Frankfurter Allgameine Zeitung, 11.09.1953.

117 Види: члан 14. став 4. – Одрицање и члан 16. став 2 – одузимање тадашњег Закона о држављанству ФНРЈ, Службени лист ФНРЈ, 1946, бр. 54, стр. 627.

Треба истаћи да је августа 1953. године пуштена прва група од десет фолксдојчерских заробљеника, да би 24.02.1954. био пуштен и последњи фолксдојчер који је осуђен у Југославији за ратне злочине.

Према подацима пописа становништва из 1953. године, у Југославији је било 60.536 Немаца, од тога 24.738 лица мушког и 35.808 лица женског пола.[118] У периоду 1953–1961. године, из Југославије се иселило 40.521 лице немачке народности.[119] Посматрајући кроз призму званичне статистике, 1961. године у Југославији је живело 20.015 Немаца, и даље, 1971 –12.785,1981 – 8.712 и 1991 – 5.387 (у СРЈ).[120]

Према томе, преостали фолксдојчери (касније и њихови потомци) који се током рата нису ставили у службу нацистичке Немачке,[121] неколико хиљада Немаца који су одбили да се врате у Немачку,[122] као и они из мешовитих бракова (са југословенским држављанима),[123] задржавши имовину и југословенско држављанство, али без статуса (припадника) националне мањине, наставили су да живе у Југославији као њени лојални грађани.

Фолксдојчери из Југославије, али и из других подунавских земаља, по доласку у Немачку оснивају своја удружења,[124] објав-

118 Интересантна је чињеница да је 1948. године, према подацима пописа становништва, било мање Немаца – 55.337. Од тог броја у Војводини је било 41.563, у северним деловима Хрватске 10.044, у Словенији 1.824, у БиХ – 1.163, и у Македонији и Црној Гори свега 734 Немаца. Стојковић–Мартић, *Националне мањине у Југославији*, Београд, 1953, стр. 36.

119 Мада С. Кљакић наводи да је до краја 1951. године репатрирано око 65.000 фолксдојчера. Међутим, тај број се на слаже са бројем преосталих фолксдојчера у Југославији по подацима пописа становништва 1948, односно из 1953. године. Види: ,,Политика“, 21.06. 1994.

120 Извор: Статистички годишњаци за наведене године.

121 Посредно, ово се може закључити на основу члана 1. став. 2. Закона о прелазу у државну својину непријатељке имовине и о секвестрацији над имовином одсутних лица. Од одузимања имовине ,,изузимају се лица немачке народности“: а/ која су учествовала као партизани и војници у народноослободилачкој борби или су радила активно у МОП; б/ која су пре рата била асимилирана као Хрвати, Словенци или Срби, а за време рата нису приступала Културбунду нити су иступала као чланови немачке народносне групе; в/ која су под окупацијом одбила да се на захтев окупаторских власти изјасне за припаднике немачке народне групе:“, Службени лист ФНРЈ, 1946; бр. 63, стр. 749.

122 Још 08.02.1949. године, представник МУП ФНРЈ је изјавио: ,,да 3.968 Немаца није изразило жељу да буду репатрирани. Ови немачки држављани су склопивши уговоре о раду, остали у Југославији да живе као слободни грађани...“. Цит. по: С. Ф., *Југославија и Савезна Република Немачка*, ,,Југословенски преглед“, 1964, бр. 12, стр. 99.

123 Слично првој напомени: ,,г/ која су пре рата или до краја непријатељске окупације њиховог пребивалишта ступила у мешовите бракове с лицима једне од јужнословенских народности... под условом да се својим држањем под окупацијом нису огрешила према ослободилачкој борби народа Југославије и била помагачи окупатора“. *Службени лист ФНРЈ*, 1946, бр. 63, стр. 749.

124 Савез прогнаних Немаца основан је почетком септембра 1950. године. Претходно, још 5. августа донета је тзв. Повеља прогнаних. У Берлину је 4.

љују сећања о животу, раду, свом учешћу у Другом светском рату, послератној судбини. Богата документација о судбини фолксдојчера објављена је у Диселдорфу 1961. године: Dokumentation der Vertreinbung der Deutschen aus Ost – Mitteleuropa – Der Schicksal der Deuschen in Jugoslawien. Штампају се и бројне књиге. Посебно треба истаћи продукцију издавачке куће у Фрајласингу.[125]

По правилу, протерани фолксдојчери наступају непријатељски према Југославији, њеним официјелним властима. Ово се испољава у периоду до децембра 1951. године, када су успостављени дипломатски односи између ФНРЈ и СРН,[126] а нарочито у периоду искрсавања спорних питања у југословенско-западнонемачким односима: рецимо, током тзв. уговорне кризе 1956, потом, после прекида дипломатских односа СРН са ФНРЈ 19.10.1957. године, па надаље, после извршених терористичких аката антијугословенске кампање у немачким средствима јавних информисања итд. и др.[127]

Рецимо, представник протераних Немаца изјављује у јануару 1958. године: „Пошто је југословенска влада признала граничну линију на Одри и Ниси и совјетску зону, нема више никаквих разлога да становници Савезне Републике посећују ову земљу, у гомилама као туристи и доносиоци девиза“.[128]

Преко споменутог Савеза протераних Немаца настоје, посредовањем немачке владе, да „остваре“ обештећење за конфисковану имовину. После 1962. године, када је ФНРЈ покренула питање

септембра 2000. године, поводом 50. година од формирања Савеза, уз присуство немачког канцелара Г. Шредера, одржано свечано заседање, на коме је његова председница Ерика Штајнбах евоцирала „успомене на 12 милиона Немаца прогнаних из европских земаља, као и на 2 милиона настрадалих“. Нагласак у њеном говору био је у захтеву да се „никад више не понове такви масовни прогони националних мањина у Европи“. *Deutsche Welle*, 04. 09. 2000.

125 Рецимо: Josef Senz, *Geschichte der Donauschwaben*, Freilassing, 1955; J. Senz, *Apatin und die Apatiner, Schwinbuch bei Strunbing*, Freilassing, 1949; Josef Müller, *Syrmien – Slawonien – Bosnien*, Freilassing, 1961 usw.

126 „Успостављање веома тесних економских односа између Федералне Немачке и Југославије и успостављање дипломатских односа две земље треба да буду припремљени политичким споразумом. У Бону се изражава нада да ће према немачким ратним заробљеницима у Југославији који су кажњени ускоро бити предузете мере у правцу снижења казни и да ће доцније бити репатрирани. То је пак утисак личности која је имала задатак да води преговоре у Београду...“ „Вечерас је званично саопштено да су Југославија и Западнонемачка Република постигле споразум да успоставе пуне нормалне дипломатске односе и да подигну своја посланства у Бону и Београду на ниво амбасаде. Југославија се старала да оствари што тешње трговинске односе са Западном Немачком у својој тежњи да увози немачке машине у замену за југословенске сировине...“ Извештај западнонемачке агенције АР, 08. 12. 1951.

127 Б. Павлица, *Југославија и СР Немачка: 1951–1984*, Смедерево, 1989, стр. 42–43; Б. Павлица, *Антијугословенска активност непријатељске емиграције у СР Немачкој*, Смедерево, 1990, стр. 176–188.

128 Извештај западнонемачке агенције DPA, 28. 01. 1958.

обештећења југословенских жртава нацистичких прогона, немачка влада условљава преговоре, између осталог, и надокнадом имовине фолксдојчерима. У немачкој штампи се наводи чињеница ,,о заплени немачке приватне имовине у износу од 5 милијарди ДМ,[129]... имовине држављана предратне Југославије“.[130]

Председник Савеза избеглица СРН Венцел Јакш, у марту 1963. године саветује ,,како да се ефикасно реши питање обештећења жртава нацизма“: ,,...да се пред УН изнесе проблем фолксдојчера... и да се тиме неутралишу југословенски захтеви за обештећењем жртава нацизма“.[131]

Почетком осамдесетих година манифестује се и један нов феномен: ,,психолошко-пропагандно деловање фолксдојчера... према нашим грађанима вани и у земљи“. Заправо, ,,у СР Немачкој се један број повезује са непријатељском емиграцијом пореклом из Југославије, све чешће посећују ,,стари крај“ и на различите начине настоје да покажу своје присуство, односно да се врате овамо...“[132]

Припадници неонацистичких организација, а посебно фолксдојчери, постају носиоци нацистичког духа, реваншизма и мржње према народима из чијих су земаља побегли после краха Трећег Рајха.[133] Такође, кроз најразличитије мере и акције исказује се

129 К. Давидовић, ,,Одложена обавеза“, *Борба*, 04. 06. 1971.

130 J. Wuescht наводи, према подацима о ранијем имовном стању фолксдојчера (deutschen Vermogen), следеће податке о материјалним губицима:

,,Sachverluste: Земљишни посед – 62,8%; Пољопривредна оруђа – 4,6%; Велике сточне фарме – 1,5%; Стамбене зграде и зграде – 21,5%; Занатско-индустријски посед – 8,6%; Покретна имовина (кућни прибор, намештај и др.) – 1,0%... У ове цифре, наглашава немачки аутор, нису укључени: обртни капитал, покретности (вредности), вредносни папири, потраживања (ефектива), резерве итд. Према Trischleru, бившем председнику немачког задружног удружења у Југославији, укупна материјална штета фолксдојчера износи око 4 милијарде предратних марака“. J. Wuescht, *Jugoslawien und Dritte Reich*, Stuttgart, 1969, S. 283.

,,Кад бисте ви фолксдојчерима признали све што они тврде да су изгубили, ја бих из свог џепа могао да надокнадим разлику до висине одштете коју тражите!“ Према наводима београдског историчара Антуна Милетића, овим речима је тадашњи председник Западне Немачке Вили Брант, током једног од разговора о ратној одштети, пред члановима југословенске делегације прокоментарисао захтеве фолксдојчера за одштету... Питање приватног власништва над имовином која је фолксдојчерима одузета одлуком АВНОЈ-а од 21.11.1944. године, и данас је један од основних проблема којим се, с огромном упорношћу, баве чланови фолксдојчерског удружења подунавских Немаца, једног од најјачих грађанских удружења у Немачкој“. Цит. по: С. Кљакић, ,,Иницијатива за помирење војвођанских Немаца и Срба – Велики имовински апетити фолксдојчера“, *Политика*, 20. 03. 1994, стр. 11.

131 Цит. по: *4. јул*, 13.03.1964.

132 Вилић – Атељевић, *Специјални рат*, Београд, 1983, стр. 237.

133 ,,Потребно је истаћи, у том контексту, круцијалну чињеницу да је после рата у Немачку нагрнула милионска маса немачких избеглица из низа европских земаља. Близу 15 милиона припадника немачке мањине доселило се у матичну

мржња против страних радника у СР Немачкој. Зачуђује чињеница да се ,,расистички тонови“ према страним радницима упућују и од других структура у СР Немачкој.

РЕЗИМЕ

Анализирајући послератни положај и судбину фолксдојчера у Југославији треба имати у виду следеће историјске и политичке околности: немачку агресију и окупацију југословенске територије, стварање тзв. НДХ и других квинслиншких државних творевина, колаборацију са домаћим политичким снагама, страховите људске и материјалне жртве, нацистичку праксу злочина, штету коју је Немачка учинила Југославији у Другом светском рату, потом антијугословенску активност фолксдојчера у Краљевини Југославији, нарочито у периоду 1939–1941. године, затим улогу фолксдојчера као пете колоне и њихову злочиначку активност против цивилног становништва у току рата.

Отуда је понашање југословенског војног руководства и јединица на ратишту, као и став и однос официјелних политичких снага током првих поратних година према фолксдојчерима детерминисан како субјективним (историјски реваншизам, освета, конфискација имовине, одузимање држављанства, организовање сабирних логора, протеривање) тако и објективним разлозима (питање репатријације југословенских расељених лица, питање изручивања ратних злочинаца, њихових домаћих издајника у односима са окупационим силама у Немачкој, односно са Немачком, потом питања која су се императивно наметала: репарације, немачка дуговања Југославији, обештећење југословенских жртава нацистичких прогона). С друге, пак, стране, у послератном периоду илустративно је ангажовање западнонемачких власти, као и других друштвених и политичких снага да ослободе немачке ратне злочинце и фолксдојчере у Југославији. Штавише, регулисање тих питања условљавано је могућношћу развоја привредне сарадње са Југославијом.

Анализирајући југословенско-немачке односе у послератном периоду, може се поставити питање: из којих разлога долази до толико изражених настојања југословенске владе да нормализује

земљу. Такође, у тој маси била је и бројна фашистичка и политичка емиграција из низа европских земаља – близу 715.000. Припадници тако бројне емиграције постају средство политичког манипулисања најреакционарнијих десничарских и неонацистичких снага послератне Немачке“. Цит. по: H. Kürnert, *Расистички тонови – шта су мислили немачки професори приликом потписивања Хајделбуршког манифеста*. ,,Die Zeit“, 5. II 1982.; види и: Б. Павлица, *Јачање неонацистичких снага и најразличитије професистичке акције у политичком животу СР Немачке*, у: Антијугословенска активност непријатељске емиграције у СР Немачкој (1951–1984), СД, 1990, стр. 52–53.

политичке и успостави дипломатске односе са Западном Немачком? Да би ове циљеве остварила, југословенска влада чак обећава, а што се наредних година и потврђује – репатријацијом немачких ратних злочинаца и фолксдојчера. У почетку, званични представник југословенске владе енергично одбацује Аденауерова тврђења о третману осуђених немачких злочинаца и фолксдојчера у Југославији, да би се, накнадно, Аденауерово политичко условљавање економских преговора прихватило. У суштини, међународни положај Југославије: сукоб са Коминформом, економске тешкоће, а поготово последице сушних година 1950. и 1951, настојања да се земља индустријализује, условљава приближавање Западу, а посебно Немачкој. Стратегијски економски интереси – развој трговинских односа, регулисање предратних и ратних потраживања, проблем наплате репарације, обештећење југословенских жртава нацистичких прогона – имају за претпоставку нормализовање политичких односа са будућим економским партнером.

Отуда, са југословенске стране, пуштање немачких ратних заробљеника и фолксдојчера, као и осуђених ратних злочинаца и осуђених фолксдојчера. Успостављање што тешњих економско-финансијских односа са Немачком, претпостављало је, дакле, и политичко приближавање будућем економском партнеру. Стога и политички уступци у функцији развоја економских односа.

Branko Pavlica

FATE OF GERMANS IN YUGOSLAVIA

Summary

As the most numerous and economically the strongest minority community – Germans enjoyed exceptional privileges in Kingdom of Yugoslavia. In June 1920. already they have established Kulturbund in Novi Sad which. Although it has been closed twice due to its political activities, upon promulgation if its By-Laws ('By-Laws of Schwabisch-German Education Association') it begins a broad range of commercial, educational and cultural activities, organizing various societies and associations in order to strengthen 'hibernated' (exception of G. Grasl dating back to 1920) sense of German national self-awareness. ,,Deutschtum in Jugoslawien“ – 'has a good economic and cultural outlook' (Ivo Andric).

However, their anti-Yugoslav activity, especially in years preceding the war, fifth column activity, en masse participation in Wermacht during the Second World War, predetermined their fate (en masse departure with Wermacht units, but also due to decisions of AVNOJ).

Present 'demands of Sudetten Germans' on 'annulling' Benes decrees, as well as demands of Yugoslav Germans (who have gathered in several associations based in Novi Sad and Subotica, each numbering several hundred members) to 'annul' decisions of AVNOJ, prompts another clarification of their position, role and fate in the light of historical and legal circumstances. Namely, out of almost 500.000 Germans (Schwaben, Volksdeutscher), according to 1921. and 1931. statistical data

Keywords: *Volksdeutscher. – Kulturbund. – Fifth column. – AVNOJ principles (decisions). – Germanhood.*

Владимир Ђерић*

ПОВОДОМ ТЕКСТА КОСТЕ ЧАВОШКОГ У ПРОШЛОМ БРОЈУ „АНАЛА“[1]

1. УВОД

Наша земља је у тренутку промене власти октобра 2000. године имала чак десет спорова пред Међународним судом правде (даље: МСП). Док смо били тужена страна у два спора, по тужби Босне и Херцеговине (даље: БиХ), односно Хрватске за геноцид, у позицији тужиоца нашли смо се у споровима против осам држава НАТО. Потом је, 2001. године, СРЈ уложила захтев за ревизију пресуде о надлежности у спору са БиХ, па је тако укупан број спорова пред МСП нарастао на једанаест. Обавештена и озбиљна расправа о питањима која ови спорови покрећу је неопходна. У јавности постоји доста заблуда и нејасноћа о чему се ту у ствари ради, што је, бар делимично, и резултат чињенице да су списи предмета изузетно обимни, а питања која они покрећу врло сложена.

Текст професора Правног факултета у Београду, Косте Чавошког, под насловом „Случај ’Србија и Црна Гора против Белгије’ пред Међународним судом правде“, има за циљ, према речима аутора, да одговори на одређена „неугодна питања на која још нису дати уверљиви одговори“.[2] Он у тексту нуди „пажљиву анализу“ одлуке Међународног суда правде у случају *СЦГ против Белгије*

* Од 2000. до 2004. године саветник Горана Свилановића, министра спољних послова СРЈ/СЦГ; од 2001. до 2004. године ко-заступник СРЈ/СЦГ у поступцима пред Међународним судом правде. Сви ставови у овом тексту су лично мишљење аутора.

1 Коста Чавошки, „Случај „Србија и Црна Гора против Белгије“ пред Међународним судом правде“, *Анали*, година LIII, бр. 1, 2005, стр. 152–170 (даље: „Чавошки“).

2 *Ibid.*, стр. 152.

на основу које се могу ,,бар наговестити одговори на ова питања.“[3] Аутор почиње општим разматрањем питања континуитета СРЈ са СФРЈ и критикује политику одустајања од континуитета која је усвојена после силаска с власти Слободана Милошевића. Затим, у тексту се критикује стратегија наступа у споровима пред МСП коју је усвојила Влада СРЈ, а посебно захтев за ревизију пресуде МСП о надлежности у спору *БиХ против СРЈ* и повлачење противтужбе СРЈ у истом спору. Овај текст ћемо анализирати део по део.

2. ,,КОНТИНУИТЕТ ЧЛАНСТВА СРЈ У УН“

Професор Чавошки наводи разлоге због којих сматра да је постојао континуитет СРЈ с бившом СФРЈ у односу на чланство у Уједињеним нацијама (даље: УН). Његов је ,,несумњив закључак да је од 1992. до 1. новембра 2000. СРЈ била чланица УН, а да су једино била суспендована њена поједина чланска права – право учешћа у раду Генералне скупштине.“[4]

2.1. У чланку се прво наводе резолуције 757 и 777 Савета безбедности, као и резолуција 47/1 Генералне скупштине. Овим су одлукама, као што се види из делова које чланак цитира, два важна органа УН јасно стала на становиште да нема континуитета између СФРЈ и СРЈ. Савет безбедности је сматрао да је СФРЈ престала да постоји и да захтев СРЈ да настави њено чланство у УН није општеприхваћен, па према томе СРЈ не може аутоматски да настави чланство СФРЈ у УН.[5] На основу тога, Савет безбедности је препоручио Генералној скупштини да одлучи да СРЈ треба да се пријави за чланство и да не учествује у раду Генералне скупштине.[6] Ову препоруку Генерална скупштина је и прихватила.[7]

Иако наводи ове одлуке, професор Чавошки их ниједном речју не анализира, нити се осврће на чињеницу да оне јасно кажу да нема континуитета између СФРЈ и СРЈ. Такође, он пропушта да било какву пажњу посвети податку да је резолуција 777 у Савету безбедности усвојена без противљења (12 гласова за, ниједан против и 3 уздржана), а да је резолуцију 47/1 Генерална скупштина донела с више од 3/4 гласова (127 гласова за, 6 против и 26 уздржаних). У међународном праву, анализа не би смела да пренебрегне ову околност.

3 *Ibid.*, стр. 153.
4 Чавошки, стр. 157.
5 Резолуција 777 (1992), УН док. С/РЕС/777 (1992), преамбула.
6 *Ibid.*, став 1.
7 Резолуција 47/1 (1992), УН док. А/РЕС/47/1 (1992), став 1.

Коначно, у овом делу професор Чавошки пропушта да помене да СРЈ, као држава, није могла да учествује не само у раду Генералне скупштине, него у раду свих органа УН (осим МСП). Тако је на седнице Савета безбедности представник СРЈ позиван у личном својству, а не као представник државе.[8] СРЈ није могла да учествује у раду Економског и социјалног савета УН.[9] Ово такође указује да континуитет СРЈ са СФРЈ није прихваћен. Наравно, било је и другачије праксе, али поменути ставови најважнијих политичких органа УН не допуштају објективном посматрачу да без икаквих ограда тврди, као што то аутор чини, да је „несумњив закључак" да је СРЈ била чланица УН од 1992. до 2000. године.

2.2. Као аргумент за своју тезу о континуитету, професор Чавошки даље наводи мишљење Правног саветника УН у коме се тумачи правни домашај резолуције 47/1.[10] Несумњиво да ово мишљење пружа одређене аргументе за закључак да је ипак било континуитета. Али његов прилично нејасан и вишезначан текст пружа аргументе и за другачији закључак – да континуитета није било.

На пример, мишљење говори да „Југославији" није суспендовано нити укинуто чланство у УН. Међутим, није јасно да ли тиме мисли на СФРЈ или на СРЈ? Наиме, док Правни саветник УН јасно идентификује СРЈ: „Савезна Република Југославија (Србија и Црна Гора)" чији представници не могу да учествују у раду Генералне скупштине, није до краја јасно на шта мисли кад употребљава термин „Југославија".

Међутим, професор Чавошки не посвећује нити једну реченицу анализи овог контроверзног и, у најмању руку, вишезначног документа. Као да се ради о потпуно јасном тексту из кога може произаћи само један закључак. Управо је супротно: питање положаја СРЈ у односу на УН, па и ово правно мишљење, изазвало је велике стручне расправе.[11] И МСП је још 1993. године, у вези с

8 О томе, на пример, сведочи записник 4011. седнице Савета безбедности: „The President: I have received a request dated 9 June 1999 from Mr. Vladislav Jovanovic to be allowed to address the Council in the course of its discussion of the item on its agenda. With the consent of the Council, I would propose to invite him to sit at the Council table and to make a statement. There being no objection, it is so decided. *At the invitation of the President, Mr. Jovanovic took a seat at the Council table.*" Види УН док. С/ПВ.4011 (1999), стр. 2.

9 Резолуција Генералне скупштине 47/229. Ова резолуција помиње се у пресуди коју Чавошки анализира у свом чланку, види *Case Concerning Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *ICJ Reports, 2004, Judgment*, став 63.

10 УН док. А/47/485 (1992), наведено у Чавошки, стр. 155.

11 Од домаћих аутора видети, на пример: М. Крећа, „Succession and the Continuity of Yugoslavia", *ЈРМП*, 1992, стр. 178; К. Обрадовић, „Међународни континуитет СРЈ у односу на СФРЈ и чланство Југославије у УН и другим међународним

резолуцијом 47/1 Генералне скупштине, резолуцијом 777 Савета безбедности и мишљењем Правног саветника УН, приметио да ,,решење које је усвојено није без правних потешкоћа...“[12] Аутор пропушта да било какву пажњу посвети овим контроверзама, иако оне доводе у питање његов ,,недвосмислени закључак“ да је континуитета било.

2.3. Професор Чавошки у прилог континуитету такође наводи став генералног секретара УН као депозитара вишестраних уговора, према коме постоји континуитет између СССР и Русије, те и да исто важи за СФРЈ и СРЈ.[13] Несумњиво да би се овај став генералног секретара УН могао у извесној мери користити као аргумент за континуитет. Али аутор пропушта да наведе да је генерални секретар убрзо издао ,,исправку“ којом су избрисани делови текста који говоре о томе да је СРЈ остала као држава претходница после одвајања делова територије бивше Југославије. То је учињено после примедби држава да је првобитни текст у нескладу с поменутим одлукама Савета безбедности и Генералне скупштине. То пише и у пресуди коју професор Чавошки покушава да анализира, *СЦГ против Белгије*.[14] Он наводи првобитни, а пропушта да наведе коначни текст објашњења генералног секретара УН.

2.4. Аутор каже да је за утврђивање стварног статуса СРЈ у УН ,,посебно била пресудна пракса Генералне скупштине у буџетским стварима у годинама после разбијања СФРЈ“.[15] Несумњиво да ово може бити један од аргумената у прилог континуитету. Да ли

организацијама“, *ЈРМП*, 1993, стр. 316; М. Шаховић, ,,Распад СФРЈ и стварање нових држава“, у: М. Шаховић (ур.), *Међународно право и југословенска криза*, 1996, стр. 14; У страној литератури, видети, на пример: Y. Blum, ,,UN Membership of the ,,New“ Yugoslavia: Continuity or Break?“, *American Journal of International Law*, vol. 86 (1992), стр. 830; Y. Blum, ,,Correspondents' Agora: UN Membership of the Former Yugoslavia“, *American Journal of International Law*, vol. 87 (1993), стр. 248; O. Bring, ,,Correspondents' Agora: UN Membership of the Former Yugoslavia“, *American Journal of International Law*, vol. 87 (1993), стр. 244; V.Dj. Degan, ,,Correspondents' Agora: UN Membership of the Former Yugoslavia“, *American Journal of International Law*, vol. 87 (1993), стр. 240; M. Malone ,,Correspondents' Agora: UN Membership of the Former Yugoslavia“, *American Journal of International Law*, vol. 87 (1993), стр. 246; M. Scharf, ,,1995 Musical Chairs: The Dissolution of States and Membership in the United Nations“, *Cornell International Law Journal*, vol. 28 (1995), стр. 29; M. Wood, ,,Participation of Former Yugoslav States in the United Nations and Multilateral Treaties“, *Max Planck UNYB*, 1996, стр. 231; A. Zimmermann, *Staatennachfolge in völkerrechtliche Verträge*, 2000, стр. 108–110 и 599–606.

12 *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Federal Republic of Yugoslavia), ICJ Reports, 1993, Order of 8 April 1993*, став. 18.

13 УН док. СТ/ЛЕГ/8, наведен у Чавошки, стр. 155.

14 Види *Case Concerning Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *ICJ Reports, 2004, Judgment*, став 71.

15 Чавошки, стр. 156.

се, пак, ради о пресудном аргументу јесте сасвим друго питање, посебно у светлу изричитих ставова Генералне скупштине и Савета безбедности да нема континуитета СФРЈ и СРЈ. И овде, поново, професор Чавошки пропушта да понуди било какву анализу.

2.5. Као још један аргумент за свој ,,несумњив закључак“ о континуитету СФРЈ и СРЈ, аутор наводи и одлуку Међународног трибунала за бившу Југославију (даље: Трибунал) у предмету *Тужилац против Милана Милутиновића*:

,,... чак [је] и Међународни кривични суд за бившу Југославију такође закључио да је све време од 1992. до 2000. године СРЈ фактички била чланица УН.“[16]

Међутим, из самог текста одлуке који се наводи у чланку, види се да је Трибунал заузео став да је ,,примереније... да се чланство у Уједињеним нацијама у овом периоду утврђује на емпиријској, функционалној, и од случаја до случаја основи.“[17] Јасно је да овакав став Трибунала не допушта оно што професор Чавошки из њега олако изводи – да је ,,све време... СРЈ фактички била чланица УН“.[18]

Уз то, аутор пропушта да наведе оне делове одлуке из којих се види да је она врло уско постављена и да се односи само на питање да ли је резолуција Савета безбедности којом је Трибунал основан, примењива на територију Савезне Републике Југославије. Управо као одговор на ово питање следи закључак, два пута изречен (а ниједанпут га не наводи Чавошки) да је у погледу *примењивости резолуција Савета безбедности у вези с одржањем мира и безбедности, и конкретно резолуције којом је Трибунал основан*, *СРЈ фактички била чланица УН*:

,,Веће, према томе, закључује да је у вези с примењивошћу резолуције Савета безбедности којом се утврђује Статут Трибунала, СРЈ била фактички чланица Уједињених нација и у време када је Статут усвојен 1993. и у време када су извршена наводна кривична дела 1999.“[19]

Јасно је да аутор, с једне стране изводи очигледно неосноване закључке из делова одлуке које сам наводи и да, с друге, избегава да наведе оне делове који не подржавају његово преширoко тумачење.

2.6. Из горњег прегледа јасно произилази да професор Чавошки праксу УН у вези са чланством СРЈ наводи селективно и да пропушта да помене оно што његовој тези не иде у прилог. Уз то,

16 *Ibid.*
17 *Ibid.*
18 *Ibid.*
19 Видети *Prosecutor v. Milan Milutinovic et al.*, Case No. IT–99–37-PT, ,,Decision on Motion Challenging Jurisdiction“, 6 мај 2003, став 39. Такође, види *ibid.*, став 44 *in fine*.

у овом делу се ни ова, селективно наведена пракса, уопште не анализира, него се закључци изводе без икаквих аргумената.

Аутор није показао да разлози које износи ,,наводе на *несумњив закључак* да је од 1992. до 1. новембра 2000. године СРЈ била чланица УН, а да су једино била суспендована њена појединa чланска права...“[20]

Као што је већ поменуто, МСП је још 1993. године приметио да усвојено решење ,,није без правних потешкоћа“, а 2003. године је ову ситуацију карактерисао на следећи начин:

,,... сви ови догађаји сведоче о прилично конфузном и сложеном стању ствари које је постојало у оквиру Уједињених нација око питања правног статуса Савезне Републике Југославије у Организацији током овог периода.“[21]

Са своје стране, Трибунал за бившу Југославију је, управо у одлуци коју аутор селективно наводи, приметио да се радило о ,,донекле неуредној ситуацији“ (*somewhat untidy situation*).[22]

Несумњиво да је пракса држава и међународних организација у погледу континуитета између СФРЈ и СРЈ у неким случајевима била двосмислена и некохерентна. Тако, иако захтев СРЈ за континуитетом није био прихваћен, УН су је у погледу буџетских давања третирале као чланицу. Међутим, у огромној већини случајева, пракса држава показује да је одбијен захтев СРЈ за континуитетом са СФРЈ. То је био случај са GATT, UNESKO, Међународним монетарним фондом, Светском банком, Светском здравственом организацијом, Међународном организацијом рада, Међународном агенцијом за атомску енергију, Међународном организацијом за цивилно ваздухопловство итд.[23]

Детаљан преглед праксе држава и међународних организација поводом питања континуитета између СФРЈ и СРЈ може се наћи у поднесцима СРЈ (СЦГ) у поступку по тужби Босне и Херцеговине, у поднесцима НАТО земаља у поступку по тужби СРЈ, као и у пресудама МСП у предмету *Ревизија (СРЈ против БиХ)* и у предметима *Законитост употребе* силе (*СРЈ против НАТО земаља*). Сви ови материјали доступни су на интернету,[24] и аутор је из њих могао да стекне целовит увид у ово питање.

20 Чавошки, стр. 157.

21 Види *Case Concerning Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *ICJ Reports, 2004, Judgment,* став 73.

22 Види *Prosecutor v. Milan Milutinovic et al.*, Case No. IT–99–37-PT, ,,Decision on Motion Challenging Jurisdiction“, 6. мај 2003, став 42.

23 За податке видети, на пример, излагање представника СЦГ на усменој расправи поводом претходних приговора НАТО земаља у предмету *Легалност употребе силе,* 21. априла 2004 (Varady), ст. 43, фн. 31. Доступно на www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iybe/iybeframe.htm.

24 www.icj-cij.org.

3. „ОДУСТАЈАЊЕ ОД КОНТИНУИТЕТА ЧЛАНСТВА У УН“

3.1. Иако су у случају СРЈ постојали и двоструки сигнали поводом питања континуитета, ипак су ставови и пракса огромне већине држава током деведесетих били јасни – континуитета нема. Политички, СРЈ је могла да настави с тврдим инсистирањем на континуитету, али питање је да ли би такав став био икада прихваћен у УН и колико би то инсистирање нашу земљу коштало (политички и економски)?

Међутим, професор Чавошки тврди да је „најлогичније решење којем је морала прибећи нова власт оличена у Војиславу Коштуници као савезном председнику, био... захтев Савету безбедности да Генералној скупштини препоручи укидање суспензије права учешћа у раду Генералне скупштине“.[25] То су, пише он, били и савети нашег „најугледнијег интернационалисте“ С. Аврамов. Према њему, то је било могуће јер је нова власт тада била „у великој милости својих страних покровитеља“.[26] Инсистирање на континуитету била је „много повољнија могућност“[27] од политике дисконтинуитета и подношења захтева за пријем у УН. Требало је „стрпљиво, упорно и постојано тражи[ти] укидање већ поменуте суспензије појединих чланских права СРЈ у Уједињеним нацијама“.[28]

Из текста се не види зашто аутор сматра да би ово било „најлогичније решење“. Такође, не види се зашто би то решење било најповољније за СРЈ, која је после 5. октобра журила да се ослободи вишегодишње међународне изолације у коју ју је гурнуо режим Слободана Милошевића. У сваком случају, ради се о питању које излази ван оквира правне анализе – ствар је пре свега политичке процене да ли је одређено решење повољно или није.[29]

---

25 Чавошки, стр. 157.

26 *Ibid.* Овде се по питању утицаја страних сила професор Чавошки разликује од професорке Аврамов. Наиме, насупрот његовом мишљењу да је нова власт била „у великој милости својих страних покровитеља“, Аврамов тврди да су „после демократских промена у земљи октобра 2000. године, САД... извршиле притисак на нову власт, који је имао облик *политичког терора*, да супротно чињеничном и правном стању нова власт призна дисконтинуитет државе, што је и учињено.“ С. Аврамов – М. Крећа, *Међународно јавно право*, Београд, 2001, стр. 123 (курзив додат).

27 Чавошки, стр. 158.

28 *Ibid.*

29 Ипак, вреди поменути да је један од главних аргумената заговорника континуитета био да ће СРЈ на основу њега добити значајне материјалне користи у процесу сукцесије. Овај аргумент не стоји. Прво, питање је да ли постоје норме међународног права примењиве на сукцесију СФРЈ, или је све ствар договора. Друго, чак и кад би се примењивале две конвенције о сукцесији, онда њихова правила не праве суштинску разлику између ситуације распада држава и ситуације сецесије у којој држава претходница наставља да постоји. Види К. Обрадовић,

Али професор Чавошки часа не часи да изнесе своје политичко мишљење (да нас је одустајање од континуитета ,,ојад[и]ло“)[30] и да при том напада своје политичке противнике, речником неуобичајеним за стручне текстове. Према њему, за све је крив Зоран Ђинђић који је ,,приликом пријема новца од моћних страних чинилаца за вођење предизборне кампање, преузео одговарајуће обавезе које је требало испунити после доласка на власт.“ Потом је Коштуница прихватио обавезе које је ,,Ђинђић углавио.“[31] Једна од тих обавеза била је и подношење захтева за пријем СРЈ у УН као нове државе. А Коштуница се, после 5. октобра, ,,напречац, без икакве јавне расправе“ одлучио да поднесе захтев за пријем у УН.

Према аутору, испада као да су сви у земљи неподељено били за континуитет, а онда је Ђинђић склопио пакт с ,,моћним страним чиниоцима“, на који је Коштуница пристао, да се од континуитета одустане и затражи пријем у УН. То, међутим, није тачно. Питање континуитета је међу домаћим правницима расправљано годинама, а неки од најугледнијих стручњака су се залагали за раскид с политиком континуитета.[32] Може се чак рећи да су за континуитет били углавном Милошевићеви дворски правници.

3.2. Поред политичких инвектива, професор Чавошки нуди и два правна аргумената у прилог тезе да није требало одустати од континуитета. Први је везан за Устав СРЈ. Наиме, одустајањем од континуитета и подношењем захтева за пријем у УН, Коштуница је ,,тешко повредио“ Устав СРЈ, јер је ,,непрекинути субјективитет Југославије“ био уставна категорија ,,па отуда нико није био властан да тај континуитет занемари и одбаци.“ Уз то, за приступање међународним организацијама била је надлежна Савезна скупштина, а не председник Републике, па је Коштуница неовлашћено затражио пријем у УН.[33]

Што се тиче ,,непрекинутог субјективитета“ Југославије као уставне категорије, треба имати у виду да се ради о констатацији која се налази у преамбули Устава СРЈ и нигде више у тексту. Њоме се просто каже да се Устав СРЈ усваја и проглашава ,,... на темељу непрекинутог субјективитета Југославије и добровољности удруживања Републике Србије и Републике Црне Горе“. Чини се

,,Проблеми везани за сукцесију СФРЈ“, у: М. Шаховић, (ур.), *Међународно право и југословенска криза*, 1996, стр. 285.

30 Чавошки, стр. 158.

31 *Ibid.*, стр. 159.

32 Види, на пример, К. Обрадовић, ,,Међународни континуитет СРЈ у односу на СФРЈ и чланство Југославије у УН и другим међународним организацијама“, *ЈРМП*, 1993, стр. 316; М. Шаховић, ,,Распад СФРЈ и стварање нових држава“, у: М. Шаховић (ур.), *Међународно право и југословенска криза*, 1996, стр. 14.

33 Чавошки, стр. 158.

да она сама по себи не намеће никакве специфичне обавезе државним органима у погледу вођења спољне политике.

Што се тиче надлежности за приступање међународним организацијама, професор Чавошки тврди да је за приступање међународним организацијама била надлежна Савезна скуштина, а не председник Републике. Међутим, ова надлежност није била јединствена по Уставу СРЈ. Наиме, Савезна скупштина је имала надлежност да потврђује међународне уговоре,[34] па тиме и накнадно да одобрава приступање у међународне организације које, иначе, постоје на основу међународних уговора. Истовремено, при приступању међународним организацијама (као и код свих међународних уговора), неко мора да поднесе захтев за пријем.

Први корак, подношење захтева за пријем, спадао је у надлежност извршне власти. У СРЈ, то је чинила Савезна влада, на основу своје надлежности да утврђује и води спољну политику и одржава односе СРЈ с међународним организацијама.[35] Међутим, у ситуацији када Савезна влада није била формирана,[36] чини се да ништа у Уставу СРЈ није спречавало председника Републике да – на основу своје опште надлежности „да представља Савезну Републику Југославију у земљи и иностранству“[37] – упути захтев за пријем у УН.

Остаје питање да ли је Савезна скупштина требало да ратификује Повељу УН, пошто је на основу захтева председника СРЈ држава примљена у УН. Управо ту кључни значај има уставни (не међународни) континуитет који Устав СРЈ прокламује. Наиме, као што је познато, сви прописи из бивше Југославије (укључујући и акт о ратификацији Повеље УН)[38] наставили су да важе ако нису у међувремену укинути, тј. док Савезна скупштина другачије не одлучи. Према томе, није било никакве потребе поново ратификовати Повељу после пријема у УН, јер је она већ била на снази као унутрашњи пропис СРЈ. Међутим, сама Скупштина, ако је мислила да су њена уставна овлашћења повређена, могла је да покрене поступак за утврђивање одговорности председника СРЈ, или да донесе закон о престанку уредбе о ратификацији Повеље УН или да одбије усвајање буџета СРЈ у коме је једна од ставки била и чланарина за УН. Ништа од тога Скупштина није урадила, а колико се овај аутор сећа, чак ни опозициони посланици нису тако нешто предлагали.

34 Члан 78, ст. 1, тач. 4, Устава СРЈ.

35 Члан 99, ст. 1, тач. 1 и 2, Устава СРЈ.

36 Председник Коштуница је захтев за пријем у УН поднео 27. октобра, а Савезна влада је изабрана 4. новембра 2000. године, види *Службени лист СРЈ,* бр. 60/2000.

37 Члан 96, ст. 1, тач. 1, Устава СРЈ.

38 *Сл. лист ФНРЈ (Међународни уговори)*, бр. 5/45.

3.3. Други аргумент који професор Чавошки нуди јесте да одустајање од континуитета значи ,,прекид међународног континуитета са бившом Југославијом, а тиме и са Краљевином Србијом, чија је државност потекла из Карађорђевих топова, а била међународно призната на Берлинском конгресу 1878. године".[39] Према њему:

,,Војислав Коштуница... је једним потезом збрисао скоро двеста година српске државности и од Србије направио буквално нову, тазе државу – испала је чак млађа од свих бивших југословенских република, од којих ниједна није била независна држава пре стварања прве Југославије у коју је Србија унела свој међународни субјективитет."[40]

Из става који заузима професор Чавошки произилази: а) да је несумњиво постојао међународни континуитет између СРЈ и Краљевине Србије, и то преко Краљевине СХС (Југославије) и социјалистичке Југославије; б) да је нова власт (,,Коштуница") унилатерално одустала и могла да одустане од тог континуитета. Чини се да обе тезе полазе од погрешне представе о континуитету и због тога су проблематичне.

Међународни континуитет – или јасније, идентитет – не зависи искључиво, па чак ни пресудно, од става државе која истиче такав захтев. Најопштије говорећи, континуитет/идентитет значи да после одређених промена у кључним елементима једне државе – територије, становништва или владе – држава остаје она иста која је раније била, без обзира да ли јој је, на пример, територија увећана или умањена. Просто, постоји идентитет, истоветност између државе пре ових промена и државе после њих. Утврђивање континуитета/идентитета зависи од мноштва фактора, од којих су само неки везани за поступке саме државе у питању. Она, наиме, кроз своје поступке/акте (тражење или нетражење пријема у међународне организације, прихватање или неприхватање међународних обавеза и др.) може поставити захтев за континуитетом или захтев да се третира као нова држава. Међутим, акти државе нису довољни да би континуитет постојао, него он мора да буде *прихваћен* од других држава. За то у међународном праву постоје одређени критерији, али се ипак сваки случај мора посматрати посебно.[41]

Према томе, важно је, али никако и довољно, да сама држава тражи континуитет или дисконтинуитет. Оно што је пресудно, то

39 Чавошки, стр. 159.

40 *Ibid.*, стр. 158–159.

41 Уп. став који је заузео Шести комитет Генералне скупштине УН у вези Индије и Пакистана 1947. године, UNGAOR, 1st Comm., Annex 14g, стр. 582–583, УН док. A/C.1/212 (1947).

је став других држава. Познато је да захтев СССР за правним дисконтинуитетом с обавезама царске Русије није био прихваћен, чему се СССР на крају морао приклонити. Исто тако, захтев Милошевићеве владе за континуитетом СРЈ са СФРЈ, без обзира на одређену конфузију и двоструке сигнале, није прихватила огромна већина држава.

Овде треба поменути и често употребљавани аргумент за непрекинути континуитет између Краљевине Србије и СРЈ, према коме је, у суштини, Краљевина Србија своју државност унела у Југославију, па је после сецесије других република, та државност остала тамо где је Србија. Ова теза има озбиљне недостатке. Тачно је да је међународно-правни субјективитет Краљевине Србије прешао на Краљевину СХС/Југославију 1918. године.[42] Међутим, да ли је и после тога наставио да постоји међународно-правни субјективитет Краљевине Србије или се у ствари радило о међународно-правном субјективитету Југославије? Наиме, наведена теза не узима у обзир да је после стварања Југославије она више од 70 година постојала *qua* држава, која је у погледу међународно-правног субјективитета узимана у својој целини. Државност Србије једноставно се стопила у државност Југославије. Шта би се десило да је, на пример, Србија одлучила да се отцепи од СФРЈ седамдесетих година прошлог века? Да ли би њој био признат међународни континуитет са СФРЈ и Краљевином Србијом? Вероватно не би.

Дакле, теза да је несумњиво постојао међународни континуитет између СРЈ и Краљевине Србије, и то преко Краљевине СХС (Југославије) и социјалистичке Југославије, једноставно не стоји.

Даље, нова власт после 5. октобра 2000. године није „једним потезом“ укинула међународни континуитет с бившом Југославијом, а тиме и Краљевином Србијом, јер признање или непризнање континуитета и није било у њеној моћи. Она је само прихватила оно што јој је огромна већина држава својом праксом јасно ставила до знања – да континуитета нема и да неће бити признат. Наравно, могло се и наставити са инсистирањем на континуитету, „стрпљиво, упорно и постојано“, како то професор Чавошки каже. То, међутим, никако не значи да би континуитета и било, тј. да би он на крају ипак био признат.

Остаје да се расправи још једно питање – да ли непризнавање међународног континуитета, како год да је до њега дошло, значи да је „збриса[н]о“ „скоро двеста година српске државности“, како то аутор тврди.[43]

42 Види Слободан Јовановић, „Краљевина СХС“, *Политичке и правне расправе,* Књига II, 1932, стр. 395 и даље.

43 Чавошки, стр. 158.

Чини се да ни ова тврдња не стоји. Са становишта унутрашњег права, држава („државност“) у Србији постоји без прекида, било да се зове Краљевина Србија или СХС или Југославија, СФРЈ или СРЈ.

Са становишта међународног права, „српска државност“ је престала да постоји, али не од момента када је Коштуница поднео захтев за пријем у УН, него од момента када је настала Краљевина СХС, као што је претходно објашњено.

Што се тиче СРЈ, њена државност скоро да није довођена у питање са становишта међународног права.[44] О томе сведочи чињеница да су дипломатски односи наставили да се одржавају и када је формирана СРЈ.[45] Оно што јесте доведено у питање, била је *истоветност*, идентитет СРЈ са СФРЈ. Дакле, питање да ли је СРЈ држава или није, никада се није ни постављало, него се постављало питање да ли је СРЈ иста држава као СФРЈ, па према томе да ли може аутоматски да настави чланство СФРЈ у међународним организацијама и међународним уговорима.[46]

4. „ПРВОБИТНИ СТАВ МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ ПРЕМА ПИТАЊУ КОНТИНУИТЕТА СРЈ СА СФРЈ“

У овом делу професор Чавошки наводи ставове МСП у пресуди у предмету *Ревизија (СЦГ против БиХ)*, а посебно се осврће на одлуку Владе СРЈ да поднесе захтев за ревизију пресуде МСП о надлежности у поступку по тужби БиХ против СРЈ. Даље, доводи у везу ову пресуду и потоњу пресуду у предмету *СРЈ против Белгије*, указујући кратко да је МСП другачије третирао СРЈ као тужену страну у предмету по тужби Босне и Херцеговине, него као тужиоца у предмету тужених НАТО држава.

Аутор тврди да је до подношења захтева за ревизију дошло на следећи начин:

44 Види Klabbers-Koskenniemi-Ribbelink-Zimmermann (ур.), *State Practice Regarding State Succession and Issues of Recognition*, 1999.

45 Присталице континуитета узимају да је настављање дипломатских односа са СРЈ значило да друге државе признају континуитет СРЈ са СФРЈ. Несумњиво да је ова пракса могла да указује на континуитет. Међутим, у светлу другачијих изјава и праксе истих тих држава у погледу чланства СРЈ у УН, можда би се могло говорити и о прећутном признању.

46 "...at issue is not so much whether the FRY was a state, but whether it is the same as, or different from, the SFRY“, M. Craven, „The Problem of State Succession and the Identity of States under International Law“, *European Journal of International Law*, vol. 9 (1998), стр. 160.

„Један ужи круг правних саветника, међу којима је кључну улогу морао имати проф. др Војин Димитријевић, проценио је да би за Међународни суд правде пријем СРЈ у УН као *нове* државе могла бити *нова* чињеница због које би се могла оспорити надлежност овог суда, у поменутом случају утврђена 11. јула 1996. године. Из овог пријема, по тврђењу заступника СРЈ, проистекле су две пресудне чињенице:

(1) да СРЈ није била страна уговорница у време доношења ове пресуде [од 11. јула 1996. године]; и

(2) да настављујући субјективитет бивше Југославије СРЈ није остала обавезана чланом IX Конвенције о геноциду".[47]

Према професору Чавошком, „уместо да поступи по очекивањима ових мудрих саветника Владе СРЈ и покаже да су они врсни зналци поступка који се пред овим судом води, Суд их је обрукао и учинио ноторним незналицама"[48] када је одбио захтев за ревизију.

У вези с наведеним, прво треба отклонити сваку мистификацију о томе ко је одговоран за покретање поступка ревизије. Идеју, а потом правни савет (предлог) да се покрене поступак ревизије, дао је тадашњи главни правни саветник Министарства спољних послова, Тибор Варади, уз подршку аутора овог чланка. Одлуку је донела Савезна влада. Иначе, идеја да би пријем СРЈ у УН довео у питање поступак по тужби Босне и Херцеговине пред Међународним судом правде могла се наћи у литератури још 1998. године.[49]

Друго питање је питање оправданости покретања поступка ревизије. Не осврћући се на инвективе које Чавошки упућује својим колегама, изнећемо само неке од разлога због којих је вредело покренути ревизију:

а) Увек треба искористити све правне могућности за окончање спора које стоје на располагању, а ревизија је то била. Могућност да се ревизијом заврши спор са БиХ последица је пријема СРЈ у УН 2000. године, и она је морала да буде узета у обзир, имајући у виду значај и вредност спора.

б) Иако шансе за успех ревизије нису биле велике, оне нису биле ни непостојеће, па се не може рећи да је неуспех био „унапред

47 Чавошки, стр. 160–161. Прецизнији би био превод: „да СРЈ није остала обавезана чланом IX Конвенције о геноциду настављајући личност бивше Југославије" (... *the FRY did not remain bound by Article IX of the Genocide Convention continuing the personality of the former Yugoslavia*).

48 Чавошки, стр. 161.

49 M. Craven, „The Problem of State Succession and the Identity of States under International Law", *European Journal of International Law*, vol. 9 (1998), стр. 144.

предвидљив“, како професор Чавошки тврди,[50] а не даје никакве аргументе. Из пријема СРЈ у УН логично произилази да она није била пре тога чланица организације. Зашто би је иначе било потребно примити у чланство? То што је МСП стао на становиште да нечланство СРЈ у УН пре 2000. није нова чињеница у смислу члана 61 Статута МСП, не значи да су аргументи СРЈ били *prima facie* погрешни, нити да је то било очигледно још пре покретања поступка.

Прво, каснија одлука МСП у НАТО споровима – без обзира на њену евентуалну несагласност са раније заузетим ставом у предмету *Ревизија* – показује да је Суд у суштини прихватио ставове СРЈ/СЦГ наведене у захтеву за ревизију.

Друго, у поступку по захтеву СРЈ за ревизију, једно од спорних питања било је питање да ли је пријем СРЈ у УН био нова чињеница или не. Оно је било спорно не само за стране у поступку, него и за судије. Тако, судија Корома (*Koroma*), који је гласао за то да се ревизија одбаци, ипак у свом издвојеном мишљењу каже: „... одбити пријем СРЈ у чланство Уједињених нација у новембру 2000. и његове правне консеквенце, једноставно као чињеницу која се десила неколико година после Пресуде је извртање (*distortion*) и сувише је вештачки.“[51] Према њему, „питања покренута у овом предмету нису лака за решавање, али се плашим да одговори који су дати нису уверљиви (*beg the question*) и не могу да издрже проверу.“[52] Даље, судија Верешчетин (*Vereshchetin*), који је гласао против пресуде, у свом мишљењу стаје на становиште да је захтев за ревизију био прихватљив, да јесте чињеница да СРЈ није била чланица УН 1996. године (када је пресуда о надлежности донета), и да та чињеница представља нову чињеницу у смислу члана 61 Статута МСП којим се утврђују услови за ревизију.[53]

Ако је, као што се види, између судија МСП било размимоилажења и дебате у погледу прихватљивости ревизије, онда не стоји теза професора Чавошког да је захтев СРЈ за ревизију чекао „унапред предвидљив неуспех“.

в) Поред тога што је циљ ревизије био окончање спора с БиХ, улагање захтева за ревизију омогућило је и остварење још

50 Чавошки, стр. 161.

51 *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina)*, *ICJ Reports, 2003, Judgment*, Separate Opinion of Judge Koroma, ст. 9.

52 *Ibid.*, стр. 10.

53 *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina*), *ICJ Reports, 2003, Judgment*, Dissenting Opinion of Judge Vereshchetin, стр. 28.

једног интереса СРЈ – да има више времена за припрему расправе о меритуму и за дипломатске напоре за мирно решење спора. Наиме, да ревизије није било, усмена расправа по тужби Босне и Херцеговине највероватније би била одржана већ током 2001. или 2002. године.

Ово су, између осталог, били додатни аргументи због којих је вредело уложити захтев за ревизију. Што се тиче оних основних, међународно-правних аргумената, читаоца упућујемо на поднеске СРЈ у поступку ревизије и на говоре њених заступника на усменој расправи, који су јавни и доступни на интернету.[54]

5. „ПОВЛАЧЕЊЕ ПРОТИВТУЖБЕ ПРОТИВ БИХ“

У овом делу, професор Чавошки жестоко критикује повлачење противтужбе коју је СРЈ поднела у спору по тужби Босне и Херцеговине за геноцид. Он каже да се то „никако не може прихватити, а камоли оправдати.“[55]

Због своје улоге у наведеном спору, овај аутор сматра да не може да коментарише тврдње професора Чавошког о „веродостојности“ противтужбе. Оно што може да анализира, јесу критике које професор Чавошки упућује на повлачење противтужбе у контексту ревизије. Наиме, он ту полемише с разлозима због којих је противтужба повучена, а који су „наивни и глупи“, и не служе на част „групи стручњака у којој је по свој прилици пресудну реч имао проф. др Војин Димитријевић.“[56]

Неуобичајени речник професора Чавошког и одређена фиксација на Војина Димитријевића морају бити примећени, али не и анализирани, јер су то питања која излазе изван оквира овог текста.

Што се тиче разлога за повлачење противтужбе, врло је тешко оспоравати надлежност суда, ако се истовремено има противтужба. Дакле, не ради се о томе, како професор Чавошки тврди не наводећи извор, да је противтужба повучена да би се МСП повео за нашом Владом, која је повлачењем противтужбе показала да „не верује у надлежност овог Суда.“[57] Радило се о томе да је противтужба повучена да би се отклонило дејство института *forum prorogatum,* према коме се надлежност суда прихвата и прећутним путем, упуштањем у меритум спора, што противтужба јесте. Дакле, СРЈ није могла да оспорава надлежност МСП захтевајући ревизију,

54 www.icj-cij.org.
55 Чавошки, стр. 161.
56 *Ibid.*, стр. 162.
57 *Ibid.*

а да истовремено настави да се упушта у спор, задржавањем противтужбе.

Међутим, професор Чавошки пропушта да уочи ову околност. Повлачење противтужбе у овом случају, он пореди с тешком повредом адвокатске етике и имплицира да је све учињено у злој намери. За њега, захтев за ревизију је у ствари поднет само да би се нашао изговор за повлачење противтужбе („како се унапред знало и могло знати да захтев за ревизију неће бити прихваћен“).[58] То се „не може другачије квалификовати него као национална издаја“.[59] А „најбезобзирнији у тој националној издаји био је негдашњи министар спољних послова Горан Свилановић“.[60]

У овом делу, осим што употребљава неуобичајени речник, професор Чавошки износи озбиљне оптужбе на рачун оних који су у повлачењу противтужбе учествовали. Међутим, његов текст не садржи прецизније правне квалификације оваквог понашања, него се задржава на општим тврдњама да је учињена „национална издаја“, али и тешка повреда адвокатске етике. Такође, аутор пропушта да чињенично поткрепи своје тврдње. Дакле, са становишта правне струке, професор Чавошки чини озбиљне пропусте у наведеном делу чланка.

6. „РАЗЛОЗИ КОЈИМА СЕ СУД РУКОВОДИО КАДА СЕ ПРОГЛАСИО НЕНАДЛЕЖНИМ У СЛУЧАЈУ ’СРБИЈА И ЦРНА ГОРА ПРОТИВ БЕЛГИЈЕ’“, И „НЕДОСЛЕДНОСТ МЕЂУНАРОДНОГ СУДА ПРАВДЕ У ОДНОСУ НА ЊЕГОВА РАНИЈА ПРЕСУЂИВАЊА У СЛИЧНИМ СЛУЧАЈЕВИМА“

Овде, професор Чавошки наводи делове из образложења пресуде поводом претходних приговора Белгије у вези с надлежношћу Суда по тужби СРЈ/Србије и Црне Горе. У тој одлуци МСП је констатовао да СРЈ није била чланица УН, па ни чланица Статута суда, пре 2000. године. Аутор наводи да је при доношењу одлуке Суд имао тежак задатак „да порекне оно што је раније тврдио, а да се то не примети“, тј. да порекне оно што је тврдио у пресуди по захтеву СРЈ за ревизију – „да се *sui generis* положај [СРЈ у односу на УН] практично своди на чланство, те да је СРЈ била страна уговорница и Статута Суда и Конвенције о геноциду...“[61]

58 *Ibid.*
59 *Ibid.*
60 *Ibid.*, стр. 163.
61 *Ibid.*

Даље, аутор разрађује своје тврдње о недоследности ставова МСП у две пресуде које су се тицале СРЈ, пресуде по захтеву СРЈ за ревизију одлуке о надлежности у спору по тужби Босне и Херцеговине, с једне стране, и пресуде поводом претходних пресуда Белгије у поступку по тужби СРЈ, с друге. Према његовом мишљењу: ,,тако је испало да је Суд надлежан када једна држава тужи СРЈ, а није надлежан када СРЈ тужи другу државу".[62] Ову неједнакост, према професору Чавошком, МСП је покушао да отклони ,,смушеним и неуверљивим објашњењем".[63]

Несумњиво је да су ставови МСП у пресудама МСП по захтеву СРЈ за ревизију и по претходним приговорима Белгије изазвали велика спорења, што се види и из резултата гласања у потоњем случају и из издвојених мишљења. Због своје улоге у споровима СРЈ пред МСП, нисмо у могућности да анализирамо ово питање, јер ће оно највероватније бити једна од тема на усменој расправи по тужби Босне и Херцеговине против Србије и Црне Горе.

Међутим, сматрамо да треба указати на две тачке које професор Чавошки пропушта да анализира. Прво, у пресуди по захтеву СРЈ за ревизију, МСП каже:

,,... резолуција 55/12 Генералне скупштине УН [којом је СРЈ примљена у чланство Организације] није могла ретроактивно да промени *sui generis* положај у коме се СРЈ нашла *vis-à-vis* Уједињених нација током периода 1992. до 2000, или њену позицију у односу на Статут Суда и Конвенцију о геноциду".[64]

Према професору Чавошком, МСП је ,,сматрао да се *sui generis* положај практично своди на чланство, те да је СРЈ била страна уговорница и Статута Суда и Конвенције о геноциду".[65] Међутим, наведени цитат није тако једнозначан и допушта различите закључке.

Наиме, у пресуди по захтеву за ревизију, МСП уопште не наводи шта је садржина *sui generis* положаја који је СРЈ имала. Суд једино наводи да резолуција 47/1 Генералне скупштине није имала утицаја на право СРЈ да се појави пред Судом и да буде страна у спору, нити је имала утицаја на позицију СРЈ у односу на Конвенцију о геноциду. Ово је несумњиво тачно, јер се резолуција 47/1 овим питањима изричито није бавила. Даље, МСП говори о *sui*

62 *Ibid.*, стр. 165.

63 *Ibid.*

64 *Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and* Herzegovina), *ICJ Reports, 2003, Judgment*, став. 71.

65 Чавошки, стр. 163

generis положају СРЈ ,,*vis-à-vis* Уједињених нација.“ Ако је сматрао да се *sui generis* положај практично своди на чланство, као што професор Чавошки тврди, зашто се у пресуди користи израз ,,*vis-à-vis*“, а не „у“ УН?

Друго, професор Чавошки пропушта да наведе контекст у коме МСП у пресуди по захтеву за ревизију говори о положају СРЈ у односу на УН. Контекст је испитивање услова за допуштеност ревизије, односно утврђивање да ли је постојала ,,нека чињеница“ која је ,,када је пресуда донета, била непозната Суду, а и странци која захтева ревизију“ (члан 61 Статута МСП). Дакле, питање за пресуђивање није било која је позиција СРЈ у односу на УН, него да ли су испуњени услови за допуштеност ревизије.

Дакле, професор Чавошки опет, на жалост, извлачи закључке без подробније анализе. Не улазећи у питање да ли је његов закључак овде исправан или не, мора се приметити да његов текст пропушта да пружи детаљнију анализу предмета којим се бави.

7. ,,МОГУЋИ УТИЦАЈ ПРЕСУДЕ У СЛУЧАЈУ ’СРБИЈА И ЦРНА ГОРА ПРОТИВ БЕЛГИЈЕ’ НА СЛУЧАЈ ’БИХ ПРОТИВ СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ’“

У овом делу, професор Чавошки оспорава да ће пресуда МСП у случају *СЦГ против Белгије* имати утицаја на случај *БиХ против СЦГ*, а супротно мишљење означава као ,,wishful thinking“.[66]

7.1. Прво, аутор наводи да је могуће да Суд одступи од свог дотадашњег преседана, тј. од става у пресуди у случају *СЦГ против Белгије*. Он каже да је ова могућност већ наговештена у самој пресуди, где је Суд рекао да ,,не може одустати да се бави случајем једноставно због сугестије у погледу мотива једне од странки или зато што његова пресуда може имати импликације у другом случају.“[67] Међутим, из наведеног цитата уопште се не види било какав наговештај да ће Суд да одступи од свог става да СРЈ није била чланица УН. Управо обрнуто – у наведеном делу МСП баш и одговара на примедбе мањине судија који га критикују да ће такав његов став имати утицаја на раније донете одлуке у спору *БиХ против СЦГ*. Наиме, мањина каже:

,,овај приступ [усвојен у пресуди у случају *СЦГ против Белгије*] изгледа да оставља одређене сумње да ли је Југославија била чланица, између 1992. и 2000, Конвенције Уједињених нација о

66 Чавошки, стр. 168.
67 *Ibid.* стр. 169.

геноциду. Такав приступ могао би да *доведе у питање* решења која је Суд усвојио у погледу своје надлежности у случају који је Босна и Херцеговина покренула против Србије и Црне Горе зарад примене Конвенције о геноциду“.[68]

Дакле, мањина каже да пресуда у случају *СЦГ против Белгије* може да има утицаја на случај *БиХ против СЦГ*, тј. да доведе у питање одлуке раније донесене у потоњем случају. Судија Хигинс (*Higgins*), као представник тог мањинског става, у свом издвојеном мишљењу још експлицитније каже да је заснивање одлуке у НАТО споровима на члану 35, став 2, Статута МСП, ,,било у потпуности непотребно у садашњем случају. Његова релевантност лежи, и може само да лежи, у другом случају који чека на одлуку“.[69]

На то МСП одговара да ,,не може одустати да се бави случајем једноставно... зато што његова пресуда може имати импликације у другом случају“. Јасно је, дакле, да из наведеног следи управо обрнуто од онога што професор Чавошки тврди. Наиме, и мањина и већина у МСП се слажу да пресуда у предмету *СЦГ против Белгије* може имати утицај на поступак по босанској тужби.

7.2. Аутор даље наводи да ,,оно што је за очекивања наше државе још неугодније јесте чињеница да је Суд пропустио да се позабави импликацијама које ће ова његова последња пресуда [*СЦГ против Белгије*] имати на решавање спора покренутог тужбом БиХ против СРЈ“.[70] Тешко је, међутим, схватити зашто он мисли да је Суд требало да се бави овим питањем. Било би изузетно неуобичајено, ако не и права злоупотреба судске функције, да се МСП у спору између СЦГ и Белгије бави ,,импликацијама“ које ће његова одлука имати на решавање спора између БиХ и СЦГ. Како би то могао да учини, а да не саслуша босанску страну? Зашто би одговарао на питања која се у спору нису ни поставила? У сваком случају, наведено није аргумент за тврдњу професора Чавошког да пресуда у спору између СЦГ и Белгије неће имати утицаја на спор БиХ и СЦГ.

7.3. Даље, професор Чавошки наводи да би ,,крхка“ већина којом је одлука донета у спору између СЦГ и Белгије могла лако да се претвори у мањину, што би довело до неуспеха СЦГ у поступку са БиХ.[71]

68 *Case Concerning Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *ICJ Reports, 2004*, *Judgment,* Joint Declaration of Vice-President Ranjeva, Judges Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergenthal and Elaraby, став 13 (курзив додат).

69 *Case Concerning Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Belgium)*, *ICJ Reports, 2004*, *Judgment,* Separate Opinion of Judge Higgins, став 18.

70 Чавошки, стр. 169.

71 *Ibid.*, стр. 169–170.

Није спорно да је одлука у НАТО споровима донета минималном већином од 8 према 7, да се један судија изузео и да је већина претегла гласом *ad hoc* судије којег је именовала СРЈ. Међутим, у својим калкулацијама о томе како би могла да изгледа већина у спору *БиХ против СЦГ*, аутор пропушта да уочи једну важну чињеницу – да су у току избори за пет судија, па ће крајем 2005. састав Суда бити значајно промењен.[72] То чини његову калкулацију потпуно непоузданом.

8. ЗАКЉУЧАК

На жалост, мора се закључити да аутор, који је редовни професор Правног факултета у Београду, пропушта да свеобухватно анализира питања којима се бави, изворе које наводи селективно цитира, а више пута своје тврдње ничим не поткрепљује. Коначно, и када нуди аргументе, изводи закључке који из њих не произилазе.

Аутор такође износи низ политичких квалификација и оптужби за „националну издају“ која је наводно извршена у вези са споровима СЦГ пред МСП, као и у вези са чланством у УН. У овим деловима, аутор не нуди било какву правну анализу и његова је аргументација више него сиромашна.

Ипак, мора се споменути и допринос овог текста развоју међународног права у нас, који се огледа у томе што је аутор превео неке делове пресуда МСП у предметима по захтеву СРЈ за ревизију и у предмету *СЦГ против Белгије*.

72 Види УН док. А/60/150 (2005), стр. 13.

Данило Н. Баста

ПРЕД БИСТОМ СЛОБОДАНА ЈОВАНОВИЋА

Иако сам се дуго и помно бавио делом, личношћу и судбином Слободана Јовановића, настојећи при том да докучим и осветлим неке од његових многобројних научних и духовних ликова, нисам уверен да сам заслужио част која ми је великодушно указана да изговорим неколико речи поводом данашњег откривања бисте Слободана Јовановића у амфитеатру нашег Факултета који носи његово име. Тој части могу удовољити само ако је примим као највишу обавезу коју ваља да испуним по мери сопствене одговорности и савести.*

Почетком јуна 1991. године, одржан је на нашем Факултету научни скуп ,,Дело Слободана Јовановића у свом времену и данас". Том приликом, своје саопштење о Слободану Јовановићу као човеку школе, што ће рећи као човеку који је као професор свим срцем и ретком оданошћу припадао нашем Факултету, један млађи наставник завршио је следећим речима: ,,Сахрањен је у далеком свету, а ми, професори Правног факултета у Београду, не можемо бити мирни све док његове остатке не пренесемо у Београд и док његову бисту не поставимо у свечану салу нашег факултета, уместо неких других биста и слика, којима тамо никад није било место." Од тих речи, које су тада наишле на свеопште одобравање и одушевљену подршку, протекло је безмало петнаест година. Ми још не можемо бити мирни, јер земни остаци Слободана Јовановића и даље почивају у туђини, далеко од његове домовине, далеко од народа којем је припадао и који је волео упркос његовим великим манама и недостацима о којима је и сâм поткрај живота писао, најзад, далеко и од Факултета на којем је, све до пензионисања 1939. године, деценијама деловао. Срећом, почев од данашњега дана,

* Изговорено 31. октобра 2005. године, на свечаности поводом откривања бисте Слободана Јовановића у амфитеатру који носи његово име на Правном факултету у Београду.

можемо бити спокојни и задовољни, јер ће биста Слободана Јовановића убудуће – и заувек! – красити ову слушаоницу, опомињући оне који у њу кроче, и студенте и наставнике, на величину и узоритост једног научног дела без премца у нашим друштвеним наукама, али ништа мање и на творца тога дела, на човека и професора Слободана Јовановића.

Међутим, наш Факултет не сме нипошто подлећи самозадовољству да је давањем Јовановићевог имена овој слушаоници и постављањем његове бисте у њој учинио све што би за Слободана Јовановића требало и све што се за њ може учинити.

Рођен у емиграцији и умро у емиграцији, Слободан Јовановић не сме довека да почива у туђој земљи. Наш Факултет, пре свих, треба да се заложи – и да у том залагању буде истрајан и неодступан – да Јовановићева отаџбина, Србија, схвати као своју прворазредну обавезу да се његови посмртни остаци пренесу у Београд, о трошку државе ту достојно сахране и обележе гранитним споменником. Ту обавезу држава Србија треба да преузме и изврши као свој неодложан задатак. Исти такав задатак представља и укидање срамне пресуде којом је, на монтираном процесу генералу Михаиловићу 1946. године, Слободан Јовановић у одсуству осуђен као ратни злочинац на казну лишења слободе с принудним радом у трајању од двадесет година, губитак политичких и појединих грађанских права у трајању од десет година, конфискацију целокупне имовине и, као да све то није било довољно, на губитак држављанства. Ни једно ни друго, наравно, није потребно самом Слободану Јовановићу. Потребно је нама свима, неопходно је Србији на њеном путу ка правно уређеној демократској држави, неопходно је зарад поновног успостављања разореног морално-вредносног и духовног поретка у којем Слободану Јовановићу, што је сасвим извесно, мора припасти једно од стожерних места. У томе је прави и уједно симболички смисао преношења посмртних остатака Слободана Јовановића у Србију. Наш Факултет треба непрекидно да истиче и упозорава да за то преношење не би више смело да буде никаквих изговора. Последњи је час да се то уради.

Ми се данас налазимо пред бистом најзначајнијег професора и истинског великана у читавој досадашњој историји београдског Правног факултета. Али припадајући овом Факултету, Слободан Јовановић, у исти мах и самим тим, припада и нашој целокупној култури, у којој је његов положај сасвим изузетан. Ту изузетност одређују неколики чиниоци. Пре свега, његово дело издваја се својим опсегом. По томе би се ретко ко од наших стваралаца и научника могао упоредити са Слободаном Јовановићем. Али, ако би и било таквих (можда Јустин Поповић, Јован Цвијић или Стојан Новаковић), сасвим је извесно да се у нашој култури нико не може

упоредити нити изједначити са Слободаном Јовановићем када је реч о духовном обиљу, предметној и тематској разноврсности његовог дела у целини. По томе је он јединствена појава у нас.

Јер, нико се, ни пре ни после њега, није с таквим подједнаким успехом огледао у областима не само различитим него и садржински и методски удаљеним једна од друге. Јовановић је стигао да буде и историчар националне историје, и књижевни критичар, и теоретичар државе и права, и социолог политике, и историчар политичких теорија, и психолог политике, политичког света и политичког делања. Његова обрада нашег деветнаестог века у многом погледу је до данас остала меродавна и непревазиђена; странице које је, рецимо, написао двадесетих година прошлог века о Марселу Прусту, откривајући и приближавајући нашој публици једног великог писца, до тада мало познатог, показују његов истанчан укус, дар сигурног препознавања онога што ће тек касније постати неоспорна величина и заснован књижевни суд; његова књига о држави, у којој је дао основе једне правне теорије, до дана данашњег најбоље је и најсистематичније дело те врсте на нашем језику; његове студије из политичке социологије и данас могу да послуже као образац како ваља радити у тој дисциплини, чији је он један од првих представника код нас, ако не и њен прави зачетник; његова књига о вођама Француске револуције упечатљив је пример и сведочанство психолошке проницљивости у портретисању неколико типова револуционара, чију је политичку делатност и судбину превасходно настојао да разуме и осветли помоћу њиховог карактера.

Јовановић је писао много, али не превише, штедро, али не и прекомерно. Међу његовим радовима има безмало свих врста текстова. Али то није све. Треба додати још нешто, не мање важно: Слободан Јовановић није био само човек широких видика и разноврсних интересовања. Он је у исто време био и човек који је својски осећао снагу и могућности српскога језика. За њега није било значајно само оно о чему пише него и како о томе пише. Колико је држао до предмета разматрања, толико је полагао на језик и израз. Један од твораца и најистакнутијих представника тзв. београдског стила, Јовановић је свагда умео својим мислима и идејама да даде правог израза и потребне језичке мере. То је оно што је његовом делу, толико разноликом, подарило унутрашњи склад и мисаону лепоту. Можебити да је у нашој науци било живљих, виспренијих, чак и продорнијих духова; ширих, срећенијих, складнијих, лепших, тешко да је било. По томе он треба да буде непомерљив узор свима онима који под кровом ове куће предају или уче право, правне и друштвене науке уопште.

Када се сви ти чиниоци узму у обзир, постаје схватљиво због чега Слободану Јовановићу и његовом делу припада изузетно ме-

сто не само у нашој науци него и у целокупној култури нашег народа.

Јовановићево дело је одиста богато и разнолико. Али, има ли у том делу нечега преовлађујућег, претежнијег, има ли то дело некакво своје језгро, стожер, нешто што му у већој мери даје печат, што га обележава више и потпуније од свега другог? Одговор је потврдан. Оно што је Јовановића неодољиво привлачило, чему се непрекидно враћао, што га је заокупљало и увек изнова побуђивало пажњу његовог истраживачког и љубопитљивог духа, то је Историја, писана великим словом и узета у најширем смислу. Када се каже да је Историја Јовановићев главни интерес и окосница читавог његовог дела, мисли се на један обухватан појам. Он, најпре, подразумева историју у смислу ,,историописања", историју у значењу брижљивог реконструисања и низања чињеница о прошлим временима и збивањима, а на основу критички проверених и коришћених извора; он, затим, садржи у себи настојања да се у историјски ток проникне посебним путем и нарочитим методом – преко портретисања, у основи индивидуално-психолошког и мањим делом социолошког, знатнијих историјских личности, оних изразитих појединаца кадрих да на историјско кретање утичу снажно и пресудно, утискујући се у њега и, каткад, одређујући му правац, али уједно и таквих које су бујица и стихија историјских догађаја надвисиле, претворивши их у трагичне јунаке и жртве историје; најзад, он обухвата политичке установе и политичке идеје у њиховој историјској димензији, онако, дакле, како су се у историји јављале, развијале, деловале, или, пак, с временом трошиле и постепено гаснуле.

Из свега тога произлази и све то потврђује да се историјски живот – са свим својим испољењима, учесницима, творевинама и покретачким идејама – за Слободана Јовановића налазио у средишту његове духовне делатности и да је представљао њено жариште из којег се она разгоревала. У највећем делу онога што је предузимао, чега се као истраживач и научник лаћао и о томе писао, Јовановић је ишао за тим да историју разложи, опише и разуме. Он је био загледан у историјски живот човеков, у његов дух и дах, његов ток и његове појаве.

Стојећи данас пре бистом Слободана Јовановића, ми стојимо пред оним чија личност, чије дело и чија делатност такође имају историјски значај. Само, историјски не у смислу антикварне историје, нечега што је заувек прошло и утолико мртво, нити у смислу оне историје која подразумева да ћемо се прошломе само дивити и према њему се понашати идолопоклонички, него историјски у смислу билога а непротеклога, свагда живога и стваралачки надахњујућега, онога што нас се дотиче, што нам се обраћа, што стрп-

љиво чека да за њим посегнемо и тако га непрестано обнављамо у његовој непресушној животности и снази. Биста Слободана Јовановића на овом месту имаће само онда свој пуни смисао ако нас данашње, и оне који ће тек доћи, трајно буде подстицала да његово дело схватимо као живо незамућено врело из којег теку сазнања и увиди које можемо прихватити, претресати, излагати критици и друкчијем просуђивању, али које никада и никако не можемо заобићи или се према њима односити равнодушно. Друкчије казано, њен је смисао да буде опомена, узор, подстрек и путоказ. У часу њеног откривања, пожелимо сви да она све то заиста и буде.

Коста Чавошки

ПОБЕДА НАД ЗАБОРАВОМ

Откривамо бисту нашег највећег професора у доба када је време пречистило ко је овај велики писац, правник и историчар и шта његово име и дело уистину значе. Његово име означава слободу и то либералну замисао слободе, од које смо данас удаљенији него у време када је он стварао.*

Данас је много Слободана (и Слободанки) испражњеног семантичког садржаја, али је само један морао бити први и прави родоначелник тог расејаног семена слободе. Тај први имењак слободе био је Слободан Јовановић. Његов отац, Владимир Јовановић, као велики поклоник либерализма и најпознатијег либералног мислиоца деветнаестог века, Џона Стјуарта Мила, желео је да и именима своје деце изрази свој либерални *credo.* И као што је Мил своје главно дело насловио *О слободи*, тако је и Владимир Јовановић свом сину првенцу дао име Слободан, а својој кћери Правда. Прво име потом се лепо запатило, док друго није, ваљда и због тога што у нашем народу правдољубивост нема онај жар који има слободољубивост. Касније је, баш као и данас, било много Слободана, али само је један био онај истински, једини Слободан коме презиме, као елемент идентитета, није било потребно. Стога, када би се у првој половини прошлог века рекло: тако мисли Слободан – знало се да је реч о Слободану Јовановићу.

Као слободоносац, како би то стари Грци радо рекли, Слободан Јовановић је добро знао да срећа народа зависи од непоколебљиве оданости слободи, и да се мора и душом и телом бити са својим народом када су му угрожене држава, територија и слобода. И пошто је срастао са народом из ког је потекао, био је велики Србин, или још тачније, истински националиста, то јест, прави

* Изговорено 31. октобра 2005. године, на свечаности поводом откривања бисте Слободана Јовановића у амфитеатру који носи његово име на Правном факултету у Београду.

родољуб. Ни на крају памети нису му били било какав интернационализам, мондијализам или глобализам, а презирао је служење страним интересима против властитог народа, што се данас иначе чини без икаквог стида и срама. А када је уочи Другог светског рата, нарочито после успостављања Бановине Хрватске августа 1939, проценио да угроженост српских интереса више не допушта академску повученост из политике, образовао је Српски културни клуб у којем су важну улогу имали Драгиша Васић, Александар Белић, Лаза Костић, Владимир Ћоровић, Драгослав Страњаковић и Веселин Чајкановић.

Управо пример Слободана Јовановића речито потврђује да нема истинске величине без преданости властитом народу и његовој судбини. Такав је био и Шекспир који се није дивио ни католичкој Шпанији нити династији Хабзбурговаца или римском папи, тадашњим глобалним силама, него само својој родној Енглеској. Зато је и најбоље изразио свест о властитом националном идентитету када је у свом *Ричарду Другом* ускликнуо: ,,Ово благословено тло, ова земља, ово краљевство, ова Енглеска!“

Нема никакве сумње да је углед великог Србина био пресудан јер се и Слободан Јовановић нашао 1946. г. на листи оптужених у срамном процесу против ђенерала Драже Михаиловића, ратног команданта Југословенске војске у отаџбини, у којем је првооптужени осуђен на смрт, а Слободан Јовановић, у одсуству, на двадесет година строгог затвора. Та срамна пресуда запречила му је повратак у домовину и он је умро у туђини, као што се, због очевог изнуђеног напуштања Србије, и родио у туђини. А сви извори веле да је у туђини живео веома скромно, у позној старости чак и у великом сиромаштву, што је још један доказ његовог поштења.

Када је, пак, реч о његовом учешћу у политици, нарочито уочи и током Другог светског рата, он се држао вечног, још у антици провереног гесла да: нико према општој ствари не сме бити равнодушан нити се сме разметати што не узима учешћа у патњама и боловима своје отаџбине. Слободан Јовановић је сав био саздан од жарког родољубља и узвишене тежње да помогне свом народу и домовини, независно од тога да ли ће при том он лично нешто добити или изгубити.

Али изнад свега, Слободан Јовановић је велики писац у чијим делима је жива душа која никада не стари. А пошто се искључиво руководио унутрашњим књижевним мерилима, у својим мислима кретао се у свету непрестане лепоте. У том погледу можда је највише подсећао на Едмунда Берка, који је све до чега се довинуо постигао захваљујући својој јасној мисли, књижевном дару и силини речитости. И то је можда разлог што је Слободан Јовановић

најбоље приказао тог Херкула енглеске слободе, нешто мање успешно Макијавелија, а потом Маркса и Платона. То потврђују и Беркове потресне речи о Индији и њеним пљачкашима које наш Слободан Јовановић овако преноси: „Са свом лакомошћу старости и са свом бујношћу младости, они надолазе једни за другима као таласи, и пред очима урођеника у бесконачном, безнадежном низу једнако проналазе нова јата грабљивих путничких птица, која увек новом глађу наваљују на храну која се непрестано разноси...Свој плен они одвлаче у Енглеску, а јауци Индије иду ка таласима и ветровима да би, кад дође време монсуна, били раздувани широм далеке и глуве пучине...“

У *Вођима Француске револуције*, у књижевном погледу можда свом најбољем делу, Слободан Јвановић је показао како свака фаза револуције захтева један одређени тип људског карактера кога износи на сам врх револуционарног таласа који руши све пред собом. На том врху, у једном тренутку био је Дантон који је са те висине једино могао пасти под гиљотину и у гроб. За њега Слободан Јовановић вели да је био тип новог човека и скоројевића. „Није рђав, али су му апетити јаки, а скрупуле слабе. За време Револуције, у данима његове силе и господства, његово су друштво ратни богаташи и књижевни чергари; око њега се осећа дах корупције и цинизма. У јавном животу, његове су одлике снага и смелост...Он није занешењак; зна шта хоће и не бира средства; његово је револуционарство практично и брутално. Кад ваља ломити и разбијати препоне, он гура неодољивом снагом. По мислима и по речима било је већих револуционара од њега, али их није било већих и по делима. Кад је Револуција прешла из парламента и клубова на улицу, и кад се претворила у тучу и гушање, Дантон је био ту, засуканих рукава као атлет.“

Напослетку, историјски списи Слободана Јовановића су блистава панорама у којој наши велики преци из деветнаестог века промичу пред нашим очима на невидљивој нити времена. За ову прилику ваља поменути његов портрет Томе Вучића Перишића, за кога наводи да је био и велики демагог и да нико никада у нашој историји није речитије говорио народу на његовом језику него Вучић. Чак би се могло рећи да је био и републиканац, а да тога није био свестан, јер се непрестано питао зашто то књаз може, а ми не можемо. О томе сведочи и овај његов говор: „Ја се не бојим никога: ни Књаза ни Савета ни попечитеља ни митрополита – и нико не треба да се боји никога. Ми смо сви равни: што је Књаз, то је и свињар, – што је свињар, је и саветник, – што саветник, то и терзија, – а што терзија, то и судија, што судија, то и ја...Сви смо једнаки; не треба да се само један греје на сунцу, а ми сви да стојимо у ладу, и само један да подигне главу високо, а ми сви да гледамо у земљу, но ваља сви да гледамо горе и сви да се грејемо на сунцу.“

Слободан Јовановић је писао о великим мислиоцима и нашој публици приказивао велике писце, али је своје најбоље радове на стотинама страница посвећивао људима и догађајима из историје свога народа. И мада је беспрекорно владао француским књижевним језиком, увек и само на српском је хтео да пише.

Његово велико дело, баш као и ова биста, није ништа друго доли победа над заборавом.

Светлана Мирчов

БИБЛИОГРАФСКИ РАД ГОЈКА НИКЕТИЋА

Гојко Никетић, правник, адвокат, уредник, коментатор и издавач многих закона и аутор прве целовите правне библиографије у Срба, данас је готово заборављен. Податке о њему доносе само *Народна енциклопедија српско-хрватско-словеначка* Станоја Станојевића, *Свезнање*, јубиларни *Каталог издања (1901–1935)* Издавачког и књижарског предузећа Геца Кон[1] и неколико докумената похрањених у Архиву Србије. На основу расположиве грађе знамо да је Гојко Никетић рођен 1. јуна 1881. године у Београду, да је његов отац Петар Никетић био учитељ, да је гимназију завршио у Нишу и да је Правни факултет у Београду уписао 1903. а дипломирао 1908. године, пре 14. јуна[2]. Током студија радио је као декански преписивач, и на то место, због других обавеза, дао оставку 27. децембра 1907. године[3]. По завршетку студија, прво је био судски писар, па септембра 1910. године адвокатски приправник, а затим је 1911. године отворио адвокатску канцеларију у Београду. Докторанд Гојко Никетић је 30. маја 1910. положио усмени докторски испит из судске (приватно право) групе са одличним оценама (све петице). Докторску тезу *О правном карактеру експропријације*[4], коју су му читали професори Живојин М. Перић и Нинко Перић, одбранио је 15. марта 1923. године. Комисија у саставу: председник, декан професор Драгољуб Аранђеловић и чланови, професори Живојин М. Перић и Живан Спасојевић једногласно се сложила да је кандидат писмени докторски испит

1 Примерак Каталога који је похрањен у фонду Библиотеке Правног факултета у Београду је са посветом Геце Кона професору Живојину Перићу.

2 Г. Никетић је 14. јуна 1908. године упутио молбу ректору да му изда диплому и у њој навео да је „сиротог стања“. Документ се чува у Архиву Србије, У.Б. Ф. р. 48/1908.

3 Архив Србије, У.Б. Ф. IV, р. 228/907.

4 У неким изворима погрешно се наводи наслов тезе као *О правној природи експропријације*.

положио са одликом. Никетић је од 1912. године учествовао у свим отаџбинским ратовима. О његовом каснијем животу не зна се много. Није се женио, живео је сам и био помало особењак. Гојко Никетић је, по усменом саопштењу рођаке која је кћи његовог синовца, страдао у својој кући приликом великог бомбардовања Београда 16, 17. или 18. априла 1944. године. Бомба је разрушила Никетићеву кућу, он је погинуо, а страдала је и његова пребогата лична библиотека.

Док су подаци о животу Гојка Никетића веома оскудни, његова радна и стваралачка биографија изузетно је богата, јер је он био личност темељних и разноликих интелектуалних интересовања. *Српска ретроспективна библиографија. Књиге 1868–1944*, највећа ризница података и најзначајније културно-историјско сведочанство нашег народа, бележи 43 монографске публикације овог аутора и то неколико правних расправа, нарочито из области приватног права, затим дванаест књига *Одлука опште седнице Касационог суда* (од 1922. до 1929), које је он средио, па *Грађански судски поступак Краљевине Србије* (издања 1914. и 1921), *Грађански законик Краљевине Србије* (издања 1909. и 1922), *Казнени законик и кривични судски поступак* (издања 1911, 1920, 1924), *Трговачки законик и стечајни поступак Краљевине Србије* (издања 1914. и 1923), као и више закона. Никетић је, поред тога, од 1920. године издавао код Геце Кона едицију *Збирка закона протумачених и објашњених судском и административном праксом* у којој је објављено 243 свеске законика, закона, уредаба, регистара, правилника, уговора и др., од којих су неки наслови имали и више издања. Никетић је био покретач и уредник *Месечника за законодавство, правосуђе и администрацију* који је излазио у Београду током 1924. године, издавач је био Геца Кон и објављено је 12 свезака у 4 књиге овог часописа. Никетић је приредио и *Административни речник места Краљевине Југославије* који је као сопствено издање објавио 1931. године.

Библиографска дела Гојка Никетића су: *Правна библиографија чланака и књига у српској књижевности до краја 1905. године, Библиографија Грађанског (са Међународним – приватним) и Кривичног права са поступцима до краја 1905. године* и *Библиографија Јужнословенске повремене штампе до краја 1934. године. Књига прва.*

Никетићева *Правна библиографија* заузима веома значајно место међу специјалним библиографијама објављеним код нас до 1944. године. Он је ову *Библиографију*, као и његов велики претходник у библиографском раду, Стојан Новаковић, објавио у двадесетшестој години живота. У поменутом *Каталогу издања (1901–1935)* Издавачког и књижарског предузећа Геца Кон, објављеном

у Београду 1935. године, који је израдио библиотекар Народне библиотеке у Београду, правник Михаило Подољски, у уводу пише: ,,По обичају који влада за библиографије овакве врсте, наводимо првих двадесет књига да би се видело у каквим је размерама и у којим областима почео издавачки рад г. Геце Кона“[5]. Као двадесету у низу, Подољски наводи *Правну библиографију чланака и књига у српској књижевности до краја 1905. године*.

Млади библиограф Гојко Никетић је за мото свога рада узео латинску изреку: *Qui scit ubi scientia, habenti est proximus* (Онај ко зна где се знање налази, најближи је ономе који зна). У Предговору *Библиографије* аутор истиче да је по савету др Чедомира Митровића преузео сређивање српске правне библиографије, наводећи да је у нас до тада једино Стеван Максимовић, правник из Пожаревца, дао два библиографска прилога, који су објављени у часописима *Право* (из 1861) и *Бранич* (из 1905), али да су они обухватали ,,много ужи круг него што је овим учињено“. *Правну библиографију* издао је *Архив за правне и друштвене науке,* објавила Издавачка књижарница Геце Кона, а штампала Нова штампарија Давидовић у Београду 1907.

Библиографија је по обиму грађе коју обухвата исцрпна, што и сам аутор у предговору потврђује: ,,Не претендујући никако на потпуност, јер се у нас, нарочито правничке књиге, ретко приказују и обзнањују, као што се ретко и купују, утолико пре што пре дуже времена није у нас било ни једног правничког листа, ја ипак мислим, да смем рећи, да су празнине у овој збирци сведене на најмању меру“[6]. *Библиографија* садржи 2.760 библиографских јединица и пописује 2.040 чланака у часописима и 720 књига и посебних отисака, али је стваран број јединица много већи јер је Никетић у оквиру једне библиографске јединице наводио све периодичне публикације у којима је исти чланак објављен, или пак сва издања једне књиге. Библиографски опис рађен је по тадашњем методу Међународног библиографског удружења, а целокупна грађа сврстана је у деветнаест тематских целина које покривају све области права, с тим што последња група *Разна грађа*, садржи зборнике закона и уредаба, протоколе и стенографске белешке Народне скупштине и Сената Краљевине Србије, затим статистичку грађу, као и разну другу грађу сродну правним наукама. *Библиографија* неминовно бележи и дела из сродних наука, која поред правне тематике дотичу и економију, историју, филозофију, етнологију, медицину и теологију. Нумерација *Библиографије* је континуирана, распоред грађе у оквиру целина је азбучни, по презименима аутора,

5 *Каталог издања (1901–1935)*, Београд, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, 1935, стр. XV.

6 *Правна библиографија*. Предговор.

с тим што су аноними на почетку, а аутор у анониме сврстава и прилоге и књиге потписане иницијалима. Прво су бележени прилози објављени у периодичним публикацијама, а затим књиге и посебни отисци.

Овај врстан, пионирски библиографски рад пружао је преглед стања и развоја правних наука у нас у распону од равно једног столећа (најстарија пописана књига: *Књига о должности подаников к њихову монарху*, објављена 1805. године у Будиму), а данас је и драгоцени приручник за историчаре и теоретичаре права, али и својеврсни поменик знаменитих делатника попут: Јована Авакумовића, Драгољуба Аранђеловића, Валтазара Богишића, Велимира Бајкића, Добривоја В. Бакића, Луке Грђића Бјелокосића, Стојана Бошковића, Томе А. Братића, Војислава Вељковића, Миленка Веснића, Луја Војновића, Вука Врчевића, Михаила Вујића, Миленка Вукићевића, Милутина Гарашанина, Глигорија Гершића, Нићифора Дучића, Андре Ђорђевића, Владана Ђорђевића, Ђорђа Ђорђевића, Јована Ердељановића, Томе Живановића, Живојина Жујовића, Владимира Јакшића, Велизара Јанковића, Алексе С. Јовановића, Владимира Јовановића, Милана Јовановића-Батута, Слободана Јовановића, Вука Стефановића Караџића, Љубомира Ковачевића, Николе Крстића, Косте Куманудија, Рајка Лешјанина, Стевана Максимовића, Божидара В. Марковића, Димитрија Матића, Аћима Медовића, Чедомиља Мијатовића, Драгутина Мијушковића, Никодима Милаша, Милована Ђ. Миловановића, Чедомиља Митровића, Јакова Јаше Ненадовића, Андре Николића, Момчила Нинчића, Стојана Новаковића, Ђорђа Павловића, Стевана Р. Павловића, Живојина Перића, Настаса Петровића, Николе С. Петровића, Милана С. Пироћанца, Стојана Протића, Милића Радовановића, Јована Рајића, Мите Ракића, Владислава Рибникара, Станоја Станојевића, Војислава Суботића, Јована Суботића, Јаше Томића, Јована Томића, Симе Тројановића, Ђорђа Ценића, Косте Цукића, Аћима Чумића, као и многих других заслужних имена ондашње Србије.

Да се српско право ослањало на достигнућа и токове европског и светског права сведоче у овој *Библиографији* пописани преводи дела познатих страних правника, филозофа и других научника, попут Аристотела, Валтера Беџота, Гастона де Буржа, Фридриха Енгелса, Виктора Игоа, Константина Јиречека, Карла Кауцког, Фистала де Куланжа, Ксенофонта, Гистава Лебона, Макијавелија, Џона Стјуарта Мила, Томаса Меколија, Монтескјеа, Прудона, Русоа, Адама Смита, Херберта Спенсера, Алексиса Токвила, Павела Јозефа Шафарика. Као преводиоци дела наведених аутора потписују се, између осталих, и Стојан Антић, Јован Аћимовић, Добривоје В. Бакић, Миленко Веснић, Гавро Вуковић, Глигорије Гершић, Милан Дамјановић, Ђорђе М. Ђорђевић, Живојин

Жујовић, Владимир Јовановић, Милоје Ж. Јовановић Мајданац, Светозар Јовановић, будући краљ Србије – кнежевић Петар А. Карађорђевић, Урош Кнежевић, Никола Крстић, Божидар В. Марковић, Милан Ст. Марковић, Никола Марковић, Таса Ј. Миленковић, Милан Ђ. Миловановић, Живко Милосављевић, Тодор Недељковић, Гојко Павловић, Лазар Пачу, Настас Петровић, Ђорђе Поповић, Милош Поповић, Душан А. Станковић, Коста Таушановић, Сима Филиповић, Милош Н. Христић и многи други интелектуалци тога доба.

Библиографију допуњава регистар пописаних периодичних публикација, назван *Извори*, и у њему је наведено 62 часописа и листа који су излазили у периоду од 1825, прве године излажења нашег најстаријег часописа – *Летописа Матице српске*, до 1905, завршне године обухваћене *Библиографијом*. Пописана периодика је објављивана у Србији, Војводини и Босни, и то највише у Београду, затим у Новом Саду, Панчеву, Сремским Карловцима, Шапцу, Вршцу, Земуну, Крагујевцу, Сарајеву, али и у Бечу, где су понекад објављиване српске књиге и периодика. За сваку периодичну публикацију наводи се назив, имена свих уредника, место и године издања, а то су данас веома ретки и драгоцени подаци. Међу пописаним периодичним публикацијама су оне које су се поглавито бавиле правним наукама: *Бранич, Правник, Право, Српски правник, Полицијски гласник, Судски лист, Трговински гласник, Глас права, судства и администарције, Говорница, Финансијски преглед,* али и *Летопис Матице српске, Отаџбина, Видело, Дело, Годишњица Николе Чупића, Српски књижевни гласник, Просветни гласник, Босанска вила, Даница, Јавор, Стража, Коло, Просвјета,* па од листова *Србске (касније Српске) новине, Београдске новине, Београдски дневни лист, Одјек, Самоуправа, Панчеваац, Српски дневник* итд. Мана ове *Библиографије* је што је не прате ауторски и хронолошки регистар који би повећали њену информативност и омогућили лакше претраживање пописане грађе. Аутор у предговору наглашава да ће се овај библиографски рад наставити и допуњавати у тек покренутом *Архиву за правне и друштвене науке,* те ће тако српска библиографија прва бити потпуна и из ретроспективне ће се наставити у текућу.

Друга два библиографска рада Гојка Никетића нису ни по обиму ни по значају равна *Правној библиографији.*

Библиографија Грађанског (са Међународним приватним) и Кривичног права са поступцима до краја 1905. године, у ствари је посебан отисак из *Правне библиографије* и обухвата њене прве четири тематске целине. Садржи 889 библиографских јединица, од тога 759 прилога у часописима и 130 књига. Претпостављамо да је

ова грађа била најзанимљивија и највише коришћена, па је због тога објављена као сепарат.

Гојко Никетић је, како се наводи у јубиларном *Каталогу издања Геце Кона (1901–1935)*, покренуо 1935. године *Општу јужнословенску библиотеку* „која ће поступно доносити Библиографију јужнословенске повремене штампе до краја 1934. године“. Прва и једина књига објављена у овој едицији је Никетићева *Библиографија јужнословенске повремене штампе до краја 1934. године*, објављена у Београду 1935. године. Библиографија садржи аналитички попис прилога у шест часописа: *Бранково коло*, *Књижевник*, *Зора*, *Србадија*, *Српске илистроване новине* и *Седмица*.

И у овој Библиографији аутор је грађу средио по тематским групама, а у оквиру тих целина азбучно, по презименима аутора, али тако да сви прилози истог аутора чине једну библиографску јединицу. Библиографија није нумерисана и не прате је регистри, али је и поред тога њена информативна вредност веома велика, чему доприносе и драгоцени и исцрпни подаци који се односе на хронологију излажења часописа, место издања, уреднике и власнике, и све промене везане за живот пописаних часописа. За ову *Библиографију* може се слободно рећи да је један од првих покушаја израде модерне библиографије прилога у часописима и она је и данас неопходан извор података за сваког истраживача српске књижевне историје и српске периодике.

Овај сажети преглед стваралачког рада Гојка Никетића потврђује да његово име и дело заслужују трајно памћење, како због изванредно великог доприноса развоју нашег права, тако и због посвећења заметном, али веома корисном послу израде библиографија.

Данило Н. Баста

МЛАДИЋКИ РАДОВИ СЛОБОДАНА ЈОВАНОВИЋА[1]

Издање *Сабраних дела Слободана Јовановића* у дванаест томова, које су приредили, сада већ обојица покојни, Радован Самарџић и Живорад Стојковић, а 1990–1991. године објавили БИГЗ, Југославијапублик и Српска књижевна задруга, значило је велики корак у настојању да се на једном месту нађу текстови тог нашег истинског великана. У првом тому објављен је и ,,Библиографски преглед радова Слободана Јовановића", који је, по хронолошком редоследу, сачинила Милана Ђурђулов. Испоставило се, међутим, да ни то издање ни та библиографија нису били потпуни. Накнадно се показало да је Јовановићево дело богатије и самим тим опсежније, јер је његова списатељска делатност започела две године раније него што се до тада узимало и веровало, тј. да је Јовановић почео да објављује као двадесеттрогодишњи младић, већ 1892, а не тек 1894. Несумњива је заслуга Станише Војиновића који је, идући при том и трагом Ива Тартаље, мукотрпним истраживачким радом по разним нашим библиотечким и архивским фондовима открио више од тридесет до сада непознатих радова Слободана Јовановића из периода 1892–1902. године. Објављени под разним псеудонимима (нпр. Puck, Yorick, Bob), иницијалима (нпр. C. J., J.) и у разним ондашњим гласилима (нпр. ,,Србија", ,,Видело", ,,Ред", ,,Српски преглед", ,,Зора", ,,Босанска вила", ,,Нова искра" и др.), ти до јуче незнани Јовановићеви радови, чије је ауторство непобитно утврђено, прештампани су сада после толиких деценија, и на тај начин, као нека врста допуне његових *Сабраних дела*, учињени приступачним данашњим читаоцима. Тим читаоцима лектира ће бити знатно олакшана ако се упознају с ваљаном текстолошком анали-

1 Слободан Јовановић: *Непознати радови 1892–1902.* Приредио Станиша Војиновић (Филип Вишњић, Београд, 2005).

зом коју је у свом поговору, под насловом ,,Изазови сабраних списа“, дао Душан Иванић.

На почетку свога стваралачког пута, који ће, на срећу и добробит наше културе, трајати дуже од шездесет година, Слободан Јовановић је писао и објављивао књижевну и позоришну критику. Будући велики историчар, теоретичар државе, правни писац, социолог, портретист итд., започео је свој списатељски посао на једном друкчијем тлу, на тлу уметности – истина, не као уметнички стваралац, него као неко чији је критички дух окренут књижевном и позоришном збивању, оним уметничким областима, дакле, у којима реч и говор имају средишњу улогу и пресудан значај. Као младог духовног делатника, Јовановића је – ваља то запазити – превасходно привлачила уметност речи. То, зацело, не може бити случајно. Код њега се зарана испољила изразита склоност ка моћи језика, његовом облику, лепоти, изражајности. Ту ће склоност доцније не само задржати него и пажљиво неговати. Сви његови будући текстови – и научни, и есејистички, и најобимнији, и најкраћи – свагда ће бити уобличени језички беспрекорно, тј. узорно, носећи на себи, за око које је кадро да то примети, печат његове ране склоности, преданости и посвећености великим, често скривеним могућностима српскога језика. Његови радови, без изузетка, јесу пример и образац научне прозе високе књижевне вредности.

Али у овом запису се не може ближе говорити о раним Јовановићевим радовима посвећеним појединим књижевним делима и позоришним представама. Ваља само запазити да је млади Јовановић љубопитљиво и помно пратио наш књижевни и позоришни живот деведесетих година претпрошлог века, да је показивао истанчан дух у расуђивању и одважност у оцењивању, градећи тако свој препознатљив критичарски лик. За узврат, осврнућемо се на његове новооткривене политичке чланке из тог времена.

Иако сачињавају мањи део ове књиге, Јовановићеви рани политички чланци привлаче знатну пажњу и сами по себи, али и због тога што се у некима од њих налазе (или наслућују) мисаони зачеци неких Јовановићевих потоњих – зрелих и развијених – радова. Леп пример за то пружа његов чланак ,,Гледстон“, објављен у ,,Реду“ 24. фебруара 1894. године. У њему је Јовановић саопштио језгро онога што ће, четрдесет четири године касније, изложити шире и потпуније у монографији *Гледстон* (Југо-Исток, Београд, 1938). Тако се Јовановићев ,,Гледстон“ из 1894, чланак младића од двадесет пет година, показује као праоблик његовог *Гледстона* из 1938, књиге човека од шездесет девет година, сада већ чувеног представника-предводника наших духовних наука.

Држећи да је Гледстон знаменита политичка појава и да је његова улога у новијој историји Енглеске велика, млади Јовановић

је, да би томе дао што снажнији израз, прибегао једној паралели, позвавши се на Виктора Игоа који је за Мирабоа казао да није био човек, него догађај, и одмах о Гледстону додао: ,,То није био човек, то је била револуција“ (193). Својом револуцијом од 1789. Француска је извела политичку обнову и освојила политичке слободе уз проливање крви, док је исти циљ у Енглеској постигнут поступно и путем реформи. Према Јовановићу, тај подухват је извео ,,један енергичан министар, и тај је министар био Гледстон“ (193–194). На свом еволутивном путу од аристократије ка демократији Енглеска, истиче Јовановић, ,,није имала потпунијег представника од Гледстона“ (194). Међутим, одмах се назире и ограничење Гледстоново. Он је био човек политичке обнове. Према социјалној обнови, све прешнијој и неизбежнијој, он је ,,остао савршено туђ“ (195).

Јовановић је запазио да је Гледстонов политички рад био негативан. Знао је шта неће, али не и шта хоће. Рушио је старо, дотрајало и превазиђено, али не знајући најтачније шта ново треба да се изгради. Осим тога, Гледстон, како га види млади Јовановић, није имао велике оригиналности ни у својим политичким идејама. Углавном је ишао за већ постојећом струјом, прилагођавајући јој се вешто. То је за Јовановића, с добрим разлозима, био довољан повод да о демократским политичарима и државницима искаже једно општије сазнање које садржи трајну истину, несумњиво вредну опомињања и у нашим приликама рудиментарне, транзиционе демократије. С Гледстоном на уму, он вели: ,,Са свима демократским државницима изгледа да је тако. Њихова се сва вештина састоји у томе да предвиде покрете у народу и да им се што брже прилагоде. Са доласком демократије биће да је нестало међу државницима оригиналности. Од њих се више не тражи да сами имају мисли: доста је ако туђе мисли могу одмах да погоде“ (196).

С помањкањем оригиналности код демократских политичара иде руку под руку њихова несталност. Она је последица околности да се демократски политичар свагда прилагођава променама и ћудима јавног мњења. То важи данас једнако као и у Гледстоново време. За овога је Јовановић рекао да нико није био у тако тесној и присној заједници са мњењем своје земље као он. Јовановић, при том, није имао у виду неку Гледстонову олаку превртљивост или неко његово слепо тумарање. Напротив, за непрекидно мењање тог великог енглеског државника рекао је, сасвим недвосмислено, да се ,,потпуно слаже са природном еволуцијом самог енглеског друштва“ (197). Може ли за правог и одговорног политичара бити ичега пожељнијег од његовог непрекидног преображавања у складу с развојним потребама и важним интересима државе и друштва у којима делује?

Младом Јовановићу није промакло да је Гледстон био од оних политичких људи који су добро схватили огроман значај јавног

мњења и умели да га за себе политички искористе. Са жаоком ироније, једним списатељским средством којим се радо и често служио како млади, тако и позни Јовановић, написао је: ,,Гледстон је имао тисућу начина да јавно мњење заинтересује за себе. Пре свега, био му је једнако пред очима. Писао је, говорио, путовао, разговарао више но ико други. Он само што се није у излог метнуо“ (197–198). У тај излог, читај: на телевизијски екран, данас се ,,међу“ и сасвим осредњи, па и безначајни политичари. Само, они то не чине да би ослушнули глас јавног мњења, тј. глас народа у чије име и за чије добро, тобоже, раде, него да би то мњење скројили по својој мери и својој користи. А у томе је, мора се признати, велика разлика између нашег и Гледстоновог доба, између данашњих и ондашњих политичара.

Приводећи крају свој чланак о Гледстону, млади Јовановић, пошто га је приказао као политичара, запитао се какав је он човек. Нашао је да у њему има свега помало: и суптилног богослова, и фарисеја, и практичног човека, и утописте, и трибуна, и апостола, и проповедника, и џентлмена, и беседника. Да је све то тешко, ако и немогуће измирити, то је извесно. По Јовановићевом виђењу, у Гледстону су биле спојене две ствари које најчешће не иду заједно – он је имао искрена уверења, али и највеће политичко искуство. Искрен и поштен у мислима, он је у исти мах умео да буде вешт рачунџија и прворазредан тактичар. ,,Он има, на тај начин, два лица; једно с ког изгледа апостол; друго с ког изгледа један политичар крајње препреден“ (200). То, међутим, није све. За младог Јовановића, Гледстон је на дну своје душе ипак био добар. Свој чланак о том енглеском политичару завршио је овако: ,,Кад је реч о његовој доброти, ми Срби не смемо у њу да сумњамо“ (200). (Јовановић је при том свакако имао на уму Гледстонов став, тако рећи узвик: Балкан балканским народима, који је у оно време имао дубок ослободилачки смисао.) А сме ли данашњи нараштај Срба да сумња у доброту данашњих енглеских политичара? Ако се, примера ради, помисли на једног Педија Ешдауна, онда је одговор јасан.

Поред ,,Гледстона“, још два Јовановићева политичка чланка из 1894. године имају, да се тако каже, енглеску тему. Оба пута, међутим, та енглеска тема дотакнута је и обрађена с непосредним погледом на Србију, дакле не чисто академски и неутрално, него заинтересовано и опредељено.

У чланку ,,Отаџбина у опасности!“, који се у ,,Реду“ појавио 12. фебруара 1894, Слободан Јовановић упозорава на писање двају енглеских листова, *Тајмса* и *Стандарда.* Тако је онај први ,,изјавио да нико (тј. да он) неће жалити, ако једног дана Србија нестане“, а затим је овај други саопштио/предложио и начин на који ће

Србија престати да постоји. По том *Стандардовом* плану, Србију би поделиле Аустрија, Румунија и Бугарска. Наравно, требало је навести и разлоге предложене поделе, тј. нестанка Србије. Те енглеске новине виде их у томе што је Србија постала легло нереда услед жестоке партијске борбе која ће на крају довести или до укидања устава и успостављања диктатуре или, пак, до власти једне претеране странке ,,у којој остала Европа не може имати довољно вере“ (179). (Асоцијације које та *Стандардова* реторика побуђује после више од сто година, неизбежне су!)

Само по себи се разуме да је Јовановић сместа прионуо на оповргавање писања поменутих енглеских листова. *Стандардов* опис стања у Србији означио је као тенденциозан. Прекор да је Србија легло нереда сматрао је смешним у време када Француску, како наводи, свако јутро изненађује нова експлозија, када је у Италији колико јуче престао грађански рат и када у Немачкој странка социјалне револуције само што није стекла већину у парламенту. Да се и не говори о самој Енглеској. Млади Јовановић поентира када *Стандарду* узвраћа: ,,Зар они немају Ирску која је право легло хајдучко, и зар није, пре неки дан, њихов министар унутрашњих дела рекао у сред парламента да је Енглеска постала легло свију анархистичких преврата“ (180)? Но, све и да *Стандард* има разлога да стрепи од диктатуре у Србији, он не може имати право. Јовановић разоткрива опаку и злураду дволичност стране дипломатије у односу према Србији, пишући: ,,Јер, што би се у томе случају добило то је једно стање приближно ономе које данас у Бугарској влада и којега је најодушевљенији поборник баш тај исти *Стандард*. Али, страна је дипломација така: у Србији брани устав, а у Бугарској брани Стамбулова“ (181).

Безброј сукоба у некој земљи наводити као разлог за њену поделу и нестанак са политичке карте, исто је што и безумље. Јовановић још једном разобличава безочну и бестидну дволичност када пише: ,,Нас хоће да деле за то што имамо партије које се мало страсније кавже, а међу тим у Италији се кавже између себе провинције, у Немачкој династије, а у Аустрији читаве народности, и за то нико ни ружне речи нема“ (181).

Свестан да су *Стандардови* разлози изнети тек као изговор, и да није довољно да се они уверљиво оповргну и обеснаже, млади Јовановић је, закључно, прибегао међународном праву које, заснивајући се на начелу народности, ,,не допушта поделу једног народа између друга три. То је могло бити с Пољском у XVIII веку; то не може бити са Србијом у XIX“ (182). Томе је, можда већ тада знајући за границе моћи и делотворности међународног права, додао још две ствари. Прва је да смо ми, ма колико поцепани изнутра, пред туђином увек сложни. Друга је Јовановићев апел на ,,патриотизам

свију партија“ (182). Он је при том био довољно разложан да не затражи обуставу борбе међу партијама, али је замолио за примирје које је ,,потребно да се сви заједно разговарамо о тешкој ситуацији у којој се наша земља налази“ (182). Била је то зрела и трезвена реч једног родољубивог младића који је у писању ондашње енглеске штампе видео озбиљан знак и сместа реаговао стрепећи да је отаџбина у опасности. Али та реч је и данас једнако зрела и трезвена, па би наши политички људи који се налазе на највишим местима у држави, непосредно суочени с далекосежним судбоносним одлукама, добро поступили када би је имали на уму, тј. када би међусобну и међустраначку кавгу оставили по страни и сабрали се око наших најважнијих државних и народних интереса.

У чланку ,,Енглеска“, објављеном у ,,Реду“ 15. фебруара 1894, Јовановић је настојао да покаже да злослутне гласове о распарчавању и нестанку Србије водећи енглески листови нису ширили ни у име енглеске публике ни у име енглеске владе, него у туђе име и за туђ рачун. Откуда то? И чиме се то може објаснити? Јовановић је нашао објашњење у слободи, читаности и утицајности енглеске штампе: ,,Енглеска је штампа тако слободна да се њоме користе не само енглески политичари, него и не енглески“ (184). Због тога су многи заинтересовани да своје идеје и планове пусте баш у енглеске новине. ,,Отуда и долази да обично енглеска штампа спрема свет за догађаје што предстоје, или их куша како би се догодили. У тој сврси служе се њоме политичари свију земаља. Она је, управо, једна међународна агенција за обзнане. У сваком случају, она је та која сваком озбиљнијем плану извидницом служи“ (185). – Треба се добро замислити над тим речима младога Слободана Јовановића. И питати се: Не игра ли, можебити, данашња енглеска штампа исту ону улогу коју је играла и у време када је Јовановић записао наведене речи? Не спрема ли она и данас, ништа мање него онда, свет за предстојеће догађаје и, штавише, не куша ли их како би се заиста и догодили?

Најзад, пажњу заслужује и Јовановићев чланак ,,Наши непријатељи“, такође објављен у ,,Реду“, само два дана касније него претходни, 17. фебруара 1894. У њему је млади аутор коначно открио чије је, заправо, мишљење које се у *Стандарду* и *Тајмсу* потура као енглеско. Према Јовановићу, оно потиче из бечких и пештанских листова. Што се у енглеским новинама појавило о подели и крају Србије, то је само одјек онога што су о томе писали *Нова слободна преса* и *Пестер Лојд*. Енглески листови су само извели закључак из писања тих бечких и пештанских новина. Инспиратори тих новина добро су процењивали када су веровали да ће њихов подмукли план о подели Србије, објављен у водећим енглеским новинама, деловати озбиљније и објективније, и да ће изазвати занимање европског мишљења, будући да се појављује у

листовима ,,једне земље, *која није непосредно заинтересована у подели Србије*“ (188; подвлачење Јовановићево). Уопште узев, аустроугарска штампа је, по Јовановићевом суду, била постојано злонамерна према Србији, тврдећи да у Србији мира нити има нити га може бити. Страховиту кампању водила је против радикалне владе док је ова управљала српском државом. Јовановић није погрешио када је уствpдио: ,,Што је код те кампање најважније: њој није задатак толико био да омаловажи радикалну владу, колико да омаловажи српски народ...“ (189). То се најбоље види по томе што та кампања није престала ни онда када је радикална влада сишла са власти. Аустроугарска штампа је поново тврдила да је мир тек сада у опасности. Јовановић је прозрео и извргнуо подсмеху ту изопачену псеудологику: ,,Одиста, чудна једна логика, по којој један пут мира нема за то што су радикали на власти, а други пут опет, он долази у опасност за то што радикали нису више на влади“ (189)!

Политички чланци младог Слободана Јовановића о којима је овде било речи, они с енглеским темама, сведоче о његовом будном праћењу и добром познавању енглеских прилика, особито енглеске политике и штампе, поготово онда када је то било од интереса за Србију. Тај интерес за Србију био је и прави разлог што је писао о енглеским темама. Оштрог погледа и окретног ума, уз то јасан у излагању и уверљив у аргументовању, млади Јовановић је већ тада показивао одлике које ће га красити и као зрелог писца. Енглеску ће и доцније пратити, портретишући њене истакнуте личности (Карлајла, Балфура, Морлија и друге) и пишући о њој нашироко у својим *Примерима политичке социологије. Тешко је рећи да ли у свему томе има неке нејасне, разуму недоступне слутње, али се ипак догодило да је Енглеска, која га је занимала још као младића, постала за Слободана Јовановића, тако рећи, судбинска земља, земља у којој је преминуо и у којој још (да ли и заувек?) почива.*

ПРИКАЗИ И БЕЛЕШКЕ

Легенде београдског универзитета

Једна занимљива и вредна серија публикација

Под горњим насловом Универзитетска библиотека „Светозар Марковић“ у Београду почела је од пре извесног времена да организује изложбе и разговоре и да с њима у вези издаје пригодне публикације које прате сваку изложбу, и то све с намером да представи „оне професоре са нашег најстаријег универзитета, који нису више међу живима, а који су својом професионалном и ванпрофесионалном биографијом обогатили духовни живот нашег народа“. Један заиста занимљив и вредан подухват коме, колико нам је познато, наша културна јавност није до сада поклонила ону пажњу коју заслужује. Додуше, изложбе су биле па прошле, а разговори су се водили и предавања су држана док су изложбе биле у току. Међутим, оно што је остало јесу публикације о личностима којима су изложбе и разговори били посвећени. О њима је у овом приказу реч. При том је потребно нагласити да је свака публикација посвећена једној личности. Она није каталог који у стандардном смислу прати изложбу, мада га организатор назива каталогом (а и ми ћемо га тако звати), нити је у питању научна монографија о личности. То су веома укусно опремљене књижице о личностима којима су посвећене, с много фотографија, факсимила, репродукција, цртежа и свега оног што је у вези с њиховим укупним животом, радом и делом. Само читање ових каталога веома је олакшано на тај начин што то није текст који се ниже *in continuo* – а који би, ако би био представљен у том облику, могао да буде монотон – већ је састављен од кратких, језгровитих и самосталних текстуалних целина од по неколико редова, али сложених систематски, у оквиру одређених поглавља, која, укупно узев, дају целовиту слику о животу, раду, делима, па и о најглавнијим идејама и, евентуално, открићима до којих су одабране личности долазиле. Наравно, на популаран начин (колико се то могло) – јер су каталози намењени не само научној и стручној јавности већ и сваком нашем образованијем грађанину који би се заинтересовао за неку од личности о којој је реч. Кажемо углавном, јер се у каталогу дају веома исцрпне

библиографије и прегледи дела сваке од личности, као и онога што се о њима писало, и то поштујући управо научну и стручну акрибију.

До сада су се појавила четири каталога (који су пратили изложбе): о математичару Михаилу Петровићу Аласу, о проучаваоцу класичних језика и античке културе Аници Савић Ребац, хистологу и сексологу Александру Ђ. Костићу и архитекти, историчару и проучаваоцу градитељства у нас Александру Дероку. Но изложбе и каталози обележавају тек почетке ове активности Универзитетске библиотеке „Светозар Марковић“. Предвиђа се одржавање још читавог низа изложби, разговора, предавања и каталога о знаменитим наставницима Београдског универзитета, свима онима који су оставили трага не само у науци и струци коју су представљали, него и у „ванпрофесионалним“ активностима.

Избор личности, како се наводи у уводној напомени организатора, условљен је пре свега „ставовима научне јавности“, али и „квалитетом грађе“ која на изложбама може да се представи. Из тога нормално произлази да редослед њиховог представљања не значи рангирање по значају и вредности дела сваке од њих за нашу науку и културу. Он ће зависити највише од тога колико је релевантног материјала организатор успео да сакупи, јер је првенствени циљ ових изложби и каталога да се о одабраном универзитетском наставнику добије што вернија и што потпунија слика.

Да подсетимо да је организатор, то јест Универзитетска библиотека „Светозар Марковић“, предвидео да се излагања на предавањима, која се организују приликом сваке изложбе, штампају у посебном зборнику. Свеске зборника објављиваће се на сваке две године. Зборник треба да носи наслов циклуса, то јест *Легенде Београдског универзитета*. Но у овом осврту о том Зборнику не може још увек ништа да се каже, јер прва свеска треба да се појави тек крајем ове године, када Београдски универзитет слави сто година од свог оснивања.

Висока вредност каталога постигнута је захваљујући, пре свега, ауторима, који су истовремено били и аутори изложби. То су стручни радници Универзитетске библиотеке „Светозар Марковић“: библиотекар саветник Марија Вранић-Игњачевић (коаутор сва четири до сада објављена каталога), библиотекар мр Драгана Бесара (коаутор каталога *Михаило Петровић Алас*, *Аница Савић Ребац* и *Александар Ђ. Костић*) и сарадник Дубравка Милошевић (коаутор каталога *Аница Савић Ребац*, *Александар Ђ. Костић* и *Александар Дероко*). Такође треба поменути и име креатора дизајна Мирјане Пиштало-Глигоријевић због изванредне опреме каталога.

Аутори су уложили велики труд у сакупљање материјала, његово сређивање и обраду, како би га презентовали посетиоцима изложби и читаоцима. И заиста, све што се у каталозима налази представља прворазредни документациони материјал и делује импресивно. При том бисмо посебно истакли веома пажљиво и савесно навођење обиља чињеничких података, као и исцрпне библиографије радова како личности о којима је реч, тако и других који су писали о њима и њиховим делима, и њихових савременика и каснијих аутора. Као уводни текст, у сваком од каталога објављује се напис једног или неколико најпознатијих стручњака за области којима се одабрана личност бавила. Проф. др Љиљана Црепајац написала је изванредан уводни текст под насловом *Срж стваралаштва Анице Савић Ребац*, а у каталогу о Александру Дероку објављена су чак два изврсна прилога, проф. др Бранислава Миленковића и арх. др Михаила Митровића, професора универзитета. Уводни текст у публикацији о Михаилу Петровићу Аласу написао је проф. др Драган Трифуновић, који се, како се види из библиографије која је објављена у каталогу, и раније бавио животом и делом овог нашег великог математичара. Најзад, да споменемо да је аутор уводног текста под насловом *Уместо предговора* у каталогу посвећеном Александру Ђ. Костићу, познавалац његовог дела и његов поштовалац проф. др Рубен Хан.

Већ сам досадашњи избор наставника Београдског универзитета потврђује да се ради о личностима које су својим радом и делом значајно допринеле не само областима које су биле главно поље њихове делатности, него и унапређивању наших знања и нашег духа уопште. Све ове личности којима су посвећене досадашње изложбе и каталози биле су признати делатници у науци, култури и уметности, људи широког духа, који су излазили изван граница својих дисциплина и урањали у културно-историјске, уметничке и научне области каткада врло удаљене од њиховог позива.

Зар је у вези с оним што је речено потребно подсећати на путописе Михаила Петровића Аласа – *Кроз поларну област*, *У царству гусара*, *С океанским рибарима* и друге – или на његову књигу *Роман једуље*, који смо ми који припадамо старијим генерацијама, као тинејџери, а и касније, читали такорећи без даха. Из њих смо стицали знања, као из најпоузданијег извора, о свету науке, али и о животу у крајевима и географски и временски од нас далеким, на један широко приступачан начин. Али из каталога посвећеног Михаилу Петровићу Аласу сазнаје се и много више од тога. Познато је да се страствено бавио рибарењем на Дунаву (због тога су га и прозвали „Мика Алас“). Колико је био изванредан познавалац дунавског риболова и колико га је он у животу заокупљао – многи ће дознати тек из овог каталога. Михаило Петровић Алас је поседовао оригиналне примерке првих застава Београдског

рибарског удружења. Ту је и фотографија брода ,,Караш“, који је принц Ђорђе Карађорђевић купио за паробродство Мике Аласа, основано 1920. године. М. Петровић је такође успео да наговори једног од највећих добротвора Београдског универзитета Луку Ћеловића Требињца да купи један стари магацин на Дунаву и да ту отвори радионицу за оправку чамаца. На фотографији спољњег изгледа ове радионице јасно се чита исписана фирма ,,Радионица чамаца“. А у издању Српске краљевске академије (1941), у едицији ,,Српски етнографски зборник“, објавио је М. Петровић рад *Ђердапски риболови у прошлости и садашњости*. Но тиме се још не исцрпљује његова пространа интелектуална и друга активност. Он је, на пример, у *Српском књижевном гласнику* објавио и један текст о Петру Петровићу Његошу, док је у напису под насловом *Једна недовршена или загубљена приповетка Стевана Сремца* дао концизан критички осврт на дело овог српског аутора. Из каталога се такође види да је М. Петровић био у Одбору за изградњу Оцеанографског института у Сплиту, а касније и дугогодишњи члан његовог одбора. Конструктор је рачунара (мада тај рачунар није био претеча данашњих), који је у времену кад га је конструисао могао да се користи за решавање математичких проблема, односно, прецизније речено, могао је да служи за графичко приказивање диференцијалних једначина. Као резервни официр радио је на криптографији, и његов систем шифара користио се годинама у раду наше предратне војске и дипломатије. Ту су и подаци са фотографијама његових наставника из Србије Димитрија Нешића и Љубомира Клерића, као и из Француске Анрија Поенкареа, Емила Пикара и других (посебно оних код којих је бранио докторски рад); затим фотографије његових ученика, од којих су му неки касније постали сарадници и наследници: Јована Карамате, Милоша Радојчића, Симе Марковића и других, с библиографским подацима о њиховим докторским тезама које су код њега радили.

У каталогу посвећеном Александру Ђ. Костићу указано је на његов значајан допринос у области хистологије и сексологије. Он је био оснивач чувеног Хистолошког института у оквиру београдског Медицинског факултета, у који, од када је из њега био избачен 1946. године, није више крочио до краја живота. Уопште је прилично простора у каталогу дато прогањањима којима је А. Ђ. Костић у послератном раздобљу био изложен, и то од времена кад је био избачен с Медицинског факултета, па све до скандала кад највиши представници комунистичке власти (међу онима који су га прогањали наведено је име Тихомира Влашкалића) нису дозволили да му се 1973. године уручи награда Вукове задужбине, коју је добио као признање за борбу коју је водио за чистоту српског језика и неговање ћирилице. Али и после тог инцидента комунистичка власт се односила незахвално према њему и његовом труду

да допринесе како нашој медицинској науци, тако и култури уопште. Наводимо, примера ради, да је у позним годинама у Гроцкој створио „Музеј еволуције живих бића и развоја цивилизације“, у коме је изложио знатан палеонтолошки, археолошки и други материјал који је успео у околини да сакупи, а у коме се налазе ретки и драгоцени примерци. Тај музеј завештао је општини Гроцка. Међутим, општинска власт је после његове смрти преименовала то његово завештање у завичајни музеј, без спомињања његовог имена, и на крају га је затворила, упркос томе што је то импозантна збирка од неких 500 експоната, међу којима се налазе, на пример, и остаци претече коња, стари око дванаест милиона година. У каталогу је простор посвећен и Костићевом бављењу фотографијом и музиком. Мало је познато да се, поред тога што је на Медицинском факултету основао фото-филмско одељење (режирао је и неколико научних филмова), бавио и уметничком и документарном фотографијом. И на пољу музике је оставио трага. Био је изврстан пијаниста, а бавио се и компоновањем. Све те његове активности су не само назначене већ и документоване бројним прилозима: илустрацијама, репродукцијама његових уметничких фотографија, фотографијама насловних страна његових објављених композиција, библиографијом њихових музичких издања итд. Овде се такође наводи да се Александар Ђ. Костић чак припремао да приреди и солистички концерт на Коларчевом народном универзитету, на коме би извео клавирска дела Фредерика Шопена. Али ни ту своју намеру није могао да оствари, јер је и у томе био ометен, опет из политичких разлога. Ипак, захваљујући сину Војиславу, направљен је студијски снимак тог концерта, који је доцније преснимљен на CD.

Ко није упознат са стваралаштвом Анице Савић Ребац, наћи ће у каталогу довољно података који оправдавају то што су је аутори уврстили у легенде Београдског универзитета. Истина је да је њено укупно дело остало на известан начин незавршено, јер је прерана смрт пресекла њен плодан рад на античким студијама, као и на проучавању немачке и енглеске књижевности, а посебно, на превођењу немачких и енглеских песника на српски језик, али такође и на достојном презентовању Његошеве *Луче микрокозма* у немачком и енглеском преводу, и уопште у проучавањима овог Његошевог мисаоног и религијског спева. Проф. др Љиљана Црепајац је открила и указала на ону суштаствену нит у делу Анице Савић Ребац, почев од докторске дисертације, *Преплатонске еротологије*, па до њених најзрелијих разматрања Спинозине доктрине о љубави. Поред античких студија, огледи из немачке и енглеске књижевности, као и преводи немачких и енглеских песника, откривају њена поетска и књижевна, а такође и идејна усмерења. Томас Ман, Штефан Георге, Бајрон и Шели само су нека од имена која је Аница Савић Ребац откривала и с њима упознавала

наше читаоце. Њен рад на књижевности после Другог светског рата обележен је унеколико ,,њеним одушевљењем послератним комунистичким друштвом“. У каталогу се, уосталом прилично уздржано о томе пише, уз констатацију да је управо то њено одушевљавање вероватно утицало на уобличавање огледа о Шелију као великом песнику социјализма, као и да је оно формирало њену ,,одлуку да на енглески језик преведе партизанске песме“. У каталогу је такође добило своје место и излагање о њеној поезији. Споменути су сви који су после њене смрти изрекли о њој свој суд: Славко Леовац, Миодраг Павловић, Радомир Константиновић, Светлана Слапшак, Нада Поповић-Перишић и Живан Живковић. Наведени су и библиографски подаци о критикама које су о њеној поезији објављене онда кад се она појавила (Милана Кашанина у *Летопису Матице српске* и Бранислава Миљковића у *Српском књижевном гласнику*). Њеном песничком и преводилачком стваралаштву посвећена је прилична пажња, и то потпуно оправдано. Наводи се да се Миљан Мојашевић интересовао за њену рецепцију превода Гетеовог *Фауста* који је превео њен отац Милан Савић, као и да је Светозар М. Игњачевић проучавао њене преводе енглеске поезије. Посебно поглавље је посвећено преводима и тумачењима Његошеве *Луче микрокозма.* Ту се, у ствари, даје потпуна библиографија радова који су о томе написани. То су радови Мирона Флашара, професора Љиљане Црепајац и Светлане Слапшак, Душана Пухала и других.

Арх. Михаило Митровић назвао је Александра Дерока дивом наше културе. Он је то заиста и био. Да почнемо од његовог импозантног опуса у коме је систематски и прегледно обрадио нашу стару архитектуру: цркве и манастире, као и средњовековне градове и утврђења. Но он је урадио и много више од тога. Изванредним цртежима, који су од прворазредне документарне вредности, извршио је архитектонске реконструкције изгледа многих од ових објеката порушених током историје: ,,Замишљен некадашњи изглед највишег дела старог града Прилепа“ (из рада *Маркови кули – град Прилеп*, објављеног у *Старинару*), ,,Реконструкција живота у Смедереву око 1480. године“ и друге (из више радова и књига: *Средњовековни градови на Дунаву*, *Средњовековни градови у Србији, Црној Гори и Македонији* и др). Изучавао је такође и фолклорну архитектуру, односно народно неимарство у многим нашим крајевима где се оно сачувало до његовог времена, и то како грађевинских и конструкцијских целина (видети на пример репродукцију цртежа ,,Једна воденица са Дунава“), тако и појединих детаља (на пример, цртежи детаља профане архитектуре из долине Лима, ,,Димњак од ћерамиде на Космету“ и др. из књига: *Наша фолклорна архитектура* и *Народно неимарство*). И у овом каталогу, као и у претходним о којима је овде реч, даје се обимна библиографија његових радова. То су све књиге и радови од велике

документарне и научне вредности, илустровани сјајним цртежима. Посебно привлаче пажњу његова проучавања Хиландара и Свете Горе, којима је намењио и посебне публикације, од којих истичемо књигу *Света Гора*, која је не само богата информацијама него је и писана живо и непосредно. Њу је намењио широком кругу читалаца, и она је постала обавезан приручник свакоме ко хоће да се обавести о тој светој земљи. Многа од својих проучавања вршио је ради заштите архитектонског наслеђа. Но ништа мање није значајан ни његов пројектантски рад, почев од пројекта храма Светог Саве на Врачару још из времена пре Другог светског рата, па до кућа и вила у Београду и предлога за обнову Делијске чесме. Примера ради, наводимо кућу пуковника Елезовића у Његошевој 20, Обрада Симића у Тузланској улици, као и његову властиту кућу на Топчидерском брду. Дероко се бавио и ликовним стваралаштвом, негујући нарочито цртеж и акварел. Дружио се с нашим великим књижевником Растком Петровићем, с којим је путовао по манастирима Србије и Македоније. Преко Растка се у Паризу упознао и дружио са Савом Шумановићем и Паблом Пикасом. Илустровао је многе књиге, пре свега своје, али и других аутора (на пример, урадио је насловну страну за књигу Моме Димића *Живео живот Тола Манојловић*, а у песничкој збирци Растка Петровића *Откровење* објавио је као илустрације своја два мала дрвореза). Објављивао је и мање научне расправе у *Старинару* (гласилу Археолошког друштва), *Гласнику* Етнографског института САНУ, а писао је и успомене; објавио је две књиге успомена из некадашњег Београда: *А ондак је летио јероплан над Београдом* и *Мангуплуци око Калимегдана.* Александар Дероко несумњиво спада у личности које представљају легенду Београдског универзитета у пуном смислу те речи.

Каталози које смо овде приказали представљају – заједно с изложбама, разговорима и предавањима – тек почетак ове културне активности Универзитетске библиотеке „Светозар Марковић“. Из разговора с Маријом Вранић-Игњачевић, аутором овог пројекта, дознали смо да су, поред других, у припреми изложбе и каталози о бившим професорима Правног факултета Михаилу Константиновићу и Радомиру Лукићу, а да се планирају изложбе и каталози посвећени и другим нашим истакнутим правницима (на пример, Живојину М. Перићу). Иначе, од других наставника поменућемо имена Веселина Чајкановића и Владимира Ћоровића. Од наставника којима ће у најскоријој будућности бити посвећене изложбе изабрани су Хуго Клајн, а затим Рашко Димитријевић. Уколико Универзитетска библиотека „Светозар Марковић“ истраје на реализацији овог пројекта, он ће постати манифестација од знатног културног значаја не само за Београдски универзитет већ и за широку рецепцију српске науке, образовања и културе.

Александар А. Миљковић

Радмила Васић
Правна држава и транзиција: теоријски модели и контекстуално условљавање
(„Досије“, Београд, 2004. стр. 197)

Пре нешто мање од годину дана, појавила се књига проф. др Радмиле Васић која носи наслов *Правна држава и транзиција: теоријски модели и контекстуално условљавање*. Књига је састављена од шест одабраних расправа које је ауторка написала у периоду од краја 1999. до краја 2003. године. Редом, књигу чине следеће расправе: Принцип владавине права; Правна држава као циљ посткомунистичког преображаја: теорија модела или теорија околности; Реформа правосуђа; Како независно правосуђе подржава преображај ауторитарне власти у поредак владавине права; Правна природа и функције лустрације; Прилог појму (правне) одговорности; Нови устав Србије између процедуралне стабилности и супстантивног дисконтинуитета; Уставно судство у процесу транзиције: препрека или подстицај остваривању правне државе. Неке расправе у овој књизи по први пут су објављене у целости.

Већ наслов ове књиге указује на главну тему коју ауторка покушава да обради. Наиме, та тема може се формулисати и као питање: Како у Србији, која се налази у периоду транзиције, остварити идеју правне државе? Да одговор на ово питање изискује огромне напоре, по себи је јасно. С друге стране, адекватан одговор могуће је дати тек када се, на првом месту, јасно дефинише појам правне државе и принцип владавине права, па тек онда крене једним заметним путем осветљавања проблема из различитих углова. Управо је тим путем кренула ауторка, али, чини се, не само из методолошких разлога, већ, ако је судити по времену настајања и карактеру ових расправа, такође из разлога уважавања актуелне ситуације и односа у нашем друштву и држави.

Иако период од четири године (1999–2003) и није тако дуг, гледано из перспективе наше најближе прошлости, био је испуњен догађајима који сасвим сигурно имају колосалан значај за Србију, било у позитивном, било у негативном смислу. Стога се и расправе проф. Васић које су писане у овом бурном периоду међу собом разликују. Но, треба истаћи да без обзира на разлике које се не могу избећи ако се жели непосредно реаговати на различите догађаје, ове расправе повезује заједничка нит – обавеза да сваки правник увек штити и унапређује идеју правне државе, без обзира на то колико времена била тешка и за остварење те идеје непогодна. Ако ово важи за све правнике, први међу њима морају бити правни теоретичари и филозофи, јер двадесети век је то доказао, управо они представљају онај слој правништва који понајвише чува и унапређује најзначајније правне идеале и вредности.

Што се тиче тема које ауторка обрађује у овој књизи, њих заиста има много. Нека буду поменуте само неке интересантније: владавина права, правна држава, проблем превладавања прошлости, уставноисторијска проблематика, положај и улога уставног судства итд. Но, оно што је још значајније, при обради ових тема ауторка користи велики број различитих метода, од правног преко статистичког, па све до социопсихолошког, као на пример: ,,На питање шта има првенство у случајевима када су правне норме међусобно неусклађене, између шест понуђених одговора, грађани су се у највећем броју случајева и у једнаком проценту (22,9%) определили за два одговора: 'оно што кажу људи који имају власт' и 'оно што кажу паметни људи'. [...] одговори указују на то како су се персонализована власт, апстрактна начела на којима правни поредак почива, атавистичка потреба за *pater familias*-ом и неговани поданички менталитет лако удружили у слику предмодерног стања државе и права (стр. 82)".

Правна држава и транзиција писана је пријемчивим стилом који ову књигу може учинити интересантном не само за уско стручну јавност, већ и за нешто ширу читалачку публику. Ипак, јасноћу израза проф. Васић не карактерише само њен стил, већ и систематика излагања, као и многе поделе закључака или могућих одговора коју су изведени на прецизан начин.

Ваљало би истаћи да проф. Васић не говори само о догађајима који су иза нас, напротив. Ова књига се пре свега односи на процесе који су започети пре неколико година и који нису ни изблиза завршени. Нудећи корисне увиде у вези с нашом непосредном прошлошћу, она из њих извлачи закључке који могу бити корисни и за будућност. Но, писање једне овакве књиге носи велике проблеме. Непостојање временске дистанце између догађаја и расправа које се на њих односе често може саме расправе да учини беспредметним, посебно у случају када (а то код нас није редак случај) будући догађаји крену путем који се није могао рационално предвидети. Пре свега, то су честе (слободно се може рећи и пречесте) друштвене и политичке промене. Пошто није могуће писати о актуелним догађајима с потребне временске дистанце, а стручни и друштвени ангажман управо то захтева, на ове опасности мора се рачунати од самог почетка. Аргументи који иду у прилог тврдњи да се некада мора и у области струке брзо реаговати на новонастале догађаје, претежу над онима којима се штити позиција учењака као човека који са потребне даљине све посматра хладне главе и непомућеног вида. Проф. Васић је показала како је ипак могуће истовремено задовољити критеријуме строгог научног истраживања и веома одговорне социјалне мисије учењака ,,да критички мисле и понуде пут за избављење". Мора се приметити да у нашој стручној јавности има мало расправа које се озбиљно баве

темом правне државе и транзиције и да би их морало бити много више, па остаје нада да ће књига проф. Радмиле Васић бити добар подстицај за нека будућа истраживања.

Кинеска пословица каже да се само будала два пута саплиће о исти камен. Пошто смо се раније много пута саплитали о исто камење, можда ова књига барем мало помогне да прекинемо с том праксом. За ову књигу, то је најбоља препорука.

Милош Здравковић

Dieter Birk
Steuerrecht
(6., neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2003, XXX + 432)

Увод

Пред нама је уџбеник *Пореско право* проф. др Дитера Бирка (Dieter Birk), директора Института за пореско право при Универзитету Минстер (Münster). Реч је о делу намењеном пре свега студентима који се по први пут сусрећу са овом материјом. Стога није никакво чудо што нас писац овог уџбеника једноставним словом, на прегледан начин, уз акцентовање посебно значајних места и бројне примере, упознаје са материјом ове нарочито сложене правне области. Књига је, међутим, од користи и онима који се свакодневно сусрећу са пореским правом јер пружа брз увид у актуелно стање ове гране права.

Пореско право Дитера Бирка говори о најзначајнијим областима немачког пореског права. Књига је недавно доживела и седмо издање, и тренутно у немачкој литератури, уз незаобилазно системско дело *Пореско право* Клауса Типкеа (Klaus Tipke) и Јоакима Ланга (Joachim Lang), спада у ред најпопуларнијих књига које се на свеобухватан начин баве овом материјом. Не треба посебно истицати значај немачке пореско-правне литературе, као ни достигнућа немачких стручњака у овој области. Немачки порески систем спада у најкомпликованије, па је сваки покушај да се представи на потпун, а опет читаоцу пријемчив начин, прави изазов. Изазов, коме је аутор несумњиво дорастао. С обзиром на конкуренцију међу пореско-правним писцима у Немачкој, седмо издање овог уџбеника препорука је сама по себи.

Приказ дела

Књига се састоји из четири тематски заокружене целине од којих је свака издељена на више поглавља.

Први део почиње уводом у коме аутор указује на неопходност плаћања пореза који су део једног сложеног, уређеног пореског система. Након увода, следи кратко упознавање са историјатом института пореза. Већ првом реченицом аутор указује на неопходност пореза, из чега произлази и његово оправдање. Тако проф. Бирк констатује да ,,порези постоје откад има и заједничког живота људи". Свакако да живот људи у заједници подразумева потребе заједнице као такве, које превазилазе потребе сваке индивидуе, а које се финансирају учешћем сваког члана такве заједнице.

Истичући значај постојања једног уређеног, транспарентног пореског система, који ће пореском обвезнику пружити извесност у погледу висине његове пореске обавезе и на тај начин гарантовати висок порески морал, аутор нас у даљем излагању упознаје са принципима на којима такав ,,систем" треба да почива. Аутор разликује *економске* и *правне* принципе опорезивања. У оквиру економских принципа треба нарочито поменути значај принципа који обезбеђују правичну расподелу пореског терета. Ради се о принципима корисности (нем. *Äquivalenzprinzip*) и опорезивања према економској снази пореског обвезника (нем. *Leistungsfähigkeitsprinzip*). Да савремено виђење правичности у опорезивању свој израз налази у принципу опорезивања према економској снази пореског обвезника, произлази и из практичне неодрживости принципа корисности. Тако је принцип корисности, према коме обвезник треба да плати онолико пореза колико користи остварује од пружених јавних услуга државе, супротан владајућем схватању појма пореза. Порез не представља накнаду за пружену услугу, и по томе се јасно разликује од таксе. Овај принцип супротан је и начелу социјалне државе, јер би по њему лица која су социјално угрожена, нарочито упућена на помоћ државе, морала да плате највише пореза.

У даљем тексту следи презентација немачког пореског система и најзначајнијих пореских облика.

Друго поглавље које носи назив ,,Уставно-правне основе опорезивања" започиње дефинисањем појма пореза и његовим јасним одвајањем, пре свега од појмова таксе и доприноса. Тако §3 немачког *Abgabenordnung*-а одређује порезе као ,,новчана давања која нису противуслуга за учињену услугу, од стране јавно-правних субјеката наметнута свим лицима у односу на које се оствари законски опис пореског чињеничног стања, а у циљу остваривања прихода". Остваривање прихода може бити и споредан циљ чиме

се оправдавају тзв. ,,усмеравајућа“ дејства пореза. Тако се нпр. истиче да је један од главних циљева строгог опорезивања дуванских прерађевина управо заштита здравља. Оваквом опширном дефиницијом немачки законодавац јасно је одвојио порезе од других облика јавних прихода. Дефинисање појма пореза од значаја је и за одређивање надлежности за његово увођење, као и припадност пореских прихода, о чему се говори у даљем тексту.

Аутор се даље бави уставноправним ограничењима пореских власти. Ради се о својеврсној допуни дела о принципима опорезивања. На првом месту наглашава се значај начела законитости опорезивања – *Nullum tributum sine lege* (нем. *Gesetzmäßigkeit der Besteuerung*), које у свом изворном облику налаже опорезивање искључиво на основу закона. Тако одређено начело законитости бива допуњено принципом заштите поверења који произлази из принципа правне државе. Његов израз представља забрана ретроактивног дејства пореских закона, као и захтев да порез мора бити одредив. Тако и Уставни суд Немачке заступа становиште по коме законски опис пореског чињеничног стања мора бити одређен тако да порески дужник може унапред израчунати износ дугованог пореза. Морамо поменути и принцип једнакости у опорезивању (нем. *Gleichmäßigkeit der Besteuerung*) изведен из члана 3. Устава Савезне Републике Немачке који своју конкретизацију добија преко принципа хоризонталне правичности. Заједно са принципом вертикалне правичности, реч је о два аспекта начела опорезивања према економској снази пореског обвезника. Као израз правичности у опорезивању, овај принцип детаљно је размотрен у књизи.

У трећем поглављу проф. Бирк говори о успесима пореске хармонизације на нивоу ЕУ и начиње незаобилазну проблематику двоструког опорезивања.

Други део књиге посвећен је пореско-правном односу. Разликујемо порески имовински и порески управни однос. Релевантне одредбе које регулишу ову материју налазимо у немачком *Abgabenordnung*-у *(AO)*. Како проф. Joachim Lang сликовито констатује, ради се на неки начин о ,,*Mantelgesetz*-у“, будући да овај закон садржи норме које важе за различите пореске облике. С обзиром на то да је Abgabenordnung написао стручњак грађанског права по имену Enno Becker, не изненађује чињеница да су многе, у њему садржане, норме по својој структури блиске нормама грађанског права. Тако и Abgabenordnung познаје нпр. институте настанка, доспелости или гашења пореског захтева, његову застарелост итд. Међутим, и поред велике сличности са правилима грађанског права, овде смо несумњиво у домену јавног права.

У § 37 АО таксативно су набројани захтеви из пореског имовинског односа. Ради се о главном пореском захтеву, захтеву

за пореску рефакцију, захтеву за одговорношћу, захтеву за споредним пореским давањима, као и захтеву за повраћај пореза. Аутор нас систематски води кроз све фазе у остварењу главног пореског захтева, почев од његовог настанка, преко доспелости, до различитих начина његовог гашења (наплате, компензације, застарелости утврђивања и наплате пореза, отписа) и томе кореспондирајућем престанку пореске обавезе. И други захтеви пореског имовинског односа обрађени су у књизи, при чему је посебна пажња посвећена захтеву за одговорношћу.

У оквиру одељка који се бави пореским имовинским односом поменута је и веома значајна одредба која регулише институт тзв. „економске“ својине. По правилу је власник у грађанско-правном смислу и економски власник ствари. Постоје, међутим, случајеви попут нпр. лизинга, у којима се економски власник и власник у грађанско-правном смислу не поклапају. За потребе пореског права, у таквом случају ствар ће бити приписана власнику у економском смислу. Битна је и одредба § 42 АО која онемогућава смањење пореског терета изазвано таквим уређењем једног правног односа чији је циљ умањење пореза.

Излагање о пореском управном односу, који обухвата права и обавезе управне природе, подељено је на два дела. У првом делу аутор се исцрпно бави пореским управним актом. По одређивању његовог појма, значајна пажња придаје се достављању, будући да само уредно достављен порески управни акт може произвести правно дејство. Ако су у поступку доношења пореског управног акта учињени какви пропусти, могуће их је исправити. О којим се случајевима конкретно ради, детаљно је описано у књизи. Други део, под називом „Спровођење опорезивања“, започиње детаљним разматрањем поступка утврђивања чињеничног стања. Пореска администрација испитује случај *ex officio*. С друге стране, у поступку испитивања и утврђивања чињеничног стања предвиђена је обавеза пореског обвезника да сарађује. У чему се та обавеза конкретно састоји и у којим случајевима сарадња може бити ускраћена, утврђено је одговарајућим законским одредбама. С обзиром на то да је разјашњење конкретног случаја повезано са задирањем у професионалну и приватну сферу обвезника, истакнут је велики значај начела чувања службене тајне у пореском поступку. Утврђивање чињеничног стања праћено је поступком утврђивања пореза, а затим и редовним поступком наплате. Принудно извршење пореског захтева није обухваћено књигом. Проф. Бирк ово поглавље завршава поступком по правним лековима. Рекао бих да је аутор, захваљујући исправном приступу, упознајући нас најпре са структуром, а затим и најзначајнијим местима немачког пореског поступка, успео да нам на јасан и прегледан начин приближи једну изузетно сложену материју.

Насловом „Порези на доходак и приход“ одређена је садржина следећег свеобухватног дела књиге. Ако изузмемо општи порез на промет, овим делом књиге аутор је обухватио најзначајније пореске облике. Ради се о порезу на доходак грађана, опорезивању добити предузећа и порезу на наслеђе и поклон.

Порез на доходак грађана је најиздашнији, али уједно и најкомпликованији порески облик. У систему пореза на доходак грађана најбоље може доћи до изражаја начело опорезивања према економској снази пореског обвезника као израз правичности. За разлику од нашег система пореза на доходак грађана, који почива на цедуларном опорезивању праћеним глобалном компонентом у виду годишњег пореза, немачки порез на доходак грађана је синтетички. То значи да појединачне врсте прихода које подлежу опорезивању чине јединствену пореску основицу.

Опорезивање претпоставља, пре свега, постојање два елемента: *порески субјекат* – лице које подлеже опорезивању и *порески објекат* – предмет који треба опорезовати. Из самог назива пореза на доходак грађана произлази да је код њега порески објекат доходак. Доходак чини збир различитих, у закону таксативно набројаних врста прихода, умањених за одговарајуће, такође законом предвиђене износе. Реч је о седам врста прихода, од којих је свака у књизи детаљно описана. Да ли одређени, реално остварени приход припада једној *врсти* прихода или не, од превасходног је значаја, с обзиром на то да различита правила бивају примењена на различите врсте прихода. На том месту аутор помиње и тзв. објектни нето принцип, који представља вид конкретизације прилично апстрактно одређеног принципа опорезивања према економској снази обвезника. Ради се о принципу који налаже да се опорезивању може подвргнути само „чисти“, тј. нето приход који се добија умањењем за износ трошкова насталих при његовом остварењу, односно очувању. Противно поступање нарушава начело хоризонталне правичности. Објектни нето принцип допушта одбитак само оних трошкова који су у непосредној вези са оствареним приходима, дакле трошкова насталих у привредној сфери. Трошкови настали у приватној сфери живота начелно се не узимају у обзир. И овде, међутим, постоје такви трошкови који су за обвезника неизбежни, попут издржавања малолетне деце, и они се несумњиво одражавају на економску снагу обвезника. Признавање трошкова оваквог типа произлази из субјектног нето принципа, који такође ближе одређује апстрактни принцип опорезивања према економској снази.

Из члана 6. Устава Савезне Републике Немачке проистиче захтев за посебном заштитом брака и породице. Пореско право не сме ни на који начин супружнике, односно породицу да доведе у

неправичан положај према неудатим и неожењеним лицима. Некадашњи систем који је предвиђао просто сабирање дохотка супружника, при чему би такав, збирни доходак, био подвргнут истој, општеважећој пореској тарифи, проглашен је неуставним услед настанка негативног ефекта пореске прогресије. Позитивно решење почива на опцији супружника између методе деобе дохотка, одвојеног или „специјалног“ подвргавања порезу.

Кад је у питању порески субјекат, неограничено је порески обавезно свако физичко лице које у земљи има пребивалиште или место уобичајеног боравка. Професор Бирк утврђује шта се подразумева под овим појмовима. Ограничена пореска обавеза односи се на физичка лица која у земљи немају ни пребивалиште нити место уобичајеног боравка, при чему у земљи остварују неке од законом посебно набројаних прихода. Поред ова два основна облика пореске обавезе, немачки *Einkommensteuergesetz* познаје и тзв. фиктивну неограничену пореску обавезу. Ограничена пореска обавеза скопчана је, наиме, са губитком низа привилегија које имају неограничено порески обавезна лица. На тај начин особе које у земљи немају ни место пребивалишта, а ни место уобичајеног боравка, али у земљи остварују највећи део (у закону је тачно наведено о ком се износу ради) прихода, могу захтевати да у Немачкој буду подвргнуте неограниченој пореској обавези. Одредба која ово предвиђа настала је као резултат забране дискриминације у оквиру ЕУ. Уз ове форме пореске обавезе немачки законодавац предвидео је и проширену, како неограничену, тако и ограничену пореску обавезу.

У даљем тексту детаљно се говори о различитим начинима за утврђивање оног дела прихода који представља „излазну“ величину при обрачуну пореске основице. Правила која регулишу ову област гарантују поштовање објектног нето принципа. Овде наилазимо и на излагање посвећено нарочито компликованој материји вођења књига и састављања биланса. Објектни нето принцип је, међутим, само један аспект принципа опорезивања према економској снази обвезника. Процес утврђивања пореске основице подразумева предузимање даљих корака ради установљавања величине која што верније одражава *стварну* економску снагу обвезника. Реч је о бројним одбитним ставкама којима се узимају у обзир личне и породичне прилике обвезника. Тиме се изашло у сусрет субјектном нето принципу, другом аспекту начела опорезивања према економској снази обвезника.

Поглавље које се бави опорезивањем добити предузећа подељено је у две целине. Прва обухвата опорезивање друштва лица, друга друштва капитала. Кад су у питању друштва лица, њихово опорезивање одвија се по *принципу фискалне транспарентности.*

Релевантне одредбе садржане су стога у *Einkommensteuergesetz*-у, закону који регулише опорезивање дохотка физичких лица, а не у *Körperschaftsteuergesetz*-у, који уређује материју опорезивања добити корпорација и других облика удруживања. Принцип фискалне транспарентности подразумева приписивање пословног резултата друштва лица његовим члановима, при чему се тако расподељена вредност опорезује само на нивоу чланова одговарајућим порезом. Стога је, како проф. Бирк исправно констатује, назив ,,Опорезивање друштва лица" крајње збуњујућ: ,,Друштво лица само по себи није порески субјекат ни пореза на доходак физичких лица нити пореза на добит".

Друштво капитала, као и неке друге, законом набројане правне творевине обвезници су пореза на добит корпорација. Поред постојања одговарајуће правне форме, неограничена пореска обавеза условљена је и захтевом да се место оснивања или седиште стварне контроле и управе налази у земљи. Пореска основица утврђује се применом одредаба које уређују материју пореза на доходак физичких лица, осим ако је самим Законом о порезу на добит корпорација нешто друго предвиђено. Детаљно се говори о самом обрачуну пореске основице. Посебну пажњу аутор посвећује институтима пореског консолидовања (нем. *Organschaft*), конструктивним дивидендама (нем. *verdeckte Gewinnausschüttung*), као и третману међукомпанијских дивиденди, заснованом на Директиви о пореском третману дивиденди које филијала исплаћује матичној компанији (нем. *Mutter-Tochter-Richtlinie*). Да би се ублажило економско двоструко опорезивање, које настаје опорезивањем добити обвезника пореза на добит корпорација тим порезом, а затим поновним опорезивањем расподељеног дела добити порезом на доходак физичких лица (када су чланови корпорације физичка лица), примењује се модалитет система делимичне олакшице за акционаре[1] (нем. *Halbeinkünfteverfahren*). Он се, упрошћено (без узимања у обзир пореза по одбитку на дивиденде), састоји у следећем: најпре се на нивоу корпорације врши опорезивање по стопи од 25%. Затим се, на нивоу чланова, половина расподељеног дела добити искључује из основице пореза на доходак физичких лица.

Аутор завршава поглавље са порезом на пословну активност (нем. *Gewerbesteuer*), да би, затим, порезом на наслеђе и поклон заокружио овај, несумњиво главни део уџбеника.

Сам крај књиге посвећен је порезима на потрошњу међу којима централно место припада општем порезу на промет. Општи порез на промет је, уз порез на доходак физичких лица, најиздашнији порески облик. Све до 1967. године, у Немачкој је био

1 Види: Дејан Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, COLPI, Будимпешта и Савремена администрација, Београд, 1997, стр. 639.

заступљен свефазни бруто порез на промет, који је стварао изузетно неповољан, кумулативни ефекат. Код свефазног бруто пореза на промет, порез који је плаћен кроз цену претходника прометног циклуса не може се повратити, те тако непосредно увећава цену производа обвезника (јер за њега представља трошак), која представља основицу његове пореске обавезе. На тај начин плаћа се порез на порез. Што је већи број фаза прометног циклуса, веће је укупно пореско оптерећење. Овакав ефекат довео је до стратешког удруживања појединих трговинских сектора. Тако је нпр. дошло до удруживања производње и велепродаје како би се смањио број фаза у прометном циклусу. Оваквим опорезивањем настале су значајне дисторзије на тржишту и ситни продавци, који робу нису набављали директно од произвођача, били су неконкурентни. Стога је Уставни суд Немачке, позивајући се на принцип једнакости, такав начин опорезивања прогласио противуставним. На место свефазног бруто пореза, ступио је свефазни нето порез на промет, познатији као порез на додату вредност (нем. *Mehrwertsteuer*). Захваљујући механизму „претходног пореза“, он обезбеђује опорезивање искључиво вредности додате у свакој фази прометног циклуса.

Систем пореза на промет у Немачкој данас почива на Шестој директиви ЕУ којом се усклађују бројни елементи законског описа пореског чињеничног стања код овог пореза. Тиме је он, природно, изузетно близак нашем порезу на додату вредност, који свој ослонац налази у истом документу.

Закључак

Остаје ми да закључим да се уџбеник *Пореско право* проф. др Бирка својим садржајем неодољиво намеће љубитељима пореског права који желе да обнове или продубе своје знање у овој области. Седмо издање овог уџбеника најбољи је доказ његовог успеха и популарности међу читаоцима. И то са разлогом, јер лакоћа са којом нас аутор води кроз комплексан „свет“ пореског права представља умеће које овакву пажњу несумњиво заслужује. Уколико је овај приказ код Вас побудио интересовање, можете га пронаћи у Библиотеци Правног факултета Универзитета у Београду.

Милош Милошевић

Shannon P. Pratt
The market approach to valuing businesses
(John Wiley & Sons, Inc, New York, 2001.)

Процена вредности предузећа или неког дела предузећа није нимало лак посао. Проценитељ мора поседовати велики степен знања, аналитичности и упорности како би процењена вредност што тачније одражавала вредност имовине односног привредног субјекта. Због чега се врши процена вредности капитала? Тренутно, најзначајнији разлог процене у нашој земљи је процес приватизације, одн. трансформације предузећа у друштвеној и државној својини у приватна предузећа, да би се добила вредност која би требало да буде један од важних фактора цене по којој ће се предузећа продавати. Међутим, евалуација предузећа може се вршити и као последица одлуке менаџмента да се утврди тренутна зарађивачка способност предузећа, због потреба фискуса, услед случајева обештећења, реорганизације предузећа у случају банкротства и слично. Без обзира на разлог процене, аналитичар може да примени већи број метода за процену вредности предузећа полазећи од приносне методе, преко методе књиговодствене вредности и кориговане књиговодствене вредности, метода ликвидационе вредности до тржишног метода у процени вредности капитала. Услед недовољне развијености тржишта капитала, у нашој земљи још није примењиван концепт тржишног приступа процени вредности, па се јавља потреба да се дâ приказ једне од књига која би засигурно могла да буде добра полазна основа проценитељима за релативно скору примену овог метода у условима наше привреде. То је књига *Shannon P. Pratt*-а под називом *The market approach to valuing businesses.*

Shannon P. Pratt је оснивач и директор једног од најстаријих и највећих независних предузећа које се бави консалтингом, економском и финансијском анализом и које своје подружнице има у свим већим градовима САД-а. Више од 30 година овај плодни економиста бави се питањима процене вредности у случајевима стварања мерџера и пословних комбинација, проблемима опорезивања, питањима купопродајних уговора, решавањем питања везаних за мањинске акционаре, користећи најразличитије концепције евалуације.

По чему се књига *The market approach to valuing businesses* разликује од већег броја других књига из области процене вредности капитала? Прво, требало би имати у виду да се тржишни приступ у евалуацији капитала примењује у земљама које имају дугу традицију функционисања тржишта капитала, пошто се базичне информације добијају са берзи. Без обзира на то, већи број књига, и у САД-у, и у Европи, бави се другим, чешће коришћеним

методама процене вредности предузећа, као што су: метод дисконтовања нето новчаних токова (приносни метод), метод књиговодствене вредности и метод ликвидационе вредности. Ово указује на велики значај ове књиге, јер је једна од ретких која се директно бави проблемима тржишног метода евалуације капитала. Друго, није занемарљива ни околност да је аутор књиге велики део живота провео бавећи се конкретним проблемима процене вредности капитала, тако да је у овој књизи уграђено његово велико искуство, па књига има више прагматичан него теоријски приступ. Треће, што је већ речено, ова књига може представљати одличну основу за године када се приводи крају процес приватизације, када ће упоредо доћи до даљег развоја тржишта капитала и што ће представљати базичан услов за потпуну примену тржишног концепта у процени вредности капитала предузећа.

Књига *The market approach to valuing businesess* је веома добро структурирана, и свако поглавље или део књиге указује на велики степен аналитичности аутора, који теоријске концепције евалуације повезује са богатим искуством из праксе. Оно што се може уочити јесте да је научни стил писања комбинован са прагматичним стилом, разумљив и прилагођен потребама економисте који поседује одговарајуће знање из области финансија, рачуноводства и ревизије. Но, у исто време, свако кога занима ова област може врло лако да схвати основе овог приступа процени вредности предузећа, што указује на чињеницу да је аутор успео да прилично сложен тржишни метод процене прикаже на прихватљив начин.

Књига се састоји из увода, пет основних поглавља и веома богатих прилога на крају. Свако поглавље састоји се из неколико повезаних делова, а на крају сваког дела дат је сажетак, односно резиме.

Уводни део књиге започиње системом нотације који је коришћен у току писања. До дефинисања овог система нотације долази услед честе конфузије која настаје за финансијске аналитичаре, имајући у виду да ипак не постоји један општеприхваћен систем нотације за дату област, тако да аутор на овај начин избегава било какву могућност забуне. Аутор нас затим упознаје са теоријом и значајем процене вредности предузећа тржишном методом дефинишући основне циљеве, да би након тога објаснио све аспекте значаја ове методе кроз историјски развој, дајући сјајне примере из праксе, када је овај метод процене био најбољи за примену.

Прво поглавље књиге носи наслов „*Defining market multiples and market approach methods*“ и састоји се од четири повезана дела. У првом делу овог поглавља аутор нас упознаје са начином обрачуна тржишних мултипликатора који се користе као основа за евалуацију капитала. Све мултипликаторе дели на мултипликаторе

сопственог капитала *(equity multiples)* и мултипликаторе укупног, односно укупно инвестираног капитала *(invested capital multiples)*. *Shannon P.Pratt* у овом делу јасно врши поделу капитала на сопствени и укупно инвестирани капитал, јер често долази до забуне око елемената тих врста капитала. Под сопственим капиталом аутор подразумева гарантну супстанцу предузећа, и у случају акционарског друштва, то је укупна вредност редовних акција које је друштво емитовало, док укупно инвестирани капитал, осим редовних акција, обухвата и вредност преференцијалних акција и дугорочних обавеза, заједно са текућим ратама по основу дугорочних дугова. Аутор даје назнаке да тржишни приступ процени вредности предузећа претпоставља компарацију предузећа чија се вредност процењује, са предузећем које је по одређеним карактеристикама (величини, приносној снази, тржишном уделу, висини и структури трошкова) слично процењиваном. Он упућује читаоца на закључак да се тржишни мултипликатори обрачунавају на бази тржишних, а не књиговодствених вредности. На овом месту читалац се упознаје са суштином тржишног приступа, који подразумева да се на бази односа две величине у компарабилном предузећу израчунава трећа, која служи као основица за процену вредности предузећа чији се капитал процењује. У наставку, аутор на практичан начин, кроз једноставне примере, указује на основне врсте мултипликатора сопственог и укупно инвестираног капитала користећи податке из финансијских извештаја конкретног предузећа. *Pratt* закључује да се мултипликатори сопственог капитала обично рачунају по једној акцији, а мултипликатори укупно инвестираног капитала на бази укупне вредности акција. Он анализира случајеве када се у инвестирани капитал може, изван правила које је већ раније дефинисао, урачунати и износ краткорочних дугова и закључује да ће се то догодити увек када краткорочне обавезе показују значајне сезонске флуктуације. Пред крај овог дела књиге упознајемо се са врло важном чињеницом, а то је да временски период који се узима за мерење одређених финансијских варијабли које учествују у обрачуну мултипликатора, мора бити идентичан за процењивано и упоредно предузеће. На крају овог сегмента, објашњена је веома важна веза између тржишног мултипликатора и стопе капитализације, где се јасно уочава да су ове две варијабле у реципрочном односу.

У другом делу првог поглавља аутор нас упознаје са првим методом за процену вредности предузећа путем тржишног приступа, а то је метод мултипликације. Аутор нас недвосмислено упућује на то које се компаније могу сматрати компарабилним са процењиваним предузећем. Он полази од праксе која је заступљена у САД-у и констатује да је први услов да би се нека компанија могла узети као компаративна, тај да је она чланица Државне комисије за

хартије од вредности и берзу САД-а. То значи да се акцијама тих предузећа слободно тргује на тржишту капитала, а да се од поменуте комисије могу добити све потребне информације о јавним компанијама у САД-у које су неопходне да би се направио прави избор компарабилног предузећа. Неопходне податке заинтересована лица црпу из база података ове Комисије, као што су годишњи извештаји (*10-K annual report,)* квартални извештаји (*10-Q quarterly report)* и извештаји о специјалним догађајима (*8-K special events filing* – подаци о преузимањима и мерџирању). Сви наведени извештаји налазе се у електронској бази података *EDGAR.* Аутор, међутим, сматра да постоји још неколико добрих извора података који су бесплатни или врло јефтини, при чему посебно издваја публикације највећих инвеститора, извештаје брокерских кућа и различите прогнозе кретања резултата предузећа. На крају, *Shannon P.Pratt* нас детаљно упознаје са поступком процене предузећа који започиње анализом производних и пословних линија, тржишног учешћа и величине процењиваног предузећа, да би се добили критеријуми за избор најсличнијег предузећа које ће постати компаративно. Затим се, према аутору, врши детаљна анализа финансијских извештаја оба предузећа, како би се прешло на фазу компаративне финансијске анализе која би требало да утврди све слабости и јаке стране обе компаније. Потом се, на бази упоређивања ових предузећа и поређења перформанси процењиваног предузећа са индустријским просеком, утврђују мултипликатори који ће обезбедити што тачнију евалуацију капитала и путем математичких радњи израчунава се колика је претпостављена вредност предузећа.

У трећем делу првог поглавља објашњава се други метод у евалуацији капитала тржишним приступом, а то је метод анализе тржишних трансакција. Другим речима, аутор нас упућује на чињеницу да је овај метод најпримењивији у ситуацијама када се врши преузимање или стварају мерџери, полазећи од тога да се до индикације о томе колика је вредност капитала предузећа долази на бази анализе претходних сличних ситуација, односно вредности сличних трансакција из прошлости. То значи да се и у овом приступу тражи компарабилност, али овога пута са трансакцијама, а не са предузећима. Аутор нас, даље, подсећа на врсте преузимања и даје податке о свим потенцијалним изворима података о прошлим трансакцијама где, осим већ поменутих извештаја, указује на постојање још неких, а то су *IBA Market Data Base, BIZCOMPS* и *Pratts Stats.* Када је реч о трансакцијама из прошлости, аутор јасно закључује да је за избор компарабилних трансакција најбитније да временски буду што ближе дану када се обавља конкретна трансакција, али да је због тачности процене неопходно и да се узме што већи број трансакција из прошлости да би се нашле оне које

највише одговарају конкретном случају, тако да се често анализирају трансакције у распону од претходних 20 година, па и дуже.

У последњем сегменту првог дела књиге укратко се сагледавају и неке друге могућности за процену вредности предузећа тржишним методама, које се ређе користе и које се односе на трансакције које су се вршиле у прошлости у вези са променом власништва у предузећу чија се вредност капитала процењује.

Друго поглавље насловљено је са „*Finding and analyzing comparative market transaction data*“, и оно садржи четири посебна сегмента. У првом сегменту аутор нас детаљно упознаје са већ поменутим изворима података за потребе процене и наглашава да јавне компаније морају своје извештаје да поднесу Комисији за хартије од вредности и берзу само у ситуацијама када је вредност имовине тих предузећа већа од милион долара и када постоји најмање 300 акционара у свакој од тих компанија. Захваљујући бази података *EDGAR* (*Electronic Data Gathering and Retrieval System*), како закључује аутор, олакшан је посао аналитичарима.

У следећем сегменту другог поглавља аутор нас упознаје са низом извора података који се користе у процени вредности капитала коришћењем методе анализе тржишних трансакција. Све тржишне трансакције деле се на велике, средње, мале и веома мале трансакције. У зависности од ове поделе, зависиће и избор одговарајућих база података неопходних за поступак евалуације капитала. Када су у питању велике тржишне трансакције, као најважнији и највећи извор информација, аутор издваја податке које даје *Securities Data Corporation.*

Када су у питању средње и мање трансакције (испод 100 милиона долара), *Pratt* препоручује две базе података, које садрже свеобухватне информације неопходне за процену вредности капитала, а то су: *Done Deals* и *Pratts Stats.* Податке о веома малим трансакцијама можемо наћи у двема базама података: *BIZCOMPS* и *IBA Market Data Base.* Информације се првенствено односе на трансакције чија вредност не прелази пола милиона долара.

У трећем делу другог поглавља аутор нам открива поступке које је неопходно извршити да би финансијски извештаји процењиваног и компарабилног предузећа били упоредиви. Другим речима, аутор нам указује на начине прилагођавања финансијских извештаја. Према њему, прво прилагођавање односи се на датум када се врши процена вредности предузећа. Уколико се он поклапа са крајем фискалне године компарабилног предузећа, онда нема никаквих проблема у процени. Међутим, ако се датуми не поклапају, мора се утврдити колико су ти датуми временски удаљени један од другога, да ли постоје неки интерни извештаји који би могли да помогну у процени, и да ли постоје одређени догађаји који

су значајни, а догодили су се након објављивања последњег доступног извештаја. На бази тих података, аналитичар треба да сагледа који је најбољи начин да се ови извештаји, по питању разлитичих датума, учине што приближнијим. Одређена прилагођавања морају се извршити и на пољу анализе тренда раста оба предузећа која се узимају у обзир и утврдити да ли ће се прошлост понављати у већој или мањој мери и у будућности. Такође, аутор тврди да је неопходно анализирати и степен ризика оба предузећа, јер ризик има велики утицај на обрачун мултипликатора. С обзиром на постојање пословних и непословних средстава у сваком предузећу, он сматра да је потребно извршити прилагођавање због дате околности, тако да у ситуацијама када нека средства не доприносе повећању прихода предузећа, она могу бити сврстана у неооперативну активу. Додавање ове вредности на оперативну активу, довело би до повећања вредности предузећа, а њихово задржавање у сегменту пословне активе до смањене вредности предузећа. *Shannon P.Pratt* препоручује да се из финансијских извештаја оба предузећа искључе све позиције које су ванредне и нису директно повезане са пословном активношћу, као што су трошкови штрајкова, трошкови неочекиваних прекида производње, трошкови настали услед непредвиђених тржишних услова и слично. У наставку, аутор нас упозорава да никако не бисмо смели да заборавимо прилагођавање финансијских извештаја на пољу рачуноводствених политика. Он објашњава на који начин ће се извршити потребна прилагођавања у домену разлика између рачуноводственог система по принципу фактурисане реализације и рачуноводственог система по принципу наплаћене реализације. Сем тога, неопходно је извршити и промене у политици вођења залиха у предузећу и учинити политике компарабилним, затим прилагођавања у области трошкова амортизације и нематеријалних улагања. Овај познати економиста на крају закључује да су сви наведени поступци неопходни уколико желимо да добијемо упоредиве информације и обезбедимо тачност израчунавања мултипликатора.

У последњем делу другог поглавља аутор нас уводи у свет компаративне финансијске анализе. Целокупну фазу финансијске анализе он дели на анализу тренда, компарацију са индустријским просеком и компарацију са упоредном компанијом. Под анализом тренда, аутор подразумева анализу и поређење финансијских варијабли два упоредна предузећа током времена. Компарација са индустријским просеком је, према аутору, битна зато што обезбеђује поређење процењиваног предузећа са осталим предузећима, а не само са конкретним изабраним предузећем. У наставку се приказује пример детаљне финансијске анализе конкретног предузећа, са обрачуном свих финансијских и рационалних показатеља, што упућује на већ поменути закључак да књига има велики практичан

значај. Компаративна финансијска анализа праћена је великим бројем табела које дочаравају сличности и разлике између односних предузећа. Ово поглавље завршава се поделом свих финансијских рациа на показатеље ликвидности, активности, профитабилности и финансијске структуре. С обзиром на то да је у нашој пракси корпоративних финансија таква подела прихваћена, веома је лако пратити ову фазу процене вредности капитала, јер се ови показатељи израчунавају на исти начин као и у пракси наших предузећа, што само повећава могућности употребе овог штива у будућности за потребе процене вредности предузећа.

У трећем поглављу које се зове *,,Compiling market value tables and reaching a value conclusion",* аутор нас упознаје са свим поступцима неопходним да би се донео закључак о вредности предузећа које се процењује. У првом делу овог поглавља он нас подсећа на чињеницу да се поређење података може вршити између процењиваног предузећа и другог упоредивог предузећа, али и између предузећа које је предмет процене и упоредних тржишних трансакција. У наставку, сукцесивно су набројани сви мултипликатори сопственог и укупно инвестираног капитала који се могу користити у поступку процене. На конкретном примеру аутор приказује начине поређења предметног предузећа и неколико других предузећа која су компарабилна поменутом, користећи низ табеларних прегледа. Основна предност овог приступа првенствено се огледа у систематичности и прегледности поступака, што читаоцу олакшава долажење до одговарајућих закључака. Такође, јасно је направљена подела између поступака у ситуацијама када се вредност предузећа процењује на бази компарације са компарабилним компанијама и када се процењује на бази анализе тржишних трансакција.

У следећем делу овог поглавља аутор се бави избором, пондерисањем и прилагођавањем изабраних мултипликатора. Наиме, он сматра да ће избор одговарајућег мултипликатора у највећој мери зависити од величине и природе саме компаније и од доступности упоредивих података. Овај економиста затим препоручује за сваку врсту предузећа, посматрано по његовој величини, одређени мултипликатор. Тако, на пример, он сматра да је за мала предузећа веома поуздано применити обрачун мултипликатора сопственог капитала *price/sales.* Што је предузеће веће, то је препоручљивије користити мултипликаторе који узимају у обзир величину нето добитка. Када су у питању мултипликатори инвестираног капитала, онда је за мала предузећа најбоље изабрати мултипликатор *Market value invested capital / Sales.* Такође, аутор примећује да је за већа предузећа боље изабрати мултипликатор који узима у обзир добитак пре опорезивања и амортизације него само добитак пре опорезивања, због тога што рачуноводствене политике везане за трошкове који не изазивају одливе (отпис основних средстава), могу

бити различите у упоредним предузећима. Када је реч о доступности података, онда је потпуно јасно да ће за већину мањих предузећа бити доступни само подаци о приходима од продаје или дискреционом добитку, док ће у гранама индустрије које имају тенденцију погоршавања и пада производње, само мали број великих предузећа остварити позитиван финансијски резултат, и зато није могуће користити мултипликаторе који имају за основу нето добитак.

Када се одаберу одговарајући мултипликатори, онда је неопходно сваком од њих дати одређени значај. Аутор у овом делу књиге залази у област статистике и упознаје нас са појмом коефицијента варијације који ће послужити као мера дисперзије. Они мултипликатори који покажу мању дисперзију, односно који имају нижи коефицијент варијације, добиће већи значај у евалуацији капитала, што значи да ће ти мултипликатори бити пондерисани већом вредношћу. Наглашава се да се све више значаја у статистичким мерењима даје медијани у односу на аритметичку средину да би се избегле дисторзије. Зато је, према аутору, неопходно изабрати као упоредне оне компаније чије су финансијске карактеристике што приближније предузећу које се процењује и одабрати оне мултипликаторе који ће те сличности приказати на најбољи могући начин. Осим тога, потребно је узети у обзир ризик и неизвесност, и у случајевима да не постоји разлика између односних предузећа применити медијану датих мултипликатора, односно извршити корекцију на више или на ниже медијане датих мултипликатора ако постоји разлика у степену ризика.

Четврто поглавље ове књиге носи наслов *„Sample Market Approach Cases“*. Овај сегмент књиге у потпуности поткрепљује констатацију да се ради о аутору који је велики део свог живота посветио практичном раду. Наиме, на овом месту дају се детаљни примери процене вредности капитала тржишном методом, и то у два случаја. Први случај односи се на мало предузеће које се бави услужним делатностима, и у коме се у потпуности примењује метод мултипликатора. Свака фаза разрађена је до детаља, што олакшава практично извођење поступка евалуације. Аутор полази од описа самог предузећа и његове историје, и наводи разлог процене вредности предузећа. Затим се даје приказ економског и амбијента у коме послује дато предузеће, перформансе односног предузећа у прошлости и процене о стопи раста у наредних пет година. Након тога врши се детаљна и прецизна финансијска анализа путем примене табеларних приказа. Аутор наглашава да је неопходно извршити тренд анализу и упоредити податке компарабилних компанија да би се дошло до закључка о финансијском положају предузећа. На бази величине предузећа, делатности и карактеристика, бирају се подаци који ће се користити у процесу поређења, а затим

се обрачунавају мултипликатори, сваком од њих даје се одговарајући значај и врши се коначна процена вредности датог предузећа. Важно је уочити да се процењена вредност даје у одређеном интервалу вредности, а не као тачна вредност, што управо показује да се ради о процени, а не о математички прецизном резултату.

Други случај односи се на велику компанију која послује у врло турбулентном окружењу. И у овом примеру фазе процене су исте као и у претходном, али се може уочити већа детаљност у свакој од њих. То се првенствено односи на описивање предузећа и окружења где су дате све релевантне чињенице, од историјског развоја, преко података о запосленима и власничке структуре капитала, до политике дивиденди. Затим се уобичајено врши избор извора података који ће бити коришћени за компарацију. Финансијска анализа обухвата детаљну анализу биланса стања, биланса успеха и комплетну рацио анализу, да би се потом приказао и цео поступак компаративне финансијске анализе. Следи компарација са тржишним трансакцијама из прошлости, што је нови квалитет у односу на претходни случај, тако да читалац може сагледати разлике у ова два метода процене тржишним приступом, које, истина, нису толико велике и значајне, али ипак постоје. На крају овог дела књиге аутор, користећи низ табела, доноси закључак о процени капитала, употребљавајући оне мултипликаторе који су најсврсисходнији, а имајући у виду сва правила која су објашњена у претходном поглављу. Обрачуни путем табеларних приказа много су једноставнији, јер се приликом процене мора користити више математичких радњи, па је тај посао на тај начин олакшан, тако да је онда у потпуности јасно зашто аутор у целом овом поглављу инсистира на табелама.

Завршно поглавље *Shannon P. Pratt* насловио је *„Important aspects of using the market approach“*. У првом делу овог поглавља аутор наглашава да је за исправну евалуацију неопходно да се познаје тачна власничка структура предузећа које се процењује, као и анализира однос између мањинских и већинских акционара. Он сматра да је од великог значаја и анализа да ли је најприхватљивије користити тржишни метод у процени, или је можда боље применити неки други приступ у процени вредности предузећа. Кључно је утврдити и која се вредност процењује, тј. да ли је то вредност сопственог капитала или вредност укупно инвестираног капитала, јер постоје одређене разлике у поступку крајње евалуације. Аутор јасно указује да је много боље применити онај метод који користи поузданије податке за процену вредности предузећа него онај који се базира на великом броју непоузданих података или података нема. Он даје сликовити пример. У ситуацијама када постоји нека друга компанија која је врло компарабилна са предузећем чија се вредност процењује, а не постоје добре процене о

кретању нето резултата у будућности, онда ће се применити тржишни метод процене. Међутим, ако не постоји предузеће које ће бити слично предузећу које се процењује, али зато постоје одличне процене будућег кретања финансијског резултата, онда је боље применити приносни метод (метод дисконтовања нето новчаних токова). Аутор констатује да је у ситуацијама када се примени већи број метода за процену вредности предузећа, а резултати процене дивергирају, неопходно извршити детаљну анализу могућих извора грешака. Овај део завршава се објашњењем везе између стопе капитализације и дисконтне стопе, с једне стране, и тржишних мултипликатора, с друге стране.

У другом делу последњег поглавља анализира се питање да ли је величина предузећа важна приликом процене вредности капитала. Аутор децидно тврди да јесте, полазећи од чињенице да се вредност мањих предузећа утврђује на бази нижих вредности тржишних мултипликатора већине финансијских показатеља, за разлику од већих компанија где су вредности ових мултипликатора веће. Другим речима, мања предузећа имају вишу цену капитала (дисконтну стопу), што умањује пројектовану вредност коришћењем приносног метода. Нижа цена капитала је у корелацији са већом вредношћу мултипликатора у тржишном приступу евалуацији капитала. Овакви ставови поткрепљени су великим бројем емпиријских података који су приказани у даљем наставку овог дела књиге. Евиденција о продајама приватних компанија, јавних компанија, подаци о предузећима код којих се евалуација вршила применом приносног метода, само су неки од показатеља који потврђују став да величина предузећа има велики утицај на процењену вредност предузећа.

У трећем делу петог поглавља књиге на језгровит начин се описују најчешће грешке које се јављају у примени тржишног метода процене вредности капитала предузећа. Аутор примећује да је основна грешка која се јавља у коришћењу овог метода лош избор упоредне компаније. Веома често се не изврши потребна анализа сличности између предметних предузећа, па се дешава да се као компарабилно предузеће узме нека компанија са којом процењивано предузеће има више разлика него сличности. Зато је неопходно да аналитичари буду прилично опрезни приликом овог избора, да не би дошло до грешака у пројектованој вредности капитала. Аутор закључује да, и поред доброг избора упоредне компаније, долази до грешака, јер није извршена адекватна компаративна анализа, како природе пословних операција ових компанија, тако и финансијских карактеристика. Две компаније никада не могу бити потпуно идентичне и због тога је неопходно да се изврши правилно пондерисање мултипликатора. Дешава се да се сваком изабраном мултипликатору додели исти значај, што може

бити један од могућих извора потенцијалних грешака. Овај аутор примећује да до грешака долази и због тога што се не изврши усклађивање финансијских извештаја компаративних предузећа у погледу рачуноводствених политика. На пример, уколико једно предузеће користи за обрачун залиха ФИФО метод, а друго ЛИФО метод, онда је неопходно свести залихе ова два предузећа на исти систем обрачунавања, односно створити упоредиву основу пребацивањем обрачуна залиха другог предузећа на ФИФО метод.

Грешке се могу јавити и при мерењу финансијских варијабли односних предузећа уколико се ови показатељи мере у различитим временским периодима. Тада њихове вредности нису упоредиве, посебно уколико се ради о предузећима са израженом цикличном или сезонском компонентом пословања.

У последњем делу овог поглавља аутор се бави питањем због чега се дешава да купци за одређена предузећа, код којих је вршена евалуација капитала ради продаје, понекад плаћају више новца него што предузеће објективно вреди. *Pratt* сматра да до преплаћивања долази због тога што купци сматрају да ће после куповине или преузимања доћи до бољих пословних резултата. Понекад до тога долази због неискуства, а некада и због великог самопоуздања и превише оптимистичног става купаца. На крају, аутор разматра везу између примене тржишног приступа процени вредности капитала и одређених судских случајева. Другим речима, он анализира однос овог метода процене и примене права. Посебан акценат ставља на улогу пореског система и његов утицај на пројектовану вредност, као и на одредбе купопродајног уговора везаног за одређену имовину која је процењена и предмет је тог уговора.

Као што смо већ рекли, крај књиге обилује прилозима. На почетку је дат преглед библиографских јединица (50 књига, 64 чланака и 13 стручних часописа). У наставку, *Shannon P. Pratt* даје исцрпан преглед свих база података које се могу користити у процени вредности капитала тржишном методом. Квалитет ове књиге додатно је побољшан речником страних речи и израза из области процене вредности, који посебно има значаја за особе које нису уско стручно образоване за област финансија, рачуноводства и ревизије, а желеле би да проучавају дату материју.

На самом крају, дат је списак свих брокерских кућа у САД-у које су на било који начин учествовале у креирању базе података *Pratts Stats,* као и тест од 30 питања који може послужити као добра основа за читаоца да просуди колико је добро разумео материју у овој књизи.

Очигледно је да књига *„The market approach to valuing businesses“* има изузетан теоријски, научни, али и практични значај. Тржишни приступ у процени вредности капитала је дужи низ година

примењен у пракси земаља са развијеном тржишном економијом и функционалним тржиштима капитала, а све више ће на значају добијати у земљама у којима долази до развоја тржишта капитала, што значи и у нашој држави. Велика вредност књиге огледа се у чињеници да је аутор успео да на 350 страна потпуно, са теоријског аспекта, објасни све карактеристике и поступке тржишног приступа евалуацији капитала, али и да прикаже примену овог метода кроз велики број случајева из праксе, који су објашњени на веома приступачан начин. Захваљујући овом прагматичном делу књиге, читаоцу је много лакше да разуме све теоријске одреднице тржишног приступа. Књига је лишена свих сувишних расправа и детаља, материја је конкретизована и усмерена искључиво на предмет разматрања. То је, засигурно, добра препорука за консултовање ове књиге свима онима који се баве проценом вредности капитала, јер их примена овог метода чека у блиској будућности, као и за све остале који би желели да продубе своја знања из области економије.

Чедомир Глигорић

* * *

Аурелије Аугустин
Држава божја
(превео Марко Вишић, ЦИД, Подгорица, 2004, стр. 1034)

У свакој средини која на било који начин припада европским цивилизацијама – али не само у тој средини – међу прворазредне културне догађаје несумњиво спада и објављивање Августиновог дела *de civitate dei* на језику те средине. Тај прворазредни културни догађај – по природи ствари, догађај дугог трајања, дугог простирања у времену – приредио нам је млади издавач ЦИД из Подгорице (основан 1994. године), издавач који се агилношћу, солидношћу, професионалним знањем, мудрошћу и другим врлинама, показаним у тристотинак издања за десетак година, сврстао међу наше најзначајније издаваче.

Аурелије Августин (354–430), хришћански теолог и филозоф и један од најславнијих и најпознатијих црквених отаца патристике, на нашем језику био је прилично дуго доступан једино својим *Исповестима* (*confessiones*), које су писане око 400. године (а код нас објављене 1973. године) и главни су извор за разумевање Ав-

густиновог животног и филозофског пута, али нису и његово главно дело. Главно Августиново дело је *О држави божјој*, писано од 413. до 426. године, које је сада, захваљујући подгоричком ЦИД-у и његовом преводиоцу Марку Вишићу односно, нешто раније, захваљујући загребачкој ,,Кршћанској садашњости“ (1982-I св., 1995-II св., 1996-III св.) и њеном преводиоцу Томиславу Ладану, доступно и на нашем језику.

Тек нам предстоји студирање овог Августиновог дела, у коме се схватање о апсолутно слободној људској вољи противречно супротставља учењу о предестинацији за спас или за пропаст, у коме се – према неким виђењима – наилази на зачетак филозофије историје и у коме се налази она чувена (и нашим бруцошима позната), у запитаносној форми изражена мисао о томе да без правде државе нису ништа друго до велике разбојничке банде, као што и, обрнуто, разбојничке банде нису ништа друго до мале државе, које се, ако се довољно увећају, и називају државама, не зато што су се, једном увећане, одрекле похлепе (односно, уопште, порока и злодела), већ зато што тад постају сигурне у некажњивост за своје поступке.

Такође, тек нам предстоји и студирање, поређење и оцена ових издања – њихове стручно-техничке опремљености и превода, јер је у њима сваки детаљ значајан и говори по себи и за себе, нпр. почев од имена аутора и наслова дела на нашем језику (Аугустин, Августин, *О држави Б/божјој*, *Држава Б/божја*) и у оригиналу (*Aurelius Augustinus*, *Aurelii Augustini*, *de civitate dei*, *de civitate Dei*, *De civitate dei*, *De civitate Dei*). Но, овде и сада ипак се не сме пропустити обавештење о једној од најзначајнијих предности загребачког издања – оно је, наиме, двојезично: поред превода садржи и латински оригинал.

Знамо, нема савршених издања. Па ипак, похвала издавачу с почетка ове белешке није изречена само имајући на уму неминовност људске несавршености, погрешивости и грешности већ, пре свега, узимајући у обзир настојања и прегнућа издавача овде и сада, у овим нашим околностима и, нарочито, упркос свим тим околностима, која су уродила значајним ЦИД-овим библиотекама, којих је петнаестак, и бројним капиталним књигама, од којих у овој прилици подсећамо само на оне у библиотеци *Синтезе*, у којој се појављује и ово Августиново дело. Ту су објављена дела: *Историја социјалне филозофије* Евгенија Спекторског, *Теорија правде* Џона Ролса, *Успон и пад великих сила* Џона Кенедија, *Друштвена и културна динамика* Питирима Сорокина, *Историја руске филозофије* Василија Зењковског, *Право, законодавство и слобода* Фридриха Хајека, *О срећи* Владислава Татаркјевича и *Конституционална демократија* Карла Фридриха, а ускоро ће бити објављена

и – по знању и уверењу писца ових редова – до сада најбоља *Историја филозофије права* Гвида Фаса. Све ове књиге, као и многе из других ЦИД-ових библиотека, заслужују информативне и критичке приказе, шире расправе, и о њима ће се, надамо се, још много писати, јер само озбиљно, темељно и широко образовано, стручно и писмено читалаштво може унапредити издаваштво. Јер, ако је тачно да сваки народ има владу какву заслужује, онда је такође тачно да свако читалаштво има издаваштво какво заслужује.

Јасминка Хасанбеговић

Enrico Pattaro, editor-in-chief,
A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence,
volumes I-V
(Dordrecht/Berlin/Heidelberg/New York, Springer, 2005.)

Осамдесетих година прошлога века Енрико Патаро ,,had a dream" – у ствари, три сна. Како сâм каже у Предговору, његова прва идеја-пројекат био је међународни часопис за филозофију права са седиштем у Италији, али на енглеском, који би се попут најауторитативнијих научних часописа заснивао на рецензијама ,,наслепо". Тај сан је (у смислу дубоке наде и тежње која подразумева огромне препреке) почео да се остварује 1988. године као *Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Blackwell Publishing, чији је први и дугогодишњи главни уредник био Патаро. Друга његова идеја-пројекат био је интердисциплинарни истраживачки центар у коме би истраживали, разговарали и, кад год је могуће, сарађивали посленици у историји, филозофији и социологији права и правној информатици – нарочито вештачкој интелигенцији и праву. Тај сан почео је да се остварује када је 1986. године у оквиру болоњског Универзитета основан *CIRSFID – Centro Interdipartimentale di Ricerca in Storia del Diritto, Filosofia e Sociologia del Diritto e Informatica Giuridica ,,Guido Fassò – Augusto Gaudenzi"*, чији је први и дугогодишњи директор био Патаро. Трећа идеја-пројекат била је вишетомна расправа у области правне филозофије и опште јуриспруденције, која је због прве две идеје-пројекта морала да сачека све до 2000. године, када је Карла Фарали (*Carla Faralli*, у ширим јуриспрудентским круговима можда најпознатија као приређивач постхумног издања чувене и, по знању и уверењу писца ових редова, до сада најбоље историје филозофије права – *Историје филозофије права* Гвида Фаса) преузела Патарово место главног уредника *Rati*a *Juris* и директора *CIRSFID*-а. Отада је Патаро могао да се посвети тој трећој идеји-

-пројекту тј. писању и уређивању поменуте вишетомне расправе и зато његова прва и најтоплија захвалност иде Карли Фарали, која није учествовала у писању и уређивању те велике расправе, али је омогућила да она коначно 2005. године бар већим својим делом угледа светлост дана.

Планирана *Расправа о филозофији права и општој јуриспруденцији,* чији је главни уредник Енрико Патаро, обухвата десет (10 – *sic!*) томова, од којих је шест већ написано, а пет и објављено. За тако огроман подухват тешко је наћи право име, а онда и адекватан превод, те *A Treatise* тј. *Расправа* то сигурно није. Не би битно помогла ни посрбљена француска реч *трете*, која сугерише разликовање *traité*-а као потпуне и систематичне расправе која и обимом и нивоом далеко надмашује скромни *manuel*. Овако замашан подухват, разуме се, није могао без Саветодавног тела, у које су ушли професори: покојни торински *emeritus* Норберто Бобио (Norberto Bobbio), њујоршки и лондонски Роналд Дворкин (Ronald M. Dworkin), стенфордски Лоренс Фримен (Lawrence M. Frieman) и сасешки Кнут Хаконсен (Knud Haakonssen), као ни без придружених уредника: севернокаролинског професора Џералда Постеме (Gerald J. Postema) и (британско)кембричког професора Питера Стајна (Peter G. Stein).

Десетотомна *Расправа о филозофији права и општој јуриспруденцији* дели се на два дела – теоријски и историјски. Теоријски део обухвата пет томова објављених 2005. године, који ће у овој белешци бити поменути, а историјски део ће такође обухватити пет томова, од којих је само први (први историјски, а шести у целокупној расправи) написан, али још не и објављен: Фред Милер Млађи (Fred D. Miller, Jr.), уредник, заједно с Кери-Ен Бјонди Кан (Carrie-Ann Biondi Khan), *Историја филозофије права од старих Грка до схоластичара* (*A History of the Pholosophy of Law from the Ancient Greeks to the Scholastics*). Имајући све претходно на уму, могло би се рећи да је Патаров трећи сан била енциклопедијска, и то систематско-историјска енциклопедијска расправа из филозофије права и опште јуриспруденције. Њена прва половина, петотомна *теоријска* целина је реализована – тај део сна постао је стварност.

А сада, само унајкраће, ко су аутори и шта су основне теме тих пет теоријских томова?

Први том написао је болоњски професор Филозофије права Енрико Патаро: *Право и право – Поновно процењивање стварности која треба да буде* (*The Law and the Right – A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*) и он је обима XXXIII+457 стр. Поменути наслов овде није преведен као *Објективно и субјективно право*, јер Патаро подробно објашњава зашто сматра да тај континенталноевропски пар не одговара оном *law – right*, чије значење одређује

као *оно што је објективно исправно – оно што је субјективно исправно*, а што би се, дакле, морало наћи у наслову нпр. српског (или италијанског, француског, немачког и др.) превода овог његовог дела.

Други том написао је Хуберт Ротлојтнер (Hubert Rottleuthner), доктор филозофије и професор Социологије права на Правном факултету Слободног универзитета у Берлину, који је у стручним круговима познат по својим истраживањима улоге права и правника, ефикасности права, нацистичког права, источнонемачког права и др. Други том је посвећен основима или темељима, или заснивању права и насловљен *Foundations of Law*, а обим му је XII+205 стр.

Писац трећег тома је Роџер Шајнер (Roger A. Shiner), канадски професор који је дуго година поучавао на Универзитету Алберте, а сада предаје Филозофију на Оканаган Универзитетском колеџу Британске Колумбије. Он је написао *Правне институције и изворе права* (*Legal Institutions and the Sources of Law*) на XII+252 стр. и ту се позабавио законодавством, прецедентом, обичајем, делегирањем надлежности (арбитражом и медијацијом), уставима, изворима права у континенталноевропским правним системима, међународним правом и, на крају, ауторитетом.

Аутор четвртог теоријског тома је Александер Печеник (Aleksander Peczenik), краковски и стокхолмски студент права и краковски доктор права, који је докторат из филозофије стекао у Лунду, где је доцније постао професор јуриспруденције, познат по истраживањима у теорији правне аргументације и епистемологије и теорији кохеренције у праву и правди. Он је написао *Scientia Juris – Правна доктрина као знање о праву и као извор права* (*Scientia Juris – Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*) на XIII+200 стр., чије су основне теме: правна доктрина и правна теорија, посебна правна доктрина, критика и одбрана правне доктрине, право и морал, кохеренција у правној доктрини, метатеорија и онтологија за правну доктрину.

Коначно, пети, последњи теоријски том, који обимом далеко надмашује претходне – стр. XXVI+844 – написао је Ђовани Сартор (Giovani Sartor), фирентински доктор на Европском универзитетском институту, који је радио у Суду ЕУ у Луксембургу, био је истраживач у Италијанском националном истраживачком савету у Фиренци, као почасни професор предавао је Јуриспруденцију у Белфасту на *Queen's* универзитету и сада је професор Компјутера и права на болоњском Универзитету, а бави се вештачком интелигенцијом, филозофијом права, компјутерском логиком, законодавном техником и компјутерским правом. Наслов његовог огромног прилога великој *Расправи* гласи: *Правно расуђивање –*

Когнитивни приступ праву (*Legal Reasoning – A Cognitive Approach to the Law*).

Сваки од ових томова заслужује много више од ове белешке – најпре, уобичајене мање-више исцрпне приказе, а потом и озбиљна критичка разматрања, од којих ће нека сигурно превазилазити оквире и најамбициознијих критичких приказа – и бар ових првих пет теоријских томова ове огромне *Расправе о филозофији права и општој јуриспруденцији* ће то засигурно и добити – понешто од тога можда и у овом часопису.

Јасминка Хасанбеговић

Thomas Fleiner, Lidija R. Basta Fleiner
Allgemeine Staatslehre – Über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt
(dritte vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, die erste und zweite Auflage sind unter Mitarbeit von Peter Hänni erschienen, Berlin/ Heidelberg/New York, Springer, 2004, SS. LXXII+674)

Један примерак ове књиге је коауторкин поклон Библиотеци Правног факултета Универзитета у Београду и то је непосредан повод за ову белешку. Желимо да подстакнемо ауторе и, уопште, власнике књига и другог потенцијалног библиотечког материјала, без обзира на то да ли су наши бивши, садашњи или будући студенти, да ли су на било који начин сарађивали с Факултетом (радили, студирали, дипломирали, магистрирали или докторирали, држали предавања, учествовали на научним и стручним скуповима, објављивали у факултетском часопису, користили факултетску библиотеку, учили у факултетским читаоницама итд. и сл.), без обзира на то да ли им из било ког разлога наш факултет лежи на срцу или не – већ можда „само“ поштују Факултет као институцију необично дугог трајања и за европске и светске, а камоли за балканске и српске прилике, и желе да се оно што су објавили, односно оно објављено што поседују, нађе на престижном правом месту, у једној од и сад најбогатијих, а негда несумњиво најбогатијој и најбољој стручној библиотеци на Балкану, Библиотеци Правног факултета Универзитета у Београду. Желимо, пре свега, да подсетимо и подстакнемо ону врсту прилично заборављеног и запостављеног даривања које је нормално у грађанском друштву, па и у грађанској Србији. Грађанскост – као и отменост – обавезује, између осталог, и на одређена давања и даривања, која право грађанство чини уредно и с радошћу.

Наслов књиге Томаса Флајнера и Лидије Басте Флајнер – *Allgemeine Staatslehre* – у немачкој стручној литератури одавно је уобичајен, али и изразито нијансирано вишезначан. Довољно је бацити поглед на одредницу *Staatslehre* у било ком стручном речнику односно енциклопедији, нпр. у *Историјском речнику филозофије* (*Historisches Wörterbuch der Philosophie*), где се у десетом тому као синоними односно основна значења тог израза наводе *Staatswissenschaft*[*en*], *Staatsphilosophie, Staatstheorie*. Овоме ваља још додати да има оних (попут у овој рубрици помињаног Патара) који сматрају да је на енглеском за немачку реч *Lehre* у овом значењу најбољи еквивалент *doctrine*. Дакле, потенцијални будући преводилац може се већ поводом наслова наћи „бар“ у „квинтилеми“: *Опште учење о држави* или *Општа/е наука/е о држави* или *Општа филозофија државе* или *Општа теорија државе* или *Општа доктрина о држави*. Неће му много помоћи ни сами аутори односно оно што су о свом учењу (теорији, филозофији, науци, доктрини) о држави они сами написали.

Ипак, аутори су о једном изричити: док су досадашња општа учења о држави вишеструко евроцентрична, ово – по ауторском саморазумевању – то није, не треба, не сме и не може да буде, јер „[у] глобализованом светском поретку не може се више заступати учење о држави створено из евроцентричне културе мишљења.“ И утолико је бар један аспект *општости* овог општег учења о држави изреком одређен (додуше, као интенција аутора, о чијој ће остварености и остваривости тек судити критичари).

Но, општост општег учења о држави има, наравно, и друге аспекте и зависи, између осталог, можда понајпре од самог поимања државе. А када је о поимању државе реч, ту се од самог почетка осећа и види колебање аутора, које води неодређености и противречности. (Та неодређеност и противречност ученом и добронамерном читаоцу, истина, не сметају, али ова књига, чини нам се, није намењена искључиво – чак ни првенствено (!) – ученима, већ, напротив, неукима тј. студентима.) Тако, књига почиње, после апсолутно првог поднаслова – *Држава, дете просветитељства* – овим речима: „Данашња држава је настала из европске модерне. Она је дете европског просветитељства. Ношене комерцијалним интересом и оправдаване мисионарском идејом, европске су државе од XVII до XX века своју идеју државе колонизацијом пренеле на цео свет.“ Ако је држава дете (европског) просветитељства, настало из (европске) модерне, има ли државе пре просветитељства и пре модерне? Није ли онда модерна држава плеоназам, а пре(д)модерна држава *contradictio in adiecto*? Или пак речено (дете просветитељства, настало из европске модерне) не важи за сваку – поготово ни за једну премодерну – већ само за *модерну* државу? Али онда, у ком смислу је *опште* ово, у овој књизи садржано *опште*

учење о држави? (Ово су, наравно, само варијације од XVI в. надаље добро познатих питања у филозофији, теорији, науци и сл. – шта је држава, када настаје, постоји ли нешто као античка или средњовековна држава и др. – на која до данас у тој истој науци нема јединствених одговора.)

Успут, ако овако стоје ствари с просветитељством и европском модерном, с једне стране, и с државом уопште, било којом државом, или пак само с модерном државом – свеједно, с друге стране, онда је евроцентрички приступ држави нужан и неизбежан (скоро као судбина) да бисмо објаснили тај феномен и проблеме које с њим у вези данас имамо (што, наравно, не значи да се и решења тих проблема морају налазити само на том мисаоном хоризонту). Но, одговор на питање да ли је евроцентричност теоријског приступа држави „судбина“ – далеко превазилази оквире ове белешке.

Ипак, ако сте помислили да се првим поднасловом и текстом који следи аутори опредељују за став да је држава феномен европске модерне и просветитељства, поколебаће вас текст испод другог поднаслова – *Убрзане промене карте света* – који се налази одмах испод, на тој истој, првој страни књиге. Тај текст вреди навести и зато што врло лепо илуструје изузетно занимљив начин излагања: „Када се погледа на карту света и у уставну историју држава, може се с чођењем установити да од више него неких 194 признате државе само 14 може погледати уназад на свој непрекинути 200-годишњи развој националне државе. Од 660. године пре Хр., када је Јапан по први пут изградио политичко јединство, све до Декларације о независности Сједињених Америчких Држава из 1776. године, просечно је тек сваких 175 година стварана једна нова држава. А у XIX в. је једна нова држава настајала сваке четири године. И док је у првој половини XX в. сваких 18 месеци нека нова држава желела пуни суверенитет и међународно признање, то исто се у другој половини XX в., све до 1993. године, дешавало сваких пет месеци. Од Другог светског рата укупно је 105 нових држава придошлица у међународну заједницу.“

Сада је јасно да аутори ту имају шире поимање државе: држава је и феномен премодерне (а не само /европске/ модерне) и, грубо се шалећи (управо на рачун евроцентричности), могло би се такође рећи, држава је и чедо непросвећености (а не само /европског/ просветитељства). Јер иначе, *оно* што је од 660. године пре Хр. до 1776. године (дакле, скоро два и по миленијума) настајало на простору од Јапана до САД у просеку сваких 175 година, аутори не би називали државом односно државама, а њих је у том времену на том простору – према параметрима самих аутора и простом рачуну – четрнаестак (наравно, без САД, које спадају у

модерну просветитељску причу). А у тих четрнаестак држава вероватно спада и српска средњовековна држава, која у оном ужем поимању државе уопште и није држава (ни у Душаново време).

Но, опет успут, пример Јапана је у тексту наших аутора вишеструко значајан: не само као доказ ширег поимања државе него и неевроцентричности овог општег учења о држави (јер, у противном, древни Јапан не би био држава, а модерни Јапан би као држава морао и могао бити схваћен једино као чедо европског просветитељства, настало из европске модерне /*sic*!/).

И када сте помислили да се аутори опредељују за ово шире поимање државе, које обухвата и модерну и премодерну (античку и средњовековну) државу, и да је њихово опште учење о држави опште и у том смислу, преварили сте се. Опште учење о држави из наслова и из садржине ове књиге није опште, или бар није опште у том смислу. Опште учење о држави, у овој књизи је опште учење („само“) о модерној држави. То – истина, само на неки начин – потврђује и поднаслов *О конституционалној демократији у мултикултурном глобализованом свету*. Јер, уставних демократија (као и устава) било је и у премодерном свету, али конституционализма? Ако на ово питање одговорите „*не*“, збуниће вас када видите да аутори говоре о модерном конституционализму, који *eo ipso* подразумева да постоји и онај премодерни. Уосталом, било је у оном премодерном свету и мултикултуралности и глобализације (или бар покушаја „глобализације“ ондашњег света), али они нису предмет ове књиге.

На крају крајева, да бисте сазнали шта је опште учење о држави по схватању ових аутора, читајте ову занимљиву и лепо писану књигу. Она је, чини се, намењена студентима, али судећи по обиму, пре свих оним радозналим и амбициозним (или, просто, швајцарским студентима). На радост студентске већине (можда опет само из српског угла), нема фуснота (стручњаци ће зажалити – било зарад лакшег оштрења аргумената, било зарад удобности коришћења односно преписивања), али акрибичности не недостаје (сви класици од антике до краја XX в. /и не само они/ крајње су прецизно навођени – наравно, пре свих за немачког читаоца). Штета је што за поређење немамо прво и друго издање ове књиге. Но, у једном науму аутори су, чини се, несумњиво успели: Ова књига је за сваког подстицајна лектира. То значи да она (независно од повода ове белешке) садржи и дубље разлоге да се о њој пише.

Јасминка Хасанбеговић

Јасминка Хасанбеговић

IN MEMORIAM
NORBERTO BOBBIO (1909–2004)

Норберто Бобио спада међу најзначајније писце у правној теорији и филозофији XX века. Његова библиографија обухвата око пет хиљада библиографских јединица на деветнаест језика. Али Норберто Бобио је много више од ове импресивне библиографије: У поратној италијанској демократији он је једна од фигура с највише ауторитета.

Рођен је у Торину, у добростојећој породици познатог хирурга и у том граду је провео највећи део живота. Ту је дипломирао и права и филозофију, а филозофију права је студирао код Ђоела Соларија, кога ће за катедром наследити 1948. год. Пре тога поучавао је Филозофију права у Камерину (1935–1938), Сијени (1938–1940) и Падови (1940–1948), па и после, од 1948. до 1972. у Торину, да би од 1972. до 1979. прешао на поучавање Политичке филозофије. Од 1979. је професор *emeritus* Универзитета у Торину. Био је члан италијанске Академије и од 1966. дописни члан *British Academy*, почасни доктор универзитета у Паризу, Буенос Ајресу, Мадриду, Болоњи и Шамберију, заједно с Николом Абањаном дугогодишњи директор *Rivista di filosofia*, члан Раселове Фондације, оснивач Европског културног друштва. Пертини га је 1979. именовао за једног од пет доживотних сенатора.

Најзначајнија Бобиова дела су: *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, 1934; *Scienza e tecnica del diritto*, 1934; *L'analogia nella logica del diritto*, 1938; *La consuetudine come fatto normativo*, 1942; *La filosofia del decadentismo*, 1945; *Introduzione alla filosofia del diritto*, 1948; *Teoria della scienza giuridica*, 1950; *Politica e cultura*, 1955; *Studi sulla teoria generale del diritto*, 1955; *Teoria della norma giuridica*, 1958; *Teoria del ordinamento giuridico*, 1960; *Il positivismo giuridico*, 1961; *Locke e il diritto naturale*, 1963; *Italia civile*, 1964; *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 1965; *Da Hobbes a Marx*, 1965; *Profilo*

ideologico del Novecento italiano, 1969; *Saggi sulla scienza politica in Italia*, 1969; *Diritto e Stato nel pensiero di E. Kant*, 1969; *Studi per una teoria generale del diritto*, 1970; *Una filosofia militante: studi su Carlo Cattaneo*, 1971; *Quale socialismo*, 1977; *I problemi della guera e le vie della pace*, 1979; *Studi hegeliani*, 1981; *Il futuro della democrazia*, 1984; *Maestri e compagni*, 1984; *Il terzo assente*, 1988; *Thomas Hobbes*, 1989; *L'età dei diritti*, 1989; *Destra e sinistra*, 1994.

Још у школским и студентским данима, упркос политичкој оријентацији својих родитеља, Бобио се упознао с водећим торинским антифашистички оријентисаним интелектуалцима – Ђезаром Павезеом, Ђулијем Еинаудијем, Виторијом Фоаом и др. Није био активан у покрету отпора, али је припадао јакој интелектуалној опозицији. Да не би изгубио посао, потписао је изјаву лојалности режиму, због чега је – како сам каже у *Аутобиографији* (1997) – касније дубоко жалио. После Мусолинијевог пада активно се укључио у политички живот, па је за време немачке окупације „кратко“ затворен од 1943. до 1944. Неуспех на изборима за уставотворну скупштину 1946. вратио га је академском животу, али је основна идеја негда и његове либерално-социјалистичке Партије акције – изражена слоганом „Правда и слобода“ – остала једна од централних тема и преокупација његовог потоњег рада: Како ујединити слободе, на којима инсистирају либерали, с друштвеном и економском правдом, на којој инсистирају социјалисти. Због тога је Бобио постао један од најбољих и најзначајнијих критичких саговорника како италијанским комунистима и, потом, социјалистима, тако и демохришћанима и њима блиским партијама и групама, бивајући увек између, не припадајући им, а приближавајући их – као изузетно утицајна непартијска фигура у политичком животу Италије. Остао је доследан у ставу да се не бави активно политиком, иако уопште није био незаинтересовани посматрач или неангажовани аналитичар, и одбио је више пута сенаторско место, све док је био активан на универзитету, зато што је своје академске обавезе изузетно озбиљно схватао. Редовно је писао за *Stampu* и био веома цењен политички коментатор. Био је темељан, угледан и утицајан критичар марксизма, нуклеарног наоружања, еврокомунизма, корупције италијанских политичара, универзитетских професора који због вануниверзитетских активности запостављају своје академске обавезе и одговорности, посткомунистичког либералног тријумфализма који заборавља социјалну правду, истакнути критичар Берлусконија и његове владе. Био је веома близак мировном покрету, али не и пацифиста.

Најпре у италијанским, а потом европским и светским академским правним круговима, Бобио је имао место слично оном које је Харт имао у англосаксонским универзитетско-правним круговима, а повезивало их је и узајамно уважавање. Но, Бобиова теорија-

скоправна путања је, упркос неким сличностима, знатно другачија. Први период карактерише спекулативно-филозофски или, како се још назива, идеалистички приступ и њему припадају *Феноменолошки праваац у социјалној и правној филозофији*, *Аналогија у правној логици* и критичка студија егзистенцијализма: *Филозофија декаденције*, док се *Правна наука и техника* и *Обичај као нормативни факт* издвајају и опиру овом груписању. Уосталом, ни периоди који следе (позитивистички, јуснатуралистички, политичкофилозофски односно политиколошко-реалистички) нису одсечни – напротив. Други период је период правног позитивизма, инспирисан Келсеном, на чије је списе Бобио случајно наишао још 1932. Ту спадају: *Теорија правне науке*, *Студије о општој теорији права*, *Теорија правне норме*, *Теорија правног поретка*, *Правни позитивизам* и др. Али Бобиов правни позитивизам увек је био праћен и преплетен интересовањем, с једне стране, за природно право и, с друге, за друштвену и политичку реалност која испуњава садржајем празнину правног позитивизма. О томе сведоче, нпр., *Лок и природно право*, *Јуснатурализам и правни позитивизам*, *Држава и право у Кантовој мисли*, *Хегелијанске студије*, *Ера права* – с једне стране, а с друге – *Политика и култура*, *Грађанска Италија*, *Од Хобза до Маркса*, *Идеолошки профил Италије XX-ог века*, *Будућност демократије*, *Десница и левица* и други списи. Проблем природног права, нарочито сукоб немогућности и неопходности природног права – немогућности његовог заснивања и његове неопходности као вредносног критеријума и коректива позитивног права – трајно је заокупљао Бобија. Његови политички списи представљају трагања за одговорима на питање политичког утемељења права – Бобио је први у Италији још 1946. године објавио студију о *Отвореном друштву и његовим непријатељима* Карла Попера.

Неки Бобиови радови преведени су и на наш језик: *Право и сила*, 1987; *Још о праву и сили*, 1987; *О критеријима за рјешавање антиномија*, *Архив за правне и друштвене науке* 3–4/1987; *Јуснатурализам и правни позитивизам*, *Марксистичка мисао* 3–4/1987; *Есеји из теорије права*, 1988; *Будућност демократије: Одбрана правила игре*, 1990; *Сјај и беда европске идеологије*, *Књижевност* 6/1990; *Либерализам и демократија*, 1995; *Држава, владавина, друштво: За општу теорију политике*, 1995; *Десница и левица: Разлози и смисао једне политичке дистинкције*, 1997; *Човек и његова права*, у: Љубиша Деспотовић, прир.: *Поља политике*, 1999.

Нас за Бобија везује и једно лепо сећање. У јесен 1986. имали смо изузетну част и задовољство да наш факултет посети Норберто Бобио, о чему је остала забелешка у *Аналима* 5/1986. Но у тој белешци не пише да је до посете дошло на иницијативу самог Бобија. Он је, наиме, с још неким парламентарцима из Европе био

– у својству италијанског сенатора – у Београду у званичној посети Скупштини СФРЈ, али је пожелео да ту прилику искористи и за незваничну посету Правном факултету. И тако су Иван Вејвода и Триво Инђић договорили за 1. октобар увече тај ,,двочасовни, изузетно жив, занимљив и садржајан разговор, у коме смо се са задовољством могли још једном уверити да се иза правих великих имена крију изузетне личности и да се богатство знања и мисли, које нас као читаоце плени, једнако доживљава и још више нас понесе у врцавом разговору у коме се писац појављује као сабеседник.“

Норберта Бобија више нема. После 94 године угасио се његов садржајан и богат живот. Остала су његова дела и наша сећања на њега – једини облик његовог будућег постојања.

Обрад Станојевић

IN MEMORIAM
ПИТЕР БЕРКС, ОКСФОРД

Питер Беркс (*Peter Brian Herrenden Birks*) рођен је 1941. године у покрајини Кент, као син лекара. Определио се за класичне студије на Оксфорду, али је прешао на право на Тринити колеџ. Под утицајем Џона Келија (*John Kelly*), познатог професора и ирског политичара, заволео је Римско право. Одређен је за тутора оксфордским студентима права на Брејзноз колеџу. То је нека врста помоћника професора, слична асистенту – мало плаћен, али престижан посао који добијају одлични студенти. Као млади предавач сарађивао је с романистом Тонијем Томасом (*Tony Thomas*). Потом је провео годину дана на последипломским студијама у САД, где му је касније нуђена катедра, али је остао веран британским универзитетима. Најпре је током шест година на универзитету у Едимбургу предавао Римско право и предмет *Restitution*, који је већим делом сам формирао и који обухвата разне облике повраћаја новца или ствари које се без основа налазе у туђој имовини – тј. неоснованог обогаћења. Када је Тони Хоноре (*Tony Honore*) отишао у пензију, указом краљице именован је за професора на Оксфорду, где је до краја остао.

Иако је Римско право на Оксфорду изборни предмет, већина студената се опредељивала да слуша надахнута Берксова предавања.

Међу значајнијим Берксовим делима поменимо *Introduction to the Law of Restitution* и превод Јустинијанових *Институција,* заједно с Грентом Меклаудом (Grant McLeod), који је један од неколико превода на енглеском језику. У овом преводу је напустио раније робовање латинској терминологији и тиме приближио књигу савременим читаоцима.

С тимом научника и практичара, као главни редактор, објавио је најпре *Увод у јавно право Енглеске*, а нешто касније и *Увод*

у приватно право Енглеске. То су капитална дела за оне који желе да се упознају с правним системом ове земље.

Као секретар, а касније и председник Удружења професора права Енглеске, организовао је семинаре посвећене разним питањима теорије и праксе права, па су тако настале збирке расправа: *Границе приватноправне одговорности* (1994), *Деликти и правни лекови у 21. веку* (1996), *Чему служе правни факултети?* (1996) и друге. Године 1999. објавио је књигу *Основи неоснованог обогаћења*, као збирку расправа, а 2003. као монографију (Unjust Enrichment). Тиме је унео више светлости у овај замршени и веома расправљани проблем римског и савременог права.

Берксов опус обухвата 20 књига и 142 чланка.

Био је један од најагилнијих чланова *Међународног удружења за историју античких права*.

Постао је члан Британске академије наука (1989) и дописни члан Холандске краљевске академије (2001).

У осврту на његов живот и дело професор Џек Битсон (Jack Beatson) тврди да је као професор ,,био без премца“. Што год да је радио, а радио је многе ствари, чинио је с пуном преданошћу. Иако није признавао празнике ни дане одмора, у младости је био успешан рагбиста, а налазио је времена које је посвећивао уживању у музици. Био је топла и племенита особа, с харизмом, стасит и леп човек.

Професор Џек Битсон, Берксов сарадник, каже у ,,Гардијану“ поводом Берксовог одласка да су ,,његовом смрћу правни факултети Британије изгубили вероватно најсјајнију звезду, а енглеска правна наука остала без једног од најплоднијих, најкреативнијих умова.“

Наш народ, наш Факултет и ми, колеге с Катедре, остали смо без лојалног и искреног пријатеља, човека племенитог лика и изванредног карактера.

АУТОРИ

Др Хауке Брункхорст, редовни професор социологије на Универзитету у Фленсбургу.

Др Драган Миловановић, професор Универзитета Североисточни Илиноис у Чикагу.

Др Војислав Становчић, редовни професор Факултета политичких наука Универзитета у Београду, у пензији.

Др Петер Колер, редовни професор Правног факултета у Грацу.

Др Јаков Радишић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, у пензији.

Др Борис Кривокапић, научни саветник у Институту за упоредно право и професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву.

Др Милена Полојац, доцент Правног факултета Универзитета у Београду.

Др Владимир Павић, доцент Правног факултета Универзитета у Београду.

Мр Марија Караникић, асистент Правног факултета Универзитета у Београду.

Др Бранко Павлица, виши научни сарадник Института за међународну политику и привреду.

Владимир Ђерић, адвокат из Београда.

Др Коста Чавошки, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

Др Данило Баста, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

Др Светлана Мирчов, управница Библиотеке Правног факултета у Београду.

Др Александар Миљковић, виши научни сарадник Института за социјалну политику, у пензији.

Милош Милошевић, асистент-приправник Правног факултета Универзитета у Београду.

Чедомир Глигорић, аистент-приправник Правног факултета Универзитета у Београду.

Милош Здравковић, асистент-приправник Правног факултета Универзитета у Београду.

Др Јасминка Хасанбеговић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

Др Обрад Станојевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, у пензији.

Проф. др Марија Драшкић својом одлуком престала је да буде члан редакције ,,Анала“, која јој изражава захвалност на колегијалном ангажовању у припремању оба овогодишња броја часописа.

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

Year LIII, No. 2, 2005, pp. 1–328

UDC 34/35 YU-ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Hauke Brunkhorst, Democracy taken seriously – Europe after the failure of the Constitution – – – – – – – – – – – – – – – 5

Dragan Milovanović, Legal definition of crime and an alternative view – 20

Vojislav Stanovčić, Democracy and the Rule of Law – – – – – – 29

Peter Koller, Law, Morality and Virtue – – – – – – – – – – – – 59

REVIEW ARTICLES

Jakov Radišić, Assistance of medical doctors of different speciality and their liability – – – – – – – – – – – – – – – – – – 79

Boris Krivokapić, On some problems of official use of language in internal domestic orders of the states – – – – – – – – – – 92

Milena Polojac, Division of profits and losses among partners – Roman Law and modern solutions – – – – – – – – – – – – 130

Vladimir Pavić, Conterclaim and set-off in arbitration – – – – – – 145

Marija Karanikić, Development Risks Defense – – – – – – – – – 161

Branko Pavlica, Fate of Germans in Yugoslavia – – – – – – – – 196

DEBATE

Vladimir Đerić, Comment on the text written by Kosta Cavoski in previous issue of „Annals“ – – – – – – – – – – – – – – – 237

OCCASIONS

Danilo Basta, Before the buste of Slobodan Jovanović – – – – – – 257

Kosta Čavoški, Victory over oblivion – – – – – – – – – – – – – – 262

CONTRIBUTIONS

Svetlana Mirčov, Bybliographical work of Gojko Niketić – – – – – 266

REVIEWS

Danilo Basta, Early works of Slobodan Jovanović – – – – – – – 272

BOOK REVIEWS AND NOTES

Legends of Belgrade University (Aleksandar A. Miljković) – – – – – – – – – – – – – – – 279

Radmila Vasić, *Rechtstaat and transition: theoretical models and background dependency* („Dosije“, Beograd, 2004. 197 pages.) (Miloš Zdravković) – – – – – – – – – – – – – 286

Dieter Birk, *Steuerrecht* (6., neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2003, XXX + 432) (Miloš Milošević) – – – – – – – – – – – – – – – – – – – 288

Shannon P. Pratt, *The market approach to valuing businesses* (John Wiley & Sons, Inc, New York, 2001.) (Čedomir Gligorić) – – – – – – – – – – – – – – – – – – 296

Aurelie Augustin: *God's State* (translation. Marko Višić, Podgorica, CID, 2004, str. 1034) (Jasminka Hasanbegović) – – – – – 307

Enrico Pattaro, editor-in-chief, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, volumes I–V (Dordrecht/Berlin/Heidelberg/ New York, Springer, 2005.) (Jasminka Hasanbegović) – – – – – – – – – – – – – – – – 309

Thomas Fleiner, Lidija R. Basta Fleiner, *Allgemeine Staatslehre – Über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt* (dritte vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, die erste und zweite Auflage sind unter Mitarbeit von Peter Hänni erschienen, Berlin/ Heidelberg/ New York, Springer, 2004, SS. LXXII+674.) (Jasminka Hasanbegović) – 312

OBITUARIES

Jasminka Hasanbegović, In memoriam Norberto Bobio (1909–2004) – 316

Obrad Stanojević, Peter Brian Herrenden Birks, Oxford – – – – – 320

AUTHORS – 322