



# АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

## САДРЖАЈ

### ИЗВОРНИ НАУЧНИ ЧЛАНЦИ

|   |    |
|---|----|
| Ратко Марковић, Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед -----                | 5  |
| Игор Вуковић, Примена теорије еквиваленције у кривичном праву – поједина питања ----- | 47 |

### ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНЦИ

|   |     |
|---|-----|
| Стеван Ђорђевић, Кодификација права међународних уговора---   | 60  |
| Будимир Кошутић, Вишејезичност – предност или усуд Европске уније? -----                                      | 80  |
| Слободан Марковић, Глобална административна криза патентног система -----                                     | 93  |
| Гашо Кнежевић, Право и промене: ADR – промена у праву -----   | 122 |
| Петар Опалић, Неформална и формална друштвена контрола душевно поремећених особа -----                        | 151 |
| Маринка Цетинић, Поглед на нужну одбрану у евроконтиненталном и англосаксонском систему кривичног права ----- | 166 |
| Милена Полојац, Римски <i>societas</i> у најновијој литератури -----  | 177 |
| Виолета Беширевић, Богови су пали на теме: о уставу и биоетици –  | 205 |
| Ирена Петерлин, Значај лобирања у Европској унији -----   | 230 |

---

## ПОЛЕМИКА

- Сима Аврамовић, Уставност верске наставе у државним школама  
– *res iudicata* – ----- 251
- Владимир Ђерић, Одговор на текст Косте Чавошког „Елементарно  
незнање и нечасно прикривање“ у прошлом броју *Анала* – 258

## ПОВОДИ

- Сима Ђирковић, Реч на промоцији књиге *Библиографија о Закону  
цара Стефана Душана* Гордане Радојчић-Костић ----- 261
- Данило Н. Баста, Свечано обележена годишњица Келзеновог  
рођења ----- 264
- Данило Н. Баста, Реч на представљању *Изабраних списа* академика  
Миодрага Јовичића у САНУ 28. новембра 2006. ----- 269
- Бојан Милисављевић, Парламентарна скупштина Савета Европе – 274

## ПРИКАЗИ И БЕЛЕШКЕ

- Слободан Јовановић, *Поруке*, Библиотека „Политика и друштво“  
(Службени гласник, Београд, 2006)  
(Александар А. Миљковић) ----- 281
- Светислав Стефановић, Политички списи Светислава Стефановића  
– *Старим или новим путевима*, одабрани политички списи  
(1899–1943), избор и предговор Предраг Пузић (Артпринт,  
Нови Сад, 2006) (Александар А. Миљковић) ----- 287
- Светислав Стефановић, Политички списи Светислава Стефановића  
– *Бунтовне песме*, приредио Предраг Пузић, штампање  
књиге омогућено средствима из фонда Антона Стефановића,  
(Нови Сад, 2005) (Александар А. Миљковић) ----- 292
- Предраг Протић, *Између самообмана и заблуда*, Политички есеји II,  
(Библиотека „Свечаник“, Хришћанска мисао, Београд, 2006)  
(Александар А. Миљковић) ----- 294
- Легенде Београдског универзитета*, Хуго Клајн (Београд, 2006)  
(Александар А. Миљковић) ----- 299
- Легенде Београдског универзитета*, *Зборник предавања*  
(Београд, 2005) (Александар А. Миљковић) ----- 300

---

|   |     |
|---|-----|
| Загорка Голубовић, <i>Поуке и дилеме минулог века</i> ,<br>Философско-антрополошка размишљања о главним<br>идејама нашег времена (Београд, Филип Вишњић, 2006,<br>стр. 294) (Дубравка Стајић) ----- | 305 |
| Ераминондас Спилиотопулос, <i>Greek Administrative Law</i> (Ant. N.<br>Sakkulas (Athens) – Bruylant (Brisel), 2004 (strana 502))<br>(Стеван Лилић) -----  | 309 |
| Херман Канторович, <i>Борба за правну науку</i> (Досије, Београд,<br>2006. год. 120 стр.) (Милош Здравковић)-----   | 312 |

## **НЕКРОЛОЗИ**

|  |     |
|--|-----|
| Жика Бујуклић, Проф. др Јелена Даниловић (1921–2006)-----  | 316 |
| Антун Маленица, Проф. др Јелена Даниловић (1921–2006)----- | 320 |

|                     |     |
|---------------------|-----|
| <b>АУТОРИ</b> ----- | 322 |
|---------------------|-----|

Ратко Марковић

### УСТАВ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ ИЗ 2006 – КРИТИЧКИ ПОГЛЕД\*

*Према се нови Устав у Србији припремао већ дуже време, текст предлога Устава, који је постао Устав, сачињен је нагло и неочекивано, а поступак доношења био је максимално убрзан. При том, никаквих формалноправних повреда уставотвореног поступка, предвиђеног у Уставу из 1990. није било, али се приговор да је нови Устав дело политичке нагодбе три највеће парламентарне политичке странке, из којег је била искључена шира политичка и целокупна професионална јавност, тешко може отклонити. За овакву и оволику брзину постојала су два главна разлога. Први је, да се предухитри евентуално по Србију неповољна одлука Савета безбедности о статусу Космета, који је од 1999. под међународном војном и цивилном управом, тако што би се у Уставу рекло да је Космет „у оквиру суверене државе Србије“. Пошто се Устав потврђује на референдуму, и то већином од укупног броја бирача Србије, овакав став био би покривен заштитом највећег степена легитимности. Други разлог „муњевитог“ доношења Устава је да Србија, која је иступањем Црне Горе из државне заједнице Србије и Црне Горе, на које се, изгледа, није рачунало, постала самостална и суверена држава, добије одговарајући устав, који би изражавао њен нови „државни статус“.*

*Да нови Устав није у таквој брзини студиозно сачињен, најбоље показују његови недопустиво бројни и необјашњиви номотехнички недостаци, од којих ће неки стварати велике проблеме у примени Устава. Штавише, Србија у својој богатој уставној историји није, у номотехничком погледу, имала нипосменији Устав. С друге стране, ни основна концепција новог Устава, ни обим уставне материје, ни схватање кључних уставних института нису битно другачији од претходног Устава Србије, због чега се, свакако, није испунио полазни захтев да је новој држави потребан нови Устав. После анализе читаве садржине новог Устава, од преамбуле до одредаба о уставотворном поступку,*

---

\* Због значаја и актуелности теме која је обрађена у овом тексту проф. Ратка Марковића, као и због немогућности да се он, и поред најбоље ауторове воље и спремности, скрати без нарушавања извршене анализе и изнете аргументације, Редакција је одлучила да овог пута, сасвим изузетно, одступи од стандарда обима чланака који се објављују у „Аналима“. – Прим. главног уредника.

*аутор закључује да је новим Уставом, у ствари поправљен стари, али да није и донесен нови, бољи устав. Превасходни политички циљ био је да престане важност старог („Милошевићевог“) устава, а не да се донесе нови, добар устав.*

Кључне речи: *Начела Устава. – Људска и мањинска права. – Економско уређење и јавне финансије. – Уређење власти. – Територијално уређење. – Уставност и законитост. – Уставни суд. – Промена Устава.*

Устав Републике Србије из 2006. год. има два битна обележја. Прво обележје је да би се за њега тешко могло рећи, иако је тек донесен, да је нов устав, а друго обележје је да има превасходно политичку намену.

Према обухвату и систематизацији уставне материје и концепцији основних уставних института, као и према систематизацији, то није нови устав него углавном кориговани Устав Републике Србије из 1990, а према нормативној дикцији, он је комбинација формулација Устава Републике Србије из 1990, Устава СР Југославије из 1992. и Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама из 2003. Формулације које нису преузете из поменутих аката, изузетно су лоше редиговане. Али и кад садржи решења којих у споменутих уставним актима нема, ни она нису нова него су већ виђена и позната у упоредном уставном праву – у Уставу Италије из 1947, Уставу Француске из 1958, Уставу Шпаније из 1978.

Кад већ тај Устав није нов, поставља се питање зашто је био неопходан? Из два разлога, а оба су политички. То је, уједно, и основна намена овог Устава. Први разлог је да се направи „дистанца“, „раскид“, „отклон“, „искорак“ у односу на „Милошевићев устав“, тачније речено, од Устава који је био донесен у време у којем је Слободан Милошевић био водећа политичка личност у Републици Србији. Узима се да тај Устав симболизује време у којем је Милошевић био на јавним функцијама. Тако је један од познатих душебрижника Србије, *porte parole* Хавијера Солане, Кристина Гаљак, већ сутрадан по усвајању овог Устава у Народној скупштини, сматрајући да је ствар с Уставом коначно обављена без обзира на исход републичког референдума, изјавила да је „позитивно што Србија више нема устав из периода С. Милошевића“. Други разлог је да тај Устав послужи као „изборна алатка“, као средство изборне победе, да донесе гласове на предстојећим изборима двома парламентарним политичким странкама од чијих је нацрта Устав састављен и, уопште, да те странке политички ојача. То се постигло давањем неуобичајене функције уставу. Од овог Устава очекује се да сачува Космет у Србији, да га спасе отимања од Србије, с обзиром на то да предстоји решавање његовог коначног положаја у УН. Остале две парламентарне странке (СРС и СПС) које су учествовале у обликовању Устава, несумњивом политичком вешти-

ном вођства ДСС-а, које је стајало иза Владиног предлога Устава, увучене су у посао завршног редиговања текста који саме нису сачиниле, па стога ни заслуга за нови Устав и добробити које би он требало да произведе неће бити њихова. Да би се то избегло, јавности су постала доступна сазнања о томе ко је прâви аутор „најударнијих“ одредаба у том Уставу.

Уставотворци су дали и своју верзију разлога за доношење овог Устава. Тако је први разлог да се Космет трајно сачува „у оквиру суверене државе Србије“, као њен „саставни део“, што се у Уставу на нападан начин и рекло. А пошто се Устав коначно усваја на референдуму, то би се грађани Србије на најлегитимнији начин изјаснили да је Космет „саставни део“ Србије, тј. њене територије. Представљено је да је бити на референдуму за овај Устав, исто што и бити за Космет у Србији и обрнуто. Да је то стварно тако, овај Устав не би требало ни доносити, јер у постојећем Уставу из 1990, у члану 6. већ стоји да Космет „постоји“ у Србији, а да је „територија Републике Србије јединствена и неутуђива“ (члан 4). Разлика је у томе што је према Уставу из 1990. Аутономна покрајина Косово и Метохија облик територијалне аутономије, док се према Уставу из 2006. у тој аутономној покрајини остварује „суштинска аутономија“. Пошто о статусу Космета одлучују УН, а не Република Србија својим Уставом, поједини медији на Западу су подухват са новим уставом оценили као „смоквин лист за губитак Косова и Метохије“. Као други разлог за доношење Устава уставотворци наводе нов „државни статус“ Србије, која је сада самостална и суверена држава. Како промена државног статуса повлачи за собом и промену устава, то је Србији потребан нови Устав, у којем би се изразио њен нови државни статус, друкчији од оног од пре 16 година. Овај разлог доиста стоји, и од свих који су се наводили једино је он објективан и веродостојан.

Тврђење да Устав из 2006. није као правно остварење нов, најбоље се може доказати проучавањем његове садржине. Најпре, његова систематика готово да је истоветна са систематиком Устава Србије из 1990. У Уставу из 2006. нема, разумљиво, дела „Однос према Уставу СФРЈ“, који је постојао у Уставу Србије из 1990, али је седми део тог Устава, који носи назив „Јемства уставности“ и обухвата три поднаслова („Уставност и законитост“, „Уставни суд“ и „Промена устава“) разбијен у три дела у Уставу из 2006, при чему ти делови имају исте наслове које и поднаслови седмог дела Устава Србије из 1990. У свему осталом, кад је реч о систематизици, између два устава само су терминолошке разлике у насловима (нпр. уместо „органи“ и „организација“, како стоји у Уставу Србије из 1990, у Уставу од 2006. стоји „уређење“) појединих делова у којима се уређује иста уставна материја.

Али оно најважније што спаја ова два устава, јесте концепција основних уставних института, која је у њиховом највећем броју истоветна. Местимичне корекције, на које ће се указати, резултат су разумљивих промена које у свету и у земљи доносиоцу устава настану током деценије и по. Да се послужимо Левенштајновом метафором о уставу као оделу – у исто одело тешко да се може ући после шеснаест година. Садржинске разлике су још и последица закорачивања Устава из 2006. у законску, па чак и у материју скупштинског пословника, што иначе није примерено уставу и чега се добар уставотворац мора клонити.

Пођимо од преамбуле. Као још неким уставима у свету, и тексту овог Устава претходи преамбула (у свету има устава и без преамбуле, а њу нису имали ни стари српски уставни ни оба устава Краљевине Југославије). Преамбула је нека врста предговора уставу. Она треба да укаже на то зашто се устав доноси и шта се њиме жели постићи. Дакле, преамбула је прича о уставу, док је устав правна норма. Преамбула није правна норма и због тога је њена дикција слободнија, понекад и са повишеним патосом. Преамбула Устава из 2006. има за циљ да истакне две ствари: прву, на коју се своди преамбула Устава Србије из 1990, да је Србија творевина српског народа, али да су у њој сви грађани и све друге националне (стоји: „етничке“) заједнице равноправни и, другу, да буде „патриотска увертира“ за Устав, да подвуче да је Аутономна покрајина (стоји: „Покрајина“) Косово и Метохија саставни део територије Србије, да има положај „суштинске аутономије“ у сувереној Србији „и да из таквог положаја Покрајине (опет редакторски пропуст, Р. М.) Косово и Метохија следе уставне обавезе свих државних органа да заступају и штите државне интересе Србије на Косову и Метохији (сада је начињен још већи редакторски пропуст, Р. М.) у свим унутрашњим и спољним политичким односима“. Који је циљ помињања Косова и Метохије три пута у краткој преамбули кад је оно „у оквиру суверене Србије“? Јер, све што је „у оквиру суверене Србије“ је „саставни део територије Србије“, дакле неодвојиво од Србије. Због тога је ово порука, с обзиром на тренутни статус Косова и Метохије, пре свега међународној јавности да држава Србија има уставну обавезу да чува свој територијални интегритет и сувереност на целој својој територији, да Србија има право на Косово и Метохију. Та порука „међународној заједници“ може се национално и патриотски разумети, али она никакве правне ефекте не може произвести. Тако је писало и у Уставу Србије из 1990. и то још у његовом нормативном делу, па су УН ипак Косово и Метохију изузеле из државне ингеренције Србије, иако је номинално оно и даље њен саставни део. Правно се поготово не може правдати употреба израза „суштинска аутономија“, који нема одређено значење (аутономија



може бити потпуна и непотпуна, а никако суштинска и несуштинска), штавише, може имати супротно значење од оног које му се хтело дати. Јер, суштинска аутономија, то може бити исто што и сувереност, то је врховна, неограничена власт, самосталност. Испало би тако да Косово и Метохија има суверену власт.

У првом делу Устава из 2006 („Начела Устава“, чл. 1–17) поновљена су иста она начела која су у „Основним одредбама“ и у појединим члановима из других делова садржали Устав Србије из 1990. и Устав СР Југославије из 1992. При том, садржини чланова овог дела Устава више одговара наслов „Основне одредбе“, јер се у њему налазе и одредбе које нису никаква начела. Уставна начела су следећа: начело грађанске суверености (члан 2), које је појачано формулацијом из свих француских републиканских устава: „Ниједан државни орган, политичка организација, група или појединац не може присвојити сувереност од грађана, нити успоставити власт мимо слободно изражене воље грађана“; начело владавине права (члан 3), које, за разлику од Устава Србије из 1990, није сведено на владавину устава и закона; начело поделе власти, које је изражено на класичан начин (члан 4), с тим што постоји очигледна противречност између ставова 3. и 4. члана 4. Јер, ако се „однос између три гране власти заснива (се) на равнотежи и међусобној контроли“ (узгред буди речено, таква формулација приличи више уџбенику Уставног права, него уставу), како стоји у ставу 3, тешко да је „судска власт (је) независна“, како стоји у ставу 4. Уосталом, у члану 145. ставу 3. Устава из 2006. стоји да „судске одлуке ... не могу бити предмет вансудске контроле“, а у ставу 4. истог члана да „судску одлуку може преиспитати само надлежни суд, у законом прописаном поступку“. У ствари, требало је рећи да се однос законодавне и извршне власти заснива на „равнотежи и међусобној контроли“, а да је судска власт независна; начело страначког плурализма (члан 5), које је обухватило и читаву уставну регулативу о политичким странкама, што није примерено наслову читавог тог дела; начело забране сукоба интереса (члан 6), које је у Уставу Србије из 1990. спроведено као неспојивост (инкомпатибилност) између појединих функција и послова. Формулација тог начела у ставу 2. члана 6. пример је неразумљиве и неписмене одредбе, а остало је необјашњено шта Устав подразумева под „државном“, а шта под „јавном“ функцијом; начело јединствености (интегритета) и неповредивости државне територије (члан 8) стара је уставна квалификација државне територије, с тим што је у Уставу из 2006, по угледу на француске уставе та територија још и „недељива“ (*indivisible*). Уколико та реч треба да укаже на територијалну целокупност, она је одговарајућа, премда је сувишна, али она може искључивати унутрашњу територијалну поделу земље, што не

одговара истини, јер је Србија у том истом Уставу подељена на општине, градове, град Београд и на две аутономне покрајине; начело световности (лаицитета) државе (члан 11), изражено је на класичан начин и допуњено је одредбом која је већ укључена у значење појма одвојености цркве од државе: „Ниједна религија не може се успоставити као државна или обавезна“; начело покрајинске аутономије и локалне самоуправе (члан 12) појачано је одредбом о подложности ова два облика територијалне децентрализације „само надзору уставности и законитости“; начело заштите домаћих држављана и Срба у иностранству (члан 13) сасвим је непотребно уздигнуто на степен уставног начела, уместо да је заштита домаћих држављана садржана у члану о држављанству (члан 38), а унапређење односа са Србима који живе у иностранству у, кад већ постоји, члану о надлежности Републике Србије (члан 97); начело еквипараности међународног и унутрашњег права (члан 16) ставља у исту раван устав и општеприхваћена правила међународног права (исто је потврђено и у члану 127. став 1. тачка 1) и каже да су „општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни (су) део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују“, али и да „потврђени међународни уговори морају бити у складу с Уставом“. Устав Србије из 1990. није садржао овакву одредбу, пошто Србија у време његовог доношења није била самостална суверена држава. Уставна повеља је изричито утврђивала (члан 16) примат међународног права: „Ратификовани међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права имају примат над правом Србије и Црне Горе и правом држава чланица“.

Остале уставне одредбе у овом делу нису никаква уставна начела. Њима се одређују државне инсигније: грб (каже се да Србија има „свој“ грб, као да је могуће да има туђ грб), застава и химна (члан 7), главни град (члан 9) и језик и писмо (члан 10). Овде се налазе и три одредбе којима је место у делу о људским и мањинским правима и слободама. То су одредбе о: заштити националних мањина (члан 14), равноправности полова (члан 15) и положају странаца (члан 17).

Пре формулисања поменутих начела Устава, у члану 1. дата је кратка уставна „дефиниција“ државе која ће се на тим начелима устројити. Она се састоји од одређивања титулара суверености и основних вредности на којима се држава заснива и којима се руководи у својој политици и законодавству: „Република Србија је држава српског народа и свих грађана који у њој живе, заснована на владавини права и социјалној правди, начелима грађанске демократије, људским и мањинским правима и слободама и припадности европским принципима и вредностима“. Уставотворац је тиме пре-

узео обавезу да сваку од ових вредности „угради“ у устав. Ту обавезу он није увек испунио. Кад је реч о значењу тих вредности, постоји о томе мањи или већи степен сагласности, осим „начела грађанске демократије“, које у оваквом облику тешко да је у неком уставу формулисано. Поставља се питање која је то демократија „грађанска“? Да ли тај израз има идеолошко значење, у смислу буржоаске демократије као формалне, којој је супротност социјалистичка демократија, као стварна демократија? Или је реч о демократији коју уживају сви грађани, тј. народ. У овом другом смислу свака демократија је грађанска. У сваком случају, чисто је политичка квалификација рећи у уставу да је држава демократска, заснована на демократији, јер она треба да произиђе из целине уставних одредаба, а не пре свих уставних одредаба. Није сасвим јасно ни који су то „европски принципи и вредности“, у којем су акту они утврђени и какве су правне последице „припадности“ тим принципима и вредностима. Уосталом, читав члан 1. је политичка декларација која, осим психолошког и емоционалног, нема никакво друго, поготово нема правно значење.

Други део Устава, насловљен „Људска и мањинска права“, чл. 18–81), по броју чланова готово да је једнак читавом важећем Уставу Пете француске републике, који уопште не садржи одредбе о људским (поготово не о мањинским) правима, него само изражава приврженост правима човека „како су била утврђена Декларацијом из 1789, потврђеном и допуњеном Преамбулом Устава из 1946“, и то у својој преамбули. Декларација права човека и грађанина из 1789. је кратак текст, који се састоји од преамбуле и 17 кратких чланова, док је Преамбула Устава Француске из 1946. још краћи текст, па нико не тврди да су у Француској права човека сужена и да је Француска недемократска земља. Овај део Устава из 2006. је, по својој садржини, инкорпорација Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама из 2003. и одговарајућих одредаба Устава Србије из 1990. Тај део Устава је, са нормативног становишта, промашај. Он је непотребно развучен и детаљистички и, слободно се може рећи, одудара од природе и дикције уставног нормирања. Данас нема земље чланице Европске уније чији устав има толико текста о људским и мањинским правима, па би, судећи према Уставу, испало да је Србија водећа земља у Европи по броју људских права и бризи о њиховој заштити. Та непотребна нарација у уставу избегава се једноставно тако што се након навођења и одређивања неких основних људских права и права мањина у уставу земље каже да устав признаје и јамчи и сва друга људска права и права мањина које признаје међународно право, па се затим наведу извори у којима су та права утврђена. То је и у овом Уставу речено (члан 18. став 2): „Уставом се јемче, и као таква, непосредно се

примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима“. Уједно, у овом делу Устава највише је ненормативног текста и дугих и конфузних реченица које не личе на правну норму (тако је у члану 20. ставу 3. реч „ограничење“ у једној краткој реченици споменуто осам пута!).

По угледу на Повељу о људским и мањинским правима и грађанским слободама, овај део Устава подељен је на три одељка. У првом (чл. 18–22) садржана су „основна начела“ или, како је боље речено у Повељи, „опште одредбе“. У њима се одређује циљ уставних јемстава људских и мањинских права (члан 19), проглашава општа антидискриминаторска клаузула која важи за остваривање свих људских и мањинских права (члан 21), проглашава начело непосредне примене људских и мањинских права зајемчених Уставом (члан 18), проглашава начело судске заштите уставом проглашених слобода и права и право обраћања институцијама међународне заједнице у том циљу (члан 22) и утврђује могућност ограничења људских и мањинских права (члан 20). Све те одредбе садржане су не само у Уставу Србије из 1990, него су биле садржане и у последња два устава Србије када је била Социјалистичка република југословенске федерације.

У другом одељку (чл. 23–74) проглашена су људска права у четири најзначајније области појединчевог самоодређења – физички интегритет, учешће у јавном животу, економска и социјална сигурност, културни и образовни стандарди. Другим речима, ту су утврђена лична, политичка, економско-социјална и културно-образовна људска права. Овде је реч углавном о одредбама преузетим из Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама, али ипак знатно побољшаним у односу на одредбе Повеље, које су често биле буквални превод с енглеског на лош српски језик (избачени су неправни изрази, „мамутски“ чланови и ставови разбијени на два или више посебних чланова и ставова и сл.). Одредбама из овог одељка, посебно кад је реч о личним правима, зашло се у материју закона. У Уставу није место, на пример, оваквој одредби: „Писмено и образложено решење суда о притвору уручује се притворенику најкасније 12 часова од притварања. Одлуку о жалби на притвор суд доноси и доставља притворенику у року од 48 часова“ (члан 30. став 3). Проглашена су и нека нова права, као право на правну личност (члан 37), право на поштовање разлика (члан 48), права детета (члан 64), аутономија универзитета (члан 72), изричито је речено да је средње образовање бесплатно (пошто нема бесплатног образовања, као ни бесплатне здравствене заштите, уместо речи „бесплатно“ у Уставу је требало рећи „о трошку

државе“ или „из јавних прихода“, као што је у неким члановима и речено). „Бесплатно“ високошколско образовање драстично је суужено – држава га омогућује „успешним и надареним ученицима слабијег имовног стања“ (члан 71. став 3). Из неких класичних права као, на пример, права на држављанство (члан 38) изостала је једна компонента заштите – да држављанин не може бити изручен ван територије Србије, коју су садржали Устав Србије из 1990 (члан 47. став 2) и Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама (члан 35. став 2). Уведена је могућност (члан 44) да Уставни суд из прилично бројних разлога наведених у Уставу забрани верску заједницу. Јемства слободе штампе (члан 50) ужа су од оних садржаних у Уставу Србије из 1990 (члан 46). Економска права се, као и у Уставу Србије из 1990, изводе из својине и рада, док су социјална права и права у области образовања, захватањем законске материје, проширена.

У трећем одељку (чл. 75–81) налазе се пренумерисани чланови Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама (чл. 47–56), којима се утврђују права мањина, с тим што је додат нови облик заштите забраном „предузимања мера које би проузроковале вештачко мењање националног састава становништва на подручјима где припадници националних мањина живе традиционално и у значајном броју“ (члан 78. став 3) и утврђен шири обим гаранција тако што се „при запошљавању у државним органима, јавним службама, органима аутономне покрајине и јединицама локалне самоуправе води (се) рачуна о националном саставу становништва и одговарајућој заступљености припадника националних мањина“ (члан 77. став 2).

И овај део Устава обилује редакторским грешкама и алкавостима. Треба имати „апсолутан слух“ за суптилности, па открити евентуалну разлику између „слободе мисли“ (члан 43. став 1) и „слободе мишљења“ (члан 46. став 1), или разумети одредбу која гласи: „Свако је слободан да испољава своју веру или убеђење вероисповедања...“ (члан 43. став 3). У овом делу је почело (члан 58), а у следећем ће се наставити (чл. 86 и 87) стављање знака једнакости између појмова својине и имовине, различито одређеним у свим учбеницима грађанског процеса.

У трећем делу Устава („Економско уређење и јавне финансије“, чл. 82–96), који је подељен на два одељка (први „Економско уређење“, други „Јавне финансије“), показује се колико је одредба из члана 1. Устава, према којој се Република Србија заснива, поред осталог, и на „социјалној правди“ пука, необавезујућа декларација. Овај Устав не брине о социјалној правди. Тај невелики део Устава очишћен је управо од свих полуга и механизма социјалне правде у

корист либералног типа тржишне привреде. То се види већ у првом члану тог дела (члан 82), који је састављен по угледу на члан 55. Устава Србије из 1990. У њему су изостала два начела економског уређења које је познавао Устав Србије из 1990. То су: управљање и присвајање по основу својине и рада и право запослених и право других грађана на социјалну сигурност. Уместо тога, у Уставу из 2006. стоји: „Утицај тржишне привреде на социјални и економски положај запослених усклађује се кроз (*sic!*) социјални дијалог између синдиката и послодаваца“. А ко је јача страна у таквом „социјалном дијалогу“ унапред се зна.

Основна новина овог дела и уједно читавог Устава је изостављање друштвене својине као облика својине (премда друштвену својину као посебан својински облик није спомињао ни Устав СР Југославије из 1992) и увођење новог, агрегатног појма јавне својине, којем припадају државна својина, својина аутономне покрајине и својина јединице локалне самоуправе. Остала два својинска облика су приватна и задружна својина. Устав неприкривено фаворизује приватну својину. У њему се говори о „равноправности приватне и других облика својине“ (члан 82 став 1), а по њему се „постојећа друштвена својина претвара (се) у приватну својину...“ (члан 86. став 3). Дакле, тзв. трансформација друштвене својине је једносмерна. Треба рећи да је и Устав Србије из 1990. предвидео трансформацију друштвене својине, али под тржишним условима. Члан 59. тог Устава гласи: „Својинска права и обавезе на средствима у друштвеној и државној својини и услови под којима се та средства могу претварати у друге облике својине уређују се законом. – Средства из друштвене и државне својине отуђују се по тржишним условима, у складу са законом“. Није јасно ни да ли Устав из 2006. између „добара од општег интереса“ и „добара у општој употреби“ ставља знак једнакости или је реч о различитим врстама ствари, као што би произлазило из члана 87. ст. 1. и 2. Према лексиконском одређењу (*Правна енциклопедија*, 1, Београд, 1985, стр. 265), појам „добра од општег интереса“ шири је и обухвата и „добра у општој употреби“. Исто становиште било је и у Уставу СФРЈ из 1974 (члан 85). Градско грађевинско земљиште у Уставу из 2006. је у приватној својини (према Уставу Србије из 1990. у државној или друштвеној својини), а приватна својина на шуме и шумско земљиште не подлеже законским ограничењима (према Уставу Србије из 1990. она је могла бити у „законом утврђеним границама“). Новина Устава од 2006. је и прокламовање заштите потрошача, при чему су „посебно (су) забрањене радње усмерене против здравља, безбедности и приватности потрошача, као и све нечасне радње на тржишту“ (члан 90. став 2).

Други одељак овог дела, који носи наслов „Јавне финансије“ (чл. 91–96) садржински је сиромашан и није јасно због чега је излучен из првог одељка, који носи наслов „Економско уређење“. Најкраће речено, у том одељку утврђује се пореска обавеза која је општа, а „заснива се на економској моћи обавезника“ (члан 91), предвиђа да држава и њене територијалне јединице имају буџет (члан 92), а „извршавање свих буџета контролише Државна ревизорска институција, као и да Република Србија и њене територијалне јединице могу да се задужују (члан 93). Уставна обавеза Републике Србије је да се „стара“ „о равномерном и одрживом регионалном развоју“ (члан 94).

Четврти део Устава и његов једини члан (члан 97) апсолутно су излишни сада кад Република Србија има својство самосталне суверене државе. Такав члан у уставу својствен је федералној држави (што је правило) или федералној јединици федералне државе (што је изузетак). У унитарној држави, каква је Република Србија, могу се таксативно наводити само надлежности јединица територијалне аутономије (покрајина, области и сл.) или јединица локалне самоуправе (општина, срезова, округа и сл.), док се надлежност државе претпоставља, а не таксативно набраја (метод енумерације надлежности). Овакав један члан у Уставу Србије из 1990. имао је историјско оправдање (у изгледу је била сецесија појединих република од југословенске федерације), али је он и тада, будући да је надлежност републике у Уставу СФРЈ била одређена методом генералне клаузуле, био израз нарушених односа у федерацији. Само се у федералном уставу набраја надлежност или федералне државе, при чему се тада надлежност федералне јединице одређује негативно, методом генералне клаузуле (то су сва „питања која нису у надлежности федерације“) или федералне јединице у федералној држави, при чему се тада надлежност федерације одређује негативно, методом генералне клаузуле (то су сва „питања која нису у надлежности федералних јединица“).

Постојање овог члана ипак повлачи за собом једну правну последицу. У преамбули и члану 182. ставу 2. Устава речено је да се у Аутономној покрајини Косово и Метохија остварује тзв. суштинска аутономија. Постојање члана 97. Устава значи да та суштинска аутономија не може обухватити питања из надлежности Републике Србије наведена у том члану. Међутим, како се закон о суштинској аутономији Аутономне покрајине Косово и Метохија „доноси по поступку предвиђеном за промену Устава“, он ће морати, уколико жели да обухвати неко од питања наведених у члану 97. Устава, да тај члан Устава промени или да утврди да је читав тај члан престао да важи.

У петом делу одређени су носиоци појединих државних власти и уређени њихови међусобни односи, па је због тога и насловљен „Уређење власти“ (чл. 98–165). Није јасно због чега је Уставни суд издвојен у следећи, шести део Устава, као да он није власт, посебно због тога што је у Уставу из 2006. изостао део „Јемства уставности“ из Устава Србије из 1990, односно тај део је разбијен у три посебна дела. Уређење власти обухвата следеће државне органе власти: Народну скупштину, председника Републике, Владу, државну управу, заштитника грађана, Војску Србије, судове, Високи савет судства, јавно тужилаштво и Државно веће тужилаца. Пошто овде нису наведени Уставни суд, Народна банка Србије и Државна ревизорска институција, произлази да ти органи нису, у смислу Устава, органи власти.

За Народну скупштину важи иста квалификација („носилац уставотворне и законодавне власти“) као и у Уставу Србије из 1990. Она је и даље једнодомно представничко тело које сачињава 250 народних посланика. Нова квалификација, да је она „највише представничко тело“ не стоји, јер је при непосредном избору, и председник Републике представнички орган истог степена легитимности као и Народна скупштина. Сагласно новом државном статусу Србије, она је добила неке нове послове у своју надлежност – да усваја стратегију одбране, да надзире рад служби безбедности и др. И њена изборна права су проширена – она бира и разрешава Заштитника грађана, који је од законске постао уставна категорија.

Уместо председника Народне скупштине, изборе за народне посланике расписује председник Републике, што је логичније и, показало се у пракси, боље решење. Многе уставне одредбе у вези са радом Народне скупштине пословничког су карактера и није добро што су сада ушле у Устав, пошто се од сада могу променити по знатно тежем, уставотворном поступку, а не по поступку за промену, односно доношење скупштинског пословника.

У општу концепцију Народне скупштине из Устава Србије 1990. уграђене су извесне корекције и новине, углавном тамо где је било недоумица и лутања у уставној пракси. Да би се избегла евентуална арбитража Уставног суда у тумачењу Устава, изричито је речено да посланички мандат припада политичкој странци на чији је предлог посланик био изабран: „Народни посланик је слободан да, под условима одређеним законом, неопозиво стави свој мандат на располагање политичкој странци на чији предлог је изабран за народног посланика“ (члан 102. став 2). Том, помало лицемерном одредбом (јер укључује слободу за одрицање од права), промењен је карактер мандата народног посланика. Уместо да представља бираче (народ), из овакве одредбе произлази да народни посланик пред-



ставља странку на чијој је листи (предлог) изабран за посланика. Тиме је посланички мандат, иако формалноправно слободан, постао императиван у политичком смислу (наведеним уставним решењем уведена је могућност страначког опозива). Странка сада може политички непослушног посланика заменити другим, пошто је она та која располаже посланичким мандатом. Тиме је, практично, прејудициран систем расподеле мандата. Наведено уставно решење има смисла само у систему сразмерног представништва, у којем странка има изборну листу, тј „резервоар“ за замену посланика са листе кандидата којом је ишла на парламентарне изборе, а у систему већине оно собом повлачи ризик губљења посланичког мандата, јер на место посланика којег је опозвала странка може доћи и посланик из друге странке. Применом овакве уставне одредбе, у систему сразмерног представништва, посланички мандат и у случају страначког опозива остаје у странци, док у систему већине, у истом случају, може отићи другој странци.

Новина је и врло широк круг функција са којима је неспојива функција народног посланика (он „не може бити посланик у скупштини аутономне покрајине, нити функционер у органима извршне власти и правосуђа, нити може обављати друге функције, послове и дужности за које је законом утврђено да представљају сукоб интереса“ – члан 102. став 3).

Уведен је нов, диференцирани начин одлучивања у Народној скупштини. Правило је да Народна скупштина доноси одлуке већином гласова народних посланика на седници на којој је присутна већина народних посланика. Међутим, о таксативно наведеним питањима и законима Народна скупштина одлучује већином гласова свих народних посланика. И председник и један или више потпредседника Народне скупштине бирају се таквом већином. Кад се овај „списак“ упореди са „списком“ надлежности Народне скупштине, питање је који је од изложена два начина одлучивања у њој правило, а који је изузетак.

Повећан је број бирача потребан за законодавну иницијативу (уместо 15.000 на 30.000), чиме је ослабљено демократско начело. Дограђен је институт распуштања Народне скупштине. На решење Устава Србије из 1990. да председник Републике може, на образложени предлог Владе, распустити Народну скупштину, додато је решење из Устава СР Југославије из 1992 (члан 83. став 2), према којем Влада не може предложити распуштање Народне скупштине ако је поднет предлог да јој се изгласа неповерење, или ако је поставила питање свог поверења. Ни Влада којој је престао мандат не може предложити распуштање Народне скупштине (члан 128. став 5). Преузето је и решење из Устава СР Југославије од 1992

(члан 82. став 1), према којем се Народна скупштина „распушта“ ако у року од 90 дана од дана конституисања не изабере Владу (члан 109. став 3). Овде је начињен редакцијски пропуст. Није реч о „распуштању“ Народне скупштине, него о престанку мандата по сили Устава (*ex constitutione*). Председник Републике дужан је да указом распусти Народну скупштину и да распише изборе у следећа два случаја предвиђена Уставом: првом, „ако Народна скупштина не изабере нову Владу у року од 30 дана од изгласавања неповерења актуелној Влади“ (члан 130. став 4) и, другом, „ако Народна скупштина не изабере нову Владу у року од 30 дана од дана констатације оставке председника Владе“ (члан 132. став 5). И, најзад, Устав из 2006. заузео је став, за који смо се годинама залагали, о томе која је правна последица распуштања Народне скупштине. Распуштена Скупштина није престала да постоји, она и даље „врши само текуће или неодложне послове, одређене законом. У случају проглашења ратног или ванредног стања поново се успоставља њена пуна надлежност, која траје до окончања ратног, односно ванредног стања“ (члан 109. став 7). Тиме је изричито одбачено схватање које се ослањало на суд Слободана Јовановића, да распуштена Скупштина више не постоји. Наиме, ослањајући се на Видовдански устав, Слободан Јовановић је тврдио: „Скупштина која се распушта, не може се више састати као ни Скупштина којој је истекла периода; правило је да Скупштина која се распустила, више не постоји“ (С. Јовановић, *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*, Београд, 1924, стр. 156).

Председник Републике добио је у надлежност неке нове послове, који су последица промењеног државног статуса Републике Србије. То су: поставља и опозива указом амбасадоре Републике Србије на основу предлога Владе; прима акредитивна и опозивна писма страних дипломатских представника; командује, у складу са законом, Војском и поставља, унапређује и разрешава официре Војске Србије. Ово последње је, уједно, и најјаче овлашћење које има председник Републике. Председник Републике изгубио је самостална овлашћења која је имао у тзв. стањима нужде према Уставу Србије из 1990. Његови акти и даље не подлежу премапотпису надлежног министра, председника Владе или Владе у целини.

Устав је реформисао (члан 113) институт суспензивног законског вета, први пут предвиђеног Уставом Србије из 1990 (члан 84). Међутим, уставна формулација суспензивног законског вета тако је неспретно редигована да се може двојако тумачити. Каже се да у незнатно продуженом року (од седам на 15 дана од дана изгласавања закона) председник Републике, уз писмено образложење (раније то није био уставни захтев), може Народној скупштини вратити закон који му је послат на проглашење „на поновно одлучивање“. А затим

слиди: „Ако Народна скупштина одлучи да поново гласа о закону који је председник Републике вратио на одлучивање, закон се изгласава већином од укупног броја посланика“ (члан 113. став 2). Овде се поставља питање значења дела ове реченице „ако Народна скупштина одлучи да поново гласа о закону“. Може ли Народна скупштина одлучити да не гласа поново о закону, да одустане од закона? Да ли она одлучује да поново гласа о закону само кад сугестије председника Републике не усвоји? Шта бива кад све сугестије председника Републике усвоји? Кад је реч о поновном изгласавању закона у Народној скупштини после суспензивног вета, за законе који се усвајају обичном већином (већином гласова народних посланика), то је отежани поступак поновног усвајања, а за законе који се усвајају већином свих народних посланика, то је поновно постизање једном већ достигнуте већине. У сваком случају, у примени ове одредбе настаће велики проблеми и питање је у којем ће се правцу упутити њено тумачење. Иначе, председник Републике је дужан да прогласи поново изгласани закон, као и према Уставу Србије из 1990, с тим што се у Уставу из 2006. каже да: „ако председник Републике не донесе указ о проглашењу закона у Уставом предвиђеном року, указ доноси председник Народне скупштине“ (члан 113. став 4).

У вези с избором председника Републике остала су иста решења као у Уставу Србије из 1990. Текст заклетве коју председник Републике полаже приликом ступања на дужност коригован је утолико што је речено да очување суверености и целине територије Републике Србије укључује и Косово и Метохију као њен саставни део, као да до тада није било тако и као да тек од овог Устава Косово и Метохија постаје саставни део Србије.

Један од основа престанка мандата председника Републике (други је оставка) више није опозив, него разрешење. Механизам разрешења преузет је из Устава Црне Горе из 1992 (члан 83. став 2. и члан 87), али је у Уставу Србије из 2006. формулација одговарајућег члана (члан 118) толико саката и конфузна да се из ње уопште не види да Народна скупштина може разрешити председника Републике само кад Уставни суд утврди да је овај повредио Устав. Дакле, механизам овог института је следећи: председник Републике се може разрешити због повреде Устава; поступак за разрешење може покренути Народна скупштина, на предлог најмање једне трећине народних посланика; повреду Устава утврђује Уставни суд најкасније у року од 45 дана по покренутом поступку; одлуку о разрешењу може донети Народна скупштина, гласовима најмање две трећине народних посланика. Основни приговор оваквом механизму је што председника Републике разрешава онај ко му није ни дао мандат, ко га на тај положај није ни изабрао. Тиме што се председник Републике лакше разрешава него што се бира и што му се сужава круг функ-

ција које је имао према Уставу Србије из 1990, та уставна институција учињена је још импотентнијом него што је била.

У Уставу из 2006, због искуства које смо имали, утврђено је да председник Народне скупштине може да замењује председника Републике највише три месеца.

У делу о уређењу власти, Устав из 2006. имао је највише интервенција у односу на Устав Републике Србије из 1990. код институције Владе. Тим интервенцијама парламентаризам у Србији је „стегнут“, или како се у теорији каже, „рационализован“. Елементи те „рационализације“ су следећи: 1) гласање о неповерењу Влади или поједином члану Владе може затражити најмање 60 народних посланика (према Уставу Србије из 1990. најмање 20 народних посланика); 2) предлог за гласање о неповерењу Влади или поједином члану Владе Народна скупштина може разматрати најраније пет дана по подношењу предлога (према Уставу Србије из 1990. најмање три дана); 3) кад Народна скупштина не изабере нову Владу у року од 30 дана од изгласавања неповерења, председник Републике је дужан да распусти Народну скупштину и да распише парламентарне изборе (Устав Србије из 1990. није садржао овакву одредбу); 4) ако Влади или члану Владе не буде изгласано неповерење, потписници предлога не могу поднети нови предлог за гласање о неповерењу пре истека рока од 180 дана (Устав Србије из 1990. није имао такву одредбу); 5) интерпелација (до сада је била категорија скупштинског пословника) о истом питању не може се поднети пре истека рока од 90 дана од подношења претходне интерпелације.

Уставом из 2006. извршена је конституционализација интерпелације – интерпелација је од пословничке постала уставна категорија (члан 129). Сада је она у непосредној вези са гласањем о неповерењу Влади или члану Владе, јер уколико Народна скупштина не прихвати одговор на интерпелацију, приступа се гласању о неповерењу Влади или члану Владе, осим ако после неприхватања одговора на интерпелацију председник Владе, односно члан Владе није поднео оставку.

Индивидуализовани положај председника Владе преселио се из важећег Закона о Влади (2005) у Устав из 2006. Одредба члана 12. став 1. Закона о Влади постала је одредба члана 125. став 2. Устава од 2006. Њоме су одређене функције председника Владе. Министри су за свој рад и за стање у области из делокруга министарства одговорни не само Влади и Народној скупштини, него и председнику Владе (члан 125. став 3). Израз такве улоге председника Владе је и одредба Устава према којој „члан Владе може поднети оставку председнику Владе“ (члан 133. став 1). Према Уставу Србије из

1990, члан Владе подносио је оставку Народној скупштини (члан 93. став 8). Председник Владе (не Влада) добија посебна овлашћења приликом проглашења ванредног и ратног стања, као и приликом прописивања мера којима се одступа од људских и мањинских права прописаних Уставом кад Народна скупштина није у могућности да се састане (чланови 200–201).

У Уставу из 2006. државна управа је посебна јединица у систематици Устава у оквиру дела о уређењу државе, што значи да одредбе о њој нису изложене у одељку о Влади (као што је било према Уставу Србије из 1990). Устав не набраја послове државне управе, односно органа државне управе који их обављају, него само одређује ко их обавља („министарства и други органи државне управе одређени законом“). Да је државна управа носилац исте државне власти (извршне власти) као и Влада, види се из уставних одредби према којима државна управа за свој рад одговара Влади, која прописује (самосталном уставном одредбом) унутрашње уређење министарстава и других органа државне управе и организација.

Два државна органа из Устава од 2006. нису до сада били категорија Устава. То су Заштитник грађана (од 2005. он је законска категорија) и Војска (била је категорија федералног Устава, а од 2003. Уставне повеље). И док су уставне одредбе о Заштитнику грађана довољна оријентација законодавцу да правно уобличи ову институцију, три постојеће кратке одредбе о Војсци Србије крајње су сиромашне по садржини и недовољне су да се сагледа концепција те институције. Функција Војске Србије сведена је на одбрану земље „од оружаног угрожавања споља“ (члан 139). Није уобичајено ни то што нигде у Уставу војна обавеза није подигнута на ниво уставне дужности грађана.

Уставна начела о судовима остала су непромењена у односу на Устав из 1990. То су: самосталност и независност судова; уставност и законитост (у Уставу из 2006. ово начело је проширено, јер судови не суде само на основу „Устава, закона и других општинских аката“, него према члану 142. ставу 2. и на основу „општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора“, да би се одмах у члану 145. ставу 2. изоставила „општеприхваћена правила међународног права“, јер се „судске одлуке (се) заснивају на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона“, а у члану 149. ставу 1. изоставили и потврђени међународни уговори и прописи донесени на основу закона, пошто је судија у вршењу судијске функције „потчињен само Уставу и закону“; јавност расправе пред судом; суђење у већу (колегијалност суђења); сталност судијске функције (али не у апсолутном виду као у Уставу Србије из 1990, што је слабљење уставних јемстава су-

дијске независности); непокретност („непреместивост“, како се каже у Уставу) судије (али, опет, не у апсолутном облику као у Уставу из 1990); неспојивост судијске функције с другим јавним функцијама, пословима или приватним интересима; судијски имунитет; учешће судија и судија поротника у суђењу.

У овој области новине у односу на Устав Србије из 1990. тичу се само избора судија, али и ту се стало на пола пута у еманципацији од утицаја политичког чиниоца (Народне скупштине) на избор. Наиме, председника Врховног касационог суда (који је „највиши суд у Републици Србији“) на предлог Врховног савета судства, по прибављеном мишљењу опште седнице Врховног касационог суда и надлежног одбора Народне скупштине, бира Народна скупштина на период од пет година. Исто тако, Народна скупштина, на предлог Високог савета судства, бира за судију лице које се први пут бира на судијску функцију и којем због тога мандат траје свега три године. По истом поступку (на предлог Високог савета судства и избор у Народној скупштини) бирају се председници свих судова (члан 99). Овде је тешко разумети логику по којој се председник највишег суда у земљи, судијски првосвештеник, и судија почетник, судијски ђакон, бирају по готово истом поступку. Све остале судије за трајно обављање судијске функције, у истом или другом суду, бира Високи савет судства.

Устав из 2006. познаје сада јединствен институт престанка судијске функције, и то из три групе разлога: 1) на захтев судије; 2) наступањем „законом прописаних услова“; 3) разрешењем из „законом предвиђених разлога“. Разуме се, функција судије престаје судији који је први пут изабран на судијску функцију, уколико после истека мандата од три године не буде био изабран на сталну функцију судије. Оваквим решењима Устав из 2006. знатно је ослабио јемства судијске сталности, па тиме и независности, јер је прописивање услова за престанак и разлога за разрешење препустио закону, уместо да их, као што је то чинио Устав Србије из 1990, сам предвиди. Деконституционализацијом основа за престанак и разлога за разрешење од функције судије слаби се положај судства као независне гране власти у систему власти. Одлуку о престанку судијске функције доноси Високи савет судства, а судија против ње има право жалбе Уставном суду, с тим што изјављена жалба искључује право на подношење уставне жалбе. Такво решење показује неразумевање „духа“ институције Уставног суда. Спор о престанку судске функције није уставни спор, у њему није реч о повреди Устава као код уставне жалбе, па отуда Уставни суд не треба да буде надлежан за његово решавање. Стављањем решавања овог спора у надлежност Уставног суда, тај Суд се чини инстанционим судом, што он по својој природи никако не може бити. Одлуку о престанку функције председника Вр-

ховног касационог суда доноси Народна скупштина, при чему одлуку о разрешењу доноси на предлог Високог савета судства. Устав не предвиђа право жалбе Уставном суду против те одлуке, нити одређује ко одлучује о престанку дужности председника суда.

Институционални пратилац оваквих решења у вези са избором судија и престанком судијске функције је Високи савет судства, који је од законске постао уставна категорија. И његова надлежност готово се исцрпљује у тим питањима. Због тога је тешко сложити се са тезом да је Високи савет судства орган судске власти, као што је тешко одредити његову правну природу. Јасније је, при томе, шта овај орган није, него шта он јесте. Његов састав образују делом чланови по положају (председник Врховног касационог суда, министар надлежан за правосуђе и председник надлежног одбора Народне скупштине), делом изборни чланови (шест судија са сталном судијском функцијом, од којих је један са територије аутономних покрајина и два „угледна и истакнута правника“ /у свим речницима српског језика ове две речи су синоними/ са најмање 15 година искуства у струци, од којих је један адвокат, а други професор правног факултета). Све изборне чланове бира Народна скупштина (члан 153. став 3), што није наведено у попису њене надлежности (члан 99) у оквиру њених „изборних права“ где је, штавише, речено да „бира и разрешава друге функционере одређене законом“, али не и Уставом! Но, и кад се ови редакцијски пропусти оставе по страни, тешко је сагласити се са решењем да већину чланова органа који треба да буде гарант судијске независности бира представничко тело у којем се одлуке доносе на основу страначке припадности. За члана Високог савета судства речено је да „ужива имунитет као судија“. А то, повезано са чланом 151. став 2. Устава, значи да о имунитету члана Високог савета судства одлучује Високи савет судства! Иначе, против одлуке Високог савета судства може се изјавити „жалба“ Уставном суду, што само продубљује дилему о правној природи његових аката и њега као „независног и самосталног органа“. Осим тога, оваквим решењем Уставном суду даје се потпуно непримерено својство инстанционог суда и поверава му се решавање спора који ни по чему није уставни спор.

Функције јавног тужилаштва у Уставу из 2006. нису промењене у односу на Устав из 1990. То је и даље инокосни самостални државни орган који гони учиниоце кривичних и других кажњивих дела и предузима мере за заштиту уставности и законитости. Односи у оквиру јавног тужилаштва заснивају се на начелу вертикалне централизације: јавни тужиоци одговарају за рад јавног тужилаштва и свој рад Републичком јавном тужиоцу и Народној скупштини, а нижи јавни тужиоци и непосредно вишем јавном тужиоцу. Заменици јавног тужиоца одговарају за свој рад јавном тужиоцу. Републички

јавни тужилац одговоран је за рад јавног тужилаштва и свој рад Народној скупштини.

У односу на Устав Србије из 1990, напуштено је начело сталности јавнотужилачке функције (мандат Републичког јавног тужиоца и јавног тужиоца траје шест година и он може поново бити биран на исту функцију) и уведен је диференцирани правни режим за избор на функцију, престанак функције и мандат јавног тужиоца, на једној, и заменика јавног тужиоца, на другој страни. Другим речима, правни режим који важи за јавног тужиоца различит је од правног режима који важи за заменика јавног тужиоца. За јавне тужиоце задржано је решење из Устава Србије из 1990, да их бира Народна скупштина, али је сада утврђено „на предлог Владе“ (члан 159. став 2). За избор Републичког јавног тужиоца, који врши надлежност јавног тужилаштва у оквиру права и дужности Републике Србије, тражи се још и прибављено мишљење надлежног одбора Народне скупштине. Што се престанка јавнотужилачке функције тиче, ту, процедурално посматрано, важе иста правила која важе и за избор јавног тужиоца. Одлуку о престанку функције Републичком јавном тужиоцу и јавном тужиоцу доноси Народна скупштина, при чему одлуку о разрешењу Народна скупштина доноси на предлог Владе. Против те одлуке, јавни тужилац на којег се она односи може изјавити жалбу Уставном суду, с тим што изјављена жалба искључује право на подношење уставне жалбе (и овде се показује алкавост редактора, па се тако жалба може „уложити“ Уставном суду, а „изјављена“ жалба Уставном суду...). Ова решења отварају питање правне природе акта о престанку тужилачке функције. Иначе, разлози за престанак јавнотужилачке функције су, *mutatis mutandis*, исти као разлози за престанак судијске функције. То су: 1) ако не буде поново изабран (с обзиром на временски одређен мандат); 2) на сопствени захтев; 3) наступањем „законом прописаних услова“; 4) разрешењем из „законом предвиђених разлога“. Као и код престанка мандата судија, чињеница да се „услови“ и „разлози“ прописују законом, а не непосредно уставом, може утицати на независност носилаца јавнотужилачке функције. И овде је извршена деконституционализација тих услова и разлога. Уосталом, међу уставним одредбама о јавном тужилаштву нема одговарајуће одредбе (члан 149), која постоји у одељку о судовима, која гласи: „Судија је у вршењу судијске функције независан и потчињен само Уставу и закону. – Сваки утицај на судију у вршењу судијске функције је забрањен. „По слову Устава (уз, свакако, велики редакцијски пропуст) јавно тужилаштво не обавезују општеприхваћена правила међународног права, јер оно „врши своју функцију на основу Устава, закона, потврђеног међународног уговора и прописа донетог на основу закона“ (члан 156. став 2).



За функцију заменика јавног тужиоца важе друга правила кад је реч о избору, престанку функције и трајању мандата. Ради спровођења избора и одлучивања о престанку мандата заменика јавног тужиоца образује се ново уставно тело под називом Државно веће тужилаца, чија је надлежност искључиво везана за заменике јавног тужиоца. Због тога није јасно зашто се у Уставу то тело одређује као „самосталан орган који обезбеђује и гарантује самосталност (ваљда „независност“, Р.М.) јавних тужилаца (према попису надлежности тог тела у члану 165. Устава, оно се уопште не бави јавним тужиоцима, Р.М.) и заменика јавних тужилаца...“ (члан 164. став 1). Аналогно Високом савету судства, ово тело састоји се од чланова по положају (Републички јавни тужилац, министар надлежан за правосуђе и председник надлежног одбора Народне скупштине) и осам изборних чланова (шест јавних тужилаца или заменика јавних тужилаца са сталном функцијом, од којих је један са територије аутономне покрајине, и два „угледна и истакнута“ правника са најмање 15 година искуства у струци, од којих је један адвокат, а други професор правног факултета).

Код заменика јавних тужилаца се, као и код судија, прави разлика између поступка за избор заменика јавног тужиоца који се први пут бира на ову функцију и поступка за избор заменика јавног тужиоца за трајно обављање функције у истом или другом јавном тужилаштву. Прве бира Народна скупштина на предлог Државног већа тужилаца и њихов мандат траје три године, друге бира Државно веће тужилаца и они трајно обављају функцију заменика јавног тужиоца. И овде је парадоксално да се заменик јавног тужиоца који се први пут бира на ту функцију на релативно кратак мандатни период бира теже (Државно веће тужилаца га само предлаже, а Народна скупштина бира) од заменика јавног тужиоца који се бира за трајно обављање функције (бира га Државно веће тужилаца). Одлуку о престанку функције заменика јавног тужилаца доноси Државно веће тужилаца по истим основама који важе за престанак функције јавног тужиоца. Против ње заменик јавног тужиоца може изјавити жалбу Уставном суду, која искључује право на подношење уставне жалбе.

Судство је једина од три државне власти чијем институционалном носиоцу Устав није посветио посебан члан ако се узме да Врховни касациони суд оличава судску власт. Одредба о том суду садржана је у ставу 4. члану 143. и она гласи: „Врховни касациони суд је највиши суд у Републици Србији“.

Уопште узев, одредбе Устава из 2006. о судовима и јавном тужилаштву не садрже принципијелна и чиста решења, многи освечени механизми за успостављање судијске и тужилачке незави-

ности су ослабљени, јемства независности деконституционализована, а све то уз недопустиво слабу редактуру нормативног текста.

У Уставу из 2006. можда је највише промена у односу на Устав Србије из 1990. претрпео Уставни суд (Устав из 2006, шести део, чл. 166–175). Најпре су његове надлежности проширене, понекад и на предмете који уопште нису уставни спорови. Ипак, и даље је то државни орган чија је основна функција заштита уставности и законитости од повреда општим правним актима, премда се у Уставу из 2006. више него до сада, истакла и његова функција конфликтног суда (суда за решавање сукоба надлежности). Задржана је и његова супсидијарна надлежност за решавање изборних спорова („одлучује о изборним споровима за које законом није одређена надлежност судова“).

Пошто су у Уставу из 2006 „Општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике Србије“, а „потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом“ (члан 16. став 2), то Уставни суд одлучује о сагласности закона и других општих аката са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, као и о сагласности потврђених међународних уговора са Уставом. Правни поредак Републике Србије има следећу структуру. На његовом врху налазе се Устав и општеприхваћена правила међународног права. Испод њих су потврђени међународни уговори, испод ових закони, а испод ових подзаконски општи акти различитих доносилаца, који морају бити у сагласности са Уставом и законом. Уставни суд је надлежан да очува и заштити овакве односе у правном поретку државе Србије, који се изражавају као уставност и законитост.

Уставни суд не суди појединцима, физичким и правним лицима, него правним актима, општим и појединачним. Уставност и законитост могу бити повређени општим, али и појединачним актима државних органа и носилаца јавних овлашћења, па и њиховим радњама. У овом другом случају, кад се појединачним актима или радњама повређују или ускраћују људска и мањинска права и слободе, Уставном суду може се изјавити уставна жалба, „ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту“ (члан 170). У вези са уставном жалбом, нису јасне две ствари: зашто је она, иако надлежност Уставног суда, издвојена у посебан члан Устава, уместо да буде наведена у оном у којем се одређује надлежност Уставног суда (члан 167) и ко је носилац права на уставну жалбу (да ли само лице које сматра да му је појединачним актом или радњом повређено људско или мањинско право зајемчено Уставом или свако). Ово друго морало се урадити у

Уставу и нипошто се није смело препустити законском уређивању. Варијанта уставне жалбе је жалба коју судија (у Уставу се не каже ко је носилац права на жалбу) може изјавити Уставном суду против одлуке Високог савета судства (члан 155), као и жалба коју јавни тужилац и заменик јавног тужиоца могу изјавити Уставном суду „против одлуке о престанку функције“ (члан 161. став 4).

Правило је да Уставни суд одлучује о уставности и законитости закона и других општих аката који су на снази, који важе. Међутим, под одређеним условима, он може одлучивати и о уставности и законитости прописа и других општих аката који су престали да важе, као и о уставности закона који још нису ступили на снагу. Први случај био је уређен и у Уставу Србије из 1990, док је други, по узору на Устав Француске из 1958, први пут уведен Уставом из 2006. Тако, Уставни суд може оцењивати сагласност закона и других општих аката са Уставом, као и општих аката са законом и по престанку њиховог важења „ако је поступак оцене уставности и законитости покренут најкасније у року од шест месеци од престанка њиховог важења“ (према Уставу Србије из 1990, ако није протекло више од једне године од престанка њиховог важења). И, даље, Уставни суд може оцењивати уставност закона који је изгласан у Народној скупштини, али указом још није проглашен (тзв. претходна оцена уставности закона за коју смо се залагали у време општих расправа о потреби промене Устава Србије из 1990). Оваква претходна оцена уставности закона јак је инструмент у рукама парламентарне опозиције, јер ова, и кад је надгласа парламентарна већина (којој може бити политички интерес и доношење неуставног закона) има средство за спречавање ступања на снагу неуставног закона. Уставни суд дужан је да испита уставност оваквог закона у року од седам дана на захтев најмање једне трећине народних посланика. Ако Уставни суд донесе одлуку о неуставности закона пре његовог проглашења, у Уставу стоји да ће „ова одлука (ће) ступити на снагу даном проглашења закона“. Међутим, ако закон буде проглашен пре доношења одлуке о уставности, Уставни суд ће наставити да поступа према захтеву, у складу са редовним поступком за оцену уставности закона. Кад је Уставни суд утврдио пре проглашења закона (у Уставу погрешно стоји „пре његовог (закона, Р.М.) ступања на снагу“, јер се погрешно узима да су проглашење закона и ступање закона на снагу једнозначни појмови) да је закон сагласан са Уставом, поступак за оцену уставности тог закона више се не може покренути.

Институт претходне оцене уставности закона у Уставу из 2006 (члан 169) из основа је погрешно постављен. Најпре, рок од седам дана од усвајања закона у Народној скупштини за оцену уставности

је нереалан, и требало би да износи, као и у Француској, одакле је читав институт преузет, барем месец дана. У Уставу се не каже ни од када овај рок почиње да тече, али је логично узети да он тече од дана подношења „захтева“ једне трећине народних посланика Уставном суду. Смисао овог института је да се онемогући проглашење неуставне одредбе у закону (евентуално неуставног закона у целини), тако да је могућност коју предвиђа Устав, да закон буде проглашен пре доношења одлуке о неуставности, страна том институту. У Француској се обуставља протицање рока за проглашење закона док Уставни савет не донесе одлуку о његовој уставности. Даљи израз неразумевања овог института је и одредба према којој кад Уставни суд донесе одлуку о неуставности закона пре његовог проглашења, та одлука ступа на снагу даном проглашења закона. Смисао читавог института је да се неуставна одредба у закону (редак случај биће закон у целини) уопште не може прогласити, као што лепо стоји у члану 62. ставу 1. Устава Француске из 1958: „Одредба за коју је утврђено да је неуставна, не може да буде проглашена нити примењена“. И, најзад, Устав из 2006. је, предвиђајући да „поступак за оцену уставности не може бити покренут против закона чија је усклађеност са Уставом утврђена пре његовог ступања на снагу“ аболира сваку евентуално неуставну одредбу у закону који је био предмет претходне оцене уставности за све време његовог важења, јер је читав закон учињен имуним од оцене уставности. У примени закона може се, међутим, показати да је нека друга одредба закона која није била предмет претходне оцене уставности, неуставна.

Закључујући надлежност Уставног суда (у члану 167), Устав је у ставу 1. члана 167. утврдио да „Уставни суд врши и друге послове одређене Уставом и законом“, да би у ставу 3. истог члана рекао: „Уставни суд обавља и друге послове предвиђене Уставом“. У истом члану, једно исто питање регулисати различито, могуће је било видети само на вежбама из номотехнике лоших студената права прве године студија. Сада тако нешто постоји и у највишем правном акту државе Србије, у њеном Уставу.

Није јасно због чега је број судија Уставног суда повећан са девет на петнаест, кад у Америци Савезни врховни суд, који поред редовне судске функције обавља и функцију уставног суда, има свега девет судија. Вероватно због тога што је „кључ“ за састав и избор судија Уставног суда преузет из Устава Италије 1947, у којем се предвиђа (члан 135) да Уставни суд има 15 судија. Приликом избора судија Уставног суда поштује се начело тродеобе државне власти. Свака од три власти, оличена у једном државном органу (Народна скупштина, председник Републике, Врховни касациони суд) бира једну трећину судија.

Устав је регулисао (члан 172 став 3) и како органи који учествују у избору судија Уставног суда долазе до кандидата за избор. Тако, Народна скупштина „бира“ пет судија Уставног суда између десет кандидата које јој предложи председник Републике, председник Републике „именује“ пет судија Уставног суда између десет кандидата које му предложи Народна скупштина, а општа седница Врховног касационог суда „именује“ пет судија између десет кандидата које јој на заједничкој седници предложи Високи савет судства и Државно веће тужилаца. Овде је споран овај трећи начин кандидовања. Кандидате за избор судија Уставног суда, који врши Врховни касациони суд (његова општа седница) утврђују Високи савет судства, тело које „бира судије за трајно обављање судијске функције“, дакле, и судије Врховног касационог суда, и Државно веће тужилаца, тело које „бира заменике јавних тужилаца за трајно обављање функције“. Ту је улога Врховног савета судства нелогична, а Државног већа тужилаца неумесна. Врховни савет судства изабрао је судије Врховног касационог суда, а у том односу он је само предлагач одлуке коју треба да донесе орган чији је избор извршио. Државно веће тужилаца одлучује о избору и статусу заменика јавних тужилаца и нема никакве везе са судском влашћу. Поготово је произвољна конструкција „заједничка седница“ та два тела која ништа не спаја, на којој се утврђују десет кандидата за судије Уставног суда. Требало је остати доследан италијанском узору, па предвидети да трећину судија Уставног суда бирају највише редовне и управне судске власти (три судије бира Касациони суд, а по једног Државни савет као врховни управни суд и Рачунски суд).

Ново решење, које је већ било примењено у Уставу СР Југославије из 1992, јесте да председника Уставног суда бирају тајним гласањем судије Уставног суда између себе, на период од три године (решење познато из Устава Италије, члан 135. став 3. од 1947). Први пут од увођења уставног судства у Србији (1963), у Уставу је прописан услов за избор судије Уставног суда: „Судија Уставног суда се бира и именује међу истакнутим правницима са најмање 40 година живота и 15 година искуства у правној струци“ (члан 172. став 5). У Уставу Италије (члан 135. став 2. стоји: „Судије Уставног суда бирају се између активних и пензионисаних судија највиших редовних и административних судова, редовних професора правних предмета на Универзитету и адвоката са двадесет година праксе“. Ова формулација је боља, јер прецизира ко је „истакнути правник“.

Мандат судија Уставног суда траје девет година, што значи да је напуштено решење из Устава Србије од 1990. о сталности судија Уставног суда, које се, потпуно оправдано, својевремено критиковало, јер судија Уставног суда није посебна професија, као што је

судија редовног суда. Једно лице може бити бирано или именовано за судију Уставног суда највише два пута. Судија Уставног суда не може вршити другу јавну нити професионалну функцију нити посао, изузев делатности професора на правном факултету у Републици Србији (овај изузетак није допуштао Устав Србије из 1990).

Питање престанка дужности судије Уставног суда преузето је, са незнатним корекцијама, из Устава Србије од 1990. Према том решењу, судији Уставног суда престаје дужност: 1) истеком времена на које је изабран или именован; 2) на његов захтев; 3) кад напуни законом прописане опште услове за старосну пензију; 4) разрешењем. Судија Уставног суда разрешава се дужности: 1) ако повреди забрану сукоба интереса (неспојивости судијске функције); 2) трајно изгуби радну способност за дужност судије Уставног суда (овде је требало додати: „што утврђује Уставни суд“); 3) буде осуђен на казну затвора или за кажњиво дело које га чини недостојним дужности судије Уставног суда. Утврђивање ових разлога у Уставу снажна је гаранција независности судија Уставног суда у вршењу њихове основне надлежности – оцени уставности закона. Иако судије Уставног суда бирају три различита државна органа, о престанку дужности судије одлучује само један од њих – Народна скупштина „на захтев овлашћених предлагача за избор, односно именоване за избор судије Уставног суда“ (члан 174. став 3). Иницијативу за покретање поступка за разрешење може да поднесе и Уставни суд.

И преостала два питања у вези с Уставним судом (прва два су надлежност и избор и састав) – покретање поступка и доношење и дејство одлука – решена су на истим основама као у Уставу Србије из 1990. Поступак пред Уставним судом покрећу овлашћени предлагачи. То су: државни органи, органи „територијалне“ (ово је редакцијски пропуст, јер Устав све време говори о „покрајинској аутономији“) или локалне самоуправе, као и најмање 25 народних посланика. Из одредбе Устава која утврђује круг предлагача за покретање поступка пред Уставним судом (члан 168. став 1), произлази да органи територијалне аутономије и локалне самоуправе могу покренути поступак за оцену уставности и законитости било којег закона или другог општег акта. Међутим, из члана 187. става 1. произлази да орган одређен статутом аутономне покрајине то може учинити само против оног закона или другог општег акта „којим се повређује право на покрајинску аутономију“, док орган одређен статутом општине то може учинити само против закона или другог општег акта „којим се повређује право на локалну самоуправу“ (члан 193. став 2). Одредба која омогућује да и најмање 25 народних посланика може покренути поступак пред Уставним судом још је једно моћно средство у рукама парламентарне опозиције која тако у

Уставном суду добија заштитника свог положаја. Уставни суд може и сам да покрене поступак.

Иницијативу за покретање поступка може дати свако физичко или правно лице. Иницијатива не обавезује Уставни суд на покретање поступка, за разлику од предлога за покретање поступка Уставом овлашћеног предлагача. Уставни суд доноси одлуке већином гласова свих судија, с тим што одлуку да сам (у Уставу стоји „да самостално“) покрене поступак за оцену уставности и законитости доноси двотрећинском већином гласова свих судија. Одлуке Уставног суда су коначне, извршне и општеобавезне (у Уставу стоји „општеобавезујуће“). Кад Уставни суд утврди да закон или други општи акт није у сагласности са Уставом или да општи акт није у сагласности са законом, закон или други општи акт престаје да важи даном објављивања одлуке Уставног суда у службеном гласилу. У Уставу из 2006. задржан је институт обуставе од извршења појединачног акта или радње „предузете на основу закона или другог општег акта чију уставност или законитост оцењује“ до доношења коначне одлуке Уставног суда (члан 168. став 4), који је био законски институт (Закон о поступку пред Уставним судом и правном дејству његових одлука из 1991, члан 42).

У Уставу из 2006. предвиђено је доношење закона о Уставном суду ради регулација: уређења Уставног суда, поступка пред Уставним судом и правног дејства његових одлука. И из ове одредбе (члан 175. став 3) произлази да се надлежност Уставног суда не може уређивати законом. Тај суд има онолико надлежности колико му је Устав дао.

Седми део Устава из 2006. утврђује територијално уређење Републике Србије (чл. 176–193), за које се пре приступања промени Устава држало да је поприште на којем ће се парламентарне странке највише сукобљавати. Међутим, сагласност је, произлази из Устава од 2006, постигнута да се понови територијално уређење из Устава Србије од 1990, а то значи асиметрична територијална аутономија (са аутономним покрајинама не на целој државној територији него на делу државне територије, при чему су аутономне покрајине неједнаког статуса) и монотипна локална самоуправа (с јединственим типом општине као јединицом локалне самоуправе, док град и град Београд врше функције општине). Дакле, и у Уставу из 2006. Србија је децентрализована по два линијама, линији територијалне („покрајинске“) аутономије и линији локалне самоуправе. Израз „покрајинска аутономија“ у Уставу није генерички него је везан за нашу терминологију (има земаља у којима се таква територијална јединица назива „област“ или „аутономна заједница“ и сл.). Због тога је боље израз територијална аутономија, јер није изведен из назива тери-

торијалне јединице која ужива аутономију. У Уставу из 2006. тај део је, сасвим непотребно, подељен у три одељка: 1) покрајинска аутономија и локална самоуправа; 2) аутономне покрајине; 3) локална самоуправа. Први одељак је потпуно излишан, јер се због њега у Уставу два пута говори о истим стварима и, што је још горе, говори се различито о истим стварима. Тако се у одељку првом, члану 177. ставу 2. каже да се надлежност аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе одређује законом, да би се у одељку другом, члану 183. Устава одредила надлежност аутономне покрајине, а у одељку трећем, члану 190. Устава и надлежност општине као основне јединице локалне самоуправе, пошто град и град Београд имају надлежност која је Уставом поверена општини. Међутим, није мудро, с обзиром на присталице веће аутономије аутономних покрајина, у истом одељку Устава формулисати заједничке одредбе о територијалној аутономији и локалној самоуправи, јер им се тако даје јак аргумент за тврдњу да „покрајинска аутономија“ није у Уставу много одмакла од локалне самоуправе.

За оба облика територијалне децентрализације предвиђена је могућност поверавања надлежности Републике Србије законом. Прописано је и њихово право на самоорганизовање, па тако аутономна покрајина, у складу са Уставом и својим статутом, а јединица локалне самоуправе, у складу са Уставом и законом, „самостално прописују уређење и надлежност својих органа и јавних служби“ (члан 179). То право је одмах повређено и добрим делом окрњено у следећем члану Устава (члан 180. став 1), у којем се каже: „Скупштина је највиши орган аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе“. Тиме што је речено да је „скупштина највиши орган“ (таква формулација не постоји у Уставу Србије из 1990, кад је реч о уређењу аутономне покрајине и општине, као ни у важећем Закону о локалној самоуправи, према којем је „скупштина општине представнички орган“, док је у претходном Закону о локалној самоуправи из 1999. стајало да је она „представничко тело грађана“) одређена је организација аутономне покрајине и општине, прописано је њихово „уређење“, јер сви други органи тада морају бити потчињени скупштини. То је тзв. скупштински систем власти, који се заснива на јединству (не на подели) власти у корист скупштине, који је постојао у време постојања социјалистичке Југославије (1946–1992). У том систему власти све органе бира и разрешава Скупштина што, кад је реч о општини, и пише у Уставу у члану 191. ставу 4. У последњем ставу истога члана стоји: „Избор извршних органа града и града Београда уређује се законом“. Поставља се питање какав је то „систем локалне самоуправе“ у којем се извршни органи општине бирају на један, а извршни органи града и града Београда на други начин? Откидање од права на самоорганизовање и непотребно детаљисање



је и рећи у Уставу да је мандат посланика (Скупштинске аутономне покрајине) и одборника (скупштине општине) четири године, да се они бирају на непосредним изборима и тајним гласањем, и то посланици у складу с одлуком Скупштине аутономне покрајине, а одборници у складу са законом, као и да се у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе у којима живи становништво мешовитог националног састава, омогућује „сразмерна заступљеност националних мањина, у складу са законом“ (члан 180. став 4).

Кад је реч о аутономним покрајинама, Устав из 2006. ту садржи две крупне новине. Прва је да је оснивање нових или укидање, односно спајање постојећих аутономних покрајина отворен процес. О томе се одлучује по поступку предвиђеном за промену Устава, а предлог утврђују грађани на референдуму, у складу са законом (члан 182. став 3). У складу са тим начелним ставом је и одредба: „Територија аутономних покрајина и услови под којима се може променити граница између аутономних покрајина одређује се (требало је да стоји у множини „одређују се“, Р.М.) законом. Територија аутономних покрајина не може се мењати без сагласности њених грађана изражене на референдуму, у складу са законом (члан 182. став 4). Друга новина је да две аутономне покрајине немају једнак положај. У једној се остварује „суштинска“, а у другој „несуштинска“ аутономија. Тако у Аутономној покрајини Косово и Метохија постоји „суштинска аутономија“, која тек треба да се уреди „посебним законом који се доноси по поступку предвиђеном за промену Устава.“ Пошто је у члану 182. ставу 1. речено „Аутономне покрајине су аутономне територијалне заједнице основане Уставом, у којима грађани остварују право на покрајинску аутономију“, то значи да се и у Аутономној покрајини Косово и Метохија остварује покрајинска аутономија, само овде „суштинска“. Покрајинске аутономије има или нема. Тај појам у уставној теорији и пракси има своју суштину, па би израз „суштинска аутономија“ (непознат у уставноправној теорији) требало да изрази степен аутономности који је изнад суштине покрајинске (територијалне) аутономије. Ако суштинска аутономија значи потпуну аутономију три државне власти на одређеној територији, то више није покрајинска аутономија, тај степен аутономности има другачију суштину од територијалне аутономије, карактеристичну за државну сувереност. Опет, за другу аутономну покрајину, Војводину, у Уставу се каже да њен буџет „износи најмање 7% у односу на буџет Републике Србије, с тим што се три седмине од буџета Аутономне покрајине Војводине користи за финансирање капиталних расхода“ (члан 184. став 4). То значи да би се нова, евентуално основана аутономна покрајина, по свом положају разликовала и од Косова и Метохије и од Војводине. Она би имала неку трећу суштину. У упоредном уставном праву

познат је пример постојања два типа територијалне аутономије. У Италији постоје области са обичним (њих 15) и са посебним положајем (њих пет). Али кад би се у Србији образовала нова аутономна покрајина, свака од њих имала би положај *sui generis*, свака би имала друкчији аутономни статус.

Устав из 2006. одредбама о надлежности аутономне покрајине највише разрађује њену нормативну и финансијску функцију, односно аутономију. Нормативна аутономија обухвата аутономно уређивање питања од покрајинског значаја, у складу са законом, у областима наведеним у Уставу (члан 183. став 2). О тим питањима аутономна покрајина доноси одлуке и друге опште акте. Иначе, највиши правни акт аутономне покрајине је статут који, као и према Уставу Србије из 1990, доноси њена скупштина, уз претходну сагласност Народне скупштине. Финансијска аутономија састоји се у постојању изворних прихода, којима аутономна покрајина финансира своје надлежности, самосталном доношењу буџета и завршног рачуна, као и у постојању својине аутономне покрајине, као облика јавне својине, и у управљању њоме. Та аутономија је ограничена утолико што се „врсте и висина изворних прихода“ одређује законом (члан 184. став 2).

Аутономна покрајина се још стара „о остваривању (код општине још је додато „заштити и унапређењу“, Р. М.) људских и мањинских права, у складу са законом“ (код општине нема овог „у складу са законом“, Р. М.). Она утврђује „симболе покрајине и начин њиховог коришћења“ (код општине стоји „и њихову употребу“, Р. М.).

Два нова уставна института у вези са покрајинском аутономијом су надзор над радом органа аутономне покрајине и заштита покрајинске аутономије.

Пошто се покрајинска аутономија остварује у оквиру Устава и закона, држава преко својих органа врши надзор над уставношћу и законитошћу рада органа аутономне покрајине. Државни органи при том имају на располагању како редовна, тако и посебна овлашћења, какво је оно предвиђено у члану 186. Устава. Наиме, Влада може пред Уставним судом покренути поступак за оцену уставности или законитости одлуке аутономне покрајине, пре њеног ступања на снагу, а Уставни суд у том случају може, до доношења своје одлуке, одложити ступање на снагу оспорене одлуке аутономне покрајине. И ово је облик претходне контроле уставности, али и законитости. Али овде нема одредбе да Влада не може касније покренути поступак пред Уставним судом за оцену уставности и законитости одлуке аутономне покрајине, чија је усклађеност са Уставом и законом утврђена пре њеног ступања на снагу.

Ради заштите покрајинске аутономије, орган одређен статутом аутономне покрајине има право жалбе Уставном суду, ако се појединачним актом или радњом државног органа или органа локалне самоуправе онемогућава вршење надлежности аутономне покрајине (иако Устав говори о „жалби“, из одређења услова под којима се ова може изјавити јасно је да је реч о уставној жалби). Други инструмент за заштиту покрајинске аутономије је већ мање одређен. У члану 187. ставу 2. у којем је тај инструмент предвиђен, стоји: „Орган одређен статутом аутономне покрајине може покренути поступак за оцену уставности и законитости закона и другог општег акта Републике Србије или општег акта јединице локалне самоуправе којим се повређује право на покрајинску аутономију“. Из ове одредбе се не види пред којим органом орган аутономне покрајине може покренути поступак за оцену уставности и законитости. Вероватно се мисли пред Уставним судом. Ако је то тачно, није јасно зашто оваква одредба уопште постоји у Уставу кад је у његовом члану 168. ставу 1. речено да поступак за оцену уставности и законитости пред Уставним судом могу покренути и „органи територијалне аутономије“. Одредбом из члана 187. става 2. Устава одузето је генерално овлашћење органа покрајинске аутономије за покретање поступка пред Уставним судом за оцену уставности и законитости дато у члану 168. ставу 1. Устава и претворено у специјално, које постоји само кад ти органи сматрају да је законом или другим општим актом органа Републике Србије или општим актом јединице локалне самоуправе повређено право на покрајинску аутономију. Дакле, оно што им је чланом 168. ставом 1. било дато, чланом 187. ставом 2. им је одузето.

Локална самоуправа није, концепцијски узев, претрпела никакве битне промене у Уставу из 2006. у поређењу с Уставом Србије из 1990. Остале су исте јединице локалне самоуправе (општина, град и град Београд), при чему град има надлежности које су Уставом поверене општини, док град Београд има надлежности које су Уставом и законом поверене општини и граду, а законом о главном граду могу му се поверити и друге надлежности. У Уставу Србије из 1990. образовање општина на територији града било је уставна обавеза (члан 117), а у Уставу из 2006 (члан 189. став 4) то је само уставна могућност: „Статутом града може се предвидети да се на територији града образују две или више градских општина“. Територија и седиште јединице локалне самоуправе одређују се законом, а оснивању, укидању и промени територије јединице локалне самоуправе претходи референдум на територији те јединице локалне самоуправе. Највиши правни акт локалне самоуправе и даље је статут општине, који доноси скупштина општине. Надлежност општине (члан 190) остала је готово иста као и у Уставу Србије из 1990 (члан 113). Извори финансирања општине остали су исти.

Две највеће новине Устава из 2006. у овој области су успостављање општинске (градске, града Београда) својине као облика јавне својине, при чему општина самостално управља општинском својином у складу са законом (члан 190. став 4) и, у односу на законску регулативу, промењен однос између представничког органа, скупштине општине, и извршних органа у општини, који се сада заснива на скупштинском систему власти. Устав оставља (члан 191. став 5) могућност закону да однос између скупштине и извршних органа поостави на друкчије начелне основе у граду и граду Београду.

Уставна регулатива о општини проширена је на два питања која су досад била предмет законског регулисања. То су надзор над радом општине и заштита локалне самоуправе. У име државе надзор над радом општине врши Влада. Влада је тако „дужна да обустави од извршења општи акт општине за који сматра да није сагласан Уставу или закону и да у року од пет дана покрене поступак за оцењивање његове уставности и законитости“ (члан 192. став 1). И овде је изостало да се тај поступак покреће пред Уставним судом. Влада има и уставно овлашћење (члан 192. став 2) да распусти скупштину општине, при чему је дужна да истовремено са распуштањем именује привремени орган који обавља послове из надлежности скупштине општине, водећи рачуна о политичком и националном саставу распуштене скупштине општине.

Што се тиче заштите локалне самоуправе, она се остварује на исти начин као и заштита покрајинске аутономије – уставном жалбом (Устав каже само „жалба“, али из утврђених услова под којима се она може изјавити произлази да је реч о уставној жалби) Уставном суду и покретањем поступка пред Уставним судом за оцену уставности и законитости. Наиме, орган одређен статутом општине може да покрене поступак за оцену уставности и законитости закона и другог општег акта Републике Србије или аутономне покрајине којим се повређује право на локалну самоуправу. Ова уставна одредба (члан 193. став 2) формулисана је тако да изазива исте оне недоумице као и одговарајућа уставна одредба (члан 187. став 2) о заштити права на покрајинску аутономију.

Осми део Устава из 2006. посвећен је уставности и законитости („Уставност и законитост“, чл. 194–202) и он садржи, поред описа односа између правних аката у правном поретку државе Србије и описа „технологије“ пуштања закона у живот по усвајању у Народној скупштини и проглашењу од стране председника Републике, новину за коју смо се залагали после искустава са увођењем ванредног стања у Србији 2003, а наиме, детаљно прописивање правног режима једина два степена стања нужде – ванредног и рат-

ног стања (према Уставу Србије из 1990. постојао је и трећи степен, међустепен, стање непосредне ратне опасности).

Правни поредак државе Србије је јединствен, што се постиже усклађеним односом између правних аката у њему. Устав је највиши правни акт Републике Србије. Општеприхваћена правила међународног права су по правној снази у рангу са Уставом. Потврђени међународни уговори су испод Устава, али изнад закона. Закони и други општи акти донесени у Републици Србији морају бити у сагласности (редакцијским пропустом стоји „не смеју бити у супротности“, синтагма која је у Уставу СФРЈ од 1974. имала посебно значење, друкчије од синтагме „морају бити у сагласности“) са општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима. Сви подзаконски општи акти, без обзира на доносиоца, морају бити у сагласности са законом.

Објављивање закона и других општих аката у Уставу из 2006. детаљније је регулисано него у Уставу Србије из 1990, иако у редакцијском погледу крајње немарно. *Vacatio legis* и забрана повратног дејства закона регулисани су као и у Уставу Србије из 1990. Одредба о законитости управе (члан 198) у првом ставу, у којем жели да каже да је реч о обавези вршилаца управне власти да поступају у законом прописаном поступку, уопште не казује то што жели да каже (да управа своја овлашћења може вршити само у законом прописаном поступку), него казује баналну ствар – да појединачни акти морају бити засновани на закону (као да се сметнуло с ума да постоје материјалноправни и процесноправни закони). У другом ставу уместо да се једноставно каже да коначни управни акти подлежу оцени законитости у управном спору пред надлежним судом, стоји трапава формулација да „законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору“. Који је акт управни, то треба да се каже у закону, а не у Уставу. У елементе законитости убраја се и право сваког да користи свој језик у поступку решавања о његовом праву или обавези и да незнање језика на којем се поступак води не сме бити сметња за остваривање и заштиту људских и мањинских права.

Како ванредно стање у земљи не би изазвало гажење уставности и законитости, које је често пропратна појава тог стања, у Уставу из 2006. су прописани (члан 200) елементи правног режима тог степена стања нужде. То стање, најпре, проглашава Народна скупштина у ситуацијама „када јавна опасност угрожава опстанак државе или грађана“. Како се може видети, основ за проглашење ванредног стања изражен је неодређеним појмовима „јавна опасност“, која „угрожава опстанак државе или грађана“, што је већ

простор у којем су могуће злоупотребе. Одлука о ванредном стању важи најдуже 90 дана, а по истеку тог рока Народна скупштина може је продужити, већином од укупног броја народних посланика, за још 90 дана. То би значило да ванредно стање може трајати пола године, што је већ недопустиво дуг период. Карактеристика ванредног стања је да се за време док то стање траје Народна скупштина састаје без посебног позива и не може бити распуштена. То ипак није требало поновити у члану 200. ставу 3, јер је исто једном већ било речено у члану 106. ставу 4. и у члану 109. ставу 4. Кад прогласи ванредно стање, Народна скупштина може одлуком прописати мере којима се одступа од Уставом зајемчених људских и мањинских права (мере одступања). Одступање је дозвољено само у обиму у којем је то неопходно, а мере одступања не смеју да доведу до разликовања по основу расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности, друштвеног порекла. Оне престају да важе престанком ванредног, односно ратног стања (пошто се могу примењивати и у ратном стању). У Уставу су наведени чланови у којима су зајемчена људска и мањинска права у погледу којих мере одступања „ни у ком случају нису дозвољене“ (члан 202. став 4).

Устав предвиђа могућност да ванредно стање, у случају кад Народна скупштина није у могућности да се састане, могу прогласити одлуком коју заједно доносе председник Народне скупштине, председник Републике и председник Владе, под истим условима као и Народна скупштина. И, даље, кад Народна скупштина није у могућности да се састане, мере одступања може прописати Влада уредбом, уз супотпис председника Републике. Народна скупштина, у случају кад она није донела одлуку о ванредном стању, дужна је да ту одлуку потврди у року од 48 часова (у Уставу се каже „сати“, премда је у претходним члановима, на пример у члану 30. било речено „часова“, што је, опет, редакцијски пропуст) од доношења, односно чим буде била у могућности да се састане. У случају да одлуку не потврди, одлука престаје да важи завршетком прве седнице Народне скупштине одржане по проглашењу ванредног стања. И мере одступања које није прописала Народна скупштина него Влада својом уредбом, Влада мора поднети на потврду Народној скупштини у року од 48 часова (пише „сати“) од доношења, односно чим Народна скупштина буде у могућности да се састане. У супротном, мере одступања престају да важе 24 часа (пише „сата“) од почетка прве седнице Народне скупштине одржане по проглашењу ванредног стања.

Мере одступања од људских и мањинских права, без обзира да ли их је прописала Народна скупштина својом одлуком или Влада својом уредбом, важе најдуже 90 дана, а по истеку овог рока могу се обновити под истим условима.

Уставна правила која важе за ванредно стање, важе *mutatis mutandis*, и за ратно стање. И ратно стање проглашава Народна скупштина, а ако она није у могућности да се састане, одлуку о проглашењу ратног стања доносе заједно председник Народне скупштине, председник Републике и председник Владе. По природи ствари, у уставу се не може, као у случају дужине трајања ванредног стања, прописати дужина трајања ратног стања. У члану Устава о ратном стању (члан 201) правилно је што није поново речено да се за време ратног стања Народна скупштина састаје без посебног позива и да не може бити распуштена, пошто је све то већ било речено у члану 106. став 4. и у члану 109. став 4. Устава. И у случају проглашења ратног стања, Народна скупштина може прописати мере одступања од Уставом зајемчених људских и мањинских права. Кад Народна скупштина није у могућности да се састане, мере одступања од људских и мањинских права зајемчених Уставом заједно утврђују председник Народне скупштине, председник Републике и председник Владе. Овде постоји разлика између ванредног и ратног стања. У истој ситуацији, у случају ванредног стања, мере одступања може прописати Влада уредбом, уз супотпис председника Републике. Тешко је докучити из којих је разлога направљено ово разликовање. Посебно је под великим знаком питања укључивање председника Народне скупштине у доношење одлуке о проглашењу како ванредног, тако и ратног стања, и у прописивање мера одступања у случају ратног стања, јер му се тако даје овлашћење које он може самостално (без претходног одлучивања у Народној скупштини) обављати. Председник Народне скупштине није што и Народна скупштина, он је само председавајући колегијалног органа и његов став се чак може разликовати од става скупштинске већине. То с председником Владе није случај, јер је он, будући мандатар, персонификација Владе, док је председник Републике иначе инокосни орган.

Мере одступања у случају ратног стања, без обзира ко их је прописао, потврђује Народна скупштина, чим буде била у могућности да се састане. Додајмо још да за време ванредног и ратног стања не може бити промењен Устав (члан 204), како се једном већ било покушало за време ванредног стања у Србији 2003.

Девети део Устава носи наслов „Промена Устава“ (чл. 203–205) и у њему је описан ревизиони поступак. Ту је Устав из 2006. потпуно еманципован, за разлику од претходног. Задржано је разликовање две фазе у ревизионом поступку: фазе подношења и усвајања предлога за промену Устава и фазе израде и усвајања акта о промени Устава. Али поступак за промену Устава више није јединствен него двојак, зависно од тога који се делови Устава мењају. Разлика између та два поступка је у другој фази ревизионог поступка, у радњи усвајања акта о промени Устава.

Пооштрени су услови за подношење предлога за промену Устава. Тај предлог могу поднети: 1) најмање једна трећина од укупног броја народних посланика (број посланика у Народној скупштини остао је исти као у Уставу Србије из 1990, али је тај Устав за подношење предлога за промену Устава тражио најмање 50 народних посланика); 2) председник Републике; 3) Влада; 4) најмање 150.000 бирача (према Уставу Србије из 1990. било је потребно најмање 100.000 бирача). Без обзира од кога је потекао, предлог за промену Устава усваја се двотрећинском већином од укупног броја народних посланика. У случају да таква већина не буде постигнута, промени Устава по питањима садржаним у поднесеном предлогу који није усвојен не може се приступити у наредних годину дана. У овој фази ревизиони поступак је захтевнији од оног предвиђеног Уставом Србије из 1990.

Кад Народна скупштина усвоји предлог за промену Устава, приступа се изради акта о промени Устава. Предлог тог акта саставља помоћно радно тело Народне скупштине предвиђено њеним пословником и то је, по правилу, Уставни одбор Народне скупштине (Одбор за уставна питања).

Народна скупштина после спроведеног претреса усваја акт о промени Устава двотрећинском већином од укупног броја народних посланика „и може одлучити да га и грађани потврде на републичком референдуму“ (члан 203. став 6). Устав не каже којом одлуком Народна скупштина доноси одлуку о расписивању републичког референдума. Овде је реч о факултативном уставотворном референдуму за који је, свакако, после усвајања предлога акта о промени Устава двотрећинском већином народних посланика, потребна посебна одлука. Ако Народна скупштина не одлучи да акт о промени Устава изнесе на републички референдум ради потврђивања, промена Устава усвојена је изгласавањем у Народној скупштини, а акт о промени Устава ступа на снагу кад га прогласи Народна скупштина. Устав, исто тако, не каже шта бива ако предлог акта о промени Устава не добије потребну већину. Логично би било закључити да тада важи иста забрана која важи у случају неусвајања предлога за промену Устава: промени Устава у питањима садржаним у предлогу акта о промени Устава не може се приступити наредних годину дана.

Но, постоји и „чвршћи“ поступак за промену Устава од описаног, по којем је Народна скупштина дужна да усвојени предлог акта о промени Устава (двотрећинском већином свих народних посланика) стави на уставотворни референдум ради потврђивања. Тада је већ реч о обавезном уставотворном референдуму. Такав је референдум обавезан ако се промена Устава односи на: 1) преамбулу Устава; 2) начела Устава; 3) људска и мањинска права и слободе; 4) уређење власти; 5) проглашавање ратног и ванредног стања, као и



одступање од људских и мањинских права у ванредном и ратном стању; б) поступак за промену Устава. Кад се акт о промени Устава стави на потврђивање вољом Народне скупштине (факултативни уставотворни референдум) или ради испуњења уставне обавезе (обавезни уставотворни референдум), грађани се на референдуму изјашњавају најкасније у року од 60 дана од дана усвајања акта о промени Устава. Промена Устава је усвојена ако је за промену на референдуму гласала већина изашлих бирача, без обзира на то колико их буде изашло. Акт о промени Устава који је потврђен на републичком референдуму ступа на снагу кад га прогласи Народна скупштина (својом одлуком). За разлику од закона, Устав ступа на снагу даном проглашења, а за његово спровођење доноси се уставни закон двотрећинском већином од укупног броја народних посланика (члан 205). Пошто уставни закон за спровођење устава чини заједно са уставом нормативну целину, Устав Србије из 1990. је предвидео (члан 134. став 4) да „Уставни закон ступа на снагу истовремено с променом Устава“. Устав из 2006. не садржи такву одредбу. Према описаном „чвршћем“ поступку, доноси се и нови устав. Према је у политичким и стручним круговима као једна од основних предности Устава из 2006. над Уставом Србије из 1990. истицан лакши поступак промене устава, у великој су заблуди сви који мисле да је тај поступак лак. У Парламенту у којем су посланички мандати расподељени методом сразмерног представништва, достизање двотрећинске већине може бити Сизифов посао, што су убрзо показали покушаји промене Устава из 2006, ако ни због чега другог, а оно због његових номотехничких недостатака који ће онемогућавати његову примену.

\* \* \*

У времену од усвајања предлога Устава у Народној скупштини, па све до уставотворног референдума, ради придобијања грађана за излазак на референдум и за одговарајуће гласање на референдуму, уследила је у одређеним политичким круговима невиђена дисквалификација Устава Србије из 1990, као да је реч о два концепцијски супротстављена акта (она није могла отпочети раније, јер су и народни посланици предлог Устава видели на дан усвајања у Народној скупштини). Председник Републике, Борис Тадић, изјавио је како је његова странка пристала на нови Устав, упркос свим његовим манама, „да бисмо разбили велики тромб у срцу државе, а то је стари Милошевићев устав“. А, да поновимо, нема уставне институције у Уставу из 2006. о којој тај Устав има другачију концепцију од свог узора – Устава Србије из 1990. Кад то кажемо, мислимо на иста (само другачије формулисана) уставна начела којима су прожете одредбе Устава. У Уставу из 2006, доиста, нема ниједног новог уставног начела које већ није било садржано у Уставу Србије из 1990.

Иста је концепција хоризонталне организације власти (тзв. полупредседнички или мешовити систем власти) – Народна скупштина са истим бројем посланика и надлежностима, председник Републике са истим начином избора и овлашћењима, који се разрешава уместо да се опозива, Влада, исто конципирана, али с ојачаним положајем због отежаних услова за изгласавање неповерења и непосланичког састава, иста уставна начела о судовима и исте функције јавног тужилаштва, са непотребно искомпликованим избором судија, тужилаца и заменика тужилаца и са осетно умањеним гаранцијама судијске и тужилачке независности, Уставни суд с истим надлежностима (проширеним уставном жалбом и одлучивањем о повреди Устава од стране председника Републике), истим начином покретања поступка и механизмом дејства одлука (уз наопаку примену института претходне контроле уставности закона), али са различитим бројем судија и начином њиховог избора.

Иста је и концепција вертикалне организације власти (децентрализација по линијама територијалне аутономије и локалне самоуправе). Две аутономне јединице имају различит статус, уз могућност да се оснивају нове аутономне јединице. Јединице локалне самоуправе остале су исте и исто конципиране – општина, град, град Београд. Ојачана је финансијска аутономија свих територијалних јединица уставним гарантовањем изворних прихода, али с тим да врсте и висину тих прихода одређује држава законом. Материјална подлога финансијске аутономије је својина аутономне покрајине и својина јединице локалне самоуправе, које су облици јавне својине.

Остала су на снази иста начела у јединственом правном поретку Републике Србије на којима се заснивају односи између појединих „слојева“ у том поретку, с посебном заштитом тих начела у време које је „опасно“ по уставност и законитост (ванредно и ратно стање) што, свакако, треба позитивно оценити.

Постоји ли у Уставу из 2006. нешто што је концепцијски и садржински друкчије у односу на Устав Србије из 1990? Постоје, следеће три ствари. Прва, једна друкчија и далеко обимнија декларација људских и мањинских права. Устав Србије из 1990. има једноставну, али Уставу примеренију декларацију људских (не и мањинских) права. Устав из 2006. има једну „распевану“, детаљистичку и плагијаторско-компијаторску, у односу на одговарајуће међународноправне акте, декларацију људских и мањинских права. Ни таква, та декларација није потпуна, јер би она тада била збирка међународноправних аката о људским и мањинским правима. Оваква, она је избор из тих аката, па се поставља питање каква је функција те декларације, кад у Уставу постоји одредба: „Општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се при-

мењују“ (члан 16. став 2). Реч је о својеврсном „декорисању“ Устава, без суштинског правног значаја. Друга ствар је својинска реформа спроведена у Уставу из 2006. Искључена је друштвена својина као могући својински облик према Уставу Србије из 1990, а не доминантан својински облик, како се у јавности погрешно протурало (такав статус друштвена својина имала је према Уставу СФРЈ из 1974). Конституисана је јавна својина, као генерички назив за државну својину, својину аутономне покрајине и својину јединице локалне самоуправе. Задржана је приватна и задружна својина. При том се нескривено фаворизује приватна својина, иако тобоже, „сви облици својине имају једнаку правну заштиту“ (члан 86. став 2). Тако се економско уређење Србије заснива, поред осталог, и на „равноправности приватне и других облика својине“ (члан 82. став 1), а друштвена својина ће једносмерно ишчезавати тако што „се претвара у приватну својину под условима, на начин, и у роковима предвиђеним законом“ (члан 86. став 3). И трећа ствар је нов правни механизам за промену Устава, због којег је и Устав Србије од „строго“ чврстог устава (али не онако чврстог као Устав СФРЈ из 1974. или Устав САД из 1787) постао „благо“ чврст устав (са двојаким степеном чврстине). Чини се да је овде пронађено оптимално решење. Поступак за промену чврстог устава треба да омогући да се промене у земљи и спољном свету изразе у уставу, као што не сме да омогући да свака промена већине у парламенту повуче за собом и промену устава. Ту меру је нови ревизиони поступак успоставио.

Кад се све речено узме у обзир, Устав из 2006. може се означити не као нови устав, него као поправка, чешће боље, али местимце и нагоре Устава Србије из 1990. Њиме је побољшан стари, али није донесен нови, бољи устав. Устав из 2006. је нека врста „генералне“ (оправке) Устава Србије из 1990. тамо где га је живот превазишао током пуних 16 година његове примене. Донесен је у време када је Србија била чланица „велике“ југословенске федерације, а важио је и у време када је она била чланица „скраћене“ југословенске федерације, као и у време када је била чланица бастардне државне заједнице, па скоро пола године и од када је Србија постала самостална држава. Дуже од њега важили су једино „Турски“ устав из 1838. и „Намеснички“ устав из 1869. Међутим, бурне промене током његовог важења неминовно су утицале на судбину тог устава. Променио се свет, престала је да постоји читава једна друштвена формација, земље у окружењу своју судбину су везале за Европску унију, Србија је три пута променила свој државни положај, наука уставног права и с њом повезан уставни инжењеринг су напредовали, изнад уставотворца Србије од средине 2006. није стајао акт веће правне снаге који би га спутавао, па је уставотворац Србије имао пуну правну слободу да сачини устав какав хоће. Ту шансу да донесе

нешто ново уставотворац није искористио. Због тога се од Устава из 2006. неће рачунати никакво ново уставно време („доба“, што би рекао Слободан Јовановић). У развоју уставности у Србији тим Уставом није начињен никакав „прелом“ (није, уместо олигархијске, уведена представничка влада као Уставом из 1869. или, уместо монархијске владе, парламентарна влада као Уставом из 1888. или, уместо социјалистичке самоуправљачке уставности са делегатско скупштинском владом, либерално демократска уставност са парламентарном владом заснованом на вишестраначком систему, као Уставом Србије из 1990).

У историји уставности у Србији Устав из 2006. ипак ће остати забележен по једном неславном обележју. До тог Устава Србија није имала правно и језички неписменији текст за свој устав а, по свој прилици, после искуства које ће имати са овим, никада га више неће ни имати. Непажња, немар, а неретко и незнање, којима су формулисане одредбе у том Уставу нису карактера случајне омашке, они су просто „стил“ овог Устава због којег ће он постати „случај“. Устав предњачи међу правним актима, поред осталог, и по политици својих одредаба, од којих су многе постале чувене правне сентенце (као, на пример, она из члана 28. Декларације права човека и грађанина из Устава Француске из 1973: „Народ има право да у свако доба преиспита, поправља и мења свој устав. Једна генерација не може својим законима везивати будуће генерације“). Одредбе устава „гланцају“ не само врхунски номотехничари (какве имамо у Србији) него и највиши језички стручњаци (каквих Србија има још више). Језичку редактуру Устава Србије из 1990. извршио је академик Михаило Стевановић. У номотехничком погледу, Уставом из 2006. обешчашћен је Устав као нормативни акт.

У вештачки створеној егзалтираности Уставом из 2006, придавала су му се својства која нема и која су потпуно ван терена права, посебно уставног права. Тако се истицало да је то у Србији „први посткомунистички устав“, или „први некомунистички“ устав, а да је Србија последња међу „бившим комунистичким земљама која је донела устав“. Да не спомињемо празне квалификације за политичку употребу како је устав „модеран“, а да при том у њему нема института млађег од педесет година, како је „демократски“, а свугде је повисио минималан број бирача потребних за непосредно учешће у вршењу појединих функција државне власти, како је „европски“, а многи његови институти постоје у уставима земаља Африке и Азије и сл. Уосталом, ми смо познати по томе што олако, у налету политичких страсти, делимо титуле примаса и примаша, па тако све у овом, садашњем времену, имамо *прве* демократске изборе, *првог* демократског градоначелника Београда, *првог* демократског пре-

мијера, *првог* демократски изабраног председника Републике (иако су претходни били изабрани по тежем поступку и уз веће учешће бирача) па, ево, и *први* посткомунистички устав, који је, уз то, *први* устав у нашој историји који има „народни карактер“, па да је, стога, „народни устав“ (у типологији устава по доносиоцу сваки устав је „народни“ ако га доносе грађани непосредно или посредством свог представништва). Срби, то сами за себе кажу, много воле и цене историју, посебно своју. Изгледа да, оваквим титулисањем догађаја и појава, сами себи ускачу у уста, јер испада да уопште немају историју. Чим се нађу у прилици да доносе одлуке од јавног значаја, Срби рачунају да је од тог момента отпочела историја.

Ratko Marković

## 2006 CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF SERBIA – A CRITICAL APPRAISAL

### *Summary*

Although the new Constitution was in the making in Serbia for quite some time, draft of the Constitution, which has finally made its way into the final version, has been assembled unexpectedly and in a hurry, while the procedure of adoption has been accelerated to the utmost extent. Formally, there were no infractions of the amending procedure provided for in 1990 Constitution, but it is hard to ignore objection that the new Constitution is a result of horsetrading between three main political parties, while the wider political and entire professional community has been sidelined. There were two main reasons for this speed. One was to preempt a possible negative decision of the UN Security Council with regard to the status of Kosovo, currently under international civil and military administration, through including in the Constitution a provision which states that Kosovo 'is a part of sovereign state of Serbia'. Since the Constitution has to be affirmed at the referendum, and this has to be done by majority of all Serbian voters, this position would be backed by the highest possible degree of legitimacy. Second reason for this 'blitz' adoption was to provide Serbia with a proper Constitution which would reflect its new 'status' after Montenegro left the state union Serbia and Montenegro. It seems that this dissolution has not been expected.

A testament to below par drafting of the Constitution in a hurry are the unacceptably numerous nomotechnical shortcomings, some of which

will represent significant problems in its future application. Moreover, this is, from the nomotechnical point of view, the most illiterate Constitution ever passed in Serbia's rich constitutional history. On the other hand, neither the basic conception of the Constitution, its scope, nor the content of basic constitutional institutios depart significantly from the previous Serbian Constitution. This certainly defeats the purpose of enacting the new Consitution. After analysis of the whole Consitution, from the Preamble to the final provisions regulating constitutional procedure, the Author concludes that the new Consitution 'repaired' the old one, rather than replacing it with the new and better one. The paramount political objective has been to displace the old ('Milosevic') constitution and not to enact a new, better one.

Keywords: *Constitutional principles. – Human rights. Minority rights. – Economic system and public finances. – Governance. – Teritorial governance. – Constitutionality and legality. – Consitutional Court. – Amending of the Constitution.*

Игор Вуковић

## ПРИМЕНА ТЕОРИЈЕ ЕКВИВАЛЕНЦИЈЕ У КРИВИЧНОМ ПРАВУ – ПОЈЕДИНА ПИТАЊА

*У чланку се обрађују поједина питања теорије еквиваленције као најзначајније теорије узрочности у континенталном кривичном праву данас. Као полазиште, у теорији еквиваленције тврди се да сви услови последице који се не могу мисаоно изузети, а да сама последица не наступи, јесу еквивалентни и да сходно томе сваки од тих услова јесте услов односне последице (тзв. *Conditio sine qua non*). Аутор разматра хипотетички, кумулативни и алтернативни каузалитет и друге форме од значаја за примену теорије.*

Кључне речи: *Узрочност. – Теорија еквиваленције. – Хипотетички каузалитет. – Алтернативни каузалитет. – Кумулативни каузалитет.*

У законским описима последичних кривичних дела захтева се, осим радње учиниоца, наступање и какве законом одређене последице на објекту радње. Како законски описи само појединих кривичних дела познају последицу као своје законско обележје, узрочна веза између радње и такве последице, односно узрочност у кривичноправном смислу уопште, представља категорију која се, како у научној систематици, тако и у разматрању конкретног случаја, испитује у оквиру елемента предвиђености у закону, пре разматрања противправности и кривице. Ово испитивање врши се утврђивањем да ли је у спољном свету конкретно наступила последица према *времену, простору и начину*, узрочно повезана са радњом учиниоца. Основ овог утврђивања налази се у емпиријској спознаји деловања природних закона.<sup>1</sup> Треба, међутим, имати у виду да се

---

<sup>1</sup> Шта је каузалитет – људском сазнању није доступно. „Када лице А успе лицу Б у пиће цијановодичну киселину, након чијег узимања Б умре, нама само животно искуство говори да је смрт лица Б проузрокована дејством цијановодичне киселине. Јер, ми знамо да су до сада сви људи који су унели одређену количину цијановодичне киселине умрли. Због чега је то тако, за нас остаје тајна. Хемичар би, додуше, могао да нам објасни да су контактом слузокоже лица Б и отрова у његовом метаболизму отпочели одређени процеси који су довели до смрти. Али и

каузалитет по свом значењу у кривичном праву разликује од филозофских корена, с обзиром на то да представља основ кривичне одговорности. Узрочност се не посматра кроз збир свих услова последице – узрок последице је сваки поједини услов, иако је до посматраног исхода дошло њиховим заједничким дејством.<sup>2</sup>

У српском кривичном праву, слично многим другим континенталним кривичноправним системима, каузалним се сматра онај услов (кривичноправна радња) без чијег постојања не би дошло до наступања конкретне последице – који дакле представља *condicio sine qua non* њеног наступања.<sup>3</sup> Прецизније, у својој изворној формули коју је аустријски процесуалиста Глазер (Glaser) обликовао још средином 19. века, а даље разрадио Бури (von Buri) – *каузалан је сваки услов који се не може пренебрегнути, а да последица не отпадне*. Сви услови без којих не би дошло до наступања одређене последице сматрају се једнако каузалним за њено наступање, без обзира на њихов значај или удаљеност од испитиване последице. Ова теорија се због еквивалентности свих услова који су допринели наступању последице и назива теоријом еквиваленције или теоријом услова (лат. *aequus* – једнак; *valere* – вредети). У примени *condicio*-формула подразумева поступак својеврсне хипотетичке мисаоне елиминације: замишљамо да ли би до последице дошло са и без услова чију каузалност испитујемо. Радњу учиниоца као посматрани услов изузимамо из каузалног ланца и претпостављамо да ли би последица наступила да радње није ни било. Уколико бисмо хипотетичким изузимањем радње закључили да би последица и без ње наступила, посматрану радњу не бисмо сматрали њеним узроком. Обрнуто, уколико би поступак показао да до последице, да радње нема, не би ни дошло – радња би за последицу била каузална и према *condicio*-формули представљала би њен узрок. Сликвито речено, у овом последњем случају учиниоцу бисмо се обратили речима: „Да ово ниси урадио, оно се не би ни догодило“.<sup>4</sup> На тај начин се формира својеврстан *regressus ad infinitum*, један непрекидан и бесконачан каузални ланац

---

ове оцене заснивају се са своје стране на искуственим знањима. О ‘бићу’ каузалних процеса – оне ништа не говоре“ (Gropp, Walter: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, друго издање, Springer-Verlag, Berlin – Heidelberg – New York, 2001, стр. 136–137).

2 Roxin, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, треће издање, С. Н. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, стр. 294.

3 Вид. Срзентић, Никола (редактор) и други: *Коментар Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, треће издање, Савремена администрација, Београд, 1986, стр. 48; Стојановић, Зоран: *Коментар Кривичног законика, Службени гласник*, Београд, 2006, стр. 61–62.

4 Kühl, Kristian: „*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, четврто издање, Verlag Franz Vahlen, München, 2002, стр. 26.



у којем карике чини велики број радњи, временски различито удаљених од посматраног исхода.

Први приговор теорији еквиваленције происходи из самог поступка утврђивања узрочности који примена *condicio*-формуле подразумева. Иако су појаве међу собом реално повезане у нужном временском следу, без емпиријског доказа материјалне везе у праву није могуће тврдити постојање каузалне везе између какве људске радње и њеног претпостављеног дејства. У ствари, ми у утврђивању шта је произвело посматрану последицу полазимо од самог тог резултата. Већ познајући да је радња А проузроковала ефекат Б, ову закономерност само хоћемо логичким исказима и да потврдимо.<sup>5</sup> Ту, дакле, мисаони процес за своју претпоставку има оно што тек треба утврдити. Односно, *condicio*-формула може у најбољем случају само да констатује већ видљиву узрочну везу.<sup>6</sup> У супротном, уколико ми у ствари не знамо како је дошло до последице, никаква формула нам не може помоћи.

Како смо видели, поред радњи непосредно повезаних са последицом, *condicio sine qua non* представљају и врло удаљене радње које већ на први поглед нису подобне за утврђивање евентуалне кривичне одговорности. Радња лица А, које је хицем из пиштоља у неком стану усмртило лице Б, није једини услов без којег смрт не би наступила, иако на узрочност његове радње логично најпре помишљамо; каузално је у смислу теорије еквиваленције и зачеће лица А од стране његових родитеља (и сличне радње свих његових предака све до Адама и Еве, односно мајмунâ), или нпр. пројектовање и изградња објекта у којем је до убиства дошло. Све су то услови без којих последица не би наступила. На плану примене теорије еквиваленције не чини се квалитативно разликовање појединих услова. Сви услови, како последици блиски, тако и од ње удаљени, јесу еквивалентни и за њен настанак једнако заслужни. У конкретном утврђивању кривичне одговорности за насталу последицу, међутим, такви далеки услови неће бити предмет кривичноправне анализе. Први коректив представљаће у том смислу законски опис кривичног дела и сама радња извршења. Тако, највећи број таквих удаљених радњи неће моћи да се подведе под нпр. „одузимање туђе покретне ствари“ у крађи (чл. 203 КЗ).<sup>7</sup> Или, у нашем првом при-

<sup>5</sup> Не споримо изванредну важност логике у праву. Напротив, примена теорије еквиваленције управо потврђује значај логике за правничко образовање.

<sup>6</sup> У том смислу формула Енгиша (Engisch) о тзв. „закону сходном услову“ заслужује предност (вид. напомену бр. 38).

<sup>7</sup> И овде би услов без којег не би било последице представљала, рецимо, производња ствари која је предмет крађе. Да ствар није направљена, касније не би

меру, ни најекстензивније тумачење „лишења живота“ не може под ову последично одређену радњу да подведе зачеће које по својој суштини представља нешто управо супротно (стварање живота).

Радња кривичног дела представља коректив у још једном смислу. На круг услова посматране последице значајно утиче заступани концепт кривичноправне радње. Тако Велцлово (Welzel) финално учење уноси умишљајно проузроковање већ у појам радње,<sup>8</sup> те некакво касније вредносно и субјективно необојено испитивање каузалности (што теорија еквиваленције као теорија једнакости свих услова подразумева) нема уобичајену важност. Социјално учење о радњи искључује из испитивања каузалности оне радње које нису социјално значајне,<sup>9</sup> док један део персоналних теорија своди нормативно вредновање искључиво на оне радње које омогућавају управљање каузалним током.<sup>10</sup> Слична сужавања налазимо, уосталом, и у српској теорији кривичног права.<sup>11</sup> Ипак, такво мишљење у нашој теорији представља изузетак. Највећи број наших аутора усваја натуралистички класичан појам радње који радњу лишава било каквих нормативних садржаја (радња као вољни телесни покрет). И сама узрочност у овом дискурсу своди се у основи на примену вредносно неутралне теорије еквиваленције, док се ширина услова добијених њеном применом хоће сузити на плану противправности и нарочито кривице. Тако, уколико лице А повреди незнатно лице Б, не знајући да је реч о хемофиличару, услед чега дође до искрвављења и напослетку смрти лица Б, питање кривичне одговорности лица А за нежељену последицу може се свести на питање објективне могућности учиниоца да предвиди такву последицу и каузални ток. Иако сужавање могућих узрока кривични суд у крајњем

---

била ни украдена. Међутим, производња ствари никако не представља одузимање у смислу овог обележја код крађе.

8 „Код умишљајних деликата је за биће дела релевантна само умишљајем управљена каузална веза“ (Welzel, Hans: *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, једанаесто издање, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969, стр. 45).

9 „Радња је социјално значајно људско понашање“ (Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, пето издање, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, стр. 223).

10 Тако је, примера ради, персонално учење Артура Кауфмана (Arthur Kaufmann). Персонално учење Роксина о радњи (радња као „испољавање личности“), пак, вредносно је необојено (Roxin, Claus: *op. cit.*, стр. 202. и даље).

11 Тако Стојановићево социјално-персонално одређење радње има за исход искључење социјално-адекватних понашања већ на нивоу радње, иако би се искључење кривичне одговорности могло спровести и на неком каснијем ступњу (каузалитета, дозвољеног ризика као основа искључења противправности или кривице). Вид. Стојановић, Зоран: *Кривично право. Општи део*, дванаесто издање, Правна књига, Београд, 2006, стр. 107–108.

случају може да учини и на плану кривице – у упоредноправној литератури и пракси примењују се и учење о адекватној узрочности, теорија релевантности и објективно урачунавање.<sup>12</sup> Сва ова схватања покушала су већ на терену објективног бића, путем нормативних вредновања да сузе круг могућих услова који би се сходно *condicio sine qua non* формули сматрали каузом. Тиме се задатак теорије еквиваленције своди на постављање релативно широких оквира у којима ће се издвојити оне чињенице од значаја за правно вредновање, док ће се кривична одговорност и евентуално сужавање вршити путем урачунавања последице у објективно биће, или на плану испитивања умишљаја и нехата.<sup>13</sup>

### ХИПОТЕТИЧКИ КАУЗАЛИТЕТ

У примени *condicio*-формуле код кривичних дела чињења, није допуштено искључење каузалне везе на основу хипотетичког каузалног ланца (тзв. „резервног узрока“).<sup>14</sup> Замислимо да лице А ножем лиши живота лице Б приликом укрцавања у авион, који се нешто касније приликом полетања сруши, при чему сви путници погину. Уколико бисмо у овом случају, у испитивању каузалности радње лица А, а узевши у обзир каснију авионску несрећу, поставили питање да ли би смрт несрећеног путника наступила да није избоден ножем – дошли бисмо до закључка да би до смрти дошло и да радње лица А нема; испада да радња лица А није узрок смрти лица Б, иако је искуствено управо његова радња, као најнепосредније повезана са последицом, произвела смрт. Испитивање узрочности искључује стога разматрање хипотетичке каузалне везе, чак и у случају када, као у наведеном примеру, постоји изузетно велика вероватноћа да би лице Б погинуло у каснијој авионској несрећи.<sup>15</sup> Хипотетични услов се искључује јер у конкретном каузалном ланцу

---

12 Објективно урачунавање подразумева да се постојање узрочне везе између радње и последице код последичних кривичних дела испитује двостепено: на првом степену применом теорије еквиваленције испитујемо да ли радња учиниоца представља узрок наступања последице; на другом степену се утврђује да ли последица може објективно да се припише учиниоцу као његово дело.

13 Jescheck, Hans-Heinrich/ Weigend, Thomas: *op. cit.*, стр. 284.

14 Вид. нпр. Wessels, Johannes/ Beulke, Werner: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, тридесет друго издање, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002, стр. 53.

15 Слични примери: убиство лица на уласку у возило у које је други поставио експлозивну нараву која би највероватније довела до смрти; убиство лица осуђеног на смртну казну непосредно пре њеног извршења, од стране неког члана породице оштећеног који присуствује извршењу.

није стварно деловао.<sup>16</sup> Уосталом, такав закључак би се могао извести и из саме *condicio sine qua non* формуле, с обзиром на то да поједини аутори говоре о „отпадању конкретне последице“, односно ненаступању последице у њеном конкретном садржају.<sup>17</sup> Ова допуна формуле је оправдана, те свака модификација последице према времену, месту или начину представља њен услов. Дакле, *каузалан је сваки услов који се не може пренебрегнути, а да последица у свом конкретном садржају не отпадне*. Тако би, у случају да А лиши живота смртно болесно лице Б, скраћење живота задовољило услов каузалности, иако би смрт и иначе наступила – већ је само убрзавање наступања смрти довољно за постојање узрочне везе. У супротном, због смртности човека морали бисмо одрећи постојање узрочне везе у сваком случају проузроковања његове смрти. Правилна примена *condicio*-формуле не подразумева дакле питање да ли би смрт лица Б уопште (на било какав начин) наступила.<sup>18</sup> Пошто у нашем примеру смрт од убода ножем није исто што и смрт у авионској несрећи, те лице Б без радње лица А не би у том тренутку на такав начин умрло – каузалност радње лица А не доводи се у питање. Хипотетички услови се само изузетно узимају у обзир у испитивању узрочности: у случају радњи које спречавају каузални ток чијим би реализовањем наступање последице било избегнуто,<sup>19</sup> као и код неправих кривичних дела нечињења.<sup>20</sup>

## ПРЕКИД КАУЗАЛИТЕТА И ТЗВ. ЗАБРАНА РЕГРЕСА

Пошто узрочност представља испитивање објективне везе и искључује утврђивање субјективне усмерености према таквом исходу – узрочност раније људске радње као делујућег услова не би требало да буде негирана евентуалним каснијим умишљајним, нехатним или случајним уплитањем трећих лица, наступањем неоче-

16 Догађај „авионске несреће“ заиста се одиграо, али након окончања каузалног ланца који испитујемо. Утврђивање каузалности не трпи нагађање шта је све могло даље да се догоди да до радње убадања ножем није дошло. Можда би, примера ради, неки незнатно каснији телефонски позив одвратио путника од замишљеног путовања, па до његове „скоро извесне“ смрти у авионској несрећи ипак не би дошло.

17 Вид. нпр. Roxin, Claus: *op. cit.*, стр. 302.

18 Wessels, Johannes/ Beulke, Werner: *op. cit.*, стр. 53–54.

19 Тако, уколико нпр. А спречи Б да из воде спаси дављеника Ц, радња лица А каузална је за наступање смрти лица Ц ако бисмо утврдили да би лице Б са великом вероватноћом (која се граничи са извесношћу) избавило лице Ц.

20 Вид. Стојановић, Зоран: *op. cit.*, стр. 118–119.

киваних природних догађаја или радњама самог пасивног субјекта.<sup>21</sup> Тако, ако би А ножем повредио Б, али смрт наступи зато што је: на путу до болнице дошло до саобраћајне несреће, у болници лице Б усмртила душевно растројена болничарка Ц, лекар Д грубо погрешно током операционог захвата, у болници дошло до пожара, сâмо лице Б, сматрајући себе познаваоцем народне медицине, премазало рану каквим биљним препаратом услед чега дође до тешке инфекције и напослетку смрти – у сваком од наведених случајева радња лица А остаје каузална.<sup>22</sup> Разуме се, то не значи да ће се последица и приписати субјекту који је носилац такве једне раније радње. Одговарајуће сужавање кривичне одговорности може да се учини било на плану објективног урачунавања, било на плану субјективног урачунавања (кривице).

У пренесеном смислу, до прекида каузалног ланца долази само уколико непосредном применом формуле у конкретном случају дођемо до закључка да је посматрани услов „претекнут“ (надвладан, надмашен) деловањем неког каснијег услова.<sup>23</sup> Тада се у правом смислу речи и не ради о прекиду, већ у ствари нека каснија радња заснива један потпуно нови каузални ланац са којим раније радње према *condicio*-формули не стоје ни у каквој вези. Тако, ако лице А стави споределујући отров лицу Б у пиће да би га лишило живота,

21 „Узрочност као објективна веза између радње човека и последице постоји у кривичноправном смислу не само онда кад инкриминисана радња представља непосредан услов забрањене последице, већ и у случају кад је ова радња заједно са радњом других лица или условима друге врсте допринела наступању забрањене последице тако да се појављује као њен узрок“ (вид. решење Врховног суда Југославије Кж-36/68 од 17. јуна 1969. године, у: *Збирка судских одлука*, Службени лист СФРЈ, Београд, бр. 3/1969, стр. 134).

22 Насупрот томе, у нашој судској пракси појам прекида узрочне везе по правилу се погрешно везивао за деловање каснијих услова. Тако у образложењу једне судске одлуке налазимо следеће: „Да је до смрти дошло уплитањем неког новог стварног узрока (нпр. радњом неког трећег лица или услед више силе), који би узрок самосталним дјеловањем и мимо нанесене повреде довео до смрти, онда би се могло узети да је дошло до прекида узрочне везе између радње оптуженог и посљедице која је наступила“ (вид. пресуду Врховног суда БиХ Кж 880/79 од 12. децембра 1979. године, у: *Збирка судских одлука*, бр. 4/1979, стр. 88). У случају какве више силе или одговорне радње трећег лица, не ради се о прекиду каузалитета, већ о прекиду урачунавања последице у објективно биће дела.

23 Поједини аутори говоре о тзв. прекинутом каузалитету (вид. нпр. Gropp, Walter: *op. cit.*, стр. 139, код којег је претекнути каузалитет само једна његова подврста), иако назив није најприкладнији, с обзиром на то да каузалитет управо не може бити прекинут – он или постоји или не постоји. О „претекнутом“ каузалитету говоре нпр. Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/ Mitsch, Wolfgang: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, једанаесто издање, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003, стр. 239. Роксин и Кил равноправно користе оба назива (вид. Roxin, Claus: *op. cit.*, стр. 305; Kühl, Kristian: *op. cit.*, стр. 32).

које овај након тога испије, али наиђе лице В које пиштољем усмрти лице Б – доследном применом *condicio sine qua non* формуле долази се до закључка да радња лица А више не представља услов последице.<sup>24</sup> Радња лица Б не може се изузети из анализе, с обзиром на то да не представља хипотетички, већ стварно делујући услов. Ово је једина ситуација када се у једном ширем смислу може говорити о прекиду каузалитета.

Не долази до прекида узрочне везе уколико између радње учиниоца и последице наступи умишљајна радња другог лица. Да се у овом случају ради о својеврсном прекидању каузалног ланца, тврдило је учење о тзв. *забрани регреса*, које је нарочито заступала старија теорија кривичног права. Према овом схватању, забрањено је повратно узимање у обзир услова који временски претходе умишљајном деликту – узрочност се прекида умишљајним делом другог. Неприхватљивост овог схватања произлази већ из основног захтева *condicio*-формуле да се у сферу анализе укључе сви услови без којих до последице не би дошло, без обзира на субјективни однос свих учесника у ланцу. Нормативна вредновања и анализа субјективних садржаја неће се наравно моћи избећи на плану објективног урачунавања или кривике, али на терену примене теорије еквиваленције до таквог сужавања не треба да дође.

## КУМУЛАТИВНИ КАУЗАЛИТЕТ

Како смо видели, наступању одговарајуће кривичноправне последице доприноси по правилу већи број услова. Теорија еквиваленције, као уосталом и сам природно-научни појам узрочности, подразумевају свакад својеврсну кумулацију услова.<sup>25</sup> Под кумулативном узрочношћу у ужем смислу, међутим, сматра се садејствовање више независних услова у остварењу последице, при чему сваки поједини услов није довољан да самостално проузрокује односну последицу; последица наступа тек кумулативним дејством свих

---

24 Поставља се питање да ли би смрт лица Б као посматрани исход наступила и без радње лица А (сипања отрова у пиће). Пошто је до смрти дошло и без радње лица А – његова радња није *condicio sine qua non* наступања смрти, лице А одговара само за покушај убиства. Каузалност радње лица А би, међутим, и даље постојала, ако би нпр. услед почетка деловања отрова лице Б било толико ослабљено да оде код комшије по помоћ, али га на путу до комшије В лиши живота. Да лице А није дало отров, Б не би ни био у том тренутку на том месту, те његова радња остаје каузална.

25 Jakobs, Günther: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zu rechnungslehre*, друго издање, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1993, стр. 192.

садејствујућих услова. Истовремено, квантитативна „недовољност“ појединог услова представља ситуациону околност и није резултат каквог претходног договора учинилаца јер би се у том случају радило о саизвршилаштву. Тада би се последица сматрала њиховим заједничким резултатом и, сходно томе, урачунала свим учесницима. Дакле, кумулативност у овом случају подразумева испитивање више независних, самостално неподобних кауза, које у свом збиру производе хотећу последицу. Узмимо школски пример кумулативне узрочности: лица А и Б су независно једно од другог дала лицу Ц по дозу отрова које појединачно нису довољне да наступи смрт лица Ц, али је њиховим заједничким деловањем до његове смрти ипак дошло. Обе радње су према *condicio sine qua non* формули без сумње каузалне, јер се свака од њих не може појединачно изузети, а да смрт лица Ц не отпадне.

Кумулативни каузалитет постоји и при већинском одлучивању у колективним телима код којих гласање и уопште одлучивање нису заштићени материјалноправним институтом индемнитета.<sup>26</sup> Тако, ако примера ради, судије или судије поротници у поступку доношења какве незаконите одлуке у кривичном поступку током већања и одлучивања гласањем, независно један од другог и без заједничког плана, обезбеде већину гласова чланова већа (чл. 155 ст. 1 ЗКП) – свака поједина радња гласања је каузална у смислу теорије еквиваленције.<sup>27</sup> И у овом примеру радња појединог члана судског већа није довољна да обезбеди потребну већину, већ се последица остварује њиховим кумулативним садејством. Случајеви кумулативног каузалитета могући су и код кривичних дела против животне средине где до повреде или угрожавања објекта заштите често долази кумулирањем ефеката појединачних загађивача.

Даље решавање кривичне одговорности учинилаца зависи од тога да ли се вредновање врши већ на нивоу објективног бића (путем тзв. објективног урачунавања), или тек на плану кривице (кроз субјективно урачунавање), што зависи од прихваћеног научног система, судске праксе и низа других околности. Иако таква анализа не представља предмет нашег рада, интересантно је приметити да случајеви кумулативне узрочности, премда не представљају проблем на плану испитивања примене *condicio*-формуле, по правилу не доводе до урачунавања саме последице. Наступање радње лица Б (у нашем првом примеру) приликом испитивања кривичне одговорности лица А (и обрнуто) представља неуобичајену околност на чије

<sup>26</sup> Вид. нпр. чл. 77 ст. 2 Устава Републике Србије.

<sup>27</sup> Вид. кривично дело кршења закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика (чл. 360 Кривичног законика Србије).

наступање се по правилу не може рачунати, односно која се са становишта кривице не може предвидети, што за исход има кажњавање лица А и Б само за (неподобан) покушај. Иако смо закључили да наша судска пракса врши корекцију резултата теорије еквиваленције тек на плану кривице (што би у овом случају негирали с обзиром на неиспуњен захтев дужности и могућности предвиђања таквог исхода и евентуалну заблуду о узрочној вези), догађај је могуће нормативно вредновати и са становишта теорије адекватне узрочности.<sup>28</sup> Пошто објективно-накнадна оцена указује да непристрасни посматрач у социјалној позицији учиниоца, с обзиром на недовољност количине употребљеног отрова, не би могао да предвиди наступање смрти – ова последица представља резултат случаја, а не радњи учинилаца и има за исход њихово кажњавање за покушај.<sup>29</sup> Необичност догађаја, како видимо, не негира каузалност односних радњи по себи. Атипичност каузалног тока одражава се на сферу његовог нормативног вредновања.<sup>30</sup> Сличан закључак извели бисмо и применом принципа објективног урачунавања, који полазе од две претпоставке: учинилац својом радњом мора да створи или повећа опасност за наступање конкретне последице; односна последица мора да представља непосредну реализацију управо опасности настале радњом учиниоца.<sup>31</sup> Пошто последица у наведеном примеру не представља реали-

28 Да би према учењу о адекватној узрочности радња представљала узрок последице, потребно је да је последица адекватна – искуствено подобна да је произведе. Основ овог схватања налази се у идеји да кривичноправна норма хоће да предугреде упуштање само у оне правно неприхватљиве ризике који за исход имају наступање последица у којима се управо ти (а не неки други) ризици остварују (вид. Jescheck, Hans-Heinrich/ Weigend, Thomas: *op. cit.*, стр. 285). Да би се последица учиниоцу могла урачунати, непходно је да према критеријуму вероватноће његово понашање буде адекватно насталој последици. С обзиром на то да је овај критеријум неодређен, формула адекватности је у кривичном праву подобна да искључи урачунавање само крајње атипичних и мало вероватних каузалних токова, те се и формулише у негативном облику – учиниоцу се посматрана последица не може урачунати уколико изгледа невероватно да радња за собом повлачи њено наступање. Отуда теорија адекватне узрочности представља крајње ограничен коректив резултата теорије еквиваленције.

29 Wessels, Johannes/ Beulke, Werner: *op. cit.*, стр. 67.

30 Како смо видели, под атипичним каузалним током подразумевају се они случајеви код којих последица не наступа као резултат уобичајеног тока ствари и општег животног искуства.

31 Објективно урачунавање претпоставља да се радњом учиниоца у последици остварила опасност која представља непосредну реализацију недозвољеног ризика насталог његовом радњом. Отуда се последица објективно не урачунава уколико није непосредно произашла из опасности створене учиниоцем радњом, већ се с њом налази у случајној вези. Тако, примера ради – уколико лице А, хотећи да лиши живота лице Б, овога тешко телесно повреди, те Б буде превезен у болницу у којој страда од пожара – поставља се питање да ли је радња лица А на правно



зацију ризика појединачне радње већ њиховог заједничког независног и неочекиваног садејства, то је наступање радње лица Б битно одступање од претпостављеног каузалног тока.<sup>32</sup> Отуда се ова последица учиниоцима такође не би објективно ни урачунала.

### АЛТЕРНАТИВНИ КАУЗАЛИТЕТ<sup>33</sup>

За разлику од кумулативне узрочности, у којој примена *condicio*-формуле не представља посебан проблем, тешкоће у примени задаје тзв. алтернативна узрочност. Код алтернативне узрочности ради се о истовременом независном деловању више услова од којих је сваки подобан да самостално произведе посматрану последицу.<sup>34</sup> У нашем школском примеру са давањем отрова, то би био случај да лица А и Б истовремено и независно једно од другог дају лицу Ц по дозу отрова,<sup>35</sup> при чему је свака доза довољно јака да самостално доведе до смрти. Испитивање *condicio*-формуле у свом основном облику даје проблематичне резултате. Да лице А није дало своју

---

релевантан начин повећала опасност наступања смрти од пожара. Пошто боравак у болници не представља релевантну опасност – објективно урачунавање морало би се негирати, лице А би одговарало само за покушај убиства. Другачије је наравно, ако наступање последице представља адекватно реализовање само опасности створене учиниоцима радњом, нпр. ако је до смрти дошло услед инфекције ране или ако се повређено лице у несвести угушило повраћањем.

32 *Ibid.*

33 У делу литературе алтернативни каузалитет назива се двоструки (вид. нпр. Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/ Mitsch, Wolfgang: *op. cit.*, стр. 242; Jakobs, Günther: *op. cit.*, стр. 192; Kühl, Kristian: *op. cit.*, стр. 31), односно вишеструки каузалитет (Wessels, Johannes/ Beulke, Werner: *op. cit.*, стр. 52).

34 И овде важи исти захтев да је реч о независном деловању учинилаца, јер би се у супротном радило о саизвршиоцима којима би се последица зарачунала као заједнички резултат.

35 Радње морају бити истовремене зато што би у супротном случају, уколико би једна радња претходила другој, прва радња била узрок смрти јер је она смрт заиста и произвела. Каснија радња која због каснијег наступања није стварно деловала, представљала би у том случају хипотетички услов, чије деловање се у примени *condicio*-формуле не узима у обзир. Проблем, међутим, настаје уколико се не може доказати који је од неистовремених услова заиста произвео последицу. Тако, ако два лица независно једно од другог испале по један смртоносни хитац (један нпр. у срце, а други у главу) непосредно једно за другим, потребно је утврдити који је хитац наступио први и проузроковао смрт. Уколико се то не може доказати – каузалитет се и у погледу лица А и у погледу лица Б *in dubio pro reo* не може потврдити, те обојица одговарају само за покушај. Ово, међутим, није проблем каузалитета, већ доказивања (вид. Triffterer, Otto: *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, друго издање, Springer-Verlag, Wien – New York, 1994, стр. 132; Jakobs, Günther: *op. cit.*, стр. 192).

дозу отрова, до наступања смрти лица Ц би ипак дошло, из чега би се морао извући закључак да његова радња није каузална за наступање смрти. Сличан закључак бисмо морали да изведемо и у погледу радње лица Б, с обзиром на истовремено постојање смртносне радње лица А, која не представља хипотетичку већ стварну каузу. Испада, дакле, да лица А и Б и поред предузетих самостално подобних радњи и настале смрти лица Ц, одговарају само за покушај, иако су свој циљ остварили. Стога највећи број аутора,<sup>36</sup> у немогућности да избегне наведену нелогичност, допуњује основни облик формуле – од више услова који се додуше алтернативно, али не и кумулативно могу пренебрегнути, а да последица у свом конкретном садржају не отпадне, сваки од тих услова је за наступање последице каузалан.<sup>37</sup> Иако се у делу теорије указује како наведено проширење формуле делом разбија јединствену примену теорије еквиваленције,<sup>38</sup> налазимо да је допуна *condicio*-формуле

36 Wessels, Johannes/ Beulke, Werner: *op. cit.*, стр. 52; Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/ Mitsch, Wolfgang: *op. cit.*, стр. 242; Gropp, Walter: *op. cit.*, стр. 141.

37 Кил примећује да је, бар у наведеном школском примеру, допуњавање формуле можда и непотребно. Јер, уколико се узму у обзир само стварно делујуће количине отрова лица А и Б која су заједнички произвела смрт лица Ц – онда се остатак њихових количина које нису каузално деловале мора сматрати за хипотетички услов чија се каузалност не испитује. Тиме би се овај пример изједначио са случајем кумулативног каузалитета. У том случају, приликом испитивања каузалности радње лица А, закључили бисмо да је његова радња узрок смрти лица Ц, јер се његов део укупне количине отрова који је довео до смрти не може пренебрегнути, а да смрт као последица не отпадне. Исти закључак бисмо извели и у погледу радње лица Б (вид. Kühl, Kristian: *op. cit.*, стр. 32). Међутим, овакав закључак бисмо могли извести само за ситуације код којих се радња може даље разложити на ефективно каузално подобне саставне делове. У случају нпр. два истовремена смртоносна пуцња, тако нешто не би било могуће. Међутим, овде би један други аргумент говорио у прилог сувишности наведеног проширивања формуле. Наиме, сходно основној формули, за постојање каузалне везе довољно је да је наступање смрти лица Ц посматраном дозом отрова било незнатно убрзано. То ће у највећем броју замисливих случајева преплитања ефеката одвојених радњи (што је и иначе тешко остварљиво, јер ће се углавном радити о саизвршиоцима) довести до застивања каузалности већ према основном облику *condicio*-формуле.

38 Ово углавном наглашавају заступници формуле о тзв. „закону сходном услову“ (Formel von der gesetzmäßigen Bedingung), која представља више него прихватљиву алтернативу *condicio*-формули. Према овој формули, каузалитет у смислу теорије еквиваленције подразумева одговор на питање да ли за каквом радњом временски следе промене у спољном свету које су према нама познатим природним законима нужно са њом повезане и које представљају последицу сходну бићу дела. Таквом сазнању може да допринесе само стручно мишљење вештака, а не сама *condicio*-формула (вид. Jescheck, Hans-Heinrich/ Weigand, Thomas: *op. cit.*, стр. 283; у изворном облику вид. Engisch, Karl: *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Neue Folge – свеска бр. 1, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931, стр. 21). Ако би хемијска анализа у

сврсисходна. Каузалитет представља правни појам и правни поредак може легитимно да обликује границе каузалности и да по потреби и модификује основну формулу, уколико постоји опасност да би у примени права дошло до извесних, макар теоријских, недоследности.<sup>39</sup>

Igor Vuković

## CERTAIN QUESTIONS ARISING IN THE APPLICATION OF THEORY OF CONDITIONS IN CRIMINAL LAW

### *Summary*

This article deals with certain aspects of the most prominent theory of causation in continental criminal law – the theory of conditions. As its starting point, the theory of conditions takes the proposition that all conditions of a consequence – which cannot be eliminated in thought without eliminating the consequence itself – are equivalent. Consequently, every single condition can be regarded as a cause of the related consequence (so-called *condicio sine qua non*). The author examines hypothetical, cumulative and alternative causation and other forms of significance for the theory application.

Key words: *Causation. – Theory of Conditions. – Hypothetical causation. – Alternative causation. – Cumulative causation.*

---

примеру са отровом показала да су обе дозе допринеле наступању смрти – обе дозе биле би за довршено убиство каузалне. Отуда, ова формула избегава нелогичност примене *condicio*-формуле на случајеве алтернативног каузалитета, а која се, како поједини аутори сматрају, допуном саме *condicio*-формуле неуспешно решава (у погледу подробније аргументације вид. Roxin, Claus: *op. cit.*, стр. 303).

39 Упор. Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/ Mitsch, Wolfgang: *op. cit.*, стр. 242.

Стеван Ђорђевић

### КОДИФИКАЦИЈА ПРАВА МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА

*У доктрини међународног права резервише се назив „уговор“ за сваки споразум закључен између два или више субјеката међународног права (држава, међународних организација и др.), регулисан међународним правом. Најчешће је изражен у писменом облику, изузетно усмено. У дефиницију појма уговора често се додаје елемент „намера да се створе права и обавезе“ „да се постигне одређено правно дејство“ и сл. Међутим, има аутора који елемент „намера“ изостављају у дефиницији, јер израз „регулисан међународним правом“ то покрива.*

*Постојање овог извора међународног права потврђено је у свим временским периодима од најстаријих времена.*

*Материја права међународних уговора је „интердисциплинарна“, с обзиром на то да се тиче међународног, а и унутрашњег права (надлежност за закључење међународних уговора и др.).*

*Усвајањем Конвенције о праву уговора из 1969. отвара се ново раздобље у дуговековној историји уговорног права држава. Створен је систем који настаје највећим делом кодификацијом обичајног права. Дело, пак, настао је прогресивним развојом. Ова кодификација уговорног права је инструмент уставне важности за правни систем међународне заједнице („уговор о уговорима“). Поједина питања су изостављена из кодификације, с обзиром на несагласност страна уговорница.*

*Кључне речи: Међународни уговори. – Кодификација уговорног права. – Дефиниција међународних уговора. – Карактеристике међународних уговора. – Уговори субјеката међународног права.*

#### 1. ПОЈАМ, ДЕФИНИЦИЈА И ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА

Уговор је сваки споразум закључен између субјеката међународног права, с циљем да се постигне одређено правно дејство.

Њима се одређују права и обавезе страна уговорница, утврђују правила понашања на које се оне обавезују да их поштују, ма какав био предмет, облик и назив усвојен од страна уговорница. Уговор је регулисан међународним правом. Међутим, материја је „интердисциплинарна“, с обзиром на то да се истовремено тиче и међународног и унутрашњег права. У област унутрашњег права спадају правила о закључењу међународног уговора од надлежних органа држава.

У доктрини међународног права резервише се назив „уговор“ за сваки споразум закључен између два или више субјеката међународног права. Тако схваћен уговор у међународном праву одговара закону, односно контракту-уговору у приватноправним односима у унутрашњем праву. Сви уговори имају заједничку црту по томе што стварају правне обавезе, а резултат су изјава воља субјеката међународног права.<sup>1</sup>

Уговори су најнепосреднија манифестација воље чланова међународне заједнице и имају изузетно важно место у систему извора права, тј. изградње међународноправног поретка. То је инструмент којим се успостављају, управљају, мењају и обнављају, па и укидају односи субјеката међународног права у појединим његовим областима. Међународни уговор је један од најбитнијих (најважнијих) правних облика за уређење међусобних односа између учесника у савременим међународним односима. С једне стране, они се појављују као најважнији правни акт преко којих се остварује међународна сарадња (двострана и вишестрана), али истовремено, саме стране уговорнице ограничавају свој суверенитет с обзиром на то да се успостављају узајамна права и обавезе. Међународни уговори су значајан чинилац у организовању међународне заједнице.<sup>2</sup>

У доктрини се помиње да форма уговора може бити различита (један инструмент, размена нота, и сл.). Није обавезно да прихватање буде паралелно и истовремено. Уговор може да произађе из

---

1 Dictionnaire de la terminologie du droit international, Paris 1960, p. 607. У том смислу су и дефиниције појма међународног уговора писаца са подручја југословенске државе после Другог светског рата: М. Бартош, Међународно јавно право, III књига, Београд 1958, стр. 88; Ј. Andrassy, Међународно право, Zagreb 1984, стр. 308; Б. Јанковић, Међународно јавно право, Београд 1981, стр. 14–15; С. Аврамов, Међународно јавно право, Београд 1980, стр. 36 и др. У дефиницијама се подвлачи сагласност воља субјеката да се произведе „обавезно“ или „одређено“ правно дејство, или да се изазову „последике предвиђене међународним правом“ и др. У нашој доктрини више је у употреби израз „уговорно право“ него „право уговора“, по преводу из литературе на страним језицима.

2 Ch. Rousseau, Droit international public, tome I, Paris 1970, pp. 62–63; О. Борисов, Савремени проблеми на теоријата и практиката на меѓународниј догвор, Софија 1999, стр. 7; С. Аврамов - М. Крећа, Међународно јавно право, Београд 2001, стр. 455.

једностране декларације, воље једне стране прихваћене од стране друге; или из колективне изјаве коју треба да подржи касније једнострано прихватање.<sup>3</sup>

Постојање овог рационалног извора међународног права, потврђено је у свим временским периодима за уређење односа држава и других целина. Не треба посебно истицати да је оно старо неколико хиљада година уназад у људској цивилизацији. Истина, формално другачије изражаван, али, ипак, у целини са сличним поступком преузимања међународних обавеза међу државама и другим субјектима међународног права.

Међународни уговор је најефикаснији инструмент за стварање и развијање међународних односа, тј. најподеснији облик путем којег субјекти међународног права уговарају многобројне и различите правне послове. Често се инсистира да стране уговорнице буду равноправне у уговарању права и обавеза. То није увек случај, посебно у двостраним уговорима; покаткад, државе се стављају у подређени положај приликом закључивања уговора.<sup>4</sup>

Уговорима се најпре стварају правила која се додају општем међународном праву када га иста превазилазе а да му не противрече. Могуће је стварање правила која представљају одступање од општег међународног права. Реч је најчешће о посебним уговорима који установљавају за једну или све стране уговорнице правни режим супротан општем праву. И најзад, могуће је стварање правних правила ради замене општег међународног права на снази.<sup>5</sup> Без обзира на значај кодификованог права уговора, оно не може да замени опште међународно право у свим областима, с обзиром на то да ни до сада, а ни сада, нема уговора којим би биле везане све државе и остали субјекти међународног права који су у одређеном часу постојали или сада постоје. Међутим, свака кодификација истовремено је даљи корак у изградњи међународноправног поретка садашње међународне заједнице.

До сада је било више покушаја да се да једна општа дефиниција уговора. Тако је у Харвардском нацрту о уговорном праву из 1935. предложено: „Уговор је формални инструмент којим две или више држава заснивају или теже да заснују међусобни однос по међународном праву“. То је била номиналистичка или формалисти-

---

3 N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, 6e édition, Paris 1999, pp. 117–118.

4 У доктрини се наводи (пољски теоретичар): „међународни уговори, као и све људске акције, су резултат дијалектичког односа између слободе и нужности“ (наведено по: С. Аврамов - М. Крећа, *op. cit.*; стр. 455).

5 E. Giraud, *Le droit international et politique*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye (RCADI), 1963, 110, p. 575.

чка теза. По консуалистичкој тези, за уговор је потребна сагласност воља (отуд и уговори закључени усменим путем). И најзад, по еклектичкој тези, тражи се сагласност воља и писмена форма о потврди те сагласности да би могла бити међународноправно пуноважна. По својој природи, сваки уговор је самоограничење једне државе, тј. сваког субјекта међународног права.<sup>6</sup>

Поменућемо овде да је и у ранијој совјетској доктрини велика пажња поклањана теорији међународног уговорног права. Критиковане су „буржоаске“ теорије о „споразуму између држава као резултату њихових воља“. Изражене воље, по совјетским писцима, нису истоветне нити се спајају у једну јединствену вољу, али су управљене према стварању једног правила у својству правне норме. У једном колективном учбенику стоји ова дефиниција међународног уговора: „Међународним уговором назива се споразум регулисан међународним правом између две или више држава (или других субјеката међународног права) у вези са установљењем, изменом и престанком њихових права и обавеза у ма каквој општој или конкретној области њихових јавноправних односа“.<sup>7</sup>

Ове примедбе су прихватљиве ако је реч о карактеру изражене воље држава, али са формалне тачке гледишта не доводе у питање да је то ипак споразум различитих субјеката међународног права. Новији учбеници међународног права руских аутора не садрже битне измене у погледу подела, карактера и садржине двостраних и вишестраних уговора и других ознака везаних за право међународних уговора. Иначе, оспоравање међународноправног карактера уговора међународних организација посебно је изражено између два светска рата. Те концепције су сада напуштене.<sup>8</sup>

---

6 Б. Јовановић, Три тезе у вези с појмом међународног уговора, *Југословенска ревија за међународно право*, 1/1995, стр. 73–79.

7 По совјетским писцима, уговор само пружа могућност да се тражи њихово извршење. Споразум се појављује као начин стварања норми, тј. као резултат отеловљења сагласности и независности државних воља. То што се у наведеној дефиницији не помињу изричито и међународне организације, не значи да их у совјетској доктрини нису признавали као субјекте међународног права. Ипак, хоћемо да укажемо да је на Дипломатској конференцији у Бечу 1986. највише примедби у погледу изјадначења у субјективитету између држава и међународних организација за закључење међународних уговора дошло од совјетских представника (Международное право, Москва 1979, редакција: Л. А. Моджорян - Н. Т. Блатова, стр. 203; Ф. И. Кожевников, Учебное пособие по международному публичному праву, Очерки, Москва 1947, стр. 170; G. Tunkin, Droit international public: Problèmes théoriques, Paris 1965, pp. 133–134 (превод с руског: Вопросы теорий международного права, Москва 1962).

8 Международное право, авторский коллектив – редакција: Ю. М. Колосов - В. И. Кузнецов, Москва 1995, стр. 20.

## 2. БЕЧКА КОНВЕНЦИЈА О ПРАВУ УГОВОРА ИЗ 1969.<sup>9</sup>

Још почетком 1949. године, Комисија за међународно право, орган Уједињених нација који је образовала Генерална скупштина УН, са циљем да поспешује развој међународног права и његову кодификацију, ставила је на листу првенствених питања која имају предност за кодификацију, право уговора. Вероватно су мноштво уговора, различита пракса, постојећа стандарда обичајна правила о уговорима, утицали за такво ангажовање Комисије на кодификацији међународног уговорног права. На припремама нацрта правила о праву уговора радили су више година, један за другим, четири истакнута правника-интернационалиста, сви из Велике Британије, међајући се један за другим (J.L.Brierly, H.Lauterpacht, G. Fautmaurice, H. Waldock).<sup>10</sup> Њихови приступи и поднесци нацрта били су различити у погледу карактера и обима кодификације, најчешће зависно од става и захтева Комисије за међународно право (нпр. обим и проширење материје за кодификацију из ове области; нека питања у вези са закључењем уговора; израда једног врло подробног кодекса и др.). Основно разликовање сводило се на то да ли ће израда нацрта правила бити у виду конвенције која ће покривати сва питања у целини из права међународних уговора и као таква бити представљена скупу представника држава на потписивање и ратификацију, или ће се рад свести на теоријски оквир који ће уопштити праксу и дати извесна решења у виду тзв. *restatement (code de caractère générale)*, без даљег поступка потписивања и ратификације од стране држава. Законик (*un restatement*) би био општеважећег карактера, с тим да се не намеће да он постане обавезан уговорни инструмент. Реч је о дефинисању постојећих обичајних правила и евентуално их и систематски груписати. Садржина законика би се састојала из формулација апстрактних начела и одредби са чистим декларатив-

9 СФРЈ је потписала конвенцију 21. маја 1969. а ратификовала 6. маја 1970 (Службени лист СФРЈ, Додатак: Међународни уговори, 30/1972).

10 У Комисији за међународно право од 15 чланова, да право уговора буде прво на првенственој листи гласало је 12 чланова за и 3 гласа, против. Комисија је касније проширена на 25 чланова. Право уговора било је пуних 17 година (од 1950. до 1966) на дневном реду Комисије. Прва три известиоца током 11 година поднела су 10 предлога нацрта правила права уговора. Тек 1961, за време специјалног известиоца Н. Waldock -а одлучено је да се приступи изради нацрта правила права уговора, која ће послужити као основа за међународну конвенцију. У почетку, имало се у виду јединствено регулисање уговора држава као и уговора међународних организација (и других ентитета). Касније, после 60-тих година минулог века, рад се усмерио у Комисији на изради нацрта, само за уговоре између држава (Yearbook of International Law Commission, 1962, vol. II, p. 31).



ним и објашњавајућим циљем. Коначан избор пао је на први приступ. Р. Аго образложио је такав приступ у удвострученом броју чланова *l' universitas civitatum*, због повећања броја новонасталих држава после деколонизације у XX веку, те нових држава и тежње новонасталих држава у односу на тзв. старе државе у погледу квалитативне садржине материје из права уговора која треба да се кодификује. Нужност и хитност налагали су да се води рачуна о проистеклим дубоким променама у структури међународне заједнице, као и о последицама које су из тога произлазиле, тј. био је удвостручен број држава у току последњих деценија. Зависне и колонијалне територије постале су независне државе. Број држава био је важан, али треба додати и чињеницу да су нове државе које су ушле и у међународну заједницу имале захтеве различите од старих држава. Нове државе изражавале су дубоко неповерење у погледу постојећих правних правила а нарочито неписаних у чијем стварању оне нису учествовале. Из тих разлога, Р. Аго се залагао не за теоријски *restatement*, већ за сагласност старих и нових држава и у овој области.<sup>11</sup>

До овог става дошло се после врло опширних припрема и дискусија. Док су се прва два специјална известиоца (J. L. Brierly, H. Lauterpacht) залагала да текст нацрта добије облик конвенције, трећи извештач, G. Fitzmaurice, заузимао се да се кодификација правила права уговора изложи у форми законика. Ово схватање у почетку је прихватило више чланова Комисије, а затим је напуштено. Додаћемо, да су се само две владе држава заузимале да кодификација буде у облику закона, а не конвенције (преко VI /правног/ комитета Генералне скупштине УН). G. Fitzmaurice је за свој став нашао следећа оправдања: а) зато што је неприхватљиво да обједињавање правила о уговорима треба да буде у форми уговора, тј. конвенције и б) сама материја из ове области није погодна и одговарајућа да нађе израз у кодификационој форми. Тек 1961. Комисија за међународно право вратила се на метод којим је започела рад, посебно после врло изричите интервенције члана Комисије за међународно право Р. Аго-а, тако да је коначно усвојен метод рада у кодификацији права уговора. Четврти специјални извештач Н. Waldock је интензивним радом све своје нацрте усмерио у овом правцу. За приклањање да облик кодификационог акта буде „конвенција,“ а не „законик“ или неки сличан општи теоријски оквир, наведени су разлози, поред поме-

11 *Annuaire de la Commission de droit international*, 1961, p. 226; R. Ago, *Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne*, Introduction, RCADI, 1971, III, 134, pp. 303–311; исти писац: *La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation*, *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, pp. 94, 95.

нутих и следећи: облик „конвенција“ је ефектнији по природи ствари за консолидовање правних правила, као и да кодификација права уговора у облику мултинационалне конвенције пружа више могућности и да све новонастале државе непосредно учествују у обликовању и формулисању самих правила права уговора. Истовремено, из разлога што је материја по појединим питањима била уско везана, Комисија за међународно право је одлучила да она буде кодификована само у једном документу, а не у облику низа спојених (*connexes*) конвенција. Такође, начелно, Комисија је заузела став да у оквиру примене конвенције буду уговори само између држава, а не и уговори са другим субјектима међународног права и да се конвенција бави само уговорима у писаном облику.<sup>12</sup> У извештају Генералној скупштини УН од 1962. године, Комисија за међународно право дала је прецизно објашњење за свој коначан став. Даје се предност облику конвенције, без обзира како би „*code déclaratif*“ био добро формулисан. Путем конвенције о праву уговора даје се могућност новим државама да учествују непосредно у кодификационом раду и на тај начин сам акт кодификације (прво нацрт, а касније конвенција) има основу, врло широку и врло солидну.<sup>13</sup>

Правила о међународном уговорном праву све до Бечке конвенције о праву уговора од 1969. била су већином садржана у обичајима. Али се може истаћи и чињеница да су она била садржана и у уставима појединих земаља, као што је то и данас случај. Тако, у појединим уставним актима регулише се закључивање међународних уговора, одређује круг лица овлашћених за преузимање међународних обавеза и други поступци у закључењу међународних уговора, као и обавезе које проистичу за државу уговорницу.

У току припрема за ову кодификацију, Секретаријат УН објавио је 1952. године зборник закона и праксе у области закључења уговора. Комисија за међународно право добила је извештај Генералног секретара УН о пракси депозитара у материји резерви, као и о припремама вишестраних уговора. Такође, у току рада Комисије за међународно право неколико пута су тражена мишљења влада држава о понуђеним нацртима (1950, 1962. и 1964), па их је Комисија на својим седницама разматрала. Исти је случај био са примедбама исказаним на Генералној скупштини УН, посебно у донетим резолуцијама Генералне скупштине УН којима се препоручивао и поспешивао рад на праву уговора, почев од 1949. па до ко-

12 *Annuaire de la CDI*, 1956, vol. II, p. 109; 1959, vol. II, p. 91, 93; 1961, vol. I, pp. 104, 263; vol. II, p. 133; *YBILC*, 1961, Vol. II, p. 128.

13 *Annuaire de la CDI*, 1962, vol. II, p. 175, par. 17.

начне кодификације (1950, 1961, 1965, 1966).<sup>14</sup> Рад у Комисији за међународно право почетком 60-тих година прошлог века изразито је убрзан на проучавању поднетих нацрта и коначном одлучивању.<sup>15</sup>

У току 1966, на два заседања, Комисија за међународно право усвојила је коначан текст, тј. јединствени нацрт од 75 чланова о праву уговора са коментаром и одлучила да исти пошаље Генералној скупштини УН са препоруком да се сазове дипломатска конференција са циљем да се поднесу нацрт испита и на основу њега закључи општа конвенција о праву уговора.<sup>16</sup>

На Дипломатској конференцији у Бечу 1968–1969. усвојен је текст Конвенције о праву уговора. После 35 инструмената ратификације од стране држава она је ступила на снагу 1980. године.<sup>17</sup> У току припреме ове дипломатске конференције изразиле су се између држава знатне политичке противречности, посебно у погледу ко има право да буде позван на конференцију, односно да приступи касније усвојеној конвенцији. Ово је вероватно било из политичких мотива, с обзиром на значај конвенције за уговорне односе у целој међународној заједници. Задатак Конференције одређен је као „најамбициознији који је икада подузет“ у сврху кодификације и прогресивног развоја међународног права (R. Ago). На нацрт комисије за међународно право поднето је преко 400 писмених амандмана учесника. Покаткад, поред општег доприноса, у њима су изражавани посебни национални интереси држава који су били супротстављени једни другима. Одмах на почетку рада Конференције 1968, поводом опширне расправе о домаћају Конвенције (члан 1), многе делегације држава изложиле су гледишта супротна предложеном амандману да се одредбе Конвенције проширују и на уговоре међународних орга-

---

14 Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, Supplément № 10 (A/925), par. 16; A/CN. 4/187; Annuaire de la CDI, 1966 vol. II, pp. 189 и даље, 193.

15 Annuaire de la CDI, 1962, vol. II, pp. 31 и даље, 176; 1963, vol. II, pp. 37 и даље, 167; 1964, vol. II, pp. 1 и даље, 182; 1965, vol. II, pp. I и даље; 1966, vol. II, pp. 1 и даље, 55.

16 Извештај усвојен на 29. седници Комисије за међународно право од 14. маја до 19. јула 1966. године. Коначан текст нацрта усвојен је на енглеском, шпанском и француском језику.

17 Дипломатска конференција је одржана у две сесије: прва у Бечу, од 26. априла до 24. маја 1968, и друга, од 9. априла до 2. маја 1969. године, такође у Бечу. Конвенција је усвојена двотрећинском већином гласова, тј. 81 за, 1 глас против и 19 уздржаних. На првој сесији било је присутно 103 учесника-пуномоћника држава, а на другој 110. Укупан број учесника на сесијама 1968. и 1969. је 115 представника држава, од којих су 98 узели учешћа на обема сесијама.

низација (тј. остале субјекте међународног права). Подржан је став предложен у нацрту Комисије за међународно право.<sup>18</sup>

Усвајањем Конвенције о праву уговора од 1969. отвара се ново раздобље у историји уговорног права, после скоро двадесетогодишњег напора чланица УН, а посебно захваљујући систематском раду Комисије за међународно право и поменутих специјалних извештача. Међу њима треба издвојити допринос последњег, Н. Waldock-а, који је окончао рад и био стручни саветник на Бечкој дипломатској конференцији 1968–1969.<sup>19</sup>

Садржина конвенције открива одлучујући утицај који је на њену редакцију имао израђен нацрт Комисије за међународно право, упркос амандманима које су поднеле делегације држава на самој Конференцији. Треба рећи да Бечка конференција не би имала ни приближно шансе за успех без дужег и амбициозног рада Комисије за међународно право. У току 227 седница, без веома високог научног напора и припремног рада специјалног извештача и без дискусија и расправе у оквиру Комисије, тешко би било да се нађу формулације и равнотежа између различитих предлога, укључујући и супротстављене предлоге.<sup>20</sup>

Већина делегација држава на Бечкој конференцији 1968. и 1969. била је мишљења да ова конвенција представља не само кодификацију уговорног права него и прогресиван развој, што је и подвучено у уводу конвенције из 1969, који су иначе, поједини учесници на Конференцији назвали и „уговор о уговорима“ („*le traité des traités*“). У вези са оценом рада Конференције 1968–1969. године, R. Ago, поводом раније израженог критичког мишљења о појму „уго-

18 Амандман је дала делегација САД, а млако га је подржало неколико делегација. Не потцењујући значај уговора међународних организација, из разлога да се не разбије концепт Комисије за међународно право, а самим тим доведе у питање успех Конференције, усвојен је став скоро свих делегација који је првенствено образложила делегација Шведске. САД су повукле свој амандман (Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session, Vienne, 26 mars–24 mai 1968, Documents officiels, pp. 6, 13–46, 64; Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Deuxième session, Vienne, 9 avril–22 mai 1969, pp. 3–4, 167–168, 239–244, 370–372).

19 На Конференцији 1968. делегацију СФРЈ сачињавали су: А. Јелић, шеф делегације, В. Иблер, Д. Тодорић, А. Ђорђевић и саветници: М. Митић, Г. Диклић-Трајковић, а 1969: А. Јелић, М. Марковић, Д. Тодорић и М. Митић.

20 YBILC, 1949, p. 58; Lauterpacht, Codification and Development of International Law, American Journal of International Law, 1955, pp. 17 и даље; R. Ago, Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne, Introduction, RCADI, 1971, III, 134. Истицало се да не постоји практично ниједна грана права која се односи на уговоре, а да не садржи извесну неодређеност, а у извесним случајевима нејасноће, па и збрку; S. E. Nahlik, La Conférence de Vienne sur le droit des traités. Une vue d'ensemble, Annuaire français de Droit international, XV, 1969, pp. 25–32.

вор о уговорима“ даје подршку том појму и сматра да је „једино средство за стварање писаног права којим располаже међународни правни поредак (је) уговор“.<sup>21</sup> То исто може се рећи и за Конвенцију о праву уговора између држава и међународних организација или између међународних организација из 1986, са истим приступом и критеријумом о којем ће бити реч у посебном, издвојеном раду. Истовремено се може рећи да су врло честа и врло ауторитативна позивања пре и после ступања на снагу Конвенције о праву уговора из 1969. на њене кодификоване одредбе. И више од тога, то чине не само држава већ и арбитраже и друге међународне судске инстанце. Ми додајемо, тешко је одредити којој групи припадају поједине одредбе узете појединачно, али у коментару Комисије за међународно право такође је назначено да су извесна нова правила предложиле и владе држава.

Било је много разлога да питање кодификације права уговора буде приоритетно питање на листи за кодификацију 1949. године. На то је утицала важност питања уговора уопште као извора међународног права. Већина случајева који су се појавили пред Сталним судом међународне правде између два светска рата тичала су се тумачења појединих уговора, а такав случај био је и са арбитражним одлукама. Исти су проблеми и са нејасноћом и неодређеношћу у појединим гранама права, а тичу се међународних уговора којима се оне регулишу. Постављао се, истовремено, проблем кодификације у ужем смислу, с обзиром на то да то нису били нови моменти, али у исто време јављала се потреба за прогресивним развојем међународног уговорног права.

Члан 2. Бечке конвенције из 1969. године, за сврхе ове конвенције, одређује: „израз ‘уговор’ означава међународни споразум закључен у писменом облику између држава и који је регулисан међународним правом, било да је уобличен у једном јединственом инструменту, или у два или више међусобно повезана инструмента, без обзира на његов посебан назив“.

Формулацијом уговора на тај начин, укључују се елементи који срећно допуњују постојеће обичајно право. Дефиниција је ограничена само за сврхе ове конвенције, тј. служи онима који је тумаче и не утиче на употребу овог израза нити на смисао који им може бити дат у унутрашњем праву једне државе (став 2, члан 2. Конвенције). Уговор изражава истовремено садржину споразума, тј.

---

21 Овај популарни назив употребио је делегат Белорусије Б. В. Кудјартшев на 22. састанку Пленарне комисије 1969 (Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, ..... 1969, p. 129; R. Ago, *op. cit.*, RCADI, 1971, III, 134, p. 309; 3. Манџука, Уговори у упрошћеној форми, Београд 1980, стр. 45; N. Q. Dinh, P. Dailler, A. Pellet; *op. cit.*, p. 119.

правила утврђена овим споразумом између страна уговорница, односно споразум као такав и сам инструмент који уобличава овај споразум.<sup>22</sup> Израз „уговор“ употребљен је у генеричком значењу и обухвата све писане форме међународних споразума.<sup>23</sup> Овакво дефинисање појма „уговор“ не искључује постојање и других међународних уговора које државе закључују са међународним организацијама или са побуњеницима (*insurgés*) или уговоре које међународне организације и други субјекти међународног права закључују између себе. Такође, оваквим дефинисањем се не жели искључити и могућност постојања уговора који нису закључени у писменом облику нити ова конвенција из 1969. утиче на правну снагу таквих споразума. Усменим споразумима не пориче се правни значај и не лишавају се сваке правне важности. И више од тога, не значи да ова конвенција из 1969. искључује примену својих одредби и на њих. Члан 3. Бечке конвенције из 1969. предвиђа да, иако се ова конвенција не примењује на међународне споразуме који нису закључени у писменом облику, она не утиче на њихову правну снагу и на примену на такве споразуме свих правила изложених у овој Конвенцији којима би они били подвргнути на основу међународног права независно од ове конвенције из 1969.

Усмени споразуми познати су из далеке прошлости. Међународноправна теорија, покаткад, одриче правну снагу овим уговорима, у најмању руку их не препоручује.<sup>24</sup> Међутим, у току рада Комисије за међународно право истицано је да се писменим обликом постиже јасноћа. Тиме се ни у чему не оспорава правна снага усмених споразума.

Правна важност усмених споразума не пориче се ни у међународном судству. Међународни суд правде истакао је у пресуди у случају о храму Préalh Vihéar: „Међународно право првенствено уважава намеру страна и не прописује неке посебне облике; стране су слободне да се определе за форму коју желе, под условом да из ње јасно произлази њихова намера“.<sup>25</sup> Исти став заузео је Међународни суд правде у споровима поводом нуклеарних проба које је Францу-

22 N. Q. Dinh, P. Dailier, A. Pellet; *op. cit.*, p. 120.

23 У коментару Комисије за међународно право из 1966, поводом употребљених израза, каже се да је израз „*traité*“ употребљен од почетка до краја нацрта као генерички појам који се примењује за све облике поменутог међународног споразума између држава (*Annuaire de la CDI*, 1966, vol. II, p. 204).

24 По својим практичним последицама, критика ове врсте приближава се спорној регули римског права „*Idem est non esse aut non probari*“ – право које не може да се докаже и није право – (З. Тетковић, Међународни уговори у упрошћеној форми, магистарски рад, Правни факултет у Београду 1982, стр. 153–154).

25 *Cour internationale de justice*, Recueil 1961, p. 31.

ска извршила у водама Тихог океана. Том приликом, Суд је констатовао: „Треба имати у виду да, у погледу форме, међународно право не поставља било какве посебне или строге захтеве. Да ли је изјава воља дата у усменом или писменом облику није од битног значаја пошто таква изјава, зависно од датих околности, може да створи обавезе у међународном праву. А међународно право не тражи да она буде у писменој форми. Према томе, форма није од одлучујућег значаја“.<sup>26</sup>

Интересантан је ток расправе о овом питању у току рада Комисије за међународно право. Првобитни предлог J. Vrierly-а дефиниције уговора, гласио је: „Уговор је споразум у писменом облику, између две или више држава или међународних организација који успоставља односе засноване на међународном праву између странака“. Интересантно је да се претходно у коментару поводом ове дефиниције, који се односи на израз „писмени“ облик, нагињало становишту да споразуми који нису сачињени у писменом облику нису увек правно обавезујуће снаге. У прилог томе наводила се пракса Сталног суда међународне правде. Већ је било уобичајено у то време, иако усмени споразуми нису оспоравани, изражавала се склоност да уговор мора бити сачињен у писменом облику (потреба регистрације уговора по Пакту Друштва народа и Повељи УН). Под писменим обликом подразумевало се да обухвата штампани текст писан машином, као и текст забележен другим уобичајеним методом записивања.<sup>27</sup>

G. Fitzmaurice, пак, у извештајима од 1956. до 1960, излажући материју у области законика међународни споразум дефинише као „... споразум у писменој форми регулисан међународним правом и закључен између две или више држава или других субјеката међународног права, који поседују способност закључивања међународних уговора. Такав споразум мора бити отеловљен у једном или више међусобно повезаних инструмената, који заједно чине јединствену целину“.<sup>28</sup> Као што се види, имамо настојање да се законик прошири на све писмене споразуме, без обзира на њихову форму остављајући по страни усмене споразуме с обзиром на њихову неодређеност и тешкоће у класификацијама. Сматрало се да су они далеко од појма који треба да буду формулисани у законнику.

---

26 C. I. J., Recueil 1974, pp. 267–268. Усмени споразуми нису непознати ни у пракси међународних организација.

27 *Annuaire de la CDI*, 1966, vol. II, pp. 204–207; *YBILC*, 1950, Vol. II.

28 *Annuaire de la CDI*, 1958, vol. II, pp. 17, 20; 1953, vol. II, pp. 101–106; *YBILC*, 1956, Vol. II; 1959, Vol. I.

Битан разлог за овакав став навођен је да проистиче због сигурности међународних уговора и значаја предмета тих уговора. Југословенски професор М. Бартош, као члан Комисије за међународно право, активно је учествовао у изради правила права уговора. У вези са формом међународних уговора, он се изразио на следећи начин: „Слажем се да усмени споразум иако не представља формални уговор, може постојати *ad probandum*. Утврђивање ваљаности споразума, који нису закључени у писменој форми, требало би оставити судским и арбитражним одлукама“.<sup>29</sup> Познати енглески писац *Mc Nair* усменим споразумима приписује „недемократски“ карактер.<sup>30</sup> Изузетно би били дозвољени на кратак рок, да се тренутно изврше, али под условом да не постоје препреке у унутрашњем правном поретку.<sup>31</sup> Својевремено донет југословенски Закон о закључивању и извршавању међународних уговора регулисао је уговоре само у писменом облику.<sup>32</sup>

Зашто Бечка конвенција из 1969. и усмене споразуме није у потпуности регулисала? Вероватно се имало у виду постојање мањег броја таквих споразума и дошло до прећутног одлагања, с обзиром на то да постојећа правила која се тичу усмених споразума нису довољна да се изврши њихова кодификација. То исто важи и за регулисање уговора држава са другим целинама (нпр. уговори између држава и народно-ослободилачких покрета; уговори држава са Светом столицом – Ватиканом су, пак, уговори *sui generis*).

29 *Ibidem*.

30 По њему, појединцима се даје право без обзира да ли су они фирери, Дуче или Каудиљо, или просто председници, председници влада или министри иностраних послова, да уговоре један споразум, обавезујући милионе људских бића изговореним речима без интервенције било ког другог политичког органа (*Mc Nair, Law of Treaties, Oxford 1961, p. 8*).

31 У нашој литератури наводи се усмени споразум совјетског премијера Косигина и кинеског премијера Чу Ен Лаја (11. септембра 1960) у службеним просторијама на аеродрому у Пекингу. Споразум је по својој природи представљао *pactum de contrahendo*, тј. споразум да ће странке што пре приступити преговорима ради решења пограничних питања. Преговори су заиста и почели 19. новембра исте године, али је одмах избио спор око садржине тог усменог уговора. Кина је тврдила да се Алексеј Косигин сагласио са предлогом Чу Ен Лаја да се совјетске оружане снаге повуку са „спорних територија“, а СССР да А. Косигин није прихватио концепцију „спорних територија“, па самим тим ни такав предлог. Због тога су преговори прекинати и спор који је тада настао остао је и даље (Р. Бајалски-Д. Ранчић, СССР-Кина од спора до преговора, Мала библиотека, *Политика*, бр. 24, новембар 1979, стр. 20–21).

32 Члан 2, став 1: Међународним уговором сматра се уговор који Социјалистичка Федеративна Република Југославија закључи у писменом облику са једном или више држава или са једном или више међународних организација, који је регулисан међународним правом (*Службени лист СФРЈ, 55/1978*).



Уговори који се односе на положај Католичке цркве и католика на територији једне државе, а које закључује Света столица (Ватикан) са појединим државама носе назив *конкордати*. Постоје озбиљне примедбе материјалне садржине, ако је реч о предмету ових уговора (организација култа; однос верника и владе и др.). Са формалног гледишта, у доктрини и пракси постоји сагласност да ови уговори имају својство међународних уговора, тј. потпадају под међународно уговорно право. У литератури се врло аргументовано брани став да је овде реч о субјективитету Католичке цркве као међународне организације.<sup>33</sup> С обзиром на то да су питања која се регулишу конкордатом материја из унутрашње надлежности држава, они имају садржину неке врсте унутрашњих уговора. По нама, у сваком случају, то су уговори *sui generis*.

У доктрини се наводе и уговори закључени чак и знаком (обустава ватре у рату) или усмено закључен уговор а писмено потврђен. Постизање споразума могуће је и радио-депешом, радио-поруком, истицањем заставе, укључујући и одређене фазе поступка и прећутно. У неким од ових случајева, реч је о уговорима закљученим тзв. конклюдентним радњама, којих је све мање. Али зато је на помолу све више електронско закључење уговора различите садржине и домаћаја, посебно у међународном трговинском праву. Међународно право не прописује ни облик уговора ни опште обавезан поступак за преузимање међународних обавеза.

Израз „регулисан међународним правом“ употребљен је да би се разликовали међународни споразуми регулисани међународним правом од оних који су, мада закључени од стране држава, регулисани одредбама унутрашњег права једне од страна уговорница (или било ког другог унутрашњег система уговорница). Интересантно је да Комисија за међународно право, и поред предлога појединих њених чланова, није додала дефиницији елемент „намере да се створе обавезе у међународном праву“, тако често присутно у дефиницијама уговора (да се постигне одређено правно дејство, регулисање права и обавеза и сл.). Избегло се да се створи неодређеност, јер се „намера“ подразумевала, тј. израз „регулисан међународним правом“ је покрива. Предлог Комисије за међународно право у овом делу прихваћен је и као коначан текст на Конференцији 1969.<sup>34</sup>

---

33 М. Марковић, Положај Ватикана односно Папе и католичке цркве у међународном праву, ЈРМП, 2/1956, стр. 256.

34 Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, ... 1969, p. 371; По дефиницији Америчког института за право из 1965: „... Међународни споразум означава споразум између државе (треба: држава) или међународних организација путем кога се изражава намера да се створе, измене или потврде односи по међународном праву ... “ (М. Whiteman, Digest of International Law, 1970, p. 1 –

Формулацију да је уговор „регулисан међународним правом“ треба разумети шире. Закључење уговора, као што смо напред поменули, „искључиво“ не спада у надлежност међународног права. У помоћ прискаче и унутрашњи правни поредак, тј. остављена су широка овлашћења посредовања и мешања у унутрашња права. Познато да је да су многе државе донеле посебне законе о закључивању и извршавању међународних уговора. Овај избор регулисања уговора одредбама међународног и унутрашњег права дозвољен је само у мери уколико је то дозвољено међународним правом. Странама уговорницама, тј. државама није остављен овај избор.<sup>35</sup>

У духу Бечкој конвенцији из 1969, уговори између држава и приватних предузећа (тзв. међународни концерни) о концесијама, без обзира на њихов значај и бројност, нису међународни уговори у смислу поменуте конвенције. Њих закључују приватне личности (целине), а оне се не могу сматрати субјектима међународног права. Исти је случај уговора држава са невладиним организацијама (приватним асоцијацијама). Посебна је група уговора између држава у својству субјеката приватног права; такође се и ту поставља питање да ли су испуњени услови Бечке конвенције из 1969. године.<sup>36</sup> Још мање је присталица, и то изузетно, да и појединци могу закључивати међународне уговоре са државама, који ће се „равнати по међународном јавном праву“.<sup>37</sup> Споразуми држава са правним лицима унутрашњег права, са појединцима, приватним организацијама, банкама, коорпорацијама и сл., нису уговори у смислу међународног уговорног права. Исти је случај уговора закључених са иностраним компанијама.

наведено по: М. Крећа-М. Пауновић, Практикум за међународно јавно право, Београд 2002, стр. 412).

35 *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, ... 1969, p. 371; Закон о закључивању и извршавању међународних уговора, *Службени лист СФРЈ*, 55/1978.

36 J. Andrassy, *op. cit.*, стр. 322. На основу досадашње праксе, не би се могле сматрати уговорима међународног права и следеће врсте међународних споразума: а) женидбени споразуми принчева краљевских породица, закључени не у име органа и представника држава, већ у приватно име; б) споразум између држава и страних појединаца или између страних појединаца, као и споразуми између држава и професионалних компанија или између професионалних компанија међу собом. Овде спадају и они уговори које су колонијалисти закључили са појединим племенима и домородачким становништвом у току XIX и почетком XX века, с обзиром на њихов пљачкашки карактер; N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *op. cit.*, p. 118.

37 М. Марковић, Уговорноправна и пословна способност држава као субјеката међународног права, *Анали Правног факултета у Београду*, 1–3/1972, стр. 395–396. Аутор наводи: „Према томе, ми начелно не можемо отклонити могућност да и појединци могу бити субјекти не само међународног права уопште (односно извесних његових делова, области) већ и међународног уговорног права, иако је то својство засад више потенцијалног но позитивног карактера“.

У спору између два светска рата, у вези са српским дуговима француским портерима, Стални суд међународне правде заузео је став да сваки уговор који није закључен између држава као субјеката међународног права налази свој ослонац у унутрашњем законодавству заинтересованих држава.<sup>38</sup> Примећујемо да се 1929. године, међународне организације нису кристалисале апсолутно као субјекти међународног права. Међународни суд правде је одбио квалификацију међународног уговора једном споразуму између Ирана и петролејске компаније (Anglo Iranian Oil Company Case), са образложењем да је овде реч о приватном уговору између владе државе и једне приватне корпорације, а не о споразуму чије су обе уговорнице субјекти међународног права.<sup>39</sup>

За последње наведене групе уговора у којима се појављује држава као страна уговорница са другим субјектима приватног права, мишљења смо, да се у досадашњој међународноправној доктрини на подручју југословенских држава није довољно улазило у ближе рашчлањавање суштине правне природе таквих уговора. У страниој литератури о њима се доста писало, а богата је и арбитражна и судска пракса у овој области. Код нас нема расправа о њиховој међународноправној јавној страни, мада је ситуација много боља са радовима из области међународног привредног права и међународног приватног права. Таквих уговора било је и у југословенској пракси до сада, а и сада, а у блиској будућности биће их све више. То су тзв. гранични случајеви који захтевају интердисциплинарно истраживање и ми остајемо дужници на том пољу рада.

Институт за међународно право је у својим закључцима из 1979. указивао да: „Уговор између државе и стране правне личности потчињен је правним правилима изабраних од страна или, у недостатку таквог избора правним правилима са којима је уговор најуже повезан“. А затим се даље напомиње да „стране могу поименице изабрати као закон уговора ... међународно право“. У доктрини, а и у судској пракси, у вези са овом групом уговора појављују се појмови: „интернационализација уговора“, „интернационални уговор“, „међународно право уговора“ (*приватног права – примедба аутора*), „међународна основа“ и „међународна природа“ оваквих уговора и др. Овакви уговори укореењени су и у међународном праву, с обзиром на предмет и њихову правну природу, а такође и у унутрашње правне дисциплине приватног и привредног права.<sup>40</sup>

---

38 Cour permanente de justice internationale, Série A/B, № 34, p. 42.

39 C. I. J., Recueil 1952, p. 12.

40 Annuaire français de droit international, 1979, p. 1232. – Наведено по врло продубљеном чланку, са много појединости и назначеном богатом литературом

Поред напред изложених опредељења да се Конвенција о праву уговора из 1969. године односи само на уговоре између држава, а не између држава и других субјеката међународних права, као и да се она не односи на уговоре у усменом облику, на основу образложеног предлога и коментара уз нацрт Комисије за међународно право, као и расправа вођених на Конференцији у Бечу 1968–1969, у Конвенцији о праву уговора из 1969. је прецизирано:

а) Одредбе Конвенције не односе се на дејство отварања непријатељстава на уговоре. Реч је о дејству непријатељства када услед истог престаје уговор или његова суспензија. Ово из разлога што би било нужно изучавање дејства одредбе Повеље УН у вези са легитимном претњом или употребом силе. Такав приступ изашао би из оквира права уговора.<sup>41</sup>

б) Конвенција не садржи одредбе које се тичу сукцесија држава у области уговора, имајући у виду да је то боље чинити у оквиру материје сукцесија држава и влада. Ово утолико више ако је реч о дејству нестанка међународне личности. Сва ова питања најуже су повезана са изучавањем права и обавеза која произилазе из уговора.<sup>42</sup>

в) Конвенција не садржи одредбе које се односе на међународну одговорност држава која произлази из неизвршења обавеза створених уговором. Реч је овде о општим начелима од штете због повреде уговора, као и о разлозима због којих се може оправдати неизвршење. Све су то општи проблеми међународне одговорности држава.<sup>43</sup>

г) Одредбе о „клаузули најповлашћеније нације“ такође су остале ван Конвенције, с обзиром на то да је то предмет посебног истраживања, без обзира што извесне њене одредбе посредно дотичу и овај проблем.<sup>44</sup>

д) Такође, Конвенција не садржи одредбе које се тичу примене уговора којима се стварају обавезе на терет појединаца или права у њихову корист. И поред појединачних предлога још у току рада Комисије за међународно право, да ова група одредби нађе место у Конвенцији, већином је одлучено да тих одредаба нема у нацрту из 1966, па ни у Конвенцији из 1969.<sup>45</sup>

---

француског аутора P. Weil-a: *Droit international et contrats d'Etat, Mélanges offerts à Paul Reuter, Le droit international: unité et diversité*, Paris, 1981. pp. 549–582.

41 *Annuaire de la CDI*, 1963, vol. II, p. 197, par. 14.

42 *Ibidem*.

43 *Annuaire de la CDI*, 1964, vol. II, pp. 183, 184, par. 18.

44 *Ibidem*, vol. II, p. 184, par. 21.

45 *Ibidem*, par. 22.

Ван нацрта Комисије, односно Конвенције из 1969, остао је и однос уговорног и обичајног права, мада се ова питања додирују у појединим одредбама Конвенције. Комисија за међународно право заузела је став да је то независна студија, али је у уводу Конвенције укључена уобичајена одредба коју наилазимо и у кодификацији других питања (дипломатско право, конзуларно право и др.) Наиме, потврђује се да ће правила међународног обичајног права и даље регулисати питања која нису регулисана одредбама Конвенције из 1969. године. У Конвенцији је у пуној мери коришћен јединствен приступ и кодификације постојећег права и прогресивни развој као јединствени поступак.<sup>46</sup>

\* \* \*

Општа оцена у доктрини уговорног права добила је своје позитивне обресе и одјек у вези са значењем Конвенције о праву уговора из 1969. године. Уоквирен је правни систем, у области која је најважнији извор међународног права. Донет је инструмент уставне важности за правни систем међународне заједнице. И поред тога што су поједина питања изостављена с обзиром на несагласност страна уговорница, а код многих се одустало од даље разраде да се не би упало у замку статичних решења која праксом могу бити демантована, ипак је гро, језгро питања права уговора добило задовољавајуће решење. Костур класичног уговорног права је сачуван, али је појачан чињеницом да су га прихватиле нове државе које нису учествовале у његовом стварању. На тај начин нове државе нису биле пасивни учесници, већ су активним учешћем допринеле прогресивном развоју међународног права, односно прецизнијем одређивању неких одредаба у позитивном смислу.<sup>47</sup> О многим питањима изражена су јединствена мишљења и у Комисији за међународно право и на Конференцији 1968–1969, или су пак великом већином коначно прихваћене. Чак и у деликатним питањима и у доктрини и у пракси, као што је тумачење уговора, постигла се потпуна сагласност. У доктрини је изражено мишљење најобавештенијих аутора да је створен систем уговорног права који потиче од општег обичајног права. Део прогресивног развоја, с правом се очекује да постане

---

<sup>46</sup> *Annuaire de la CDI*, 1956, vol. II, pp. 255, 256, par. 25; 1961, vol. II, p. 94, par. 32.

<sup>47</sup> R. Ago, *op. cit.*, pp. 311–336. По аутору, посебан допринос доношењем Конвенције о праву уговора из 1969, учињен је у вези са негативним утицајем недостатка воље (сагласности) на важност уговора; са разлозима за ништавост и престанак важности уговора, посебно употребе принуде и правила *jus cogens*; S. E. Nahlik, *op. cit.*, pp. 26, 32–33. Аутор цени да значај овог дела превазилази сваки други покушај међународне кодификације.

опште обичајно право.<sup>48</sup> У том смислу имамо потврду са највишег места, а наиме, у Саветодавном мишљењу Међународног суда правде од 21. јуна 1971. године, у вези са правним последицама за државе Јужне Африке које продужавају присуство у Намибији (Југозападна Африка), упркос Резолуцији 276/1977 Савета безбедности, на следећи начин: „По много чему се правила Бечке конвенције о праву уговора која се тичу престанка прекршеног уговора (која су усвојена без противљења) могу сматрати кодификацијом обичајног права која је постојала у тој области“. Ова потврда је дошла тако брзо после доношења, а пре ступања Конвенције о праву уговора из 1969. на снагу.<sup>49</sup>

Stevan Đorđević

## CODIFICATION OF THE LAW OF INTERNATIONAL TREATIES

### *Summary*

The notion of 'contract' in International Law denotes any agreement concluded between two or more subjects of International Law (States, international organizations, etc.) regulated by the rules of International Law. As a rule, it is concluded in written form, sometimes orally. Notion of 'contract' is usually understood to encompass 'intention to create rights and obligations' and 'certain legal effect'. However, some authors drop 'intent' from the notion, since it is already covered by the fact that it is 'regulated by international law'.

This source of International Law has already been established for quite some time.

Subject matter of the law of international contracts is mixed, since it touches upon international, as well as domestic law (competence to conclude international agreements, etc.).

Convention on international contracts concluded in 1969. opened a new period within centuries of contracts in international law. The system

---

48 P. Reuter, *La convention de Vienne sur le droit des traités*, Paris 1970, p. 89. По аутору, „један од битних делова међународног права, онај који се тиче норми које регулишу рађање, живот и престанак међународних споразума поново је нашао и чак повећао своју извесност“.

49 C. I. J., *Recueil* 1971, p. 47; Такође позивање на Конвенцију из 1969. имамо и у одлуци Међународног суда правде у спору Мађарске и Словачке „Пројект Гапчиково-Нађумарош (C. I. J., *Recueil* 1997, par. 46).

created rested mostly on codification of customary law. Partly, however, it represented a result of progress. This codification bears constitutional importance for legal order of international community ('contract on contracts') Certain issues have been left out since no agreement on them could be reached.

Key words: *International contacts. – Codification of the law of contracts. – Notion of international contracts. – Characteristics of international contracts. – Contracts among subjects of International Law.*

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

Будимир Кошутић

## ВИШЕЈЕЗИЧНОСТ – ПРЕДНОСТ ИЛИ УСУД ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ ?

*У раду се разматра проблем вишејезичности у Европској унији. Правна регулатива у Европској унији, утемељена на начелу да је службени језик сваке државе чланице истовремено и аутентични језик у Заједници/Унији, разликује службене језике, радне језике и језик саветовања (већања) у припреми и коначној обради пресуде Европског суда правде.*

*Службеним језиком у Заједници/Унији сматра се сваки аутентични језик (има их укупно 21), с тим што су ирски и малтешки изузети (с обзиром на то да су службени језици у Ирској и на Малти, поред ирског и малтешког, и енглески). На службеним језицима објављују се општи правни акти институција Заједнице, службено гласило Заједнице и други важни зборници институција Заједнице. Истовремено, у основним институцијама Заједнице/Уније обезбеђује се симултано превођење са свих 19 службених језика Уније.*

*У интерном обављању послова у институцијама Заједнице/Уније користи се ограничен број језика. Ти језици су радни језици. Највише се користи, као радни језик, енглески, затим француски а, знатно мање, немачки.*

*Специфичност у обављању судске функције у Заједници огледа се у томе што се разматрање пресуда Суда правде и њихова израда увек остварују на француском језику, без обзира на то који је од службених језика Заједнице језик случаја. Из тих разлога, француски језик се означава и као језик саветовања (већања) при разматрању и изради пресуда европских судова (Суда правде и Првостепеног суда).*

*Кључне речи: Европска унија. – Аутентични језик. – Службени језик. – Радни језик. – Језик саветовања (већања).*

У Европској унији, као особеној заједници 25 суверених држава, у језичкој употреби налази се мноштво језика. Поред службених језика, у употреби у државама чланицама и у Европској унији, постоји и мноштво језика изворних националних мањина (језик Лужичких Срба у Немачкој, каталонски и баскијски у Шпанији, русин-



ски у Словачкој и Мађарској и други). Нема сумње да употреба тих бројних језика у Европској унији изазива значајне практичне и финансијске проблеме. Овај „говорни Вавилон“ Европске уније (при употреби 20 службених језика могуће је направити 380 преводилачких комбинација у симултаном превођењу) захтева употребу посебних метода тумачења вишејезичних текстова, упоређивање тих текстова у случају постојања језичких разлика међу њима, као и установљење посебне преводилачке службе, која је након проширења Уније из 2004. године, достигла 5.000 радних места и укупан трошак од преко милијарду евра годишње.<sup>1</sup>

Вишејезичност не проузрокује само финансијске и друге практичне проблеме већ изазива и тешкоће у стварању европског демократског мњења, у конституисању легитимне политичке власти у Заједници/Унији, као што успорава и успостављање посебног европског идентитета, поред дубоко укоревених националних идентитета у државама чланицама Уније. Наиме, говорни режим у Европској унији мора се непрекидно одржавати у равнотежи између поштовања националних идентитета држава чланица (члан 6 Уговора о Европској унији), где спадају и језик и потребе језичке комуникације и разумевања у институцијама Уније. Стога, питање да ли је вишејезичност предност или усуд Европске уније не само што није неосновано већ има и дубоке историјске корене.

## I

У Старом завету, у Пет књига Мојсијевих наводи се да је после потопа на целој земљи постојао само један језик и речи су биле једнаке. Породице Нојевих синова, населивши се у равници земље Шинearске, одлучиле су да сазидају град и кулу, чији ће врх до неба стићи, како би стекли име и не би се расејали по целој земљи. Господ, који је надгледао шта смера Нојево потомство, констатовао је да су сви један народ, да говоре истим језиком и да им, према томе, ништа неће сметати да учине све што год науме. Стога, Господ је сишао на земљу, помео им језик, да један другог не разуме шта говори. Без могућности споразумевања, Нојеви потомци престали су да граде насеље и кулу и расули су се по целој земљи. Кула је названа вавилонска, јер тамо је Господ помео јединствени језик целе земље.<sup>2</sup> Од тада, језик представља важно обележје у разграничењу народа, а многи ће управо у њему видети саму суштину

---

1 Thomas Oppermann, *Europarecht*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2005, str. 64.

2 Библија, књига 1 Старог завета, Постање, 11.

нације и стабилности успостављених нација држава на тлу Светог римског царства германског народа. То Царство, та хришћанска општа ствар, имала је у својим темељима католичку веру и латински језик као језик Цркве и службене комуникације. Лутеров реформистички покрет, цепање јединствене католичке цркве, рађање националних цркви, националних језика и националних држава, као и сукоби међу тим државама, одлучујуће су утицали на судбину Европе и света. Преплитањем идеја француског просветитељства и немачког романтизма и идеализма настала је доктрина нације државе. У њеној демократској варијанти, реч је о секуларној држави једног народа, чији су припадници међусобно повезани, пре свега заједничким језиком (у својим познатим говорима немачком народу, након Наполеонове победе над пруском војском у првој деценији 19. века, Фихте ће изрећи мисао да је суштина нације у језику). Стога не чуди што су у новоуспостављеним националним државама на тлу бившег Светог римског царства изграђени посебни службени (књижевни) национални језици. Ти језици су омогућили блиску везу и солидарност држављана једне нације државе и њихово одвајање од држављана других нација држава. У таквим националним државама остварене су највише људске и политичке вредности: слобода, демократија, људска права и основне слободе, као и владавина права. То је било могуће постићи, између осталог, због тога што су сви били, како је рекао Господ за Нојево потомство, „један народ и сви су истим језиком говорили“ (Постање, књига 1/11). Но, историја показује да се национална држава у којој религијско и етничко поимање нације надвлада језичко може преобразити у тоталитарну државу, у којој се грубо газе основне људске и демократске вредности.

Непостојање европског народа, европског језика и изграђеног европског идентитета може представљати, према томе, неповољан чинилац у процесима регионалне европске интеграције. Но, то нису, а посебно не вишејезичност, непремостиве препреке за изградњу Европске уније као демократске заједнице држава. Уосталом, ако је тачно запажање познатог немачког професора с Универзитета у Хајделбергу Франка Р. Пфеча, очеви оснивачи европске интеграције Аденауер, Де Гаспери и Шуман нису у почетку ни размишљали о језичким проблемима. У њиховој визији, тврди Пфеч, „хришћански Запад“ (das „christliche Abendland“) представљао је једину алтернативу „комунистичком Истоку“. *De facto*, наглашава Пфеч, акценат је био више на „католички“ него на „хришћански“.<sup>3</sup> Стога не чуди што су Немачка, Италија и Холандија прихватиле у почетку европског процеса интеграције неуважавање у потпуности начела језичке једнакости. Уговор о оснивању Европске заједнице за угаљ и челик,

3 Frank R. Pfetsch, Die Europäische Union, 2. Auflage, Wilhelm Fink Verlag, München 2003, str. 106.

потписан у Паризу 1951. године, састављен је искључиво на француском језику (треба рећи да су тада Немачка и Италија биле у слабој политичкој позицији, а да је Уједињено Краљевство Велике Британије и Северне Ирске одлучило да остане изван европских интеграционих процеса). Иако није изричито речено да је француски текст Уговора једино аутентичан, то је јасно проистичало из чињенице што је само француски текст Уговора био оригиналан (остали текстови, холандски, немачки и италијански, били су само службени преводи).

Наравно, Европа шесторице није се могла замислити без уважавања начела потпуне језичке једнакости. Стога, Уговор о оснивању Европске економске заједнице и Уговор о Европској атомској заједници (из 1957. године) израђени су на француском, немачком, италијанском и холандском језику, при чему су сва четири текста једнако аутентична (члан 248, према новој нумерацији члан 314 УЕЗ, и члан 225 УЕАЗ). Уговори су депоновани у архиву владе Републике Италије, која је државама потписницама доставила оверене преписе тих уговора. У складу с уговорима о приступању Заједници/Унији, верзије Уговора о оснивању Европске економске заједнице и Уговора о Европској атомској заједници на службеним језицима 19 држава које су приступиле Заједници/Унији такође су аутентични (члан 314 став 2 Уговора о ЕЗ. Уговор о Европској заједници за угаљ и челик престао је да важи 2002. године).

## II

У свакодневном раду Европске заједнице/Уније било је неопходно уредити који су језици, и у каквим односима, службени односно радни језици. Стога, у регулативи језичког (говорног) питања у ЕЗ/ЕУ треба разликовати аутентичне, службене и радне језике.<sup>4</sup> Аутентични су језици у којима у су састављени правно обавезујући конститутивни европски уговори. Сходно члану 314 УЕЗ, то су службени језици свих држава потписница тих уговора. У Европској унији, која броји 25 држава чланица, постоји 21 аутентични језик (немачки, енглески, дански, шпански, француски, фински, грчки, ирски, италијански, холандски, португалски, шведски, чешки, естонски, летонски, литвански, мађарски, малтешки, пољски, словачки и словеначки). Уговор о оснивању Европске заједнице и Уговор о Европској атомској заједници написани су, према томе, у једном једином примерку на наведеним језицима и текстови тих уговора на

---

<sup>4</sup> Hans Georg Fischer, *Europarecht*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2001, str. 43.

сваком од ових језика су једнако веродостојни и обавезујући. Од аутентичних језика треба разликовати службене језике. Признање једног језика за службени језик Заједнице/Уније има за последицу да је Заједница/Унија обавезна да објављује све своје општеобавезујуће акте истовремено на свим службеним језицима. Такође, све службене публикације Заједнице/Уније објављују се на свим службеним језицима. Сем тога, службени језици су језици поступка органа Заједнице/Уније. Начелно, постоји захтев за потпуним симултаним превођењем. У стварности, такав режим постоји само кад су у питању најважнији органи Заједнице (Европски парламент, Савет, Комисија). У другим установама и телима Заједнице, из практичних разлога, преводи се на ограничени број језика.

Грађанин Уније је овлашћен да у комуникацији с институцијама Заједнице користи службени језик по свом избору (најчешћи избор је матерњи језик). Одговор мора добити на изабраном језику.

Сходно члану 290 (*ex* члан 217) Уговора о оснивању Европске заједнице и члану 190 Уговора о Европској атомској заједници, „одредбе којима се регулише употреба језика у органима Заједнице утврђује Савет једногласном одлуком, уз поштовање правила поступка Суда правде“. У својој Уредби бр. 1 од 15. априла 1958. године, Савет је утврдио да су сви аутентични језици, са изузетком ирског, истовремено и службени језици Заједнице. После сваког проширења Заједнице, допуњавана је ова Уредба, тако да према верзији ове уредбе из 2004. године, од 21 аутентичног језика 19 су службени језици. Наиме, у Републици Ирској и на Малти, службени језици су поред ирског, односно малтешког и енглески језик. Из тих разлога, у Уредби се не наводе изричито као службени језици Заједнице/Уније ирски и малтешки (иако су то аутентични језици Заједнице/Уније). Наравно, држављани Ирске, односно Малте, имају право да се обрате органима Заједнице/Уније и на ирском, односно малтешком језику. Стога, могло би се рећи да Заједница/Унија има 21 аутентичан језик, а 19–21 службени језик.

Од аутентичних и службених језика Заједнице/Уније треба разликовати радне језике. Наиме, у унутрашњем раду институција Заједнице, због економије рада, користи се крајње ограничени број језика. Ти се језици називају „радним језицима“. У пракси институција Заједнице/Уније највише се користе енглески, француски и немачки. Наравно, ни њихова употреба није равномерна. Иако су сви језици једнаки по својој важности, не употребљавају се у истој мери. Нема сумње да се највише користе језици који су блиски највећем броју говорника. Иако је од 1995. године најраширенији матерњи језик у Унији немачки, тај језик заузима тек треће место као радни језик институција Заједнице. Европска комисија је издала

службено упутство, према коме су радни језици у Комисији енглески, француски и немачки. Иако немачка влада улаже значајне напоре да подстакне коришћење немачког језика, тај језик и даље заостаје у употреби у односу на енглески и француски. С друге стране, влада Француске одбија да се одрекне одређених стечених права у коришћењу француског језика како би спречила његово све израженије заостајање за енглеским језиком. Англоамерички писац из области европских студија John McCormick, указујући да се енглески језик рапидно шири светом као језик трговине и дипломатије, подвлачи да енглески језик постаје лагано језик Европе. Иако ова чињеница изузетно брине Французе, а до извесне мере и друге Европљане, McCormick сматра да је тај процес незаустављив. Прерастањем енглеског језика у језик Европе, Европљани ће моћи да разговарају једни с другима, уверен је McCormick, што ће помоћи да се смање културне разлике међу њима.<sup>5</sup> Чињеница што је енглески језик водећи радни језик у институцијама Заједнице/Уније опште је призната.<sup>6</sup> Ипак, признање веће прихваћености енглеског језика не значи и мирње с таквим стањем. Због одређене привилегије коју је стекао француски језик као језик саветовања у процесу утврђивања пресуде Суда правде – и представници владе Француске су се сагласили да радни језик у Европској централној банци буде енглески језик. Иако Европска централна банка није орган Заједнице, већ независна установа с посебним овлашћењима, њена улога, посебно у зони евра, од изузетног је значаја (издавање јединствене монете и монетарна политика у еврозони, доношење прописа у тој области). Стога су при уређивању статуса Европске централне банке многи компромиси били неопходни. Француска и Немачка су прихватиле енглески као радни језик Европске централне банке, а Немачкој је дато задовољење у прихватању да седиште ЕЦБ буде у Франкфурту. Наравно, с обзиром на улогу ЕЦБ у области монетарне политике, неопходно је у што краћем временском раздобљу превести текстове аката ЕЦБ на друге службене језике у Заједници. Када се питања из ове области изнесу на Европски савет, представник ЕЦБ и други европски пословни људи користе енглески језик у излагању. Но, када је известилац био француски држављанин и почео излагање на енглеском језику, француски председник Жак Ширак напустио је седницу Европског савета, док није прошло то уводно излагање (тима је француски председник јасно упозорио службена лица из Француске на потребу да негују француски језик у институцијама Заједнице).

5 John McCormick, *Understanding the European Union*, Third Edition, Palgrave Macmillan, Basingstoke and New York, 2005, str. 36.

6 Thomas Oppermann, *op. cit.*, str. 64; Hans Georg Fischer, *op. cit.*, str. 43.

Наравно, ретки су случајеви да се у телима Заједнице одреди само један језик као радни језик. У области поштанског права, Уредбом 40/94 из 1994 (која је више пута допуњавана) установљена је посебна установа за хармонизовање поштанског права на јединственом европском тржишту, са седиштем у шпанском граду Аликанте. Као радни језици те службе утврђени су енглески, немачки, француски, италијански и шпански. Другим речима, не само што су европски конститутивни уговори написани у једном једином примерку на 21 службеном језику држава потписница већ је и највећи број правних аката секундарног и терцијарног права Заједнице вишејезичан. Познато је да вишејезични правни текстови постављају пред њихове тумаче посебне проблеме. Ипак, чини се да су ти проблеми, због специфичности метода које примењује Европски суд правде, далеко мањи него у области међународног права.

У теорији међународног јавног права изграђено је више теорија о тумачењу вишејезичних међународних уговора: (а) теорија о минимуму обавеза; (б) теорија о властитом језику и (в) теорија о изворном језику. Према првој теорији, најмање оптерећујућа верзија текста уговора треба да буде прихваћена. У другој теорији се указује да свака уговорна страна треба да буде обавезана верзијом на сопственом језику, док се у трећој акценат ставља на изворни текст међународног уговора.<sup>7</sup> С обзиром на различиту правну природу правног поретка Заједнице/Уније у односу на међународно право, ове теорије о тумачењу вишејезичких уговорних текстова не могу се применити у области права Заједнице/Уније. Уосталом, Европски суд правде је заузео чврсто становиште да се обавезе држава чланица не могу разликовати због разлике у језичким текстовима изворника. Јединству Заједнице/Уније дата је предност у односу на сва друга мерила.

Европском суду правде даје се велики значај за допринос који је дао у интензивирању процеса европске интеграције. Тај суд је развио доктрину о приоритету права Заједнице и непосредној примени одредаба европских конститутивних уговора, иако то није изричито наведено у тим уговорима. Нема сумње да је претпоставка за такву стваралачку делатност Европског суда правде у еластичном приступу тексту уговора. Другим речима, Европски суд правде посматра језичке дискрепанце као врсту нејасности у одредбама, које треба отклонити телеолошким тумачењем: важан је, према томе, циљ норме и сврхе европских политика утврђених у преамбули и

---

7 Trewor C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, 2003, str. 72; Matthias Herdegen, *Völkerrecht*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2002, str. 125–129; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, 2003, str. 602–608.

основним одредбама европских конститутивних уговора. Стога, приступ Европског суда правде исти је без обзира да ли је реч о истом термину употребљеном у свим верзијама уговора, али чије се значење разликује у појединим националним системима, или су у питању различити термини записани у појединим верзијама уговора.

Могуће је навести много примера из праксе Европског суда правде у којима се тај суд опредељује за једну верзију на основу циљева одређене политике. Хартли наводи познати случај *Stauder v. City of Ulm*.<sup>8</sup> Но, и други чувени случајеви из праксе Суда правде добра су илустрација за овакав приступ овог суда (давање приоритета циљном над језичким тумачењем). Случајеви *Costa (Flaminio) v. Enel*, *Factortame I*, *Factortame II* и *Factortame III*, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal* и други постали су саставни део историје права Заједнице, али и контроверзна тековина Европског суда правде.<sup>9</sup>

### III

Употреба једног од 19–21 службених језика Заједнице/Уније у поступцима пред Европским судом правде и Првостепеним судом уређена је њиховим одговарајућим актима (Статутом суда и процедуралним правилима). Иначе, поступак пред Европским судом правде одвија се у два дела (степенa): писмени и усмени. Писмени је далеко важнији од усменог дела. У писменом делу поступка пред Судом правде сви предлози (тужбе), искази о случајевима, одбране и други релевантни поднесци достављају се странкама, односно институцији Заједнице чији се акт оспорава. Усмени део је ограничен и кратак. Судија известилац припрема и подноси Суду извештај за разматрање. У том извештају описују се чињенице случаја и износе аргументи странака. После подношења тог извештаја, правни заступници странака износе усмена образложења њихових захтева, затим следи излагање општег правобраниоца и, кад је то неопходно, изјаве сведока и вештака. Суд правде је развио праксу постављања питања правним заступницима странака, што је постало важан део усмене процедуре пред Судом правде.<sup>10</sup> Који ће од више језика Заједнице/Уније бити језик поступка пред Судом правде

---

8 T. C. Hartley, *op. cit.*, str. 73.

9 Потпуније о познатим случајевима Суда правде: Paul Craig and Gràinne de Búrca, *EU Law, Text, Cases, and Materials*, Third Edition, Oxford University Press, 2003, Table of Cases, str. XIII – CXVII.

10 Paul Craig – Gràinne de Búrca, *op. cit.*, str. 94.

зависи од тзв. „језика случаја“ („језик случаја“ уређен је чланом 29 Правила процедуре Суда правде). Било који од 19–21 службених језика Заједнице може бити изабран, укључујући ту и ирски и малтешки језик. Начело да се институције Заједнице/Уније морају прилагодити сваком могућем језичком захтеву странака неспорно је у вишејезичкој Европској унији.

Када се подноси директан захтев (тужба или апликација) Суду правде, подносилац има право избора језика. Ипак, кад је брањеник држава чланица, појединац или корпорација с држављанством, односно националном припадношћу одређеној држави чланици, језик случаја је службени језик те државе чланице (када држава чланица има више од једног службеног језика, као Белгија, подносилац захтева Суду правде има право избора једног од тих језика).

У случају одлучивања о претходним питањима (члан 234 УЕЗ), језик случаја је службени језик националног суда или трибунала који се обратио Суду правде, с тим што друге државе чланице могу поднети одређена запажања на властитим службеним језицима.

У начелу, језик случаја се користи за све сврхе у поступку, због тога се документи састављени на другим језицима морају превести на језик случаја. Чланови Суда правде (судије) могу користити, по свом избору, један од службених језика Заједнице. То се односи на њихово обраћање судији известиоцу, на коментаре и питања за време одржавања расправе, као и на разматрање мишљења општег правобраниоца.

Очигледно је, према томе, да се учесник у поступку пред Судом правде среће с језичким проблемима непознатим у домаћем суду. Приватни учесник има право избора језика, али ако је изабрани језик језик малог народа (фински или мађарски), судије га не разумеју. Прецизност излагања захтева оптерећена је преводом, а елеганција излагања правног саветника не може се открити преко слушалица апарата за симултано превођење. Извесно је да ће правнику, чији је матерњи језик француски или енглески, бити лакше да представе случај пред Судом правде него другим правницима.<sup>11</sup>

Од правила да сваки судија Суда правде (Првостепеног суда) може изабрати један од службених језика за своје коментаре и питања у поступку пред судом, постоји важан изузетак. Наиме, када се судије већа или великог већа Суда правде, пред којима је вођен поступак, саветују о пресуди коју ће донети, Суд правде је неформално утврдио став да је француски језик – језик тог саветовања.

---

11 Т. С. Hartley, *op. cit.*, стр. 74.



Другим речима, одбачено је начело вишејезичности и прихваћено правило о француском језику као једином језику на коме се то саветовање о пресуди обавља. Стога, у саветодавну собу не могу крочити ни саветници судија, ни преводиоци, ни друга лица. Нема сумње да је разлог за успостављање овог правила била тежња судија Суда правде да обезбеде апсолутну тајност о томе како су се поједине судије изјашњавале и гласале у правним стварима о којима је одлучивано. Не треба заборавити на крупне спорове између Суда правде и уставних (врховних) судова о низу важних питања од значаја за сувереност држава чланица. Очигледно се желела одржати независност судија од влада властитих држава, а решење се потражило у обезбеђивању услова да само судије које су одлучивале у предмету буду упознате с чињеницом како се који судија изјаснио. Некада се тајност судског одлучивања захтевала због потребе заштите судија од монарха и кнезова, а у случају судија Суда правде разлог је „известан страх“ од влада држава чланица.

Избор француског језика као искључивог језика саветовања при разматрању и састављању пресуде Суда правде (могло би се рећи и да је француски језик радни језик Суда правде када судије дискутују какву ће пресуду изрећи) био је неизбежан у време када је извршен. Француски језик био је службени језик у три (Француска, Белгија, Луксембург) од шест првобитних држава чланица. Истовремено, Француска је, као једна од сила победница у Другом светском рату, имала далеко јачу политичку позицију од Западне Немачке и Италије. Кад се једном направи избор, тај избор је тешко променити (сличан случај постоји са избором седишта Европског парламента). Иако је енглески језик најзаступљенији, а немачки језик је матерњи језик највеће скупине људи у Европској унији од 1995. године, француски језик чврсто остаје једини језик на коме се разматрају и доносе пресуде Суда правде. Нема сумње, ту јединствену позицију француског језика у Суду правде учвршћује околност што су лица која су бирана за судије Суда правде обавезно морала знати француски језик. То је несумњиво био случај кад је Суд правде био састављен од 12 и 15 судија, а треба претпоставити да је исти критеријум познавања француског језика био поштован и при избору судија за два европска суда и после проширења Уније из 2004. године.

Треба уочити да се нацрт пресуде и коначна верзија пресуде састављају на француском језику и кад француски језик није језик случаја.<sup>12</sup> Француски текст пресуде преводи се затим на језик случаја и овај текст на језику случаја потписују судије и објављују.

12 Thomas Oppermann, *op. cit.*, str. 64; T. C. Hartley, *op. cit.*, str. 75.

Наравно, није искључено да судије које потписују пресуду уопште не познају језик случаја. Стога је веома значајно да судије које течно говоре језик случаја, изврше контролу превода. Познате су грешке у преводу због различитости правних термина и различитости правних институција у правним системима држава чланица. Посебан проблем у превођењу изазвали су изрази „*faute de service*“ и „*trust*“. Штавише, могло би се устврдити да ни најбољи преводилац не може увек наћи речи с потпуно истим значењем као што је реч у оригиналу.

Поред тога што француски језик представља предност за судије којима је он матерњи језик, француски језик несумњиво утиче и на фаворизовање правничког расуђивања. То се посебно испољило у стилу пресуда Суда правде. Наиме, постоје значајне разлике у стилу француских, немачких и енглеских пресуда. Иако се у свим наведеним земљама захтева да пресуде буду образложене (у Француској, обавеза образлагања пресуде настала је 1790, у Немачкој 1879, а у Енглеској знатно раније), њихов стил се много разликује. У Француској се пресуда састоји из једне реченице, а њени поједини делови се уводе речима „*attendu que*“ или „*considerant que*“. Пресуда се сматра утолико бољом што је краћа и језгровитија. Стога, ову пресуду могу разумети како треба само правници с познавањем судске праксе (под француским утицајем, овај стил је прихваћен у Белгији, Луксембургу, Холандији, Шпанији, Португалији и нордијским земљама, с изузетком Шведске). Обрнуто, у Немачкој, Грчкој, Италији, Аустрији, Шведској и Швајцарској, састав пресуде је подељен на више делова. При том, у појединим од тих земаља у образложењу пресуде се позива на раније судске одлуке у тој области или на научне правне расправе. Енглеске пресуде представљају пак праве „научне“ расправе.<sup>13</sup>

Употреба француског језика у сали за већање и одлучивање утиче, према томе, у одређеној мери и на уобличавање пресуде, уз коришћење француског стила пресуде и француске правне терминологије. Након краћег раздобља експериментисања у почетку, Суд правде је прихватио француски стил пресуде од једне реченице. Зависне реченице увођене су изразима „пошто“ и „с обзиром на“, с тим што су под енглеским утицајем ове зависне реченице биле исказиване као посебне реченице. Ипак, стил пресуде и даље је остао ближи француском него енглеском. Пресуда Суда правде сада се састоји из три дела. Први се састоји од извештаја судије известиоца, други од разлога пресуде, а трећи, завршни део је одлука.

<sup>13</sup> David – Grasmann, *Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1988, str. 207–208.

Пресуда је колективна и јединствена. Сходно члану 15 ревидираног Статута Суда правде, пресуда ће бити пуноважна ако је непаран број судија учествовао у већању и гласању. Другим речима, пресуда може бити донета већином гласова, с тим што објављивање из одвојених мишљења није допуштено. По себи се разуме, да ће се увек настојати да се пресуда донесе консензусом (при чему велику улогу има судија известилац), али то неће бити увек могуће остварити (судије из Немачке су дужне да воде рачуна о одредбама Устава Немачке од којих ни немачки законодавац не може одступити). Напор да се постигне консензус видљив је често у апстрактности и неодређености образложења.<sup>14</sup> Једноставно, у тежњи да се пружи одређено задовољење судијама који су остали у мањини, у образложење пресуде се не уносе или уносе одређени аргументи, што пресуду чини недовољно јасном и кохерентном.

Вишејезичност у Европској унији несумњиво отежава делотворно функционисање њених институција. С друге стране, начелна једнакост свих службених језика у општењу грађана и националних инстанци са Заједницом/Унијом, и поред практичних и финансијских проблема, интеграционо-политички је неопходна. Јединствена европска монета доприноси, као и језик, успостављању европског идентитета. Проблем је само у томе што енглески језик постаје основни радни језик у институцијама Заједнице/Уније, док УК и друге државе чланице с енглеским језиком као службеним језиком остају изван економске и монетарне уније. Такво стање не може још дуго да траје. Стога, док такво стање траје, вишејезичност је више усуд него предност Европске уније.

Budimir Košutić

## MULTILINGUALITY – ADVANTAGE OR CURSE OF THE EUROPEAN UNION

### *Summary*

This article analyses the problem of multilinguality in the European Union. EU rules are rested on the principle that the official language of each state automatically represents an authentic language in the Community/Union. One distinguishes between official languages, working

---

14 T. C. Hartley, *op. cit.*, str. 78.

languages and the languages of particular consultations (sessions) and in final deliberation of the ECJ judgment.

Every authentic language is automatically an official language (there are currently 21 of them), Irish and Maltese being exceptions (given that Gaelic and Maltese are official languages, alongside English, in Ireland and Malta). All general legal acts of the Community, its official gazette and other important publications are published in all official languages. At the same time, basic institutions of the Community/Union ensure simultaneous translation of all 19 official languages of the Union.

In internal operations of the Community/Union only a limited number of languages is used. Those languages are working languages. The most widely used is English, followed by French and, to a lesser extent, German.

A particular feature of judicial service in the Community reflects in the fact that the case deliberation of the ECJ and drafting of decisions is done in French, regardless of the official language which is the language of the case. That is why French is the language of deliberation of European courts (ECJ and CFI).

Key words: *European Union. – Authentic language. – Official language. – Working language. – Consultation (deliberation) language.*

Слободан Марковић

## ГЛОБАЛНА АДМИНИСТРАТИВНА КРИЗА ПАТЕНТНОГ СИСТЕМА

*Разматрајући глобални патентни систем са аспекта управних органа који одлучују о патентирању проналазака, аутор указује на сталну напетост између врло компликоване процедуре и стално растућег прилива пријава патената, на једној страни, и ограничених административних капацитета патентних управа, на другој страни.*

*После приказа главних међународних аранжмана за поједностављење стицања патента за исти проналазак у већем броју држава, објашњени су механизми који су довели до спонтаног успостављања три патентне управе: Европског завода за патенте, Завода за патенте и жигове САД и Јапанског патентног завода (тзв. патентне трилатерале), као неформалних стубова глобалног патентног система. Објашњени су ризици актуелних трендова у овим патентним управама, који се испољавају у виду нагомилавања неиспитаних пријава, продужавања рока трајања поступка патентирања, пада квалитета одлука. Констатовано је да је решење проблема у оперативној сарадњи чланова трилатерале, али да она тренутно није могућа у пуном обиму због битних разлика у процесном и материјалном патентном праву које ове патентне управе примењују. После упоредне анализе главних разлика у патентном праву САД, Јапана и Европске патентне организације, аутор изражава сумњу да ће до озбиљније хармонизације упоредног патентног права доћи путем механизма Светске организације за интелектуалну својину, већ прогностички једностране, али координисане законодавне иницијативе у том правцу у САД, Јапану и Европи.*

**Кључне речи:** Патент. – Уговор о сарадњи у области патената. – Конвенција о издавању европских патената. – Европски завод за патенте. – Завод за патенте и жигове САД. – Јапански завод за патенте. – Трилатерална сарадња. – Међународна хармонизација патентног права. – Европска патентна мрежа.

## 1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У скоро свакој држави проналазач или његов правни следбеник може, на сопствени захтев, да стекне од надлежног органа искључиво, временски и територијално ограничено право (патент) на привредно коришћење проналаска који испуњава за то прописане услове. Укупност националних и међународних прописа који уређују ову материју, као и друштвених односа који су уређени тим прописима означавамо као „патентни систем“.

У основи, функција патентног система је да путем правне заштите проналазача обезбеди економски подстицај за техничко стваралаштво, које се узима као битан чинилац друштвеног напретка.

О патентном систему, од његовог настанка па до данас, траје дебата у којој се оспорава, односно брани друштвена оправданост привредног монопола који чини садржину патента као субјективног права.<sup>1</sup> Ми, међутим, у овом раду нећемо полемисати о садржини

---

1 Први закон о патентима донесен је у САД 1790. године. У 19. веку у Европи је трајала оштра дебата око оправданости патентног система. Британски парламент је, тако, у периоду од 1851. до 1872. године трипут образовао посебне комисије са задатком да испитају оправданост постојеће патентне заштите проналазача. У Холандији је од 1869. до 1910. године дошло чак до потпуне аболитије патентног система, док је у Швајцарској он уведен тек пошто је од 1849. до 1887. године пропало неколико предлога у конфедералном парламенту и на референдумима да се он уведе. (Верона, А.: Право индустријског власништва, Загреб, 1978, стр. 69.) Данашња дебата о патентном систему води се у контексту односа између развијених земаља (укључујући и земље које то нису, али имају политички разлог да их подржавају) и земаља у развоју. Међународни форуми на којима се сучељавају различити аргументи на ову тему су Светска организација за интелектуалну својину и, посебно, Светска трговинска организација. Важећа доктрина, коју су индиковале развијене земље, може се свести на следеће: „Патент постоји зато што је проналазаштво скуп процес, а трошкови тог процеса морају се повратити како би се обезбедио подстицај за инвестирање. Уколико би други могли да присвоје проналазачеву иновацију не инвестирајући своје време и енергију у њу, инвестирање у иновације не би постојало. Слободно тржиште има тенденцију да подбацује у производњи иновација због овог ‘проблема присвајања’, те држава интервенише на тржишту уводећи привремено искључиво право на стављање у промет производа, као подстицај за инвестирање у иновације.“ (Ryan, M. P.: Knowledge Diplomacy – Global Competition and the Politics of Intellectual Property, Washington D.C., 1998, стр. 21, 22). Доктринарни одговор земаља у развоју је, углавном, овај: „Потреба да се створе подстицаји за охрабривање креативне активности је, у многим аспектима, ограничена на западне тржишне демократије. Ове демократије се обрћу добрим делом око индивидуалне аутономије и слободе, не бавећи се већим социјалним губитком нематеријалних вредности, који тај индивидуализам производи. Успешно претварање нематеријалних добара у робу може бити постигнуто само у друштву које прихвата ту врсту грубог индивидуализма... За многа друштва (у земаљама у развоју – прим. С. М.) тешкоћа увођења западњачких принципа заштите интелектуалне својине је у томе што ти принципи теже да преокрену социјалне вредности које су старе вековима.

патента, већ ћемо се осврнути на начелне проблеме поступка за његово стицање и администрирање. Разлог нашег интересовања за административну страну савременог патентног система произлази из чињенице да тешкоће које се последњих година постепено акумулишу у поступку за признање патента прете да компромитују систем у целини, односно лише га способности да остварује своју друштвену функцију.

Проблем који смо нагостили има светске размере јер је техника, по природи ствари, универзална, и јер привредно коришћење патентираних проналазака у ери глобалне економије не познаје државне границе.

Ради лакшег разумевања излагања које следи, корисно је на почетку разјаснити неколико битних премиса:

Прво, у упоредном праву надлежност за признавање патента има државна управа. Надлежни национални орган који спроводи поступак патентирања и води регистар патената је управни орган (завод, биро, институт, агенција или сл.). Поступак патентирања је, сходно томе, управни поступак, а патент се признаје управним актом (решењем о признању патента). Патент, као искључиво имовинско субјективно право, представља облик интелектуалне својине која се данас у великом делу света сматра равноправним делом корпуса својинских права за које важе посебне гаранције садржане у националним уставима и међународним конвенцијама.<sup>2</sup> Тако долазимо до главне специфичности поступка за признање патента: управни орган у управном поступку одлучује о конституисању својинског права, односно ствара, гаси и мења својинске односе. Другим речима, надлежност управног органа који спроводи поступак за при-

---

Закони који штите нематеријална добра у овим друштвима једноставно одражавају фундаменталне представе о томе шта друштво сматра подобним за искључиво присвајање... Интернационализација интелектуалне својине прети да подрије, ако не и да тотално уништи, вредности које традиционални системи приписују интелектуалној својини, и начин на који они алоцирају права на интелектуална добра“ (Gana, R. L.: *Has Creativity Died in the Third World? – Some Implications of the Internationalization of Intellectual Property* у Dinwoodie, Hennessey, Perlmutter: *International Intellectual Property Law and Policy*, Newark, 2001, стр. 16, 17).

2 Члан 1 Протокола бр. 1 уз Европску конвенцију о људским правима гласи: „Свако физичко или правно лице има право на неометано уживање своје имовине...“. Европски суд за људска права у својој пракси сматра неспорним да интелектуална својина (ауторско право, патент, жиг и др.) представља облик својине: „...стабилна пракса Суда је да концепт ‘имовине’ има аутономно значење које није ограничено на својину на физичким добрима и које је независно од класификације у домаћем праву... Суд ... има у виду да интелектуална својина као таква неспорно ужива заштиту на онову члана 1 Протокола бр. 1“ (из одлуке Европског суда за људска права у предмету *Anheuser-Bush Inc. v. Portugal*, бр. 73049/01 од 10.11.2005. године).

знање патента (али и других права индустријске својине) обухвата посао који, по својој правној природи, припада суду.<sup>3</sup> Тако, иако држава има обавезу да омогући судску контролу законитости одлука патентне управе,<sup>4</sup> патентна управа, као најстручнији државни орган у материји патената, носи на својим плећима велику друштвену одговорност.

Друго, као и сва остала права интелектуалне својине, патент има просторно ограничено дејство. По правилу, његово дејство се протеже само на територију државе чији управни орган га је признао, примењујући право те државе.<sup>5</sup> То значи да кад једно лице жели патент за одређени проналазак у више држава, оно мора да стекне патент за сваку државу посебно. Овај принцип просторне ограничености субјективних права интелектуалне својине назива се принципом територијалности.

Треће, у упоредном и међународном праву најшире прихваћени услови за патентирање проналаска су: новост, инвентивни ниво и привредна применљивост проналаска. Испуњеност сва три услова може да се цени са аспекта објективних и универзалних критеријума који се тичу појма стања технике (скуп свих јавно познатих техничких информација, који је релевантан за оцену новости и инвентивног нивоа проналаска) и појма привредне делатности (који је релевантан

---

3 Krabel, A.: Kommt das Patent durch staatlichen Verleihungsakt zustande? (GRUR 1977, стр. 205, 206). Једно од могућих објашњења ове ситуације повезано је са историјом патентног система у англосаксонском праву. Наиме, претеча модерног патентног законодавства у Енглеској био је Закон о монополим (енгл.— Satute of Monopolies) који је донесен 1623. године, и који је прописивао забрану свих привредних монопола, осим временски ограниченог монопола на проналазак. Тај допуштени монопол имао је карактер привилегије, а не својинског права, те је акт о његовом признавању био једна врста дозволе коју је држава давала појединцу. Отуда се на савремени управни акт којим се признаје патент као право интелектуалне својине може гледати као на реликт из историје патентног система. (Види ближе у Марковић, С.: Патентно право, Београд, 1997, стр. 12 и 17.)

Међутим, поред своје правне природе, поступак испитивања испуњености законских услова за признање патента има и своју веома наглашену (штавише преовлађујућу) техничку природу која тражи уско специјалистичко техничко знање државних службеника који спроводе поступак патентирања. Та околност може се сматрати једним од актуелних разлога да се посао патентирања повери техничком стручно-управном органу, а не суду (чија се знања и компетенција ограничавају на право).

4 Ова обавеза произлази из чл. 41, ст. 4 Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине из 1994. године.

5 Изузетак од овог правила су тзв. европски патент, евроазијски патент и афрички патент, који бивају признати у поступку који води одговарајућа наднационална (међународна) патентна управа образована одговарајућом међународном конвенцијом. О томе опширније у даљем тексту.



за оцену привредне применљивости проналаска). Кад се то повеже са принципом територијалности, произлази да свака национална патентна управа (нпр. Србије, Немачке, САД, Јужне Кореје) која испитује патентбилност истог проналаска (нпр. вакцине против птичјег грипа), у основи ради исти посао са циљем да утврди да ли може да призна патент за територију своје државе. Увиђање да се на овај начин непотребно расипају ресурси националних администрација навело је значајан број држава да уђу у специфичне међународне аранжмане који омогућују рационалнији, јевтинији и ефикаснији поступак патентирања истог проналаска у већем броју држава. То су: Уговор о оснивању Афричког завода за патенте из 1962. године, Уговор о сарадњи у области патената из 1970. године, Конвенција о издавању европских патената из 1973. године, Уговор о оснивању организације за индустријску својину англофонских афричких држава из 1976. године (са Протоколом о патентима и индустријском дизајну из Харареа 1982. године) и Конвенција о евроазијском патенту из 1994. године.<sup>6</sup>

Ради читалаца који су мање упућени у материју патентног права, ограничићемо се на кратак и врло поједностављен приказ Уговора о сарадњи у области патената и Конвенције о издавању европских патената, као најрелевантнијих за наше прилике.

Уговор о сарадњи у области патената (даље: УСП) је акт универзалног карактера, којим је установљен систем пријављивања једног проналаска за патентирање у већем броју држава путем подношења једне међународне пријаве патента. Та међународна пријава се подноси националном патентном органу државе чланице УСП-а у којој подносилац има држављанство, пребивалиште или предузеће, а затим се службено прослеђује Међународном бироу Светске организације за интелектуалну својину у Женеви. Подношење уредне међународне пријаве активира фикцију да је у свакој држави чланици УСП-а, која је у пријави назначена као држава у којој подносилац пријаве тражи патент, отпочео национални поступак патентирања, с тим да национална патентна управа назначене државе има обавезу да у првих 30 месеци не предузима ниједну управну радњу, већ да чека да се оконча тзв. међународна фаза патентирања.

Међународна фаза патентирања има један обавезан и један факултативни део.

---

<sup>6</sup> Поред тога што смањују посао националним патентним управама, ови аранжмани олакшавају проналазачима и њиховим правним следбеницима да пријаве проналазак за патентирање, односно да стекну патент у више држава; затим, доприносе уједначавању националних патентних прописа и, коначно, уједначају квалитет признатих патената на територијама различитих држава.

Обавезни део се састоји од међународног претраживања стања технике, релевантног за оцену новости и инвентивног нивоа пријављеног проналаска (међународни решерш) и међународне објаве пријаве са резултатом претраживања. Међународно претраживање врши један од тренутно 12 органа за међународно претраживање, при чему је ту реч о већ постојећим националним или наднационалним патентним управама које испуњавају посебне услове прописане УСП-ом.<sup>7</sup> Резултат међународног претраживања је извештај који садржи списак докумената у којима су садржане техничке информације у односу на које је могуће оценити новост и инвентивни ниво пријављеног проналаска. Тај извештај се такође доставља Међународном бироу, који га, заједно са међународном пријавом, објављује у року од 18 месеци од подношења пријаве.

Факултативни део међународне фазе патентирања састоји се од међународног претходног испитивања пријаве од стране органа за међународно претходно испитивање (који је иста установа као и орган за међународно претраживање). Задатак тог органа је да на основу већ урађеног извештаја о међународном претраживању оцени да ли је пријављени проналазак нов и да ли има инвентивни ниво.

По окончању међународне фазе, почиње национална фаза патентирања проналаска у свакој назначеној држави чланици УСП, и то на основу међународне пријаве, извештаја о међународном претраживању са преводом на службени језик те државе и, евентуално, извештаја о међународном претходном испитивању пријаве, са преводом. Поента националне фазе јесте да национална патентна управа сваке назначене државе,<sup>8</sup> ослањајући се на необавезујуће, али врло поуздане резултате међународне фазе, донесе решење о признању патента или одбијању захтева за признање патента, са дејством ограниченим само на територију те државе.

Овим системом начињен је један више него успели<sup>9</sup> компромис између принципа територијалности (патент признаје национал-

---

7 То су патентне управе Аустрије, Аустралије, Канаде, Кине, Шпаније, Финске, Јапана, Јужне Кореје, Русије, Шведске и САД, као и Европски завод за патенте.

8 У 2003. години свака међународна пријава патента садржавала је у просеку назначење 13,9 држава у којима је затражена патентна заштита. О успеху УСП-а сведочи и податак да је просечан број назначених држава у 1999. години био свега 6,5. (Trilateral Statistical Report 2004, Worldwide Patenting Activity, [http://www.trilateral.net/tsr/tsr\\_2004/ch3/](http://www.trilateral.net/tsr/tsr_2004/ch3/))

9 Несумњиви доказ успеха УСП-а јесте чланство које броји 132 државе (стање на дан 17.05.2006). Србија је чланица УСП-а од 1997. године. Од почетка функционисања УСП-а, број међународних пријава патената бележи просечан годишњи раст од око 17%. У 2005. години поднесено је 134.504 међународне УСП пријаве. (WIPO-PCT Statistical Indicators Report 1978–2005, [http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/pdf/pct\\_yearly\\_report.pdf](http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/pdf/pct_yearly_report.pdf))

ни управни орган, за територију те државе), и потребе за рационализацијом поступка патентирања истог проналаска у више држава (национална патентна управа се по правилу ослања на резултате међународне фазе, и тиме битно смањује свој утрошак времена и рада).

Конвенција о издавању европских патената (даље: КЕП) је акт регионалног карактера, али не представља део правног система Европске уније. КЕП-ом је дефинисано језгро унификованог материјалног патентног права, успостављена је европска патентна администрација – Европски завод за патенте, и утврђена су правила поступка за признавање европског патента. Суштина система је у томе да се цео поступак патентирања одређеног проналаска у више држава чланица КЕП-а (од подношења пријаве, преко њеног објављивања и испитивања, до доношења решења о признању патента) води код једног наднационалног органа (Европског завода за патенте), с тим да тако признати патент (европски патент) има независно важење на територији сваке назначене државе чланице КЕП-а.<sup>10</sup>

У поређењу са УСП-ом, евидентно је да КЕП представља корак напред ка рационализацији поступка патентирања истог проналаска у више држава (цео поступак патентирања има међународни карактер), али да ни принцип територијалности није напуштен (важење европског патента територијално је ограничено на сваку назначену државу чланицу КЕП-а појединачно). Како систем издавања европског патента подразумева да државе чланице одустају од своје суверене власти да одлучују о признању патента на својој територији, то он претпоставља релативно висок степен хармонизованости националних патентних прописа са материјалним патентним правом садржаним у КЕП-у, као и политичку вољу држава чланица за једним релативно високим степеном јединства у материји патентне заштите проналазака.<sup>11</sup>

Коначно, у вези са УСП-ом и КЕП-ом важне су можда још две напомене. Прво, оба система постоје паралелно са националним патентним системима држава чланица, тако да, на пример, држављанин Србије, који жели патент у Аустрији (која је чланица УСП-а и

---

10 У 2003. години, на основу једне европске пријаве патента у просеку је стечена патентна заштита у 7 држава чланица КЕП-а. (Документ СА/115/06, Patents Landscape in Europe, Japan and the USA, од 9.6.2006, поднесен на 106. седници Административног савета ЕПО, стр. 35).

11 Као и УСП, КЕП је био пун погодак: данас има 31 европску државу у свом чланству. Томе се морају додати још 5 европских држава (међу којима је и Србија) које на основу посебног Уговора о сарадњи и проширењу признају систем издавања европских патената, прихватајући важење европског патента на својој територији, иако нису пуноправне чланице КЕП-а. Србија је у таквом статусу од 1. новембра 2004. године.

КЕП-а), може поднети националну пријаву аустријској патентној управи, водити поступак (преко аустријског заступника) у Аустрији, и стећи аустријски патент. Дакле, УСП и КЕП не подразумевају гашење националних патентних система. Друго, УСП и КЕП су међусобно усклађени: Европски завод за патенте делује као орган за међународно претраживање и орган за међународно претходно испитивање у систему УСП-а; могуће је на основу међународне УСП пријаве у којој је назначен Европски завод за патенте, затражити и стећи европски патент за одређене државе чланице КЕП-а; подносилац европске пријаве патента може се позивати на међународно право првенства раније поднесене међународне УСП пријаве, као и обратно.

## 2. ЕЛЕМЕНТИ АДМИНИСТРАТИВНЕ КРИЗЕ ПАТЕНТНОГ СИСТЕМА

### 2.1. Ограничени административни капацитет патентних органа на супрот растућем обиму посла

На општем нивоу, појава да управни органи улазе у „маказе“ између прилива тзв. предмета и својих ограничених капацитета, није карактеристична само за патентну управу. Штетне последице таквих ситуација (неажурност у раду, пад квалитета одлука итд.) настоје се ублажити или отклонити одређеним процедуралним побољшањима, с једне, и јачањем институционалног капацитета органа (повећање броја и побољшање кадровске структуре запослених службеника, аутоматизација рада итд.), с друге стране.

Оно што се чини специфичним за патентну управу је следеће:

Прво, актуелно информатичко доба обележено је тзв. глобалном економијом у којој резултати људске креативности (нпр. технички проналасци, ауторска дела, дизајн) постају главни привредни ресурс и чинилац конкурентности привредних субјеката и националних привреда. То доводи до незадрживог раста значаја патентног система као инструмента легалног присвајања нових технологија. Како је људска креативност неисцрпан ресурс проналазака, чијом правном заштитом (патентирањем) они постају имовина својих стваралаца и њихових инвеститора, то је логично да број захтева за патентну заштиту у свету стално расте, стварајући све већи притисак на патентну управу.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> У 2003. години затражено је у свету 17.052.023 патената. У односу на 1999. годину кад је у свету затражено 7.451.674 патената, запажа се просечан

Друго, на основу Париске конвенције за заштиту индустријске својине из 1883. године, која данас броји 169 држава чланица, свака држава чланица дужна је да страном физичком или правном лицу које је заштићено Конвенцијом, на својој територији обезбеди иста права која имају држављани те државе.<sup>13</sup> То значи да се у државама чланицама Париске конвенције као подносиоци патентних пријава и титулари признатих патената равноправно јављају домаћи држављани и странци.

Треће, глобализација економског живота, у комбинацији са принципима територијалности заштите и националног третмана странаца у патентном праву, доводи до све израженије потребе тражења и стицања патента у иностранству.<sup>14</sup> Конкретније речено, проналазач или његов правни следбеник данас, у просеку, за исти проналазак тражи патентну заштиту у око 20 иностраних држава.<sup>15</sup>

Четврто, поступак испитивања испуњености услова за признање патента је екстремно сложен. Пријава патента је, у погледу прописане форме, најкомпликованији поднесак у праву, те је испитивање њене формалне уредности (укључујући услове „јединства проналаска“ и довољне описаности проналаска у пријави) релативно комплексно, изискује време и стручност. Још комплекснија и дуготрајнија је, међутим, фаза испитивања новости и инвентивног нивоа проналаска (тзв. суштинско испитивање пријаве). Како се испуњеност ова два услова цени у односу на стање технике, неопходно је да патентна управа прво утврди стање технике које је релевантно за оцену патентбилности сваког пријављеног прона-

---

годишњи раст од 23%. (Trilateral Statistical Report 2004, Worldwide Patenting Activity, [http://www.trilateral.net/tsr/tsr\\_2004/ch3/](http://www.trilateral.net/tsr/tsr_2004/ch3/)).

13 Реч је о принципу националног третмана странаца, који је прописан у чл. 4 Париске конвенције. У заштићена лица, пак, спадају лица која су држављани друге државе чланице Париске конвенције, или имају пребивалиште или озбиљно и стварно предузеће у таквој држави (чл. 2 и 3 Париске конвенције). Сви међународни споразуми из области заштите индустријске својине, који су закључени између држава чланица Париске конвенције, представљају тзв. посебне споразуме у смислу чл. 19 Париске конвенције, што значи да не смеју бити у супротности са одредбама Париске конвенције. То, дакле, важи и за конвенције које су у фокусу пажње у овом раду: УСП и ЕКП.

14 У државама у развоју, па и у мањим развијеним државама које нису лидери у технолошком развоју, по правилу, странци чине већину подносилаца патентних пријава и већину титулара патената. (Види WIPO Statistics on Patents, [http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/source/summary\\_filed\\_table.csv](http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/source/summary_filed_table.csv)).

15 У 1999. години је за један исти проналазак тражена патентна заштита у просеку у 12,3 иностране државе, док та цифра у 2002. години износи 19,4 (Trilateral Statistical Report 2004, Worldwide Patenting Activity, [http://www.trilateral.net/tsr/tsr\\_2004/ch3/](http://www.trilateral.net/tsr/tsr_2004/ch3/)). То говори о рапидној интернационализацији патентне активности.

ласка. Стање технике, у основи, чини скуп свих техничких информација које су било где у свету, било како и било када до дана подношења, односно дана првенства пријаве учињене доступним јавности. Претраживање (трв. решерш) стања технике је најобимнији посао патентне управе, јер подразумева технологију и знање за управљање десетинама милиона докумената<sup>16</sup> из целог света, на разним језицима. Оцена новости и, посебно, инвентивног нивоа проналаска, пак, захтева уско стручан и годинама обучаваан кадар.

Пето, убрзање технолошког напретка води све чешћој појави патентних пријава за проналаске у сасвим новим техничким областима, за које патентне управе морају „у ходу“ да развијају нове и адекватне методологије испитивања, што нужно успорава поступак и носи ризик од дестабилизације нивоа квалитета одлука.<sup>17</sup>

Имајући све ово у виду, враћамо се на питање шта је то што чини институционални капацитет патентне управе хронично проблематичним у односу на друге управне органе. Одговор је следећи: Рапидан технолошки напредак у последњих неколико деценија има две последице: (а) сталан раст броја захтева за патентном заштитом и (б) експоненцијално увећавање обима стања технике, што компликује и отежава поступак суштинског испитивања патентних пријава. Синергетски делујући, ове две последице постављају пред патентну управу задатак да се носи са све већим, компликованијим и одговорнијим послом, а да се при том не може сагледати крај тог феномена.<sup>18</sup>

---

16 Главни део извора информација о стању технике чини тзв. патентна документација, која се састоји од свих објављених патентних пријава и свих патената на свету. Сматрамо да се може основано претпоставити да расположиву светску патентну документацију данас чини преко 50 милиона докумената. Ову цифру добили смо „укрштањем“ два извора: једног из 2004. године, који помиње око 45 милиона докумената (Patlib Network, [http://patlib.european-patent-office.org/welcome/pat\\_info/index.en.php](http://patlib.european-patent-office.org/welcome/pat_info/index.en.php)) и другог из 2005. године, који каже да главна електронска база података коју користи Европски завод за патенте омогућује приступ 53 милиона патентних докумената (EPO Annual Report 2005, <http://annual-report.european-patent-office.org/2005/review/index.en.php>). Други важан извор информација о стању технике чини тзв. непатентна документација, као што су научни и стручни часописи и књиге, убеници, енциклопедије и сл.

17 Примера ради, то су пријаве за проналаске који се односе на генетско инжењерство (секвенце гена), нанотехнологију и сл.

18 Ово није прва административна криза патентног система. Претходна је имала свој врхунац почетком 70-тих година 20. века. Она је у упоредном праву разрешена реформом поступка патентирања проналазака, конкретније, преласком националних патентних управа са тзв. система претходног испитивања патентне пријаве на тзв. систем одложеног испитивања. Систем претходног испитивања подразумевао је *ex officio* суштинско испитивање сваке пријаве, и објављивање само оних проналазака за које је признат патент. Недостаци тог система били су: (а) немогућност

За сумарну илустрацију последица ове појаве нека послужи следећи цитат: „Број патентних пријава драматично се повећао у целом свету. Процењује се да има око 7 милиона пријава у свету које чекају испитивање, а стопа годишњег увећања обима посла током прошле деценије је у распону од 20% до 30%. Технологија постаје све комплекснија, а захтеви корисника патентног система за квалитетом су увећани“.<sup>19</sup>

## 2.2. Парадокс принципа територијалности: Глобални патентни систем као зависник од трију патентних администрација (тзв. патентне трилатерале)

Као што је већ овде истакнуто, настојање да се превазиђе нерационалност стриктне примене принципа територијалности у поступку стицања патентне заштите, утрло је пут наднационалним (међународним) системима за пријављивање и стицање патента, као што су УСП и КЕП.

Рађање ова два система институционализовало је један број квалитетних националних патентних управа као међународне центре за претраживање стања технике и суштинско испитивање пријава. У систему УСП-а то су органи за међународни решерш и органи за међународно претходно испитивање,<sup>20</sup> а у систему ЕКП-а то је Европски завод за патенте (даље: ЕЗП), као управа која спроводи цео поступак издавања европског патента. Природно је да су те па-

---

патентне управе да, због великог обима посла, у разумном року оконча поступак патентирања (просек око 7–10 година), као и (б) умањени информациони ефекат патентног система, будући да су се објављивали само патентирани (а не сви пријављени) проналасци, и то са временском задршком (по окончању поступка патентирања), кад су већ постали технолошки превазиђени. Систем одложеног испитивања пријаве донео је две огромне предности: (а) сви пријављени проналасци објављују се најкасније 18 месеци од подношења пријаве (дакле, патентни систем представља највећи генератор нових техничких информација које чине стање технике у свету), и (б) у фазу суштинског испитивања иду само оне пријаве за које је подносилац то изричито тражио у року од 6 месеци од објављивања проналаска (чиме је, због одустанка пријавилаца од својих пријава, патентна управа поштеђена суштинског испитивања барем у око 1/3 пријава). На тај начин, смањивши обим посла, патентне администрације су током 70-тих и почетком 80-тих година 20. века поново ухватиле корак са приливом пријава. У СФРЈ је систем одложеног испитивања патентних пријава уведен 1981. године Законом о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања (*Сл. лист СФРЈ*, 34/81). Занимљиво је да су САД биле једина држава на свету која је истрајавала на традиционалном систему претходног испитивања патентне пријаве све до реформе патентног законодавства 1999. године. О данашњем систему признавања патената у САД види у даљем тексту.

19 USPTO – 21<sup>st</sup> Century Strategic Plan, [http://www.uspto.gov/web/offices/com/strat21/stratplan\\_03feb2003.pdf](http://www.uspto.gov/web/offices/com/strat21/stratplan_03feb2003.pdf), стр. 3.

20 Види фусноту бр. 7.

тентне управе примиле на себе огроман посао, растеретивши националне патентне управе других земаља.

Уз то, одређени број држава које немају административни капацитет да оснују и издржавају „озбиљну“ патентну управу која врши суштинско испитивање пријава, успоставља национални систем патентирања проналазака, који уопште не обухвата испитивање новости и инвентивног нивоа проналаска, већ се ограничава само на проверу формалне уредности пријаве, њено објављивање и регистрацију патента. Такав систем може се означити као „систем регистрације патената“, у којем важи **оборива претпоставка** да патентирани проналазак испуњава услове патентбилности. Суштинском испитивању приступа се тек накнадно, у року који прописује закон или случају оспоравања валидности те претпоставке од стране трећег лица, или у случају спора због повреде патента (у којем се валидност те претпоставке поставља као претходно питање). При том, суштинско испитивање не врши патентна управа те државе, већ, по правилу: (а) тај се посао поверава неком од поменутих међународних центара, или (б) патент (инострани или европски) који је у међувремену признао неки од тих центара за тај исти проналазак, сматра се доказом валидности и патента који се проверава.<sup>21</sup>

Поред ова два начина на која *de iure* долази до делимичног или потпуног измештања главног дела поступка патентирања проналазака из националних патентних управа у поменуте међународне органе, постоји и процес са истим учинком, који се одвија *de facto*. Реч је о пракси значајног броја националних патентних управа да „уштеде“ себи посао претраживања стања технике и утврђивања новости и инвентивног нивоа проналаска који је пријављен за патентирање и у другим државама или код одређене међународне патентне управе, тако што, неформалним застајањем у поступку, чекају резултате испитивања других националних или међународних патентних управа, како би их искористили. Ради поузданости тих резултата, природно је да се највише користе резултати Европског завода за патенте и оних националних управа које делују као међународни органи у систему УСП-а.

Избор патентних управа које на описане начине преузимају терет све веће интернационализације патентне активности зависи од више фактора, међу којима су најважнији: статус међународног органа у систему УСП-а, величина географског региона који гравитира том органу и службени језик органа. Тако су се у глобалним размерама издвојиле три патентне управе, које чине тзв. трилатералу:

---

<sup>21</sup> Види нпр. Закон о индустријским власништву у Босни и Херцеговини од 2002. године, чл. 42, 43.



Европски завод за патенте,<sup>22</sup> Завод за патенте и жигове САД и Јапански завод за патенте.<sup>23</sup>

Моћ и значај трилатерале одмах су видљиви на основу два статистичка податка: Прво, од свих (око 5.652.000) патената који су важили у свету 2003. године, 86% је издато од стране патентних управа трилатерале.<sup>24</sup> Друго, по броју првих пријава за исти проналазак, већ деценијама су патентне управе трилатерале на врху. У 2003. години, од свих првих пријава за исти проналазак у свету (826.191), око 81% је поднесено патентним управама трилатерале.<sup>25</sup>

Другонаведени податак је од посебне важности и заслужује коментар који би, за почетак, требало да разјасни појам „прве пријаве за исти проналазак“. Наиме, разумљиво је да једно лице које жели патент за један одређени проналазак у већем броју држава, по правилу није у могућности да истовремено поднесе пријаву већем броју националних и/или међународних патентних управа, већ то чини сукцесивно. При том, од посебног значаја је прва пријава коју он подноси (националној патентној управи своје или иностране државе, или одређеној међународној патентној управи), јер он том пријавом заснива право међународног првенства у смислу чл. 4 Париске конвенције. На основу тог права првенства, он може у року од наредних 12 месеци поднети пријаву за исти проналазак на-

---

22 Европски завод за патенте је орган за међународно претраживање и међународно претходно испитивање у систему УСП-а; орган који води цео поступак и признаје европски патент са важењем у 36 европских држава; орган који представља „копчу“ између УСП система међународног пријављивања проналазака и система издавања европског патената. Ова институција ради на три службена језика: енглеском, немачком и француском, што значи да су њене услуге приступачне највећем делу планете, без језичких баријера.

23 Завод за патенте и жигове САД и Јапански завод за патенте имају статус органа за међународно претраживање и органа за међународно претходно испитивање у систему УСП-а. Оба завода раде само на службеном језику своје државе. Оно што њих чини делом „трилатерале“ јесте чињеница да су то националне патентне управе две водеће силе у технолошком развоју, које годишње приме највећи број патентних пријава и признају највећи број патената у свету. Њихове одлуке имају непосредне или посредне технолошке и економске последице за цели свет.

24 Од тога, 37% (2.089.000) признао је Европски завод за патенте, 30% (1.670.000) признао је Завод за патенте и жигове САД, 19% (1.101.000) признао је Јапански завод за патенте, док су остатак од 14% (792.000) признале све остале националне и међународне патентне управе на свету. (Trilateral Statistical Report 2004, The Trilateral Offices, [http://www.trilateral.net/tsr/tsr\\_2004/ch2/](http://www.trilateral.net/tsr/tsr_2004/ch2/)).

25 Од тога, 43% (358.184) првих пријава за исти проналазак поднесено је Јапанском заводу за патенте, 22% (184.758) Заводу за патенте и жигове САД, 16% (126.761) Европском заводу за патенте, док је остатак од 19% (156.488) поднесено свим осталим националним и међународним патентним управама на свету. (Trilateral Statistical Report 2004, Worldwide Patenting Activity, [http://www.trilateral.net/tsr/tsr\\_2004/ch3/](http://www.trilateral.net/tsr/tsr_2004/ch3/)).

ционалној патентној управи било које друге државе или било којој међународној патентној управи, а да му се, при том, као датум првенства друге и свих потоњих пријава рачуна датум подношења прве пријаве.<sup>26</sup> Прва пријава се назива „приоритетна пријава“, а друга и све потоње називају се „секундарне“ пријаве. Све пријаве за исти проналазак (без обзира којој патентној управи су поднесене), које имају исти датум међународног првенства, сачињавају тзв. фамилију патентних пријава, а патенти који су на основу тих пријава признати сачињавају тзв. патентну фамилију.

У чему је, дакле, одговорност трилатерале за глобални патентни систем? У томе што се на основу приоритетне пријаве за одређени проналазак, која је поднесена у било којој патентној управи трилатерале, посредством секундарних пријава за исти проналазак у наредних 12 месеци (рок за тражење међународног права првенства) затражи патентна заштита у просеку за бар 20 држава света.<sup>27</sup> На тај начин свака патентна управа трилатерале, делујући као орган за међународно претраживање и орган за међународно претходно испитивање у систему УСП-а (а Европски завод за патенте, уз то, делујући и као наднационална патентна управа Европе), и као национална патентна управа своје државе, *de iure* и *de facto* постаје одговорна (непосредно или посредно) за судбину читаве фамилије патентних пријава у свету. Другим речима, квалитет рада патентних управа трилатерале, испољен кроз поузданост извештаја о претраживању стања технике и поузданост оцене да ли пријављени проналазак испуњава услов новости и инвентивног нивоа, утиче на патентбилност једног проналазак у свету. Уз то, брзина поступка у патентним управама трилатерале утиче на брзину поступка по свим пријавама из исте фамилије, одн. на брзину патентирања једног проналазак у свету.

---

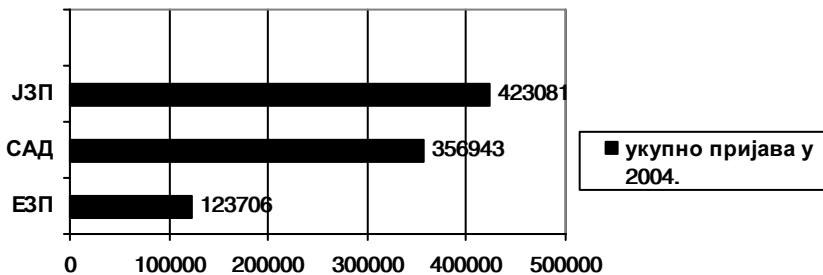
26 Смисао признања међународног права првенства је у томе да се приликом суштинског испитивања друге и свих потоњих пријава за исти проналазак, испуњеност услова новости и инвентивног нивоа проналазакa цени према стању технике на дан подношења прве пријаве. Тиме, наравно, изгледа за патентирање проналазакa бивају већи него да нема права међународног првенства пријаве.

27 Реч је о податку за 2002. годину. Овај податак тражи прецизирање. Статистика каже да једна приоритетна пријава за одређени проналазак, која је поднесена било где у свету, произведе у просеку 0,48 секундарних пријава. Међутим, како су те секундарне пријаве, по правилу, међународне пријаве у систему УСП-а и/или европске пријаве у систему КЕП-а (а нису, наравно, искључене ни пријаве евроазијског или афричког патента) којима се тражи патентна заштита за територију већег броја држава, то произлази да једна приоритетна пријава за одређени проналазак резултира, у крајњем ефекту, тражењем патентне заштите за исти проналазак у 19,4 државе света. Како је око 81% приоритетних пријава у 2003. години поднесено патентним управама трилатерале, можемо закључити да свака приоритетна пријава поднесена код трилатерале резултира са бар око 20 захтева за стицање патентне заштите за исти проналазак у свету. (Trilateral Statistical Report 2004, Worldwide Patenting Activity, [http://www.trilateral.net/tsr/tsr\\_2004/ch3/](http://www.trilateral.net/tsr/tsr_2004/ch3/)).

Констатација да је глобални патентни систем постао зависник од трилатерале импликује одређену негативну конотацију која нема своје упориште у апстрактном антиглобализму, већ има у виду чињеницу да је свака патентна управа трилатерале првенствено лојална својој мисији као национална, одн. регионална патентна управа, па тек затим својој глобалној мисији. Конкретније, Завод за патенте и жигове САД и Јапански патентни завод су део управног апарата својих држава, а свака од њих има своју политику заштите интелектуалне својине и своје стратешке технолошке и економске циљеве. Европски завод за патенте, пак, иако формално није орган Европске уније, све више је уклопљен у политику и стратешке циљеве ЕУ. Тако су ове три патентне управе, свака на свом делу планете, разапете између националног (регионалног) задатка да суверено воде поступак патентирања проналазака и нарастајућих проблема у задовољавајућој реализацији тог задатка, који имају глобалне последице.

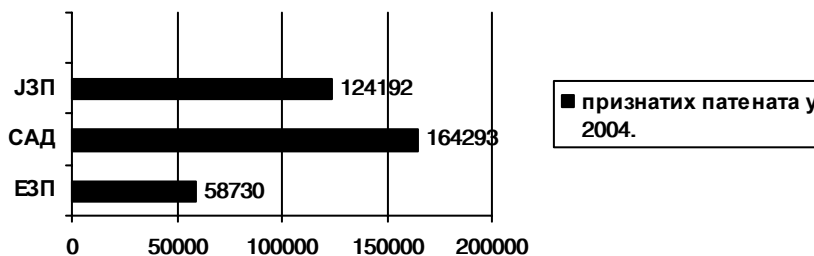
### 2.3. Стање у патентним администрацијама „трилатерале“

За обим посла сваке патентне управе почетни индикатор јесте годишњи број пријава патената. Табела показује укупан број пријава (са уделом међународних пријава у којима је назначена односна патентна управа трилатерале у систему УСП-а) које су патентним управама трилатерале поднесене 2004. године.<sup>28</sup>



<sup>28</sup> Види службене годишње извештаје за 2004. годину Европског завода за патенте ([http://annual-report.european-patent-office.org/2004/statistics/pdf/tab\\_7\\_1.pdf](http://annual-report.european-patent-office.org/2004/statistics/pdf/tab_7_1.pdf)) и Јапанског завода за патенте (<http://www.deux.jpo.go.jp/cgi/search.cgi?query=annual+report+2005&lang=en&root=short>). За Завод за патенте и жигове САД коришћени су подаци из статистике Светске организације за интелектуалну својину ([http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/source/summary\\_filed\\_table.csv](http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/source/summary_filed_table.csv)). Да би се стекла представа о пропорцијама о којима је овде реч, напоменимо и то да је у 2004. години Немачки завод за патенте и жигове примио укупно 59.234 пријава, а Завод за интелектуалну својину Србије (тада СЦГ) 1.307 пријава. Види извештај о раду Завода за патенте и жигове СР Немачке ([http://www.dpma.de/veroeffentlichungen/jahresbericht04/dpma\\_jb\\_2004.pdf](http://www.dpma.de/veroeffentlichungen/jahresbericht04/dpma_jb_2004.pdf)) и Извештај о раду Завода за интелектуалну својину СЦГ у 2004. години, Гласник интелектуалне својине Београд, 2005/2, стр. 417.

За учинак сваке патентне управе битна су два квантитативна критеријума (број окончаних предмета по пријавама које су суштински испитане, и време трајања поступка) и један квалитативан (законитост одлука). Због међусобних разлика у поступку патентирања и немогућности поређења података, табела упоредно приказује посредни индикатор обима урађеног посла – број признатих патената у 2004. години.<sup>29</sup>



Други квантитативни критеријум је трајање поступка пред патентном управом. Као релевантни и донекле упоредиви рокови узимају се: (а) протек времена од постављања захтева за суштинско испитивање пријаве до прве управне радње патентне управе, која се односи на меритум и (б) протек времена од постављања захтева за суштинско испитивање пријаве до окончања тог испитивања. Табела приказује трајање оба рока у месецима у патентним управама трилатерале у 2003. и 2004. години.<sup>30</sup>

|     |         |      |      |      |
|-----|---------|------|------|------|
|     | рок (а) | 24,9 | 21,7 |      |
| ЕПО | рок (б) | 37,7 | 41,4 |      |
|     | рок (а) | 25,0 | 26,6 |      |
| ЈПО | рок (б) | 31,1 | 31,6 |      |
|     | рок (а) | 18,4 | 20,2 | 21,1 |
| САД | рок (б) | 26,7 | 27,6 | 29,1 |

<sup>29</sup> Види [http://www.trilateral.net/tsr/tsr\\_2004/ch2/](http://www.trilateral.net/tsr/tsr_2004/ch2/) и [http://annual-report.european-patent-office.org/2004/statistics/\\_pdf/tab\\_7\\_4.pdf](http://annual-report.european-patent-office.org/2004/statistics/_pdf/tab_7_4.pdf). Поређења ради, у 2004. години је Немачки завод за патенте и жигове признао 16.661 патент, а Завод за интелектуалну својину Србије (тада СЦГ) 175 патената (не рачунајући 83 мала патента за која се не спроводи суштинско испитивање). Види WIPO – Patents Granted by Office 1982–2004, [http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/source/granted\\_national\\_table.csv](http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/patents/source/granted_national_table.csv).

<sup>30</sup> Документ CA/115/06, Patents Landscape in Europe, Japan and the USA, од 9.6.2006, поднесен на 106. седници Административног савета ЕПО, стр. 31. Подаци за Завод за патенте и жигове САД за 2005. годину узети из „USPTO 2005 Performance and Accountability Report – Patent Performance“ [http://www.uspto.gov/web/offices/com/annual/2005/040201\\_patentperform.html](http://www.uspto.gov/web/offices/com/annual/2005/040201_patentperform.html).

Уопштено говорећи, видљива је тенденција продужења рока трајања поступка. При том, наведени рокови ни изблиза не одражавају укупно време које прође од подношења пријаве патента до мериторне одлуке управе. Наиме, због различитости у патентном процесном праву које примењују управе трилатерале, на патент се може чекати у просеку од око 4 године (Европски завод за патенте) до скоро 7 година (Јапански завод за патенте).

Ресурси који су неопходни да би патентне управе трилатерале функционисале су енормни.<sup>31</sup> Све патентне управе трилатерале су на врло високом нивоу аутоматизације, у свом раду користе дигиталне базе података и стимулишу подношење пријава у електронском формату.<sup>32</sup>

Због недостатка кадрова и просторних услова, Завод за патенте и жигове САД и Јапански завод за патенте већ годинама ангажују специјализоване фирме и институте да, као спољни сарадници, за њихове потребе врше претраживање стања технике. Упркос планираном расту броја запослених,<sup>33</sup> планира се још веће ослањање на спољне сараднике.

Предвиђање раста обима посла патентних управа трилатерале<sup>34</sup> отвара питање њихове способности да се носе са својим задацима у будућности, а то су, првенствено:

- убрзање поступка патентирања,

---

31 Европски завод за патенте у 2005. години имао је 6.118 запослених, од тога око 3.500 инжењера-испитивача и буџет од око 1.213.400.000 евра, одн. 1,56 милијарди долара ([http://annual-report.european-patent-office.org/2005/financial\\_report/\\_images/income.gif](http://annual-report.european-patent-office.org/2005/financial_report/_images/income.gif)); Завод за патенте и жигове САД у 2005. години имао је 7.363 запослених, од тога 4.258 инжењера испитивача ([http://www.uspto.gov/web/offices/com/annual/2005/0401\\_mission\\_org.html](http://www.uspto.gov/web/offices/com/annual/2005/0401_mission_org.html)) и буџет од око 1,5 милијарди долара ([http://www.uspto.gov/web/offices/com/annual/2005/040601\\_budget\\_resreq.html](http://www.uspto.gov/web/offices/com/annual/2005/040601_budget_resreq.html)); Јапански завод за патенте у 2005. години имао је 2.651 запосленог, од тога 1.358 инжењера испитивача и буџет од 117.554.116.000 јена, одн. око 1,016 милијарди долара ([http://www.jpo.go.jp/shiryou\\_e/toushin\\_e/kenkyukai\\_e/pdf/ar2005/ar2005\\_part05.pdf](http://www.jpo.go.jp/shiryou_e/toushin_e/kenkyukai_e/pdf/ar2005/ar2005_part05.pdf)).

32 Јапански завод за патенте је у том погледу најдаље отишао, јер је у 2005. години око 97% пријава патената поднесено у електронском облику.

33 Јапански завод за патенте планира запошљавање по 100 нових инжењера-испитивача годишње до 2008. године (Trilateral Statistical Report 2004, The Trilateral Offices, [http://www.trilateral.net/tsr/tsr\\_2004/ch2/](http://www.trilateral.net/tsr/tsr_2004/ch2/)).

34 Примера ради, Европски завод за патенте предвиђа годишњи раст броја патентних пријава од око 5%, одн. 10.000 до 11.000. То значи да ће ова институција 2011. године примити око 256.000 пријава. (Документ CA/125/06, Future Workload, од 8.6.2006, поднесен на 106. седници Административног савета ЕПО.) Јапански Завод за патенте предвиђа да ће ускоро број неиспитаних пријава нарасти са око 606.000 на око 800.000 ([http://www.jpo.go.jp/shiryou\\_e/toushin\\_e/kenkyukai\\_e/pdf/ar2005/ar2005\\_part01.pdf](http://www.jpo.go.jp/shiryou_e/toushin_e/kenkyukai_e/pdf/ar2005/ar2005_part01.pdf)).

- смањење трошкова патентирања, како би предности патентне заштите биле шире доступне (нарочито појединцима и малим и средњим предузећима),
- унапређење квалитета рада у смислу повећања поузданости одлука.

### 3. ПУТЕВИ И ПРЕПРЕКЕ ЗА ПРЕВАЗИЛАЖЕЊЕ КРИЗЕ

#### 3.1. Међусобна оперативна сарадња патентних управа трилатерале

Подразумева се да свака патентна управа трилатерале има своје планове развоја, усаглашене са политиком владе своје државе (САД, Јапан), односно Административног савета Европске патентне организације (који управља Европским заводом за патенте).<sup>35</sup> Из тих планова је, међутим, видљиво да су све три патентне управе свесне тога да се не могу ослонити у недоглед на повећавање броја запослених, усавршавање документационе основе за суштинско испитивање патентних пријава, побољшавање аутоматизације, техничко дотеривање поступка патентирања и сл.

Трилатерална сарадња, која је отпочела још крајем 80-тих година, званично се бави овим питањима од конференције посвећене смањењу обима посла и трошкова у патентним управама трилатерале, која је одржана 2001. године у Токију. Отада, па до данас, из свих разматрања ових питања произлази да кључ за будућност глобалног патентног система представља оперативна сарадња у оквиру трилатерале.

Оно што трилатералу посебно мотивише да међусобно сарађује је феномен тријадних фамилија патентних пријава. Наиме, према подацима за 2000. годину, свака патентна управа трилатерале добија између 8,7% и 28,8% секундарних пријава које су поднесене на основу приоритетних пријава поднесених код сваке друге патентне управе трилатерале.<sup>36</sup> Ако је патентна заштита за исти проналазак

---

<sup>35</sup> САД су 2003. године усвојиле „Стратешки план за 21. век“, који почиње реченицом: „Завод за патенте и жигове САД је под опсадом.“ (USPTO – The 21<sup>st</sup> Century Strategic Plan, [http://www.uspto.gov/web/offices/com/strat21/stratplan\\_03feb2003.pdf](http://www.uspto.gov/web/offices/com/strat21/stratplan_03feb2003.pdf)). Разматрања Административног савета Европске патентне организације обухваћена су од 2005. године под именом „Стратешка дебата“. Сви документи на ту тему могу се наћи на [http://ac.european-patent-office.org/strategy\\_debate/documentation/index.en.php](http://ac.european-patent-office.org/strategy_debate/documentation/index.en.php).

<sup>36</sup> Подаци су из 2000. године. Највећи „промет“ је на релацији Европски завод за патенте – Завод за патенте и жигове САД (28,8%), а најмањи на релацији

затражена код све три патентне управе трилатерале, а при том је приоритетна пријава поднесена код било које од те три управе, онда се говори о тријадној фамилији пријава. У случају да је свака патентна управа трилатерале признала патент за тај проналазак, реч је о тријадној патентној фамилији.<sup>37</sup> Број тријадних патентних фамилија бележи сталан раст – од око 30.000 у 1991. години на око 51.500 у 2002. години.<sup>38</sup> Како су тријадне фамилије патентних пријава, одн. патената само језгро шире (глобалне) фамилије патентних пријава, одн. патената, то је евидентно да брзина и квалитет рада сваке од патентних управа трилатерале значајно утиче не само на функционирање глобалног патентног система, већ и на технолошко-економске импликације патентне заштите.

Горњи подаци детерминишу неопходну садржину оперативне сарадње између патентних управа трилатерале, а то је **међусобно коришћење резултата суштинског испитивања приоритетних пријава поднесених код једне управе, за потребе поступка по секундарним пријавама које су поднесене код других управа трилатерале.** То коришћење може имати више облика:

Идеално би било да она патентна управа трилатерале, која прими приоритетну пријаву за одређени проналазак, буде у стању да у року међународног првенства од 12 месеци заврши поступак суштинског испитивања, како би подносилац пријаве, зависно од резултата испитивања, знао да ли може рачунати на патентну заштиту и на основу секундарних пријава. Поента је у томе да он нема потребе да подноси секундарне пријаве ако је на основу приоритетне пријаве утврђено да проналазак не испуњава услове за патентирање. Обрнуто, ако је на основу приоритетне пријаве утврђено да проналазак испуњава услове за патентирање, он ће бити мотивисан да поднесе и секундарне пријаве, рачунајући на то да ће патентне управе које одлучују о секундарним пријавама „преузети“ резултате испитивања приоритетне пријаве.

---

Јапански завод за патенте – Европски завод за патенте (8,7%). (Trilateral Statistical Report 2004, Worldwide Patenting Activity, [http://www.trilateral.net/tsr/tsr\\_2004/ch3/](http://www.trilateral.net/tsr/tsr_2004/ch3/)).

37 Тријадне фамилије патентних пријава од недавно су узете од стране OECD-а као статистички показатељ који, по правилу, означава патенте веће технолошке и економске вредности, и који омогућује релативно објективан увид у многе важне процесе и појаве, као што су интензитет техничког стваралаштва у појединим државама, однос између улагања у истраживање и развој према броју патената итд. За даље проучавање види изузетно користан сајт OECD – Measuring Science and Technology, [http://www.oecd.org/statisticsdata/0,2643,en\\_2649\\_34451\\_1\\_119656\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/statisticsdata/0,2643,en_2649_34451_1_119656_1_1_1,00.html).

38 <http://www.oecd.org/dataoecd/60/24/8208325.pdf>.

Мање идеалан, али зато реалнији сценарио подразумевао би да патентне управе које испитују секундарне пријаве „преузимају“ резултате оне патентне управе која је испитивала приоритетну пријаву, независно од рока у којем је окончано испитивање приоритетне пријаве (битно је само да тај рок истекне пре него отпочне испитивање секундарних пријава).

Још мање идеалан, али зато најреалнији облик оперативне сарадње патентних управа трилатерале јесте да оне међусобно признају само извештаје о претраживању стања технике (решершне извештаје) у поступку по пријавама које чине трилатералну фамилију пријава. У том правцу иду предлози које је у својим разматрањима могућих облика сарадње формулисала свака патентна управа трилатерале.<sup>39</sup> У врло ограниченом и експерименталном облику, овај облик сарадње је већ отпочео између Јапанског завода за патенте и Завода за патенте и жигове САД.

### 3.2. Специфичности европског дела трилатерале

Европски завод за патенте је наднационална регионална патентна управа која ради за 31 европску државу. Све те државе су, без обзира на КЕП, задржале своје национално патентно законодавство и своју националну патентну управу. Будући да је стицање европског патента једноставније и јавтиније од стицања већег броја националних патената у Европи, природна последица овог паралелизма је да прилив пријава у националним патентним управама Европе опада, а да прилив европских пријава у Европском заводу за патенте расте. Тако је Европски завод за патенте у ситуацији да растерећење од све већег нагомилавања посла тражи не само у оквиру трилатералне сарадње, већ и у оквиру своје коегзистенције са националним патентним управама европских држава. Тзв. стратешка дебата, која у Административном савету Европске патентне организације траје последњих година, за сада је резултирала одлуком да се, на експерименталној и ограниченој основи, повери патентним управама Велике Британије, Аустрије и Немачке да достављају Европском заводу за патенте своје извештаје о стању технике који су урађени по националним приоритетним пријавама. На основу тога ће Европски завод за патенте, решавајући о секундарним европским пријавама, моћи да користи те извештаје, и на тај начин, скрати поступак признања европског патента.<sup>40</sup>

---

39 Европски завод за патенте у предлогу „New Route“, Јапански завод за патенте у предлогу „Patent Prosecution Highway“, Завод за патенте и жигове САД у предлогу „TRIWAY“. Детаљније види у документу СА/44/06, Trilateral Strategic Issues, од 12.6.2006, поднесеном на 106. седници Административног савета ЕПО, стр. 3, 4.

40 Пројекат је уобличен документом „Project Initiation Document – Utilisation Pilot Project (UPP)“, СА/121/06, од 8.6.2006, поднесеним на 106. седници Административног савета ЕПО.



### 3.3. Основне препреке за оперативну сарадњу у оквиру трилатерале

Постоје многе препреке за оперативну сарадњу у оквиру трилатерале, од којих ћемо се ми осврнути само на оне које се тичу права. Наиме, услов да свака патентна управа трилатерале призна резултате испитивања сваке друге патентне управе трилатерале јесте да има поверење у њих. У идеалном случају, ако је, на пример, Европски завод за патенте признао патент за одређен проналазак на основу приоритетне пријаве, Јапански завод за патенте и Завод за патенте и жигове САД би требало да, без провере, признају патент на основу секундарних пријава. Другим речима, свака патентна управа трилатерале морала би да верује да би и сама дошла до истих резултата испитивања, до којих је дошла она чији резултати се преузимају. Да би то било постигнуто, потребно је да се испуне одређене техничке и правне претпоставке.

На техничком нивоу, ово питање тангира квалитет документационе основе која служи за утврђивање стања технике, методологију претраживања, квалитет софтверских алата уз помоћ којих се то ради и обученост инжењера-испитивача. У тој сфери, како је већ напоменуто, већ се одвијају одређени облици сарадње. Међутим, сваки виши облик сарадње, за сада, наилази на једну тешко премостиву препреку. Та препрека је неусклађеност процесног и материјалног патентног права које примењују патентне управе трилатерале.

У даљем тексту настојаћемо да пружимо поједностављену упоредну анализу процесног и материјалног патентног права, како је уређено КЕП-ом (даље: европско право),<sup>41</sup> Законом о патентима САД<sup>42</sup> и Законом о патентима Јапана,<sup>43</sup> и укажемо на најзначајније разлике.

#### 3.3.1. Материјално патентно право

У сва три система патент се признаје за проналазак. Међутим, значајне су разлике у садржини тог појма. Док се европско право и даље држи традиције да проналазак мора бити у домену технике, изричито регулишући да рачунарски програми (као такви) и ментални процеси нису проналасци,<sup>44</sup> дотле је америчко право већ напра-

---

41 Конвенција о издавању европског патента, 1973.

42 Закон о патентима, 1952, последњи пут амандиран 2002. године.

43 Закон о патентима, 1959, амандиран више десетина пута – последњи пут 2003. године.

44 КЕП, чл. 52, ст. 1, 2, 3.

вило одлучан искорак ка обухватању рачунарских програма и тзв. пословних метода појмом проналаска.<sup>45</sup> Јапанско право је негде на средини, признајући рачунарске програме као патентбилне проналаске, али и даље искључујући пословне методе.<sup>46</sup>

Сва три система прописују новост као први услов за патентирање проналаска. При том, у европском и јапанском праву концепт новости је исти (проналазак је нов ако на дан првенства пријаве није био обухваћен стањем технике, тј. није био учињен доступним јавности на било који начин и било где у свету).<sup>47</sup> Насупрот томе, амерички концепт новости је екстремно компликован. Главне разлике у односу на европски и јапански систем су у томе што се, с једне стране, проналазак сматра новим упркос томе што је претходно јавно коришћен у иностранству, док, с друге стране, губи новост ако је претходно тајно коришћен у САД.<sup>48</sup> При томе се као тренутак у односу на који се утврђује новост проналаска у поменутиим случајевима узима дан кад је проналазач који је поднео пријаву начинио тај проналазак (а не дан првенства пријаве, као што се рачуна у Европи и Јапану). Дан првенства пријаве, пак, рачуна се као релевантан за утврђивање новости проналаска у САД у случају да је проналазак патентиран или описан у штампаној публикацији у САД или иностранству, одн. стављен у јавну употребу или на тржиште у САД пре више од годину дана.<sup>49</sup> У том случају, дакле, проналазак неће бити нов за потребе поступка патентирања у САД. Ако је, пак, прошло мање од годину дана, проналазак ће бити нов, што упућује на својеврстан „рок милости“ (енгл. – *grace period*) током којег поменуте радње (посебно опис проналаска у штампаној публикацији и јавно коришћење проналаска) немају негативан утицај на новост проналаска, иако су учињене пре подношења пријаве.

45 То је резултат релативно екстензивног и еволуционистичког тумачења чл. 101 Закона о патентима, који одређује да се проналазак може односити на поступак, машину, производ или хемијску композицију. Огроман притисак америчке софтверске индустрије да патентира своје производе, који се кроз судску праксу може пратити од предмета *Gottschalk v. Benson* из 1968. године (Врховни суд САД), уродио је плодом у предмету *Diamond v. Diehr* из 1981. године (Врховни суд САД). Затим је у предмету *State Street Bank v. Signature Financial Group* из 1991. године Федерални апелациони суд стао на становиште да нема законског основа да се патенти не признају и за пословне методе, јер су они само подврста поступака које помиње чл. 101 Закона о патентима. То становиште је касније применило Жалбено веће Завода за патенте и жигове САД у предмету *Ex Parte Lundgren* из 2005. године.

46 Закон о патентима, чл. 2, ст. 3 (од амандмана из 2002. године).

47 Чл. 54, ст. 1, 2 КЕП-а; чл. 29 Закона о патентима Јапана.

48 Чл. 102, ст. а) Закона о патентима.

49 Чл. 102, ст. б) Закона о патентима.

Упознавши се са „роком милости“ у праву САД, запажамо да европско и јапанско право регулишу исти институт различито. У европском праву, новости проналаска неће наудити уколико је он у року од 6 месеци пре подношења европске пријаве објављен од стране неовлашћеног лица, или је од стране подносиоца пријаве (или његовог правног претходника) изложен на званичној међународној изложби.<sup>50</sup> У Јапану је „рок милости“ релативно широко одређен: новости проналаска не шкоди ако је проналазак објављен од стране подносиоца пријаве (или његовог правног претходника) на било који начин изузев комерцијалне употребе; ако је проналазак објављен од стране неовлашћеног лица; и ако је подносилац пријаве (или његов правни претходник) изложио проналазак на званично признатој изложби, а све то под условом да је пријава за тај проналазак поднесена у року од 6 месеци од тог догађаја.<sup>51</sup>

Једна од спектакуларних посебности америчког патентног права тиче се регулисања права на патент. То право, свакако, припада проналазачу, али за разлику од целог осталог света, у случају сукоба два савесна проналазача око права на патентну заштиту, неће бити меродавно ко је први поднео пријаву, већ ће бити пресудно ко је први начинио проналазак.<sup>52</sup> Другим речима, док се у Европи, Јапану и остатку света ово питање решава по принципу „првог подносиоца пријаве“ (енгл. – *first-to-file principle*), дотле се у САД примењује принцип „првог и правог проналазача“ (енгл. – *first-to-invent principle*). Ово правило дубински прожима амерички патентни систем и има своје консеквенце у многим питањима, посебно у регулисању услова новости проналаска и права првенства.

Још једна занимљива специфичност америчког патентног права тиче се правила у вези са правом првенства на патентну заштиту. У Европи, Јапану и највећем делу света првенство (приоритет) се стиче подношењем пријаве, с тим да уколико је пријава за исти проналазак поднесена у више земаља чланица Париске конвенције за заштиту индустријске својине, првенство ће се у свим земљама рачунати од дана подношења прве (приоритетне) пријаве, под усло-

50 Чл. 55 КЕП-а.

51 Чл. 30, ст. 1, 2, 3 Закона о патентима.

52 Приликом подношења пријаве у САД, проналазач је дужан да пружи писмену заклетву да верује да је он први и прави проналазач проналаска који је предмет пријаве (чл. 115 Закона о патентима). Кад Завод за патенте и жигове САД утврди да су два лица (једно независно од другог) поднела пријаву за исти проналазак у САД, он отвара тзв. интерферентни поступак (енгл. – *interference procedure*) чији је циљ да се на основу компликованих правила утврди ко је од њих двојице први и прави проналазач, како би се знало ко има право на патентну заштиту (чл. 135 Закона о патентима).

вом да су испуњени услови за признање тзв. међународног првенства у складу са Париском конвенцијом. Дејство права првенства је двојако: (а) патентибилност проналаска цени се у односу на датум првенства, и (б) проналазак садржан у пријави (под условом да је пријава објављена) „улази“ у стање технике на дан првенства, и тако спречава патентирање истог или сличног проналаска који је касније пријављен за заштиту. У САД, пак, ово друго дејство права првенства је консеквентно модификовано горе објашњеним принципом „првог и правог пријавиоца“, што значи да проналазак садржан у пријави којој је признато првенство спречава патентирање истог проналаска који је касније *настао*. При том, то дејство признаје се само приоритетним пријавама које су поднесене у САД. Уколико је приоритетна пријава поднесена у иностранству, а секундарна у САД, поменуто дејство тој секундарној пријави се признаје од датума њеног подношења у САД, а не од датума њеног међународног првенства.<sup>53</sup> Међународне УСП пријаве, које су поднесене у иностранству (са назначењем САД) на енглеском језику, имају поменуто дејство од датума њиховог подношења у иностранству, а не од датума евентуалног међународног првенства. Коначно, све друге секундарне пријаве поднесене у САД на основу приоритетних пријава поднесених у иностранству на језику који није енглески, имају поменуто дејство тек од датума њиховог службеног објављивања (на енглеском) у САД.<sup>54</sup>

Већ само ових неколико различитости у материјалном патентном праву Европе, Јапана и САД указују на чињеницу да, под хипотезом да су патентне управе трилатерале оптимално усагласиле све техничке претпоставке оперативне сарадње, у великом броју случајева исти проналазак неће бити патентибиљан код сваке управе. На тај начин бива јасно зашто идеални облик трилатералне оперативне сарадње – узајамно признавање оцене патентибилности истог проналаска који је предмет тријадне фамилије пријава – неће бити могућ још дуго времена.

### 3.3.2. Процесно патентно право

Кључна разлика у поступку стицања заштите код патентних управа трилатерале је у томе што се у Европском заводу за патенте и Јапанском заводу за патенте патент стиче у поступку тзв. одложеног испитивања пријаве, док се у САД примењује систем који је хибрид између тзв. претходног испитивања пријаве и одложеног испитивања пријаве. Уз то, постоје и знатне разлике између европског и ја-

<sup>53</sup> Чл. 102, ст. е) Закона о патентима.

<sup>54</sup> Чл. 102, ст. е) и чл. 363 Закона о патентима.

панског система. Конкретније, у Европи и Јапану подношење пријаве патента не подразумева и захтев да се она суштински испита. Уместо тога, пријава се у року од 18 месеци од подношења службено објављује, а затим се подносиоцу оставља одређен рок у којем он може да постави захтев за суштинско испитивање. Изостанак овог захтева сматра се повлачењем пријаве, одн. окончањем поступка. Док европско право прописује рок од 6 месеци за подношење поменутог захтева,<sup>55</sup> јапанско право оставља рок од 3 године.<sup>56</sup> Ова драстична разлика у дужини рока практично онемогућује Европском заводу за патенте и Заводу за патенте САД да на системској основи користе резултате суштинског испитивања које је обавио Јапански завод, јер у време кад подносилац пријаве у Јапану тек поставља захтев за суштинско испитивање пријаве, Европски завод за патенте и Завод за патенте САД, по секундарној пријави за исти проналазак, већ морају мериторно да заврше поступак патентирања.

У САД, пак, подношење пријаве подразумева и захтев за њено суштинско испитивање, тако да Завод за патенте и жигове САД *ex officio* приступа тој фази поступка, не чекајући посебну радњу подносиоца пријаве.<sup>57</sup> На тај начин, ова патентна управа је лишена погодности да, због одустанка подносиоца пријаве, смањи број пријава које улазе у фазу суштинског испитивања. Са тог аспекта посматрано, могло би се рећи да САД примењују традиционални систем претходног испитивања пријава. Међутим, тај систем је од 1999. године модификован институтом службеног објављивања уредно поднесених пријава у року од 18 месеци од подношења,<sup>58</sup> чиме је реципиран битан елемент система одложеног испитивања пријава, који се примењује у осталом свету.

У домену института службеног објављивања пријаве постоји једна специфичност патентног права САД, која је потпуно инкомпатибилна са европским и јапанским патентним системом. Наиме, ако на основу приоритетне пријаве која је поднесена у САД, није поднесена ниједна секундарна пријава у иностранству, подносилац може тражити да се његова пријава у САД не објави.<sup>59</sup> Тиме се подрива

55 Чл. 94, ст. 2 КЕП-а.

56 Чл. 48ter Закона о патентима. Овај рок је у Јапану до 2001. године износио чак 7 година. Конкретна последица овако одређеног рока јесте да је у Јапану 2004. године чак 2.105.255 пријава патената „чекало“ да њихови подносиоци уложе захтев за суштинско испитивање. Насупрот томе, код Европског завода за патенте је у истој години та цифра била свега 20.171 (Trilateral Statistical Report 2004, Patent Activity at Trilateral Offices, [http://www.trilateral.net/tsr/tsr\\_2004/ch4/](http://www.trilateral.net/tsr/tsr_2004/ch4/)).

57 Чл. 131 Закона о патентима.

58 Чл. 122, ст. а) Закона о патентима.

59 Чл. 122, ст. б), тач. 2 Закона о патентима.

европски и јапански концепт стања технике, чија логика се заснива на раном службеном објављивању свих патентних пријава које су поднесене било где у свету, како би новост проналаска, као услов за његово патентирање, могла имати своју пуну сврху у патентном праву.

Закључно, од многих процесних посебности америчког патентног права издвојићемо још институт провизорне патентне пријаве.<sup>60</sup> Наиме, у САД постоји могућност подношења пријаве у којој је проналазак прописно описан, али која не садржи патентне захтеве. На основу такве пријаве може се стећи право првенства, али не и патент. Да би се затражио и евентуално стекао патент за тај проналазак, неопходно је да се у року од 12 месеци поднесе „нормална“ пријава, којој ће бити признато првенство из провизорне пријаве.

Већ и овај кратак избор специфичних решења у патентном процесном праву, које примењују патентне управе трилатерале, илуструје озбиљност правних препрека за суштинску оперативну сарадњу између тих управа.

### 3.4. Хармонизација патентног права

Упркос постојању одређеног броја регионалних и универзалних конвенција којима се уређује материја патентног права, чињеница је да интернационална хармонизација ове правне области још није на задовољавајућем нивоу. Светска организација за интелектуалну својину у Женеви установила је 1998. године Стални комитет за патентно право, који је и данас светски форум на којем тече жива дебата о тим питањима. Као релативно скроман резултат рада овог стручног тела, 2000. године донесен је Уговор о патентном праву (ступио на снагу 2005. године), који регулише само поједине формалности и одређене детаље поступка за патентирање проналазака.<sup>61</sup> Од 2001. Стални комитет ради на обликовању Нацрта уговора о материјалном патентном праву, који би требало да уреди суштинска питања, као што су: стање технике, новост проналаска, инвентивни ниво проналаска, довољна описаност проналаска у пријави, објављивање пријаве и др. Тај рад је веома отежан не толико због правних разлика које постоје између Европе, Јапана и САД, колико због културолошких и политичких провалија које деле развијени свет од света у развоју. Имајући у виду садашње стање дебате у Светској организацији за интелектуалну својину, прогнозе за успех тог процеса су пре песимистичке него оптимистичке.

---

60 Чл. 135, ст. б) Закона о патентима.

61 Текст Уговора и Правилника уз Уговор, као и списак држава чланица види на сајту Светске организације за интелектуалну својину <http://www.wipo.int/patent/law/en/scp.htm>). Србија још није чланица Уговора о патентном праву.

Реалније је да ће у Јапану и, посебно, у САД, под притиском проблема у трилатерали, доћи до координисаних једностраних интервенција националног законодавца, с циљем да се омогући међусобно приближавање ових патентних система, како у материјалном, тако и у процесном погледу.<sup>62</sup>

## ЗАКЉУЧАК

Техничка иновација, као елемент глобалне економије знања, постала је један од доминантних привредних ресурса. Присвајање тог ресурса, у виду монопола на његову привредну експлоатацију, могуће је само под условом да је он предмет патентне заштите. Како је патентна заштита ограничена на територију државе која је признала патент, то је ово наше доба карактерисано не само све већим бројем проналазака за које се тражи патент, већ и све већом интернационализацијом патентне активности, тј. феноменом да једно лице, одн. његов правни следбеник тражи заштиту за исти проналазак у све већем броју држава.

Настојање да се рационализује поступак патентирања истог проналазак у више држава, резултирало је једним бројем међународних конвенција, међу којима су најважније Уговор о сарадњи у области патената и Конвенција о издавању европских патената. Као последица улоге коју имају у извршавању ових конвенција, али и због значаја за националну и регионалну привреду, Завод за патенте и жигове САД, Јапански завод за патенте и Европски завод за патенте претворили су се у стубове глобалног патентног система, од којих, *de iure* или *de facto*, непосредно или посредно, зависи патентирање једног проналазак у великом броју држава у свету. Те патентне управе формирају тзв. патентну трилатералу која данас посрће под теретом нагомиланог посла, за који се предвиђа да ће у будућности наставити да расте.

Криза управног капацитета трилатерале истовремено представља административну кризу глобалног патентног система, те потре-

---

<sup>62</sup> Одборима Конгреса САД је 2005. године већ поднесен Предлог закона о патентној реформи, који по речима предлагача – конгресмена Ламар С. Смита представља најсвеобухватнију измену америчког патентног права од кад је Конгрес донео Закон о патентима 1952. године. Битно је да се овај предлог наслања на резултате Извештаја Федералне трговинске комисије из 2003. године, и Извештаја Националне академије наука из 2004. године. Предлог, поред осталог, обухвата: усвајање система „првог пријавиоца“, одн. напуштање система „првог и правог проналазача“, и обавезу службеног објављивања свих пријава поднесених у САД. Текст Предлога види на сајту Конгресне библиотеке <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c109:H.R.2795/>.

ба за њено разрешавање надилази политичке, економске и технолошке интересе појединих држава.

Међусобна сарадња патентних управа трилатерале се, за сада, ограничава на одређене техничке аспекте усавршавања претпоставки за ефикаснији рад. Суштинска сарадња, која би за циљ морала имати **међусобно признање резултата суштинског испитивања патентних пријава**, суочава се са једном великом препреком у виду значајних разлика у материјалном и процесном патентном праву, које примењују ове патентне управе. У материјалном патентном праву највећи проблеми произлазе из неусаглашености концепта права на патент (принцип првог пријавиоца насупрот принципу првог и правог проналазача), стања технике, новости проналаска и тзв. рока милости; у процесном патентном праву велики проблем представљају: јапанско право које оставља предуг рок продносиоцу пријаве да поднесе захтев за суштинско испитивање пријаве патента, као и америчко право са својим посебностима у погледу службеног објављивања пријаве и института провизорне пријаве.

Хармонизација патентног права САД, Јапана и Европске патентне организације услов је без којег се криза трилатерале, а тиме и глобална административна криза патентног система, не може решити. Актуелна настојања Светске организације за интелектуалну својину да припреми за усвајање међународни Уговор о материјалном патентном праву немају изгледа на скори и потпуни успех, јер су, у редовима представника неразвијених држава, преговори под хипотетичком сумње у оправданост основа актуелног система патентне заштите, као таквог.

Предвиђамо да ће САД, Јапан и Европска патентна организација, једностраним, али координисаним легислативним акцијама, предузети кораке ка даљој хармонизацији патентног права у оквиру трилатерале, и на тај начин ојачати претпоставке за суштинску оперативну сарадњу.

Slobodan Marković

## GLOBAL ADMINISTRATIVE CRISIS OF THE PATENT SYSTEM

### *Summary*

Examining the global patent system from the point of view of administrative bodies deciding on granting patents, the author points out at constant tension existing between the very complex patenting pro-



cedures and increase of filings of patent applications, on one hand, and limited institutional capacities of patent administrations, on the other hand.

Following the review of major international agreements serving the purpose of rationalization of the procedure for obtaining a patent for the same invention in more than one state, the explanation has been given of mechanisms establishing the three patent administrations – European Patent Office, United States Patent and Trademark Office and Japan Patent Office (the so called Trilateral) as informal pillars of the global patent system.

The light has been shed on risks vesting in actual trends exhibited in the mentioned three patent administrations in form of piling up pending applications, extended pendency periods, decrease of quality level of decisions etc.

It is stated that the solution of the problem is to be found in the systemic co-operation of the offices of the Trilateral, whereby such a co-operation is not possible for the time being due to significant differences in the procedural and substantive patent law applied by these offices.

After making a comparative analysis of major differences in patent law of the European Patent Organization, U.S.A. and Japan, the author expresses his doubt in respect of mechanisms of the World Intellectual Property Organization to provide any advanced level of international harmonization of patent law. It seems more probable that unilateral and co-ordinate legislative initiatives towards harmonization will have to be made by the European Patent Organization, U.S.A. and Japan.

Key words: *Patent. – Patent Cooperation Treaty. – European Patent Convention. – US Patents and Trademarks Office. – Japan Patent Office. – Trilateral Cooperation. – International harmonisation of patent laws. – European Patent Network.*

Гашо Кнежевић

## ПРАВО И ПРОМЕНЕ: ADR<sup>1</sup> – ПРОМЕНА У ПРАВУ

„Правозащитно подручје“, област организационих, материјалних и процесних норми којим се уређује решавање конфликта између људи, заштита повређених, или угрожених права појединаца и правних лица, у нашој земљи је годинама заостајало у свом развоју. Једини пут за превазилажење проблема тог типа ранија држава је пружала кроз судску заштиту, кроз класичне судске поступке, грађанске, административне, конститутивне, или кривичне, док су у другим земљама увођени и нови методи њиховог решавања. Негативна перцепција правозащитног система је у јавности преовладала и то узрокује толерантнији став државе према „алтернативи“ и уношење у правни систем онога што је у књижевности познато под заједничким именитељем алтернативно решавање спорова – APC (или *alternative dispute resolution* – ADR).

Коришћењем правних, али и социо-психолошких метода, аутор овог чланка покушава да докаже да судски путеви решавања спорова између људи нису примарни, најбољи, најпапетнији, најсигурнији, или најефикаснији, већ да сваки онај пут који води решавању конфликта врши своју функцију, те тиме и да сви методи ADR заслужују сву пажњу и потпуну правну регулативу, јер су појаве истог значаја у реалном животу.

Сажети закључак овог текста зато гласи: Од „алтернативе“, као вишка, глава не боли.

Кључне речи: *Правозащитно подручје*. – Самоевалуација и екстерна евалуација система. – Класификације ADR. – Едукативни егоцентризам. – Суђење Vs. „Алтернативе“ – предности и недостаци. – Традиционализам и монополизам.

---

<sup>1</sup> Скраћеница потиче од енглеског израза *alternative dispute resolution* (ADR) који се у нас преводи са *алтернативно решавање спорова* (APC).

## 1. ПОКУШАЈ ОДРЕЂИВАЊА МЕСТА ПОЈЕДИНИХ МЕТОДА РЕШАВАЊА СУКОБА У СИСТЕМУ РАЦИОНАЛНИХ ПРЕФЕРЕНЦИЈА

Право ме је одувек подсећало на *Успавану лепотицу*.<sup>2</sup> Лепа и пасивна, спавајући чека принца на белом коњу и његов пољубац буђења. Ако се још, као код *Бекета (Beckett)*, тај њен принц зове *Годо (Godot)*,<sup>3</sup> ситуација постаје драматично неизвесна: хоће ли се лепотица уопште пробудити и придружити нам се за нашег живота. Како нам је време танак ресурс, нека ми буде допуштено да уводни, објашњавајући део овог текста започнем цитатом *Јакше Барбића*<sup>4</sup>, хрватског правника, професора и академика. Неодољив је утисак да је он желео да приволи хрватску правничку јавност за брже, доследне и храбре интервенције на легислативном нивоу. Мотив преузимања овога цитата лежи у потреби да искажемо исто, а боље и лепше није лако достижно. Разлог је, дакле, објективан и естетске је природе:

„Сувремено друштво обиљежавају брже и веће промјене него што је то раније било случај. Што је развој неког друштва интензивнији, потребне су и веће промјене у правном саставу који га уређује... Не слиједи ли промјене у праву, промјене у предмету његова уређења, долази до раскорака због којег *статично право* не може пружити одговарајућу правну сигурност која је темељ заштите и остварења права. *Због своје пословичне конзервативности право ионако кронично заостаје за промјенама у друштву...* Озбиљно заостајање у томе доводи до стања када су потребни већи захвати. Ако су они такви да се не односе само на понеки правни институт нити је ријеч о више мањих захвата, него се озбиљније мијења неко подручје или нека грана права, а нарочито када је ријеч о интервенирању у цијели правни састав, ријеч је о реформи подручја, гране или цијелог правног састава“.

Једно читаво правно подручје у Србији, годинама је спавало, заостајало за променама у друштву, потребама људи и догађањима. Назовимо га „*правозащитним подручјем*“: облашћу организацио-

---

2 По мотивима из арапске културе, бајка је настала 1634. год., из пера Италијана Giambattista Basile. Адаптирао ју је 1697. Француз Charles Perrault, а по мотивима Basileа. Браћа Грим пишу своју верзију у 19. веку. Холивудски цртани филм настао је на основу Пироове верзије.

3 Samuel Beckett, „En attendant Godot“ („Чекајући Годо“) је драма оригинално написана на француском језику, а светска премијера је била у париском позоришту „Бабилон“ далеке 1953. Београдско позориште Атеље 212 отворено је њеном премијером.

4 J. Barbić, Reforma hrvatskog prava prilagodbom europskom pravu i gospodarstvu, u *Pravo u gospodarstvu*, vol. 44, бр. 4, 2005, стр. 8–9.

них, материјалних и процесних норми којима су уређује област решавања конфликта између људи, заштите повређених или угрожених права појединаца и правних лица.

Једини пут за превазилажење проблема тог типа бивша држава је пружала кроз судску заштиту, кроз класичне судске поступке, грађанске, административне, конститутивне, или кривичне. Највиши степен инвентивности досегнут је у домену решавања конфликта насталих у пословном свету. Његови припадници су се, поред класичног обраћања државним грађанским судовима, могли користити и услугама арбитраже (приватног сервиса за пружање правних услуга), пре свега за случај конфликта произашлих из међународних пословних трансакција, спољнотрговинског пословања. Арбитражна и судска заштита биле су заштите истог ранга, обе снабдевене ефектима правоснажности и извршности. Друге видове решавања сукоба између људи правни ситеми тадашњих социјалистичких земаља, па ни наш, скоро да и нису регистровани, па их тиме нису ни нудили као алтернативе доступне држављанима и правним лицима.

За то време свет је напредовао. Тај напредак огледао се у увођењу нових метода у правне системе решавања сукоба између појединаца, група, па и самих држава, које су им, поред правосудних тела, стајале на располагању. У тој „легализацији“ нових метода решавања сукоба, функција државе била је двојака:

- Састојала се у њиховој афирмацији и уношењу на листу званичних метода решавања сукоба (у официјелну државну понуду).
- Састојала се у њиховом правном (супстанцијалном и процесном) уобличавању и обезбеђивању извесног степена обавезности и ефикасности аката којима су се ти спорови окончавали. Количина законодавне интервенције, на овом другом нивоу, зависила је од концепције законодавца, али и од правне културе и традиције појединих земаља.

Велика промена на идеолошком и политичком нивоу (чија се иницијација симболично везује за пад Берлинског зида) уздрмала је конзервативизам права, пренула државе ранијег социјалистичког блока из дугогодишњег сна и усмерила их ка реформским захватима у правнозаштитној области. Међутим, све до краја 2000, због политичке ретроградности, наша држава се није придружила овом покрету идеолошких и политичких промена (праћених правним реформама). Озбиљније интервенције започете су тек почетком 2001. године.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> В. Хибер, Реформа правосуђа и правосудни закони, у *Четири године транзиције у Србији*, ЦЛДС, Београд, 2005, стр. 267.

Нашој несензибилној држави и праву придружили су се наука и образовање. Прва, јер није (до 2000) озбиљније ни регистровала постојање ових компаративних метода решавања сукоба, с изузетком арбитражног решавања спорова. Друга, јер није налазила за сходно, чак ни на информативном нивоу, да припреми кориснике својих услуга за будући живот, дакле ни да им пренесе елементарну информацију о томе шта се у свету догађа. Ово је довело до заостајања две значајне области делатности за светским трендовима. Нарочито је болно друго заостајање: оно је правнике нове генерације стављало у подређен положај у компарацији са њиховим колегама који су имали прилику да се образују (и) у другим земљама. У светској трци они су имали лошију стартну позицију. Тек је последње усклађивање едукативног система са захтевима Болоњског процеса<sup>6</sup> наговестило могућност модернијег, мултидисциплинарнијег образовања правника.

## 2. ОКРЕТАЊЕ КА АЛТЕРНАТИВИ

Питања која се прво постављају, гласе:

- Шта је мотивисало појединце чија су права била повређена или угрожена, да „окрену леђа“ класичној судској заштити и усмере се ка алтернативним методама њиховог решавања, тиме сигнализирајући држави своје реформске потребе?
- Шта је мотивисало државу (осим идеолошких и политичких промена) да на легислативном нивоу, подржи овај заокрет грађана ка „алтернативи“?

### 2.1. Екстерна евалуација државног правозаштитног система

Давно, пре више од двадесет година, у време док сам још био асистент Универзитета, градом је кружила пријемчива анегдота да је познати српски правник и професор права *Милан Бартош* дефинисао државно суђење као машину у коју појединац улази као свиња, да би из ње изашао као кобасица, чиме је сликовито дијагностиковао болест правозаштитног система и оптужио га.

Претпостављам да су јаоке садржане у овој анегдотској формулацији дијагнозе, у мањој мери биле усмерене ка *акузацији* (*утужењу*, *оптужби*), мада ни свиња није атрактивно бити, а у већој мери ка *адјудикацији* (*пресуђењу*, *одлуци суда*), машини за кобасице.

---

<sup>6</sup> Септембра 2003. године, Србија је на Берлинској конференцији приступила Болоњском „покрету“. У складу са обавезама преузетим тим чином, донет је (2005) нови Закон који регулише област високог образовања.

Јер, акузација, тужба као средство одбране и заштите сопственог угроженог, или повређеног права, у основи је легитимна и разумна. Томе треба додати да обраћање државном суду садржи имплицитну одлуку о одрицању од самопомоћи, или реторзије, иманентних нижим степенима цивилизације (другим речима: није свиња то зато што је желела, живот ју је таквом начинио).

С друге стране, адјудикација као метод решавања сукоба и заштите права, својствена је државној власти и један је од њених стубова. Она је оно чиме се држава дефинише и као таква не би смела, бар по мом мишљењу (и за оне с осетљивијим стомаком) ни на нивоу нуспроизвода, правити кобасице од својих грађана. *А до тога се долази уколико је заштита права за грађане недоступна, или тешко доступна, спора, скупа и томе слично.*

Много година касније, два хрватска адвоката (*Вукмир* и *Наги*<sup>7</sup>) придружују се Бартошу. Описујући судске адјудикативне поступке, они констатују да су: „после година тешке борбе једино адвокати задовољни“. Корак даље чини други представник хрватског правосуђа (*Контреци*)<sup>8</sup>, констатацијом да је став јавности у односу на државно правосуђе негативан, с обзиром на број нерешених предмета, дужину њиховог трајања итд., да би ова „негативна оцена јавности“ прерасла у „незадовољство јавности“ у монографији *проф. Карамарковић*,<sup>9</sup> некадашње председнице Врховног суда Србије.

Доказ за тврдњу да незадовољство јавности стањем у правосуђу није изолована, локална појава, која се везује за ове „балканске просторе“, може се наћи у текстовима многих „западних“ колега. У том смислу један немачки аутор (*Raeschke-Kessler*)<sup>10</sup> критикује класичне судске методе решавања спорова, уз изражавање наде да је прошло време старомодних судија навиклих да само мрмљају: „Молим вас наставите“, или „Приговор усвојен“.

Оно што јавност од правног система с правом очекује, а не добија, јесте његова ефикасност која се огледа кроз разумно брзу заштиту права (разумно предвидиво време) с предвидивим ефектима правозаштитних радњи које се с тим циљем предузимају; стручне,

---

7 Vukmir, Nagy, Mediation as a Legal Service, Croatia Arbitration Yearbook, vol. 12, 2005, стр. 237.

8 Kontrec, Uloga raspravnog suca kod mirnog rešavanja sporova u građanskim predmetima, Referat na Savetovanju „13 Hrvatski arbitražni dani“, Zagreb, decembar 2005, стр. 1.

9 Лепосава Карамарковић, Поравнање и медијација, Факултет за пословно право, Београд, 2004, стр. 309.

10 Raeschke-Kessler, The Arbitrator as Settlement Faciliator, U Arbitration International, Vol. 21, No. 4, 2005, стр. 524.

савесне и независне судије на које се не може утицати и немогућност уплива политике на вођење поступака и примену права.<sup>11</sup>

Све цитиране изјаве истакнутих правника и носилаца правосудних функција не изражавају њихов лични став, нису самоевалуативне, већ се њима преноси оцена особа на које се право примењује – јавности. Оне одражавају њихову екстерну евалуацију рада правосуђа. Како су на екстерну евалуацију правозаштитног система најпозваније управо особе на које се оно примењује, њихова дијагноза има значај објективније евалуације: самоевалуација представља (и) манифестациони облик самозадовољства и самољубља и мање је подобна за доношење објективног суда о стању једне сфере људске делатности. Због тога са високим степеном сигурности можемо тврдити да су правозаштитним системом најнезадовољнији његови корисници, а због његове неажурности, непредвидивости, недоследности и скупоће.

Незадовољство јавности, генерисано изнад свега неефикасношћу правног система (које сви поменути аутори јасно дијагностикују), води у перцепцију корисника судске заштите, чак и до измене њиховог вредносног система: доводи се у питање *fiat iustitia, pereat mundus*, а ефикасност ступа на место правде. Потрага за изгубљеном ефикасношћу и предвидивошћу води грађане у предворје правозаштитне „алтернативе“, која, поред *ефикасности*, нуди корисницима својих услуга (грађанима) и друге погодности: *осећај креативности, једноставност, приватност, неформалност*, па и *новчане уштеде* на путу до оптималног, трајног решења међусобних конфликта.<sup>12</sup>

## 2.2. Самоевалуација и реноме

Незадовољству јавности придружила се, након 2001. године, држава: статистички подаци, резултати добијени кроз поједине пројекте и државни мониторинг класичног судског правозаштитног система показали су, поред неефикасности и преоптерећености судова, као последице неажурности и фреквентности међуљудских конфликта, и квалитативне недостатке пресуда и завидан ниво корумпираности система.<sup>13</sup> Истовремено, сензибилна средства јав-

---

11 В. и Барбић, *ibid.*, стр. 29.

12 В. Пухарић, *Медијација у словенском праву и пракси*, Referat за savetovanje 13. hrvatski arbitražni dani, Zagreb, 2005, стр. 2; Палачковић, *Мирно решавање спорова из грађанскоправних односа, у Слободе и права човека и грађанина у концепту новог законодавства Републике Србије*, књ. IV, Крагујевац, 2005 стр. 385; в. Карамарковић за предности медијације на стр. 320 и даље.

13 В. монографију: Беговић, Мијатовић, Хибер, *Корупција у правосуђу*, ЦЛДС, Београд, 2004. г. В. за Хрватску: Национални програм сузбијања корупције,

ног информисања преносе информације о недозвољеном упливу извршне на судску власт. Све то сугерише питања:

- Мора ли се баш сваки спор решавати на суду или је могуће добар део спорних стања решити на други начин?
- Обавезује ли (одредба члана 6 става 1) Конвенција о заштити људских права и основних слобода државе баш на ту и такву судску заштиту?
- Нису ли смернице Европске уније, упућене чланицама, путокази делегирања доброг дела спорова медијацијским центрима, као независним телима за мирно вансудско решавање спорова?<sup>14</sup>

Поред гласа јавности, скромних резултата самоевалуације, утицаја међународне заједнице<sup>15</sup>, утицаја „заборављене традиције“,<sup>16</sup> и историјских разлога,<sup>17</sup> најважнији додатни мотиви за прихватање наведених алтернатива, и од стране државе, представљају прагматични, рационални разлози – жеља за унапређењем правне заштите уз буџетске уштеде.

Наиме, судска власт, као један од стубова суверености, изискује и организационе и функционалне трошкове. Уколико се први не могу умањити а да се не атакује на суверенитет (рационализација мреже судова је теже замислива у условима њихове преоптерећености), други се могу редуковати. Постојање једног круга спорова за које државе нису животно заинтересоване, тј. спорова о правима с којима странке слободно располажу до нивоа поравнања<sup>18</sup>, родила је идеју да се отвори простор за њихово „саморешавање“<sup>19</sup>. Уколико

---

ХАЗУ, Загреб, 2006, на стр. 94 набрајају се конкретне мере за сузбијање корупције у правосуђу.

14 Барбић, *ibid.*, стр. 38 и даље.

15 Препорука Рец (2002) 10 Комитета министара Савета Европе државама чланицама о медијацији у грађанским стварима од 18. септембра 2002; Препорука Р(84)05 о начелима грађанског поступка за унапређивање остваривања правде.

16 Још далеке 1929. г. Закон о грађанском судском поступку Краљевине Југославије препознавао је значај и фаворизовао поравнање као начин отклањања спора. Пар. 529 тог Закона отварао је могућност да се опонент позове на покушај мирења и поравнања. В. Карамарковић, *ibid.*, стр. 249, нап. 630.

17 За кратак историјски преглед у САД в. Moore, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflicts*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1986, стр. 19 и даље.

18 Палачковић, *ibid.*, стр. 385; Сајко, О мирењу у хрватском и поредбеном праву – *miscelanea*, Реферат за 12 Хрватске арбитражне дане, Загреб, 2004, стр. 2 и даље.

19 Vukmir и Nagy користе термин „self-administered“, *ibid.*, стр. 238.



би неко (па макар *и странке у спору*), преузео улогу *арбитра*, а не би био *arbitrarius* (деспот, самовољан и својевољан), држава би могла пристати на „легализацију“ разних облика саморешавања и обезбеђења принуде за извршење акта којима се оно окончава (одлука, поравнање, договор, споразум)<sup>20</sup>. Оскудни ресурси државе (новац, људи и време) би се штедели, јер би се неки умањени персонални и функционални трошкови превалили на странке. У временима пораста броја спорова, те преоптерећености судова, потреба за њиховим растерећењем<sup>21</sup> постаје нужда, како би заштита права појединачна функционисала у, колико-толико, прихватљивим оквирима.

Егоизам, је пре него алтруизам (уважавање грађана) окренуо државну администрацију ка алтернативним методама решавања конфликта, што не мења суд о пожељности последице.

Најзад, узроци окретања алтернативи могу се наћи и у јачању идеологије либерализма, иманентној транзиционим друштвима. Алтернативни методи решавања сукоба, наиме, пребацују моћ и одговорност с државе на појединца (узети судбину у сопствене руке.)<sup>22</sup> Разумљиво је да исти покрет иритира конзервативне структуре: алтернатива води приватизацији правде.<sup>23</sup>

Негативна перцепција правозаштитног система је преовладала и то узрокује толерантнији став државе према „алтернативи“ и уношење у правни систем онога што је у књижевности познато под заједничким именитељем *алтернативно решавање спорова – АРС* (или *alternative dispute resolution – ADR*).

Највећи профитери АДР могли би бити држава и странке у сукобу. Прва, јер с минималним буџетским ангажманом (па и без њега) постиже максималне резултате – елиминише конфликте, растерећују судове и смирују тензије у друштву. Други, јер својом иницијативом брзо и јефтиније, налазе излаз из свог клинча (конфликта).

Тиме је започета реформа овог дела правног система. Искрено се надам да то није учињено прекасно и да се неће пружити премало.

---

20 Појединим моделима АДР одговарају акти којима се њихов поступак окончава. С друге стране, постоје разни модели и класификације АДР. Тако, по мишљењу Карамарковићеве постоје три основна модела АРС – Медијација, Арбитража и Директни преговори, те неколико хибрида – Евалуација, Нагодба, Мед-Арб, Мини-парница, итд. В. Карамарковић, *op. cit.*, стр. 312 и даље. За разлику од ње, International Trade Center UNCTAD-WTO прави разлику између адјудикативних метода решавања спорова и неадјудикативних. В. Арбитража и алтернативно решавање спорова, Загреб, 2003, стр. 32 и даље.

21 Карамарковић, *ibid.*, стр. 320.

22 Карамарковић констатује овај трансфер моћи без даљих закључака, в. стр. 323.

23 Карамарковић, *op. cit.*, стр. 325.

### 3. ПОЈАМ И УЗРОЦИ „СУКОБА“

У савременом српском језику користе се многи изрази, више или мање исправно, као да су синоними за појам „сукоб“, као што су, на пример: несклад, раздор, трвење, борба, туча, рат, несагласје, дисхармонија, некоегзистентност, фриксија, антагонизам, непријатељство, конфронтација, конфликт. Терминолошки најближем појму сукоба, лично, сматрам реч „конфликт“, а с правног аспекта реч „спор“. Сукоб, конфликт (спор) је (су) свакодневни феномен, неодојив од живота, с веома дугом традицијом, у чему су ми Каин и Авељ крунски сведоци.<sup>24</sup>

Начелно говорећи, реч сукоб (конфликт) асоцира и на психопатологију и црну новинску хронику, на веће или мање социјалне неред, чак рат и друге облике политичких сукоба. Због тога реч конфликт има лошу репутацију<sup>25</sup> и негативну конотацију.

Ипак, када се овај носилац проблема деперсонализује, он постаје путоказ будућег развоја појединца и друштва, носилац реформи. Може изгледати парадоксално, али сукоб, у социолошком смислу, идентификује проблем у друштву, а решавање сваког сукоба води еволутивном напретку заједнице људи.

Као и за брак, за сваки конфликт потребно је барем двоје. Ово зато што је он увек *релација, однос који је последица контакта и видљивости разлика*. Без контакта нема конфликта.<sup>26</sup>

Без озбиљнијих претензија, на елементарном научном нивоу, постављају се питања:

1. *Шта је то сукоб (конфликт) и*
2. *Зашто он настаје?*

**Ад. 1.** *Вебстеров речник* (1966) сукоб изворно дефинише као „борбу, битку или тучу, што значи као физичку конфронтацију између појединаца“, али се појам даље развијао тако да данас „укључује широко неслагање, или противљење интереса, идеја“.

*Pruitt и Rubin* (област специјализације: социјална психологија) под конфликтом подразумевају „процењену различитост интереса, или веровање да *актуелне тежње странака не могу бити оства-*

---

24 Прича о Каину и Авељу, в. Свето писмо, Прва књига Мојсијева, гл. 4. V. и Breslin, Rubin, *The Negotiation Theory and Practice*, Harvard Law School, 1991, стр. 1.

25 Deutsch, *Subjective Features of Conflict Resolution: Psychological Social and Cultural Influences*, у: R. Vayrynen (Ed) (1991): *New Directions in Conflict Theory*, London, Sage, стр. 26–27.

26 Deutsch, *ibid.*, стр. 29. У нас в. Попадић и др., *Социјални конфликти, Карактеристике и начин решавања*, Београд, 1996.

рене симултано“,<sup>27</sup> док под интересом исти аутори подразумевају „осећај људи о томе шта је базично пожељно“.<sup>28</sup>

Конфликт се може дефинисати и као борба између људи око вредности, или као *такмичење за освајање статусне моћи или дефицитарних добара (Moore)*.<sup>29</sup>

Најнеутралнијом ми се чини једна друга дефиниција (*Mitchell*) која под конфликтом разуме ситуацију у којој два субјекта опажају узајамну *неусклађеност циљева*,<sup>30</sup> тј. неусклађеност *свесно жељених резултата*, па тиме и *сопствених интереса*.

Ово конфликт доводи у везу с различитим, понекад и потпуно супротним жељеним исходима и интересима, ставовима појединаца поводом животне ситуације која их повезује. Превалентни однос и расположење према другој страни, оној с којом сте у сукобу, постаје – непријатељство, анимозитет. Они боје читав простор око особа у конфликту. Тужна је чињеница, али се с њом мора рачунати, да странке у конфликту само своју позицију схватају као правичну и поштену, док позицију супротне стране доживљавају супротно.<sup>31</sup>

**Ад. 2.** Појединци су читавог живота у сукобу с неким, крећу се од једног ка другом конфликту, други веома ретко. Дакле, 1. *људска природа и структура личности* предодређују: неки од нас су конфликти, други носе њихова решења. Исто важи и за групе људи, па и државе: неке ратују често (фама која важи за српске просторе), друге не. Остаје вам да се определите – преферирате ли да будете део проблема или део решења. Даље, 2. *унутрашња правила ескалације*, природа комуникације и перцепције, такође су подобне да утичу на изглед и перспективе сукоба. Али базични и стварни узрок конфликта је 3. *оскудица*.

У свету су веома дефицитарни ресурси онога што називамо јавним добрима, дакле, оним добрима која се не могу потрошити ничијом конзумацијом, која нису ривалитетна и која се не могу искључити из потрошње, какво је знање, на пример. Друга добра то нису, већ су потрошива, нека су клупска, нека заслужена (*merit goods*), али, у сваком случају, њихов број је ограничен, коначан. Због

---

27 Pruitt, Rubin (1986), *Social Conflict: Escalation, Stalemate, and Settlement*, Random House New York, стр. 4.

28 Pruitt, Rubin, *ibid.*, стр. 10.

29 Moore, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, 1986, San Francisco, Jasssey Boss, стр. 16. који наводи ову Цосерову дефиницију.

30 Mitchell, *The Structure of International Conflict*, London, MacMilan Press, 1994, стр. 16–17.

31 Raeschike-Kessler, *ibid.*, стр. 530.

тога су и оскудица (недостатак, недовољан број добара) и конкуренција више појединаца у односу на њих (ривалитет) стални пратиоци дистрибуције и стицања права. *Оскудица онога што се вреднује и жели*, па било то материјално или статусно, позиционо добро, извор је конфликта. Чим више особа претендује на исто „богатство“, или исти „положај“, конфликт је на виду.<sup>32</sup> Изобиље, или барем добро балансирана довољност, искључује конфликте, док дефицитарност њима доприноси, погодује им. Подупрта људским амбицијама, апетитима и (чак) похлепама, оскудица се претвара у вулкан сукоба.

Ово значи да конфликт (сукоб) може имати свој непосредан извор у оскудици добара и у различитим интересима појединаца поводом њих (свака од личности у конфликту показује претензије ка њима). *Тако посматран, конфликт је сукоб најмање два интереса који настаје у оскудици физичких или духовних добара.*

#### 4. ПРАВНИ ПОЈАМ „СПОРА“

Када сукоб из „чистог“ живота, пређе на терен омеђен правом, и када отпочну правне квалификације (примена права),<sup>33</sup> он добија нови облик спољног манифестовања, нову правну терминолошку одредницу (*terminus tehnicus*): постаје спор.

*Спор* (као правни израз конфликта) јесте *појам материјалног права*, а *Познић и Ракић-Водинелић* га дефинишу као неслагање два субјекта о субјективном праву које једно лице истиче према другом.<sup>34</sup> Питање је да ли је субјективно право појединца, око кога настаје сукоб (неслагање), угрожено или повређено од стране другог радњама или догађањима?<sup>35</sup> Инволвирана лица, окупљена и повезана спорним радњама или догађањима, постала су стране у животном сукобу и правном спору.

С друге стране, за правнике, а са аспекта процесног права, спор је материјалноправно лице судског поступка у коме учествује,

---

32 Mitchell, *ibid.*, стр. 17.

33 Катичић каже: „Ко правно мисли ... у исто време квалифицира“. В. Катичић, Проблем квалификације у арбитражном судовању, Спољнотрговинска арбитража II, Београд 1965, стр. 91.

34 Познић, Ракић-Водинелић, Грађанско процесно право, Београд 1999, стр. 5, В. Л. Карамарковић, Поравнање и медијација, Београд 2004, стр. 63–64.

35 Станковић, Водинелић, Увод у грађанско право, Београд 2004, стр. 225 и даље.

поред лица која су у сукобу, и судија: *Processus est actus trium personarum – actoris, rei, iudici*.

С аспекта задатка овог текста, питање се поставља у којој мери судски поступак и његова материјалноправна садржина (спор) сличе наличју људске моћи – људској немоћи? Ово стога што се на увођење трећег (државног судије) у решавање несугласица између појединаца, може гледати као на *признање и абдикацију*. Признање немоћи да се несугласице међусобно превазиђу, уз истовремену абдикацију у корист (најчешће) државног органа – судије коме се поверава њихово превазилажење. *Посматрана из угла управљања токовима и процесима, иницијација судског поступка је акт дизања руку са управљача сопственог живота*.

## 5. МОГУЋЕ КЛАСИФИКАЦИЈЕ И ВРСТЕ АЛТЕРНАТИВНОГ РЕШАВАЊА СПОРОВА

Питам се које нам све могућности за решавање спорова нуди тзв. алтернатива?

Свака научна дисциплина има своје класере, фиокице које, опет, имају своје научно и(ли) педагошко оправдање. Иста констатација се односи и на разврставање начина решавања конфликта.

Прво ћемо се задржати на неким социолошким и психолошким приступима овом питању.

А. Са социо-психолошког аспекта,<sup>36</sup> а према технологији решавања, могу се разликовати њихова три основна начина решавања:

1. Компромис (средње решење уз обострано попуштање),
2. Пристајање на процедуру одлучивања о победнику (најчешће кроз повиновање одлуци трећег) и
3. Интегративно решавање (које мири, интегрише супротне интересе).

Из исте социо-психолошке<sup>37</sup> кухиње долази нам и друга класификација по којој се дају разликовати, *ratione personae*, четири начина решавања конфликта:

1. Њихово решавање од стране странака које су у сукобу (обухвата: избегавање конфликта, неформалне разговоре којима се проналази решење, преговоре и медијацију),

---

<sup>36</sup> Pruitt, Rubin (1986) у *Social Conflict: Escalation, Stalemate, and Settlement*, стр. 141–143.

<sup>37</sup> Moore, *The Mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflict*, (1986) Jossey-Bass Inc. Publishers, San Francisco *ibid.*, стр. 5, схема 1.

2. Одлучивање (пресуђивање, адјудикација) од стране трећег лица које нема јавни ауторитет, није власт (обухвата: разна специјализована тела и арбитраже),
3. Одлучивање (пресуђивање, адјудикација) од стране јавно-правних ауторитета (обухвата: одлуке суда, акте законодавних тела),
4. Присилне над-правне одлуке и акције (обухвата: ненасилне директне акције и употребу силе као метод за решавање сукоба).<sup>38</sup>

*Ако ничему другом, ове нас класификације уче да неки други људи, претпоставимо исто толико озбиљни и посвећени колико и ми, а за разлику од нас правника, гледају на суђење од стране трећег, државног службеника само као на један од више могућих начина разрешења конфликта. Или другим речима, суђење није центар света, ако се мало измакнемо, видокруг нам се проширује (да сам црногорског порекла, згодно би ми послужила она Његошева досетка о брду и видуку).*

На самом крају, наводимо једну класификацију решавања спорова дату *с правног аспекта*:<sup>39</sup> по *Franck-и*, дају се разликовати следећи основни методи решавања сукоба:

1. Синдром силе, или право једнога,
2. Синдром компромиса, или право двојице и
3. Синдром непристрасности, адјудикација, или право трећег.

У оквиру ова три магистрална пута решавања сукоба између људи, разликују се неке под-алтернативе, тако да коначна мапа путева изгледа како следи:

- *Сила (синдром силе)* – њена законита и незаконита употреба
- *Директни преговори странака (синдром компромиса I)*

Вансудско поравнање (чл. 1089 нашег Закона о облигационим односима)

---

<sup>38</sup> Произлази да социјални психолози велики значај придају решавању конфликта од стране самих лица која су њиме инволвирана, па се и странице књижевности посвећују одгоју појединаца као умећу преговарања и договарања (уметност тражења компромисних и интегративних решења). Иако се ради о књижевности која у основи припада другој научној дисциплини, мишљења смо да наши савремени правници, уколико желе да буду оперативни, морају имати мултидисциплинарни приступ појавама.

<sup>39</sup> Franck, *The Structure of Impartiality: Examining The Riddle of One Law in the Fragmented World*, u Varady, Barcelo, von Mehren, *International Commercial Arbitration*, St. Paul, Minn, 1999, стр. 2 и даље.

Судско поравнање (*res iudicialiter transacta* – чл. 321 Закона о парничном п.)

- Посредни преговори уз помоћ и подршку трећег (синдром компромиса II)

Медијација

Мед-Арб

Концилијација

Мини-триал (мини-парница)

Евалуација

Одбор за разматрање/решавање спорова

Вештачење

- Адјудикација (синдром непристрасности)

Арбитраже

## 6. ЕДУКАТИВНИ ЕГОЦЕНТРИЗАМ КАО ИЗВОР ПРЕДРАСУДА (или: суђење је алтернатива)

Правници и учитељи права нагињу егоцентризму (лат.: *Ego, Centrum*): прија им да се виде под светлима рефлектора, као да су прве виолине државних оркестара, а не иза кулиса (*back-stage*), као да су телохранитељи те исте државе,<sup>40</sup> њене политике и политичара, што је, вероватно, мало ближе истини.<sup>41</sup> Но, без обзира на животне улоге, држим да правници имају лидерске амбиције, ближи су животу у *VIP* салону, но животу негде другде.<sup>42</sup>

---

40 Својом конструкцијом „основне норме“, „пранорме“, као резултата „рђаве коначности“, Келзен је покушао да професију – правник аболира од страшне казне: да професионални век проведу као чувари дневне политике и актуелних политичара. Ова конструкција се своди на тезу да је правни поредак древна творевина једног смисленијег, трајног концепта, а не садашњих политичара, а да је основ целокупног система пра-устав, као глава и извор свих норми једног система, којег је, можда, и донео неки узурпатор, али време лечи све. В. Келзен, *ibid.*, стр. 172 и даље.

41 Заправо, истина је негде у средини: поједини правници јесу лидери појединих земаља, док већина других има друге животне роле, ближе улози телохранитеља, или одбрамбеног играча спортског тима, или конзерватора. Међутим, треба рећи да, историјски и вредносно, бити лидер недемократске, деспотске државе не значи много, а бити телохранитељ демократије значи прилично.

42 Парафраза наслова књиге “Живот је негде другде”. Милан Кундера, чешки новелиста рођен 1929. г. Ортодоксни скептик и песимиста који је писао са дистанцом хумора. Емигрирао у Француску поричући сваку своју политичност. Роман

Ова особина једног еснафа (професије) је делимичан нус-продукт образовног процеса: они који уче брже, лакше прихватају информације уколико им се укаже на њихову круцијалну важност. Због тога *едукатори често пренаглашавају значај и улогу државе и права* у људским животима, понекад од понеке правне вештине праве делове правне науке, или, нажалост, сопствене хипотезе проглашавају аксиомима. Описна едукативна методологија јесте делотворна јер доприноси успешнијем образовању, али за последицу може имати искривљену слику стварности.

Осим тога, чињеница да је правозаштитни систем (јудикатура) стуб-ослонац државе, монументалност права као људске творевине, његова организованост као научне и образовне дисциплине, те видљивост адјудикације, као под лупом увеличавају значај државног суђења, па сви други методи остају у његовој сенци. Како је право окренуто суђењу и наука је (и) о њему, а како правници креирају свет по свом лику, логична последица егоцентризма – да се постојећи *други начин(и) решавања спорова у правном вокабулару и у правним школама називају алтернативним*. Алтернатива представља „тежак избор једне од двеју могућности“.<sup>43</sup> Имплицитно, из назива следи да је суђење класична државна адјудикација – 1. *примаран* начина решавања спорова, а да поред њега постоји – 2. *једна његова алтернатива*, и да је између њих тежак избор.

Како је клизава граница између мере ствари (свести о одређеном нивоу значаја и важности једне појаве у реалном свету) и егоцентризма, то је и клизање честа последица правне едукације.<sup>44</sup> Из овога, наравно, не следи аутоматски да је читав правни факултет један велики забавни парк са клизалиштем у средини, али из реченог би требало да произађе моје *право на релативизацију*: државна адјудикација коначно није *једини* начин на који се спорови могу решавати (неспорни, други модели решавања сукоба: употреба силе, као *насилни метод* и преговори, као *консенсуални методи*), а није ни *примарни* вид решавања спорова.

Реч примаран (лат. *primarius*) на наш језик преводи се као: први, основни, почетни,<sup>45</sup> и тсл. Као таква она има, пре свега, времен-

„Живот је негде другде“ објављен је у оригиналу први пут 1969. Енглески превод „*Life is Elsewhere*“ објављен је први пут 1974.

43 М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд 1937, Геца Кон, стр. 44.

44 Троструко, *triple L (life-long-learn* – учење током целог живота, али и искуство и мудрост) тада притичу у помоћ, оно нас враћа мери, зауставља у даљем проклизавању, отклизавању. Нажалост, мера се стиче тек накнадно, током живота, а понеко је никада не стекне.

45 Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд, 1937, Геца Кон, стр. 947.



ску димензију. С аспекта времена, исправније је тврдити да је државно судство *последњи излаз из конфликта*, а не први, јер се њиме разумни појединац користи тек уколико друге методе не дају резултата. Размишљање с аспекта корисника правних услуга (учесника сукоба) води следећем редоследу потеза: *консенсуални методи као примарни, неки вид адјудикације као супсидијарни, уколико први не успеју, и насилни методи*, као последњи излаз, уколико вам их интереси налажу у мери да им се не можете одупрети.

Консенсуалних начина решавања спорова има више, па је државно суђење, коме је право окренуто у мери да му личи на центар света, само један од више равноправних, алтернативних начина решавања међуљудских конфликта. Другим речима речено, *исто колико су други начини решавања спорова алтернативе, толико је то и државна адјудикација*. Све алтернативе су појаве истог нивоа важности и вредности и у реалном и у научном свету. И све имају исту функцију – решити сукоб, те тиме очувати мир и смањити социјалне тензије.

## 7. СУЂЕЊЕ Vs. „АЛТЕРНАТИВЕ“ – ОСНОВНЕ РАЗЛИКЕ

### 7.1. Иницијални пример

У обављању посла професионалног београдског макроа (организатора проституције), свесни сте чињенице да је лоби хотела Хајат<sup>46</sup> у пословном смислу наклоњен вама, док то није случај ни са хотелом Шератон, нити Хилтоном, нити другим чувеним стецитштима истог профила забаве. Поштујући правила парцелизације тржишта, своје запослене шаљете само тамо где им је место, избегавајући забране других. У таквој фер игри добијате обавештење да се неко други меша у ваш атар, да су се појавиле нове „играчице“ у „вашем“ лобију. Како вам је пословни углед, у најмању руку, угрожен радом неког пацера, а зарада се смањује, ви улазите у сукоб са конкуренцијом, чиме је први елемент наше приче формиран.

Описно чињенично стање нуди листу могућности за превазилажење конфликта, нисте у безизлазу, а пошто је тек безизлаз подобан да изазове очај, главу горе! Шта се нуди са менија решавања овог пословног сукоба, или неспоразума?

---

46 Имена хотела могла су да буду и измишљена. Нису да би се постигла веродостојност приче. Ништа друго, никакве инсинуације, осим жеље за сликовитошћу, не стоји иза употребе реалних имена.

Ако је ваша конкуренција здрава и разумна (по економској логици свака је конкуренција здрава, па остаје само питање разума), можете ступити у контакт с њом и започети:

(1) *Преговоре*. Можда нека особа само живи у незнању, а можда је и „млади касарин који под реп коље“ – има нездраве претензије. То ће се открити. Даљи ток преговора зависи од тога. Уколико: а) живите у незнању, вербално упозорење може бити сасвим довољно. Или ћете, можда, б) наћи заједнички пословни интерес, мерцовати се<sup>47</sup> и створити већу пословну империју удруживши оруђа, средства, што може подићи ваш заједнички приход. Или ће ваша конкуренција ц) пристати да користи само оближњи пиано-бар, нудећи вам једнократну надокнаду као компензацију за конкуренцију. Итд.

(2) Можете се обратити особи од несумњивог угледа у вашем пословном свету (*кум*), и од ње тражити да *посредује* у вашем сукобу. Посредник ће вам помоћи да превазиђете иницијалне анимозитете, да боље артикулишете ваше интересе и посредоваће у изношењу предлога, те вама олакшати комуникацију. Таква особа својим ауторитетом може да утиче на исход.

(3) Ако је вашем психолошком профилу ближа *сила*, можете ангажовати добро обучени професионални кадар („*Head and Shoulder*“ особље) који ће решити ситуацију тако што ће „пријатељски“ проћаскати са „нелојалним“ конкурентом. Уколико буду довољно убедљиви, одустанак вашег конкурента је на видiku, бар за извесно време, док не ојача.

Дакле, има излаза, и потенцијалних метода решавања сукоба. Овде су наведена само три, без икаквих интелектуалних напора.

Међутим, истине ради, листа ваших могућности да решите конкретан проблем ипак је оскуднија у односу на „*регуларну ситуацију*“, из једног разлога: ваш посао, из кога је настао сукоб, у овој земљи припада сивој, или црној зони људске делатности, ви нисте на „белој“ листи домаће државе, нема вас у номенклатури официјелних занимања. Због тога што на сопствену државу и њену легалну правну заштиту не можете рачунати, број модела (алтернатива) решавања сукоба је смањен. Да и на њу можете рачунати (уместо продаје љубави бавите се продајом љубичица), дијапазон могућности би вам се проширио. Додала би вам се бар *joш једна алтернатива*: (4) *суд* пред којим бисте могли да заштитите ваше угрожено или повређено право.

---

47 Од енглеског *to merge* – сјединити се, стопити се.

Пошто од вишка не боли глава, прва прагматична, али и етичко-педагошка препорука, могла би бити: мењајте делатност, ако не због морала, а оно зато што, обављајући легалну делатност, добијате *значајног савезника у лику државе и права*. Истина, могуће уз мањи профит.

## 7. 2. Правозаштитна функција државе

Међутим, иста промена би се одиграла (проширење листе алтернатива за решавање сукоба) уколико, услед измене законодавне политике, сама држава одлучи да легализује проституцију. Легализација проституције, као мала промена правног (и економског) система државе, велики је етички изазов за друштво. Наиме, уколико би се држава одлучила на тај корак, у нормативном свету дошло би до промене – проституција би прешла на „белу“ листу људских делатности. Међутим, како се етички код теже мења од правног или економског система, у моралном поретку промена не би била моментална и била би мање видљива. Они који су с неког разлога, опоненти легализацији проституције, у највећем броју случајева то би остали. Чак би сматрали да је њихова држава морална ругоба чији је доминантан интерес – буџет. Али би промену на правном нивоу морали невољно да прихвате, јер их управо државни систем на то присиљава, а суд суди на основу права.

Због тога се поставља питање: 1. *зашто право обавезује*, 2. *шта је оно* и 3. *како функционише?*

1. По фундаменталисти (позитивисти и нормативисти) *Келзену*<sup>48</sup>, *legis latio* (стварање права) први је од два манифестациона облика државне власти.<sup>49</sup> Створено право не обавезује људе вредношћу своје садржине, већ чињеницом да га је надлежно (у основи политичко) тело промовисало у позитиван систем и наредило његову примену.<sup>50</sup> Право, дакле, не обавезује својом праведношћу, демократичношћу, узвишеном истинитошћу, моралношћу, лепотом, мудрошћу, кохерентношћу, или било којим другим квалитетом. Даче и глупо, бесмислено, неморално (на пример: оно које дозвољава проституцију) право, теоријски обавезују по форми, до истоврсне промене, од када обавезује ново право. Постојање правних механизма који омогућују мало, „*фино усклађивање*“ права

---

48 Ханс Келзен (1881, Праг – 1973, Беркли) један је од највећих правника свих времена, а по мом суду.

49 Други је извршење закона. В. Келзен, Општа теорија права и државе, Правни факултет, Београд, 1998, стр. стр. 317.

50 Келзен, *ibid.*, стр. 10.

са животом, а без његове формалне промене (какви су институт „незнатне друштвене опасности“, или поједини видови тумачења), не мења, у основи, конзерваторску природу права.

Закључак је: *право обавезује зато што је издато од стране надлежних власти,<sup>51</sup> а пошто је то држава, онда јер га она прописује.*

2. Овај систем правила, поредак људског понашања<sup>52</sup> састоји се од норми које садрже *заповести, забране и овлашћења*.<sup>53</sup> Њихов *циљ и функција* је да усмере друштвена понашања и односе ради заштите одређених интереса и вредности, који су историјски променљиви. Пошто је правни систем персонификација тих вредности, заштитни објекат правног система је (и) он сам у *quelle-taille* стању, до формалне промене.

Заштита интереса и вредности у заједници (држави) и усмеравање понашања постижу се (а) ређе *мотивацијом* појединаца на пожељно понашање, (б) а чешће *казнама* (логика штапа и шаргарепе), тј. *принудним поретком* којим држава покушава да пожељно понашање појединаца изазове применом принудних мера,<sup>54</sup> тј. *организованом силом*.<sup>55</sup>

3. Ову статичну пројекцију права (крупни план) прати динамична; дихотомија државне власти диктира узрочно-последичну везу: *legis latio* мора бити праћен с *legis executio*<sup>56</sup> – имплементацијом права, као другим појавним обликом власти.

*Правозащитна функција државе и права*<sup>57</sup> управо се *остварује кроз његову имплементацију – (и) кроз изрицање санкција праћених дејством извршности (организована сила)*<sup>58</sup> у законом прописаном поступку. Организацијом великог броја кривичних, грађанских, административних поступака, држава, ради заштите угрожених интереса и права, те свог поретка ствари, решава сукобе између људи. То значи да *држава врши извршну власт, а правни систем функционише тако што људима пружа (или намеће, зависи*

---

51 Келзен, *ibid.*, 84.

52 В. Келзен, *ibid.*, стр. 55.

53 Лукић, Кошутић, Увод у право, Правни факултет, Београд 2004, стр. 105.

54 Келзен, *ibid.*, стр. 71.

55 Келзен, *ibid.*, стр. 74.

56 Келзен, *ibid.*, стр. 318.

57 За идентификовање заштитних објеката у кривичном и грађанском праву в. Сибиновић, Противправност – одлика кривичног и грађанског вида неправда, Правни факултет Универзитета „Унион“, Београд 2006, стр. 19 и даље.

58 Сибиновић, *ibid.*, стр. 17 и даље.

од угла посматрања) *једну могућност решавања спорова* – тзв. суђење пред државним судом, или *адјудикацију од стране државног чиновника – судије, који, при томе, примењује право.*

*Последње са „алтернативом“ није случај: она се не мора ослањати на правне норме, те има шири спектар могућности, богастију колекцију оруђа.* Из тога следи да не мора штитити ни све оне интересе које право промовише у заштитне објекте, па ни легализовану проституцију, бар не до нивоа јавног поретка,<sup>59</sup> што чини њену прву разлику у односу на судске јудикате.

### 7. 3. Својства државног суђења

Поред тезе о примарности државне адјудикације, њу прате и друге предрасуде. Истина, нико не тврди да је адјудикација метод са најдужим стажом у решавању спорова нити ће то тврдити све док се на листи алтернатива налазе преговори, за које важи да претходе и сукобу,<sup>60</sup> али јесте *фама* да је државно суђење 1. *најправичнији*, 2. *најпаметнији*, 3. *најефикаснији*, 4. *најсигурнији* начин решавања сукоба (или бар већине њих).

#### *Ад. 1. Државно суђење – правичан пут*

Државни суд суди по праву, а не правди, што није исто, а није ни спорно међу правницима.<sup>61</sup> Постоје историјски периоди и земље чији су правни пореци, с већинског гледишта, неправедни.<sup>62</sup> Можда би с аспекта нечијег индивидуалног вредносног система и укуса, то били они који легализују проституцију, забрањују употребу алкохола и дрога, легализују брак истих полова и тсл. Раскорак (па и велики) између једног позитивног правног система и већинског схватања морала или правде није довољан разлог да тај систем буде елиминисан са „списка живих“ – он и даље постоји и имплементира се. Све остало био би претерани уплив политичке наклоности на науку, на

---

<sup>59</sup> Из чл. 321 у вези чл. 3. Закона о парничном поступку: суд коначно оцењује да ли је споразум којим се окончала медијација, а који се закључује у форми судског поравнања, у сагласности с принудним (императивним) прописима и моралним стандардима домаће земље.

<sup>60</sup> Преговори, а по Рубину, претходе и конфликту. Док се други везује за Авеља и Каина, први се везује за Адама и Еву (понуда коју Адам није могао да одбије), В. Рубин, *ibid.*, стр. 1.

<sup>61</sup> Келзен, *ibid.*, стр. 57.

<sup>62</sup> Као илустрацију тога, Келзен је наводио примере Русије, Италије, Немачке у доба большевизма, националсоцијализма и фашизма. Келзен, *ibid.*, стр. 57.

пример: преферирање демократије у односу на аутократију. Био би то морални (или политички), а не научни суд.<sup>63</sup>

Сва права, поновимо то, обавезују формом, а не квалитетом садржине, те *могу бити неправична*, или на други начин *интерфектна* (коначно, каква би била када су дело људи), а ипак важећа, позитивна, она по којима државни судови суде. Из тога следи да је илузија, наивност, или лудост *очекивати да ће резултат имплементације права – пресуда – упркос најбољем умећу судије, бити много боља од материјала од кога се она прави – често несавршених и понекад неправичних, неморалних закона.*

Теоријски, правда је ближа АДР методама, које не морају да зависе од права, већ самом праву. На пример, арбитражна адјудикација, као АДР метод, може бити вољом странака у сукобу креирана тако да арбитри донесу одлуку по правичности (*ex aequo et bono; amiables compositeurs*). То не значи да се одлучује својевољно, произвољно. Судити по правичности, значи „судити по извесним објективним, рационалним ...научним критеријумима, као што су идеја једнаког поступања, ...идеја нормалног и разумног“.<sup>64</sup> Или, поравнање, као облик окончања спора преговорима, може бити „непатворена правда“, или неправда, или ће се у њега унети онолико морала и правде колико то уговарачима одговара. Све зависи од њих самих.

Закључак: ако преферираете правду, пре ћете је затећи у АДР методама но у суду.

## *Ад. 2. Државно суђење – паметан избор*

У одговору на питање: „Шта је паметније (мудрије) – обратити се државном ауторитету, или сам решавати свој спор?“ полазим од разумне претпоставке да је свакоме мајица ближа од кошуље. Следи да свака индивидуа воли себе више но што га било који државни чиновник воли, па звао се он и судија и био му сродник у првом степену (када би се, уосталом, морао изузети).

Друго, није претерана ни тврдња да нико не зна боље чињенице случаја од стране у сукобу и његовог противника. Оне су се њима догодиле, оне су део њихове прошлости. Најзад, нико боље од учесника сукоба не препознаје сопствене интересе јер они су део њихове планиране будућности.

---

<sup>63</sup> В. Келзен, *ibid.*, стр. 57.

<sup>64</sup> Марковић, Суђење по правичности, *Правни живот*, бр. 9–10, Београд, 1994, стр. 629.

Из свега реченог произлази да су опоненти најбољи познаваоци чињеничног стања и најбољи тумачи сопствених интереса који ће, из љубави према самима себи, делати у свом најбољем интересу.

После свега, у ваздуху виси питање: шта их је нагнало да од државног чиновника траже решење сукоба, упркос несавршености његовог оруђа (закон), лимитираног познавања чињеница и неуважавања интереса сукобљених (што му и није у опису посла), када га сами могу решити? Вероватније пре капитулација памети и мудрости, под теретом сукоба који личи на нерешив проблем, но њихов тријумф. Изгледа да је паметније не молити се пред том црквом.

### *Ад. 3. Државно суђење – ефикасан пут*

Поборници алтернативе доведени су на клизавији терен тврдњом да је државна правна адјудикација *најефикаснији* начин решавања конфликта.

Научно чистунство, када му се придруже још неке карактерне црте, отвара просторе за опонирање: ефикасност је квалитет људи, а не права,<sup>65</sup> те из прве тврдње само произлази да су судије ефикасне. А то је веома упитно, поједине јесу, сигурно је.

Али, ако тврдњу разумемо као изјаву да је правосудни систем, као „биће,“ ефикасан, тј. да је судски метод ефикасан метод, онда је мој одговор како следи.

Појам „ефикасност“ има временску димензију која се састоји из 1. *брзине* и 2. *коначности*; и има садржински ефекат 3. *извршности*, егзекутивности (извршење под окриљем државне силе).

Ад. 3.1. Укореењеност изреке: „*Правда је спора, али достигнућа*“ довољан је доказ за тврдњу да *брзина* није иманентна ни парничном, а ни извршном поступку. Дапаче, временска димензија ефикасности је бољка скоро свих држава и њихових правних система, а борба за бржу правну заштиту је циљ и покретачка снага многих реформи правосуђа. Све алтернативе су, ноторно је, много брже. Рок од 30 дана који законодавци најчешће остављају „алтернативи“ за „покушај“,<sup>66</sup> по правилу није довољан ни за заказивање припремног рочишта за главну расправу у парници. Толико о брзини.

---

<sup>65</sup> Квалитет права није ефикасност него је његово важење. В. Келзен, *ibid.*, стр. 92.

<sup>66</sup> В. на пример чл. 28 Закона о мирном решавању радних спорова, *Сл. гласник Србије*, бр. 125 из 2004.

Ад. 3.2. Друго је питање јесу ли правоснажност и извршност гаранти *коначности*?

Мој одговор „не“ заснива се на следећем:

Пресуда се најчешће завршава изреком која дефинише да је једна од сукобљених страна победила другу, она диференцира учеснике сукоба одређујући победника. Пресуда ствара добитничко-губитнички однос (тзв. *win-lose*), а не обострано добитнички однос (не *win-win relation*). Тиме се она, по дефиницији, намеће бар једној од страна у спору (губитнику) који, због тога, судску пресуду не доживљава као своју сопствену одлуку, већ као наредбу система. Невољно јој се повинује, јер мора, али истовремено, људски, чека „својих пет минута“. На тих својих пет минута, на „*време за реторзију*“, губитник гледа као на *време части* и *правде* (у коме ће свету доказати да је био у праву), то је, за њега, пре фаза спасавања образа (*face saving*)<sup>67</sup>, но противправна фаза новог сукобљавања са системом. Томе треба додати да право није дизајнирано тако да континуирано прати сукоб, па и после његовог судског епилога. Доношењем правоснажне пресуде правни систем је извршио свој задатак: ствар је (правоснажно) окончао, она се ставља *ad acta*, заједно са животом око ње. Престаје сваки судски и правни мониторинг догађаја.

Отуда не треба да изненађују рецидиви сукоба и реторзије предузете од стране судских губитника. Другачије би било само уколико би епилог судског поступка (правоснажна пресуда) успео да угуши сам ембрион сукоба, тј. став и разумевање догађаја који је сукоб изазвао. Само под тим условом решење сукоба би могло претендовати на коначност. Међутим, суд није конципиран да то чини.

Са аспекта дефинитивности (коначности) залажем се за решавање спорова преговорима (директни и посредни) који се окончавају судским поравнањем учесника конфликта, а које у себи садржи *интегративно разрешење конфликта*: промену и на нивоу понашања учесника и на нивоу њихове перцепције, ставова, разумевања суштине ситуације. Права коначност припада само таквим решењима.

Ад. 3.3. Архитектура аргумената „*извршности као дејства судске одлуке*“ је једноставна: ефикасност пресуде очитује се у постојању гаранција државног монопола силе. Пошто сила лебди над пресудом, она јој, природно, трансмитује сопствену енергију, ефикасност. Оно што је суд изрекао имало би се државном силом (ако треба) *извршити*.

---

<sup>67</sup> Rubin, Some wise and mistaken assumptions about conflict and negotiations, u Breslin, Rubin, The Negotiation Theory and Practice, Harvard Law School, 1991, стр. 6.



Држава, као и сви ентитети, може емитовати и трансмитовати само енергију коју поседује. За делотворну трансмисију потребна је идеолошка и политичка снага система и јасно стратегијско опредељење да се максимизира број принудних извршења одлука судова које нису добровољно извршене. Томе се, често, супротстављају концепцијске запреке произашле из неодлучности и идеолошких недоследности политике, које угрожавају начело извршности. Оклевањем да дâ пуну ефикасност нормама извршног поступка, законодавац и држава дезавуишу и ниподаштавају сопствени парнични и ванпарнични поступак, па и његове персоналне носиоце. Разлога томе може бити више од: 1. *идеолошких* – коминизму је иманентно да је благонаклон према дужнику, преко 2. *демагошко-политичких* – подилажење дужничком лобију и 3. *квазисоцијалних* – министарство правде преузима на себе социјалну функцију државе штитећи дужнике „слабог“ имовног стања (сиц), па до 4. *кондиционих* – држава и систем то нису у стању.

Дефинитивно, посматрано с аспекта ефикасности, појединачна или групна *сила* имају своје предности над организованим, државним монополом силе: ако ништа друго, немају системске кочнице, немају обзире које држава дугује јавности и изнад свега – немају скрупула.

Најзад, уколико знамо да се, с аспекта егзекутивности, у истом рангу са судском пресудом налази арбитражна пресуда и судско поравнање којим се могу окончати и медијација и концилијација, преференција се може изменити.

#### *Ад. 4. Државно суђење – пут правне сигурности*

Заводљивост аргумента правне сигурности гради се на појму транспарентности: једном донето право се објављује, постаје видљиво и доступно, чиме се из суђења елиминише свако изненађење. Објављивањем закона судски силогизам постаје предвидив до нивоа досаде: уколико је чињенично стање исто (*premissa minor*), из објављеног менија норми (*premissa maior*) квалификацијом се одабира увек иста као меродавна, те пресуда има исту садржину. Како је правна сигурност потреба људи, судска адјудикација је у предности над АДР, *чија се решења не налазе на претходно објављеној листи.*

Учестали судари између овог пожељног квалитета теоријске шеме примене права и непредвидивости ефеката судских правозаштитних радњи у реалности<sup>68</sup> ревитализују добру, стару шалу:

68 Слично Барбић, *ibid.*, стр. 17 и 29.

„теорија ми је толико перфектна да ћу морати да променим живот“, уз отварање дилеме: може ли судски силогизам да истисне Рогати<sup>69</sup> са списка најчувенијих софизама?

Уколико се софизам схвати као „намерно изазван погрешан закључак“, бојим се да одговор мора бити негативан: у недоследној имплементацији права нема ничије намере, бар не стратешке, већ се ради о несавршености апаратуре. Како правници нису логичари који су индиферентни на *Аристотелову* дистинкцију на софизме или паралогизме, за њих је важно да ли је грешка хотимична или не, због идентификовања њеног узрока.

Чини се да су у судском силогизму једино чињенице неспорне, уколико су потпуно утврђене, што не важи за његове друге елементе. Прво, несавршен је правни систем, *praesens maior*, а сумњиви су и персонални носиоци примене.

Правни систем не пружа кристално јасну, недвосмислену понуду горњих премиса. Објављивање закона није довољан услов за њихову потпуност, прецизност, јасноћу, повезаност и склад. Сталне промене, које су биле пратилац нашег правног система, имале су пречесто различит смер, биле су (и још су) стихијне. Озбиљнији инвентар и велико спремање система никада није начињено. Стихијно, скоро револуционарно кретање, нагли заокрети наше законодавне политике (која се, по правилу, промптно морала спроводити) бивали су Дарвинова „ноћна мора“. Њоме се спречава еволутивни развој система, владавина права и успостављање правне сигурности.<sup>70</sup> Судска пракса, којом би се могла, донекле, амортизовати несавршеност правног система, има незавидно место у хијерархији извора права, а захваљујући несавршености информационог система, није ни доступна судијама.

Судије су, најчешће не својом кривицом, несавршене. Велики део њих растао је и едуковао се у време „стихијског лутања“ и права и правне едукације, која га је пратила,<sup>71</sup> те нису могли да стекну стабилност знања и искуства нити се доследно касније развијати, већ су лутали препуштени сопственој сналажљивости. „Знања стечена

---

69 *Cornutus sc. Syllogismus*, или корнутус, рогати силогизам којим се логички доказује да људи имају рогове. Избор софизма је случајан, могао је бити и Гомила, или Телави, итд.

70 „Нема тог правног сустава у коме се стално не уводе новости, па ни оне значајне и опсежне, само је питање иду ли оне увијек у истом правцу или се правац промјена мијења. ... Иду ли измјене у правном суставу у истом правцу, његов је развитак поступан, уредан и брже доводи до стварања стандарда које захтијева владавина права“, Барбић, *ibid.*, стр. 33.

71 Барбић, *ibid.*, стр. 34–35.

на студију нису довољна за примјену узастопно темељито мијењаног правног сустава. Програми предмета који се изучавају на факултетима споро се мијењају и још су увијек оптерећени ранијим садржајима, више него што је то потребно за разумијевање и стјецање нових знања, а и наставне методе у правилу заостају за онима које се користе у модерној свеучилишној настави у развијеним земљама<sup>72</sup>. Из тога следи да се разлози несавршености примењивача права крију пре у правном систему и едукацији, но у њима самима, што не мења садржину крајњег закључка.

Плашим се да се данас већа неизвесност налази у судској заштити него у АДР методама. У њима странке у спору задржавају контролу и над процедуром решавања конфликта и над његовом садржином. Може бити изненађења у пресуди на чији поступак доношења странке имају ограничен утицај, а нема никаквог изненађења у договору који саме постижу.

#### 7.4. Традиционализам и монополизам – додатни узроци отпора АДР

Објашњења за ниподаштавање свих других, до судског метода решавања спорова, у правној књижевности, осим у: 1. појму права и државе и улози права у очувању државе, 2. методама и циљевима правног образовања, 3. предрасудама о квалитету државног решавања спорова, могу се наћи и у 4. природи и особинама људи, па и народа, мада се невољно окрећем и позивам на особине и црте било ког колективитета.

Ипак, дозвољавам искуствени закључак да је наше друштво претежно традиционалистичко и конзервативно. Као такво, оно се тешко навикава на новоте, на промену било које врсте, на нове технологије, технике, процедуре, институције, инсталације, па и индивидуе. То наравно не значи да је реформа система судства у Србији немогућа, али значи да реформисти наилазе на жешћи отпор но што је то уобичајено. Традиција се користи и као штит од утицаја „спољњег света“, проглашава се неспорним квалитетом (добро је зато што је традиционално) и ауторитетом с којим се не вреди надгорњавати, а да се довољно не проучи и спозна.<sup>73</sup>

---

72 Барбић, *ibid.*, стр. 34.

73 Закон о грађанском судском поступку Краљевине Југославије из 1929, препознавао је значај и фаворизовао поравнање као начин отклањања спора. Пар. 529 тог Закона отварао је могућност да се опонент позове на покушај мирена и поравнања. Ово је илустрација заборављене традиције.

Као илустрацију манифестованог српског отпора према „нови-нама“, наводим скорашње поступке доношења Закона о медијацији и Закона о арбитражи<sup>74</sup> у Парламенту Србије. Ови закони су део пакета реформе српског правосудног система, који су имали за циљ приближавање Србије Европи и светским трендовима у решавању спорова. Упркос томе, приликом доношења оба поменута закона бујица речи и силно време је потрошено у покушајима српских парламентарца да убеди предлагача у непотребност и инперфектност иновација правозаштитног система. Уколико и узмемо да наши парламентарци нису правни професионалци, што јесте тачно за већину, слика није боља ни када ступите у дискусију са правницима. Иако спремнији да признају лоше особине домаћег правозаштитног система и они са подозрењем и неповерењем гледају на нове технике и процедуре.

Оправдање таквог понашања може се наћи у историјском искуству система: дуги низ година систему су политички наметане чак и револуционарне реформе, а да се струка мало питала. То страх од понављања историје чини оправданим.

Рационалан разлог таквог понашања, одбрамбеног положаја јежа, налази се у интуитивној потреби за заштитом сопственог монопола. Наиме, уколико би се међуљудски спорови могли решавати и ван суда, и без присуства правника, неко други би еснафу постао конкуренција, отео му део посла и угрозио егзистенцију. У мери у којој овај став држава потхрањује, реформе ће се одложити.

Наравно, ни еуфорично одушевљење није најбољи савезник промена, али реформама погодује бар умерени оптимизам. Он у Србији недостаје. Страх од новина, промена које изискују додатне напоре до-едукације, јачи је од државотворне свести о неопходности унапређења система. Управо због те потребе за сталном едукацијом која изискује труд и време, истина као мање важну, списку сметњи новим методама решавања конфликта можемо придодати урођену инертност појединаца. Наиме, чини се да је доста комотније и изискује мање интелектуалног и физичког ангажмана и малтретирања, предати предмет судији, а ангажовати професионалне адвокате, него се исцрпљивати у сталним преговорима у потрази за добрим компромисом.

То што комодитет кошта, а што су његови резултати у решавању сукоба, њихова прихватљивост и квалитет, управо сразмерни уложеном личном напору, понекад је мање важно од потхрањивања сопствене инертности.

---

<sup>74</sup> Закон о посредовању – медијацији из фебруара 2005. и Закон о арбитражама из маја 2006. г.

## 8. *SILLOGISMUS CONTRACTUS*

### Сводим и *закључујем*:

Непримерена је мом правничком образовању тврдња о безвредности, или неадекватности државне адјудикације. Уосталом, историја би ме лако демантовала.

С друге стране, непримерена је мом емпиризму изјава да је суд најефикаснији и најбољи (оптимални) метод регулисања највећег броја сукоба (спорова) међу људима.

Најзад, непримерена је мом либерализму идеја о могућности дизања руку са управљача сопствене судбине.

Како социолошки квалитет конфликта као индикатора кризе и носиоца промена, не мења суд о његовој генералној непожељности, јасно је да је његово избегавање оптималан метод људског понашања. То, нажалост, понекад не успева. Када смо већ у ситуацији „шта је, ту је“, онда је боље имати више од једног излаза из кризе.

Посматрани с аспекта рационалности, методи *преговора*, медијација и концилијација пре свих, оптималан су начин управљања сопственим животом. Уколико су успешни, поравнање до којих они доводе може се закључити у облику *судског поравнања* са садржином која је уговорена у успелом поступку медијације, или концилијације (*the agreement in the form of settlement*). Уколико се „алтернатива“ комбинује са парничењем, онда би се могла издејствовати и одлука суда на бази постигнутог споразума (*award made by consent; award on the basis of the agreement*). То овакво поравнање ставља под окриље државног монопола силе, снабдева га дејством извршности.

Судско пресуђење је излаз за случај нужде (*emergency exit*). Ни више ни мање од тога. Али и на сваком авиону овај *emergency exit* постоји и његово постојање нико не доводи у питање.

Мој сажети закључак зато гласи: од алтернативе, као вишка, глава не боли.

Gašo Knežević

## THE LAW AND ITS CHANGES: ADR –CHANGE IN THE LAW

### *Summary*

‘Legal redress’, a bundle of organizational, substantive and procedural norms designed to resolve conflicts, protect those who have been

wronged or those whose rights have been endangered, has been lagging behind in our country for decades. The only way to overcome this kind of problem was given through court protection, through classical court proceedings, civil administrative, constitutive or criminal, while other countries gradually introduced alternative methods. Negative perception of system of legal redress has taken a hold among general public and this influences a more relaxed approach of the state with regard to 'alternative' and introduction in the legal system of, what has been known under a single notion of 'alternative dispute resolution' –ADR.

Through the use of legal, but also of socio-psychological methods, this article attempts to prove that judicial way resolving disputes is not neither the primary, nor the best, the smartest, the most secure and the most efficient method. Rather, it attempts to illustrate that every problem solving way of resolving disputes fulfills its function and that all ADR methods deserve all attention and comprehensive legal regulation, since they represent equally important alternatives in the real life situation.

A brief summary of this text amounts to 'there is no such thing as too many alternatives'.

Key words: *System of legal redress. – Self-evaluation and external evaluation of the system. – Classification of the ADR. – Educational egocentrism. – Courts v. alternatives. – Pros and cons. – traditionalism and monopolism.*

Петар Опалић

## НЕФОРМАЛНА И ФОРМАЛНА ДРУШТВЕНА КОНТРОЛА ДУШЕВНО ПОРЕМЕЋЕНИХ ОСОБА

*Изложени су најпре облици индиректне контроле душевно поремећених особа кроз ставове о нормалном и патолошком, као и у превенцији и лечењу психичких поремећаја.*

*Затим је анализирана контрола душевно поремећених особа путем правних норми, као и проблем неурачунљивости у правном, психијатријском и етичком погледу.*

*Посебно су анализиране законске одредбе које регулишу присилну хоспитализацију.*

*У закључку је указано на низ нерешених друштвених, стручних, нормативних и политичких дилема везаних за друштвену контролу и правну регулативу друштвене контроле психички поремећених лица.*

*Кључне речи: Друштвена контрола душевно оболелих лица. – Неурачунљивост. – Право. – Психијатрија.*

### УВОД

Друштвеном контролом душевних болесника социолози се баве већ више од сто година (Ross, 1901, према Horwitz, 1982). У начелу, непосредној друштвеној контроли подвргавају се само они чланови друштва који крше друштвене норме, дакле, девијанти у најширем смислу речи. Социјална контрола се у том смислу успоставља или неформалним путем (образовањем, ставом јавног мњења или социјализацијом у најширем смислу), или формалним механизмима (законским прописима, односно писаним нормама), односно преко друштвених институција (полиција, судство, здравство). Друштвена

контрола подразумева иначе да се против означених девијантних појава предузимају или негативне мере, тј. санкције, или позитивне мере, који се пак односе на подршку разним облицима конформације девијаната друштвеним нормама.

Интензивно бављење овом темом датира од 50-тих година 20. века, када се у САД брачни пар Каминг (Camming, Camming, 1957) бавио истраживањима ставова према психички оболелим особама, преко чувених студија Holinsheda и Redliha (1958), те Gofmana (1973), и Silversteina (1968), све до новијих радова у којима се темељно истражују друштвени и други аспекти присилне хоспитализације (Bruns, 1993). Историјски гледано, најдрастичнији вид контроле душевних болесника биле су мере нациста за време њихове владавине у Немачкој од 1933. до 1945, када су ликвидирали око 100.000 људи и присилно стерилисали више стотина хиљада душевно оболелих лица, ментално ретардираних и епилептичара. Присилна стерилизација душевно заосталих, истини за вољу, рађена је и у другим земљама. У Француској је тако донедавно стерилизовано 30.000 душевно оболелих жена и неколико хиљада мушкараца, а слично се дешавало у 19. веку и у САД, као и у скандинавским земљама и Канади (Giami, 1998). Стерилизација је вршена с намером да друштво биолошки контролише неприхватљиве последице кршења норми сексуалног понашања ментално ретардираних особа (као што је јавно мастурбирање, војеризам итд.), али неретко и из еугеничких побуда, тј. са циљем спречавања рађања душевно хендикепираних у ширем смислу, што је, нема сумње, чињено са мотивом расистичке природе.

Питање друштвене контроле психички поремећених лица, по неким ауторима, ствар је испитивања друштвених услова добијања и одржавања етикете душевног болесника, чак и прихватање третмана у виду психотерапије (Horwitz, 1982).

Наше мишљење је да друштвена контрола душевних болесника има два кључна аспекта. Први је неформалан, и тиче се ставова према душевним поремећајима, едукацији и уопште неписаним нормама понашања. Други је формалан, тј. правни или позитивним законима регулисан, а тиче се нормативне регулативе третмана душевних болесника, укључујући и питање законског дефинисања неурачунљивости. Неформална контрола душевних болесника незаобилазна је тема психијатријске социологије, јер обухвата анализу ставова према душевним болесницима и излагање социогенезе душевних поремећаја, а донекле и социологије психијатријске теорије и праксе, без којих је незамислив садржај ове посебне социологије.



## ИНДИРЕКТНА ИЛИ НЕФОРМАЛНА КОНТРОЛА ДУШЕВНО ПОРЕМЕЋЕНИХ ОСОБА

Експлицитна контрола душевних поремећаја или лудила, у лаичком смислу почиње од епохе просветитељства, тачније од рационализма с краја 18. века, када се снажно и на различите начине супротставило лудилу као не-разуму, као антитези идеалу који је заговарало просветитељство, које је фаворизовало предвидљивост, мерљивост и објективност људског понашања. Раздвајање душевних болесника од осталих маргиналних личности у затвору (криминалаца, проститутки, бескућника, скитница и сл.) није значило, како истиче Д. Кецмановић у својој најновијој књизи „Индивидуални или друштвени поремећај“ (2002) ослобођење душевних болесника. Био је то заправо почетак „затварања“ и лудила у луднице, касније назване психијатријске болнице или азиларне установе у најширем смислу. Лудило се ослободило нежељеног загрљаја беде, неморала, нерада и злочина, али је подјармљено и изоловано од свеколиког разумног у друштву. Над њим је извршена тотална дерационализација, и то не само у когнитивном и друштвеном погледу, него и у вредносном. Истина, психијатар већ као почетник врло брзо научи да је луд човек болестан само одређено време и у ограниченој сфери психичког живота, али то сазнање је ретко прихваћено у широкој друштвеној јавности. Овом процесу супротставили су се антипсихијатри, па кад нису успели да реформишу друштво, које је по њима и створило лудило као медицинску категорију, као друштвени мит (Sasz, 1980), или као свеопшту метафору зла укључујући и лудницу као њен институционални израз (Gofman, 1973), онда су прогласили лудило револуционарним, не само за индивидуу и породицу (енглески антипсихијатри) (Laing, 1977), него и за друштво у целини (тзв. социјалистички колектив психијатријских пацијената из Хајделберга и неки италијански антипсихијатри) (Bazalja, 1978).

Душевно поремећена особа не понаша се на кооперативан начин кад је реч о уважавању важећих социјалних норми, па се друштво одувек осећало позваним да му наметне спољну вољу, тј. правила међусобног комуницирања. Заправо, и душевно оболели друштву нуди своју реалност као општеважећу, с ону страну општеприхваћених категорија социјалне корисности, друштвеног прописа, општег добра, једном речју, и с ону страну семантичког оквира комуницирања. Зато је одговор друштва на овакво стање ствари у општењу са душевним болесником вишеструк и захвата различите сегменте и аспекте друштвеног живота душевног болесника. А. Hollingshead и F. Redlich у спису „Социјална класа и ментална болест“ (1958), а нешто касније Srole L. и др. у, такође често цитира-

ном делу „Душевно здравље у метрополи“ (1962), социолошким теренским налазима аргументовано су указали на индиректну контролу душевно поремећених лица од стране друштва путем игнорисања, а потом и сегрегације, њиховим социјалним померањем у ниже друштвене слојеве, тј. у централне градске четврти мегалополиса.

Ф. Вазалја (1978) мисли да је у друштвеној контроли лудила суштинска казна друштва за другачије понашање и мишљење. У благом виду она се манифестује као неформални презир, подсмех, невербални гест омаловажавања, који има поруку да је неко „откачен“, затим се појачава као више или мање извршен притисак на „упадљивог човека“ да се лечи, све до коришћења физичке принуде при хоспитализацији и смештања пацијената у психијатријске болнице.

Контрола душевних болесника зависи и од њиховог социјалног статуса. Сумирајући резултате истраживања о третману ментално оболелих у САД, Cockerham (2000) тврди да се најстрожа социјална контрола, заправо најгрубљи третман душевних болесника односи на пацијенте који потичу из нижих друштвених слојева, нарочито ако су у питању црнци или врло сиромашни имигранти. Нешто боље пролазе пацијенти из нижег економског слоја домицилног становништва, а најбољи третман имају староседеоци добре платежне моћи. Ови последњи се лече дискретно, психотерапијом, у кућним условима или у установама са високим комфором. Мање је изражена строгост друштвене контроле и онда када терапеут и пацијент потичу из истог друштвеног слоја, односно из истоветног културног круга, јер у том случају постоје социјалне претпоставке да се између њих развија емпатија, поверење и добра сарадња.

Психотерапија је, нема сумње, нека врста друштвене контроле душевно поремећених особа, мада далеко дискретнија и суптилнија од других видова контроле, с обзиром на то да психотерапеути у извесном смислу преносе спољни притисак друштва на појединца да се прилагоди постојећем друштвеном поретку, нарочито социјалној расподели моћи. Психоанализа је на свој начин утрла пут схватању, тачније психолошки оправдала став да је насиље, тј. агресија, природни пут успостављања друштвеног реда, будући да је осим сексуалног, ставила у први план објашњења људске природе и порекла психичких симптома, агресивни нагон. По психоаналитичком схватању, у сваком човеку „чучи“ потуљена спремност за агресивно, па и деструктивно реаговање (Танатос нагон или нагон смрти). Најзад, и медијализација у психијатрији се сматра, у антипсихијатријским ставовима посебно, начином биолошке или тзв. унутрашње контроле душевних болесника. Реч је о перфидном или тзв. невидљивом унутрашњем везивању болесника.

Друштво врши индиректну контролу над душевно оболелим лицима и на теже препознатљиве начине. Ради се о примарној превенцији душевних болести, тако што различите установе (нпр. домови здравља) пре појаве симптома поремећаја предузимају мере са циљем да душевна обољења или остану друштвено невидљива, тј. замаскирана (успева се нарочито у вишим друштвеним слојевима), или да се она уопште као непожељан вид понашања не појаве. То се односи на социјални рад и породични третман различите врсте, у којима се посредством социјалног сетинга лечења, или преко феномена групног притиска остварује конформација општим друштвеним правилима понашања, а не само ублажавање и решавање тзв. животних проблема људи. Овај вид индиректне друштвене контроле још је препознатљивији у социотерапији, лечењу психичких сметњи у великим групама (већим од 25 чланова), као што су терапијска заједница, клубови хронично оболелих психијатријских пацијената, као и другим мерама тзв. терцијарне превенције психичких поремећаја.

Контрола душевних поремећаја одвија се и путем обавезног праћења менталног здравља становништва (тзв. follow-up пројекти) обављањем контролних прегледа лица суспектних да имају психичке проблеме, чија је сврха, с једне стране стручно терапијска, а с друге, друштвено рестриктивна. Друштво се, наиме, унапред брани од непредвидивог и неурачунљивог понашања потенцијално душевно оболелог, *de jure* предупређењем таквог понашања појединца, а *de facto* штити сопствени интегритет и функционисање неких својих сегмената (Bowerrs, 1998).

И у ставовима према душевним болесницима релативно лако се препознаје индиректна и невидљива контрола психички оболелих. Тако се израз „лудило“ неретко користи као вербална „батина“ у међусобним јавним и приватним обрачунима, и сасвим анонимних и јавних личности. Оно има своју тужну, несвесно колективну предисторију у прогањању душевних болесница као вештица у средњем веку и затварању политичких дисидената у психијатријске установе у тоталитарним режимима, са тобожњим објашњењем да су душевно поремећени. Не само што су политички дисиденти затварани, они су понели и етикету опасности по цело друштво. Зато не чуди што психијатрију и данас, тридесет година после антипсихијатријског таласа, прате критике које иду дотле да доводе у питање целокупан смисао њеног рада, што није случај ни са једном другом медицинском дисциплином. У том смислу, владајућа друштвена елита (политичка, али и информативно медијска, чак и културна) прећутно препушта психијатрима да у њено име и даље, не само помажу, него и контролишу душевне болеснике (ако су ови уз све то њихови јавни опоненти или конкуренти, онда нарочито). Потом, с времена на

време лицемерно јавно нападају, не само азиларну психијатрију него и неке искрене посвећенике у заштити менталног здравља, а о изругавању душевних болесника и плашењу народа њиховом непредвидивом агресивношћу и бизарношћу понашања, да не говоримо.

## КОНТРОЛА ДУШЕВНО ПОРЕМЕЋЕНИХ ОСОБА ПУТЕМ ПРАВНИХ НОРМИ

Контрола душевних болесника очигледнија је у прописима који регулишу низ релација друштва према душевно оболелим. Једно од најважнијих јесте питање тзв. опште опасности од стране душевно оболелог, као и регулисање прекршајних или евентуалних криминалних радњи душевно поремећених особа. Интересовање за овај легални аспект контроле душевних болесника екстремно је порасло у последњих 15 година и оправдано се, како каже Legemate (1998), доводи у везу са поштовањем људских права као аспектом светског политичког тренда глобализације.

Иначе, концепт дефинисања друштвене опасности ментално оболелог тиче се три њене основне димензије: 1. опасности по себе (самоповређивања, самоубилачких идеја и покушаја), 2. опасности душевно оболелог човека по друге људе (хомицидних идеја, претњи и покушаја те врсте) и 3. опасности по имовину. Наведене опасности различито се дефинишу у кривичним законима појединих земаља, у којима се прецизирају и услови под којим се врши присилно спровођење, односно затварање душевно оболелог, у случају да постоје основане сумње да су нешто починили. При томе се обично инсистира на објективним доказима и њиховој евидентности, ређе на формулацији „с ону страну здравог разума“ (како стоји, рецимо, у закону неких америчких савезних држава).

Државе са демократским политичким системом правно дефинишу питања везана за проблеме са душевним болесницима и реализују их на три начина. То су: 1. законско дефинисање болесника као опасног по себе, по друге људе или по имовину (па се сила у том смислу примењује у име заштите грађанских права других), 2. законско прописивање процедуре и временског трајања поступка присилног смештаја и лечења душевно оболелих у затвореним стационарним одељењима и 3. прецизно нормативно одређење присиле као мере интервенције над оболелим. Што се тиче првог аспекта овог проблема, истраживања су показала да давање неких дијагноза душевно поремећеним особама као што је сексуално узнемиравање или зависност од дроге, знатно повећава вероватноћу да неко буде судски гоњен и кажњаван. Зато се све чешће чују мишљења (Graf,

Eichorn, 2003), да се психијатријски пацијенти претерано криминализују, нарочито они који се лече под дијагнозама „поремећај личности“ и „зависност од супстанце“. С тим у вези, критичари нормативног решавања овог проблема предлажу да се уместо казне обавезног психијатријског лечења у затвореним установама, спроводи интензивна брига о овим људима у ванболничким условима (тзв. „outpatient commitment program“) (Hiday et al., 2002).

Психијатри су склони да прогласе душевно оболелог опасним и кад он то у бити није, тврди познати амерички социолог Coskerham (2000), позивајући се на више извора. Наиме, концепт опасности за друге се тешко дефинише, зато што укључује и психичку опасност (на пример, психичко злостављање). Тако, рецимо, нови Закон о породици у Србији, који је ступио на снагу 2005, даје могућност да се без додатног проверавања ангажује полиција у заштити жена које тврде да су физички или психички злостављане, што раније није био случај.

Душевно болесник у већини држава САД има право на адвоката, затим право да ћути, право на кауцију, на судски процес, право на одштету од суда и сл. У Србији је у последње две године уведена институција тзв. „адвоката пацијента“, правника којег поставља директор психијатријске установе (дакле, Министарство здравља), који би требало да решава спорове пацијената са лекарима и медицинским особљем, али се чини да је та особа подалеко од стварног адвоката психијатријског болесника, зато што је у нерешивој институционалној колизији, јер треба да се ангажује против оних од којих је зависан у институционалном и психолошком смислу, а на страни оних који су, насупрот томе, потпуно зависни од њега.

У свом уџбенику из судске психијатрије Б. Крстић (1980) набраја све области овог проблема које регулише закон у Србији. То је обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи психички оболелих, укључујући и затварање двоструког типа, тачније мере обавезног лечења на психијатријском одељењу у затвору, затим обавезан психијатријски третман на слободи, као и присилно лечење алкохоличара и наркомана. Позивајући се на најновије законске прописе у овој проблематици, А. Јовановић (2004) овој тематици додаје још три области. То је законска регулација улоге душевне болести унутар брачних и породичних релација, затим проблем лишавања пословне способности и дефинисање урачунљивости душевно оболелог, који су у Србији регулисани посебним законским актима. Српски закон искључује могућност заснивања брачне заједнице акутно оболелог од душевне болести, а душевну болест током брачне заједнице означава као могући разлог за развод брака. Поменути аутор сматра ово законско решење анахроним. По нашем

мишљењу, оправдано из неколико разлога. Наиме, и душевни болесник има право на брачну и родитељску срећу, а губитак наведених права свака особа доживљава као егзистенцијални слом и/или потврду грађанске дискриминације. Поменуте мере, макар према важећим прописима у Србији, могу да буду осим ограниченог, и неограниченог временског трајања. Обавезно психијатријско лечење и чување предвиђено је за лица која изврше тешка кривична дела (убиство, на пример), а боловали су од трајног или привременог душевног обољења. Другим речима, починилац кривичног дела је у датом моменту био према налазима судских вештака делимично или потпуно неурачунљив.

Неурачунљивост као судско-психијатријска категорија односи се на лица која нису могла, како се каже у Кривичном закону Србије, у време извршења кривичног дела да схвате значај свога дела нити да управљају властитим поступцима услед душевне болести, привремене душевне поремећености, заосталог душевног развоја или теже душевне поремећености, при чему није битно основно порекло психичких сметњи (Стојановић, 2006). Први део разлога неурачунљивости (психичка поремећеност) психијатријског је карактера, док је други (душевна заосталост) психолошке и чак биолошке природе, тј. везан је за нека наследна обољења. Статус неурачунљивости утврђује се одговарајућим судским поступком, који подразумева утврђивање неспособности схватања последица властитог чина. Ова неспособност укључује когнитивну немогућност схватања значаја инкриминисаног дела, за коју је неопходно преиспитивање психичких функција памћења, учења и опажања, као и неспособност управљања властитим поступцима, која је опет везана за ометеност у доношењу одлука и извођењу вољних радњи. Ова последња одредба тиче се пре немогућности контроле емоција, тј. указује на агресивност и импулсивност различитог порекла, и не мора бити везана за први део одређења неурачунљивости, тј. за неспособност схватања значаја властитих поступака (Игњатовић, 2005).

Излажући немачке законе о овој проблематици (а српски су прављени по узору на немачке, односно аустроугарске законе), Hartwich (1982) прецизира да се неурачунљивост односи на четири категорије психичког стања, које делимично или у потпуности екскулпирају одговорности починиоца кривичног дела. То су: 1. болесни душевни поремећаји (схизофреније, манично-депресивне психозе, органске психозе); 2. тешки поремећаји свести у које спада и афективно сужење свести. Дијагноза афективног сужења свести мора иначе, по немачким законима, да испуни следеће критеријуме: а) прекид континуитета смисаоног деловања, б) почињено дело је

страно личности починиоца, в) евидентна је амнезија за учињено дело и г) постоји емоционална погођеност починиоца делом када изађе из стања сужења свести. Затим следе још следеће две категорије психичког стања, које могу да буду довољан разлог за проглашење некога неурачунљивим: 3. висок степен слабоумности (олигофреније и деменције) и 4. тзв. друге тешке психичке алтерације (тешке неурозе, психопатије и несоцијализоване перверзије).

Треба истаћи да се неурачунљивост са психијатријског становишта може констатовати само ако су испуњени следећи критеријуми везани за психички статус: 1. постојање поремећеног психичког стања (претходно поменуто обољења), 2. одсуство слободне воље при одлучивању у време извршавања кривичног или прекршајног дела (најчешће због утицаја болесно измењених психичких функција) и 3. болесно психичко стање мора да буде трајно. Изузетак од овог последњег критеријума су неки тешки краткотрајни душевни поремећаји, као што су делирантна стања, губитак свести из разних разлога, епилептична и хистерична сумрачна стања. Све ове дијагнозе служе, наравно, и као правна основа за одбрану лица у судском процесу осуђених за кривична дела.

И у америчком закону се примењују прописи који се односе на „ментално обољење“ или на „ментални дефект“, који према закону познатом под именом „The Insanity Defense Reform Act“ из 1984, прецизира правно дејство наведених дијагноза у сврху одбране, само ако је она важила, тј. постојала у време извршења кривичног дела и ако јасно служи у сврху правне одбране, а не због гоњења (Cockerham, 2000).

У круг ових питања, односно у сферу правне регулације третмана психички оболелих спада и проблем лишавања пословне способности психички измењених, који је у Србији регулисан Законом о браку и породичним односима. Ова регулација односи се на пунолетно лице коме се одузимају права да самовласно брани своје интересе и интересе других, јер није способно за нормално расуђивање због душевне болести, душевне заосталости или неког другог узрока. Таквом лицу додељује се старалац и оно може бити, по српском закону, смештено у психијатријску установу ради испитивања, најдуже три месеца.

## ЗАКОНСКА РЕГУЛАЦИЈА ПОСТУПКА ПРИСИЛНОГ ЛЕЧЕЊА

Готово је немогуће замислити психијатрију као струку, признали то психијатри или не, без присилног азилирања. Оно може да следи после криминалног чина или тежег прекршаја психијатријског

пацијента, или, што није реткост, потпуно независно од претходног. Тек у другом случају реч је о присилној хоспитализацији у ужем смислу речи, будући да се свако лице, у свим земљама, основано осумњичено за злочин или тешки прекршај хапси, независно од његовог здравственог стања. Због тога готово да нема друштва које овај проблем није регулисало и нормативно.

За случај реализације присилног хоспитализовања без кривичног дела, у САД је својевремено прописивана следећа, прилично сложена процедура: 1. пријава коју попуњавају три грађанина, 2. процена разлога за пријављивање од стране психијатра запосленог у болници, 3. преиспитивање пријаве од стране два независна стручњака од којих један мора да буде психијатар-судски вештак, 4. разговор представника суда са адвокатом који заступа пацијента, 5. доношење судски валидне одлуке о присилној хоспитализацији (Scheff, 1964).

У Италији је законским актима улога индивидуалних грађана у доношењу овакве одлуке још наглашенија.

У Србији још није донет целовит закон о душевним болесницима, који ће ове проблеме регулисати, вероватно према стандардима сличних закона земаља ЕУ. У ЕУ, заправо у пракси, важи слична процедура, при чему суд доноси одлуку о азиловању, најчешће *post festum*, тј. већ након што је пацијент присилно хоспитализован уз интервенцију полиције, када се прикупе потписи три психијатра на путу за болничко лечење у којем се назначавала и алтернативна могућност примене силе.

Занимљиво је да се судски психијатар А. Јовановић (2004) залаже чак за већа овлашћења ординирајућег психијатра у том правцу, рачунајући на његове добре намере (*bona fide*). Ми уважавамо овај аргумент, али и даље преферирамо тимско одобрење присилне хоспитализације, управо ради превенције не само субјективних грешака из добре намере, него због неутрализације могућих спољних социјалних притисака на стручњаке у прилог присилног лечења одређеног пацијента. Тим стручњака не само да је објективнији у процени потребе примене силе, него и ефикасније одолева парастручним друштвеним притисцима (утицају пре свега друштвено моћних појединаца и организација).

Присилна хоспитализација регулисана је у Србији заправо Законом о ванпарничном поступку. Закон прописује да је, након што је неко против своје воље упућен на психијатријско лечење, здравствена установа дужна да у року од три дана пријави азилирање суду на чијем подручју се психијатријска установа налази. Пријава се сачињава путем изјаве овлашћеног лица установе, а у присуству два



пословно способна и писмена сведока, који нису запослени у дотичној установи нити су родбина, односно брачни друг присилно хоспитализованог. Суд је обавезан у року од месец дана да донесе одлуку да ли присилно азилирано лице сме да се задржи, неодређено колико, али најдуже годину дана на лечењу у здравственој установи или на две године (Јовановић, 2004).

У Аустрији је 1991. донет закон по коме се најкасније четири дана после присилне хоспитализације мора прибавити сагласност надлежног судије. Занимљиво је да су овај пропис психијатри доживели најпре као бирократско оптерећење, тако да је број присилних пријема две године после његовог доношења био опао, а онда се број принудно хоспитализованих вратио на ниво пре ступања на снагу поменутог закона (Haberfellner, Rittmannsberger, 1996).

Италија има најстроже законске прописе по којима психички оболео човек може да буде присилно лечен. Слично је и у В. Британији, по чијим прописима такође квалификација „опасан по друге и себе“ није довољна за присилну хоспитализацију оног коме се она стручно припише.

## УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Закључујући тему о друштвеној контроли психички оболелих, треба истаћи да је психијатрија добила „тапију“ друштва да именује субјективна стања, тј. да им додели и такву конотацију која укључује потребу за непосредном друштвеном контролом, не само надзором над спољним понашањем, него и над интимним животом људи који се дијагностикују као психички поремећени или опажају као опасни по себе или околину. Фуко је у овоме видео неку врсту друштвене перверзије, а Bruns (1993) патологизацију целокупног људског живота. То што је друштво законски дефинисало детаље тог поступка, нормативне формулације и лица овлашћена за њихово спровођење (судски вештаци у Србији дужни су да стекну опште стручно образовање и да полагају заклетву држави), само прецизира, али никако не укида мање очигледне видове друштвене контроле душевно оболелих, поготово оне у које лако пројигира своју насилност из других сфера друштвеног живота.

Када је о социјалној контроли душевних поремећаја реч, независно од тога како се објашњава мотивација друштва да је предузме, потребно је водити рачуна о следећим аспектима:

– Најпре, она се одвија посредством знања, и то оног општег културно-цивилизацијског, по коме лудило негира саму рационалну

бит друштва и здраворазумски схваћених односа у њему. Овакав став преноси се свесно преко појединих тековина културе, и несвесно, преко над-ја појединца, тј. путем рано стечених ставова према душевним болесницима, односно преко идентификације деце са својим родитељима још у предшколско доба.

– Социјална контрола душевних болесника врши се најчешће путем стручног, тј. психијатријског, психопатолошког или психотерапијског знања. Наведена стручна знања се пак позивају на терапијска и хумана оправдања о потреби контроле оних психијатријских пацијената који субјективно пате и траже помоћ стручњака, а при том представљају потенцијалну опасност за себе или за друге.

– Посредством институција психијатријског карактера у којима раде људи са друштвено верификованим атестом да дијагностикују, лече и ограничавају одређена друштвена, професионална, па и политичка права душевно оболелима. При том се заборавља да они истовремено и додељују привилегије лицима са психичким сметњама (боловање, инвалидске пензије и слична права из социјалног и здравственог осигурања), што је такође, по некима, вид перфидније контроле душевних болесника.

– Драстичан вид социјалне контроле одвија се као полуприсилни или присилни смештај душевно поремећених у психијатријске институције. Овај начин социјалне контроле душевних болесника истина, у целом свету је законски регулисан. Присилну хоспитализацију уз асистенцију полиције могуће је урадити тек уз претходну или накнадну сагласност стручњака и одговарајућег суда, коме се „случај“ пријављује по закону. Остају, међутим, бројна питања која овај поступак покреће за собом.

– Путем физичког везивања (фиксирања пацијената каишевима за кревет, или у раније време везивање у тзв. лудачке кошуље које су се копчале на леђима), а у новије доба „везивање“ хемијским „фиксирањем“, помоћу великих доза неуролептика, односно антипсихотика различите врсте, одржава се континуитет друштвене контроле душевно оболелих.

– Најдрастичније видове социјалне контроле душевно оболелих налазимо у мерама обавезног лечења у психијатријским болницама у затворима (мера обавезног лечења у затвореним условима, како се то каже правним језиком), где се пацијенти надзиру двоструко, и као криминалци и као душевни болесници – затвором у затвору.

– Праћењем пацијената у социотерапијским облицима лечења или просто редовним психијатријским контролама, или посредством префињених психотерапијских поступака, одржаваће се друштвена хипокризија, у којој је видљиви циљ третмана смањење личне пат-

ње, а скривени контрола социјалне прилагођености клијента, тј. пацијента друштву. Треба подсетити да је адаптација као терапијски циљ експлицитно истакнута и у психоанализи и у бихејвиоризму, данас у свету најприсутнијим и најразвијенијим психотерапијским модалитетима.

– Најмање испитиван, а вероватно социолошки најинтересантнији вид контроле душевно поремећених у ширем смислу речи, јесте контрола друштвено неприхватљивих црта личности насилног карактера одређених друштвених заједница. У том послу директно су учествовали и социолози. Наиме, Т. Parsons (Gerhardt, 1991) је сачинио тзв. програм денацификације Немачке, чији је циљ био ублажавање или отклањање параноидних црта карактера Немаца, које су покренуле САД на једној политичкој конференцији после Другог св. рата под насловом „Немачка после рата“. Овај скуп иницирао је низ друштвених акција, пре свега у сфери образовања, али и у другим областима друштвеног живота Немачке. Те акције су садржавале конгломерат двеју врста мера, очигледно у психолошком смислу по познатом начелу „штапа и шаргарепе“. Најпре је реч о репресивним мерама, као што је забрана активности организација са нацистичким идеолошким предзнаком, потом о „чишћењу“ образовних програма од нацистичких садржаја, али и школа од фашистички оријентисаних учитеља. Затим следе мере предузимања пермисивних, односно акција награђивања свих облика демократског понашања људи и јачања демократских институција друштва уопште. Остаје отворено питање, колико се овде радило само о превенцији одређених психопатолошких црта становника једне земље (агресивности, параноидности или нарцисоидног понашања), а колико о општој манипулацији друштвом са одређеним демократским или неким другим политичким циљевима, заогрнутим у рухо идеологије. Другим речима, колико је контрола насиља у једној земљи била израз демонстрације силе (блиске насиљу) друге, свакако снажније земље.

– Остаје да се и у Србији донесу нови закони који ће кориговати лоша искуства из претходне психијатријске праксе, тачније који ће омогућити психички оболелим особама право да одбију сваку врсту наметнутог третмана у складу са људским правима, не само у политичком, него и уопште хуманом смислу. Овај процес већ је започео у законодавству европских земаља (Холандије, Енглеске, Француске, Аустрије, Грчке и других) прецизирањем правних и медицинских претпоставки у процедури решавања овог осетљивог проблема, па нашем законодавству и посленицима у заштити менталног здравља остаје да га креативно прилагоде стању психијатријске службе у Србији.

## ЛИТЕРАТУРА

- Базаља Ф. (1978): „Круг контроле“, у: Петровић А., Млађеновић Л.: *Мрежа алтернатива*, Светлост, Крагујевац, 129–142.
- Bowers L. (1998): *The Social Nature of Mental Illness*, Routledge, London-New York.
- Bruns G. (1993): *Ordnungsmacht Psychiatrie, Psychiatrische Zwangseinweisung als soziale Kontrolle*, Westdeutscher V., Opladen.
- Cockerham W. (2000): *Sociology of Mental Disorder*, 5-th. ed., Pentice Hall Inc., New Jersey.
- Coming E., Coming J. (1957): *Closed Ranks*, Harvard University Press, Cambridge.
- Gerhardt U. (1991): *Gesellschaft und Gesundheit*, Suhrkamp, Frankfurt/M.
- Giami A. (1998): „Sterilisation and sexuality in the mentally handycapped“, *European Psychiatry*, 13 (Suppl.) 113–119.
- Goffman E. (1973): *Asyle*, Suhrkamp Taschenbuch V., Frankfurt/M.
- Graf M., Eichorn M. (2003): Werden psychiatrische Patienten zunehmend kriminalisiert, um für sie Behandlungsmöglichkeiten zu schaffen, *Psychiatrische Praxis*, 30, 105–107.
- Haberfellner E. M., Rittmannsberger H. (1996): Unfreiwillige Aufnahme im psychiatrischen Krankenhaus – die Situation in Österreich, *Psychiatrische Praxis*, 23, 139–142.
- Hartwich P. (1982): „Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der B. R. Deutschland“, in: Wing J. K.: *Sozialpsychiatrie*, Springer V., Berlin-Heidelberg-New York, 267–269.
- Hiday V. A., Swartz M. S., Swanson J. W., Borum R., Wagner H. H. (2002): „Impact of outpatient commitment program on victimization of people with severe mental illness“, *American Journal of Psychiatry*, 159 (8), 1403–1411.
- Hollinshead A. B., Redlich F. C. (1958): *Social Class and Mental Illness*, J. Wiley and Sons, New York.
- Horwitz A. (1982): *The Social Control of Mental Illness*, Academic Press, New York-London-Toronto-Sydney-San Francisco.
- Игњатовић Ђ.: (2005): *Криминологија*, Службени лист, Београд.
- Јовановић А. (2004): „Правни статус особа са поремећајем душевног здравља у Србији“, *Српски архив за целокупно лекарство*, 132, 11–12, 448–452.
- Кецмановић Д. (2002): *Индивидуални или друштвени поремећај*, Просвета, Ниш.

- Крстић Б. (1980): *Судска психијатрија*, Привредна књига, Горњи Милановац.
- Лаинг Р. (1977): *Подељено ја. Политика доживљаја*, Нолит, Београд.
- Legemaate J. (1998): „Legal protection in psychiatry: Balancing the rights and needs of patients and society“, *European Psychiatry*, 13 (Suppl. 3), 107s–112s.
- Sasz T. (1980): *Ideologija i ludilo*, Naprijed, Zagreb.
- Scheff T. (1964): „The societal reaction to Deviance“, *Social Problems*, 2, 159–73.
- Silverstein H. (1968): *The Social Control of Mental Illness*, T. Crowell Co., New York.
- Srole L, Langner T. S., Michael T. S., Opler M. K., Rennie T. (1962): *Mental Health in the Metropolis: The Midtown Manhattan Study*, MC Graw-Hill, New York.
- Стојановић З. (2006): *Коментар Кривичног закона Србије*, Службени гласник, Београд.

Petar Opalić

## INFORMAL AND FORMAL SOCIAL CONTROL OVER THE MENTALLY ILL

### *Summary*

Forms of indirect social control over the mentally ill are first presented, through the views on normal and pathological, as well as prevention and treatment of psychic disorders.

Subsequently, the author analyzes control over the mentally ill through legislation, as well as the issue of incompetence from the legal, psychiatric and ethical perspective.

Legal provisions regulating involuntary hospitalization are specifically analyzed.

The conclusion points to a series of unsolved social, professional, normative and political dilemmas related to social control and legal provisions regarding the social control over the mentally ill.

Key words: *Social control over the mentally ill. – Incompetence. – Law. – Psychiatry.*

Маринка Цетинић

## ПОГЛЕД НА НУЖНУ ОДБРАНУ У ЕВРОКОНТИНЕНТАЛНОМ И АНГЛОСАКСОНСКОМ СИСТЕМУ КРИВИЧНОГ ПРАВА

*Још су присутне разлике између два највећа система кривичног права: евроконтиненталног и англосаксонског. Стриктна примена начела законитости, с једне стране, и Common Law-а који још није напуштен, с друге стране. Међутим, у раду се посматра само један мали сегмент те разлике – институт нужне одбране. Аутор наводи да евроконтинентално кривично право, према законским изворима који су му били доступни, није на исти начин решило питање природе, обима и садржине нужне одбране. Новодонети кривични законици, у последња два и по века и они након распада источног блока у Европи, регулишу нужну одбрану, али постоје разлике да ли је законским путем одређена њена правна природа, да ли у нужној одбрани постоји противправност дела, или је у питању основ искључења кривичне одговорности, кажњивости или чак друштвене опасности. С друге стране, иако су државе САД донеле кривичне законике, а Енглеска Model Pennal Code, аутор примећује да је, ипак, у овим државама нужна одбрана остала изван законске регулативе.*

Кључне речи: *Нужна одбрана. – Евроконтинентално кривично право. – Англосаксонско кривично право.*

### УВОД

Последња два века и почетак трећег карактерише доношење нових кривичних законика (закона) у многим државама света. Започето постављање кривичног права на нове основе, под утицајем класичне школе и Француске револуције (начело *nullum crimen nulla poena sine lege* – Кривични законик из 1971. године) условило је да многе државе Европе донесу нове кривичне законике (законе) којима су дотадашње кривично право иновирале. Наиме, нове школе или правци који су се појавили у науци кривичног права Европе, захтевали су прилагођавање законодавстава новонасталом стању.

Европско право је тада постало, и до данас остало, законско право. Начело *nullum crimen nulla poena sine lege*, први пут садржано у Декларацији о правима човека и грађанина из 1891. године, постепено се развило у четири сегмента (*nulla poena sine lege scripta, nulla poena sine lege previa, nulla poena sine lege certa, nulla poena sine lege stricta*). Многе државе Европе до данас су прихватиле начело законитости као фундаментално начело кривичног права, а међу њима има и оних које га користе у сва четири сегмента.

Насупрот њима, англосаксонске државе су створиле прецедентно право или систем *Common Law*. Ово право се заснивало на судским одлукама, тј. судска пракса је била извор кривичног права, посебна правна категорија. Наиме, право ванконтиненталне Европе, новијег датума, ишло је самосталним путем независно од француско-немачког права. Међутим, ни међу земљама англосаксонског кривичног права не постоје једнозначности. На један начин се развијало кривично право Енглеске, а на други начин кривично право Америке.

Енглеско право је најтврдокорније остало на првобитном значењу *Common Law-a*. Закони, почев од оних донетих још у петнаестом веку (и ново парламентарно законодавство), чине допуну судској пракси, али поред њих извор кривичног права могу бити чак и дела познатих теоретичара кривичног права.<sup>1</sup> У ствари, у Енглеској је развијеније кривично процесно право. Постоји већи број закона такве природе, па се веома често кривично право расправља и у овим законима. Управо је то случај са нужном одбраном која није разлог искључења противправности, кривичне одговорности или кажњивости, већ се јавља као могућност одбране или као приговор у кривичном поступку.

Кривично право Америке, такође је засновано на *Common Law*. Међутим, данас се у САД не може говорити да је једини извор кривичног права судска. Наиме, савремено кривично право, поред судског прецедента, као извор права примењује законе (*Statutari Law*) и, поред Устава САД из 1787. године, у многим државама донете законике. Наиме, двадесети век је у САД довео до гласних захтева за напуштањем *Common Law-a* и доношењем кодификација заснованих на начелу законитости. Тако је 1962. године сачињен *Model Penal Code* који се заснива на основним начелима европског

<sup>1</sup> Веома често се у Енглеској као извор кривичног права користи „Институција“ Е. Кука, радови класика Хејзла, Хоуксинса, Фостера, а нарочито „Коментар закона Енглеске“ Блекстоуна објављеног 1765. године. Овај коментар многи сматрају обавезним извором права: Групов ауторов: *Курс уголовного права, Том 1, Обенция часть*, Москва, 2002, стр. 547.

кривичног права. Након тога, између 1960. и 1980. године готово све државе, полазећи од Устава САД, донеле су кривичне законике. Ипак, у многим од ових законика нема одредаба о нужној одбрани ни као основу искључења противправности, ни као основу ослобођења од кривичне одговорности, ни као оправдавајућим основом заштите. Само изузетно законици садрже део у коме се прописују основи искључења кривичне одговорности, међу којима се налази и нужна одбрана (КЗ Њујорка).

## НЕУЖНА ОДБРАНА У ЕВРОКОНТИНЕНТАЛНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Наслов овога рада постављен је према називу института у готово свим земљама света. Већина земаља евроконтиненталног и англосаксонског права основ о којем је реч схвата као основ који искључује кривичну одговорност. Било као оправдавајућим основима (САД, Енглеска) или као оправдавајућим чињеницама које ослобађају од кривичне одговорности (Француска), као последица прихватања различитих објективних или субјективних разлога оправданости овог института. Приказан је само институт нужне одбране, јер остали основи искључења противправности које познају законодавства веома су различити и нема уједначености изузев, можда, института крајње нужде у неким државама континенталноевропског права, док је у англосаксонском праву мање заступљен.

У два система кривичног права присутна је велика разлика када је у питању нужна одбрана.<sup>2</sup> Пре свега, континенталноевропски систем кривичног права овај институт регулише законом (Немачка, Аустрија, Француска, Италија, Русија, Шведска, Данска, Холандија, Шпанија, Швајцарска, Пољска, све државе бивше СФРЈ), док је у англосаксонском систему кривичног права (САД, Енглеска и земље које су под њиховим утицајем) остављено да елементе и услове нужне одбране одреди доктрина и судска пракса. То ствара велике проблеме и још је један доказ да начело законитости треба поштовати како не би дошло до арбитрарности у пракси.

Иако веома стар институт<sup>3</sup> (познат још у римском праву), и поред тога што спада у највише обрађиване, па тако и најразвијеније

---

<sup>2</sup> У теорији кривичног права постоји супротно мишљење да је „нужна одбрана свуда, у принципу, конципирана на исти начин“. J. Pradel: *Droit péenal comparé*. Paris, 2002, стр. 327.

<sup>3</sup> „Институција нужне одбране неизоставни је дио сваког правног поретка, и онога од јучер и од данас и од сутра.“ F. Vačić: *Krivično pravo, Opći dio*, Zagreb, 1980, стр. 203.



институте кривичног права, у законодавству евроконтиненталног права није на исти начин формулисан, а нема ни исти кривичноправни значај.<sup>4</sup> Тако је у Немачкој нужна одбрана основ искључења противправности (параграф 32 тачка 1 КЗ), као нпр. у Аустрији (параграф 3 КЗ) и Швајцарској (ст. 33 КЗ). У Шведској је нужна одбрана основ искључења кривичне одговорности (Глава 24 ст. 1), као и у Шпанији (параграф 5 ст. 21 КЗ), Француској (глава 2 део II Књига II КЗ), Холандији (чл. 41 КЗ). Данска је нужну одбрану предвидела као основ искључења кажњивости (параграф 14. КЗ). У Кривичном законнику Руске Федерације нужна одбрана је основ искључења постојања кривичног дела, што значи свих саставних елемената кривичног дела (чл. 37).<sup>5</sup> Само изузетно, кривични законици још, као бугарски, предвиђају нужну одбрану као основ који искључује друштвену опасност дела (чл. 12 ст. 1 КЗ).

У Републици Србији нови Кривични законик није променио давнашњу концепцију да нужна одбрана искључује кривично дело (чл. 19 ст. 1 КЗ). Најновија доктрина<sup>6</sup> чврсто стоји на ставу да је нужна одбрана један од три законом предвиђена основа који искључују противправност дела. Ипак, наилази се и на мишљење да „Мада постоје извесне разлике у законском регулисању услова за постојање нужне одбране, суштина овог института се свугде своди на искључење кажњивости“.<sup>7</sup> Да нужна одбрана представља основ који искључује противправност дела недвосмислено произлази из законом одређеног општег појма кривичног дела (конститутивни елементи: дело, предвиђеност у закону, противправност и кривица). Мотиви за уношење противправности у опште елементе кривичног дела нису никакви други до основа искључења противправности (дело малог значаја, нужна одбрана и крајња нужда). Наиме, „...еле-

4 Нужна одбрана је у сва времена и код свих народа, иако у различитом обиму, била призната и као оправдана, а не само као некажњива радња. Тако је тачно кад Цицерон говори о „*non scripta sed nata lex*“, или кад Гајб ипак показује да је писано право о нужној одбрани имало своју богату и значајну историју развоја. Ф. фон Лист: *Немачко кривично право*, Београд, 1902, стр. 156.

5 Пре него што је сачињен теоријски модел Основа кривичног законодавства Савеза ССР и република 1991. године, који је предвидео нужну одбрану као основ искључења кривичност дела, у литератури кривичног права постојала су веома различита мишљења о природи нужне одбране. Према једнима, она је била основ који искључује друштвену опасност (М. И. Якубович), према другима искључује кривичну одговорност и кажњивост (И. И. Слуцкий), према трећима искључује противправност дела (А. А. Пионмковский) и др.: *Курс Уголовного Права, оп. cit.*, стр. 219.

6 З. Стојановић: *Кривично право, Општи део*, Београд 2006, стр. 140.

7 Љ. Лазаревић: Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд 2006, стр. 48.

менат противправности у том појму могао би се одредити у негативном смислу као одсуство основа који искључују противправност“.<sup>8</sup> Све остале државе бивше СФРЈ предвиђају нужну одбрану као основ искључења постојања кривичног дела (чл.11 ст. 1 КЗ Словеније, чл. 9 ст. 1 КЗ Македоније, чл. 29 ст. 1 КЗ Хрватске, чл. 10 ст. 1 КЗ Црне Горе, чл. 24 ст. 1 Кривични/казнени закон Босне и Херцеговине, чл. 26 ст. 1 Кривични/казнени закон Федерације Босне и Херцеговине, чл. 11. ст. 1 Кривични/казнени закон Републике Српске и чл. 26 ст. 1 Кривични/казнени закон Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине). Међутим, у теорији кривичног права ових држава не наилази се на јединствени став који је конститутивни елемент општег појма кривичног дела нужном одбраном искључен. Тако се у теорији кривичног права Словеније наилази на мишљење да она искључује противправност и кажњивост дела.<sup>9</sup> У македонској доктрини кривичног права у најеминентнијим радовима истиче се да је реч о једном од три општа основа искључења противправности.<sup>10</sup> У Хрватској остаје отворено питање који саставни елемент општег законског појма кривичног дела искључује нужна одбрана.<sup>11</sup> Иста је ситуација и у Црној Гори.<sup>12</sup> Према једном мишљењу у литератури Федерације Босне и Херцеговине, нужна одбрана представља општи основ искључења постојања кривичног дела, што је разумљиво ако се има у виду да поступање управљено на одбијање противправног напада нема карактер противправног дела.<sup>13</sup>

Нужна одбрана је у немачком КЗ општи институт, дефинисан као она одбрана која је неопходна да се од себе или другог одбије истовремени противправни напад (чл. 32 ст. 2 КЗ). Анализом дефиниције из немачког Кривичног законика и Кривичног законика Србије, закључује се да је у српском законодавству нужна одбрана општи институт који је готово преузет из немачког КЗ. Међутим, нови законодавац је побољшао услове елемента нужне одбране као одбијање напада, додатком који је произашао из потреба судске

8 З. Стојановић: *op. cit.*, стр. 138.

9 L.J. Bavcon, A. Šelih: *Kazensko pravo, Splošni del*, Ljubljana, 2003, стр. 236.

10 В. Камбовски: *Казнено право, Општ дел*, Скопје, 2005, стр. 480.

11 У доктрини кривичног права Хрватске истакнуто је мишљење да је реч о основу искључења противправности: Р. Novoselec: *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2004, стр. 164.

12 У црногорској литератури има мишљења: „...да нужна одбрана искључује противправност законом одређеног извршеног дјела.“: Љ. Лазаревић, Б. Вукчевић, С. Вукчевић: *Коментар Кривичног законика Републике Црне Горе*, Цетиње, 2004, стр. 44.

13 *Група аутора: Коментари кривичних/казнених закона у Босни и Херцеговини, Књига I и II*, Сарајево, 2005, стр. 138, 893, 1356 и 1883.

праксе због неразумевања претходног законског текста: додато је одбијање напада од свог добра или добра другог. Тиме се хтелo и успело указати судској пракси да је нужна одбрана дозвољена против напада на свако, било које добро, заштићено кривичним законодавством. Реч је о томе да се напад могао одбијати од себе или другог (нужна помоћ), што судска пракса није најбоље разумела. Да би отклонио ту недоумицу, у чл. 19 ст. 2 законодавац је прецизирао одредбу речима: „од свог или туђег добра“.

Нови Кривични законик је, пошавши од судске праксе која је дан услов нужне одбране готово није примењивала, морао увести проширење законског текста. Без обзира на то што нужна одбрана у српском кривичном законодавству није доживљавала неке промене, у нашој старијој литератури се расправљало да ли је она основ искључења противправности, или друштвене опасности, или и једног и другог.<sup>14</sup> Најсавременија доктрина кривичног права Србије, полазећи од чл.14. ст.2. КЗ, једнодушна је у ставу да је нужна одбрана један од три општа основа искључења противправности.<sup>15</sup> Ипак, још има застарелих мишљења „Да уколико су испуњени законом одређени услови учињено дело није кривично дело јер није друштвено опасно ни противправно, пошто одбијање напада у оваквим случајевима није друштвено опасно...“.<sup>16</sup> Друштвена опасност, међутим, представља законодавни мотив инкриминације и не би се могла посматрати као основ, а законски текст кривичног дела данас не садржи овај елемент. Осим тога, друштвена опасност као елемент општег појма кривичног дела представља реликт прошлости који долази из послератног (1947) социјалистичког режима старе Југославије.

У аустријском кривичном законнику су, међутим, набројана добра која су нападнута или им прети непосредна опасност од противправног дела: живот, здравље, телесна неприкосновеност, слобода

14 С обзиром на то да је нужна одбрана експлицитно прописана Кривичним законом СРЈ, нема сумње да искључује кривичну противправност. З. Стојановић: *Кривично право, Општи део*, Београд, 2000, стр. 148. Дело учињено у нужној одбрани није кривично дело јер није друштвено опасно, *Коментар Кривичног закона СФРЈ*, Београд, 1978, стр. 52. Нужна одбрана је основ искључења друштвене опасности, односно противправности дела. Ј. Таховић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 1957, стр. 93.

15 З. Стојановић: *Кривично право, Општи део*, Београд, 2006, стр. 140, Б. Чедјовић: *Кривично право, Општи и посебни део*, Београд, 2006, стр. 138, Н. М. Петровић: *Кривично право, Београд*, 2005, стр. 78. „...искључује противправност самоодбране или нужне одбране.“ Можда би овде требало додати да је нужна одбрана самоодбрана регулисана правом.

16 М. Ђорђевић, Ђ. Ђорђевић: *Кривично право са основама привреднопреступног и прекршајног права*, Београд, 2003. стр. 25.

или имовина, уколико опасност угрожава само лице или његове интересе. Холандија је давне 1886. године донела Кривични законик, али га је изменама и допунама из 1999. и 2001. године осавременила у мери у којој је то било потребно да би достигла савремено поимање кривичног права. И у овом законнику нужна одбрана је основ искључења кривичне одговорности и представља општи институт. Према чл. 41. ст. 1, лице које изврши повреду закона, уколико је то неопходно ради заштите њега самог или другог лица, његове личне неприкосновености или својине, или неприкосновености или својине другог лица у случају непосредног незаконитог напада, не подлеже кривичној одговорности. У шведском Кривичном законнику (ст. 1 глава 24) ограничена је нужна одбрана као заштита од фактичког или неизбежног противправног напада на лице или имовину од стране лица затеченог на месту извршења кривичног дела, или лица које силом или претњом силе или другим делима пропушта да врати својину; или лица које незаконито напада или покушава ући у собу, стан, двориште или брод, или лица које одбија да напусти стан након што му је било наређено да то уради. Услов одбране, да би представљала основ искључења кривичне одговорности, јесте оправданост дела онога који се штити. Слична су ограничења у Кривичном законнику Шпаније, те нужна одбрана у овом законнику, такође, нема општи карактер.

Општи карактер је дат нужној одбрани још у Русији, у чијем законнику је нужна одбрана одређена као истовремена заштита личности, њених права и законских интереса, друштва и привреде од друштвено опасних напада путем причињавања штете напагнутом лицу. Новела законика Руске Федерације из 2002. године (лк,1 ст. 37) значајно је променила институт нужне одбране из Кривичног законика из 1977. године проширивши услове нужне одбране, а тај институт се сматра прогресивним законским решењем проблема нужне одбране,<sup>17</sup> иако има мишљења да је ово ново решење „...далеко од савршенства“.<sup>18</sup> Према том решењу, нужна одбрана постоји ако је истовремено причињавање штете напагнутом, уколико је напад на законом заштићене интересе био повезан са насиљем опасним по живот напагнутог или другог лица, или непосредне опасности примене било каквог насиља.

Пољски Кривични законик из 1997. године, у чл. 25 ст. 1 прописује да не чини кривично дело онај који у стању нужне одбране

17 И. З. Звечаровский, С. В. Пархоменко: *Уголовно-правовые гарантии реализации права на необходимую оборону*, Иркутск, 1997, стр. 21. Наведено према: В. В. Орехов: *Необходимая оборона и иные обстоятельства, исключающие преступность деяния*, Санкт-Петербург, 2003, стр. 49.

18 *Ibidem*.

непосредно одбија незаконит напад на било какво добро заштићено правом. Та општа одредба говори да је пољски законодавац пошао од става да је нужна одбрана општи институт и да дело учињено у нужној одбрани искључује постојање кривичног дела. Могло би се приметити да је то поставка која је углавном заступљена у најмодернијим европским савременим кривичним законодавствима, као, уосталом, у нашем.

## 2. НУЖНА ОДБРАНА У АНГЛОСАКСОНСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

У англосаксонском кривичном праву постоји више основа који имају различит кривичноправни значај: искључују кривичну одговорност, кривицу или кажњивост кривичног дела. Поред тога, англосаксонско право углавном не садржи писане одредбе о нужној одбрани, већ се случајеви решавају путем *Common Law-a*, или је одређивање института препуштено доктрини, или се понекад институт предвиђа као процесноправни (право одбране – Енглеска). Према неким ауторима, нужна одбрана се у кривичном праву САД решава у границама проблема потпуно исправне примене физичке силе.<sup>19</sup>

У Енглеској, нужна одбрана предвиђа у делу 3. ст. 1 *Criminal Law Act-a* из 1967. године да лице може да употреби силу у мери у којој је то разумно, с обзиром на околности случаја, законитог хапшења или помагања у хапшењу учинилаца или осумњичених или лица која су поступала у великој мери незаконито; и ст. 2 услови из ст. 1 треба да замене правила *Common Law-a* када је употребљена сила под околностима из става 1 овог члана. Међутим, енглеска судска пракса поступа самостално, независно од *Criminal Law Act-a*. Наиме, у енглеској судској пракси судије се често одлучују на примену нужне одбране као основу искључења постојања кривичног дела уместо на промену квалификације кривичног дела. Тако *murder* квалификују као убиство из нехата или *manslaughter*. Поред тога, у случајевима путативне нужне одбране судска пракса поступа либералније, јер заблуда о постојању опасности не мора да буде разумна.<sup>20</sup>

У *Common Law-u* нису постављени услови и елементи нужне одбране. Према неким ауторима, нужна одбрана је имала много рестриктивнију примену од прописаних критеријума у наведеном за-

---

19 Группов авторов: *Уголовное право, Обычная часть*, Москва, 2005, стр. 981.

20 *Ibid.*, стр. 329.

кону.<sup>21</sup> Теоретичари сматрају да је суштина нужне одбране у разумном одговору на силу или предстојећу претњу силом.<sup>22</sup> Објашњење разумне силе коју дају неки аутори није довољно прецизно одређено, па тако и примена закона у пракси доводи до бројних проблема и арбитрарности суђења. У Енглеској постоје мишљења теоретичара да је основ искључења постојања кривичног дела управо нужна одбрана. Судска пракса, иако у већем броју случајева примењује прецеденте, ипак примењује и *Criminal Law Act* када је потребно решавати случајеве нужне одбране. Све то говори да је низ питања и проблема везаних за нужну одбрану препуштено судији и прецедентима. Класични случајеви нужне одбране према евроконтиненталном праву – одбрана своје личности или другог лица и имовине од напада – сматрају нужном одбраном, али не према наведеном пропису већ у складу са *Common Law*. Због тога се нужна одбрана може веома широко примењивати и тако у пракси довести и до очигледне несразмере између напада и одбране.

Само у неким законима САД детаљно су прописани услови за законито проузроковање примене физичке силе уопште. Од прегледаних готово свих законика САД, само Законик државе Њујорк садржи општу одредбу о нужној одбрани. Уосталом, тај законик, поред још неколико,<sup>23</sup> најближи је принципима, институтима и појмовима евроконтиненталног кривичног права. То је још један доказ да је законско кривично право већине држава САД засновано на енглеском *Common Law*-у. Иако је федерално право покушало да наметне, пре свега начело законитости, а затим и да преузме основне поставке евроконтиненталног кривичног права, *Common Law* је још сувише јако да би га законици и судије одбацили, понекад чак и у најмањој мери.

Према чл. 35.15 Кривичног законика државе Њујорк, дозвољена је употреба физичке силе у случајевима заштите своје личности или трећих лица, заштите просторија и непокретности, као заштита од провале, благовременог спречавања или сузбијања крађе, вршење хапшења или предупређивања бекства лица које се налази у затвору.

21 A. P. Simester, G. R. Sullivan: *Criminal Law theory and doctrine*, Oxford-Portland Oregon, 2003, стр. 622.

20 *Ibidem*.

22 M. Jefferson: *Criminal Law*, Schiffeld, 2001, стр. 324.

23 Примера ради, законици Алабаме, Калифорније, Корнела, Флориде, Мериленда, Пенсилваније, Вирџиније, Висконсина, Индијане, Масачусетса, Ајдаха, Ајове, Неваде, Утаха, Кентакија, Минесоте, Охаја, Оклахоме, Вајоминга, уопште не садрже одредбу о нужној одбрани, а често ни друге опште одредбе евроконтиненталног законодавства.

У даљим одредбама прописани су услови под којима се у сваком од ових конкретних случајева може употребити сила и коликог интензитета. Штавише, предвиђени су и услови под којима нападнути може употребити силу која је смртоносна (проузроковање смрти дозвољено је ако нападач примењује или започиње примењивати смртоносну физичку силу). И више од тога, безусловно право на лишење живота нападача дозвољено је у случајевима када се нападнути налази у свом стану, а није први започео напад, као и лицима која су службеници полиције, лицима која врше неке дужности и лицима задуженим за чување друштвеног поретка или лицима која указују прву помоћ. Најзад, нужна одбрана је према Законику државе Њујорк основ искључења кривичне одговорности. Наиме, у САД постоје различити основи „заштите“ који или искључују кривичну одговорност (нужна одбрана) или искључују кажњивост (крајња нужда).

Marinka Cetinić

## SELF-DEFENCE IN CONTINENTAL AND ANGLO-SAXON LAW CRIMINAL LAW

### *Summary*

A comparison of the self-defence institute would reveal stark differences between continental and Anglo-Saxon systems. Not only between those systems, but also within them. Although this claim is not in line with Pradel's contention that 'Self-defence rests on the same grounds everywhere, in principle', we are of the opinion that other point of view is possible. Namely, continental law specifies self-defence and its grounds through statutory criminal law provisions. There are differences among national legislations with regards to the breadth of this defence, since a minority of statutes regards self-defence to be a general institute. Besides, there is no consensus with regard to importance and operation of this institute. In other countries, self-defence is a basis for exclusion of responsibility, in other of illegality and in the third group of countries of punishment. On the other hand, Anglo-Saxon criminal law, as a rule, does not contain statutory provisions on self-defence and it is invoked as a part of the Common Law. Moreover, self-defence is regarded to be a procedural institute in England. Although the US have enacted criminal law statutes, they have left self-defence out of it.

Finally, Common Law is only now codified, and the process is dragging in conservative England. If and when it is regulated, self-defence is treated similarly, but not identically, in continental and Anglo-Saxon criminal law.

Keywords: *Self-defence. – Continental criminal law. – Anglo-Saxon criminal law.*



Милена Полојац

## РИМСКИ SOCIETAS У НАЈНОВИЈОЈ ЛИТЕРАТУРИ

*Најновија монографија о ортаклуку у римском праву „Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages“, чији је аутор Франц-Штефан Мајсл (Franz-Stefan Meissel), аустријски романиста млађе генерације, објављена је 2004. године, тридесетак година након последње у низу значајних монографија о овој теми. Високо је оцењена, с обзиром на то да је добила престижну романистичку награду Premium Boulvert.*

*Ова монографија не доноси револуционарну нову теорију о ортаклуку попут неких монографија из прошлог века, почевши од Вијакерове до Гваринове. Уместо тога, аутор се ограничава на анализу великог броја различитих врста извора, као што су римска јуриспруденција, папирологија, епиграфика и литерарни извори. Ове изворе аутор анализира попут римских правника – казуистички. При томе поставља неколико мањих теза, на пример, да поделе на врсте ортаклука које налазимо у изворима представљају само основни образац, а не исцрпну листу удружења, с обзиром на богатство и флексибилност случајева које наводи римска јуриспруденција и други извори, или да ортаклук у извесним случајевима има дејство према ван (Aussenwirkung), те да није искључиво интерни однос који се тиче само уговорних страна. С друге стране, вредност ове монографије је у томе што представља вид дигеста досадашње романистичке литературе о ортаклуку; аутор се представља као веома систематичан и јасан тумач ставова у литератури о ортаклуку и њихов разложан и уверљив критичар. Монографија се састоји од три независна дела. Прво поглавље посвећено је чувеном немачком романисти Вијакеру и његовој оригиналној теорији о ортаклуку. У другом делу рада који је најоригиналнији, аутор, користећи велики број различитих извора, анализира разнолике облике ортаклука у јуриспруденцији и уговорној пракси. Трећи део рада бави се старим и много дискутованим питањем односа између консензуалног ортаклука и сувласништва уз увид у најновију литературу посвећену овом питању.*

Кључне речи: *Нова монографија о ортаклуку у римском праву. – Вијакерова теорија о ортаклуку. – Врсте ортаклука. – Societas и communio.*

1. Монографија аустријског романисте млађе генерације Франца Штефана Мајсла под називом *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*<sup>1</sup> заслужује пажњу из неколико разлога. У романистичкој литератури у последње три деценије није се појавило обимније дело о овом контракту.<sup>2</sup> Осим тога, реч је о раду несумњивог квалитета. Наиме, према оцени најеминентнијих романиста данашњице, то је најбоља монографија у 2005. години у категорији млађих романиста, за коју је њеном аутору додељена престижна награда Premium Boulvert.

У уводу (стр. 1–8) аутор наводи разлоге који су га навели да се на свеобухватан начин позабави компликованим римским контрактом. Најпре, то је чињеница да на немачком језику од Вијакера и његове монографије из 1936. године, као и обимног чланка написаног половином прошлог века, нико није написао свеобухватну расправу о ортаклуку.<sup>3</sup> Други разлог је актуелност теме. Наиме, последњих година у немачкој и аустријској правној науци присутна су питања и дилеме око ортаклука у позитивном праву, са становиштем да овај институт треба реформисати законски и доктринарно, јер не задовољава модерне потребе. Следећи разлог који наводи аутор јесте да овакво дело представља основ за историјско разумевање важећег права. Поред овога, повратак романистичкој традицији актуелан је и због рада на уједначавању европског приватног права. За разлику од млађих облика друштава, каква су, на пример, она акционарска где је уједначавање постигнуто, то није случај с ортаклуком грађанског права. На крају уводног дела аутор наговештава нека своја методолошка опредељења. Уместо неопандектистичког или историјско-спекулативног метода, аутор се опредељује за посматрање спектра различитих врста ортаклука у контексту праксе и римског трговачког права. Најављује коришћење ванправних извора, папирологије и епиграфике у покушају да се дâ прилог социјалној и привредној историји антике.

2. Прво поглавље (стр. 9–60) посвећено је чувеном немачком романисти Вијакеру, што се види и из поднаслова (Mit Wieacker auf der Suche nach der societas). Латински наслов поглавља *Olim enim*

---

1 Franz-Stefan Meissel, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Peter Lang, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main 2004, 343 pp.

2 Последњу монографију о ортаклуку написао је Antonio Guarino, *Societas consensu contracta*, 1972. године.

3 Franz Wieacker, *Societas – Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, I, Weimar, 1936; Franz Wieacker, *Das Gesellschafterverhältnis des klassischen Rechts*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, ZSS RA, 69 (1952), стр. 332–342.

*erat* представља почетне речи Гајевих тзв. антинопуљских фрагментата из *Институција*, 3.154 а и б. У овим фрагментима откривеним знатно касније од веронског рукописа, тек 1933. године, описан је старински *consortium ercto non cito*, који има посебно место у Вијакеровим анализама. Након што је навео разлоге због којих се бави Вијакеровим делом,<sup>4</sup> аутор у свом плану излагања наговештава теме. Најпре се бави Вијакеровим тезама о пореклу, развоју и структури ортаклука које су изнете у његовој монографији из тридесетих година, затим говори о научноисторијској позадини дела. Следи анализа касније Вијакерове научне фазе педесетих година, када је он неке од својих ранијих ставова ревидирао и на крају, у закључку, вредновање Вијакеровог доприноса.

а) Кад је реч о пореклу и развоју института, Мајсл претходно износи ставове о овом питању у немачкој романистици пре Вијакера, а затим, на јасан, систематичан и језгровит начин, често дословно цитирајући неке Вијакерове формулације, верно презентира суштину његовог учења.

Кључна теза овог чувеног немачког романисте је да римски привредни ортаклук треба разумети као резултат јединственог диференцирања имовинских и личних веза у породичној заједници. Због тога се положај ортака још и у ранокласичном праву одређује у оквиру статусног, а не облигационог права. Наиме, у касној републици и раном принципату ортаклук још није био консензуални контракт *ius gentium*-а, него заједница *ius civile*-а. Ортаклук такве природе постоји у оквиру Сабиновог система права и сврстан је заједно са заједницом наследника и сувласничком заједницом (*communio*). Тек од Гаја и система *Институција*, *societas* је сврстан међу консензуалне контракте. Касније су византијски компилатори и ранокласични *societas* уврстили у консензуалне уговоре *ius gentium*-а. Да би доказао ову тезу, Вијакер је прво морао да подвргне изворе интерполационистичкој критици, нарочито главни титулус Дигеста 17.2, и затим их поново структурирати, што је занат који је савладао од својих учитеља Ленела и Прингсхајма.

Поред овог познатог интерполационистичког метода којим се увелико служио Вијакер, а који је био карактеристичан за целу једну епоху, Мајсл констатује да је за Вијакера рад на изворима сличан

---

<sup>4</sup> Разлози које наводи су следећи: 1) то је један од најпознатијих правних историчара 20. века и радећи на њему може се профитирати, 2) на немачком језику од његовог дела нема свеобухватног монографског рада, 3) у избору теме, и методологији огледа се историја романистичке науке 20. века. Четврти разлог аутор је навео раније, у првој фусноти поглавља, а то је чињеница да је већи део овог текста објављен раније (1998. године), па је с неким проширењима уклопљен у ову монографију.

археологији. У класичном ортаклуку налазе се, цитира Мајсл речи чувеног немачког романисте, „јединствени симптоми“ који као „фосили“ сведоче о постојању заједничке праформе за све облике ортаклука. Та заједничка прва форма ортаклука је архаична породична задруга – *consortium*, а симптоми су следећи: престанак ортаклука услед смрти, односно *capitis deminutio* једног од ортака, урачунавање строго личних обавеза, односно потраживања као заједничких,<sup>5</sup> тзв. *beneficium competentiae* и *ius fraternitatis*.

Интересантно је приметити да је ове ставове о пореклу и структури ортаклука Вијакер прво изнео у својој хабилитационој тези коју је одбранио 1933. године у Фрајбургу, у години открића и објављивања нових фрагмената Гајевих *Институција*, али пре тог великог научног догађаја. Откриће антинопуљских фрагмената Гајевих *Институција* потврдило је Вијакерову хипотезу о вези између конзорцијума и ортаклука и у пуном светлу приказало Вијакера као интуитивног и ингениозног научника. У монографији коју је објавио 1936. године, остало му је да се позабави неким питањима која су отворили нови фрагменти Гајевих *Институција*. То је, пре свега, тзв. накнадно формиран или изборни конзорцијум или како га назива Гај *consortium ad exemplum fratrum suum*. За Вијакера формалистички поступак којим се оваква заједница браће или блиских рођака и пријатеља оснива јесте вештачко братимљење, тј. *adoptio in fratrem*. То није, као што већина сматра, *in iure cessio*, с обзиром на то да је положај ортака питање статуса у првом реду, а не имовине, како би то сугерисао формалистички начин за прибављање својине. По схватању Вијакера, накнадно формиран конзорцијум управо је она карика која је недостајала у ланцу развоја института од конзорцијума као старе цивилне породичне задруге, преко могућности да се путем формалистичког посла тај статус накнадно оствари. Следећа карика је *societas omnium bonorum*, а затим привредни ортаклуци у који су се ортаци могли удружити без било каквих захтева форме и само у том смислу је *societas* за Вијакера консензуалан. Тиме изједначава неформалност и консензуализам. *Societas* се не базира на приватној аутономији воље него на устаљеном друштвеном поретку. Визнатијски компилатори су погрешно интерпретирали консензус и дали му психолошко значење – *animus contrahendae societatis*.

б) Сада се Мајсл бави Вијакеровим ставовима о структури класичног ортаклука, наглашавајући да је то за аутора споредна тема у односу на питања историјског развоја института. Чувени немачки

---

<sup>5</sup> То је нпр. случај са *actio iniuriarum*. Наиме, ако један од ортака буде неправедно осуђен на темељу *actio iniuriarum*, онда сви ортаци заједно носе терет осуде, односно казне.

романиста своју слику заснива на критици пандектистичког учења о ортаклуку као синалагматичном уговору попут *emptio-venditio* и *locatio-conductio*, као и схватању да *actio pro socio* служи томе да се ортак натера да унесе улог у ортаклук, као и ради поделе добити и губитка по престанку ортаклука.

Вијакерова критика се састоји у следећем: подизање тужбе за време трајања ортаклука у класичном римском праву није могуће, а текст који говори о томе, D.17.2.65.15 и позната формулација садржана у њему – *actio pro socio manente societate* – је интерполација. Подизањем тужбе престаје ортаклук, па је њена сврха обрачун и ликвидација ортаклука, а не уношење улога у ортаклук.

Мајсл даље концизно износи главне Вијакерове тезе о природи ортаклука. *Societas* није уговор са узајамним обавезама, него више однос пословодства као мандат и туторство. *Actio pro socio* је инфамирајућа тужба због изневеравања поверења код пословодства и генерална тужба за све захтеве између два ортака с конзумирајућим учинком. Ортаклук са сувласничким режимом имовине (*societas quoad dominium*, односно по другој терминологији *societas quoad sortem*) није био правило у класичном римском праву, изузев кад је реч о ортаклуку свих добара.

в) Сада Мајсл прелази на карактеристике и метод као и ра-светљавање научноисторијске позадине Вијакеровог учења. За учење чувеног немачког романисте карактеристично је: а) склоност ка историцизму, односно интерес за историјски развој института, б) метод критике извора, с данашњег становишта дискредитован метод, чији је Вијакер један од најрадикалнијих следбеника, в) нарочити напад на учење о *animusu*, г) посебан интерес за старо римско право, и д) антилиберални ставови. Вијакеров посебан интерес за старо римско право Мајсл објашњава и као вид апологетике. Наиме, на напад идеолога националсоцијализма, Вијакер брани римско право тако што истражује његов најстарији слој и налази сличности са старим германским, односно аријевским правом. Старо римско право није индивидуалистичко и либерално него је усмерено на заједницу, што доказује и *consortium* као праформа ортаклука. Вијакерове антилибералистичке поставке огледају се и у тенденциозном тумачењу текстова и негирању контрактног карактера ортаклука као израза аутономије воље странака. Иза овога се крије критика економског либерализма. Мајсл закључује да корени оваквог антилибералног става нису у утицају идеја националсоцијалистичке партије, већ у друштвеној критици протестантске етике која храбри себичност и користољубље.

г) Након што је на веома исцрпан и истовремено концизан начин анализирао тезе „раног Вијакера“, Мајсл сада прати касније

Вијакерове ставове о ортаклуку. Наиме, подстицај за нове ставове дошао је појављивањем монографије угледног италијанског романисте Аранђа Руица.<sup>6</sup> Свакако је највише утицаја на Вијакера имала теза да *societas* нема линеарни развој, већ да он има различите корене. Један од њих је *consortium*, а други трговачка пракса, нарочито промет с пегрегинима. Вијакер одступа од своје првобитне „монистичке“ теорије и приклања се „дуалистичкој“ теорији Аранђа Руица која данас представља *main stream* у романистици.

Још један преокрет у романистици у вези с ортаклуком долази с појавом монографије Антонија Гварина 1972. године, у којој је овај италијански романиста промовисао нову „монистичку“ теорију, али са супротним предзнаком у односу на Вијакерову (од које је он у међувремену одступио). По Гварину, *societas* нема никакве везе с конзорцијумом. Његове корене треба тражити искључиво у пракси трговања. Да би ово доказао, Гварино је нарочито напао владајуће схватање о ортаклуку свих добара истичући да *societas omnium bonorum* није заједница управљања и коришћења имовине која је стечена наследством као конзорцијум, него је то заједница привређивања. Гваринове тезе нису много утицале на Вијакера. Напротив, Вијакер је жесток критичар нарочито оних теза које поричу везу између ортаклука свих добара и конзорцијума. Вијакер једино прихвата Гваринову примедбу коју има на формулу *actio pro socio*. Гварино сматра, наиме, да формула тужбе није била у преторовом едикту ограничена само на *societas omnium bonorum* како је то тврдио Ленел. То због тога што се у обрасцу формуле није налазила *taxatio in id quod facere potest* већ је та клаузула била *causa cognita* коју је допуштао претор. Ову примедбу сматра прихватљивом и Мајсл позивајући се на одговарајуће изворе.<sup>7</sup>

д) Враћајући се неким Вијакеровим ставовима који се тичу структуре класичног ортаклука, Мајсл се сада појављује у другачијој улози. До сада је, углавном, уз мање критичке интервенције, систематизовао и интерпретирао Вијакерове ставове у првом реду, а онда и ставове других аутора који су у вези с Вијакером. Сада се Мајсл и сам упушта у расправу и научну аргументацију, а Вијакерове тезе које подвргава критици су: 1) немогућност подизања *actio pro socio* за време трајања ортаклука, 2) схватање *actio pro socio* као генералне тужбе и 3) инфамирајући карактер тужбе из ортаклука.

<sup>6</sup> Vincenzo Arangio-Ruiz, *Società in diritto romano*, Napoli, 1950. Вијакер је ову монографију рецензирао 1952. године у чувеном немачком романстичком часопису, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZSS RA)*.

<sup>7</sup> D.42.1.22.1, D.17.2.67.3, D.14.5.2.pr. фуснота 97, стр. 37.

Кад је реч о Вијакеровој тези да се тужба *actio pro socio* не може подићи за време трајања ортаклука, Мајсл сматра важним, као почетни контрааргумент, да се у малом броју текстова<sup>8</sup> као један од разлога за престанак ортаклука наводи онај *ex actione* и то без даљег објашњења. Осим тога, истиче Мајсл, важно је нарочито и то што Гај у *Институцијама* (3.148 и сл.) изоставља овај разлог за престанак ортаклука.

У једном од малобројних текстова у којем се наводи разлог за престанак *ex actione*, D.17.2.65.pr, Паулус објашњава да се то дешава услед промене каузе, нпр. закључењем новационе стипулације или услед *litis contestatio*. Мајсл закључује да се, према схватању класичних правника, престанак *ex actione* може супсумирати под разлог *ex voluntate*. Осим тога, постојала је техничка могућност да тужилац у формулу уврсти факултативни део, *praescriptio pro actore*, и на тај начин ограничи дејство тужбе на појединачне захтеве, чиме тужба не делује у конкретном случају као генерална тужба за ликвидацију ортаклука. За Мајсла је основно питање да ли подизање тужбе по правилу имплицира вољу за престанком ортаклука или се та воља мора изразити у сваком појединачном случају. Ово друго становиште заузимају Аранђо-Руиц и Гварино на основу тумачења Пауловог текста D.17.2.65.pr, док супротно сматрају Томас, Казер, Таламанка и Дроздовски. Оно што Мајсл сматра битним јесте, у сваком случају, да подизање тужбе не значи аутоматски и престанак ортаклука. Као последњи, али крунски аргумент, Мајсл још анализира и чувени текст D.17.2.65.15 који изричито говори о могућности подизања тужбе за време трајања ортаклука (*actio pro socio manente*). У прошлости се тај текст сматрао интерполацијом. Данас постоји јединствено мишљење да је у најмању руку подизање тужбе било могуће за време трајања једног специфичног типа ортаклука закупаца пореза (*societas vectigalium*). Питање које се намеће у вези с тумачењем овог текста је да ли је *societas vectigalium* узет само као један пример који се односи и на друге типове ортаклука или *veluti societas vectigalium* треба тумачити као једини случај, тј. изнимку. Мајсл у помоћ призива Цицерона, закључујући у прилог другом тумачењу. На крају закључује да је правило по којем је ортаклук морао престати дизањем тужбе могло бити измењено путем процесуалних могућности (нпр. *praescriptio*). Друго је питање колико су та средства коришћена у пракси, а по свему судећи, закључује Мајсл, ретко, изузев у случају друштава публикана.

Расправу о другој Вијакеровој тези која се тиче карактера тужбе *pro socio*, Мајсл почиње констатацијом о вишезначности пој-

8 D.17.2.63.10, D.17.2.64 и 65pr.

ма *actio generalis*.<sup>9</sup> Питање које поставља аутор овог трактата о Вијакеру јесте да ли је учинак *actio pro socio*, којом се врши коначни обрачун и којом престаје ортаклук само могућност, чак и онда када је овакав учинак правило, или су ови учинци апсолутни, као што то сматра Вијакер. Мајсл нуди другачију интерпретацију текста D.17.2.52.14, који Вијакеру служи као крунски доказ да је *actio pro socio* „ein für allemal mit konsumierender Wirkung“, подвлачећи да се овде ради само о могућности, а не о апсолутном својству тужбе.

Кад је реч о тужби из ортаклука као инфамирајућој, Мајсл наводи два текста (D.3.2.1.pr и Gai Inst. 4.182) као доказ за ограничену примену инфамије у случају ортаклука. Инфамирајући учинак тужбе ограничава се на случај када је ортак тужен *suo nomine*. Осим тога, могуће је избећи *actio pro socio* и њен инфамирајући карактер тако што ће се извршити новација и захтеви утужити кондикцијом или је, пак, могуће поједине захтеве осигурати путем *stipulatio poenae*.

Мајсл закључује да *actio pro socio* није таква да има неку своју специфичну особину, него она само пружа могућност за престанак ортаклука имајући у виду нарочито случај да се ортаклук закључи трајно. С друге стране треба респектовати аутономију воље странака коју оне могу изразити додавањем узгредних састојака.

ђ) У два посебна закључка која стоје на крају овог трактата о Вијакеру, Мајсл резимира напред речено и наглашава да су тезе које је поставио Вијакер још вредне дискусије иако су неке од њих двојбене. Мајсл нарочито вредним сматра Вијакеров допринос у истраживањима историјског развоја ортаклука од конзорцијума преко сувласничке заједнице наследника до ортаклука свих добара. Његова теза о обрачунском карактеру тужбе има много присталица (иако је сам Мајсл подвргава критици и релативизира). Вијакерова хипотеза, међутим, да је формалистички акт којим се заснива *consortium ad exemplum fratrum suum* у ствари *adoptio in fratrem*, а не *in iure cessio*, остала је усамљена.

Мајсл има највише примедби на раног Вијакера, а нарочито на његову главну тезу у монографији из 1936. године у којој изједначава стари *consortium* са ортаклуком у време Сабина, приписујући овом ранокласичном ортаклуку режим колективне својине над ортакком имовином и тако наглашавајући његов антииндивидуалистички карактер, при чему је морао користити „тенденциозно бојење текста“, односно његово намерно искривљено тумачење. Аустријски

<sup>9</sup> *Actio generalis* означава тужбу на темељу које се решавају сви односи међу странкама, али се користи и у значењу супсидијарне или неименоване тужбе као што је случај нпр. са *actio in factum*, односно *actio praescriptis verbis*.



романиста истиче и то да је од Вијакерове критике пандектистичке концепције ортаклука (ортаклук као статус, а не уговор) остало то да се ортаклук данас сматра више односом кооперације него синалагматичним уговором. Нарочито похвална је, по мишљењу Мајсла, Вијакерова спремност да своје тезе усаврши, модификује, па чак и ревидира.

е) Мајсл је много профитирао од дружења с Вијакером, а то и сам наводи као један од важних разлога за избор теме првог дела монографије. Ми смо, пак, профитирали од дружења с Вијакером и Мајслом у исто време, из више разлога. Најпре, аустријски романиста се нашао у улози систематичног, језгровитог и верног тумача великог и оригиналног дела ингениозног Вијакера. Ту његов допринос није завршен. Кроз визуру дела великог немачког романисте који се готово читав свој научни век бавио ортаклуком, Мајсл је дао исцрпан преглед ставова у старијој литератури о ортаклуку и добрим делом такође новијих ставова<sup>10</sup> у оном делу у којем су они везани за Вијакера. У остатку монографије ту слику новијих и најновијих ставова у литератури ће употпунити. На тај начин Мајсл је олакшао посао сваком оном ко жели да сазна више о овој теми или да се њоме бави. Мајсл се појављује и у улози критичара. Његове примедбе су одмерене, разумне и аргументоване. Ипак, може се рећи да је он ставове Вијакера кад је реч о природи *actio pro socio* пре релативизовао, него што их је оборио, најчешће налазећи алтернативне могућности како дејства тужбе о којима говори Вијакер могу да се избегну.

3. Најобимнији, и по речима самог аутора најважнији, други део рада носи латински назив *Plura negotia quam vocabula* (стр. 61–224), а поднаслов наговештава да ће у овом делу бити речи о разноликим облицима ортаклука у уговорној пракси и јуриспруденцији. Добро изабрана синтагма из Улпијановог фрагмента у *Дигестама* (D.19.5.4) говори о томе да се разноврсни правни послови, у овом случају ортаклуци који се појављују у пракси, најчешће не могу уклопити у задате, апстрактне форме. Тако наслов наговештава главну тезу овог дела рада да поделе на врсте ортаклука које налазимо у изворима представљају само основни образац, а не никако исцрпну листу удружења, с обзиром на богатство и флексибилност случајева које наводи римска јуриспруденција и други извори. Аутор је већ претходно најавио метод којим ће се служити. То је казуистички метод, насупрот пандектистичко-догматском ме-

10 Такав напор учинио је и Казер у свом чланку из 1975. године. Max Kaser, *Neue Literatur zur 'Societas'*, *Studia et documenta historiae et iuris*, SDHI, 41 (1975), стр. 293–300.

тоду или пак историјско спекулативном. Најављује и разматрање других института који су у блиској вези с ортаклуцима у пракси.<sup>11</sup>

I – Прва од подела класичних форми ортаклука коју аутор узима у разматрање јесте она која произлази из Пауловог текста из *Дигеста* (D.17.2.1.pr), по којој се ортаклук може закључити: *in perpetuum, ad tempus, ex tempore, sub condicione*. По овој подели дакле, ортаклук може бити орочен и неорочен, под условом или безуслован. Што се тиче поделе на орочене и неорочене ортаклуке, питање је важно због могућности отказа (*renuntiatio*). Уколико је уговор без рока (*in perpetuum*), он траје док траје консензус и може престати у начелу путем отказа (*renuntiatio*), без обавезе на накнаду штете. Обавеза да се надокнади штета постоји, међутим, у случају тзв. *renuntiatio dolosa* (D.17.2.65.3), односно отказа у невреме.<sup>12</sup> Аутор наглашава да правила одговарају модерним правилима о отказу уговора на неодређено време.

Ортаклук закључен на одређено време био је чест у пракси, што доказује велик број исправа сачуваних на папирусима. Такође, ортаклук је могао бити закључен на неодређено време, али уз пакт да се уговор неће раскидати унутар одређеног периода (*pactum ne societate intra certum tempus abeat*). И овде је могућ превремени отказ само због важних разлога.<sup>13</sup> У пракси, неоправдани и/или превремени отказ може бити осигуран стипулацијом са функцијом уговорне казне. Ова правила која омогућују да се упркос уговарању рока уговор може оправдано отказати без обавезе на накнаду штете довела су до тога да се уговарање рока сматра сувишним.<sup>14</sup> Још једно правило о престанку ортаклука закљученог на одређено време (*societas in tempus coita*) наводи Паулус (D.17.2.65.6). Након истека рока *societas* не престаје аутоматски, него путем отказа, али се овога пута не траже оправдани разлози.

Кад је реч о условном ортаклуку, аутор закључује да је он био могућ у класичном праву упркос сумњама које су произашле из чињенице да је код *veteres* и код класичних правника постојало непријатељство према услову.<sup>15</sup> То нејасно питање окончао је Јустинијан својом конституцијом С.4.37.6 дозволивши закључење

11 На пример, употреба тзв. *actiones adiecticiae qualitatis*, као и питање уговора у корист и на терет трећих, јер се послови у ортаклуку често обављају путем заједничког добра.

12 *Renuntiatio intempestiva*, D.17.2.65.5 и D.17.2.17.2.

13 *Renuntiatio ex necessitate*, D.17.2.65.6, односно *renuntiatio ratione habens*, D.17.2.14.

14 Pomponius, D.17.2.14, Paulus, D.17.2.17.2.

15 Gaius Inst. 3.146.

ортаклука *sub condicione*. У прилог наводи текстове D.17.2.1.pr. и D.17.2.52.11.

Следећа подела коју додаје претходној, иако је није наговестио, произлази из Модестиновог фрагмента D.17.2.4 по којем ортаклук може настати *re, verbis* или *per nuntium*. Закључење ортаклука *re* не значи да је *societas* реалан контракт, него овај текст треба тумачити на начин како је то учинио Аранђо Руиц, као различите могућности за изражавање консензуса. Тако *re* треба тумачити као изражавање консензуса конклюдентном радњом.

Ову поделу Мајсл је требало да издвоји као посебну, без обзира на то што је кратко коментарише, јер она представља логички засебну целину. Ово тим пре што ју је, претходно без најаве у уводу, изненада припојио претходној подели на орочене, неорочене, условне и безусловне ортаклуке.

II – Следи најважнија и најобимнија подела по опсегу, односно предмету ортаклука.<sup>16</sup> Главно питање овог уводног разматрања је да ли су форме ортаклука наведене таксативно, другим речима, да ли је подела исцрпна и затворена. Одговор је негативан. Наиме, позивајући се на романисту Нера, аутор сматра да је наведени Улпијанов текст добар пример за античко дефинисање појмова путем тзв. *partitio*. За ово дефинисање карактеристично је да се набрајају делови неке појаве, а дефиниција је отворена (*res indefinita*). Тако су наведени само основни типови ортаклука, а не исцрпно и прецизно све форме ортаклука. Ово дефинисање стоји насупрот методу путем *divisio* карактеристичном за средњовековну схоластику према којој се појава дефинише на релацији *genus* и *species*.

Ослањајући се на текстове Гајевих и Јустинијанових *Институција*, а нарочито на Улпијанов текст, аутор ортаклуке класификује у три категорије с подврстама. То су најпре: а) универзални ортаклуци (*societates universorum*, стр. 78–130), затим б) *societates negotiationis alicuius* и *societates unius rei* (стр. 131–204) и в) *societates Publicanorum* (стр. 205–224). У основи следи класификацију Аранђа Руица на универзалне и партикуларне ортаклуке. Међутим, друштва публикана издваја у посебну категорију због многобројних специфичности које су везане за овај облик ортаклука.

а) Своје излагање о универзалним ортаклукцима, аутор започиње разматрањем питања везаних за *consortium*, који Гај назива *societas ercto non cito*, сматрајући га једним обликом ортаклука. Истичући нужност овог облика заједнице у оквиру тадашњих економских

<sup>16</sup> Gaius Inst. 3.148, Just. Inst. 3.25.pr. Улпијанов фрагмент D.17.2.5.pr. даје најисцрпнију поделу.

и друштвених односа као битну одлику и разлику у односу на консензуални уговор о ортаклуку, аутор оправдање за своје детаљно бављење овим старинским институтом (стр. 78–105) налази у чињеници да је он у најмању руку у блиској вези с ортаклуком свих добара.

аа) Полазећи од два најважнија извора, Аула Гелија, 1.9.12, а нарочито од чувених Гајевих антинопуљских фрагмената 3.154а и б, аутор издваја и анализира следеће особине конзорцијума. Најпре, то је заједница имовине у колективној својини.<sup>17</sup> Аутор наглашава разлику у односу на сувласништво (*communio pro indiviso*) када ортак може располагати само својим идеалним сувласничким делом, наводећи у прилог изворе (*Pauli Sent.* 4.12.1, *Epitomae Ulpiani* 1.18).

Кад је реч о обиму конзорцијума с обзиром на предмет, принципијелно у ову задругу улази целокупно наследство (*res familiarque*). То нису само права на телесним стварима, него и неимовинска права као што је култ предака (*sacra familia*), гроб предака (*sepulchrum familiare*), патронат и сл. Питање да ли *consortium* подразумева колективну *patria potestas* свих ортака је спорно. Аутор истиче да је у време настанка то била заједница целокупне имовине, као што је то касније био случај с ортаклуком свих добара. Позивајући се на неке ставове у литератури (Вијакер, Таламанка, Годме), аутор сматра да се касније стечена имовина појединог члана могла издвојити, нпр. ако је она стечена наслеђивањем по основу тестаментa.

Став у литератури којег заступају несумњиви романистички ауторитети, у раније време Вијакер, а данас Таламанка, по којем се потраживања и дуговања из наследства деле *ipso iure* на чланове, аутор доводи у питање. Осим тога, сматра нејасним и питање статуса потраживања и дуговања једног од ортака. Да ли је реч о солидарној одговорности свих чланова или је реч о режиму сличном ономе какав је важио касније за *societas omnium bonorum*.<sup>18</sup>

Следеће питање које аутор поставља тиче се положаја женских наследника. Недоумица за аутора произлази из чињенице што су

17 Такав закључак изводи се из последње, недовршене реченице Гајевог текста који наводи пример када један члан задруге ослободи заједничког роба, он је ослобођен у односу на све и сви ортаци добијају место патрона или када један од чланова манципира заједничку ствар, то је као да су то учинили сви. Сваки члан је дакле, пословођа, а остали ортаци имају *ius prohibendi*, право које се може упоредити с *ius intercedendi* у случају колегијалних магистрата.

18 Потраживање, односно дуговање, тиче се ортака који је закључио уговор, а однос поводом тога с осталим ортацима је њихов интерни однос који се може решити по правилима уговора о мандату, јер је ортак у ствари поступао као мандатар.

*filiae familias* и *uxor in manu* несумњиво *sui heredes*, а имајући у виду Гајев текст могло би се закључити да је *consortim ercto non cito* искључиво заједница браће (*societas*, односно *consortium ad exemplum fratrum suorum*). Упркос начелној једнакости полова која произлази из неких од текстова,<sup>19</sup> жене су у ранијем праву биле у неједнаком положају у односу на мушкарце и то барем према споља, имајући у виду да неке послове нису могле обављати без турсорове *auctoritas*. Ако се претпостави да је постојала колективна *patria potestas*, онда су женски чланови породице *alieni iuris* били под влашћу браће који имају колективну *patria potestas*. Ако је реч, пак, о женама *sui iuris*, онда су оне биле под турсорством своје браће.

Сада аутор разматра најважније питање везано за тзв. изборни конзорцијум (*consortium ad exemplum fratrum suorum*), а то је природа формалистичког поступка (*certa legis actio*) којим настаје овај накнадно формиран конзорцијум. То чини по други пут у извесном смислу, јер се већ бавио овим питањем у првом делу рада. Аутору је прихватљиво већинско мишљење које датира од Левија и његове тезе да је реч о виндикацији, односно о поступку *in iure cessio*, а одбацује већ поменути хипотезу Вијакера по коме овај формалистички поступак представља вештачко братимљење (*affratellatio*).

Једно од питања које аутор разматра у вези са конзорцијумом јесте да ли ова старинска породична задруга престаје смрћу једног од чланова. Потврдан одговор даје Вијакер. Његово мишљење деле Рабел и Таламанка и сматрају да конзорцијум не траје више генерација, него се ограничава на прву генерацију. Аутору се ова теза чини мало вероватном имајући у виду економске и друштвене мотиве постојања породичне задруге. Прихватајући мишљење Аранђа Руица и Годмеа, Мајслу се чини вероватним да у случају смрти члана на његово место долазе његови *sui heredes*, а ако умрли нема интестатских наследника, онда његов део прираста осталим члановима конзорцијума.

Расправа о конзорцијуму остаје на нивоу хипотеза, при чему се може констатовати да аутор, као и његови преходници с чијим ставовима расправља, посежу за историјски каснијим институтима у објашњењу старинске установе.

На крају разматрања о конзорцијуму, аутор прихвата тезу Вијакера и Бретонеа да је стара породична задруга уступила место ортаклуку свих добара. Овај универзални *societas* појављује се као сурогат конзорцијуму и закључује се консензусом. Одбацује истовремено тезу Гварина по којој *societas omnium bonorum* нема ни-

19 Gaius Inst. 3.2–3, Pauli Sent. 4.8.20, Coll. 16.3.20.

какве везе с конзорцијумом, као и ону да је конзорцијум само заједница коришћења имовине без циља стицања добити.

бб) Најширим од универзалних ортаклука класичног периода (*societas omnium bonorum*), аутор се бави на овом месту само најелементарније остављајући нека спорна, тешка питања за треће поглавље (однос ортаклука и сувласништва, тзв. *transitus legalis*).

Предмет овог ортаклука представља сва садашња имовина ортака, као и будућа имовина, осим оне која је стечена на недозвољен начин (D.17.2.52.17). Позивајући се на Паулов текст D.17.2.3.1, аутор нарочито наглашава да се ова врста генералног ортаклука закључује *specialiter*. Примењујући *argumentum a contrario*, закључак који се намеће је да постоји и друга врста универзалног ортаклука која се сматра редовном и за коју није потребно посебно прецизирање.

вв) Тај други тип универзалног ортаклука је *societas universonum quae ex quaestu veniunt*, закључује се *simpliciter*, што произлази из Улпијановог фрагмента, D.17.2.7, као супротност ортаклуку свих добара који се закључује *specialiter*. Наведени Улпијанов фрагмент заслужује посебну пажњу, с обзиром на то да садржи презумпцију у корист закључења универзалног пословног ортаклука и зато се аутор задржава на питању како треба разумети израз *simpliciter*. Према једној интерпретацији која има дугу традицију (од Базилика 12.1.7) и велик број следбеника (Вијакер, Аранђо-Руиц, Гварино, Касер), *simpliciter* значи да су странке закључиле *societas* не прецизирајући ништа о типу ортаклука. Аутор критикује овакав став истичући да је незамисливо закључити уговор без одређивања битних састојака, а то је у случају ортаклука и тип. Осим тога, с правом примећује аутор, методолошки је проблематично да се претпоставка прешироко тумачи, него се тражи нешто најближе ономе што су странке имале на уму. Аутор закључује да се наведена претпоставка може користити онда када су странке имале на уму да закључе универзални ортаклук, а нису прецизирале који од два типа закључују. Закључак је уверљив иако супротан доминантном мишљењу којег подржавају несумњиви романистички ауторитети.

гг) Насупрот наведеним „чистим“ формама универзалних ортаклука, постоји и читав низ међуформи које доказују тезу аутора наведену у наслову овог дела монографије да је живот богатији од права. Тако, на пример, фрагмент D.17.2.3.2 говори о ортаклуку у који улази наследство, али само интестатско. Након изношења различитих ставова, аутор закључује да је реч о једној варијанти *societas omnium bonorum*. Следи анализа текста D.26.7.47.6 у којем се спомиње *societas bonorum et negotiationis* као хибридна форма два

универзална ортаклука по мишљењу аутора.<sup>20</sup> Текст D.10.2.39.3 показује, према интерпретацији аутора, да браћа која су добила заједничко наследство не морају закључити *societas omnium bonorum* (онда је реч о сувласничкој заједници наслеђа), али да је то чест случај.<sup>21</sup> Још један текст који се односи на ортаклук између браће (D.17.2.52.6) говори о томе да предмет ортаклука може бити само наследство, али не и зарада. Коначно, има извора који говоре и о ортаклуку свих добара између супружника.<sup>22</sup>

Аутор сматра да бројни извори који говоре о универзалним ортаклуцима представљају доказ о њиховој заступљености у пракси и критикује ставове у романистици по којима су се универзални ортаклуци, нарочито *societas omnium bonorum*, изобичајили (Аранђо Руиц, Гварино).

б) Након универзалних ортаклука следи истраживање које се односи на партикуларне ортаклуке и то на *societates negotiationis alicuius* и *societates unius rei*. На терену „римског трговинског права“, аутор разматра нека интересантна термилошка питања: *mercator* и *negotiator* су термини за предузетнике, а *negotiatio* и *taberna*, као два типа античких предузећа, упоредиви су са терминима предузеће и радња. Аутор наглашава да разлика између два типа партикуларних ортаклука, за обављање једне делатности, односно једног посла, није чврста.<sup>23</sup> Римски правници анализирају конкретан уговор о ортаклуку и није им важно да га сврстају у припадајућу категорију. Имајући узор у римској јуриспруденцији, аутор и сам примењује казуистички приступ, анализирајући поједине текстове јуриспрудената, уговоре и друге исправе сачуване на папирусима. Ипак, ради систематичности, он пословне ортаклуке сврстава према сродности у групе (трговачки ортаклуци, ортаклуци занатлија, ортаклуци на подручју новчарског привређивања, ортаклуци за финансирање и предузимање транспорта нарочито бродом, ортаклуци у пољопривреди и ортаклуци типа *unius rei*).

аа) Кад је реч о ортаклуцима који се баве трговином, аутор у средиште интересовања ставља питање сношења ризика, односно штете. Позивајући се најпре на Улпијанов текст (D.17.2.29.1), аутор истиче да ортак који улаже рад (*opera, industria*) за разлику од

---

20 Слично и текст D.17.2.73.

21 D.17.2.52.8 је чувени текст у којем Улпијан цитира Папинијана који говори о добровољном конзорцијуму (*consortium voluntarium*) између браће. Реч је, у ствари, о ортаклуку свих добара.

22 D.34.1.16.3, C.4.37.4 и *Laudatio Turiae*, I.37 и сл, II.41 и сл.

23 Овако и Filippo Cancelli, *Società (diritto romano)*, NNDI 17 (1970), стр. 507.

другога који улаже капитал (*pecunia*), може бити ослобођен од сношења ризика под условом да штета није већа од вредности рада. Затим анализира два текста која о питању сношења ризика дају опречна мишљења. Први, Улпијанов текст у којем се он позива на свог претходника Јулијана (D.17.2.52.4), говори о ортаклуку трговаца текстилом (*sagaria negotiatio*). Један од ортака је кренуо да купи робу, али су га напали разбојници и отели му новац. Његови робови су били рањени, а изгубио је и неке личне ствари. Јулијан даје мишљење да се штета дели на једнаке делове укључујући изгубљени новац и трошкове лечења робова. Дели се и штета која је настала на стварима у власништву ортака. Други текст у којем се Помпоније позива на мишљење Лабеона (D.17.2.60.1) говори о случају ортаклука трговаца робовима (*venaliciarii*). Један од ортака претрпео је штету када је хтео да спречи робове који су били намењени продаји да на силу побегну. Том приликом ортак је био рањен. По мишљењу Лабеона, овај ортак нема право да надокнади трошкове лечења од других ортака, с образложењем да ти трошкови нису учињени због ортаклука иако су настали као последица ортаклука. Ова опречна решења за сличну ситуацију, аутор успешно хормонизује истичући следеће: 1) текстови говоре о две различите врсте ризика (ризик везан за путовање у првом тексту, друге врсте ризика у другом тексту), 2) Лабеон има уску концепцију о сфери ризика код ортаклука за разлику од Јулијана, 3) у првом случају трошкови лечења односе се на роба, а у другом на слободног човека, 4) разлика у решењима може бити последица чињенице што се у првом случају ради о ортаклуку трговаца текстилом који се баве безопасном делатношћу, за разлику од трговаца робовима чија је делатност опасна. Осим тога, *venaliciarii* су имали лошу репутацију, о чему сведочи и погрдан назив за њих, *mangones*.

Сличан метод упоређивања текстова аутор користи при разматрању граничних случајева. Реч је о уговорима који се могу квалификовати као безимени контракт или као *societas*. Анализира два супротстављена Улпијанова текста узета из различитих делова овог плодног познокласичног јуриспрудента; први је узет из коментара преторовог едикта (D.17.2.44), а други се односи на цивилно право (D.19.5.13.pr.). Аутор доказује да текстови нису неспојиви. Оба текста говоре о случају када једно лице добије ствар од другога да је прода. Он власнику дугује одређену цену (*certum*), с тим што вишак, ако прода скупље, може задржати за себе. Улпијан у тексту у којем коментарише цивилно право (D.19.5.13.pr.), износи традиционално, ранокласично учење, према којем се у овом случају може подићи *actio in factum*, тј. овде је реч о иноминантном контракту. У другом тексту из коментара едикта, међутим, Улпијан помиње мо-



гућност да се поред *actio in factum* коју сада назива *actio praescriptis verbis*, подигне и *actio pro socio*.

Околност да лице које је ствар другоме дало ради продаје може од њега захтевати само *certum*, у позној класици није доказ који искључује постојање ортаклука, истиче аутор, и у прилог овој тврдњи наводи још један Улпијанов текст (D.17.2.52.7). Аутор закључује да принцип аутономије странака има одлучујућу улогу у овим граничним случајевима. На чињеницу да су странке желеле да закључе *societas* може указати околност на који су начин сауговарачи решили питање сношења ризика.

бб) Аутор указује на различите врсте извора (папируси, јуриспруденција, литерарни извори) у којима се спомињу ортаклуци занатлија. Карактеристично је то да уговори садрже додатне клаузуле у сврху осигурања (нпр. уговарање казне путем стипулације, заснивање генералне хипотеке и сл). Из *Digesta* издваја пример ортаклука двојице учитеља граматике (D.17.2.71) и истиче да се умеће подучавања сматрало занатом с одређеним производом (*artificium*). Од литерарних извора чувен је пример из Цицероновог говора у одбрану глумца Росција (*Pro Roscio comoedo*), о ортаклуку који је основао Q. Roscius Gellius, глумац и C. Fannius Chaerea. Фаније као улог даје роба Панургија (који остаје његово власништво), а Росције улаже своју умешност (занат) да га научи глуми. Приход од представа би делили међу собом.

вв) Кад је реч о ортаклуцима везаним за новчарске послове, аутор најпре наглашава да у последње време постоји богата литература о „банкама“ у античком свету. Не може се говорити о банкама у модерном смислу као професионалним, специјализованим и трајним организацијама које се баве финансијским предузетништвом. Улога и функција банкара (*argentarii*) била је обављање послова депозита, место плаћања и кредитирања. Поред аргентарија, новчарским пословима бавили су се и *numularii* (мењачи новца), *coactores* (утеривачи дугова). Посебно питање је положај ортака аргентарија као солидарних дужника, односно солидарних поверилаца. Аутор наглашава да се на аргентарије у правним изворима односе многа посебна правила, а једно од њих је и солидарност међу ортаклима што, пре свега, произлази из једног литерарног извора (Rhet. Ad Her. 2.3.19). Солидарност се може постићи путем претварања облигације у литерарни контракт с новационим дејством. Други начин је стипулација у којој се двојица истовремено обавезују за исти дуг (Папинијан, D.45.2.9.pr.). Од казуса аутор још анализира Паулов текст D.2.14.27.pr. Текст отвара питање да ли пакт који је закључио један *argentarius* обавезује друге ортаке, а одговор је негативан. Интересантан извор представља исправа исписана на триптиху из Тран-

силваније, а датира од 28. марта 167. Реч је дакијском новчарском ортаклуку – *societas danistariae* (од речи грчког порекла *danista* са сличним значењем као и *argentarius*).

гг) Посебну групу *societates negotiationis* за аутора представљају ортаклуци за финансирање и предузимање транспорта, нарочито бродом. Позната је чињеница да су се овим пословима бавили и угледни грађани (нпр. Катон Старији по сведочењу Плутарха). Финансирање оваквих подухвата било је повезано за поморски зајам (*fenus nauticum*) који је доносио финансијерима високе камате (*usurae maritimae*), али је био повезан с великим ризицима. Аутор и овде као доказ оваквој пракси наводи бројне папирусе. У правничким текстовима ортаклуци бродовласника разматрају се у вези с тужбама са задатим субјектом (тзв. *actiones adiecticiae qualitatis*) и одговорности више заповедника бродовима (*exercitores*) по основу *actio exercitoria*.<sup>24</sup> Основно правило постављено у Улпијановом тексту D.14.1.1.25 каже да, ако има више бродовласника, сваки од њих ће моћи да одговара путем *actio exercitoria* и то *in solidum* за случај уговорне одговорности за штету коју је починио капетан брода (*magister navis*) кога су они заједнички поставили. Из текста произлази да сувласништво није само по себи довољно за *societas* него и чињеница да су бродовласници истовремено *exercitores*, другим речима, предузетници. Исти је случај ако је бродом управљао заједнички роб (D.14.1.6.1). У овом случају могућа је под одређеним условима и *actio de peculio* (D.15.1.27.8). У случају ортаклука власника бродова, према Улпијану, битно је да се утврди да ли су ортаци поставили заједно капетана брода или не. Ако јесу, онда је њихова одговорност солидарна путем *actio exercitoria* (14.1.1.25). То ће бити случај и када поставе једног од ортака за заповедника брода (D.14.1.4.1). Још је једна варијанта описана у тексту D.14.1.4.пр. Сада више сувласника сами предузимају транспорт (*per se navem exercent*). У овом случају не одговарају солидарно него подељено (*pro portionibus exercitoris*) зато што се они не сматрају међусобно заповедницима него делују у своје име и за свој рачун (*neque enim invicem sui magistris videbuntur*). Овим текстовима поткрепљена је једна од важних теза ауторових, а то је да ортаклук у извесним случајевима није искључиво интерни однос међу странкама (аутор говори о унутрашњем деловању, *Inennwirkung*), него делује према ван (*Aussenwirkung*).

ее) Кад је реч о ортаклуцима у пољопривреди (стр. 180–188), аутор се најпре кратко осврће на удружења која се помињу у Катоновом приручнику о пољопривреди (*De agri cultura*, 144.13 и

<sup>24</sup> D.14.1.1.25 (Ulpian, 28 ad ed), D.14.1.2 (Gaius, 9 ad ed prov.), D.14.1.3 (Paulus, 29 ad ed).

145.8), а затим анализира неколико фрагмената из *Дигеста* који служе као доказ о различитој пракси удруживања у овој важној грани привређивања. Позивајући се на претходника Целза (D.17.2.52.2), Улпијан спомиње два случаја којима је заједничко то што једно лице улаже капитал (стоку, земљиште), а друго своје умеће и рад (*ars et opera*); први је *societas* између власника стада и стручњака за испашу, а други између власника земљишта и стручњака за обраду земљишта (*politor*). Добит и губитак деле међусобно, а стручњак одговара за *dolus* и непажњу (*culpa*). Следећи параграф истог фрагмента (D.17.2.52.3) је у фокусу интересовања аутора. Он говори о већ помињаном ортаклуку ради испаше у нешто модификованом облику, јер у овом случају један ортак је унео стоку и то с проценом у новцу (*pecus aestimatum*), а други рад. Уношење стоке с проценом могло би указивати да је овде реч о безименом контракту (*aestimatum*). Међутим, решење по коме сношење ризика због више силе пада на оба ортака, указује да је реч о ортаклуку.<sup>25</sup> С друге стране, наставља аутор, овај текст може се схватити и као пример за тзв. наполичарски однос (*colonia partiaria*) који је најближи уговору о закупу (*locatio-conductio*), с тим што се *pecus aestimatum* може тумачити као закупнина у натури (*merx*). Аутор наглашава да је питање карактера овог специфичног односа још отворено питање у романистици.<sup>26</sup> Анализира текстове који говоре у прилог схватању наполичарског уговора као *locatio-conductio* (D.19.2.25.6 и C.4.65.21), односно као безименог контракта (D.19.5.13.1). У последњем, посебном одељку, аутор се кратко осврће на доказе о сличним удружењима (*landwirtschaftliche Pachtgesellschaften*) у папирологији.

дд) *Societates alicuius (unius) rei* су последњи у низу шароликх партикуларних ортаклука којима се бави аутор (стр. 188–198). Он наглашава још једном да разграничење није строго и увек јасно у односу на остале пословне ортаклуке типа *alicuius negotiationis*. Међу случајевима који се налазе у текстовима јуриспрудената, аутор издваја *societas ad emendum et vendendum certam rem* (D.17.2.65.2 и D.17.2.65.10). Упркос неким разликама у текстовима, аутор закључује да у овом случају важи посебно правило по којем се ортаклук не гаси до извршења започетог посла, без обзира на смрт једног од ортака. У ову групу улази, затим, познати случај квадриге (D.17.2.58), ортаклука у који су се удружила двојица ради формирања четворопрега и његове продаје. Следе случајеви ортаклука међу суседима; ради уређења канала или одвођења воде (D.17.2.52.12), случај ку-

<sup>25</sup> У случају *aestimatum*-а, ризик би сносило лице које је примило ствар с проценом.

<sup>26</sup> Питање се састоји у томе да ли су римски класични правници тзв. *colonia partiaria* третирали као *locatio-conductio*, *societas* или безимени контракт.

повине земљишта заједнички с циљем да се спречи одузимање светлости (D.17.2.52.13). Циљ се могао постићи установљењем службености (*servitus luminum*), истиче аутор, а у конкретном случају постигнут је путем уговора о ортаклуку.

Аутор посебно издваја један загонетан облик ортаклука који је у литератури назван *societas Rutiliana*. Реч је о посебној врсти ортаклука закљученог између патрона и ослобођеника. О овоме сазнајемо из Улпијановог коментара преторовог едикта (D.38.2.1.pr-2) у којем се спомиње претор Рутилије из 118. пр.н.е., који је први пут увео овај облик „ортаклука“ намећући ослобођенику тешке обавезе. Због тога се назива и казнени ортаклук, а поставља се и питање не представља ли он пример за тзв. лавовски ортаклук (*societas leonina*). Проблем је комплексан и представља загонетку коју аутор, према властитом исказу не може решити, тим пре што се у наведеном тексту (D.38.2.1.1) негира ваљаност оваквог ортаклука, а један други текст говори о томе да се од ослобођеника не може тражити оно што је обећао (стипулисао) бојећи се казне (D.44.5.1.5–7), јер би се овде радило о деликту принуде (*metus*). Проблем остаје у домену хипотеза, али аутор сматра да се не може искључити из комплекса питања везаних за ортаклук. Наводећи различите ставове о овом питању у литератури,<sup>27</sup> аутор поставља низ питања; у случају да се овакав однос између патрона и клијента може сматрати ортаклуком, шта је улог патрона, да ли он сноси ризик и сл.

в) Трећи, засебан тип ортаклука, према класификацији аутора, представља *societas Publicanorum* (стр. 205–217). Аутор истиче да се ова друштва појављују као посебна категорија у Улпијановом фрагменту D.17.2.5.pr, додуше под називом *societas vectigalis*. Аутор види два разлога за њихов посебан статус: специфичан предмет њиховог предузетништва састоји се у преузимању јавних функција и закупу пореза с једне стране. Специфична је и њихова корпоративна структура, с друге стране. Тиме налази оправдање и за своју класификацију која се унеколико разликује од уобичајених подела. Аутор констатује да се назив *societas publicanorum* не користи у изворима класичне јуриспруденције. Уместо тог израза, заступљен је *societas vectigalis*, односно *vectigalium*, с објашњењем које преузима од Чимове, ауторке новије монографије о публицианима, на чије се ставове аутор, чини се, највише ослања.<sup>28</sup> Наиме, у каснијем принципату делатност публикана сужена је на закуп пореза (*vectigalia*).

<sup>27</sup> Да није *societas*, сматрају Pernice, Arangio-Ruiz, Albertario, супротно Behrends, Waldstein, Masi Doria, Macqueron.

<sup>28</sup> Maria Rosa Cimma, *Ricerche sulle società di publicani*, Mailand, 1981.

О специфичностима правне структуре друштава публикана докази се налазе на малобројним, претежно литерарним и епиграфским изворима, па слика није сасвим јасна. Уговор о закупу са државом закључује *manceps* односно *redemptor*. Ослањајући се на мишљење Чимове, истиче да *manceps* уговор закључује у своје властито име, тако да не обавезује непосредно ортаке. Реч је, дакле, о посредном заступању. Доказ за ту тврдњу је чињеница да за обавезе које је преузео *manceps* према ван одговарају ортаци, али у својству јемаца (*praedes*), а не као чланови ортаклука које је *manceps* непосредно обавезао. Аутор, уз ограду да према стању у изворима питање није јасно, износи мишљење италијанске ауторке о могућности за директно заступање ортака у провинцијама, што је последица велике еластичности римског права у оваквим случајевима. Од специфичности у структури аутор још наводи постојање декумана, издвојене групе ортака који представљају *principes et quasi senatores sociorum*. Осим тога, постоје *participes*, односно *adfines*, чија позиција није јасна. Износећи различите ставове у литератури, аутору се највероватнијим чини хипотеза Митеиса, коју прихвата и Чимова, по којој су *adfines* лица која капиталом учествују у ортаклуку, а немају положај ортака, што је било у интересу неких људи у високим државним службама. Аутор њихов положај упоређује с положајем акционара.

Као посебну особину друштава публикана аутор наводи њихов корпоративни карактер позивајући се на Гаја и његов коментар провинцијског едикта (D.3.4.1.pr.) у којем се *societates publicanorum* изједначавају с другим врстама удружења (*collegia, corpora*). Њихова структура је слична оној на којој се заснива *res publica*. Имају заједничку имовину (*res communes*), заједничку благајну (*arca communis*), као и лице које их представља (*actor*, односно *syndicus*). По свему овоме приближавају се статусу правних лица.

Следеће питање које расправља јесте питање одговорности за деликте које почине робови друштва, ослањајући се на преторов едикт о публиканима, односно на одговарајући титулус у *Digestama (edictum de publicanis, D.39.4)*. Објашњава да када се говори о робовима публикана, онда се не отвара питање својине него је реч о функционалној повезаности с друштвом. Од специфичности наводи немогућност ноксалног изручења (*noxae deditio*) уместо плаћања казне, осим ако је то учињено већ у првом делу поступка (*in iure*). Осим тога, нема кумулативне одговорности, па се казна (*duplum*) не може наплатити појединачно од сваког публикана.

Следећа специфичност односи се на могућност да се код друштава закупаца пореза по правилу може подићи тужба за време тра-

јања ортаклука (Паулус, D.17.2.65.15), што се објашњава чињеницом да је друштво преузело обавезе за одређени период, па је неопходно обезбедити континуитет његовог постојања. Од посебних правила везаних за овај облик ортаклука аутор, позивајући се на Помпонијев текст (D.17.2.59.pr), истиче да се смрћу ортака не гаси ортаклук као што је то случај код приватних ортаклука, него на место умрлог долази његов наследник. У тексту се помиње израз *adscriptio*, што означава начин на који наследник долази на место умрлог ортака. За разлику од Чимове, аутор сматра да *adscriptio* није искључиво у надлежности преосталих чланова друштва публикана. Неопходна је, према мишљењу аутора, одлука трећег (*arbitrium viri boni*), с обзиром на то да није реч само о интересу ортака него и о интересу локатора. Овај закључак изводи тумачећи део наведеног Помпонијевог текста (*quod ipsum ex causa aestimandum est*).

4. У трећем делу рада с латинским насловом *Res ex societate communes*, аутор се бави изабраним питањима о сувласништву над ортакчком имовином, односно односом између консензуалног ортаклука и сувласништва (*communio, condominium*) (стр. 225–312).

а) У уводу аутор наводи две екстремне позиције у романистици 20. века и средњу (*media sententia*), којој и сам припада, о односу два института. Према првој тези која је формулисана од једног дела италијанске романистике (Ein, Frezza), стварноправни акт уношења улога ортака у ортаклук је конститутиван, па је према томе ортаклук реалан контракт (*societas re contracta* насупрот *societas consensu contracta*). На другој страни спектра мишљења о односу ортаклука и сувласништва је да је сувласништво атипично за имовинске односе ортака (Wieacker, Cornioley, Guarino). За ове ауторе, израз *communicatio bonorum* треба схватити као заједницу облигационог карактера, тј. прототип уношења удела *quoad usum* (обавеза стављања на коришћење). Средње решење заступају Аранђо-Руиц и Казер, а придружује се и аутор монографије. Сувласништво није било обавезно код ортаклука, али је било честа појава. Уношење улога типа *quoad dominium*, односно *quoad sortem*, зависило је од типа ортаклука (на пример карактеристичан је за *societas omnium bonorum*), али и од споразума странака.<sup>29</sup>

29 Овом кратком, јасном уводу у којем аутор сажима ставове око много дискутованог питања, може се упутити једна замера. Наиме, аутор овде, а и у претходном тексту, више пута користи изразе који указују на режим улога у ортаклуку; *societas quoad dominium, societas quoad sortem, societas quoad usum*. Понекад *societas quoad sortem* употребљава као синоним за *societas quoad dominium*, а понекад ова два термина супротставља. У фусноти 2. овог уводног дела аутор објашњава да је ова трихотомија карактеристична за немачко учење о ортаклуку,

Трећи део рада подељен је на четири целине. Најпре се разматра проблем сувласништва код ортаклука свих добара, затим код парцијалних ортаклука. Следи кратак одељак у којем се аутор бави питањем клаузула уговора којим странке ограничавају могућност дељења сувласничке имовине ортака или, пак, ограничавају могућност отказа уговора о ортаклуку. Реч је о два чувена пакта – *pactum ne res communis dividatur* и *pactum ne societate abeatur*. Последњи одељак бави се питањем конкуренције тужби *actio pro socio* и *actio communi dividundo*.

б) Као што је већ речено, аутор стоји на већинском становишту по којем је *societas omnium bonorum* уско везан са сувласништвом. Штавише, ортаци стичу сувласништво над телесним стварима (*communicatio bonorum*) у овом универзалном типу ортаклука на специфичан начин, што произлази из три текста из *Digesta* (Пауловог D.17.2.1.1, Гајевог D.17.2.2 и поново Пауловог D.17.2.3.pr). Овај аутоматски начин стицања сусвојине је у романистичкој литератури познат под називом *transitus legalis*. Аутор се бави следећим питањима. Најпре се осврће на дугу традицију у романистици у интерпретацији поменутих текстова, систематизује постојеће теорије о овом питању и с тим у вези заузима свој став кад је реч о догматској конструкцији, тзв. *transitus legalis*. Коначно, дискутује питање да ли се *transitus legalis* ограничава само на стицање у моменту формирања ортаклука свих добара или се односи и на сва будућа стицања.

Од ставова у романистици, аутор најпре издваја оне теорије које су критичне према посебном начину за стицање сусвојине и њихове ауторе назива скептицима (*die Skeptiker des transitus legalis*). Међу њима посебно место заузима Рикобоно са својом радикалном интерполационистичком критиком којом избацује поједине спорне изразе из текстова (тако *traditio tacita*) сматрајући их грчко-византијским конструкцијама. Затим реконструше текст какав је, по његовом уверењу, био у класичном праву. Тако долази до закључка да није реч о неком специфичном начину стицања него о нормалном, уобичајеном начину стицања путем *traditio*, *mancipatio* или *in*

---

док је у италијанској романистици присутна дихотомија у којој нема типа ортаклука *quoad dominium* него само *quoad sortem* и *quoad usum*, а тип ортаклука *quoad sortem* употребљава се у смислу уношења у сувласништво, што би одговарало у немачкој романистици коришћеном термину *societas quoad dominium*. Остаје недовољно јасно значење израза *societas quoad sortem* у немачкој романистици (аутор само кратко преводи „dem Werte nach“). Аутор у начелу има добар обичај да на школски начин објасни проблеме о којима говори. Овакав поступак био би пожељан кад је реч о наведеним терминима, јер је то претпоставка за разумевање нарочито овог, али и осталих делова монографије.

*iure cessio*. На други начин *transitus legalis* негира Бјанкинијева тврдећи да је у Пауловом фрагменту описани *societas omnium bonorum* (D.17.2.1.1) заправо установа *ius civile*-а, која настаје на основу формалистичког посла (*in iure cessio*), за разлику од универзалног консензуалног ортаклука који је описан у Гајевим *Институцијама* (3.148). За Торента *communicatio omnium bonorum* је у ствари *in iure cessio hereditatis*, док неки романисти међу којима предњачи Гварино, негирајући било какву везу између ортаклука и сувласништва, *communicatio* тумаче, не као стварноправни акт него као чист облигациони обрачун улога. Након што је за сваку од наведених теорија навео слабости, аутор се окреће теоријама које признају *transitus legalis*, с тим што се сада намеће проблем догматске конструкције. Најдужу традицију још од глосатора има теорија по којој *transitus legalis* представља начин стицања својине, односно сусвојине путем специфичног облика традиције – установљења државине (*constitutum possessorium*). Њен заступник у 19. веку био је Савињи, а најзначајнији представник у 20. веку Аранђо-Руиц.<sup>30</sup> Аутор савесно анализира све тачке критике која је упућена овој теорији<sup>31</sup> и на сваку примедбу даје прихватљиве контрааргументе, стајући тако у начелу у одбрану ове тезе.<sup>32</sup> Ипак, узимајући нарочито у обзир два

---

30 Удруживањем у *societas omnium bonorum* ортак постаје сувласник и суддржалац имовине, а истовремено, сада своје ствари у једном делу држи као детентор за остале ортаке. Тако *societas* има функцију титулуса за стицање својине, а истовремено је и *causa detentionis*. Аранђо-Руиц прихвата ову конструкцију са ограничењем да се овакво стицање својине путем установљења државине односи само на *res nec mancipi*. За *res mancipi* ортаклук може послужити као *iusta causa usucapionis*.

31 Некласичност института истиче Рикобано. Вијакер наглашава да се *societas* не спомиње као *causa traditionis, usucapionis, possessionis*. Следећа тачка критике је да *constitutum possessorium* као специфичан облик традиције служи преносу својине, а не цепању својине на идеалне делове и преносу тих делова на друге. Следи примедба да је за римске правнике (Paulus, D. 41.2.3.5.) била спорна могућност да више лица истовремено могу бити држаоци исте ствари. Бјанкинијева приговара теорији Аранђа Руица по којој је *traditio* u vidu *constitutum possessorium* могућа на *res nec mancipi*, док је за *res mancipi* могућа *usucapio*. Приговор се односи на нарушавање принципа равноправности странака, с обзиром да је *usucapio* била доступна само римским грађанима.

32 Контрааргумент на критику Рикобона је да се *constitutum possessorium* данас сматра институтом који се бар у повоју може пратити од класичних правника. На примедбу Вијакера Мајсл истиче да у изворима нема таксативног набрајања кауза *traditionis, usucapionis, possessionis*. Осим тога, ако су римски правници признали иноминантни контракт као каузу, тим пре би признали и именовани контракт какав је *societas*. Против следеће тачке критике наводи *mancipatio usufructus deducta*, дакле, пренос ужег стварног права може се изједначити са преносом сувласништва. Код проблема суддржавине позива се на Савињија и његово учење по којем је могућа суддржавина на идеалном делу ствари. Бјанкинијевој



Жирарова аргумента,<sup>33</sup> аутор закључује да се *communicatio omnium bonorum* не може растумачити помоћу општих правила о стицању својине него помоћу посебних правила и тако институту признаје карактер *sui generis*. Оно што по ауторовом мишљењу издваја овај специјалан случај установљења државине, јесте чињеница да *traditio tacita* из Гајевог фрагмента D.17.2.2. није само фиктивна традиција него делом и реалан пренос сусвојине и судржавине кроз заједничко живљење чланова. Осим тога, специфичност се састоји и у томе што се у овом случају одступа од принципа класичног римског права по којем су се ствари могле стицати само појединачно (*sachenrechtliche Spezialitätsprinzip*). Код ортаклука свих добара, телесне ствари које постају сусвојина ортака стичу се *generaliter*, што представља изнимку од принципа стварног права класичног периода.

На последње питање да ли се *transitus legalis* односи и на сва каснија стицања у ортаклуку свих добара, аутор одговара негативно позивајући се на многобројне изворе,<sup>34</sup> при чему најважнији представља Паулов D.17.2.1.1. у којем се кључна реч *continuo* преводи као стицање које је уследило одмах, без прекида, чиме су искључена каснија стицања.

в) За разлику од претходног дела у којем језгро представља расправа о догматским питањима, сада се аутор враћа казуистичком методу који је увелико користио у другом делу рада. Кад је реч о партикуларним ортаклуцима, аутор сматра да су без смисла генералне тврдње о томе да је сувласништво типично или атипично за ове ортаклуке. Расправа о томе који је тип имовинских односа у ортаклуку био правило, а које изузетак (*societas quoad dominium, quoad sortem* или *quoad usum*), била је популарна у романистици 19. века и аутор је сматра непродуктивном. Римска јуриспруденција има на уму конкретан уговор међу странкама, а сувласништво није ни у ком случају обавезан елемент, али је овакав имовински режим могућ. Од конкретних примера када може доћи до сувласништва аутор наводи случај заједничке куповине ствари од стране ортака, нарочито кад је реч о заједничкој куповини робова у случају ортаклука трговаца робовима. Као једна од више специфичности друштава новчара јесте и та да *societates argentariorum* имају заједничку имовину, *arca com-*

---

одговара да проблем различитог третмана Римљана и пегрину није специфичан за ортаклук, те да је *societas* могућ између лица која нису једнаких могућности.

<sup>33</sup> Први је да овај институт није применљив у случају да се ствар има у својини, али не и у државини, а други је да не види разлог да овај институт буде ограничен само на *societas omnium bonorum*.

<sup>34</sup> D.17.2.3.1, Gaius Epitome 2.9.16, D.17.2.74, D.71.2.65.3, D.17.2.52.17, D.17.2.55, D.17.2.52.18, C.3.38.4, D.10.3.6.8, C.3.38.7.

*munis*, различиту од имовине чланова. И код ортаклука ради обављања једног посла има примера у изворима о сувласништву међу ортакцима. Аутор наводи и посебно детаљно анализира познати случај четворопрега који је већ спомињао у другом делу рада. Додаје још неке ситуације у којима долази до сувласништва, које преузима од Вијакера.

г) Аутор се кратко осврће на пактове којима странке ограничавају своје право диспозиције на тај начин што се пактом обавезују да у одређеном временском периоду неће отуђити свој сувласнички идеални део. Оваква врста самоограничавања недвосмислено је призната у познокласичном праву, мада могућност уговарања овог пакта по мишљењу аутора постоји још од Сабина (D.17.2.1 и D.17.2.16.1). У случају да један од ортака пакт прекрши, другоме стоји на располагању *actio pro socio* или *actio communi dividundo* (D.17.2.17.pr).

д) Последње питање којим се бави аутор јесте однос тужбе из ортаклука (*actio pro socio*) и оне за поделу сусвојине (*actio communi dividundo*). Он у ствари презентира резултате истраживања до којих је дошао Дроздовски у својој монографији из 1998. године, посвећеној овом питању,<sup>35</sup> уз мање критичке примедбе, с обзиром на то да ставове овог романисте сматра уверљивим. Дроздовски истиче чињеницу да тужба из ортаклука и она за поделу сусвојине конкуришу кад је реч о већини облигационоправних захтева (*praestationes personales*) с конзумптивним учинком, што изводи из Пауловог фрагмента D.10.3.1. Ти облигациони захтеви су захтеви за накнаду штете. То је нпр. случај када један од сувласника оштети заједничког роба<sup>36</sup>, или случај када сувласник отуђи свој идеални део супротно пакту *ne communis res divedetur*.<sup>37</sup> Овде спадају и захтеви за накнаду трошкова.<sup>38</sup> Ако облигационоправни захтеви нису у вези са сувласништвом над стварима унесеним у ортаклук (наводи се пример захтева који се односи на повраћај зајма), онда се они могу утужити само путем *actio pro socio*, а претходно подизање тужбе за поделу сусвојине (*actio communi dividundo*) нема конзумптивни учинак. Постоји и искључив домен примене *actio communi dividundo*. То је додела ствари путем *adiudicatio*.

<sup>35</sup> Thomas Drosdowski, *Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht* = Schriften zur Rechtsgeschichte, Heft 72, Berlin, 1998.

<sup>36</sup> Julijan-Ulpijan D.11.3.9.

<sup>37</sup> D.17.2.65.5. и D.17.2.17.pr.

<sup>38</sup> Gaj D. 39.2.32, Ulpijan D.17.2.52.10 и D.17.2.52.12, Paulus D.10.3.19.2, Julijan D.43.20.4, Gaj D.45.3.28.1, Ulpijan 14.3.13.2.

5. Ова монографија не доноси револуционарно нову теорију о ортаклуку попут неких монографија из прошлог века, почевши од Вијакерове до оне Гваринове. Чињеница да је аутор за ову књигу добио престижну награду може говорити о томе да је у правној романистици прошло време великих теорија и да је ово време сређивања и систематизације свега онога што је у романистици до сада створено. Осим тога, нове теорије нису увек добродошле. Додуше, оне дају увек простора за нове дискусије, али су често мало вероватне. У три независна поглавља која се међусобно прожимају, уз примену различитих метода (казуистичких, али и догматских), аутор је успео да осветли велик број питања везаних за ортаклук. Аустријски романиста се ограничава на постављање неколико мањих теза, нарочито у другом делу рада (нпр. теза о богатству типова ортаклука који превазилазе предвиђене форме у изворима, о деловању ортаклука према ван у извесним случајевима и сл.), заснивајући их на богатству извора којима се служи и казуистичком методу којим ове изворе анализира. Иако је најобимнији други део рада, заснован углавном на добром познавању и анализи различитих врста извора (осим јуриспруденције, папирологија, епиграфика, литерарних извора), уједно и најоригиналнији, ауторов допринос тиме није исцрпљен. Наиме, у остала два поглавља у којима се из различитих углова дискутује о давно отвореним питањима, аутор се ослања на богату романистичку литературу чији је одличан познавалац и поштовалац. На то указује најпре избор теме првог поглавља – Вијакер и његово дело – у којем је на изванредан начин дао историјски преглед романистичке науке 19. и 20. века о ортаклуку. То ће касније учинити и у трећем делу рада расправљајући о догматском питању *par excellence*, о конструкцији тзв. *transitus legalis*. Уважавање литературе аутор исказује и на тај начин што користи велика слова у тексту увек и једино онда када означава цело име аутора чији став износи. На беспрекорно познавање литературе указује и исцрпна листа библиографије на крају књиге. Уз напор аутора да изложи, протумачи и систематизује ставове у литератури, ова монографија представља вид дигеста романистичке литературе о ортаклуку. Наравно, аутор није у улози пуког тумача. Иако се претежно опредељује за ставове које представљају *main stream* у романистици, у не малом броју случајева заузима ставове супротне несумњивим ауторитетима попут Вијакера, Аранђа Руица или данас Таламанке, при чему користи уверљиву аргументацију. Свакако су јасноћа, систематичност и разложност вредне одлике ове монографије. Због тога ће она бити драгоцен и незаобилазан за онога ко се буде бавио комплексним контрактом који су Римљани називали *societas*.

Milena Polojac

## ROMAN SOCIETAS IN THE RECENT PUBLICATIONS

### *Summary*

The most recent monography on partnership in Roman Law „Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages“ (by Franz-Stefan Meissel, a young Austrian Romanist) has been published in 2004., some thirty years after the last important book on this topic. It has been highly praised and has won the prestigious Premium Boulvert Romanist award.

This monography does not bring about a dramatically different partnership theory like the monographies published in the previous century (Wieacker to Guarino). Instead, the author restricts himself to analysis of a great number of different sources such as Roman jurisprudence, papirology, epigraphy and litrary sources. Author analyses these sources like Roman lawyer would – casuistically. In doing so he offers several minor theses, e.g. that classification of partnerships found in the sources is only basic, and not the final list, given the plethora and flexibility of cases offered by Roman jurisprudence and other sources. On another occasion, he claims that partnership has certain outer effects (*Aussenwirkung*), and that, consequently, it does not represent a purely internal relationship among contractual parties.

On the other hand, this book is valuable because it represents a sort of digesta of contemporary Romanistic literature on partnership. Author comes across as very systematical and clear interpreter of the positions taken in literature on partnership, and as a tempered and reasonable critic. Monography consists of three independent parts. First part is deoted to famous German Romanist Wieacker and his original theory on partnership. In the second, most original part, he uses a great number of different sources and analyzes different notions of partnerships in jurisprudence and contractual practice. The third part of the work deals with the old an much-discussed issue of relationship between consensual partnership and co-ownership and offers overview of the most recent literature on this topic.

Keywords: *Partnership in Roman Law. – Wieackers theory on partnership. – Types of partnership. – Societas in communio.*

Виолета Беширевић<sup>1</sup>

## БОГОВИ СУ ПАЛИ НА ТЕМЕ: О УСТАВУ И БИОЕТИЦИ

*Предмет ауторовог интересовања у овом чланку јесте однос устава и биоетике. Дефинишући биоетику као научну дисциплину која се бави проучавањем етичких питања у медицини, проузрокованих биотехнолошком револуцијом и јачањем свести о људским правима, аутор указује да се савремена друштва често опредељују да многе биоетичке дилеме реше позивањем на уставна права и слободе. У расправи о оправданости и донетима ове тенденције, аутор користи примере уставног регулисања абортуса, еутаназије и клонирања. У закључку се наводи да избор правне „стратегије“ у решавању биоетичких дилема зависи како од политичке, правне, културне и верске традиције датог друштва, тако и од временске дистанце у којој се тражи одговор права на технолошке и социолошке иновације.*

Кључне речи: *Устав. – Биоетика. – Људска права. – Абортус. – Еутаназија. – Клонирање.*

Професор Мајкл Шапиро (Michael Schapiro), са Универзитета Лужне Калифорније, својевремено се послужио темом из филма „Богови су пали на теме“ да би објаснио да се иновације проузроковане технолошким и социолошким развојем најчешће не могу вредновати стандардним категоријама (укључујући и правне) у којима смо навикли да мислимо.<sup>2</sup> По мишљењу поменутог професора, као што је флаша кока-коле довела у питање искуствена сазнања Бушмана,

---

<sup>1</sup> За подршку у овом раду аутор се посебно захваљује Центру за право и етику у биомедицини Централно европског универзитета у Будимпешти. Сва изнета гледишта у овом раду су, међутим, представљена независно од могућих ставова Центра.

<sup>2</sup> Michael H. Shapiro, *Lawyers, Judges and Bioethics* (1997) 5 S. Cal. Interdisc. L. J. 113. Назив филма у оригиналу: *The Gods Must be Crazy* (C.A.T. Filmovi, 1984). Филм указује да је уврежени начин мишљења Калахари Бушмана био неадекватан за вредновање и употребу флаше кока-коле која је изненада пала на земљу.

становника пустиње Калахари, тако и технолошке и социолошке иновације стављају на тест многа традиционална сазнања и искуства чланова савремених заједница.<sup>3</sup>

Реаговање доброг дела грађана Србије на забрану клонирања људи у новом Уставу Србије, подсетило ме је на овај коментар професора Scharif-a. Усвајање Устава без претходно обављене јавне расправе, учинило је да забрана клонирања садржана у овом тексту изгледа као „пала с неба“, баш као и флаша кока-коле у поменутом филму. Одмах да разјасним: ово није чланак о демократској легитимацији новог Устава Републике Србије. Уставну забрану клонирања искористићу као повод за компаративни приказ односа Устава и биоетике: основно питање овог рада је – да ли Устав говори о биоетици? Циљ овог рада је да, користећи примере абортуса, еутаназije и клонирања, укаже да се све чешће дебате о контроверзним биоетичким дилемама решавају или њиховим експлицитним уношењем у устав или се одлукама о уставности искључују из свакодневног политичког процеса. При томе, основ за „уставну“ интервенцију су – људска права.

## 1. О ЗАДАЦИМА УСТАВА И РАЗЛОЗИМА КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈЕ ПРАВА

На први поглед, сваки демократски устав у основи има задатак да ограничи власт. Устави, дакле, говоре о власти или прецизније, о ограниченој власти. На други поглед, задатак устава је не само да ограничи већ и да конституише власт, усмери је према друштвено пожељним циљевима, спречи хаос и насиље појединаца.<sup>4</sup> Устав је, како то примећује Стивен Холмс (Stephen Holmes), мултифункционалан – спречава тиранију, корупцију, анархију, неспособност, неодговорност, нестабилност, али и незнање и глупост политичара.<sup>5</sup> Коначно, „добар“ устав настоји да учврсти традиционалне вредности и праксе које заслужују посебан статус, али истовремено (а) оставља простор за њихову критику и елиминацију и (б) указује на правац значајних и мање значајних промена.<sup>6</sup>

Осим што уређује државну структуру и омогућава доношење и спровођење одлука власти, једна од најважнијих улога демократског

---

<sup>3</sup> *Ibid.*, стр. 115.

<sup>4</sup> Види, *Stephen Holmes, Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy* (Chicago, London: The University of Chicago Press, 1995) стр. 6.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Види, *Cass Sunstein, Designing Democracy: What Constitutions Do* (Oxford, New York: Oxford University Press, 2001) стр. 240.

устава је гарантовање начела слободе.<sup>7</sup> Слобода (од деспотске и аутократске владавине) обезбеђује се системом равнотеже између институција власти и њихове међусобне контроле, потчињавањем тих институција уставу и законима, али и гарантовањем људских и мањинских права. Како су од посебног интереса за овај рад уставне гаранције људских права, задржаћу се мало више на питању шта је то што мотивише грађане једног друштва да, доносећи нови устав, извесна права и слободе заштите од свакодневног политичког процеса.

Трагајући за одговором на ово питање, могуће је установити различите разлоге и идеје који стоје иза чињенице да су се одређена права нашла у неком уставном тексту. Тако, на пример, да би оправдали своје постојање, амерички и француски револуционари окренули су се природним правима и тако поставили темеље устава тих држава.<sup>8</sup> Да би заштитили концепт човечности и спречили политичке и социјалне предрасуде, многи уставни, укључујући нпр. немачки, полазе од тога да је фундаментална вредност и извор свих других права људско достојанство.<sup>9</sup> Док се нека права гарантују независно од концепта демократије, друга управо проистичу из тог концепта. На пример, право на приватну својину, право на неповредивост физичког интегритета, забрана тортуре или заштита од самооптуживања, јесу права и слободе конституционализоване независно од идеје демократије – ова права се гарантују без обзира на то какав је став већине према њима.<sup>10</sup> Право на слободу говора или изборна права директно извиру из идеје демократије. Одређеним правима додељује се улога коректива друштвене неједнакости и као таква она постају део уставног аранжмана: Устав Јужне Африке, на пример, гарантује минимум економских права, право на храну и кров над главом, полазећи од става да се редовном политичком процесу не може поверити заштита интереса грађана који су на маргинама друштва.<sup>11</sup> Корени

7 Види, *András Sajó, Limiting Government*, (Budapest: CEU Press, 1999) стр. 245.

8 Уводна реченица америчке Декларације независности из 1776. године истиче: „сматрамо очигледним истинама да су сви људи створени једнаки, да им је Творац подарио нека неотуђива права, међу којима су право на живот, слободу и трагање за срећом; да би се обезбедила ова права образују се владе...” Француска Декларација права човека и грађанина из 1789. године проглашава неотуђивим природним правима, која људима припадају од рођења, право на слободу, на својину, на сигурност и право на отпор репресији. Декларација још прокламује права политичке партиципације, процесне гаранције у кривичном поступку, као и слободу религије и изражавања.

9 Људско достојанство експлицитно је заштићено и у већини посткомунистичких устава, као и нпр. у уставима Јужне Африке, Финске и Португалије.

10 Види, *Sunstein, op. cit.*, стр. 97.

11 *Ibid.*, стр. 98.

социјално-економских права потичу из обавеза државе према угроженима. Међу првим уставима који су предвиђали такве обавезе били су мексички и Устав Вајмарске Републике. После Другог светског рата, Немачка се својим уставом обавезала на вођење одговорне социјалне политике, а свој прави процват социјална и економска права доживела су рађањем нових демократија најпре у Шпанији и Португалији, а затим и у земљама средње и источне Европе.<sup>12</sup> Нека права постају уставна и поред ризика што могу да угрозе демократске процесе у датом друштву – такво је, на пример, право на самоопредељење, путем којег нека друштва покушавају да уреде питање морала у политици.<sup>13</sup> Најзад, нека уставна права директна су последица индустријског и технолошког развоја, укључујући, на пример, слободу изражавања, право на здраву животну средину, право на приватност, али и право на одбијање медицинског третмана којим се спасава, односно продужава живот.

У недостатку јавне расправе, могу само да нагађам разлоге због којих је забрана клонирања људи предвиђена новим Уставом Србије. Прво, могуће је да је ова забрана мотивисана непожељним медицинским импликацијама тзв. биотехнолошке, односно „генетске“ револуције и заштитом постојећих људских права. Друго, могуће је да је Србија овом забраном одговорила на позив садржан у неким инструментима међународног права којим се државе позивају да забране праксу клонирања људи (Декларација УН о клонирању људи, Конвенција Савета Европе о људским правима и биомедицини и Допунски Протокол уз ову конвенцију о забрани клонирања људских бића). Треће, није искључено да су на уношење ове забране у уставни текст утицали и представници цркве, одговарајући тако на недавне најаве терапеутског клонирања у Србији.

## 2. ШТА ЈЕ БИОЕТИКА?

Постоје веома различита схватања о појму и предмету биоетике. Онколог и биохемичар Ван Ренселер Потер (Van Rensselaer Potter) уводи први пут ову реч у службену употребу 1971. године, приликом оснивања Института за истраживање у области репродуктивне медицине.<sup>14</sup> Од тада па до данас, овај појам попримио је раз-

---

<sup>12</sup> За више види, *Wiktor Osiatynski, Introduction*, садржано у *Re-thinking Socio-Economic Rights in an Insecure World*, ур. *Nsongurua Udombana* и Виолета Беширевић (*Budapest: CEU Center for Human Rights*, 2006) стр. 16–17.

<sup>13</sup> Види, *Sunstein, op. cit.*, стр. 114.

<sup>14</sup> Види, *Glasilo Hrvatskog društva medicinskih biokemičara*, (2005) Vol. 9, бр. 1–2, стр. 8–9.



личита значења, почевши од схватања биоетике као професионалне етике у медицини, до глобалне биоетике и биоетике као љубави према животу.<sup>15</sup> По мом схватању, биоетика је научна дисциплина која се бави проучавањем етичких питања у медицини, делимично прузрокованих биотехнолошком револуцијом а делимично јачањем свести о људским правима. У суштини, то су питања која се, на овај или онај начин, односе на људски живот и то од његовог почетка па до самог краја, почевши, на пример, од вантелесне оплодње *in vitro* и абортуса, па до палијативне неге, еутаназије и трансплантације органа.

Питања и дилеме са којима се биоетика сусреће не само да доводе у питање традиционално схватање појма људске цивилизације, већ директно погађају бројне сегменте људског друштва – појединца, породицу, органе власти, медицинске установе, лекаре и др. Ово важи и за право и правнике који треба да одговоре на дилеме попут оних – чије је дете рођено у процесу „сурогат материнства“, да ли ембрион ужива правну заштиту или у ком тренутку људски живот престаје да ужива ову заштиту. Савремена биотехнологија генерише нове интересе појединца, породице, па чак и интересе нових организација, а ови нове сукобе – нпр. између особа које тврде да су само оне праве мајке или између оних који сматрају да живот престаје у тренутку мождане смрти и оних који заступају тезу према којој се живот гаси у тренутку срчане смрти.

Из досадашњег излагања могуће је наслутити да биоетичке дилеме доводе у питање или захтевају редефинисање фундаменталних вредности које су заштићене уставним правом укључујући како живот, људско достојанство, личну слободу, физички и ментални интегритет, здравље, приватност, једнакост, аутономију воље, образовање, породични живот, тако и научна истраживања и корист од научних истраживања. Одговори уставних система су различити, а зависе од правне, културне и религијске традиције сваке појединачне државе.

„Медикализација“ устава почела је одлуком Врховног суда САД да, проглашавајући уставно право на приватност, укине „неуобичајено неразуман закон“ који је брачним паровима забрањивао употребу контрацептивних средстава.<sup>16</sup> У правној теорији вероватно су најпознатији одговори америчког Врховног суда и немачког Уставног суда на питања о дозвољености абортуса. И док је Врховни суд САД недвосмислено подржао право жене на абортус као један

15 За више види, нпр. *Tom L. Beauchamp and James F. Childress, Principles of Biomedical Ethics*, 4. издање (Oxford, New York: Oxford University Press, 1994).

16 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

од аспеката њеног уставом гарантованог права на приватност,<sup>17</sup> Уставни суд Немачке био је далеко мање одређенији. Упркос јакој реторичкој подршци фетусу, суд је признао да право на слободан развој личности, даје жени извештан степен контроле над њеним животом, оставивши могућност да се политичким процесом уреде услови под којим би абортус ипак био дозвољен.<sup>18</sup> Тек је у својој наредној одлуци из 1993. године, Уставни суд Немачке изричито закључио да фетус ужива уставом гарантовано право на живот и да је држава дужна да га штити.<sup>19</sup> Такав закључак суда пресудан је и за одговор немачког законодавства на неке друге биоетичке дилеме, укључујући, на пример, правни статус терапеутског клонирања.

У међувремену, и нека друга биоетичка питања поставила су се пред уставним судовима одређених земаља, укључујући на пример еутаназију. Споразум којим се успоставља устав за Европу (у даљем тексту: Устав ЕУ), иако није обавезујући текст, добар је показатељ биоетичких питања која би дефинитивно могла да постану део предуставног аранжмана, и да се као таква нађу у уставним текстовима који се пишу у времену у којем живимо. Сходно члану II-63 (2) овог текста, право на физички и ментални интегритет сваке особе захтева да се у области медицине и биологије нарочито поштује следеће: право пацијента на слободан пристанак и на обавештење, забрану еугенетских пракси, нарочито оних које су усмерене на селекцију људи, забрану коришћења људског тела или делова људског тела у комерцијалне сврхе и забрану клонирања људи у репродуктивне сврхе.

За разлику од одлука о абортусу, о којима се доста писало, у правној теорији нешто су мање познати одговори уставне јуриспруденције на неке друге биоетичке дилеме, као што су еутаназија или клонирање људи. Стога ћу даљу дискусију у овом раду базирати управо на одговорима уставног права на дилеме које су са собом донеле могућности вештачког продужетка живота, као и његовог стварања у лабораторији.

### 3. ЕУТАНАЗИЈА КАО ПРАВО НА СМРТ

И док је легализација абортуса била условљена пре свега јачањем свести о људским правима и променама у друштвеном положају жене, развој модерне медицинске технике шездесетих година XX века, главни је разлог за отварање још једне Пандорине кутије,

---

17 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

18 39 BVerfGE I (1975).

19 88 BVerfGE 203 (1993).

односно и данас актуелне расправе о еутаназији. Пре детаљнијег приказа релевантне уставне јуриспруденције, неопходно је позабавити се појмом еутаназије.

Сам термин еутаназија, грчког је порекла, а повезује се са „лаком“ или „добром“ смрти. Ту се, отприлике, завршава консензус оних који учествују у расправи о еутаназији јер не постоји опште-прихваћена дефиниција о томе шта подразумева овај поступак. Једни, у које сама спадам, залажу се за дефиницију која би у себи обухватала свако чињење или нечињење којим се скраћује живот како би се прекратиле патње и болови умирућег или неизлечиво оболелог пацијента. Већина, међутим, прави разлику између такозване активне еутаназије којом на захтев пацијента лекар директно или индиректно изазива његову смрт, односно пасивне еутаназије која подразумева нечињење и „допуштање“ пацијенту да на сопствени захтев умре. Став већине прихваћен је и у већини законодавстава и у судској пракси – пасивна еутаназија углавном је легализована уз помоћ правне фикције сходно којој (а) одбијање медицинског третмана којим се спасава или продужава живот није самоубиство и (б) лекар не изазива смрт пацијента већ исти умире „природном“ смрћу, односно смрт наступа као последица болести или повреде. Активна еутаназија – односно њени облици – убиство из милосрђа и помоћ лекара у самоубиству – забрањени су готово у свим земљама осим у Холандији, Белгији, америчкој држави Орегон, Колумбији, Швајцарској и Јапану.<sup>20</sup>

Како је еутаназија постала уставно питање? Убрзо након почетне фасцинације медицинским технолошким достигнућима укључујући апарате за реанимацију, вештачка плућа и сонде за вештачку исхрану уз помоћ којих је могуће продужити живот до неслућених

---

20 До легализације није, међутим, дошло на исти начин и у истом обиму. Холандија је легализовала оба облика активне еутаназије уз помоћ доктринарних принципа кривичног права, сходно којима лекар не подлеже кривичној одговорности ако је активну еутаназију извршио под тачно одређеним условима. Белгија је донела закон којим не прецизира методе активне еутаназије, а којим овлашћује лекара да на захтев пацијента изврши овај третман уз услов да поштује прописану процедуру. Грађани Орегона референдумом су легализовали помоћ лекара у самоубиству, али не и убиство на захтев пацијента. Швајцарски Кривични закон, донет 1942. године, предвиђа кажњавање за помоћ у самоубиству само ако је помоћ пружена из користољубља, док сваки други мотив, па и саосећање са умирућим пацијентом, не чини дело криминогеним. Као и у Орегону, убиство на захтев пацијента инкриминисано је без обзира на мотиве учиниоца. У Колумбији је до легализације дошло одлуком Вишег суда, с тим што се одлуком изричито забрањује еутаназија пацијената оболелих од Алцхајмерове, Паркинсонове и Лоу Гехригове болести. Најзад, у Јапану постоји консензус нижих судова о дозвољености активне еутаназије (види нпр. случај *Tokunaga* и објашњење у *Danuta Mendelson i Timothy Stoltzfus Jost, A Comparative Study of the Law of Palliative Care and End-of-Life Treatment*, (2003) 31 *Journal of Law, Medicine and Ethics* 130.

граница, постало је јасно да нова технологија не продужава само живот већ и болест, а самим тим и патње и болове. Студије из тога времена показале су да је континуирани опстанак у тзв. трајном вегетативном стању које је слично коми, могућ само уз основну негу – исхрану кроз сонду.<sup>21</sup> Тако су, на пример, забележени случајеви у којима су пацијенти овако „живели“ 18 или 20 година, а забележен је по један случај пацијента који је „живео“ у оваквом стању 37, односно 40 година.<sup>22</sup> Према томе, постало је неизбежно одлучити да ли уопште започињати третман оваквих пацијената, односно да ли га треба прекинути тамо где је већ започет. Поред медицинског, ова одлука укључује и правни аспект, јер се тиме, фактички, одлучује о праву на живот. Питање – ко контролише машине – доктор или пацијент – убрзо постаје уставно питање и то прво у САД, а потом у још неким државама.

Правни аспект новонасталог проблема најчешће се дефинише кроз став о постојању права на самоодлучивање које између осталог подразумева и постојање права на смрт или права на одбијање медицинског третмана који продужује живот. Како, међутим, ниједан од важећих устава не штити експлицитно ова права, рађају се нове дилеме: које уставно право је *Muttergrundrecht* праву на смрт, односно праву на одбијање медицинског третмана који продужава живот? Да ли је то право на неповредивост физичког интегритета, право на приватност, на слободу или право на људско достојанство? Да ли је наличје права на живот – право на смрт? Уколико није, да ли то значи да постоји обавеза на дужи живот? Модерна медицинска технологија наметнула је и расправу о концепту понижавајућег поступања садржаног у уставној забрани мучења. Тако, неки сматрају да је забрана понижавајућег поступања повређена ако се инсистира на медицинском третману којем се пацијент противи, без обзира на чињеницу да је реч о третману који одржава или продужава живот. Најзад, поставило се и питање уставне заштите пацијената који нису неизлечиво оболели, а који из религијских разлога одбију чак и обичан медицински третман као што је трансфузија крви. Дилема је следећа: имају ли такви пацијенти право да у складу са својим религиј-

---

21 За разлику од коме, пацијенти у таквом стању могу повремено да се пробуде, при чему нису свесни било чега и не реагују на стимулансе било које врсте. Пошто им мождане ћелије још функционишу, могући су неки рефлекси који их терају да се повремено загргну, кашљу или гутају, као и да праве некоординисане покрете или звукове. За више видети у *Roger S. Magnusson, The Sanctity Of Life and The Right To Die: Social and Jurisprudential Aspects of the Euthanasia Debate in Australia and the United States*, (1997) 6 *Pacific Rim Law and Policy Journal* 1.

22 Видети, *Bryan Jennet, Managing Patients in a Persistent Vegetative State since Airedale NHS Trust v. Bland*, у *Death, Dying and the Law*, ур. *Sheila A. M. McLean* (Hampshire: *Dartmouth Publishing Company Limited*, 1995) стр. 19–28.

ским убеђењем одбију третман који им спасава живот? Захтеви за легализацију пасивне еутаназије изазвали су реакцију оних који су сматрали да треба упоредо легализовати и активну еутаназију. Расправа о активnoj еутаназији није мотивисана технолошким развојем, већ инсистирањем на заштити људских права.<sup>23</sup> Погледајмо сада одговоре судова који су се суочили са неким од ових питања.

### 3.1. Успони и падови уставног права на еутаназију

Иако је право САД, у основи, већ крајем шездесетих година подржало право умирућег пацијента да одбије третман који му продужава или спасава живот, амерички судови дуго нису имали јединствен став о томе које је уставно право извор права на пасивну еутаназију. Почетни став био је базиран на обичајном праву: из обичајног права на самоодлучивање, на физички интегритет, као и права на обавештење и права на сагласност о предложеном медицинском третману, амерички судови развили су теорију о праву на несагласност, односно на одбијање медицинског третмана, чак и у случају када се њиме пацијенту спасава или одржава живот. На крилима „*due process*“ револуције, право на пасивну еутаназију прво се конституционализује као аспект права на приватност.

У случају *Quinlan*, Врховни суд државе Њу Џерси поставио је стандарде у односу на многе дилеме права о животу и смрти, али је за потребе овог рада битно истаћи закључак да је право на приватност, артикулисано у случају *Griswold*, довољно широко да обухвата и право на одбијање нежељеног медицинског третмана, исто онако као што обухвата и право жене да прекине трудноћу.<sup>24</sup> Закључак овог суда потврђен је бројним у случајевима решаваним током 1970-тих и 1980-тих година, али је истовремено поново поделио америчку јавност на оне који подржавају право на живот и оне који подржавају право на избор. Након што је оставио довољно времена да се правна пракса развије и да се сагледају сви аспекти овог медицинског поступка, о уставности пасивне еутаназије расправљао је и Врховни суд САД. Одлука у случају *Cruzan* из 1990, у којој овај суд говори о праву на пасивну еутаназију, није ни приближно онолико децидна, а ни помпезна као што је то претходно поменута одлука

<sup>23</sup> За детаљнију уставну расправу о активnoj и пасивnoj еутаназији, види Виолета Беширевић, *Euthanasia: Legal Principles and Policy Choices* (Italy: European Press Academic Publishing, 2006).

<sup>24</sup> *In re Quinlan*, 70 N.J. 10, 41, 355 A 2d 647, стр. 651. Право на пасивну еутаназију није апсолутно већ је ограничено интересима државе која је у обавези да штити живот, интересе трећих лица, као и да афирмише политику спречавања самоубиства и етички интегритет медицинске професије. *Ibid.*, стр. 663–664.

овог суда у случају *Roe*, којом је седамнаест година раније проглашено право на абортус.<sup>25</sup> У случају *Cruzan* предмет судске расправе био је захтев родитеља да се из тела њихове двадесетпетогодишње кћерке, чије је стање дијагностиковано као трајно вегетативно, уклоне апарати за вештачко одржавање живота и да јој се на тај начин „дозволи“ да умре. Разматрајући овај захтев, Врховни суд САД, за овај случај претпоставио је (али не и децидно закључио) да пословно способна особа има уставом гарантовано право да одбије третман који је вештачки одржава у животу, али је истовремено, у одсуству јасног доказа пацијентове жеље у овом смислу, снажно подржао обавезу државе да штити и промовише живот.<sup>26</sup> За разлику од дугогодишње праксе и закључака нижих судова, амерички Врховни суд је нашао да ово претпостављено право проистиче из права на личну слободу гарантованог XIV амандманом на Устав САД.<sup>27</sup>

Након пасивне, највиши суд у САД прихватио је и захтев да размотри уставност активне еутаназije, који је формулисан кроз став да (а) право на личну слободу гарантовано XIV амандманом на Устав САД укључује и право на самоубиство које имплицира и право на помоћ у самоубиству и да је (б) забраном активне еутаназije повређено право на једнакост, такође гарантовано наведеним амандманом, јер се тако с једне стране дозвољава пацијентима да одбију чак и онај третман који их одржава или којим им спасава живот, а с друге стране, забрањује лекарима да помогну неизлечиво оболелом пацијенту да оконча живот преписујући му одређене супстанце које изазивају смрт. Наглашавајући да је уставну заштиту права на одбијање било ког медицинског третмана, па и оног којим се живот спасава или продужује, претпоставио на основу традиционално заштићеног права појединца на самоодлучивање о свему што се тиче његовог здравља и тела, Врховни суд САД прогласио је праксу активне еутаназije неуставном, полазећи од проблематичног става да је традиција једини извор људских права која проистичу из права на личну слободу.<sup>28</sup> Овај суд је одбио и тврдњу да је разликом у правном статусу активне и пасивне еутаназije повређено уставно право на једнакост: свакоме ко је пословно способан, без обзира на физичке способности, дозвољено је, каже овај суд, да одбије нежељени медицински третман било које врсте, а никоме, истиче суд, није дозвољено да помаже другом у самоубиству.<sup>29</sup>

25 *Cruzan v. Director Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261, 110 S.Ct. 2841 (1990).

26 *Ibid.*, стр. 277, 279 и 280.

27 *Ibid.*, стр. 278.

28 *Washington v. Glucksberg*, 117 S.Ct. 2258 (1997).

29 *Vacco v. Quill*, 117 S.Ct. 2293 (1997).

Пре него што представим одлуке уставних судова неких других држава о пасивној, односно активној еутаназији, задржаћу се још мало на америчким примерима који биоетику повезују са уставним питањима. Наиме, у САД проблем еутаназије не само да је изазвао жустру полемику око садржаја и домета уставних права, већ је недавно довео до судских одлука везаних за један од основних уставних принципа – принцип поделе власти и то како на хоризонталном, тако и на вертикалном нивоу. Кренућу хронолошким редом.

Верујем да је читаоцу познато да је америчка држава Орегон једна од ретких јурисдикција у свету која је до извесне мере легализовала активну еутаназију. Орегонски Закон о достојанственој смрти (*Death with Dignity Act*) усвојен је на иницијативу грађана путем референдума. Међутим, одмах након што је потврђен на референдуму, уставност овог закона бива оспорена од групе грађана који су сматрали да се њиме повређује федерално уставно право на једнакост, јер су пословно неспособна лица остављена без заштите.<sup>30</sup> У поступку пред жалбеним судом овај приговор бива одбачен због недостатка процесне легитимације тужиоца. Други уставни спор везан за овај закон тек је недавно окончан и то одлуком Врховног суда САД. Када је 1997. орегонски закон о којем је реч ступио на снагу, постало је очигледно да ће доктори у овој америчкој држави моћи да издају на рецепт лекове не само у сврху лечења, како то прописује федерални закон о контроли лекова, него и у сврху помоћи у самоубиству. Као што то обично у праву бива, појавила су се различита тумачења о усклађености орегонског закона о помоћи у самоубиству са федералним законом о контроли лекова, а спор је настао кад је јавни тужилац издао саопштење у којем је упозорио лекаре у Орегону да би могли изгубити право на издавање лекова прописано федералним законом, уколико лекове буду издавали с циљем помоћи пацијенту у самоубиству. Надлежни суд одмах се изјаснио: ово није спор о праву на еутаназију већ о правима држава чланица америчке федерације да одлучују о питањима која су им уставом поверена.<sup>31</sup> Суд је нашао да искључиво државе чланице имају право да одлучују о питањима из области здравства и да одлука Орегона да легализује лекареву помоћ у самоубиству има предност у односу на било који супротан став федералних органа, па и онај који се односи на одговарајућу употребу супстанци чија је употреба регулисана федералним законом. Врховни суд САД потврдио је овај закључак нижег суда.<sup>32</sup>

30 *Lee v. Oregon*, 891 F Supp. 1429 (D Or. 1994).

31 *Gonzales, Attorney General, et. al., v. Oregon*, (2006) 126 S.Ct. 904.

32 *Ibid.*

Ипак, тешко да је у скорије време и једно питање, осим евентуално питања „утирања“ демократије у Ираку, толико испровоцирало америчку јавност и ставило на пробу основне уставне принципе ове земље као питање пасивне еутаназије у случају *Schiavo*. Да подсетим: лична трагедија Терезе Скијаво (Tereze Schiavo), која је 10 година била прикључена на апарате за вештачко одржавање живота, претворила се у породичну драму када су се Терезини родитељи успротивили захтеву њеног супруга да се апарати искључе. На захтев супруга који је покренуо спор, првостепени суд је утврдио да постоје јасни и убедљиви докази да би и сама Тереза одбила даљи третман вештачког одржавања живота да је била пословно способна.<sup>33</sup> Национална и уставна драма почиње након што је гувернер Флориде, и поред правноснажности судске одлуке, донео решење да се апарати поново прикључе и да се настави с вештачким одржавањем Терезиног живота. Прво је Врховни суд Флориде прогласио тај акт неуставним због незаконитог поверавања послова из надлежности законодавног органа извршном органу и повреде права на приватност, а затим је Врховни суд САД одбио да разматра случај. До кулминације је дошло када је, након што су га усвојила оба дома Конгреса, председник Буш потписао акт којим се овлашћују федерални судови да поново узму случај у разматрање. Пошто су правосудни органи потврдили све претходне судске одлуке, Терези Скиаво коначно је „допуштено“ да умре. Да је законодавац уз помоћ гувернера остварио оно што је покушао у случају *Schiavo*, не само да би судска власт постала подређена законодавној и извршној, већ би на милост и немилост била остављена и индивидуална права грађана укључујући и традиционално заштићено право на самоодлучивање. Онима који су забринуте због свакодневних потеза Бушове администрације, укључујући и аутора овог текста, остаје као утеха снага америчких правосудних органа да се одупру притисцима осталих грана власти.

Иако нису добиле размере прворазредног уставног питања, одлуке уставних судова неких других држава о еутаназији не само да су изазвале пажњу јавности унутар граница тих држава, већ су постале глобалне референце сваке судске расправе о овом медицинском третману. Тако је, на пример, одлука Врховног суда Канаде из 1993. године, којом је овај суд одбио захтев да прогласи неуставном одредбу Кривичног закона о забрани помоћи у самоубиству у мери у којој се она односи на праксу једног вида активне еутаназије, знатно утицала на став Европског суда за људска права, усвојеног готово 10 година доцније, да забрана активне еутаназије није супротна одред-

---

33 *Bush v. Schiavo*, 885, So 2d 321 (2004 Fla.)



бама Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода.<sup>34</sup> Реч је о одлуци којом је највиши суд Канаде разматрао став да апсолутна забрана помоћи у самоубиству повређује право на личну слободу и сигурност неизлечиво оболелих, али пословно способних пацијената, који не могу сами себи да одузму живот. Судија Сопинка, који је написао већинско мишљење, сложио се са ставом тужиоца да апсолутна забрана помоћи у самоубиству лишава особе неспособне да физички окончају свој живот права на самоодлучивање и проузрокује континуиране физичке и психичке патње, повређујући тако и уставом заштићено право на личну сигурност. У већинском мишљењу је, истовремено, наглашено да апсолутна забрана о којој је реч има за циљ да заштити лица којима је потребна посебна заштита, а која у тренуцима слабости могу лако бити наведена на самоубиство, што је разлог који оправдава њено постојање. Тако су умирући и неизлечиво оболели пацијенти, физички онеспособљени да изврше самоубиство, постали жртвени јарци државног интереса да обесхрабри овај чин који иначе већина земаља не инкриминише. Из истог разлога – политике спречавања самоубиства – Европски суд за људска права одбио је да помоћ лекара у самоубиству прогласи правом заштићеним чланом 8. Европске конвенције о људским правима који говори о праву на поштовање приватног живота.<sup>35</sup> Али, вратимо се реаговањима уставних судова на праксу еутаназије.

У Великој Британији, Дом Лордова је разматрао проблем пасивне еутаназије у односу на пословно неспособне пацијенте.<sup>36</sup> Чланови овог тела били су јединствени у ставу да обавеза државе да штити живот није апсолутна, али су се размимоишли око уставне гаранције права на пасивну еутаназију у случају умирућих пословно неспособних пацијената.<sup>37</sup> Већина је ипак заузела став да је у

---

34 *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, (1993) 3 S.C.R. 519. Повеља о правима и слободама је саставни део канадског Уставног закона из 1982. Сходно том акту, сви судови овлашћени су, слично као и амерички, да оцењују усклађеност других закона са Уставом, односно Повељом. За детаљнију расправу о уставним правима у овој земљи, види нпр. *Jonathan L. Black-Branch, Entrenching Human Rights Legislation under Constitutional Law: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Е.Н.Р.Л. 1998, 3, 312–331.

35 *Pretty v. the United Kingdom*, пресуда од 29.04.2002.

36 О томе да ли је требало да у овај преглед уставних одлука уврстим и одлуку британског суда, с обзиром на специфичност уставног система Велике Британије, наравно, може се дискутовати. У најкраћем, ова одлука нашла се овде с обзиром на то да се одлуке Дома Лордова, по свом значају, могу мерити са значајем одлука уставних судова других земаља.

37 Видети, *Airedale NHS Trust v. Bland* (1993) AC 789, 1 All ER 821.

најбољем интересу таквог пацијента да се његов живот вештачки не одржава. Лорд Mustill објаснио је то овако: „лекари су обавезни да поступају у најбољем интересу пацијената; и док окончање живота не мора бити у најбољем интересу пацијента, његов интерес да буде одржан у животу такође је престао да постоји, стога – с обзиром на то да пацијент нема никакве интересе и да је његова личност престала да постоји, дозвољено је и етички и правно окончати његов живот“.<sup>38</sup>

Интересантан је и став Врховног суда Ирске.<sup>39</sup> Кад су у питању пословно способни пацијенти, овај суд заузео је становиште да је њихово право на пасивну еутаназiju заштићено уставним правом на приватност.<sup>40</sup> Међутим, у случају пословно неспособних пацијената, према мишљењу овог суда право на самоодлучивање, а самим тим и право на приватност, непримењиво је, па је другачији и уставни основ њихове заштите. Као извор права пословно неспособних пацијената на одбијање третмана који их вештачки одржава у животу, Врховни суд Ирске навео је право на „природну“ смрт које је наличје уставом гарантованог права на живот.

Немачки Уставни суд се о допуштености пасивне еутаназije изразио индиректно, разматрајући повреду верских права Јеховиних сведока.<sup>41</sup> У делу одлуке који се третира као *obiter dictum*, Суд је заузео став да је право на одбијање сваке врсте медицинског третмана, па и оног којим се спасава живот, гарантовано уставним правом на слободан развој личности које укључује и слободу деловања. Суд, међутим, није изричито рекао да право на слободу религије штити право на одбијање медицинског третмана кад је оно мотивисано религијским разлозима. Далеко конкретнији били су амерички нижи судови који су разматрали допуштеност пасивне еутаназije у случају пацијента који третман одбија због својих верских убеђења. После почетног оклевања, већина америчких судова подржала је право Јеховиних сведока да одбију трансфузију крви из верских разлога, чак иако тиме угрозе сопствени живот.<sup>42</sup> Симптоматично је, међутим, да су ово право углавном утемељили на праву на самоодлучивање или праву на приватност, а да су само у неколико случајева закључили да се оно базира на верским слободама гарантованим Првим амандманом на Устав САД.

38 *Ibid.*, стр. 897–899.

39 Врховни суд Ирске овлашћен је да као суд последње инстанце разматра питања уставности (види члан 34. Устава Ирске).

40 *Ward of Court, Re a*, (1995) IESC, (1996) 2 IR 73, (1995), 2 ILRM 401.

41 32 *BVerfGE* 98 (1971).

42 Види, нпр. *In re Brooks*, 32 Ill. 2d 361, N.E. 2d 345 (1965); *Winters v. Miller*, 446 F. 2d 65 (N.Y. 1971); *Guardianship of Dolores Phelps, County Court for Milwaukee County, Probate Divisions*, No. 459–207, (1972).

Парадоксално, Виши суд Колумбије легализовао је активну еутаназију разматрајући захтев којим су противници овог медицинског третмана тражили да се поштри закон о забрани еутаназије из 1980. године, који је предвиђао запрећену казну од 6 месеци до 3 године затвора ономе ко пружи другоме помоћ у самоубиству. У одлуци о захтеву истиче се да нема места кривичној одговорности уколико неко лиши живота умирућег пацијента на његов захтев.<sup>43</sup> Одлука је базирана на праву на самоодлучивање које по мишљењу овог суда у неким ситуацијама има јачу правну снагу него обавеза државе да штити живот.<sup>44</sup> На овај начин Колумбија је постала прва држава чији је суд изричито подржао праксу активне еутаназије.

И на крају, треба поменути и одлуку Уставног суда Мађарске о еутаназији, донету 2003. године, на коју је мађарска јавност чекала десет година.<sup>45</sup> Одлука је одраз тренутно преовлађујућег става: пасивна еутаназија или право на одбијање медицинског третмана којим се спасава или продужава живот, проистиче из права на самоодлучивање а ово – из уставом заштићеног права на људско достојанство. Насупрот томе, активна еутаназија не може се сматрати аспектом права на самоодлучивање, јер је узрок наступајуће смрти не само радња пацијента већ и радња другог лица и као таква остаје предмет кривично-правне забране.

Да закључим – уз помоћ идеје природне смрти и нечињења, пасивна еутаназија „продата“ је јавности као право пацијента на самоодређење које укључује право на одбијање медицинског третмана којим се живот спасава или продужава, а које је у неким земљама добило статус уставног права. За разлику од тога, стандардни уставни аргументи као што су људско достојанство, живот (у смислу одсуства обавезе на дужи живот), приватност, сигурност, лична слобода, забрана нечовечног и понижавајућег поступања и једнакост, за сада нису успели да доведу до легализације активне еутаназије, односно до признања уставног права на помоћ у окончању живота у условима неизлечиве и смртоносне болести. У неким земљама, као што је на пример Холандија, ово биоетичко питање „пацификовано“ је одсуством уставне расправе и његовим решавањем у парламенту, применом доктринарних принципа кривичног права.

43 Одлука је донета маја 1997.

44 За више видети, *Dorsen, N., Rosenfeld M., Sajó A., and Baer S., Comparative Constitutionalism, (Minnesota: West Group, 2003) стр. 568.*

45 Захтев за оцену уставности забране еутаназије поднет је 1993. године, након што је мајка неизлечиво оболеле једанаестогодишње девојчице проглашена кривом за убиство јер је своју кћерку удавила у кади. Уставни суд донео је одлуку 2003. године. Види одлуку бр. 22/2003 (IV 28).

#### 4. КЛОНИРАЊЕ ЉУДИ: УСТАВОМ ПРОТИВ ЛАБОРАТОРИЈЕ

Члан 24 Устава Србије, изричито предвиђа: забрањено је клонирање људских бића. Формулација је очигледно преузета из члана 11 Повеље СЦГ о људским и мањинским правима и грађанским слободама.<sup>46</sup> Осим нашег Устава, на праксу клонирања осврнуо се и понуђени текст Устава ЕУ, а реаговао је и Врховни суд Костарике. Устав ЕУ је прецизнији од Устава Србије – овим текстом забрањено је клонирање људских бића у репродуктивне сврхе, док је одлуком Врховног суда Костарике проглашена неуставном владина Уредба о техникама вештачке оплодње, чиме је имплицитно забрањено и клонирање људи у терапеутске сврхе.<sup>47</sup>

На основу досадашњег излагања није тешко утврдити међусобну повезаност устава и биоетичког питања какво је клонирање. Наиме, и клонирање, као и еутаназија и абортус, дубоко задире у питања уставних слобода и права грађана. Пре детаљнијег разматрања разлога ове забране, објаснићу на шта се односи поступак клонирања људи, с обзиром на то да се из уводних разматрања већ могу наслутити размимоилажења у односу на његово дефинисање.

##### 4.1. Појмови и ризици дефинисања

У научним водама термин *клонирање* често се користи као скраћеница за производњу копије биолошке јединице – гена, ћелије или организма. У молекуларној биологији, тзв. молекуларно клонирање своди се на производњу ДНК, а резултати оваквог поступка су, на пример, инсулин и хормонска терапија.<sup>48</sup> Клонирање ћелија могуће је природним путем – једнојајчани близанци су клонови настали истовремено из исте јајне ћелије. Ипак, најчешће се овај термин односи на клонирање ћелија у лабораторији, нпр. тако што се ембрион дели вештачким путем, а из тих делова се онда развијају два генетички индентична организма или више њих.<sup>49</sup> Наведене употребе термина „клонирање“ нису спорне.

---

46 Сл. лист СЦГ, 1/2003.

47 Види, *Rosario M. Isasi, Bartha M. Knoppers, Peter A. Singer, Abdallah S. Daar, Legal and Ethical Approaches to Stem Cell and Cloning Research: A Comparative Analysis of Policies in Latin America, Asia, and Africa*, (2004) 32 *Journal of Law, Medicine and Ethics* 626, стр. 630.

48 Види, *Bart Hansen, Embryonic Stem Cell Research: Terminological Ambiguity May Lead to Legal Obscurity*, (2004) 23 *MEDLAW* 19, 20–21.

49 Види, Дубравка Шимоновић и Ксенија Турковић, *Правна регулација клонирања у нас и у свијету*, (2005) Зборник ПФЗ, 55 (6) 1543–1574, 1544.

Проблеми, међутим, настају при дефинисању поступка клонирања људи, односно клонирања људских бића, што је термин коришћен у Уставу Србије. Прво, постоји репродуктивно и клонирање у терапеутске сврхе. Друго, оба појма везују се за клонирање људи. Треће, репродуктивно и терапеутско клонирање различито се третирају у стручној јавности и правном дискурсу. С једне стране, постоји консензус око тога да је репродуктивно клонирање правно и етички недопустиво. С друге стране, о етичкој допуштености терапеутског клонирања нема јединственог става међу научницима, а нема га ни међу државама у погледу његове правне забране. Због недостатка конзистентне научне терминологије, тешко је, међутим, утврдити прецизно значење ових појмова, као и линију разграничења. Понуђене дефиниције своде се на следеће:

*Репродуктивно клонирање* односи се на поступак вештачког стварања ембриона, генетске копије постојећег људског организма, да би се постигао крајњи циљ – стварање људског бића. Ово подразумева: (а) замену једра – у јајну ћелију одраслог организма, из које је извађено једро, убаци се једро ћелије неког одраслог организма, након чега се тако добијена ћелија подстакне на дељење док не достигне фазу бластоците; (б) уношење (трансфер) тако добијеног ембриона у материцу ради одржавања и развијања до порођаја.<sup>50</sup>

*Терапеутско клонирање* подразумева поступак који је индентичан са поступком репродуктивног клонирања, с тим што се клон, тј. вештачки створен ембрион, не уноси у материцу, већ се неко време (14 дана), подстиче његов развој да би се добиле матичне ћелије, које се потом користе за проучавање узрока различитих болести или за стварање ткива или органа потребног за трансплантацију.<sup>51</sup>

Према томе, сличност између репродуктивног и терапеутског клонирања људи огледа се у техници замене једра (у науци позната по енглеској скраћеници SCNT – *somatic cell nuclear transfer*) а разлике – у крајњем резултату, временском периоду за постизање крајњег резултата, сврси и медицинским импликацијама.

Неки, међутим, инсистирају да су разлике небитне, да је битно то што је техника иста, а да је једино оно што их раздваја чињеница

50 За дефиницију репродуктивног клонирања, види нпр. *Marc Stauch and Kay Wheat with John Tingle, Text, Cases & Materials on Medical Law (New York: Routledge-Cavendish, 2006) стр. 368*; видети и веб страницу Светске здравствене организације: <http://www.who.int/ethics/topics/cloning/en/index.html>.

51 Види, *Stauch et. al, op. cit.*, стр. 365. Људске ембрионалне матичне ћелије први пут су изоловане 1998. године. Оне се данас могу добити или из вишка људских ембрионалних матичних ћелија које се користе за вантелесну оплодњу у гинеколошко-репродуктивним установама, или стварањем ембриона у истраживачке сврхе.

да репродуктивно клонирање људи има за циљ стварање људи, а терапеутско – стварање ембрионалних матичних ћелија.<sup>52</sup> Присутан је и став да се, уколико се SCNT дозволи, клонирање људи у репродуктивне сврхе не може избећи.<sup>53</sup> Делимичном забраном, тј. допуштањем терапеутског клонирања, дозволило би се и стварање људских ембриона ради њиховог уништавања, што би довело до инструментализације људског живота.<sup>54</sup> Разлика између ове две врсте клонирања почиње да бледи и због наизменичне употребе ових појмова од стране оних који сматрају да терапеутско клонирање укључује и „поступак“ који се односи на један облик пренаталног дијагностицирања, познат у медицини као ПГД.<sup>55</sup> Постоји, наиме, једна врста генетске дијагнозе у пренаталној фази која укључује замену једра, а која се може користити у лечењу стерилитета, или да би се спречило рађање деце са урођеним генетским аномалијама.<sup>56</sup> Овај поступак доступан је у многим државама укључујући САД, Велику Британију, Белгију, Израел, али не и Немачку, због раније наведеног става немачког уставног права да је фетус уставом заштићена особа, што за собом повлачи забрану уништавања или одстрањивања ембриона. Интересантно је да се ПГД пракси оштро супротставио познати немачки и светски филозоф Јирген Хабермас, критикујући је као индикацију обнављања праксе расне хигијене, тј. еугенике.<sup>57</sup>

Такав став немачког права враћа нас на питања о почетку људског живота и почетку његове правне заштите која су битна за одређивање према терапеутском клонирању. Одговори држава су различити, а нема јединственог става ни на нивоу међународног права. Тако, на пример, Допунски Протокол о забрани клонирања људских бића, донет у оквиру Савета Европе, оставља да се националним законодавствима дефинише појам „људско биће“.

О недоумицама које постоје чак и међу стручњацима, најбоље говори пример различитих реакција утицајних медицинских часопи-

52 Види, <http://www.who.int/ethics/topics/cloning/en/index.html>.

53 Види, А. М. Capron, *Placing a Moratorium on Research Cloning to Ensure Effective Control over Reproductive Cloning*, (2000) *Hastings Law Journal* 53, стр. 1057; S. Holm, *The Ethical Case Against Stem Cell Research*, (2003) *Cambridge Quarterly of Health Care Ethics* 12, стр. 372–383.

54 Види, Шимоновић и Турковић, *op. cit.*, стр. 1553.

55 Види, Hansen, *op. cit.*, стр. 23–24. Види такође и John A. Robertson, *Reproductive Technology in Germany and the United States: An Essay in Comparative Law and Bioethics*, (2004) 43 *Columbia Journal of Transnational Law* 189, стр. 221–225.

56 *Ibid.*

57 За више о питању пренаталног идентитета, види, David DeGrazia, *Human Identity and Bioethics*, (New York: Cambridge University Press, 2005).

са на усвајање холандског Закона о ембрионима 2002. године. Наиме, престижни британски медицински часопис *Lancet* известио је да холандски закон дозвољава истраживање на ембрионалним матичним ћелијама, али само на оним добијеним из прекобројних људских ембриона. Још један британски стручни часопис, *Британски медицински часопис* је, међутим, објавио да се овим законом дозвољава стварање ембриона како *in vitro* техником, тако и путем SCNT. Многи су се питали шта дозвољава а шта забрањује наведени холандски закон.

#### 4.2. Уставни разлози забране клонирања људи

Осим непожељних медицинских импликација, заштита људских права најчешћи је разлог за забрану клонирања људи. Устав Србије ову забрану предвиђа у оквиру права на живот. Устав ЕУ забрањује клонирање људи у репродуктивне сврхе у оквиру права на физички и ментални интегритет. Међутим, дијапазон права угрожених овом праксом, далеко је шири него што је уобичајено схватање: осим права на људско достојанство и лични идентитет, која се најчешће наводе као основи забране, поступак клонирања људи у репродуктивне сврхе усмерен је према низу различитих права која би, у одсуству забране, била доведена у питање. Ако се изузму маштовите претпоставке из филмова научне фантастике, које клонирање повезују са стварањем армије робова посебно надарених за војне и друге задатке, могуће је тврдити да поступак репродуктивног клонирања угрожава следећа уставна права и слободе:

*Право на људско достојанство и право на живот* – ова два права третирају се као кључ забране клонирања људских бића. У националним законодавствима постоје различити концепти права на људско достојанство, који се могу свести на став да је свако људско биће вредност по себи која захтева поштовање и забрану нечовечног поступања. UNESCO-ова Декларација о људском геному и људским правима, наводи да људско достојанство с једне стране спречава да се природа људских бића праксом репродуктивног клонирања сведе на генетске карактеристике, а с друге стране, захтева поштовање јединствености и различитости сваког људског бића.

Око импликација клонирања на право на живот постоје различита мишљења. Неки сматрају да генетске манипулације имплицирају незаконито одузимање људског живота, до чега не долази у поступку репродуктивног клонирања људи јер се потоњи односи на стварање, а не на одузимање живота.<sup>58</sup> Други су, међутим, мишљења да сви људи имају право да без генетичких манипулација буду

<sup>58</sup> Види, *Stephen P. Marks, Tying Prometheus Down: The International Law of Human Genetic Manipulation*, (2002) 3 *Chicago Journal of International Law* 115, стр. 126.

зачети, развијани и рођени.<sup>59</sup> Ипак, најчешће се забрана клонирања у односу на право на живот помиње у контексту заштите генома и ембриона, који према неким схватањима једнако уживају право на живот као и људска бића која су рођена.

Могуће је замислити да се клонирањем људи повређује и *забрана тортуре*, односно свирепог, нечовечног или понижавајућег поступања. С једне стране, могућа је интерпретација која би физичке и психичке аномалије, настале као последице овог поступка, квалификовала као „сурово поступање“, а с друге стране, менталне и физичке особине самог клонираног бића утицале би да се његов живот окарактерише као „суров“.<sup>60</sup>

У теорији постоје различита схватања о клонирању људи у контексту *права на здравље*. Иако нема јединственог става у погледу значења овог права, у расправи су присутне следеће претпоставке: (а) обавеза државе да поштује право на здравље огледа се у забрани финансирања праксе терапеутског клонирања од стране било којег владиног органа или агенције;<sup>61</sup> (б) уколико би се дозволио поступак клонирања људи, право да одлучује о рађању пренело би се са жене на лекаре и биотехничаре, а појачали би се и захтеви упућени женама да рађују „савршене бебе“.<sup>62</sup>

Осим права којима се штите физички и ментални интегритет, праксом клонирања људи у репродуктивне сврхе угрожавају се и права којима се штите идентитет, аутономија воље појединаца, породични односи и право на једнакост. Поред већ поменутог права на људско достојанство, често се истиче да се клонирањем људи повређује *право на лични идентитет, индивидуалност и јединственост*. Клонирањем се нарочито доводе у питање *породични односи* – клон би био и дете и рођак свога „родитеља“. Угрозило би се и *право на једнакост*: пошто би се генетско наслеђе клонираног бића могло утврдити, особе настале таквим путем могле би бити доведене у неједнак положај у односу на друге у процесу запошљавања или осигурања. Овакви спорови већ се воде у САД због поступка који укључује анализу гена.<sup>63</sup>

---

59 Види, став америчке НВО – Савет за генетичку одговорност (*Council for Responsible Genetics*) који је изнет у члану 10 њиховог модела Закона о генетским правима (2000) 13 *GeneWatch* 3.

60 *Marks, op. cit.*, стр. 127.

61 Полазећи од исте обавезе, могућ је и супротан став који би налагао здравственим и другим државним органима да толеришу, промовишу и помажу праксу генетске манипулације. *Ibid.*, стр. 129.

62 *Marcy Darnovsky, Human Germline Engineering and Cloning as Women's Issues*, (2001) 14 *GeneWatch* 1.

63 *Marks, op. cit.*, стр. 124.



Овим приказом није исцрпљен попис права против којих је усмерен поступак клонирања људи у репродуктивне сврхе. Тим поступком радикално би се променило схватање о томе шта значи бити човек, шта је његова природа и улога у друштву, а самим тим и која су његова права. Неки су присталице мишљења да „клонирани човек“, сам по себи, не би био титулар људских права.

#### 4.3. Домет уставне забране

Последње питање којим желим да се бавим у овом раду јесте питање домета забране клонирања људских бића садржане у члану 24 Устава Републике Србије. Претпоставимо да је, због могућих непожељних медицинских импликација и чињенице да се овим поступком вређа широк дијапазон људских права, уставописац желео да овој забрани да апсолутан карактер, дакле, да не дозволи изузетке, као што то нису дозволили сви савремени уставни, укључујући и наш, у односу на забрану тортуре. Ову намеру не сматрам спорном. Питање је, међутим, да ли је уставописац заиста рекао оно што је и желео. Указаћу на могућа тумачења.

Прво, имајући у виду чињеницу да се у теорији термин „клонирање људи“ односи како на процес стварања људи, тако и на процес стварања ткива или органа, наведена уставна забрана апсолутног је карактера и за собом повлачи забрану репродуктивног и терапеутског клонирања.

Друго, противници обе врсте клонирања људи могу у помоћ позвати одредбу члана 252 (2) Кривичног законика Републике Србије, која предвиђа казну за онога ко врши клонирање људи или врши експерименте с тим циљем, истичући да вршење експериментата ради клонирања људи задовољава појам терапеутског клонирања, па се, према томе, уставна одредба има тумачити као забрана било којег облика клонирања људи. А могућ је, опет позивањем на ту исту (непрецизну) одредбу Кривичног законика, и супротан став.

Треће, полазећи од тога да се у нашем праву појам људског бића односи на људско биће које је рођено<sup>64</sup> (односно чије је рађање отпочело), они који сматрају да се поступак клонирања људи не може никако поистоветити са поступком стварања ткива или органа, могу тврдити да наведена уставна одредба забрањује репродуктивно, али не и терапеутско клонирање.

Ипак, у недостатку јавне расправе о уставном тексту, не може се са сигурношћу тврдити да је намера уставописца била да забра-

---

<sup>64</sup> Види, Наташа Мрвић-Петровић, *Кривично право* (Београд: Факултет за пословно право, 2005), стр. 226.

ном обухвати само репродуктивно, али не и терапеутско клонирање. За утеху, остаје нам чињеница да је регулисање овог феномена и у другим државама и на нивоу међународног права још у фази ембриона и да су присутна многа лутања.<sup>65</sup> Ево неких недоумица из међународног права.

UNESCO-ова Декларација о људском геному и људским правима, донета 1997, изричито забрањује репродуктивно клонирање људских бића као праксу супротну људском достојанству. Међутим, заговорници забране сваког облика клонирања, често се позивају на контроверзни члан 18 Конвенције Савета Европе о људским правима и биомедицини, који говори о истраживањима на ембрионима *in vitro*, а чији текст предвиђа следеће: (1) уколико је истраживање на ембрионима *in vitro* правно допуштено, мора се обезбедити и адекватна правна заштита ембриона; (2) забрањено је стварање људских ембриона у сврхе истраживања. Допунски Протокол о забрани клонирања људских бића, усвојен 2001. године, надовезујући се на одредбе наведене Конвенције, покушао је да прецизније уреди ову област. Тако је чланом 1. установљена апсолутна забрана која се односи на „сваки поступак којим се жели створити људско биће генетски идентично другом људском бићу, било живом било мртвом“. Истим чланом објашњава се да фраза „људско биће генетски идентично другом људском бићу“ значи људско биће које с другим дели исто генско језгро. Забрана садржана у Протоколу, према образложењу које је уз њега дато, односи се на клонирање људских бића техником дељења ембриона или трансфером језгра. Међутим, како је, као што сам раније навела, овим актом остављено да се националним законодавствима дефинише појам „људско биће“, домет ове забране је ограничен. У земљама као што је Немачка, која подржава став да живот почиње зачећем, уништавање или одстрањивање ембриона је забрањено, а самим тим и терапеутско клонирање, док је у Холандији, на пример, клонирање у терапеутске сврхе дозвољено, али само из вишка ембриона који се користе за вантелесну оплодњу.

Дилеме не решава ни регулатива ЕУ. У Резолуцији из 1997. године, Парламент ЕУ је заузео став да клонирање људских бића у било које сврхе мора бити забрањено.<sup>66</sup> На клонирање се осврће и Директива ЕУ о правној заштити биотехнолошких открића која забрањује патентирање поступка клонирања људских бића, поступка мењања генетског идентитета човека и коришћење ембриона у индустријске или комерцијалне сврхе.<sup>67</sup> При томе, сматра се да се

<sup>65</sup> Правна регулатива појединих држава о клонирању људи подложна је релативно честим променама. Подаци се редовно ажурирају на <http://www.glyphr.org/>

<sup>66</sup> Резолуција ЕР ОЈ С 115 од 12.03.1997.

<sup>67</sup> Директива 98/44/ЕЦ од 6. јула 1998. тач. 41.

појам људског бића односи на људско биће од тренутка зачећа, односно стварања ембриона.<sup>68</sup> Ипак, прича о терапеутском клонирању није овим завршена на нивоу ЕУ. Иако пре две године Савет министара није успео да донесе одлуку око тога да ли ЕУ треба да финансира истраживање над матичним ћелијама ембриона или не,<sup>69</sup> недавна открића везана за матичне ћелије и истраживања севернокоорејских научника, покренуле су ЕУ да поново оживи расправу о терапеутском клонирању на нивоу Уније.<sup>70</sup>

Иако необавезујућа, Декларација УН о клонирању људи, усвојена 2005. године без консензуса, најбољи је одраз дубоких подела које данас постоје међу научницима и међу државама у погледу терапеутског клонирања.<sup>71</sup> У тексту се истиче да су забрањени сви облици клонирања људи у мери у којој су неспојиви са људским достојанством и заштитом људског живота. Репродуктивно клонирање је тиме несумњиво забрањено, а фактички је остављено државама да одреде, у складу са својим националним законодавствима, да ли је терапеутско клонирање у супротности са људским достојанством и заштитом људског живота.

Враћајући се на постављено питање о домету забране клонирања људских бића у новом Уставу Србије, мишљења сам да би, у недостатку универзалног става, као и закона којима би се уредила питања репродуктивног клонирања, вантелесне оплодње, заштите људских ембриона, као и давања лиценци за коришћење прекобројних људских ембриона, уставну забрану требало тумачити као забрану у апсолутном смислу, јер су могућности злоупотреба неслућене.<sup>72</sup> С друге стране, опрезан и још увек неизбалансирани став међународне заједнице указује нам да смо уставном забраном прерано закључили расправу о терапеутском клонирању, чиме се, како тврде стручњаци, могу постићи фасцинантни резултати како у лечењу не-

68 Видети меморандум Савета (министара) о јединственом ставу о Директиви која се односи на биопатенте, ОЈ С 110, 8.4.1998, стр. 30, тач. 35.

69 Видети, *Noëlle Lenoir, Biotechnology, Bioethics and Law: Europe's 21st Century Challenge*, (2006) 69 (1) *The Modern Law Review* 1, стр. 5. Усвајање компромисног решења којим би се у извесној мери подржало такво истраживање, блокирале су Немачка, Италија, Аустрија, Шпанија и Португалија. Види, *Robertson, op. cit.*, стр. 212–213.

70 Видети, тач. 5.2.2–5.2.3. Извештаја Комисије ЕУ о развоју и импликацијама патентног права на пољу биотехнологије и генетичког инжењеринга, од 7.10.2002. Видети такође и *Lenoir, op. cit.*, стр. 5.

71 За Декларацију бр. А/59/516/Add.1 – 84 државе гласале су за, 34 против а 37, међу којима и Србија и Црна Гора, биле су уздржане.

72 Постојеће сталешко право, које до извесне мере уређује ова питања, не може се сматрати ни довољном ни адекватном заштитом од злоупотреба.

ких озбиљних болести, тако и у регенеративној медицини. Али питање о томе да ли једна генерација има права да одлучује о питањима будућих генерација, питање је неке друге расправе.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Када су се пре четрдесетак година појавиле прве биоетичке дилеме, многи су посумњали да кључ за њихово решавање могу бити стандарди и принципи уставног права. Показало се, међутим, да шифра за решавање многих проблема везаних за нове технолошке и социолошке фасцинације, тј. за право жене да одлучи о рађању, за еутанасију или клонирање – лежи у старим фасцинацијама сваког устава – људским правима. Тако су, позивањем на уставна права, абортус, еутанасија, па и клонирање, постале уставне категорије.

Ово свакако не значи да се биоетичка питања могу решити једино позивањем на уставни текст. Државе бирају „стратегију“ сходно својим политичким, правним, културним и религијским наслеђем. Оне у којима доминира „говор људских права“, као што су САД, или оне чији су држављани годинама били лишени тих права, као што су то грађани бивших комунистичких земаља, склоније ће бити да до компромиса око осетљивих биоетичких питања дођу уз помоћ уставних принципа. Друге, чији су грађани релативно неоптерећени бременом религије, генерално склони толеранцији и лако постизању договора у свакодневном политичком процесу, као што су то, на пример, грађани Холандије, изабраће тај процес за постизање компромиса.

Временска дистанца такође утиче на то која ће, и да ли ће уопште бити изабрана нека стратегија која води ка правном регулисању биоетичких проблема. На пример, Врховни суд САД пустио је да протекне двадесет и више година пре него што је прихватио да разматра питање уставности пасивне еутанасије. О најновијим изазовима биотехнологије – клонирању људи, истраживању на матичним ћелијама, вантелесној оплодњи и др., Американци, иначе томе склони, не воде уставну расправу. Уместо тога, председник Буш формирао је Савет за биоетику који треба да размотри сва морална питања у вези са овим поступцима, као и модалитете њиховог решавања. Савет је до сада издао четири извештаја која су предмет жучне јавне расправе.

Биоетичке дилеме не могу оставити равнодушним ни грађане Србије. Континуираних расправа о њима, међутим, нема с обзиром на општу усредсређеност друштва ка решавању углавном претполитичких питања. Отуда не изненађује чуђење многих због забране

клонирања људи у новом Уставу Србије. Овим радом желела сам да покажем да нисмо једино друштво које је изабрало да биоетичке контроверзе решава уставом. Да ли смо, међутим, постигли оно што смо хтели уставном забраном клонирања људи и да ли смо овим делимично затворили врата идеји прогреса, питања су за неке нове расправе.

Violeta Beširević

## THE GODS MUST BE CRAZY: ON CONSTITUTION AND BIOETHICS

### *Summary*

At one point, Professor Michael Shapiro had used the theme from a South African's movie, called *The Gods Must be Crazy*, to explain a technological or social innovation's apparent „lack of fit“ within standard ways of 'thinking and feeling' in law or elsewhere. The reactions of a considerable number of the Serbian citizens to the ban of human cloning in the new Constitution of the Republic of Serbia affirm Shapiro's comparison. In the absence of public deliberation on a draft Constitution, constitutional ban on human cloning, for many in Serbia, appeared as if „coming from the sky“, similar to the Coke bottle in the above mentioned movie.

Constitutional ban on human cloning motivated the author to analyze more thoroughly the relationship between a constitution and bioethics. She argues that the „bridge“ between the two are human rights and to illustrate the point, uses the examples of the constitutional adjudication of abortion and euthanasia and the constitutional regulation of human cloning.

Arguing that the notion of constitutional rights is a key to address biotical dilemmas, the author does not deny that other legal strategies may bring about the same result. Which of the legal strategies is going to be chosen, depends on political, legal, cultural and religious tradition of each particular state. However, the author emphasizes that the absence of constitutional adjudication does not mean that a bioethical problem is not constitutional. When constitution is silent on certain issue, it might mean that the issue is premature for constitutional adjudication and should, therefore, be left for future generations to address.

Key words: *Constitution. – Bioethics. – Human rights. – Abortion. – Euthanasia. – Cloning.*

Ирена Петерлин

## ЗНАЧАЈ ЛОБИРАЊА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

*Лобирање је данас неизбежан процес у развијеним демократијама. Лобирање је традиционално било повезано са утицајем на промене политичких одлука у процесу владања, а данас све више поприма економски призвук. Приступи и методе лобирања су разнолики. Ради се о вештини вођења односа, интерпретације и прилагодљивости. Лобирање првенствено зависи од стратегије оних којима је оно потребно. Највећи успех постижу они којима је успело помоћу аргумената и лобирања да постигну жељени циљ. Експлозија лобирања и повећавање броја лобија и интересних група указују на то да је лобирање постало део савремене европске средине. Главне институције лобирања у Европској унији (ЕУ) су Европска комисија (ЕК), Европски парламент (ЕП) и Савет. Лобисти морају да препознају њихове предности и недостатке. Морају да познају њихову структуру, функције и надлежности. ЕП је јак и ефикасан у суодлучивању, а мета лобиста првенствено су консултативни одбори и непосредно изабрани посланици различитих земаља. Председништво Савета, најзначајнији је и најзапаженији играч на нивоу Савета, али ЕК је још приоритет ефикасних лобиста. Лобирање у многим земљама још носи негативан призвук, нарочито због скромног законодавства, а пре свега због чињенице да су постојеће правне норме често опште и да садрже низ правних празнина. Постојеће законодавство указује на то да најпре треба поставити границе и повећати транспарентност лобиста. Зато би требало размислити о разумној правној регулацији на европском, као и на националном нивоу.*

Кључне речи: *Лобирање. – Лобист. – Лоби. – Група за притисак. – Интересне групе. – Европска унија.*

### УВОД

Структура међународне заједнице је сложена. Међународну заједницу сачињавају народи и државе, на специфичан начин организовани системи држава, друштвене класе и друштвене групе, различите социјалне силе и организације. Међу њима се развијају односи економског, политичког, војног, идеолошког, дипломатског,

правног и културног карактера који су условљени структуром и развојем појединих друштвено-економских формација, као и економским и политичким интересима различитих класа.<sup>1</sup>

Разноврсни аспекти економских, техничких и других промена те глобализације, који се испољавају кроз смањивање препрека у области трговине, кретања капитала, миграције, стране помоћи и низ других фактора, рађају нове проблеме у чије решавање се све више укључују снаге које се не идентификују као државне. Улога државе као централног субјекта међународне заједнице још је онај фактор који одређује међународне односе, али се не може игнорисати чињеница да у међународној заједници постепено јача положај недржавних друштвених група које се све више уплићу у међународни простор. Утицај тих друштвених снага на међународне односе зависи од степена организације и моћи коју имају, као и од надзора који над њима врше структуре власти.<sup>2</sup> Те групе, међутим, не утичу непосредно већ посредно на међународна збивања, и то у првом реду преко државе. Ради се о интересним групама, односно о интересним организацијама које су се у политику умешале у 19. веку и данас представљају значајан фактор политике и међународних односа.<sup>3</sup>

Интересне групе желе да утичу на политичко одлучивање и власт (на носиоце институције власти) али се – за разлику од политичких странака – формално не боре за преузимање власти. Своје интересе желе да остваре различитим путевима, на различите начине који су у датим условима најпогоднији и најефикаснији. При томе су интересне групе по својој унутрашњој повезаности и чврстини, организованости, карактеру и начину деловања врло различите.<sup>4</sup> Активирањем

---

1 Ради се о међународној заједници са социолошко-политичког аспекта и њеним субјектима. Појам субјеката у међународним односима није једнак појму субјеката међународног права. Он је много шири и обухвата више категорија. Поред држава, у тој групи нису само сви остали, признати субјекти међународног права (међународне владине организације), него и снаге и организације које утичу на међународне односе, без обзира на њихов међународно правни положај, степен организованости и хомогености (у првом реду нације, мањине, народноослободилачки покрети, међународни раднички покрет, савезничке групације, недржавне друштвене групе и транснационални субјекти. Види: Benko, V.: *Sociologija mednarodnih odnosov*, Znanstveno in publicistično središče, Zbirka Sophia, Ljubljana, 2000, стр. 133.

2 Више о томе Benko, V.: *Sociologija mednarodnih odnosov*, *op. cit.*, 1, стр. 236–269 и Benko, V.: *Znanost o mednarodnih odnosih*, Fakulteta za družbene vede, Ljubljana, 1997, стр. 276.

3 Први талас проучавања интересних група био је усмерен на критику суверенитета и потребу за допуњавањем категорија помоћу емпирије креирања политике. Види: Lukšič, I.: *Uvodna beseda*, Slovensko politološko društvo, зборник реферата „Interesna združenja in lobiranje“, *Politološki dnevi*, Ljubljana, 1995.

4 Žagar, M.: *Interesne skupine in lobiranje*, зборник реферата „Interesna združenja in lobiranje“ Slovensko politološko društvo, Ljubljana, 1995, стр. 51–69.

таквих друштвених група, у међународним односима створени су услови за настанак међународних невладиних организација, а из заступања интереса „група за притисак“<sup>5</sup> развило се лобирање.

Лобирање је у друштву релативно касно стекло одговарајуће место, оно је као код нас и у западне демократије долазило опрезно, а пратиле су га јаке осуде. Тек с временом лобирање је наишло на признање, чак су му дали и одговарајуће законске оквире.<sup>6</sup> Данас та реч означава закониту утицајну групу која својим посредовањем утиче на промену збивања на политичкој сцени и, првенствено, на деловање владиних структура. Лобирање ствара комуникацију између оних који доносе одлуке и оних које те донете одлуке најпре погађају. Свака демократска земља дозвољава властитим грађанима да активно учествују у вођењу земље, чак и преко лобистичких група.<sup>7</sup>

Европска унија (у наставку ЕУ) као најразвијенија структура процеса удруживања, настала је као резултат раста капиталистичких интересних група чији је циљ био да превазиђу почетне оквире свог деловања.<sup>8</sup> Последице утицаја „група за притисак“, односно различитих „лобија“ који делују на националном нивоу осећају се често преко спољне политике поједине земље и на међународном нивоу, нарочито у области привреде и међународне трговине.<sup>9</sup> Групе за

---

5 Појам „групе за притисак“ или „pressure groups“ настао је у САД у време између два светска рата. „Групе за притисак“ су изражавале и систематизовале утицаје на владин апарат. Радило се о снагама религиозне, економске, културне, етничке, синдикалне и друге природе. Утицај тих група одразио се непосредним притиском на центре одлучивања или савлађивањем јавног мњења преко којег се могло утицати на политичко одлучивање. Више о томе: Benko, V.: Sociologija mednarodnih odnosov, *op. cit.*, 1, стр. 248–262.

6 Интересне групе (и лобирање) у либералним демократским друштвима нису биле прихватљиве, јер су већ самим својим постојањем, преко избора, критиковале владавину народа. Зашто би интересна удружења била потребна, ако грађанин може преко бираних представника да управља државом и одлучује о јавним пословима? Деловање мимо предвиђених механизма и вршење посебних организованих притисака на легислативу или егзекутиву, није у складу са властитом представом о себи либералне демократије. Постепено су либералне демократије прихватиле у своју доктрину такође и реалност, али још имају потешкоће с њом. Види Lukšič, I.: Uvodna beseda, Slovensko politološko društvo, зборник реферата, *Interesna združenja in lobiranje*, *op. cit.*, 3.

7 Vodnik, T.: [Http://www.siol.net/Novice/EU/default.asp?site\\_id=148&pageid=-109&article](http://www.siol.net/Novice/EU/default.asp?site_id=148&pageid=-109&article) (доступ: октобар 2005).

8 Benko, V.: Sociologija mednarodnih odnosov, *op. cit.*, 1, стр. 257.

9 Упркос јаким аргументима у корист слободне трговине, у међународним трговинским односима често се појављују различити облици ограничења због посредног утицаја различитих интересних група, односно лобија који желе да заштите националне интересе. Један такав пример је утицај америчког лобија произвођача челика на спољну политику председника Буша који је подлегао притисцима



притисак могу да делују унутар државе, а могу и да се повезују и прерасту у међународне групе за притисак. Лобирање у развијеним демократским друштвима данас представља неизбежан процес. Политички и привредни центри у оквиру којих се доносе значајне одлуке мета су представника интересних група и лобиста.

Из потребе за посредовањем и остваривањем специфичних регионалних, националних и друштвених интереса, унутар европских институција формирао се сложен систем лобирања. ЕУ иначе омогућава учешће у процесима одлучивања, али је лобирање у искључивој надлежности заинтересованих. Неактивност при доношењу одлука и заступању интереса указује на одређен степен демократске незрелости, пошто су тиме неактивне интересне групе на регионалном или националном нивоу искључене из процеса одлучивања о кључним механизмима ЕУ. А незрелост неактивних интересних група утолико је већа када те одлуке имају непосредан учинак на њихово деловање, односно на деловање оних чије интересе би те групе требало да заступају.

## ЛОБИРАЊЕ И МЕЂУНАРОДНИ ОДНОСИ

### Основни појмови лобирања

**Лобирање**<sup>10</sup> је израз који је почео интензивно да се користи 1830. године у Сједињеним Америчким Државама (у наставку САД) када су представници неких интересних група по кулоарима испред скупштинских сала Америчког конгреса, у разговорима са члановима тог законодавног органа, утицали на одлуке посланика, односно сенатора.

Лобирање је покушај ефикасне комуникације прикупљањем употребљивих информација. Информације долазе од интересних

---

„челичарског лобија у САД“ марта 2002. године и ради заштите америчке индустрије челика донео заштитне мере са роком ваљаности од три године. На ограничење количине и царину, које су угрозиле мноштво светских произвођача - извозника на америчко тржиште (међу њима и словеначке), бурно је реаговала и Европска унија, па је код Светске трговинске организације (World Trade Organisation) покренула спор. Због бојазни да ће њено тржиште преплавити челик, који је иначе био намењен тржишту САД, она је увела противмере. Спор је, иначе, касније био решен, америчке заштитне мере су укинуте, али је утицај националног лобија свакако потресао међународну заједницу.

10 Ради се о речи енглеског порекла. Види: Grad, A. и коаутори: Veliki englesko-slovenački rečnik, DZS, 1997. Lobby – предворје, кулоар у скупштини, аула, lobbying – утицати на политичаре/посланике за или против доношења закона; lobbyist – онај ко покушава да утиче на посланике и тиме оствари посебне користи.

група и усмерене су ка владиним чиновницима. Данас та реч означава закониту утицајну групу која својим посредовањем мења догађаје на политичкој сцени, пре свега деловање владиних структура. Лобирање ствара комуникацију између оних који доносе одлуке и оних које те одлуке најпре погађају.

Под изразом лобирање крије се најшири спектар свих активности чији је коначан циљ да се врши утицај на јавне органе у процесима политичког одлучивања, при чему се реч „лобист“ генерално може дефинисати као она особа која контактира са чланом власти у жељи да утиче на само доношење одлука. Врло поједностављено: ради се о некаквом посредном облику сарадње у процесу владања.<sup>11</sup> Помоћу лобирања требало би да се у неформалним институционалним мрежама утиче на процес одлучивања у име општих и посебних користи или користи појединих група људи.

Лобирање је делатност којом се баве појединци или организације – **лобисти**, агенти. За разлику од лобиста који су овлашћени представници и који непосредно заступају интересе у комуникацији са доносиоцима одлука, **лобији** представљају интересне групе које делују у смислу остваривања заједничких циљева и усредсређени су на различите области деловања.<sup>12</sup> Најзначајнији алат лобиста<sup>13</sup> је успостављање и одржавање личних односа са утицајним људима на политичкој сцени и сарадња са групама које заступају сличне интересе.<sup>14</sup>

Појам лобирања у традиционалном смислу значи утицање на доношење политичких одлука у процесу владања.<sup>15</sup> Ради се о политичком лобирању које обухвата законодавство, регулативу, преговоре у области јавних наруџби, субвенција и дотација. Али циљеви и методе лобирања који одређују структурне, културне и друге

---

11 Pičman, P.: Pravni vidiki lobiranja in EU [Http://evropa.gov.si/publikacije/evrobilten/evrobilten-15-07/](http://evropa.gov.si/publikacije/evrobilten/evrobilten-15-07/) (приступ: октобар 2005).

12 Постоји низ најразличитијих формалних и неформалних лобија, како на националном, тако и на међународном нивоу, чији утицај зависи од низа фактора, а нарочито од организованости и моћи (челичарски лоби, индустријски, немачки, европски).

13 Израз лобист може се пронаћи и у енглеско-америчкој правној терминологији. Ради се о особи која обавља посао, јавно или приватно, виђањем са члановима органа одлучивања и наводи их на доношење нацрта закона убеђивањем, молбом или аргументирањем, те подршком заинтересованих. Black's Law Dictionary, Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, revised 4.th edition, St Paul, Minn., West Publishing Company, 1968, стр. 1086.

14 Sušnik, J.: Lobiranje v EU—poseben poudarek na lobiranju državne sveta. [Http://www.ds-rs.si/dejavnost/govori/Lobiranje-Praga-240604.htm](http://www.ds-rs.si/dejavnost/govori/Lobiranje-Praga-240604.htm) 2.11.2005.

15 Gorenc, G.: Lobiranje v zakonodajnem postopku, diplomski zadatak, 1999, стр. 5.

специфичности околине, стално се мењају. Донедавно је апсолутно политичко лобирање било усредсређено на процес политичких одлука, а данас оно све више добија економске димензије.

Лобирање као средство остваривања интереса  
путем утицаја у савременом свету

Делатност лобирања као средства за остваривање интереса путем утицаја на међународна збивања у међународним односима појавила се релативно касно. Лобирање се повезује са развојем друштвених интересних група које су најпре деловале искључиво као делатност у приватној сфери, а у 19. веку се пробиле и у политику као резултат првих критика суверенитета и потребе за практичним искуствима у формирању политике.<sup>16</sup> Интересне групе су се по својој унутрашњој повезаности и чврстости, организованости, карактеру и начину деловања између себе врло разликовале,<sup>17</sup> али су ипак све имале једну специфичност – интерес за утицајем, нарочито за посредним утицајем на власт и процесе одлучивања.

Лобирање које се развило као средство за остваривање утицаја посебних недржавних група за притиске, понајпре се усредредило на посланике у парламенту, односно на законодавну власт, а током последње деценије све више се концентрише на друге центре политичке и извршне моћи. Данас, у савременој међународној заједници, у којој привредни интереси<sup>18</sup> све више представљају најважнију идеју спољнополитичке оријентације и дипломатског деловања земаља, у оквиру савремене, а нарочито економске дипломатије која делује у функцији заштите и промоције економских интереса матичне земље у иностранству, све је већи значај лобирања. Државе и заинтересовани субјекти помоћу лобирања у међународним односима активно се уплићу у међународне економске односе,<sup>19</sup> што

---

16 Lukšič, I.: *op. cit.*, 3.

17 Žagar, M.: *op. cit.*, 4, стр. 51–69.

18 Све је јасније да међународна предузећа истискују државе из процеса формирања и вођења светске привреде. У већини великих индустријских земаља постоје економски форуми који се састоје од руководећих људи у највећим предузећима и банкама који имају утицајну реч у спровођењу економских политика. Тако у САД на питања о међународној трговини, међународним инвестицијама и финансијама директно, на највишим нивоима, утиче US Business Round Table, док у ЕУ руководеће економске лобије у тој области представља European Round Table of Industries. Oven, U.: Vpliv multinacionalnih korporacij na ekonomsko politiko v okviru globalizacije, diplomski rad, Ekonomski fakultet Univerzитета u Ljubljani, 2003, стр. 12.

19 Plavšak, K.: Javna diplomacija, Temeljni koncepti in trendi, mart 2004. [Http://www.media-forum.si](http://www.media-forum.si). (приступ: октобар 2005).

посебно долази до изражаја у Европској унији која због своје специфичне природе изазива потребу за таквим деловањем.

### Правни аспекти и искуство неких земаља у области лобирања

Као што је већ било речено, пракса лобирања је краткотрајна. Реч „лобирање“ имала је већ у својим почецима негативан призив пошто се под тим појмом разумевала активност незаконитог цеха који сачињавају шпекуланти који су се кретали у парламентарној средини и рачунали на доношење закона у корист својих штићеника.<sup>20</sup> Интересне групе и лобирање у либералним демократијама нису били прихватљиви јер су већ самим својим постојањем критиковали владавину народа. Деловање мимо предвиђених механизма и вршење посебних организованих притисака на легислативу или егzekутиву, нису били у складу са властитом представом о либералној демократији. Либералне демократије су и то постепено деловање уврстиле у своју доктрину и дале му чак и одговарајуће законске оквире, али се понегде још са скепсом односе према лобирању.<sup>21</sup> Негативан приступ нарочито је присутан због непознавања формалних и других већ усвојених путева деловања интересних група и лобирања,<sup>22</sup> па и због неадекватних и, често, нестручних услуга које нуде неки изнова организовани носиоци тих активности.

Искуства земаља у тој области су веома различита, али данас је свима јасно да никакав демократски систем не може забранити или спречити лобирање. Може, међутим, да постави границе таквог деловања, правила допустивог понашања, санкције за непожељно понашање. У међународној заједници међу државама постоје основне разлике у томе да неке земље ту област регулишу правним нормама, а друге не.<sup>23</sup>

Лобирањем се покушава да се на неформалном нивоу реше проблеми формалног карактера. Лобирање смањује несигурност у политичком одлучивању и доприноси ефикаснијем привређивању, али због нерегулисаних законских основа за лобирање, ниске пословне културе деловања појединих друштвених група или неква-

---

20 Vodnik, T.: *op. cit.*, 7.

21 Lukšič, I.: *op. cit.*, 3.

22 Pičman, P.: *op. cit.*, 11.

23 Fink-Hafner, D.: Normativna regulacija lobija in lobiranja na nacionalni in nadnacionalni ravni, Slovensko politološko društvo, зборник реферата: Interestna združenja in lobiranje, Politološki dnevi, 1995, стр. 281–301.

литетног рада лобиста, настају проблеми, нарочито из разлога што такве групе и њихови представници најчешће не делују јавно.<sup>24</sup>

У САД, које имају највише искуства у тој области, лобирање је већ више од пола века нормативно регулисано и регистровано,<sup>25</sup> док ниједна европска земља засад још нема целовит законски акт који би регулисао ту област, већ се појављују парцијалне норме у различитим законским и пословничким одредбама.<sup>26</sup> Неке земље прописују регистрацију интересних група, односно њених представника у парламенту и његовим радним телима (САД, Немачка, Канада),<sup>27</sup> док друге ту област регулишу искључиво писаним правилима, кодексима<sup>28</sup> примереног понашања лобиста који су више етичке природе, али ипак гарантују квалитет услуга и узимање у обзир стручних мерила.

Из постојеће правне регулативе у тој области види се да су се државе у великој мери определиле за следеће елементе лобирања: ко су субјекти лобирања, који услови су потребни за регистрацију лобирања, које су политичке институције доступне лобистима, где и када је потребна обавезна декларација лобиста у зависности од тога чије интересе заступају. У правним нормама може се наћи и опредељење и забрана одређених начина и облика лобирања, нарочито опредељење различитих облика корупције: од давања награда до лобирања за личну материјалну корист као и, наравно, одређивање казне за забрањене начине лобирања. Недостаци правног нормирања те области првенствено су у томе што је претежно усмерено на лобисте као појединце и на непосредне методе лобирања. Правне норме често су опште и садрже низ правних празнина, што омогућава низ објашњења. Многе правне одредбе настале су последично, као реакција разоткривене злоупотребе власти, корупције чиновника.<sup>29</sup> Добра страна правних правила, међутим, указује на то да лобирање као средство деловања интересних група у међународним односима, а нарочито у ЕУ, има већи значај него у оквиру националних држава, те да постојећи прописи ограничавају нејавну праксу и злоупотребу закона у тој области.

---

24 Војс, А.: *Država in poslovanje podjetij – naftna vojna s Hrvaško*, дипломски рад, *Ekonomski fakultet Univerziteta u Ljubljani*, 2002, стр. 7–10.

25 Ради се о уставном, односно законском регулисању; на федералном нивоу (*Federal Registration Act*, 1946) и закону о разоткривању лобирања (*Lobbying Disclosure Act*, 1995). Fink-Hafner, D.: *op. cit.*, 22, стр. 282.

26 Iglīčar, A.: *Prešernova nagrada: Pravni vidiki lobiranja in Evropska unija*, *Pravna praksa*, br. 5, 17.2.2002, стр. 52.

27 Fink-Hafner, D.: *op. cit.*, 23, стр. 282.

28 Ради се о кодексима професионалне етике лобиста које усвајају различита удружења лобиста.

29 Fink-Hafner, D.: *op. cit.*, 23.

У последње време, у ЕУ се осећају снажне тежње за кодификацијом лобирања<sup>30</sup> како би се тај облик утицаја на доношење одлука довео у разумне, прихватљиве и прегледне оквири, али су идеје о правној регулацији лобирања у оквиру ЕУ још у фази нацрта и предлога,<sup>31</sup> без обзира на чињеницу да су лобистички канали постали сложен механизам и замена за класичан начин информисања или утицаја држава и њихових интересних група на процесе одлучивања унутар њених институција.

## ЛОБИРАЊЕ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

### Европска унија и њена природа

Европска унија има аутономан правни поредак<sup>32</sup> који се базира на различитим оснивачким уговорима<sup>33</sup> као примарном матери-

---

30 Siim Kallas, европски комесар за борбу против корупције, марта 2005. године објавио је већи преглед и строжи надзор над лобистима и невладиним организацијама које се баве лобирањем у ЕУ. Према подацима из марта 2005. године, у Бриселу наводно има 15.000 лобиста и 2.600 интересних група чија делатност, према речима комесара, вреди 60 до 90 милиона евра. Нетранспарентност деловања испољава се чак и у томе да неке невладине организације, које примају средства од Европске комисије (ЕК), на својим веб-страницама, међу својим најзначајнијим делатностима наводе лобирање у Комисији. Посредно долази до парадокса да ЕК плаћа лобирање да би се код ње лобирало. [Http://www.siol.net/Novice/EU](http://www.siol.net/Novice/EU) (приступ: октобар 2005).

31 Iglīčar, A.: *op. cit.*, 26.

32 Под појмом Европске уније (ЕУ) треба у тексту разумети постојећу структуру међународне организације која тренутно броји 25 чланица. Не ради се о правној формулацији појма према којем је израз Европска заједница (ЕЗ) применљив с аспекта анализе правних полазишта интеграције и прилагођавања законодавства, а појам ЕУ са аспекта циља којег опредељује Уговор о оснивању ЕУ из Мастрихта 1992 (УЕУ). Уговором о оснивању ЕУ (УЕУ) три дотадашње европске заједнице које су представљале почетак европских интеграција, Европска заједница за угљ и челик, 1951 (ЕЗУЧ), Европска економска заједница, 1957 (ЕЕЗ) и Европске заједнице за атомску енергију (ЕУРАТОМ), 1957. године су се интегрисале у ЕУ на основу изградње тзв. европског храма који се базира на три стуба. Први стуб обухвата дотадашње право у ужем смислу, односно дотадашње европско право које представља средишњи део ЕУ, а ту улазе три заједнице које прати економска и монетарна унија. Други стуб сачињава заједничка спољна и безбедносна политика, а трећи стуб право ЕУ – сарадња у области правосуђа и унутрашњих послова. ЕЗ, која је настала од три заједнице, представља најзначајнији стуб (први стуб) у структури европских интеграција у чијој су надлежности право и институције заједнице, као и најзначајнија област интересних група са аспекта лобирања у ЕУ. Више о томе: Grilc, P., Pešič, T.: *Pravo Evropske Unije*, 1. knjiga, Cankarjeva založba, Ljubljana, 2001, стр. 3–150.

33 Више о томе: *Evropska unija in pravo, Poslovni vodnik po Evropskem pravu, Privredna komora Slovenije* 2002, стр. 29–30.

јалном правном извору и на секундарним формалним правним изворима, правним актима: уредбама, директивама и решењима, који институцијама и органима ЕУ омогућавају остваривање њихових задатака и функција. Преовлађују правила која доносе институције ЕУ. За правни поредак ЕУ карактеристично је обимно законодавство, а нарочито његова примарност која се испољава кроз превласт европског права над националним у низу правних правила (посебно уредби), и која утиче на деловање и развој низа правних, привредних и других субјеката на националном нивоу. Специфична променљива природа права на коју увек изнова утичу нова чланства и интереси привредно јачих чланица, као и формирање политика у интересу заједнице, захтевају од заинтересованих активно учешће.

Државе чланице су сукреатори европског правног поретка и имају могућност да посредно утичу на промене и усавршавање европског законодавства или на процесе одлучивања у институцијама. Такву могућност имају и различите интересне групе, посебно оне које заступају интересе оних на које ЕУ има највећи утицај. Различити типови интереса – од регионалне политике, сукреирања јединственог европског тржишта, остваривања националних или европских интереса – повезују различите интересне групе.<sup>34</sup>

Док је Европска заједница била само резултат удруживања и одлучивања политичких елита, њена структура била је једноставнија, а активности интересних група и лобија од секундарног значаја. Проширењем чланства и продубљивањем европског правног поретка, те проширењем надлежности у области креирања политика и променом начина одлучивања уз сагласност одлучивања држава чланица на одлучивање на основу квалификоване већине, ситуација се битно променила. Било је потребно пронаћи нове путеве и облике сарадње у процесима одлучивања на нивоу ЕУ.<sup>35</sup> Деловање у тој области захтевало је низ знања и активности.

У данашње време, за утицај није довољна само политичка моћ и аргумент, већ сукреирање правног поретка и односа у ЕУ зависи од економске и преговарачке снаге државе или интересне групе, њихове ефикасности или ефикасности њихових канала при посредовању код информација и представљању аргумената кључним факторима у процесу одлучивања. Потребна је активност којом се званични гласник мора послужити при остваривању својих ставова, посредно или непосредно. Потребно је средство за остваривање инте-

---

34 Brinar, I.: *Interesna združenja v novi organiziranosti Evropskih skupnosti/EU*, Slovensko politološko društvo, зборник реферата: „Interesna združenja in lobiranje“, *Politološki dnevi*, Ljubljana, 1995, стр. 247–249.

35 *Ibidem*, 1995, стр. 250.

реса путем утицаја, које у ЕУ називају лобирањем, јасни циљеви оних који желе да постигну утицај, стручно оспособљени носиоци активности, а пре свега добро познавање центара одлучивања које у ЕУ у највећој мери представљају њени органи, односно институције.

### Институције у Европској унији као мета интересних група и лобирања

Процес одлучивања у области законодавства и извршне власти већином се одвија унутар трију најзначајнијих институција: Европске комисије (Комисије или ЕК), Савета ЕУ (Савет) и Европског парламента (ЕП) иако је институционални оквир много шири пошто га представљају такође и: Суд ЕУ, Европски савет (ЕС), Европска централна банка (ЕЦБ), Рачунски суд, те Европски економско-социјални комитет. Надлежности институција одређују уговори о оснивању,<sup>36</sup> а Уговором о спајању из 1965. године постављен је институционални оквир. У пракси, начини и органи одлучивања у ЕУ представљају изузетно компликовану мрежу интеракција различитих субјеката са различитим надлежностима које су мета утицаја бројних интересних група, односно лобија. Која ће установа бити циљна, зависи од посланства и задатака интересне групе.

#### *Европска комисија*

Формално, процес одлучивања започиње у Комисији (у функцији предлагача законодавства), политичком телу које у тренутном саставу<sup>37</sup> има 25 комесара, а иначе представља обиман административни апарат.<sup>38</sup> То тело запошљава више од петнаест хиљада службеника. У организационом смислу, чиновнички део је подељен на 36 генералних директората (Directorats General) у којима се, у сарадњи са саветодавним комитетима, припремају нацрти предлога у процесу законодавног одлучивања. У процесу утицаја на одлучивање, за лобисте је ЕК најзначајнији орган пошто је у њеним рукама законодавна иницијатива, а истовремено и извршна функција. У ограниченом обиму надлежна је такође за издавање секундарних аката (дире-

---

36 Види члан 7, Уговора о Европској заједници (УЕЗ) или Амстердамски уговор, 1997 и члан 4. Уговора о оснивању ЕУ (УЕУ) или Мастрихтски уговор.

37 Од 1.1.2005. године, променио се састав Комисије у складу са променама које су настале као резултат проширења и Уговора из Нице, 2001. Овај уговор је променио састав, величину и деловање ЕК у три фазе: до 2005. године у њеном саставу било је 20 комесара, од 2005. године све су државе чланице добиле по једног комесара, а када у ЕУ буде више од 27 држава чланица, тај ће се број смањити.

38 Већи део Комисије има седиште у Бриселу, а нека одељења у Луксембургу (финансијски ресор).



ктивна, уредби). То је наднационална институција која најбоље одражава карактер ЕУ. Заступа, у првом реду, европске интересе који су заједнички свим државама чланицама, а мање интересе држава чланица. ЕК припрема и извршава заједничке политике (суштина европске интеграције), називају је „чувар“ спровођења политике ЕЗ. Највећа овлашћења има у области политике конкуренције, у области инструмената заштите трговинске политике и у области пољопривредне политике. Области које су у искључивој надлежности ЕУ и имају значајан утицај на деловање и развој предузећа, организација и других субјеката у државама чланицама (у наставку ДЧ),<sup>39</sup> морају да буду добро познате онима који покушавају да постигну утицај у ЕК. Лобисти морају имати у виду да је лобирање у ЕК хијерархијско, што значи да је потребно познавати и изложити аргументе и информације како онима који заузимају највише место на хијерархијској лествици, тако и оним чиновницима који обављају оперативне послове у ЕК. Комисија је такође надлежна за преговарање са трећим државама, пошто она заступа интересе ЕУ као целине. У оквиру својих надлежности, она управља и буџетом (фондовима који су највећи корисник буџета).<sup>40</sup> Комисија бди над доследном и правилном применом одредби УЕЗ и има овлашћење да покрене поступак против ДЧ.<sup>41</sup>

### *Европски парламент*

Европски парламент је институција која представља грађане држава чланица.<sup>42</sup> Има законодавну, буџетску и надзорну функцију. У већини области она учествује у доношењу закона и то на основу четири за то предвиђена поступка: консултације, сарадње, суодлучивања и потврђивања.<sup>43</sup> Представља народе ЕУ, али пошто је

---

39 У искључивој надлежности ЕУ су: царинска унија, правила о конкуренцији, монетарна политика за државе чланице које имају евро, чување морских биолошких извора у оквиру заједничке рибарске политике, заједничка трговинска политика. Њих нарочито штити ЕК. Надлежности ЕУ, међутим, не смемо изједначити са надлежностима њених институција.

40 Види члан 211–220 УЕЗ (функције ЕК).

41 Види члан 211 УЕЗ.

42 Број посланика ЕП, који су непосредно, са петогодишњим мандатом изабрани на изборима, не сме бити већи од 750. Тачан број места биће одређен пре европских избора 2009. године. Састав Европског парламента (избори у 2004. години): 732 посланика ЕП одредио је Уговор из Нице из 2001. године, од тога их Словенија има 7. У Европском парламенту је седам политичких група: Европска народна партија, Партија европских социјалиста, Зелени, Конфедерација удружене европске левице, Унија за Европу националних група, Група за демократизацију и развој Европе, Независни.

43 Види члан 189–201 УЕЗ.

у процесу одлучивања представљао само саветодавни орган, није имао великог утицаја на доношење одлука, па зато за лобистичке групе није био занимљива установа. С временом је стекао више снаге и данас су мета лобирања пре свега парламентарни одбори.<sup>44</sup>

Посебан мотив интересних група представља праћење делатности ЕП, нарочито због тога што су његови представници непосредно бирани и на тај начин јаче повезани са онима који су их изабрали, као и са интересима које представљају. Међу више од 3.000 представника интересних група већ дуже време делују експерти који су посебно задужени за праћење седница ЕП и његових одбора. За време заседања ЕП изда се преко 200 дозвола за праћење његовог рада. Сматра се да међу тим појединцима има више од 150 лобиста. Пошто је по мишљењу познавалаца ЕУ партијска дисциплина лоша, допринос непосредно изабраних посланика процесу убеђивања је већи. Интересне групе познају најразличитије неформалне начине убеђивања европских парламентарца, од индивидуалних сусрета до организованих консултација. Зато је практично немогуће утврдити које су активности интересних група фактички утицале на гласање ЕП о одређеном питању. Иако је утицај лобиста тешко мерити, по мишљењу познавалаца њихови аргументи могу се наћи у најразличитијим документима, на крају крајева, и у амандманима на предлоге аката које Комисија предлаже на разматрање ЕП.<sup>45</sup>

### *Савет ЕУ*

Институција која се зове и Савет министара<sup>46</sup> јесте она установа ЕУ у којој су од оснивања ЕЗУЧ па до данас били заступани интереси ДЧ. Савет сачињавају представници (по један) држава чланица на нивоу министра, који су овлашћени за преузимање обавеза у име своје владе. Састав Савета није фиксан, чланове не представљају увек исти људи. У надлежности државе чланице је да одлучи ко ће да је представља на заседању Савета ЕУ, на којем може учествовати истовремено више министара из исте државе. Тако, нпр., о пословима из области пољопривреде одлучују министри надлежни за пољопривреду, о пословима буџета министри финансија. Координацијом се бави председник Савета. Савету ЕУ, а тиме и целокупној Унији, према строго поштованом редоследу председава свака држава чланица и то за период од 6 месеци.<sup>47</sup> У саставу Савета

---

44 Vodnik, T.: *op. cit.*, 7.

45 Šabič, Z.: *Evropski parlament kot tarča interesnih skupin*, Slovensko politološko društvo, зборник реферата: "Interesna združenja in lobiranje", *Politološki dnevi*, Ljubljana, 1995, стр. 265–281.

46 Седиште у Бриселу, седнице у Луксембургу. Види члан 202–210 УЕЗ.

47 Види члан 202 и 203 УЕЗ.

раде такође помоћни органи.<sup>48</sup> Он се сматра најзначајнијим законодавним телом ЕУ, али су због претежно већинског одлучивања у Савету, где је за усвајање одлуке потребно постићи довољан број гласова држава чланица, национални интереси држава чланица запостављени у замену за прихватање компромиса, а то не важи у случају сагласног одлучивања, када свака држава чланица има по један глас и тиме моћ да не пристане на сагласност и онемогући доношење одлуке.<sup>49</sup> У надлежности Савета је такође буџетска функција. Интересне групе морају у Савету да лобирају код више држава чланица да би обезбедиле довољну подршку за властите интересе. Председништво Савета има најзначајнију улогу.

Активност лобиста и интересних група – или  
„како постићи утицај у процесима одлучивања“

Област у којој се одвија активност лобиста у којој они желе да постигну утицај у процесима одлучивања (*decision-making process*) у ЕУ воле да називају ареном.<sup>50</sup> Појам је иначе драматичан, али сликовито приказује простор у којем се одвија кампања поједине интересне групе или лобија, који се сусреће с низом других актера који управо тако желе да постигну утицај. Арену дефинишу институције описане у претходном поглављу, њихова улога у процесу одлучивања, а пре свега низ интересних група и лобија који непосредно или преко професионалних лобиста покушавају да реше свој проблем утицајем на одлучивање.<sup>51</sup> Пошто процес одлучивања, како на нивоу ЕЗ, тако и на нивоу ЕУ, постаје све компликованији (посебно је сложен законодавни процес), то захтева од појединаца који се професионално баве лобирањем да истовремено прате рад појединих органа са гледишта појединих националних политика. У лобирању је важно бити први, зато је неопходно да лобист добро познаје структуру институција, процес одлучивања, актуелности и оне актере који доносе одлуке.<sup>52</sup>

Жеље су најчешће окренуте ка законодавном поступку, јер се од њега очекује обавезујући ефекат за оне на које се односи, а посе-

---

48 Један од таквих помоћних органа јесте CORPER (fra. Comité des représentants permanents, engl. The Committee of Permanent Representatives) или Одбор представника држава чланица у Савету ЕУ. Чине га амбасадори ДЧ и њихови заменици који се састају сваке седмице. Ради се о селекцији садржаја пре заседања министара.

49 Vodnik, T.: *op. cit.*, 7.

50 Израз „арена“ користи се и у „Европском центру за јавне послове“ у Бриселу – Center for Public Affairs.

51 Pedler, R. (ed): *European Union Lobbying, Changes in the Arena*, London, Palgrave, 2002, стр. 1–10.

52 Више о томе: Brinar, I.: *op. cit.*, 34.

бно да ће заменити национално право. Интересна група може нпр. пожелети измену примарног законодавства (оснивачког уговора), допуну секундарног законодавства, одлуке или да за себе избори изузетак од правила.<sup>53</sup> Док је процес одлучивања у законодавном поступку дуготрајан,<sup>54</sup> процес одлучивања, када се ради о одлучивању на извршном нивоу, прилично је бржи, нарочито у случајевима када се ради о фази истраге у поступку одлучивања о увођењу инструмената за заштиту јединственог европског тржишта и конкурентности.

Интересне групе у ЕУ су различите. Интересне групе могу да буду националне, европске или међународне и покривају предузећа, адвокатске канцеларије, регионална удружења итд. Разликују се по областима, организованости и снази, положају, утицају, чланству, финансијским средствима. Може се радити о интересним групама на државном и предузетничком нивоу или, пак, само на нивоу слично оријентисаних интереса појединих друштвених група. Међу њима су невладине организације (NGO) и организације које повезују различите области делатности. Неке од њих су формалне, а друге нису. Неке се повезују на неодређено време, док се друге повезују само кад се појави проблем и желе да га реше заједничким утицајем. Данас већ постоји неколико хиљада интересних група на европском нивоу, што указује на то да значај интересних група и лобирања у ЕУ незадрживо расте.

Неке интересне групе се повезују чак са европским конфедерацијама (аутомобилска, хемијска, фармацеутска) и у Бриселу располажу бројном сталном администрацијом.<sup>55</sup> Стручњаци засад још нису јединствени у погледу употребе имена интересних група, зато

53 Schendele, Van M. P. C. M.: Machiavelli in Brussels, The art of lobbying the EU, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2002, стр. 91.

54 Тај процес траје у просеку до 15 месеци. Brinar, I.: *op. cit.*, 35, стр. 260.

55 Међу њима је и EUROCHAMBRE (Association des Chambres de Commerce et d'industrie Européenne или Удружење привредних комора за трговину и индустрију). Те организације имају своја седишта како у сталним, тако и у *ad hoc* комитетима ЕК и ЕП. Највећа конфедерација је UNICE (Union of Industrials and Employers Confederations of Europe), која окупља 32 националне конфедерације из 22 земље. Данас је призната као званични преговарач европских послодаваца наспрам европским институција. Снажну опозицију представља конфедерација ETCU (European Trade Union Confederation), која у ЕУ институцијама заступа интересе радника. У њеном саставу је 35 националних синдикалних организација из 21 западноевропске земље. Детаљно о томе: Brinar, I.: *Interesna združenja v novi organiziranosti Evropskihskupnosti/EU*, Slovensko politološko društvo, зборник реферата: *Interesna združenja in lobiranje*, *Politološki dnevi*, 1995, *op. cit.*, 34, стр. 247.

користе више израза: интересне групе, утицајне групе, лобији, пропагандне групе итд.<sup>56</sup>

У контексту ЕУ лобисти могу да буду – поред интересних група – и државе чланице. Интересе појединих друштвених група заступају владе држава чланица које прате свој политички рад или владе трећих земаља којима је потребан утицај у ЕУ. Лобирањем се могу бавити и појединци. Сви они међусобно деле арену за било које спорно питање (issue), јер желе да обезбеде да њихови погледи и интереси допринесу доношењу одлуке. Не смемо занемарити чињеницу да и институције покушавају да утичу једна на другу. Сви они који желе да постигну утицај на одлучивање могу формирати савез за подршку својим интересима у свим деловима спорног питања, могу да потраже начин како онемогућити напоре појединаца и група који исто тако промовишу супротне интересе. Умеће да се конструише успешна кампања лежи у максимирању повезаности погледа играча и минимизирању, те спречавању оних који се налазе на супротној страни. Не сме се занемарити чињеница да на супротној страни јаког лобија увек стоји лоби.<sup>57</sup>

Иако је лобирање у ЕУ усредсређено највише на европске институције, не треба занемарити чињеницу да је ЕУ такође значајан играч у глобалној арени, и да су њене институције и организације са међусобним утицајем такође субјекти глобалних сила. Промене у међународној средини за последњих десет година битно су утицале на збивања и политике ЕУ. Политике и одлуке Светске трговинске организације (WTO) данас представљају кључни погон политике ЕУ. Ради се о уочљивој промени која се десила за последњих десет година. Послови и лобирање у ЕУ постају све глобалнији.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Интересне групе организовано подржава и признаје Европска комисија, што значи да око 59% интересних група које су формиране на нивоу ЕУ прима новчану помоћ из европских фондова. Финансијску подршку пратило је издавање Кодекса праксе који одређује однос између интересних група и Комисије, с циљем да повећа транспарентност, успостави што више лобистичких група и смањи могућност корупције. Vodnik, T.: *op. cit.*, 7.

<sup>57</sup> Pedler R, *op. cit.*, 51, стр. 1–10.

<sup>58</sup> WTO је основана 1995. године у Маракешу и све њене чланице, укључујући ЕУ, обавезале су се да ће инсистирати на одлукама панела за решавање спорова основаних у оквиру WTO. Државе више не могу игнорисати непријатне одлуке, што им је дозвољавао Општи споразум о царинама и трговини, или General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) из 1947. године. Са Маракешким споразумом су се обавезале на то. Маракешки споразум о оснивању WTO, чија је потписница и ЕУ, такође је проширио значајне нове области WTO: пољопривреду, услуге и трговину у области интелектуалне својине. Све те нове области су се одразиле и на политике ЕУ, а посредно и у области лобирања. Више о томе: Kewley, S.: Japanese Lobbying in the EU u Pedler, R.(ed) European Union Lobbying, *op. cit.*, 51, стр. 177–201.

Лобирање у Бриселу је неформално, дискретно и базира се на успостављању веза, те склапању компромиса између интересних група и органа у ЕУ. Функција лобиста заснива се на томе да „обрађују“ онога који доноси одлуке на начин да му представе предности поједине одлуке. Зато је веома важно да за конкретно питање припреме тзв. најбољи предлог или аргумент и затим га представе европским чиновницима. Често се чак деси да лобисти заправо помажу европским чиновницима у прикупљању правих информација. То нарочито важи за парламентарце. Остале методе су још припрема прес конференција, семинара и конференција на које позивају утицајне националне и европске појединце који учествују у процесу доношења одлука. Ефикасни су такође и лични контакти који се успостављају приликом различитих друштвених сусрета, вечера или доручака, јер се са европским чиновницима тешко договара за пријем у њиховим канцеларијама због превеликог оптерећења послом. Још је теже доћи до чланова ЕП који су непрестано на путу између Стразбура, Брисела и Луксембурга. Најлакше је контакте успоставити на вијугавим стразбуршким ходницима, где се средом и четвртком њима креће највећи број чиновника Комисије и Савета.<sup>59</sup>

Карактер ЕУ захтева познавање актуелних збивања. Бројни субјекти, нарочито они из области привреде, немају могућности да прате промене у ЕУ и њеним институцијама. Зато је потребно бити присутан у Бриселу. Многима су на располагању подручна и национална интересна удружења, али она су често дислоцирана од конкретних проблема заинтересованих који се при посредовању и заступању својих интереса радије обраћају професионалним организацијама као што су адвокатске канцеларије и консултантске фирме. У оквиру тих организација често делују и лобисти. Али као и за сваку услугу, тешко је пронаћи право и ефикасног представника, посебно ако се ради о процесу одлучивања у којем заинтересовани жели да постигне оптималан резултат. И за избор саветника, правника или лобисте потребно је искуство, а нарочито знање и информисаност оних којима су те услуге потребне.

### Ефикасност лобирања у пракси и пример из праксе

Лобирање постиже резултате. О ефикасности лобирања у пракси говоре примери и последице.<sup>60</sup> Лош резултат, међутим, није са-

---

59 Brinar, I.: *op. cit.*, 34.

60 У сарадњи са Европским центром за јавне послове била је објављена већ поменута књига под уредништвом проф. Robina Pedlera: „EU lobbying“, са примерима из праксе. Школске примере лобирања у пракси уредник је поделио у шест група (од примера неиспуњавања директива, еколошких примера, примера

мо последица лошег лобирања, као што ни добар резултат није само последица ефикасног лобирања. Ефикасност лобирања зависи од многобројних фактора које треба имати у виду.

Занимљив пример ефикасног лобирања помоћу метода примене владе трећих земаља са утицајем на ЕУ, јесте пример словеначке индустрије челика, тачније: словеначког произвођача нерђајућег челика – фирме „Асронп“, која је данас једна од успешних фирми у саставу концерна словеначке индустрије челика, а која се све до 2005. године звала „Словенске железарне“. Након губитка југословенског тржишта 1991. године, „Словенске железарне“ су се тржишно пребациле у стабилну европску економску средину и у склопу санације и приватизације система све своје капацитете преусмериле на европско тржиште. Услед повећаног извоза нерђајућег челика, предузећа „Асронп“ из Јесеница су се 1998. године нашла под ситом европских комесара који штите конкурентност на европском тржишту. На захтев неких европских произвођача челика повезаних у Удружење европских произвођача челика – EUROFER (European Iron and Steel Federation), Комисија је у септембру 1998. године повела истрагу, како би утемељила сумњу о дампингу и штети коју је, наводно, према оптужбама претрпела индустрија ЕУ. Није било никакве сумње да би последице негативног исхода антидампиншког поступка битно угрозиле „Асронп“ који се након девет година реструктурирања, лошег пословања и 54% извоза своје производње на тржиште ЕУ, налазио у незавидној ситуацији. Зато је циљ одбране био усмерен на антидампиншки поступак: добра организација унутрашњег тима који разуме правила ЕЗ о дампингу и који је способан да прикупи и презентира захтеване податке, на одговарајућу правну помоћ домаћих стручњака и специјализоване правне струке у Бриселу, као и на адекватну подршку оних који могу да утичу на одлучивање у Европској унији, а нарочито надлежних државних, владиних и дипломатских органа.

У том случају радило се о типично трослојној природи европских антидампиншких поступака: економској, правној и политичкој.<sup>61</sup> У политичкој игри лобирања, за постизање утицаја главна је

---

лобирања држава кандидаткиња, глобалних и регионалних примера, примера лобирања у области јединственог тржишта и у области социјалне и корпоративне одговорности). Они отварају низ питања, а искуства учесника имају применљиву вредност. Примери су различити како по циљевима, областима и начину лобирања, тако и по успеху. Из свега се може закључити да се арена за последњих десет година битно променила, док је лобирање као последица јачања улоге институција након Мастрихта добило на јачини. Види: Pedler, R. (ed): *op. cit.*, 51, стр. 1–324.

61 Види: Drapal, A., Verčič, D., Peterlin, I., Ilešič, T.: An Antidumping Case - Slovenia and the EU, European Union Lobbying u Pedler, R. (ed): European Union Lobbying, *op. cit.*, 51, стр. 150.

била Комисија којој је било потребно објаснити следеће аргументе: да је поступак био неправилно покренут пошто жалба није била поднета од стране репрезентативног дела произвођача у ЕЗ и у себи није садржала довољно доказа о постојању дампинга и штете, да при увођењу поступка Комисија није узела у обзир обавезе које су произлазиле из Привременог споразума, да су штету коју је претрпела индустрија ЕЗ проузроковали други фактори, нарочито картелско договарање између произвођача ЕЗ, а које је 1998. године утврдила и казнила већ сама Комисија и да није у интересу Европске заједнице да настави поступак, пошто би то заочило процес придруживања Словеније и преструктурирање индустрије челика у Словенији.

Иако се радило о случају који је спадао у оквир ЕЗУЧ, где коначну одлуку такође доноси Комисија (а не Савет министара као што то генерално важи за ЕЗ), и овде је Комисија морала пре одлуке да се консултује са „Консултативним комитетом” у којем су заступљени представници свих држава чланица. Тако је било потребно упозорити на аргументе и друге органе који су утицали на одлучивање, нарочито владе других држава чланица које би могле подржати словеначки став. Након велике истраге<sup>62</sup> и успешне одбране, Комисија Европске заједнице је марта 1999. године, након повлачења жалбе, поступак обуставила. Тада је предузеће „Словенске железарне“ одахнуло од санкција које би га могле задесити, нарочито увођењем коначне антидампиншке царине.<sup>63</sup>

## ЗАКЉУЧАК

У савременом демократском друштву свако политичко деловање је легитимна функција појединца или групе које укључује различите интересне групе цивилног друштва и пословног света. Лобира-

---

62 За месец дана требало је у опширним упитницима разоткрити све податке о ценама, трошковима, обиму и начину продаје, да би се на тој основи могли направити обрачуни и обавити саслушања, а веродостојност су проверавали европски инспектори. Заговорници су заједно са одговором на упитник морали дати и своје примедбе на друге делове оптужбе о дампингу, посебно о томе да ли дампинг заиста чини штету индустрији Европске заједнице (Injury Submission). Види: Peterlin, I.: Izzivi prava EU v gospodarstvu in jeklarski industriji, delo in stroka po vstopu v Evropsko unijo, Dani slovenačких правника u Portorožu, Podjetje in delo, br. 6–7/XXIX, GV založba, Ljubljana, 2003, стр. 1275–1283.

63 Степен јачине дампинга јесте разлика између нормалне вредности и извозне цене, а изражен је у процентима од извозне цене. (Ако је нпр. извозна цена за 20 % нижа од домаће цене, антидампиншка царина сме да износи највише 20 %, а по правилу она је мања: толико колико је потребно да се уклони штетни учинак дампинга.) *Ibidem*, стр. 1275–1283.



ње је данас неизбежан процес у развијеним демократијама. Узајамна зависност националних економија и повећана улога државе у области привреде, као и за живот значајне спољнотрговинске размене, поставиле су током дугогодишњег развоја економске односе у исти ред са политичким односима. Лобирање постаје једно од средстава помоћу којих се државе и други субјекти, с циљем да се постигне утицај на процесе одлучивања, активно уплићу у међународне односе, нарочито у области привреде. Није коинциденција да је управо Европска унија, као првобитна интересна и економска заједница, постала поприште испреплетених мрежа лобиста који су створили сложен систем лобирања и који се претворио у демократску структуру за посредовање и остваривање одређених интереса.

Све док је структура ЕУ била једноставна, активности интересних група лобија биле су од секундарног значаја. Проширењем чланства и јачањем надлежности европских институција ситуација се битно променила. Данас за утицај нису довољне само политичка снага и аргумент. Природа ЕУ захтева од сукреатора правног поретка и односа у ЕУ већу активност. Главна жеља оних који желе да остваре утицај на одлучивање у ЕУ је законодавни поступак, јер се од њега очекује обавезујући учинак за оне на које се односи, а посебно да ће заменити национално право, али су све више важни и други процеси и центри одлучивања који имају извршну функцију, посебно оне институције које врше снажан утицај на међународну економију.

Успех појединог случаја зависи од врсте фактора, а лобирање првенствено зависи од стратегије оних којима је потребно. Словеначки произвођач нерђајућих челика избегао је антидампиншке мере, применио карактеристичан метод лобирања владе трећих земаља са утицајем на ЕУ и постигао жељени циљ. Пример јасно сведочи о томе да добро усмерена повезивања могу да буду ефикасан чинилац и кључ за постизање утицаја, али без чврстих аргумената, стручног знања, те доброг познавања европског правног поретка и институција ЕУ, чак и добро распоређене мреже познанстава неће помоћи. Без стратегије и мултидисциплинарног тима, као и среће, нема успеха.<sup>64</sup> На жалост, могућност таквог исхода је мала. Што је више конкурената у арени, више се циљ утицаја усмерава у намеру да се спречи нежељено него да се постигне победа. Активно учешће често значи бити део компромиса, али коректно понашање омогућава очување уважавања ставова и позиције оних који желе да постигну утицај.<sup>65</sup>

---

64 Види: *op. cit.*, 61, стр. 150.

65 Schendele, Van M. P. C. M.: *Machiavelli in Brussels, The art of lobbying the EU*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2002, стр. 92.

Irena Peterlin

## IMPORTANCE OF LOBBYING THE EUROPEAN UNION

### *Summary*

Lobbying is nowadays an unavoidable process in developed democracies. Traditionally lobbying used to be linked with influencing the adoption of political decisions in the process of government; nowadays it is increasingly gaining more of a commercial element. There are different approaches and methods of lobbying with no standard pattern. Above all, lobbying depends on the strategy of those who need it. The explosion of lobbying and growing number of lobbyists and interest groups reveals that lobbying has become a part of the contemporary European milieu. The main institutions for lobbying in the EU are the Commission, European Parliament and the Council. Lobbyists have to identify their advantages and weaknesses. They must also become familiar with their structure, functions and jurisdictions. The European Parliament is strong and efficient in decision-making. The target of lobbyists are primarily consulting chambers and the directly elected delegates of various countries. The Presidency of the Council is the most important and most recognisable player at the Council level but the Commission is a priority for effective lobbyists. In many countries lobbying still has a negative connotation, especially because of modest legislative standards, but primarily due to the fact that the boundaries of the permissible and the prohibited are delicate. That is why this void must be filled both at the European level and the national one. The current legislative regulations demonstrate that it is first necessary to set the limits of what is permissible and increase the transparency of lobbyists.

Keywords: *Lobbying. – Lobbyist. – Lobby. – Pressure Groups. – The Groups of Interest. – European Union.*

Сима Аврамовић

## УСТАВНОСТ ВЕРСКЕ НАСТАВЕ У ДРЖАВНИМ ШКОЛАМА – *RES IUDICATA*

У реплици поводом дискусије која се водила на страницама овог часописа око уставности верске наставе у државним школама,<sup>1</sup> проф. Марија Драшкић поново је покушала да акценат расправе скрене са правног на вредносни (чак би се могло рећи идеолошки) терен. С обзиром на то да сматрам да у оваквој врсти часописа правна аргументација мора да има превагу, тако сам и конципирао своје прво реаговање на њен текст. То ћу поштовати и сада, уз неколико наметнутих опаски на неправном терену, у мери у којој је неопходно учинити их, како се не би стекао утисак да су неки њени ставови остали неоспорени.

Већ сам наслов реплике не прати законску и званичну терминологију – верска настава (у енгл. *religious instruction* или *religious education*).<sup>2</sup> Проф. Драшкић користи колоквијални термин „веронаука“, што свесно или подсвесно имлицира карактер и садржину овог предмета, без улажења у његову анализу.

Много огољенији од тога јесте начин на који је реплика постављена – не првенствено као обрачун са правном аргументацијом

---

1 М. Драшкић, „Право детета на слободу вероисповести“, *Анали Правног факултета у Београду* 1-4/2001, 511-523; С. Аврамовић, „Право на верску наставу у нашем и упоредном европском праву“, *Анали ПФБ* 1/2005, 46-64; М. Драшкић, „О веронауци у државним школама, други пут“, *Анали ПФБ* 1/2006, 135-151. Моја реакција на први текст проф. Драшкић објављена је са великим закашњењем због промене уредништва часописа, мада је рукопис био предат за штампу још почетком 2003. године.

2 Чл. 9-12 и члан 14. Закона о изменама и допунама Закона о основној школи (*Сл. гласник Републике Србије* бр. 22/2002 од 26. априла 2002. године), као и чл. 3-6 и чл. 10-11 Закона о изменама и допунама Закона о средњој школи (*Сл. гласник Републике Србије* бр. 23/2002 од 9. маја 2002. године), консеквентно употребљавају термин верска настава.

коју сам износио, него као покушај обрачуна са Српском православном црквом (као да се верска настава организује само за припаднике те конфесије) и вредносним аспектима верске наставе.

У настојању да се докаже наводна погубност увођења верске наставе, на самом почетку реплике цитирају се екстремни ставови појединаца – аутора појединих текстова у часопису *Православље*<sup>3</sup> (о абортусу, о западној култури, о Новом Београду, о веронауци), са мањим бројем текстова за које би се могло рећи да одражавају став званичника Српске православне цркве. При том је, рецимо, цитат из Божићне посланице патријарха Павла за 2002. годину толико истргнут из контекста, да је то видљиво већ на први поглед.<sup>4</sup>

Наравно, званични став Српске православне цркве о абортусу или васпитању и верској настави у многome је близак ставовима других хришћанских цркава, првенствено Католичке. Неслагање са тим ставовима је питање личног избора, али то никако не значи да су они нелегитимни, иако начин на који су приказани треба да сугерише анахроност и затуцаност Српске православне цркве у целини,<sup>5</sup> па тиме и верске наставе уопште. Проф. Драшкић у овој расправи кључним сматра питање какву ће садржину имати подучавање одређеној религији (стр. 144), док ја сматрам да у правном часопису треба примарно расправљати правна питања, а меродавним стручњацима других профила препустити изјашњавање о педагошким, психолошким, етичким, социјалним, филозофским, и другим аспектима.

При свему томе, у расправи о садржини верске наставе аутор не сматра потребним да анализира макар један од објављених уџбеника него свој суд формира према изјавама у штампи, кроз паушалну и површну оцену идеологије Српске православне

---

3 Треба ли уопште подсећати да ставови изнети у било ком часопису по правилу не представљају и ставове редакције или, још мање, институције која је оснивач часописа? Да ли би то значило да редакција часописа *Анали Правног факултета у Београду*, па и сам Правни факултет, деле сва мишљења која се у факултетском часопису појаве?

4 „(Родитељи и атеисти) ..., ‘гурнули су сопствени народ на путеве лажне среће и лажне слободе’ ... ‘упропастили су својој деци живот’...“, М. Драшкић (2006), 138. Цитат се наводи према коментару у листу *Данас* (као и цитат патријарховог става о реформама у друштву из Васкршње посланице за 2003. годину), као да је било тешко доћи до изворних текстова посланица (доступних, уосталом, и на Интернету).

5 То је на једном месту изричито речено: „Вредности које промовише Српска православна црква, напротив, готово без изузетка одишу антизападњаштвом, ксенофобијом, високом неголеранцијом, па чак и агресивношћу“, М. Драшкић (2006), 144. О једностраности и идеолошкој обојености овако изреченог става скоро да није неопходно расправљати, а и ако би се то хтело чинити, стручни правни часопис свакако није место ни за такве тврдње, ни за њихово оповргавање.

цркве. А запоставља једну важну чињеницу: да верску наставу, према законским прописима, организује и контролише надлежни државни орган – Министарство просвете и спорта, као и да „*уџбенике и друга наставна средства за верску наставу одобрава министар просвете на усаглашени предлог традиционалних верских заједница, у складу са законом*“.<sup>6</sup> Карактер и садржај овог предмета, дакле, *ex lege* заједнички установљавају држава, цркве и верске заједнице, а не Српска православна црква. Није на одмет указати на околност да су у телу које је предвиђено законским прописима заступљени представници свих седам традиционалних цркава и верских заједница набројаних поменутиим законима,<sup>7</sup> као и да при одлучивању о садржају уџбеника за сваку конфесију и за сваки разред мора постојати потпуни консензус. Ниједан уџбеник за верску наставу било које конфесије не може ући у употребу без сагласности представника преосталих шест, што представља јединствен пример у упоредном законодавству.

На тај начин, баш на питању верске наставе, у српском законодавству долази до изражаја савремени модел односа државе, цркава и верских заједница – модел тзв. кооперативне одвојености. Говорећи у својој реплици о одвојености државе и цркве, проф. Драшкић препознаје, међутим, само два традиционална модела, „две велике групе“: оне у којима постоји мање или више тесна повезаност између државе и религије и, са друге стране, систем одвојености државе и цркве (убрајајући ту Француску, САД и Словенију). При том потпуно погрешно у прву групу, где су „држава и црква мање или више повезане“, сврстава „модел субординације“ и „модел координације“ (како га она назива).<sup>8</sup> Ово би се могло сматрати теоријским обогаћивањем еклезијастичког права, да том приликом проф. Драшкић није сасвим игнорисала богату светску литературу о савременом моделу кооперације државе и цркве (на који сам, уосталом, детаљно указао у свом претходном чланку). Из ње би јасно сагледала ноторну

<sup>6</sup> Члан 4. Закона о изменама и допунама Закона о средњој школи. Слично томе, члан 9. Закона о изменама и допунама Закона о основној школи предвиђа да „*наставни план и програм верске наставе споразумно доносе министар просвете и министар вера, на усаглашени предлог традиционалних цркава и верских заједница*“ (став 1), као и да „*Влада Републике Србије образује комисију за усаглашавање предлога програма верске наставе традиционалних цркава и верских заједница, предлога уџбеника и других наставних средстава, за давање мишљења министру просвете у поступку избора просветних саветника за верску наставу и за праћење организовања и извођења верске наставе*“ (став 2).

<sup>7</sup> Српска православна црква, Исламска заједница, Католичка црква, Словачка евангелистичка црква а.в., Јеврејска заједница, Реформатска хришћанска црква и Евангеличка хришћанска црква а.в.

<sup>8</sup> М. Драшкић (2006), 139.

чињеницу – модел кооперације карактерише баш правне системе које се у својим уставима опредељују за начело одвојености државе и цркве, а не оне које се опредељују за државну цркву.<sup>9</sup>

Дакле, баш тамо где је уставно дефинисана неутралност државе у односу на цркве и верске заједнице (што је случај и са нашим Уставом), афирмише се модел „кооперативне одвојености“, који неки аутори због његове све шире заступљености (Белгија, Немачка, Аустрија, Шпанија, Италија, Португал, итд.) сматрају трећим, теоријски посебним системом односа државе и цркве, поред класична два – модела одвојености и модела државне цркве.<sup>10</sup>

Наводим још једну материјалну нетачност. Тврди се да у секуларним државама, где су држава и црква међусобно потпуно независне (Француска, САД, Словенија), „не постоји могућност увођења веронауке или конфесионалне наставе одређене религије“.<sup>11</sup> У Француској, међутим, поред специфичног вида духовне помоћи која се омогућава ученицима у свим средњим државним школама од стране свештеника (*aumôniers, chaplains*), који на захтев родитеља чак могу у школи имати стално радно место, у области Алзаса и Лорене у државним школама се изводи класична конфесионална верска настава.<sup>12</sup> То несумњиво говори да се чак ни у тој *par excellence* лаичкој држави не сматра да је организовање верске наставе у државним школама неуставно, без обзира на то што се она одвија само на једном делу њене територије. Извођење верске наставе је или уставно, или није – независно од тога колико је широко заступљено.

Сматрам да са ставовима које проф. Драшкић понавља – да верска настава у државним школама угрожава право на неизјашњавање о верском уверењу, забрану наметања верског уверења, право родитеља да школује дете у складу са својим религиозним и филозофским уверењима, као и право детета на слободу мишљења,

---

9 G. Robbers, *State and Church in the European Union*, Baden-Baden 1996, 324.

10 Супротно уобичајеном схватању, односи између државе и цркве често су ближи у протестантским (и, наравно, православним), него у претежно католичким земљама. О томе в. Детаљније: J. Robert, „Religious Liberty and French Secularism“, *Brigham Young University Law Review*, Provo 2/2003, 638. Они који суде о системима односа државе и цркве могли би доста научити и из текста који је лако доступан на Интернету, в. G. Robbers, *Constitution and Religion*, <http://www.univ-tlse1.fr/publications/Constit/Robbers.html>

11 М. Драшкић (2006), 141.

12 В. Basdevant-Gaudmet, „State and Church in France“, *State and Church in the European Union* (ed. G. Robbers), Baden – Baden 1996, 132. Верска настава је конфесионална и одвија се у великој мери слично немачком моделу, в. Аврамовић, С., цит. дело, 60.

савести и вероисповести – нема потребе даље полемисати. Јер правне и теоријске аргументе које сам изнео у претходном чланку она по правилу не побија на правном и теоријском плану. Као аргументе наводи појединачне примере из живота, где је извор података лично искуство њеног рођака (стр. 142. фн. 24); истраживања агенције „Фактор плус“, пренета у листу *Политика*, користи као аргумент за тврдњу да су лица која су се у попису изјаснила као верници, то учинила „због традиције, а не зато што верују“ (стр. 147); промене у броју ученика који су оптирала за верску наставу у време важења Уредбе и после доношења Закона узима као крунски доказ „натурања религије или веровања“<sup>13</sup> (стр. 147); она признаје да Европски суд за људска права није заузео став према коме би верска настава у државним школама угрожавала право на неизјашњавање о верском уверењу, али самоуверено најављује неко његово будуће оглашавање по том питању у правцу који она очекује. Уосталом, препуштам читаоцима да сами одмере моје и њене аргументе.

Колико је дубоко неразумевање савремених кретања у односима државе и цркве, најбоље илуструје реакција на моју опаску да се може изводити извесна аналогија између национализације и укидања верске наставе коју је спровео комунизам. Ја и даље сматрам да као што је легитимна денационализација, легитимно је и враћање насилно одузетог права на верску наставу. Уосталом, тако је процењено и у скоро свим земљама бившег социјалистичког блока, осим у Словенији и Албанији. Драшкићева, насупрот, сматра да „ако постоји нешто по чему је комунистички режим био близак модерним демократским институцијама либералне државе, онда је то свакако доследно истрајавање на вредносно неутралном односу према различитим верским опредељењима својих грађана“ (стр. 146). Однос комунистичких режима према верским питањима и цркви тешко да се може квалификовати као „неутралан“. Неутралност савремене државе у односу на религију, секуларизам и одвојеност државе и цркве у савременој европској пракси и еклезијастичком праву имају сасвим специфично, битно другачије значење него комунистичка „неутралност“. О томе ваљда не би требало да има спора.

А што се тиче пребацивања да треба пажљивије да читам законе и међународне документе, као и да их не „дописујем“, морам да нагласим да питање обавезе државе према родитељима – пореским

13 Поменуто Уредбу о организовању и остваривању верске наставе и наставе алтернативног предмета у основној и средњој школи, *Сл. гласник Републике Србије* бр. 46/2001 од 27. јула 2001. године, која је предвиђала да родитељи, односно ученици имају могућност да не изаберу ни верску наставу ни грађанско васпитање, при том такође сматра неуставном, мада је Уставни суд Србије потврдио њену уставност и законитост.

обвезницима у погледу организовања верске наставе у државним школама није плод мог погрешног читања него тумачење једаног од најистакнутијих немачких професора јавног и еклезијастичког права, Герхарда Роберса, које сам прихватио, као што сам то и назначио у пратећој фусноти. Исто тако, импутира ми се да желим да промовишем страсну расправу о сектама,<sup>14</sup> наводно неоснованом тврдњом да је организовање верске наставе један од важних механизма које европске државе и институције виде као решење у борби са негативним деловањем секти, односно као једно од алтернативних превентивних средстава уместо примене репресивних мера. Не само *Nastase Report*, на који сам се при том позвао без „дописивања“, него и бројне дискусије европских парламентарца,<sup>15</sup> резолуције и препоруке Парламентарне скупштине Савета Европе, истичу потребу да се у државним школама изучавају религијски садржаји, као важан елемент за формирање толерантног демократског друштва.<sup>16</sup>

14 О тој теми писао сам одавно у овом часопису, залажући се не за страсни, него за савремен и одмерен приступ који не дискриминише мале верске заједнице, али при чему се и друштво штити од могућих злоупотреба и то алтернативним мерама, а не законском репресијом, в. *Верска слобода и њена злоупотреба – историјски и актуелни правни аспекти, Анали Правног факултета у Београду* 1998/4-6, 346-364.

15 Поред исцрпне дискусије која је вођена поводом *Nastase Report* и низа других интервенција које су истицале неопходност и значај верског образовања, наведимо и једно од најновијих и најмеродавнијих мишљења на ту тему, које је недавно изнео René van der Linden, председник Парламентарне скупштине Савета Европе од 28. априла 2005. године: „*Given the many possible prejudices and stereotypes regarding religions, it is important to have structured, rational instruction in schools. That would help combat fanaticism, fundamentalism and xenophobia more effectively*“, в. [http://assembly.coe.int/ASP/Search/PACEWebItemSearch\\_E.asp?search=religious+education](http://assembly.coe.int/ASP/Search/PACEWebItemSearch_E.asp?search=religious+education). Ако је верска настава постављена на начин како то предвиђа српско законодавство, уз пуно учешће државе, свих традиционалних цркава и верских заједница у креирању наставног плана, програма и уџбеника, онда је јасно да управо то може представљати мост међу различитим религијама на овом простору, а никако њихову конфронтацију.

16 Наводимо само најновији пример Препоруке бр. 1720 од 4. октобра 2005. године, у којој се, између осталог, у тач. 11 каже: „*The Council of Europe assigns a key role to education in the construction of a democratic society, but study of religions in schools has not yet received special attention*“. Она, додуше, првенствено има у виду когнитивно изучавање религијских садржаја, али по ко зна који пут потенцира значај школског образовања за правилно разумевање религије, о чему се детаљно расправљало још приликом доношења Препоруке бр. 1178 из 1992. године о сектама и новим верским покретима. Можда ће деловати неугодно за *human rights* „екстремисте“ који, по правилу, Француску наводе као једну од држава са најбољим односом према верским слободама. Али баш је она међу првима прибегла радикалнијим решењима, уместо превентивног приступа кроз верско образовање: још 1996. године оформљено је међуминистарско тело које је имало задатак да анализира, прати и проналази адекватне методе реаговања – чак „борбе“ државе у односу



Завршавајући са своје стране ову полемику, морам поменути само још један моменат који није неважан. У редовној процедури, укључујући и јавну расправу у којој смо између осталих учествовали проф. Драшкић и ја, Уставни суд Републике Србије оцењивао је уставност и законитост аката којима је уведена верска настава. При том су многи учесници наметали питање опортуности њеног увођења и њеног садржаја, што би се у најбољем случају могло квалификовати као правно-политичко и педагошко питање, које наравно не може бити предмет расправе о уставности и законитости. На седници од 4. новембра 2003. године, Уставни суд Републике Србије је одлучио да не прихвати иницијативу и одбије предлоге за утврђивање неуставности и незаконитости поменутих правних прописа.<sup>17</sup> После објављивања ове одлуке у *Службеном гласнику РС*, питање да ли је верска настава у складу са Уставом или није, колико год се то некоме свиђало или не, барем на формалноправном плану сада је *res iudicata*.

---

на незаконито деловање секти (*Mission interministérielle de lutte contre les sectes – „MILS“*). Штавише, 30. маја 2001. године прва је донела Закон (популарно назван према предлагачима *About-Picard law*), који инкриминише криминално и незаконито деловање секти, одн. злоупотребе које се третирају као „*the fraudulent abuse of the state of ignorance or weakness*“ нарочито рањивих особа, првенствено деце и омладине. В. ближе реакцију француске владе на приговоре овом Закону, <http://www.ambafrance-uk.org/asp/service.asp?SERVID=100&LNG=en&PAGID=240>.

Куриозитета ради, поменимо да је и на једном од најпрестижнијих америчких универзитета – Харварду у току ревизија курикулума, у којој се између осталог предвиђа и увођење верског образовања, наравно као когнитивног предмета.

17 *Службени гласник РС* бр. 119/2003 од 4. децембра 2003. године.

Владимир Ђерић

## ОДГОВОР НА ТЕКСТ КОСТЕ ЧАВОШКОГ „ЕЛЕМЕНТАРНО НЕЗНАЊЕ И НЕЧАСНО ПРИКРИВАЊЕ“ У ПРОШЛОМ БРОЈУ *АНАЛА*

Одговор професора Чавошког на моју реакцију поводом његовог текста о споровима наше земље пред Међународним судом правде<sup>1</sup> садржи само две тврдње.

Прва је да нисам у стању ни исправно да прочитам и протумачим одлуку овог Суда, јер сам написао да је одлука у НАТО споровима донета минималном већином од 8 према 7, док је „одлука донета *једногласно*, то јест, већином од 15 према 0“, а судије су се „поделиле само у погледу разлога којима поткрепљују ту једногласну пресуду.“ Наравно, опште је познато да су пресуде о одбијању надлежности у НАТО споровима донете једногласно. Међутим, расправа између професора Чавошког и мене тиче се једног другог питања: да ли ће и како ће образложење које је Суд дао у овим пресудама – а које је усвојено минималном већином од 8 према 7 (што је такође општепознато) – имати утицаја на спор по тужби Босне и Херцеговине против наше земље. На жалост, он уопште не одговара на аргументе којима оспоравам његов став поводом тог питања.

Друга тврдња професора Чавошког односи се на питање повлачења противтужбе у спору са Босном и Херцеговином. Наиме, на мој аргумент да се противтужба морала повући да би се отклонило дејство института *forum prorogatum*, он тврди да „нечасно“, рачунајући на необавештеност читалаца, прикривам чињеницу да је

---

1 Види Коста Чавошки, „Елементарно незнање и нечасно прикривање“, *Анали*, год. LIV, бр. 1, 2006, стр. 152–154; Владимир Ђерић, „Поводом текста Косте Чавошког у прошлом броју *Анала*“, *Анали*, год. LIII, бр. 2, 2005, стр. 237–256; Коста Чавошки, „Случај ‘Србија и Црна Гора против Белгије’ пред Међународним судом правде“, *Анали*, год. LIII, бр. 1, 2005, стр. 152–170.

наша земља имала и осам тужби против НАТО земаља, да се „тужбама много више прећутно признаје надлежност МСП-а него што се то чини противтужбом“, и „... да би се избегао приговор да је надлежност прећутно прихваћена, било би логичније да се најпре повуку све тужбе које је СРЈ поднела МСП-у, па да се тек онда евентуално размишља и о повлачењу противтужбе против Босне и Херцеговине“.

Међутим, професор Чавошки заборавља да радња странке којом се прећутно признаје надлежност, може имати дејство само у спору у коме је учињена. Дакле, тужбе у НАТО споровима нису могле довести до прећутног признања надлежности у спору са Босном и Херцеговином (за разлику од наше противтужбе у овом спору).

Што се тиче његове тврдње о мом прикривању тужби наше земље против НАТО земаља, она је у потпуности нетачна. Прво, ова полемика управо се и води поводом његовог текста из чијег је самог наслова јасно да постоји макар једна таква тужба („Случај ‘Србија и Црна Гора против Белгије’ пред Међународним судом правде“); друго, већ у *другој* реченици мог одговора на тај текст изричито наводим: „у позицији тужиоца нашли смо се у споровима против осам држава НАТО“. Све то, међутим, уопште не смета професору Чавошком да напише:

„После овог Ђерићевог нечасног прикривања релевантне чињенице (постојања осам тужби поднетих МСП-у), са још већим правом може се рећи да је повлачење противтужбе било искључиво у интересу тужиоца, то јест Босне и Херцеговине, те да више нико неће питати из којих је то правних разлога учињено, *него само колико је примљено да би се то учинило*“ (курзив додат).

Дакле, професор Чавошки на основу потпуно неистинитих тврдњи износи тешке моралне дисквалификације, инсинуирајући да су за повлачење противтужбе примљене паре. На тај начин, из његовог текста се губи и последњи трачак правне анализе или чињеничне заснованости.

Осим наведеног, одговор професора Чавошког не садржи више ништа. Он пропушта да се иједном речју осврне на критике које су му упућене. Између осталог, што се тиче питања континуитета СРЈ – СФРЈ, он не одговара на следеће:

– зашто није анализирао резолуције 757 и 777 Савета безбедности;

– зашто пропушта да помене да СРЈ није могла да учествује у раду не само Генералне скупштине него свих органа УН (осим

Међународног суда правде), а да је на седнице Савета безбедности представник СРЈ позиван у личном својству;

– зашто пропушта да анализира мишљење Правног саветника УН из 1992. године;

– зашто једнострано наводи и тумачи одлуку о надлежности Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију у предмету Тужилац против Милана Милутиновића;

– зашто, уопштено гледајући, селективно наводи праксу УН у вези са чланством СРЈ, а оно што наводи уопште не анализира него закључке изводи без икаквих аргумената?

Такође, у вези са споровима наше земље пред Међународним судом правде, између осталог, професор Чавошки не одговара на питања:

– зашто пропушта да пажљивије анализира пресуду Међународног суда правде по захтеву СРЈ за ревизију, посебно зашто не води рачуна о контексту у коме је пресуда донета, и о терминологији коју Суд у њој употребљава;

– како тумачи чињеницу да мишљења и већине и мањине судија у пресудама у НАТО споровима говоре о томе да ће ове пресуде имати утицаја на спор по тужби Босне и Херцеговине против СЦГ, за разлику од оног што он тврди;

– зашто је у својим калкулацијама о томе како би могла да изгледа већина у спору по тужби Босне и Херцеговине против СЦГ пропустио да узме у обзир да ће се састав Суда у међувремену променити;

– зашто, кад говори о повлачењу противтужбе, пропушта да било којом чињеницом поткрепи своје тврдње којима тешко оптужује оне који су у повлачењу учествовали?

На жалост, мора се закључити да професор Чавошки једноставно не одговара на примедбе које су му упућене поводом текста о споровима наше земље пред Међународним судом правде. Тешко је замислити да је разлог за то недостатак борбености или мотива.

Сима Ћирковић

РЕЧ НА ПРОМОЦИЈИ КЊИГЕ  
*БИБЛИОГРАФИЈА О ЗАКОНУ ЦАРА СТЕФАНА ДУШАНА  
ГОРДАНЕ РАДОЈЧИЋ-КОСТИЋ*

Настављајући рад свога деде, академика Николе Радојчића који је од историчара у 20. веку највише унапредио студије о Душановом законнику, Гордана Радојчић-Костић приредила је драгоцену оруђе за рад, које ће несумњиво допринети унапређивању тих студија у овом веку. Књигом коју овде приказујемо добили смо инвентар свега што је написано и објављено о Душановом законодавству, широко схваћеном, од првих наговештаја законодавне делатности до једног тренутка у овој години, кад се у бази података морала повући линија која раздваја оно што улази у књигу од оног што ће се даље прикупљати, бројчано расти и послужити у будућности као неки *supplementum* или нова књига, ако се студије буду развијале брже него последњих деценија.

Захваљујући томе што је Гордана Радојчић-Костић, кад год је било могуће, узимала у руке публикације које је пописивала и бавила се њиховим садржајем, ова библиографија пружа нешто више од библиографија које најчешће користимо у раду, она малом напоменом указује на то којим се делом обимног и комплексног Законика и законодавства бави поједини библиографијом обухваћени текст. Предмети обраде, већином чланови Законика, налазе се и у једном од регистара који прате ово издање и олакшавају његову употребу. Захваљујући регистрима, лако се може проверити шта су поједини аутори написали и објавили о тематици Законика. У овој библиографији читалац ће наћи међу осталим и незапажене прилоге о Законнику, објављене у мало познатим и тешко приступачним публикацијама, моћи ће да узму у обзир све раније тезе о појединим питањима, и оне који иначе нису привлачили већу пажњу у литератури.

Библиографија представља и неку врсту огледала у коме се рефлектује развој интересовања за Законик и његово проучавање. Ако

узмето 1801. као почетну – 1795. је први пут штампан један рукопис Законика – а 2000. као завршну, ради лакшег рачунања, имамо заокружено 1.000 јединица. Било је потребно да протекне 134 године да би се 1935. дошло до половине тога броја, и то усамљеничким радом појединца, у времену без истраживачких установа и са малим бројем универзитета. За других 500 наслова била је потребна половина од тога времена: 65 година. Ако се посматра број публикација по половинама столећа, запажа се како се почетни полет успорио. Од 1801. до 1850. појавио се 31 наслов; од 1851. до 1900. забележена су већ 203 наслова. Од 1901. до 1950. имамо 339 наслова, али то је доба кад је основан Универзитет, кад имамо Академију наука, када излази неупоредиво већи број периодичних публикација. Најзад, полувековни период од 1951. до 2000. нема ни толико, већ само 309 наслова, иако су у међувремену основане истраживачке установе и отворен знатан број радних места за људе посвећене истраживањима. Имајући то у виду, постаје јасно да се интерес за Законик и интензитет истраживања смањило у другој половини 20. века.

На основу библиографије може се закључити да су истраживања напредовала углавном напорима и заслугама појединаца. Четири научника: Стојан Новаковић и Никола Радојчић, на страни историчара, и Теодор Тарановски и Александар Соловјев, на страни правника, историчара права, са 156 јединица сâми испуњавају половину доприноса за 50 година. Занимљиво је да су стари писци, они који су полагали темеље упознавању Законика, као Зигел, Јиречек, Крстић, Мађејовски, Миклошић, Флорински, Шафарик оставили сразмерно мали број публикација (6 до 11, најчешће 9), али су међу њима такве на које се ослањао целокупан каснији рад. Код каснијих научника, оних који и данас делују, ситуација је обрнута, број публикација је далеко већи, али њихова релевантност осетно мања. Мора се узети у обзир да они раде умногоме у лакшим условима, али стоје пред великим наслеђем које је тешко превазићи.

Листање ове Библиографије открива још једну спомена вредну чињеницу: у првом периоду нарочито, али и у средњем, велики је удео страних научника и публикација на страним језицима, временом он опада, тако да је у наше време сасвим мален. На једној страни то је знак осамостаљења и сазрелости наше научне средине; имамо своје научнике, установе и публикације, али на другој страни то је знак опадања интереса за Законик у светској науци. Знатним делом то је последица закржљавања и замирања оне оријентације коју је некад заступала компаративна историја словенских права. У новије време, Законик се посматра више у контексту утицаја византијског права на права словенских и других народа у византијској културној сфери. У тој перспективи локални друштвеноекономски и

културни контекст добио је далеко већи значај од наслеђа давне словенске заједнице.

Колико год ова библиографија привлачила оним што открива о развоју проучавања Душановог законика у току два века, њена главна мисија је у будућности, у помоћи коју ће указивати сада активним и будућим истраживачима Законика. Она омогућава оријентацију у веома обимној и разноврсној литератури, открива подједнако предмете који су обрађивани и беле неистражене површине којих има у свим научним областима.

Данило Н. Баста

## СВЕЧАНО ОБЕЛЕЖЕНА ГОДИШЊИЦА КЕЛЗЕНОВОГ РОЂЕЊА

### 1.

Ханс Келзен, можда и највећи правник двадесетог века (тешко би било пресудити ко је већи: он или Густав Радбрух, ако је таква „пресуда“ уопште потребна), рођен је 11. октобра 1881. године у Прагу. Тог истог дана, али сто двадесет пет година касније, та значајна годишњица свечано је обележена у Бечу, граду његовог детињства, дечаштва, младости, школовања и наставничке делатности све до 1930. Свечаност на највишем нивоу одржана је у препуној пленарној сали аустријског Парламента, а присуствовали су јој, поред високих званичника Републике Аустрије, бројни истраживачи Келзеновог замашног дела и професори теорије и филозофије права из многих земаља. Била је присутна и Келзенова унука Ан Федер Ли, која је за ову прилику допутовала из САД-а (Келзен је после Другог светског рата био професор у Берклију, где је и умро 19. априла 1973) и која је била срдечно поздрављена. Писац ових редова имао је јединствену прилику да присуствује том свечаном скупу.

Међу говорницима биле су и две истакнуте политичке личности данашње Аустрије, обе универзитетски професори: др Андреас Кол, председник Националног савета, тј. аустријског Парламента, и др Хајнц Фишер, председник Републике Аустрије. Обојица су се свечаном скупу обратила речима које нису биле само пригодне него су изражавале и добру упућеност у Келзеново дело, превасходно, разуме се, у онај његов сегмент који се односи на проблеме демократије, парламентаризма, устава и уставног судства. Тако је проф. Кол у више наврата помињао Келзенов спис „О суштини и вредности демократије“, а председник Фишер наглашавао Келзеново учешће у изради аустријског Устава из 1920. године, његово залагање за успостављање уставног судства, те, свакако због тога, „Келзенову пове-



заност са судбином Аустрије“. Своје кратко, сажето и одмерено излагање завршио је речима да је Келзеново животно дело било посвећено стремљењу ка истини и правди, повезавши те идеале са свечаним обележавањем Келзенове годишњице.

Заступајући одсутног савезног канцелара Волфганга Шисела, свечаном скупу обратио се и проф. Георг Линбахер који је, такође, у први план ставио оно што је назвао Келзеновим служењем уставу. Побрао је симпатије присутних и добио њихов аплауз рекавши да би Келзен, када би постојала Нобелова награда за правну науку, њу сасвим сигурно и добио. (Ваља, међутим, приметити да се исти тај мотив налази на самом почетку уводног текста који је написао приређивач књиге о којој ће бити речи у другом делу ове белешке.)

Таква свечаност није се могла замислити, нити је могла и сме-ла протети, без учешћа емеритираног професора Бечког универзитета Роберта Валтера, дугогодишњег управника „Института Ханс Келзен“, основаног 1972. године поводом Келзеновог деведесетог рођендана. Он је зналачки, топло и надахнуто, местимице и дирљиво, говорио о животу, академској каријери и делима Келзеновим, стављајући тежиште на особине његове личности и, дакако, на средишње идеје и кључне поставке његове *Чисте теорије права*.

У другом делу бечке свечаности обележавања 125-годишњице Келзеновог рођења говорили су професори Станли Паулсон из Сент Луиса (САД) и Матијас Јештет из Ерлангена (СР Немачка). Непосредан повод њиховог обраћања било је објављивање посебног тома, заправо претходнице „Дела Ханса Келзена“, који садржи две Келзенове аутобиографије, једну написану 1927. а другу написану 1947. године. Било је планирано (и тако најављено) да та двојица угледних истраживача Келзенових дела промовишу ту посебну публикацију која је објављена управо поводом бечког обележавања Келзеновог јубилеја. Међутим, Паулсон је говорио – веома стручно и темељито – о Келзеновој правној теорији уопште, не дотичући се аутобиографских списа, док је Јештет, као главни приређивач, говорио о припремању Келзенових сабраних дела у тридесет томова, чије је објављивање преузео на себе тибингенски издавач Мор-Зибек. Јештет је подсетио на Келзенову велику научну плодност – његово дело, на око 7.600 страница, обухвата педесет три монографије и већи број чланака, расправа и текстова друге врсте. Он сигурно није погрешно када је припремање и објављивање тридесет томова Келзенових дела, за које су сада обезбеђени сви услови, укључив и материјално-финансијске, назвао „гигантским пројектом“. Треба пожелети да се тај пројекат, тај подухват, чији значај није потребно посебно наглашавати, наредних година у целости и оствари. Биће то, нема сумње, нов снажан импулс истраживању и проучавању, рецепцији и кри-

тици, правне и политичке мисли Ханса Келзена, корифеја правне науке, у првом реду правне теорије двадесетог века.

2.

Био је то заиста широкогруд гест издавача и домаћина: сви они који су присуствовали свечаном чину обележавања 125-годишњице рођења Ханса Келзена добили су на поклон већ поменути књигу Келзенових аутобиографских списа. Њен је наслов: *Hans Kelsen im Selbstzeugnis*, hrsg. von Matthias Jestaedt in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut (Mohr Siebeck, Tübingen, 2006). Двема аутобиографијама, написаним у размаку од двадесет година, Келзен сведочи о самом себи. Она из 1947. важила је донедавно као изгубљена. Испоставило се, међутим, да је један примерак, срећом, био у поседу проф. С. Паулсона, који га је несебично ставио на располагање ради објављивања у овој књизи. Тако се сада, свима заинтересованим лако доступно, у корицама једне књиге налази оно што је Келзен записао о себи, свом животу, раду, својим делима, путевима и невољама своје наставне и научне каријере. Мора се признати: драгоцен и узбудљиво штиво. (Овде ћемо се ограничити на први Келзенов текст, док ће о другом бити речи неком другом приликом.)

Кратак текст из 1927. године (дванаест руком написаних, односно осам прекуцаних страница) није, у ствари, аутобиографски у правом смислу речи. Написан је у форми излагања о самом себи (Selbstdarstellung) и готово сав усредсређен на сажет приказ пута Келзеновог мисаоног развоја, на зачињање, постепено уобличавање и развијање Чисте теорије права. Посматран с тог становишта, он има прворазредан значај. Није отуда никакво чудо што га је својевремено обилато користио Рудолф Аладар Метал – један Келзенов пријатељ, дугогодишњи сарадник и биограф – у својој вредној, до данас непревазиђеној књизи о Келзеновом животу и делу, која се у Бечу појавила 1969. године (Rudolf Aladár Métall: *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien, 1969).

Келзеново „Излагање о самом себи“ из 1927. године (наслов, иначе, не потиче од њега) написано је по жељи Јулијуса Мора, једног у оно време познатог мађарског правног филозофа, и овоме, заједно с краћим пропратним писмом, упућено да га користи „по свом нахођењу“ и из њега узме оно што му се „учини суштинским“. Тешко је данас знати како га је Мор употребио и шта је у њему сматрао суштинским. Не може, међутим, бити сумње да у њему, у најмању руку, две ствари имају нарочит значај. Прва се односи на оно што ту Келзен, осврћући се на свој опсежан и за њега очигледно

пресудан хабилитациони спис *Главни проблеми теорије државног права* из 1911. године, каже о својим кључним сазнањима и поставкама, као и о филозофском залеђу своје теорије.

До основног гледишта које заступа у *Главним проблемима* Келзен је – тако сведочи он сâм – дошао захваљујући увиду да је право по својој суштини норма и да због тога правна теорија мора да буде теорија норми и, као таква, теорија о објективном праву. Ако је реч о „вољи државе“, како се објективно право обично означава, онда она не може бити никакво реално-психичко суштаство, као што је воља појединачног човека. Она је само антропоморфни израз за оно што је требање државног поретка. Појам воље, који је специфичан за правну теорију, није психолошки, већ искључиво нормативни. – Сазнање да је право нужна норма одвело је Келзена до свођења субјективног права на објективно право, чиме је, сматрајући га кобним за правну систематику, укинуо дуализам између субјективног и објективног права. Уместо двају система тих права, морала је настати само једна „интрасистемска разлика“ између субјективног и објективног права. Најзад, Келзен се с „аналогном нужношћу“ понео и према дуализму између јавног и приватног права. Све је то спровео у *Главним проблемима* идући за потпуним изоштравањем и учвршћивањем чистоте правног метода и немилосрдно одбацујући било какав методски синкретизам.

Филозоф који је Келзену послужио као ослонац и јамац у његовој борби за чистоту правног метода, коју је држао неопходно потребном за правну науку, био је, наравно, Кант. Због Кантовог наглашавања супротности између требања и бивствовања, Кантова филозофија је за Келзена „од самог почетка била звезда-водиља“. Али, одмах треба додати нешто важно, чак пресудно. Утицај који је Кант извршио на Келзена био је посредован оном формом Кантове филозофије коју је она добила код филозофа југозападнонемачког правца новокантовства, у првом реду код предводника тог правца, Вилхелма Винделбанда. То је тако било у почетку. Када је пак 1912. у часопису *Kantstudien* изишао обиман прегледни текст Оскара Евалда „Немачка филозофија у години 1911“, у којем су били рецензирани и Келзенови *Главни проблеми*, Келзену је била скренута пажња и постало му је јасно да постоје „далекосежне паралеле“ између његове обраде проблема воље у праву, посебно воље државе, и филозофије чисте воље Хермана Коена. То је био импулс који га је навео да се окрене изучавању марбуршког новокантовства, при чему је Коенова теорија сазнања била за њега „од трајног утицаја“. Рецепција новокантовске филозофије марбуршког правца омогућила је Келзену да методску чистоту правне теорије продуби до те мере да, поред два претходно поменута, укине и трећи дуализам, онај између права и државе, и да, почев од тада, брани своју тезу о идентитету државе

и позитивног права. Тиме је Келзен дошао до оне тачке на којој је (додуше, не њему самом) морало постати очигледно да се његова Чиста теорија права највећма удаљила баш од оног мислиоца који је требало да буде њен најмоћнији филозофски покровитељ. Јер, код тог мислиоца, Имануела Канта, нема ни трага од поистовећивања државе и права, поготово не у оном облику и на онај начин како је то, с одважношћу без премца и са спремношћу да у томе иде до крајњих консеквенција, учинио Ханс Келзен.

Често се и неоправдано заборавља или чак пренебрегава да се Ханс Келзен, поред правне, помно бавио и политичком теоријом. (О том теоријском паралелизму у његовом целокупном делу и код нас се недовољно води рачуна.) Да је он веома држао до своје политичке теорије – иако се она, наравно, не може ставити раме уз раме с његовом Чистом теоријом права, с његовим критичким правним позитивизмом – недвосмислено сведочи указивање на радове из те области при крају текста упућеног Јулијусу Мору. То је она друга ствар која у његовом „Излагању о самом себи“ побуђује нарочиту пажњу. Ту Келзен изречно подсећа на то да се упоредо с проблемима теорије државе и права бавио и проблемима политичке теорије, те крајње брижљиво, не изостављајући ништа, набраја радове које је о њима написао. Тако каже да је још 1912. године, дакле непосредно по изласку *Главних проблема*, у другом тому часописа *Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung* објавио дужу расправу под насловом „Политички поглед на свет и васпитање“. Затим помиње краћи монографски рад *О суштини и вредности демократије* из 1920. године у којем је развио „мисао да демократска идеологија одговара једном релативистичко-емпиријском основном схватању, док је тенденција ка аутократским облицима повезана с једном апсолутистичко-метафизичком идеологијом“. Исте године, одмах додаје, уследио је спис *Социјализам и држава*, у којем је критички претресао политичку теорију марксизма и разобличио анархистичке тенденције у њој. Убрзо је, 1924, дошла брошура *Маркс или Ласал*, а годину дана доцније спис *Проблем парламентаризма*, посвећен одбрани парламентаризма од идеја фашистичке и бољшевичке диктатуре. Најзад, Келзен скреће пажњу и на то да је на Петом конгресу социолога, одржаном у Бечу 1926, поднео реферат „О социологији демократије“.

Ако је, дакле, Келзен самог себе разумевао и као политичког теоретичара, што ни у ком случају не може бити предмет сумње, онда нема никаквог разлога да се о том важном делу његовог стваралаштва и даље премало води рачуна или да он у истраживању и рецепцији и даље остане по страни. Баш напротив. Келзена као политичког теоретичара ваља узети с подједнаком озбиљношћу као што се он узима као правни теоретичар. Тек ће се тада створити целовита слика о њему и његовом необично плодном стваралаштву.

Данило Н. Баста

РЕЧ НА ПРЕДСТАВЉАЊУ *ИЗАБРАНИХ СПИСА*  
АКАДЕМИКА МИОДРАГА ЈОВИЧИЋА  
У САНУ 28. НОВЕМБРА 2006.

Академик Миодраг Јовичић, који је 16. октобра оне кобне 1999. године ненадано и прерано отишао са овога света, објавио је за живота завидан број књига и других радова. У научним областима којима се бавио – а то су у првом реду уставно право, упоредно право, теорија државе и политички систем – он је био необично марљив и плодан писац. Благодарећи госпођи Славки Јовичић, рођеној сестри академика Јовичића, која је за ту сврху, с неупоредивом сестринском љубављу и приврженошћу преминулом брату, издвојила неопходна новчана средства, седам година после смрти Мише Јовичића појавили су се његови *Изабрани списи*. Поред ње, заслуга за тај значајан подухват свакако припада и издавачима: Правном факултету у Београду и „Службеном гласнику“. Иако никада није био његов професор, београдски Правни факултет је Миодрага Јовичића, поготово последњих година његовог живота, некако сматрао *својим*, од себе неодвојивим, чиме се и може објаснити издавачка улога тог Факултета у објављивању Јовичићевих *Изабраних списа*. Други издавач, „Службени гласник“, оправдано је проглашен за Издавача године на недавно одржаном Сајму књига у Београду. Не може бити сумње да је ту престижну титулу и велико признање, за којима жуде сви наши издавачи, „Службени гласник“ добио и због тога што је на квалитетан и репрезентативан начин, уз то у веома кратком времену, објавио шест књига Јовичићевих *Изабраних списа*. То је оно што се види и што се зна. Међутим, оно што се не види и недовољно зна, а што не би требало да остане ни скривено ни непознато, то је да је кудикамо највећи терет, уз подршку осталих шест чланова Уређивачког одбора, прихватио и на својим плећима изнео проф. Јовица Тркуља. Можда ових *Изабраних списа* не би ни било (или би их било знатно доцније) да тај големи терет он није спремно

примио на себе, прилежно радећи из дана у дан на припремању и уобличавању тих *Стиса*, уједно савесно бринући да се они ваљано одштампају и на време појаве.

Сада се у корицама шест уистину импозантних и обимних књига налази све оно најзначајније и највредније што је вишедеценијским радом створио покојни академик Миодраг Јовичић. Сада се, такође, свако ко је заинтересован (а треба пожелети да таквих буде што више, поготово међу студентима), лако и без икаквих лутања или препрека, на једном месту може упознати с оним чиме је неуморно перо писца ових шест томова заувек обогатило првенствено нашу науку уставног права, али и друге сродне и блиске области, раније већ поменуте. Најзад, а то је у овом часу нарочито вредно помена, сада се на упечатљив и уверљив начин потврдило да се и у тако осетљивим, флуидним и за научну обраду и те како незахвалним областима – наравно, због притиска идеолошких и политичких чинилаца, поготово у ауторитарним и диктаторским режимима – може радити савесно и одговорно, стремећи ка истини која треба да произиђе из научно заснованих поступака. Миодраг Јовичић је – то његови *Изабрани стиси* зацело показују – био (а морао би и да остане!) пример оног обрасца научног рада и обављања научног позива који почива на обједињавању двеју дијаноетичких врлина: истинољубивости и интелектуалне честитости. Дакако, догађа се да и људи слабог морала постигну вредне научне резултате. Али такви резултати једва да нам могу бити људски блиски и пријемчиви, за разлику од оних који су произишли не само из моћног духовног него и из снажног моралног извора. Радови Миодрага Јовичића, од најзамашнијих до најкраћих, проистекли су из оба та извора. То им даје посебан ранг и нарочит значај у нашој свеукупној науци која за свој предмет има широку област јавног права.

Нисам позван, јер за то нисам стручан, да меродавно говорим о Јовичићевим уставноправним делима, а камоли да их веродостојно оцењујем са становишта њиховог научног доприноса. Тај посао припада другима. Па ипак, усудио бих се да изнесем једно запажање о методолошкој страни Јовичићевих радова из те области. У том погледу, он је био присталица нормативног метода, који се још, као што је знано, назива и егзегетичким, догматичко-правним и сл. Примењивао је тај метод вешто и истрајно, извлачећи из његовог хеуристичког потенцијала безмало све што се може извући. Нормативним методом служио се до крајњих граница и остављао утисак некога ко безгранично верује у сазнајну моћ тог метода, чак некога ко за друге методе уопште не мари, иако за њих и њихову употребљивост добро зна, али их оставља по страни, без могућности да у његовом раду они покажу своју делотворност. Као уставноправни

писац, Миодраг Јовичић је у методском смислу био упадљиво ближи Келзену неголи, рецимо, Дигију.

Посматрана с методолошког гледишта, Јовичићева уставно-правна дела представљају врхунац примене нормативног метода. У њима је тај класични метод природно коришћен и сасвим уобичајен у занату правника, показао сав свој сјај и сав свој значај. Али одмах треба додати: показао је и сва своја ограничења! Тога је, на самом крају, постао дубоко и болно свестан и сâм Миодраг Јовичић. У једном кратком тексту, написаном увече 23. маја 1999. уз гасну лампу (те податке дао је сâм аутор), дакле током осионог и противправног бомбардовања наше земље које су предводиле Сједињене Америчке Државе, он је, признајући да је као стручњак за компаративно уставно право „веровао у вредности америчког државног и друштвеног уређења“, очигледно самокритичан према методу који је до тада искључиво примењивао, написао ово: „И зато, када бих пред собом имао још довољно времена, ја бих у будућем раду, у бављењу уставним питањима, поучен случајем Америке, далеко више водио рачуна о стварности него о правним нормама, а сваки систем, па и амерички, ценио мање по ономе како гласи ‘law in books’, а много више по ономе како гласи ‘law in practice’. Ту разлика може да буде огромна“ (VI, 574). Нажалост, за тај методски преокрет, чију је нужност у једном часу методског самоосвешћења увидео не може бити јасније и који би несумњиво био плононосан, Миодрагу Јовичићу није остало потребног животног времена. Непуних пет месеци касније, њега више није било међу нама.

Када је Миша Јовичић преминуо, на његовом писаћем столу затекла су се два рукописа. Један је био невелик, тек започет, у обрисима; Јовичић је био кренуо да опише свој живот и да на хартију пренесе своја сећања и своје доживљаје. Није у том свом науму далеко одмакао. Стигао је само да на неколиким страницама, дрхтаво исписаним, казује о својим раним годинама, годинама учења. Други његов рукопис, на срећу, био је довршен. Преко њега је била прешла „последња рука“. Рукопис је имао свој склоп, унутрашњу логику, одређен наслов. Другим речима, био је доведен до оног степена уобличености који значи припремљеност за штампу, за одашиљање на неизвесне, често и загонетне путеве књиге, али и на духовне адресе оних који су спремни да је узму у руке и за њу одвоје који део свога времена. Реч је о рукопису „Косово – Историјски и уставноправни аспект“, који се 2000. године најпре појавио у библиотеци „Политика и друштво“, а сада и у шестом тому Јовичићевих *Изабраних списа*. То је прва Јовичићева књига која је светлост дана угледала после његове смрти, што јој, наравно, даје својеврстан печат и посебан значај. У извесном смислу, она се може разумети и примити као Јовичићева књига-опорука и књига-опомена.

Није овде прилика да се подробно говори о садржини текстова које је Јовичић уврстио у своју књигу о Косову. Пре би, чини се, валило рећи нешто о њеном карактеру, јер је карактер те књиге најнепосредније повезан с карактером њеног писца, академика Јовичића. Настајали и објављивани у временском распону од једанаест година, тј. од 1988. до 1999. године, текстови који сачињавају Јовичићево *Косово*, углавном краћег обима, одуарају од осталих његових радова строго академске и хладно аналитичке природе. Писани да осветле два, у самом наслову књиге поменута, суштинска аспекта косовско-метохијског проблема, косовско-метохијског чвора, који се, ево, пред нашим очима судбински расплиће, тачније: безобзирно пресеца мачем данашњих моћних господара света, они су сви одреда произишли из родољубиве душе Мише Јовичића, забринуте, рањене, гневне, огорчене и – неклонуле. Све то, међутим, није Јовичићу замутило поглед: јасно је видео узроке, благовремено предлагао спасоносна и уравнотежена решења, окривљавао аутистични, самом себи довољан и самозадовољан режим због ригидне неспремности да решавању косовско-метохијског питања приступи по мери његове тежине и дубине, најзад, прекоревао и анатемисао тзв. међународну заједницу, оличену у НАТО-у, што је неодговорно одлучила да целу једну земљу бестијално бомбардује и уништава из „хуманитарних“ разлога, а заправо, то је данас свакоме јасно, зарад отимања дела наше територије ради стварања још једне албанске државе. Због свега тога, Јовичићево *Косово* је књига која је посведочена целим људским и професионалним хабитусом њеног писца, књига која је сама по себи доказ с каквом је високом одговорношћу, и стручном и личном, један од наших најистакнутијих и најзначајнијих конституционалиста реаговао на ужарени проблем Косова и Метохије.

Добрим познаваоцима целокупног Јовичићевог дела не може промаћи да је он имао један узор којег се непрекидно придржавао, један научни идеал којем је свагда тежио. То је Слободан Јовановић. Не само што се у науци бавио оним дисциплинама којима се, поред осталог, бавио и Слободан Јовановић него је то настојао да чини на Јовановићев начин и по његовим мерилима. Као да је, пре него што би било шта написао, пред собом имао Јовановића као просудитеља и пресудитеља. Али не само то. Јовичић је у нашој Академији године 1997. организовао велики научни скуп под насловом: „Слободан Јовановић – личност и дело“, изузетно успешан и повољно оцењен, свакако најзначајнији који је о Слободану Јовановићу до сада био уприличен. Обиман зборник радова с тог скупа (*Слободан Јовановић. Личност и дело*, САНУ, Београд, 1998), који је он савесно уредио и у којем се налази његово запажено саопштење под насловом „Велики правни писац“ (сада у шестом тому ових *Изабраних списа*), остаће драгоцен и незаобилазан извор сазнања о готово свим видо-



вима Јовановићеве делатности. Томе, разуме се, неизоставно треба додати и Јовичићеву књижицу *Слободан Јовановић – илустрована монографија*, која се први пут појавила 1997. године код београдског „Вајата“, у оквиру библиотеке намењене „школи и дому“. Тај невелики монографски рад (сада такође у шестом тому *Изабраних списа*), који је произишао из пера великог познаваоца и не мањег поштоваоца личности и дела Слободана Јовановића, има све потребне одлике које му омогућују да овог „великог српског научника и једног од најзнаменитијих Срба у двадесетом веку“, како га је сâм Јовичић назвао, приближи широком кругу данашњих читалаца и уведе их, на начин лак и занимљив, у његов разноврстан и богат духовни космос. Сажето и разговетно, језички брижљиво и научно засновано, Јовичићу је пошло за руком да осветли животни и мисаони пут Слободана Јовановића, те да обухвати његову разгранату научну, списатељску и политичку делатност. Само се по себи разуме да се Јовичић при том није ни могао ни хтео да упушта у све појединости, јер би га такав поступак неизбежно одвео изван оквира библиотеке за коју је писао своју књижицу. Па ипак, нема сумње да је саопштио све оно што је неопходно да би читаоцу предочио целовит лик Слободана Јовановића. Бацио је светлост на Јовановића историчара, правника, политиколога, социолога, компаративисту, биографа-портретисту, стилисту. Није изоставио ни занемарио ниједну страну Јовановићевог рада. Истина, Јовичић се држао елементарног излагања приступачног свима, кретао се на равни на којој га може пратити сваки читалац, али једноставност код њега нигде и ниједног трена није прешла у поједностављивање, нити је приступачност повукла за собом вулгаризацију. Јовичић је о Јовановићу писао јовановићевски. Слободан Јовановић је у Миодрагу Јовичићу добио достојног „монографисту“. Не можемо знати да ли је он свог *Слободана Јовановића* узимао као заматак будућег опсежног, целовитог и свеобухватног дела о том великом имену наших духовних наука, али је сасвим извесно да је он у своје време био можда и једини који је кадар и дорастао да такво дело остави иза себе. Треба зажалити што то није учинио и што нам такво дело није подарио.

Можда такво жаљење и није сасвим умесно у часу када смо добили и када пред собом имамо вредно шестокњижје *Изабраних списа* покојног академика Миодрага Јовичића. Понешто у њима ће зуб времена моћи да нагризе, али не може бити сумње да ће они остати неразрушив – дакле, трајан – белег једног честитог, марљивог и плодног живота посвећеног науци.

Бојан Милисављевић

## ПАРЛАМЕНТАРНА СКУПШТИНА САВЕТА ЕВРОПЕ

Најстарија европска међународна организација Савет Европе започела је свој живот потписивањем Статута 5. маја 1949. године у Лондону од стране десет министара иностраних послова.<sup>1</sup> Убрзо затим, 3. августа исте године Статут Савета Европе је ступио на снагу када је код британске владе депонован седми ратификациони инструмент државе потписнице.<sup>2</sup> На самом почетку свога функционисања ова организација бавила се и економским питањима, што је и наведено у Статуу, али је оснивањем Европских заједница 1951. и 1958. године престала потреба за таквим активностима. Члан 3. Статута дефинише основне функције ове организације: развој демократије, поштовање људских права и владавине права.

Позиција Савета Европе је у новије време у извесној мери ојачала, али је и ослабила у исти мах, у зависности из ког се угла посматра његово тренутно место у међународној заједници. Са једне стране, она је ослабила јер се после распада источног блока донекле изгубило интересовање за очување и ширење западног система вредности као антипода социјалистичкој идеји, јер је постало јасно који је систем успео да опстане. Сада су све европске државе усмерене на један исти систем вредности и логично је да се са тог аспекта улога и позиција Савета Европе у међународној заједници пореметила. Посматрајући позицију ове организације из угла броја чланица може се извести закључак да је ова организација ојачала. Због тога су све значајнији програми који постоје са циљем да се помогне у развоју новопримљеним државама чланицама.<sup>3</sup>

---

1 То су били представници следећих држава: В. Британије, Француске, Белгије, Норвешке, Холандије, Италије, Луксембурга, Шведске, Данске, Ирске.

2 Савет Европе 1949–1996, Службени лист СРЈ, Правни факултет, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 1996, стр. 291.

3 Погледати A/CONF.157/PC/66/Add.2, 1993.

Данас ова организација броји 46 држава Европе које заједно имају преко 800 милиона становника. Поред овог квантитативног елемента суштински улога Савета Европе порасла је и због оснивања и функционисања Европског суда за људска права. Овај суд је у протеклим годинама потврдио свој правни ауторитет и створио сопствене стандарде у заштити људских права на тлу Европе, који се чак у неким сегментима и разликују од универзалних стандарда па због тога чине посебно регионално право. То је уједно и тренутно најзначајнији орган Савета Европе који годишње донесе више од 1100 пресуда у циљу заштите индивидуалних људских права.

### ОРГАНИЗАЦИЈА И ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПАРЛАМЕНТАРНЕ СКУПШТИНЕ САВЕТА ЕВРОПЕ

Парламентарна скупштина Савета Европе јесте најстарије парламентарно тело у Европи. Данас је у њеном саставу преко 600 посланика<sup>4</sup> који представљају грађане својих држава, а у чијем се раду и унутрашњој организацији могу видети елементи хоризонталног повезивања, без обзира на државе из којих долазе, и уз очигледно политичко учешће. Парламентарна скупштина састаје се у редовном заседању четири пута годишње на сесијама по пет радних дана, а могуће је сазвати и ванредну седницу на предлог Комитета министара или Председника скупштине уколико се укаже потреба за тим.

Један од два основна недостатка скупштине јесте недостатак непосредног легитимитета посланика јер су они делегирани из редова националних парламената, па је због тога воља грађана тих држава само посредно консултована. Ипак сваки посланик у Парламентарној скупштини прошао је два круга потврде. Један је на националном нивоу, а други у оквиру скупштине Савета Европе која ратификује њихове мандате и може их одбити уколико одређени критеријуми нису задовољени.<sup>5</sup> Дакле, чињеница ратификовања мандата додатно ојачава позицију посланика и омогућава стицање посебних привилегија и имунитета у складу са Генералним уговором о привилегијама и имунитетима. Овај недостатак легитимитета због постојања непосредних избора је само привидно велики. Уколико посматрамо Парламент Европске Уније који је са система делегирања (као данас у Савету Европе) 1979. године прерастао у систем непосредних избора, може се закључити да то није довело до објективно осетнијег пораста надлежности овог органа.

---

<sup>4</sup> Највећи број посланика имају Француска, Немачка, Италија, Велика Британија, Руска федерација.

<sup>5</sup> Правила од 6 до 9 Пословника Скупштине.

Други реални недостатак који је на страни Парламентарне скупштине јесте правна снага одлука које доноси. То су препоруке које имају форму резолуције, то јест, чине само смерницу за поступање актера на кога се односе, али не носе са собом директну правну санкцију. Ипак, резолуције Парламентарне скупштине имају велику моралну и политичку снагу. Таква природа одлука не треба да чуди будући да је поље деловања ове организације економско, социјално, културно, научно, као и деловање у циљу заштите и очувања основних људских права.<sup>6</sup> Сви закључци Парламентарне скупштине достављају се Комитету министара у облику препорука у складу са чланом 22. Статута Савета Европе Уопште посматрано „Савет Европе има два, Статутом уведена, политичка органа опште надлежности.“<sup>7</sup> Пошто је надлежност Скупштине општег карактера она може да оснива помоћне органе (комитете, подкомитете или комисије) који делују у оквиру делегиране надлежности и чија је мрежа данас веома разграната. У односу два главна органа Комитет министара има доминантну улогу док скупштина има консултативни статус. За Парламентарну скупштину се каже да је „делиберативни орган Савета (Европе).“<sup>8</sup> Ипак скупштина је одиграла важну улогу у процесу проширења чланства у Савету Европе „кроз дебате, надгледање избора, програме парламентарне кооперације, скупштина је допринела стабилизацији и учвршћењу демократских принципа у државама чланицама.“<sup>9</sup> Постоји још једна улога коју је ова организација преузела на себе у новије време. Наиме пошто је дошло до проширења Европске Уније која данас обухвата 25 држава чланица, Савет Европе је постао „предсобље“ за улазак у ту организацију, јер се, између осталог, и у Парламентарној скупштини константно прати развој држава које још нису ушле у Европску Унију. Скупштина заједно са Комитетом министара учествује у доношењу одлука о пријему у чланство, усвајању конвенција, буџету организације, санкцијама које изриче Комитет министара и учешће у доношењу одлука које су намењене спољној политици Савета Европе. Често се за такве одлуке скупштине у доктрини каже да представљају *soft law*, тј. меко право. Поред тога у надлежности скупштине су још и изборне функције: избор Генералног Секретара, судија Европског суда за људска права и Комесара са људска права Савета Европе.

6 Погледати Статут Савета Европе, члан 1.

7 Peter Schieder, The institutional balance at the Council of Europe, Parliamentary Assembly, Committee on Rules of Procedures and Immunities, Doc. 11017, page 1.

8 Malcolm N. Shaw, International Law, Fifth Edition, Cambridge University Press, 2004, page 1171.

9 Peter Schieder, *ibidem*, Doc. 11017, page 3.

Ипак у процесном смислу улога овог органа је велика јер је њена позитивна препорука упућена Комитету министара неопходна приликом процедуре усвајања конвенција. Због тога је „њихова сарадња кључна за ефикасно испуњење задатака Савета Европе.“<sup>10</sup> У ту сврху је основан и Заједнички комитет којим председава Председник Скупштине, а чији је основни задатак да координира сарадњу ова два тела и решава све потенцијалне проблеме у тој области. Тако је у оквиру Савета Европе усвојен већи број конвенција које су после ратификације постале директно обавезне за државе чланице (прво усвојене конвенције су Европска конвенција о људским правима из 1950, Европска културна конвенција 1954, Европска социјална повеља 1961). Овај механизам се зове коодлучивање, па је поред консултативног механизма један од основних ангажмана које Парламентарна скупштина има у својој надлежности. За разлику од резолуција, које се изгласавају простом већином присутних и гласалих, за усвајање конвенције потребно је две трећине чланова пленарног органа Савета Европе.

Поред тога Скупштина је једино тело из система Савета Европе у чијем саставу се могу налазити чланови посматрачи који немају право гласа нити учешћа у дискусијама осим уколико им реч не буде дата на основу *ad hoc* одлуке Скупштине.

Савет Европе је у протекло време доживео низ организационих реформи увођењем: Конгреса локалних и регионалних власти који представља консултативни орган скупштини и Комитету министара, Европски суд за људска права, од 1999. године установљена је канцеларија Комесара за људска права, Међународну конференцију невладиних организација која је основана 2005. године са преко 400 невладиних организација у свом чланству.

У организационом смислу поред посланика Скупштину чине и функционери: председник и неколико потпредседника. Председник руководи радом скупштине и не учествује ни у дебати ни у гласању иако се бира из редова посланика, а на функцији се налази све до следећег редовног заседања. Парламентарне делегације сваке државе поред посланика у свом саставу имају и заменике који су присутни на заседањима и који по потреби могу да замене члана националног тима. Заменици се такође именују у оквиру националних парламентарних из редова народних посланика.

Финансирање трошкова организације је подељено тако да трошкове националних делегација на заседањима Парламентарне скупштине, као и делегација на заседањима Комитета министара, сноси државе понаособ. Поред тога постоје и заједнички расходи који се

---

10 Peter Schieder, *ibidem*, Doc. 11017, page 2.

деле сразмерно према одлуци Комитета министара који превасходно узима у обзир број становника односне државе када одмерава појединачне доприносе држава чланица.<sup>11</sup>

Поред наведених функција које врши Парламентарна скупштина она је временом добила и неке специфичне надлежности: могућност самосталног деловања приликом ратификације мандата посланика, активности у вези пријема нових држава чланица и испитивање услова пријема, посматрачка улога при изборима или неким другим политичким процесима, кризама, надзор над политичким процесима које предводи парламент, надзор над извршењем пресуда Европског суда за људска права<sup>12</sup>.

Са друге стране позиција Парламентарне скупштине је специфична и из других разлога. Овај најстарији европски парламент и данас је својеврсни форум европских политичара и идеолога. Тако долази до хоризонталног политичког повезивања посланика у посланичке клубове скупштине који одржавају редовне контакте и консултације, а који су активни и у периоду изван редовних заседања. Данас најбројнији посланички клуб чини социјалистичка групација, а са свега неколико посланика мање конзервативне партије налазе се на другом месту.

Према одредбама Пословника Парламентарне скупштине да би једна групација посланика била призната као посланичка група неопходно је да је чине најмање петнаест посланика из три различите државе чланице. Због тога и не чуди што долази до инверзије гласова у оквиру исте посланичке групе па се за неке од тачака дневног реда чини уступак посланицима из других држава да би се обезбедила њихова подршка приликом гласања за сопствене предлоге или предлоге који су заједнички. Тако се на састанцима посланичких група усаглашавају гласови и чланови групе у пракси увек поштују ставове читавог блока посланика то јест делова државних делегација. У појединим ситуацијама које су политички врло важне за државу долази до јединственог и координисаног деловања свих посланика из државне делегације у различитим посланичким клубовима чији су и сами чланови. На овом заседању Парламентарне скупштине дошло је до такве ситуације која ће бити изложена у даљем делу рада.

---

11 Опште одредбе о финансирању су чланови 38 и 39 Статута Савета Европе.

12 Примарну надлежност овде има Комитет министара, али постоји и Комитет за правне односе и људска права што је помоћни орган Парламентарне скупштине и који се такође стара о извршењу пресуда Европског суда за људска права погледати Report of Committee on Legal Affairs and Human Rights, Implementation of judgments of the European Court of Human Rights, Parliamentary Assembly, Doc. 11020.

## ЈЕСЕЊА СЕСИЈА РЕДОВНОГ ЗАСЕДАЊА ПАРЛАМЕНТАРНЕ СКУПШТИНЕ САВЕТА ЕВРОПЕ

Парламентарна скупштина<sup>13</sup> најстарије европске организације Савета Европе је од 2. до 6. октобра имала своје редовно заседање које је обиловало занимљивим тачкама дневног реда. То је била прилика да дође до сусрета представника држава који су размењивали идеје, и то, како унутар скупштинске дворане, тако и око ње. Наша држава је постала чланица Савета Европе априла 2003. године као Државна Заједница Србија и Црна Гора, а по раздруживању Србија је наставила континуитет у чланству ове организације. Будући да се председавајући Комитета министара мења према абecedном редоследу, на сваких шест месеци, Србија ће у мају месецу 2007. године преузети место председавајућег од Сан Марина. Када долази до састанака на министарском нивоу председаваће министар иностраних послова Србије, а изван тог времена текуће послове Комитета министара, док је наша држава председавајућа, водиће наш амбасадор при Савету Европе

На дневном реду поменутог заседања Парламентарне скупштине налазила су се следећа питања: обраћање Председника Скупштине Р. Ван дер Линдена, потврђивање нових посланичких мандата, промене чланства у комитетима. Примљени су и усвојени следећи извештаји Бироа Парламентарне скупштине: посматрање парламентарних избора у Македонији, посматрање парламентарних избора у Црној Гори. На редовном заседању је дошло и до обраћања и одговора на различита питања и Председника Владе Хрватске И. Санадера. Такође су примљени извештаји о Институционалној равнотежи у Савету Европе и у вези примене одлука Европског суда за људска права. Посебну пажњу изазвао је извештај и потом вођена дебата о Општој политици везаној за стање на Балкану у оквиру чега је било предвиђено и обраћање Председника Републике Србије, али које је изостало услед његове спречености. У својству председавајућег Комитета министара Савета Европе запажено излагање имао је Министар иностраних послова Русије С. Лавров.

После живе дискусије није усвојена Резолуција о Косову и Метохији на основу нацрта Лорда Расела Џонсона<sup>14</sup> који је предвиђао ставове у вези статуса што је неприхватљиво док су преговори још у

---

13 Првобитни назив овог органа био је Консулкативна скупштина, да би 1974. године назив био промењен у Парламентарна скупштина, то је и логично будући да је надлежност скупштине шира од консулкативне улоге.

14 Британски посланик који је био извештач Комитета за политичка питања и као такав недопустиво и отворено се ставио на страну косовских албанаца што се може видети из текста нацрта резолуције који је пропао јер није изгласан.

току. У вези ове тачке дневног реда постојао је јединствени ангажман читаве националне делегације који је био координисан и донео је малу, али важну дипломатску победу. У том контексту протекло је и обраћање Председника владе Републике Албаније Берише које је потом изазвало оправдани дипломатски протест наше државе упућен владама Македоније и Црне Горе будући да је изнет став да се ради о заједничкој регионалној подршци за ставове једне од страна док су преговори још у току.

Следећа питања која су била на дневном реду Парламентарне скупштине су: ратификовање Оквирне конвенције за заштиту националних мањина, ОЕЦД и светска економија, културни положај Курда, актуелна збивања у Либану у контексту ситуације на Блиском Истоку, потреба европског одговора на масовни прилив илегалних имиграната на европске јужне обале, буџет Савета Европе за 2007. годину, било је речи и о актуелним политичким проблемима и погоршању односа између Русије и Грузије поводом хапшења официра. Пошто су представници Парламентарне скупштине пратили изборе у Мексику усвојен је извештај да су избори протекли у демократској атмосфери, али да је било проблема у вези непризнања изборних резултата од стране пораженог председника Лопеза. Поред тога на дневном реду било је још неколико питања која немају толику политичку важност.

У току редовног заседања Парламентарне скупштине Савета Европе, Стручна група за европско право са нашег Правног факултета, изложила је сопствени нацрт Конвенције о заштити старих и традиционалних заната. Нацрт је изложен и једногласно подржан у Комитету и подкомитету за културно наслеђе па се очекује да у догледно време овај нацрт прерасте у конвенцију када прође целокупну процедуру усвајања кроз Парламентарну скупштину и Комитет министара.



Слободан Јовановић  
*Поруке*, Библиотека „Политика и друштво“  
(Службени гласник, Београд, 2006)

Књига Слободана Јовановића, која се појавила на овогодишњем Међународном сајму књига у Београду, представља без сумње културни догађај. У питању су текстови једног од наших најумнијих стваралаца новијег доба, који су све до сада остали готово потпуно непознати нашој научној и културној јавности. Али чак ни сви они којима су они били доступни вероватно нису знали да је њихов аутор био Слободан Јовановић, јер – како нас у свом предговору обавештава господин Јовица Тркуља – „велики број прилога који је објављен у листу *Порука*, није потписан“. До сазнања да су то његови текстови и сами приређивачи, писац предговора и господин Живота Лазић, дошли су „на основу библиографија Косте Ст. Павловића, записа Радоја Кнежевића и других непосредних Јовановићевих сарадника“, али и „на основу властитих истраживања“. Још један проблем с којим су се приређивачи суочили припремајући ову књигу представљао је и то што су и бројеви листа у којима су ови текстови били објављени данас „тешко доступни“. Но у томе су сами приређивачи, како се вели у предговору, имали помоћ породице Радоја Кнежевића као и господина Десимира Тошића.

Оно што читаоцу одмах падне у очи кад узме да чита ову књигу, јесте да она одудара од свих раније познатих дела Јовановићевих. И то у толикој мери да је читалац готово изненађен тиме. Наиме, Јовановић је у нас познат превасходно као правник, историчар, социолог и проучавалац друштвених теорија, који је уз то писао стилем који су многи сматрали да је ненадмашен у нашој књижевности и култури. Чак и онда кад би се уплео у расправљање неког актуелног политичког питања – на пример, у расправе које су се пред Шестоаприлски рат 1941. године водиле код нас о преуређењу краљевине Југославије на федералним основама – он није хтео да предложи директно по којим би принципима требало да се изврши то преступство, као, на пример, професор Михаило Илић, већ је као свој прилог овим расправама написао једну сјајну студију о америчком

федерализму, која је намах постала једно од темељних дела наше политичке и правне науке.

Књига која је пред нама приказује Јовановића као писца потпуно различитог од оног какав је био до 1941. године, каквог до сада нисмо имали прилике да упознамо. Чланци који се овде објављују писани су за лист *Порука* Југословенског народног одбора у Лондону. То су Јовановићеви коментари онога што се догађало у распону од 1951–1958. године у комунистичкој Југославији, а о којима се њихов писац обавештавао углавном из југословенске и друге штампе. Ни стил којим су ови чланци писани нема оне карактеристике које су својствене његовим ранијим делима. Међутим, на основу тога не би смео да се изведе закључак да су они мање вредни. Уосталом, њихову вредност не би требало одређивати упоређивањем с његовим ранијим радовима. Они чине вредност за себе, ако би тако могло да се каже.

Оно што је заједничко готово свим овим чланцима јесте критика југословенског комунизма. Али и више од тога. Наиме, та критика искључује да се критичар према комунистима односи друкчије него према онима чији је основни циљ био да истребе (ово је Јовановићев израз) све који не прихватају њихову веру, попут религиозних фанатика из ранијих векова. Јовановић је пажљиво и систематски пратио догађања у Југославији; јавна иступања најистакнутијих представника Комунистичке странке (он тако назива КПЈ), њихова излагања комунистичких погледа и идеја, образложења и оправдавања установа које су стварали и њихових сукобљавања с осталим светом. На оно што је дознавао о збивањима у нашој земљи Јовановић је реаговао својим критичким коментаром. Тако је у овим чланцима писао о уставним променама од 1952. године, природи и последицама разлаза између Тита и Коминформа, радничким саветима, Титовој, односно комунистичкој демократији у Југославији, Ђиласовом случају и, с њим у вези, Дедијеровом; о проблемима комунистичке привреде, привредном криминалу и другим привредним питањима, о такозваним комунама, Титовој идеологији упереној противу света подељеног на блокове, југословенској омладини, реорганизацијама државне управе, Титовом односу према Совјетима, београдском суђењу социјалистима, скупштинским изборима и комунистичким конгресима, о иступањима у јавности (говорима, предавањима, извештајима и другом) Тита, Кардеља, Ранковића и других југословенских комунистичких вођа и перјаница (као што је био Владимир Велебит) итд. Када се пажљиво читају ти његови коментари, јасно произлази да је он разоткрио суштину југословенског комунизма, њихове покушаје да се свету прикажу онаквима какви уопште нису били. На основу ове књиге, добија се потпуна слика о правој природи власти југословенских комуниста.

Тешко је издвојити неки посебан пример Јовановићеве анализе који би по својој беспопштедности био мање поразан по комунистички режим од неког другог. Уосталом, да напоменемо да је Јовановић имао и личних разлога да буде немилосрдан критичар југословенских комуниста, поред оних објективних које је имао као политички мислилац и доследни бранилац демократских начела. Но ипак ћемо, илустрације ради, изнети неколико примера, мада смо при том свесни да није могуће изложити уз основне идеје и све оно што их чини дубоко истинитим и уверљивим.

У чланку *Кардељев говор у Ослу* осврнуо се Јовановић на излагање овог високог партијског руководиоца пред „активом“ (ову је реч сам Јовановић ставио између наводница) Норвешке радничке странке у Ослу. Да би оправдао једнопартијски систем који у Југославији није допуштао „слободни партијски живот“, Кардељ је осудио „партије уопште у име слободе појединца“ (с. 155). Наводећи његове речи да „и најдемократскија партија представља ограничење иницијативе појединаца“, Јовановић додаје да тиме није уопште доказано да „ту иницијативу једнопартијски систем мање ограничава него вишепартијски“. И насупрот Кардељевим недоследностима и нејасноћама, он је недвосмислен кад каже да је „искуством утврђено, да је за личну слободу једнопартијски систем опаснији од вишепартијског“. Јер у вишепартијском систему владајућу странку је „могућно ограничавати опозицијом“, а кад једна странка угуши све друге, онда је њена власт неограничена и „нема више услова ни за личну слободу“. И у чланку *Омладина у Југославији* Јовановић се о Кардељу такође изразио врло лоше (с. 205). Пратећи оно што говоре и пишу југословенски комунистички идеолози, он је изричит у тврдњи да у титовској Југославији нема никог ко би својим „било књижевним било говорничким способностима“ (с. 203) омладину могао одушевити за комунистичке идеје. Светозар Марковић и Стјепан Радић су стајали на почетку великих покрета. Светозар Марковић је, захваљујући томе што је умео убедљиво и јасно да изложи материјалистичку филозофију и руски социјализам, „постао учитељ омладине“, а Радић је, захваљујући својој говорничкој вештини, успевао да изазове „велико одушевљење код сељачких маса“. Насупрот овој двојци, титовци немају ниједног таквог човека. „Едвард Кардељ, који важи за идеолога Странке, управо је супротност Марковићу и Радићу. „Колико је Марковић био јасан, толико је Кардељ нејасан; а колико је Радић распаљивао одушевљење, толико је Кардељ кадар да га угаси“ (с. 203–204).

За разлаз између Тита и Коминформа Јовановић вели да „није испрва имао ничег идеолошког“ (с. 32). „Тито се одвојио од Москве просто стога“, што је Стаљин на његово место намеравао да постави другог. Али кад је разлаз „постао коначан“, Тито је тек онда „стао

тврдити да се он и Стаљин не слажу у тумачењу марксизма“. И како се то идеолошко неслагање све више „наглашавало“, југословенски комунисти су најзад „стали доказивати да је Стаљин сасвим извитоперио марксизам, и да су само они прави и доследни марксисти“. Ту своју тезу Јовановић излаже у више својих чланака. На пример, у чланку *Тито и Совјети* пише да је свом личном сукобу са Стаљином 1948. Тито „покушавао дати идеолошки значај“ (с. 220). И с тим у вези напомиње да је у титоизму било „нечега противречнога“. „С једне стране, Тито се одупирао руском мешању у наше ствари“, а, с друге стране, држао се и даље једнопартијског система, „који чини суштину стаљинизма“ (с. 221). Тито се „непоколебно“ држи једнопартијског система, и као доказ тога наводи да је реч „монолитно“ у свом говору у Пули 11. новембра 1956. поновио чак „више пута“ (с. 223). „У Русији је Комунистичка странка вршила своју диктатуру преко државног чиновништва, а у Југославији преко чланова самоуправних тела и предузећа, али ови други били су исто тако ревносни и послушни комунисти као и они први“.

Уставом од 13. јануара 1953. године били су укинута президијум и министри, а уведено звање председника републике који „ће имати крај себе извршно веће“. То извршно веће било је, по Јовановићу, као неки „знак да стари колегијални“ (то јест министарски) „систем није сасвим напуштен“ (с. 46). Али оно што је у том уставу било „главно“ јесте да је Тито, као председник републике, постао „ауторитет који раније као председник владе није имао према осталим министрима“. „То је ауторитет државног поглавара, који врх свега има још и сву оружану силу под својом командом“ (с. 46). У том систему, народна скупштина је имала да врши законодавну власт, „а председник републике с извршним већем (да) врши извршну власт“. То би отприлике било, коментарише даље Јовановић, „нешто налик на конвентовску владу у време Француске револуције, кад је по овлашћењу једне свемоћне скупштине један њен одбор вршио диктаторску власт“ (с. 46). Тито, који је „одмах изабран за председника републике“ и који је „и даље остао господар војске и полиције“ (с. 47), тада је у свом „првом говору“ рекао да ће се „од сада владати по закону“. Коментар Јовановићев на те његове речи је „да не изгледа много вероватно“ да ће „један човек који већ годинама влада диктаторски, одједном променити ђуд, и постати покорни слуга закона. Пророк Јеремија каже: ‘Може ли Етиопљанин променити кожу своју или рис шаре своје? Можете ли ви чинити добро научивши се чинити зло?’“

Када се у јавности појавио Ћиласов случај, он је учинио врло много да се на Западу разбије илузија о Титовом режиму као неком који се разликује од Стаљиновог болшевичког. Додуше, они који су сматрали да је ипак могуће да Тита „прикажу демократом“, наво-

дили су као аргумент то да Ђилас није био ликвидиран као Берија, већ „само рашчињен“ (с. 93). С тим у вези, Јовановић узгред напомиње да се Ђилас на седници ЦК, на којој су осуђени његови написи у штампи, држао „скоро исто онако као што се држе оптуженици пред совјетским судовима“, па „иако није претходно прошао кроз тамницу и мучионицу“, он је „покајнички признао своју кривицу“ (с. 91). Иначе, својим тадашњим чланцима Ђилас је јасно рекао да у Југославији „комунистичка диктатура још увек траје“ и да „о правом демократисању установа још не може бити ни помена“ (с. 92). А „колико је то тачно“, Ђилас је „искусио на себи самоме“.

Иначе, Ђиласовом случају су посвећени још неки од Јовановићевих чланака из листа *Порука*. То је, на пример, чланак у коме се критички осврнуо на суђење Ђиласу и Дедијеру (*Ђилас – Дедијеров случај*), док је други онај под насловом *Ђилас и Кардељ*, у коме коментарише њихове различите погледе на догађаје у Пољској и Мађарској. У закључку овог другог чланка Јовановић је написао да се Ђилас одрекао и совјетског и југословенског комунизма, а да Кардељ „још увек верује у овај други, али као његову одлику истиче неке установе које у правом смислу још не постоје“ (с. 230), мислећи вероватно на такозвану непосредну демократију, која је свој конкретан израз требало да добије у установи самоуправљања, односно радничких савета.

У чланку о историјској личности Драгољуба Михаиловића Јовановић је изрекао једну велику истину, а та је: „ко год за време непријатељске окупације изазива грађански рат, тај у ствари служи непријатељу“ (с. 23). Када је повео герилску борбу, Михаиловић је имао „један првенствено војни план“, док су комунисти имали првенствено политички, или, тачније речено, партијски план – а то је да „дограбе власт“. „Једина организована војна снага“ која би се могла супротставити остварењу овог комунистичког плана био је генерал Михаиловић. Из тог разлога комунисти су кренули да га „још пре немачког слома униште“. Јовановић је уверен да су у грађанском рату победили комунисти зато што су имали војну помоћ Совјетске Уније (како назива Совјетски Савез), а и захваљујући „политичким погрешкама Савезника“. А да се комунисти нису борили противу окупатора и за ослобођење земље, већ да би дограбили власт, Јовановић пише и у чланку *Велебитово предавање*. Наиме, он се с овим Велебитовим предавањем у вези позива на податке из књиге члана немачке тајне службе Валтера Хагена (Walter Hagen) *Тајни фронт (Die Geheime Front)*, у којој писац износи „да је у току 1943. Тито нудио Немцима примирје“, јер је „добио изречна упутства од Стаљина да се (...) заједно с Немцима одупре искрцавању енглеско-америчких трупа на источној обали Јадрана“ и да је Тито за разговоре о томе с Немцима у Загребу одредио Владимира Велебита

„као најпогоднију личност“ (с. 108). Ово Јовановић спомиње јер је Велебит на предавању у Лондону изнео познату тврдњу титоваца да су се „само они борили противу окупатора“. „Докле не би Хагенове наводе побио, Велебит не би требао (...) да осуђује икога за везе с окупатором“. Иначе, као „главно дело генерала Михаиловића“ – „по коме он улази у историју Другог светског рата“ (с. 22) – „јесте његова герилска војна противу немачке војне силе у нашој земљи“. У том рату се показало да герила може много да помогне на чијој се страни бори, али „не може да туче главну непријатељску снагу“, нити да „ослободи земљу“. Што се пак самог генерала Михаиловића тиче, кад је отпао план искрцавања Савезника на Балкан, њему је остало само још једно: „испунити дужност“. И он је „своју дужност испунио“, то јест, остао је доследан на линији савезничке борбе противу нацизма.

Да споменемо и Јовановићев чланак из листа *Порука* под насловом *Београдско суђење социјалистима*. У питању је суђење и осуда Богдана Крекића, Александра Павловића, Драгослава Страњак-ковића и Милана Жујовића. У том чланку је Јовановић, позивајући се искључиво на податке из званичних и других јавних извора, разобличио комунистичко правосуђе и његову бруталност. У закључку поводом овог суђења, Јовановић вели: „Противу комунистичке диктатуре морају бити сви пријатељи слободе, стајали они на десници или левици. Али од свих критика Титовцима је, изгледа, најнепријатнија критика која долази од социјалиста. Она омета рекламу коју прво они сами, па онда и њихове ‘корисне будале’ праве титоизму као једној савременијој врсти социјализма. Насупрот томе, социјалисти тврде да Титов социјализам није права, него лажна роба“ (с. 270). У ствари, „на диктатуру старе полицијске државе ударена је социјалистичка етикета“. Као што се „некада протурала са Запада ‘бофл’ роба, сада се протурају ‘бофл’ идеологије“.

Поред критике Титовог комунистичког режима, чиме се углавном бави у највећем броју чланака које је објавио у листу *Порука*, Јовановић је неколико чланака посветио другим темама. Ту пре свега треба поменути некрологе: епископима Николају Велимировићу и Иринеју Ђорђевићу, затим професору Живојину Перићу и, на крају, Милошу Бобићу; овај последњи је заједно с Јовановићем био оснивач Југословенског народног одбора у Лондону. У једном од ових чланака Јовановић се још једном враћа својој старој теми, а то је Милован Миловановић, тачније његовој спољашној политици. Да узгред подсетимо читаоце да је о њему писао пре Другог светског рата у *Српском књижевном гласнику*. Иначе, да се одлучи да поново пише о Миловану Миловановићу био је, како вели, подстакнут једним предавањем које је одржано на Коларчевом универзитету, а посебно тиме што је том приликом „шира публика“ дознала да је

Миловановић „оставио иза себе забелешке о своме раду“ (с. 288). Чланак је написао на основу онога што му је од тих забележака било доступно, као и на основу онога што је од самог Миловановића слушао он лично. Најзад да наведемо да је у једном чланку изложио најглавније идеје о тоталитаризму изнете у рефератима и говорима на једном скупу у америчкој Академији наука, а који су били објављени у посебној књизи.

Није могуће у једном осврту изложити све богатство мисли које може да нам пружи Слободан Јовановић. Иако је очигледно да је далеко највећи број ових чланака написао без намере да остави трајнијег трага у нашој политици или науци, већ сада може се поуздано рећи да ће многа од његових запажања и констатација допринети дубљем разумевању комунистичког режима у Југославији. Нема сумње да је Јовановић и у старости сачувао моћ критичког расуђивања. Различитост овог његовог стварања, кад се упореди с оним до 1941. године, па и с обзиром на приступ предмету којим се бави, као и на стил изражавања, може само у почетку да збуни читаоца. Али кад се прихвати чињеница да та разлика постоји, читалац ће једнако уживати у овој његовој књизи као и у његовим ранијим делима. Дело Слободана Јовановића нам и после читања ове књиге изгледа као монолит у коме нема напуклина. Оно ће трајати у времену докле буду трајала и остала његова дела.

Александар А. Миљковић

Светислав Стефановић, Политички списи Светислава Стефановића – *Старим или новим путевима*, одабрани политички списи (1899–1943), избор и предговор  
Предраг Пузић  
(Артпринт, Нови Сад, 2006)

Пред нама је књига одабраних политичких списа Светислава Стефановића под насловом *Старим или новим путевима*, у избору и с предговором Предрага Пузића. Захваљујући својој невероватној енергији и упорности, али пре свега оданости писцу чије је радове овде сакупио и издао, Пузић нам је омогућио да се упознамо с политичким погледима овог нашег књижевника, преводиоца и културног и јавног радника које је износио током живота, и то од оних најранијих, па све до оних које је објављивао у чланцима до пред своју смрт. У *Напомени* на крају књиге (с. 552–554) он наводи неке од крупнијих проблема с којима се суочавао током рада на сакуп-

љању текстова за ову књигу. Но, без обзира на све тешкоће, на крају смо добили скоро целокупан политички опус Светислава Стефановића, и то његово критичко издање, јер Пузић, уз Стефановићеве текстове, даје и најнеопходнија обавештења за критичко сагледавање политичких погледа овог нашег књижевника и преводиоца, његовог политичког деловања, као и његовог политичког дела.

За наслов ове књиге приређивач је узео наслов једног Стефановићевог чланка објављеног у *Отаџбини* 1935. године, а који се такође објављује у овој књизи (с. 68–70). Очигледно је да се за то решење определио јер тај наслов изражава особеност Стефановићевог целокупног политичког опуса који се одсликава у овој књизи.

Да узгред поменемо да се Пузић од раније бавио проучавањем дела Светислава Стефановића. Објавио је 2003. године запажену књигу *Ломача за Sensa – Злочин и казна Светислава Стефановића*.<sup>1</sup> У тој књизи бави се критичком анализом образложења оптужбе „фамозног“ Војног суда Првог корпуса НОВЈ који је Стефановића осудио на смрт и на основу које је погубљен новембра 1944. године. Као „додатак“ (с. 538), он је уз његове политичке списе објавио и последње писмо Стефановићево које је послао својој супрузи из затвора. То је, у ствари, цедуља на којој је написао: „Треба ми зимски капут, 1 ћебе, 1 јастук, прибор за бријање и 1 пешкир, мало хлеба, сланине и два кувана јаја“. Да и ово писмо унесе у збирку Стефановићевих политичких написа било је за аутора пресудно то што је „писано и послано из затвора“ – односно, другим речима, што је то његов последњи писани текст као политичког затвореника.

У свом предговору Пузић целокупан Стефановићев политички опус дели на два раздобља. Прво раздобље карактерише Стефановићево „залагање за демократски поредак“, „републиканизам“, као и његова глорификација Светозара Марковића – мада се декларише као његов поклоник и касније, чак све до година уочи Другог светског рата. У другом раздобљу, које започиње од прве половине 30-тих година XX века, Светислав Стефановић се налази у редовима политичке деснице, и то оне која се сматрала екстремном. Он се сада декларише као непомирљиви противник комунизма, Маркса, диктатуре пролетаријата и бољшевичке државе. Такође се залаже за сталешку државу какве су Мусолинијева Италија и Хитлерова Немачка, а нарочито Мусолинијева Италија. Одлучан је противник уништења села и сељаштва, а то се десило у Енглеској током историје и на томе су радили бољшевици у Совјетском Савезу, у коме је комунистичка власт милионске масе сељака изложила умирању од глади. За њега ни Америка није имала село ни

---

<sup>1</sup> Sens је био један од псеудонима Светислава Стефановића. Иначе, за ову књигу је Предраг Пузић добио награду Задужбине Милоша Црњанског.



сељаштво, јер фармери никада нису били сељаци у нашем, то јест европском и, још мање, словенском смислу. Том свом залагању за Србију као сељачку државу остао је доследан до краја. У чланку под насловом *Изграђивање Нове Србије као сељачке државе*, објављеном у листу *Српски народ* (на Божић 1942. године), он се изјашњава за изграђивање Србије „као државе сељачког типа, малог и средњег поседа, са облицима задружних колектива“.

У том другом раздобљу Стефановић није више противник монархије нити хришћанства. Он се изјашњава као поборник традиционалних вредности. Пузић чак наводи да је извесно време био члан „Збора“ Димитрија Љотића, а и кад је напустио овај покрет није се јавно од њега оградио. Најзад, да поменемо да у том раздобљу објављује превод књиге *О корпоративној држави* Бенита Мусолинија,<sup>2</sup> а то је касније била и једна од неколико тачака оптужби због којих је осуђен на смрт.

Књига *Старим или новим путевима* открива данашњим нараштајима да се Стефановић много више бавио политичким питањима него што би се очекивало на основу његове превасходно књижевне репутације. У бројним чланцима које је објављивао у дневним и политичким листовима, а специјално, док је био истакнути активиста у републиканским редовима, у листовима Југословенске републиканске странке *Република* и *Прогрес*, Стефановића видимо као човека који се бори за своја политичка уверења, и који је искрено привржен политичким идејама које исповеда. Полемички карактер многих његових написа открива његову потребу и спремност да се кроз борбу избори за своје политичке идеје. У првом раздобљу своје политичке делатности он је на страни демократских, републиканских и левих идеја и покрета, а у другом образлаже и бори се за идеје антидемократске, националне, корпоративистичке и традиционалистичке. У време кад је избила Бољшевичка револуција у Русији, он у чланцима из раних двадесетих година уопште није њен противник. Напротив, налази и износи разлоге да би оправдао њену појаву, а од средине тридесетих година постаје њен најогорченији и непомирљиви непријатељ.

Преокрет до којег је дошло у Стефановићевом интелектуалном животу занимљив је феномен, али не може бити предмет расправе у једном напису као што је овај. Међутим, он је у сваком случају искрено био одан својим политичким идејама и из првог и из другог раздобља, јер су и оне прве као и друге проистицале из његових убеђења, из искрене понесености њима. То се лако препознаје

---

<sup>2</sup> Београд, 1937. У тој књизи, колико се сећамо, не објављују се само говори Бенита Мусолинија него и неколико одломака из италијанског корпоративног законодавства.

по начину како о њима пише, односно по речима изговореним у интервјуима, а које је (то јест, Стефановићеве интервјуе) Пузић такође уврстио у ову књигу. Стефановићево згражање над болшевичким злочиноу у Виници у Украјини, а које је исказао у чланку у *Новом времену*, у броју од краја јула 1943. године, дубоко је и искрено. Он жигоше виничке крвнике, подсећајући да су њихови духовни оци били Ставрогин и Верховенски из романа *Беси*<sup>3</sup> Достојевског, кога у чланку назива страшним визионарем словенске Апокалипсе. Да с овим чланком у вези узгредно приметимо да помињање Достојевског, а нарочито као визионара словенске Апокалипсе, није у том политичком тренутку никако могло да буде у складу с националсоцијалистичким идеолошким погледима на Достојевског и словенство.

Добро је што је Пузић оно што би се могло назвати политичким чланцима схватио врло широко. Захваљујући томе, у књизи су се нашли многи чланци за које би можда, ако се на њих гледа из другог угла, било дискутабилно да ли су политички у једном строжем значењу те речи, попут оних које је објављивао у листовима *Република* и *Прогрес*.

На пример, Стефановић у неколико чланака помиње Гуљелма Ферера, који је у оно време важио за интелектуалну величину, а чија су дела превођена и на наш језик. Стефановић признаје његове заслуге у историјском сагледавању римске цивилизације, али му замера што се определио за критику фашизма и одбрану демократије, пребацујући му да није схватио велика интуитивна сазнања Мусолинијева о кобном значају броја за модерну културу. Наиме, модерна култура може да се спасе само „у једном новом преображају целокупног државног и друштвеног живота где ће, наместо принципа већине, т(о) ј(ест) принципа квантитета, доћи до изражаја принцип квалитета, т(о) ј(ест) важност и вредност функције појединца и сталеза у склопу државе и друштва“ (с. 533). Та његова критичка размишљања могу да имају и имају директног утицаја и на политичке ставове, али она су принципијелна и изнад политике као практичне делатности, и иду у сферу критичке теорије.

И још један пример. У књигу Стефановићевих написа Пузић је унео и његов критички осврт на књигу Владимира Дворниковића *Психа југословенске меланхолије*. Стефановић не одбацује Дворниковићеву констатацију да у психи Јужних Словена могу да се нађу елементи меланхолије. Међутим, неки докази на које се Дворниковић највише позива – а то је југословенски народни мелос, посебно босанске народне мелодије – још нису проучени. Спомињући поглавље у Дворниковићевој књизи *Плач кроз пјесму*, он се присећа да

3 Под тим насловом Стефановић помиње овај роман, који је код нас у преводу на српски објављиван под насловом *Зли дуси*.

се и мађарски мелос карактерише меланхоличношћу, наводећи изреку да се „плачући весели Мађар“. Иначе, меланхолију као особину приписује више источним народима, од којих су је примили Словени<sup>4</sup> и Јужни Словени. Он и за Шекспировог Хамлета вели да је „највиши и најдубљи тип меланхолика“ (с. 310). Али ове занимљиве критичке опаске поводом поменуте књиге Владимира Дворниковића готово да немају нимало везе с политиком. Међутим, нека нам буде допуштено да кажемо да је ипак добро што је Пузић и овај текст, као и њему сличне, унео у ову књигу. Они откривају Стефановићеву ширину у разматрању света идеја, а која се одсликава у разним сферама, па и у сфери политичкој.

Чланци које смо изнели као пример не представљају изузетак. У групу чланака о расизму, поред овог у коме је подвргао критици Дворниковићеву расправу о *Психи југословенске меланхолије*, увршћени су готово сви у којима излаже резултате разних истраживања у вези с расним проблемом, а који такође спадају више у област науке, и то без обзира на то што су многа од тих истраживања добрим делом била инспирисана политичким ставовима из тог доба.

У полемичком чланку упереном против схватања Слободана Јовановића о Светозару Марковићу, и за самог Стефановића је од много мањег значаја одбрана Светозаревих политичких ставова и идеја. Оно што он Јовановићу пребацује, и то је његов суштински приговор, јесте што није Светозара схватио као историјску појаву, није схватио улогу коју је он имао да изврши у историји. У виђењу Светислава Стефановића, покрет који је Светозар „засновао“, „преобразио је цео унутрашњи живот Србијин“ (с. 458). Понесен Светозаревим идејама, он пише да је његова појава представљала „једно велико чистилиште нашег душевног живота“; да је био „један редак проповедник чије и заблуде више вреде него по неке тачне истине“; „прокламатор старих а вечно нових идеја о срећи чистој, човечанској, непомућеној оковима ‘потребне’, друштвене конвенционалности“ итд. (с. 458). У нашој историји, по Стефановићу, нико боље од Светозара не оправдава Гетеове речи: „Was fruchtbar ist, allein ist wahr“.<sup>5</sup> Не може се порећи да идеје из овог чланка могу да буду, а и да јесу, у вези с политичким ставовима Стефановићевим, али његов основни и прави циљ био је да, на супрот критици Слободана Јовановића, истакне Светозара Марковића као оног који је својом појавом фактички допринео друштвеном и историјском преображају целокупног србијанског друштва.<sup>6</sup>

4 Руси, на пример, „због знатног прилива монголске крви“ (с. 310).

5 „Што је плодно, то је једино истинито“.

6 Узгредно напомињемо да је ово један од најранијих чланака Стефановићевих, објавио га је 1903. године.

Објављујући ову књигу, Пузић је урадио посао који је било неопходно да се уради. Али нам са њом даје и још нешто. Он је за сваки чланак навео библиографски податак о његовом првом објављивању, а сакупљене чланке разврстао по темама, тематски их је класификовао, да тако кажемо. То још више олакшава њихово изучавање. Међутим, обавезни смо да кажемо и то да његова класификација ових чланака није обавезујућа – мада, сложили се с њом или не, она ипак може да послужи као путоказ у даљим истраживањима.

Немамо намеру да се упуштамо у подробнија разматрања Стефановићевог стваралаштва у сфери политичке публицистике. Уосталом, после појављивања ове књиге то ће бити много лакше свима који се буду одлучили да се позабаве овом темом. Учинивши доступним нашој културној, научној и политичкој јавности Стефановићев политички опус, Пузић је омогућио упознавање и дубље разумевање његових политичких написа, који су до сада били најмање познати. Те написе било је тим потребније учинити доступним данашњој јавности, јер се највише предрасуда и контроверзних оцена и судова о Стефановићевој јавној делатности односи управо на његов политички рад и политичке ставове и идеје.

И да завршимо. Несумњиво је да у књизи *Старим или новим путевима* има доста од онога што је од значаја још само за историјска проучавања Међутим, нама се лично ипак чини да с појавом ове књиге као целине, Светислав Стефановић престаје да буде личност која припада једино историји и да поново постаје наш савременик.

Александар А. Миљковић

Светислав Стефановић, Политички списи Светислава Стефановића – *Бунтовне песме*, приредио Предраг Пузић, штампање књиге омогућено средствима из фонда Антона Стефановића (Нови Сад, 2005)

Не много пре књиге Светислава Стефановића *Старим или новим путевима* о којој је била реч, појавила се свешчица политичких песама од истог аутора под насловом *Бунтовне песме*. И ову књигу је, као и ону о којој смо већ говорили, приредио Предраг Пузић. Финансијска средства за издавање обезбедио је Стефановићев син Антон.

И кад је реч о Светиславу Стефановићу као песнику, у нашој јавности најмање је познато да је, поред осталог, неговао и политич-

ку поезију. У укупном песничком опусу Стефановићевом сразмерно је мали број политичких песама.<sup>1</sup> Ове његове песме су политичке не само по својој садржини, већ и по томе што их је далеко највећи број објавио у листовима који су били превасходно политички. Од свих песама у овој књизи око 40 јесу објављене у гласилима Југословенске републиканске странке *Република* и *Прогрес*.<sup>2</sup> Пред сам слом Краљевине Југославије, једну од ових песама објавио је у *Српском књижевном гласнику*, док је четири последње објавио у окупацијским листовима *Ново време*, *Српски народ* и *Обнова*. Оно што важи за политичку поезију уопште – на пример за политичку поезију Змајевићу и других наших песника – важи и за ове песме. Њихова вредност је махом пролазна. Савременицима оне нешто могу да казују, они су их разумели, док каснијим нараштајима мора најчешће да се објашњава у чему је њихов политички значај. Наравно, оне у читаоцима врло мало буде песничких осећања, и они су према њима углавном индиферентни. Чак и понеки срећније нађен песнички израз углавном не наилази на неки нарочити одзив код читалаца, зато што је све на исувише отворен начин политички обојено, тенденциозно. Можда у том погледу чине изузетак оних неколико песама у овој збирци које у ствари више спадају у родољубиву поезију него политичку, а којих у овој збирци такође има.<sup>3</sup>

У Србији се одувек неговала политичка поезија. Неговала се чак и поезија коју је један наш антологичар обележио као „удворичку“. Но, ово никако не значи да ову збирку песама није требало штампати. Ово тим пре јер се неке од песама у овој књижици могу сврстати пре у родољубиву него у политичку поезију и нису песнички безвредне. Иначе, политичка поезија је неодвојиви део наших културних и политичких прилика и има своје место у култури нашег народа.

И кад је реч о овој књизи, морамо да наведемо да је Пузић урадио све како би се она могла не само разумети него и сагледати са свих страна. Уместо предговора, објавио је неколико одломака из Стефановићевих списа у којима овај пише о политичкој поезији, док је у напомени приређивача изнео све релевантне податке у вези с овом књигом. Поред тога, приложио је на крају кратку биографију Светислава Стефановића, библиографију објављених књига о њему

1 Пузић је успео да сакупи око 50 песама.

2 У *Прогресу* је Стефановић објавио само неколико песама. Иначе, занимљиво је приметити да је и послератна *Република* објављивала поезију; песник чије су се песме појављивале у том листу био је Радоје Радовановић, син републиканског првака Љубомира Радовановића.

3 У те спада и она објављена у *Српском књижевном гласнику* (*Мисија*).

и његову политичку биографију. Пузић је дао и наслов овој књизи. Наиме, до наслова *Бунтовне песме* дошао је тако што је делимично преузео наслов једног Стефановићевог циклуса песама, *Бунтовни сонети*.

Ову књижицу решили смо да прикажемо јер је највећи број песама из ове збирке Стефановић написао поглавито из политичких разлога<sup>4</sup> (донекле с изузетком оних у којима је изразио своја родољубива осећања). Зато, без обзира што је у питању поезија, она ће у сваком случају, уз књигу *Старим или новим путевима*, такође допринети тачнијем и потпунијем сагледавању политичког лика Светислава Стефановића.

Александар А. Миљковић

Предраг Протић, *Између самообмана и заблуда*, Политички есеји II

(Библиотека „Свечаник“, Хришћанска мисао, Београд, 2006)

Ову књигу господин Предраг Протић највероватније је замислио као наставак своје претходне књиге. То се може претпоставити на основу тога што и једна и друга имају исти наслов. Међутим, по нашој оцени, то би пре била два одвојена дела, независна једно од другог. Јер док се у претходној књизи аутор бави питањем да ли је новостворена Краљевина Југославија после Првог светског рата представљала заблуду српског народа, односно бавио се питањем да ли је српски народ самог себе обмањивао стварајући нову државну творевину – у другој књизи аутор пише о шесторици „српских политичара демократске оријентације“ (с. 5) који су деловали и у преткумановској Србији а, осим Лазара Пачуа, остала петорица наставила су да се баве политичком делатношћу и у првој Југославији (Стојан М. Протић, Љубомир М. Давидовић, Милорад Р. Драшковић, Живојин Балугџић и Јаша М. Продановић), док је један од њих (Јаша М. Продановић) чак учествовао и у политичком животу друге, то јест комунистичке Југославије. У уводном есеју под насловом *Владавина краља Петра I Карађорђевића* аутор даје „једну сумарну слику предкумановске Србије“, у којој су се политичари који су предмет његових разматрања политички формирали и идеолошки одредили. И управо из разлога што су тематски различите,

---

<sup>4</sup> С обзиром да је у питању књига песама, свакако је треба приказати и у неком књижевном часопису.

ову књигу, чини се, не би требало узети као наставак претходне, и то без обзира на то што обе носе исти наслов. Она се чита и разуме потпуно независно од претходне, а оно што је заједничко и једној и другој јесте исто раздобље у историји српског народа и српске и југословенске државе којим се бави. Да уз ову констатацију додамо још и то да је господин Протић, пишући о политичарима у овој другој књизи, био исто тако заокупљен разматрањем политичких и друштвених прилика и догађаја у Србији и Југославији којима се бавио и у претходној књизи. Чак ако бисмо хтели да прецизније одредимо како гледа на политичаре о којима пише, рекли бисмо да их он посматра с обзиром на појаве и догађаје који су обележавали политички и јавни живот у Србији и Југославији у раздобљу у коме су они учествовали, а кад пише о Јаши Продановићу, онда и у раздобљу после успостављања комунистичке државе. Има врло много смисла писати на овај начин о политичарима који су у фокусу његовог интересовања, јер су то све били изразито наши политичари, који су ушли у политику у времену од пада династије Обреновића до балканских ратова. Уз то им је заједничко да им је практична политика била животни позив (Јовану Скерлићу, на пример, политика није била животни позив, иако се јављао на политичкој сцени у преткумановској Србији).

Избор политичара о којима пише господин Протић није случајан. Већ смо споменули да су сви они били политичари превасходно „демократске оријентације“, чији су се политички и идеолошки погледи формирали у демократској атмосфери преткумановске Србије, под владавином краља Петра I Карађорђевића. Господин Протић се управо из тог разлога и прихватио да осветли њихову политичку делатност, њихове ставове и поступке. У ствари, он их је одабрао као најизразитије репрезентанте оне генерације политичара који су се изградили политички и идеолошки у демократској атмосфери преткумановске Србије. Али упркос томе што је то за господина Протића особеност којој он и лично придаје нарочити значај, он о њима као и о том добу не пише пристрасно (мада са симпатијама). То је и разумљиво, јер као историчар он пре свега има посла с чињеницама. Али слика која се о овим политичарима добија после читања ових есеја умногоме мења нашу представу о њима, или је бар употпуњује. А то је и био главни циљ који је господин Протић себи поставио. Излажући историјске чињенице, он сучељава политичаре о којима пише с њима, објашњавајући, односно, боље да кажемо, оправдавајући њихове политичке ставове и поступке у политичким приликама и догађањима њиховог доба.

Избор политичара извршен је веома пажљиво. Неке истакнутије политичаре демократске оријентације тог доба господин Протић

није уврстио у своју књигу. На пример, он не пише о Драгиши Лапчевићу, мада је и он исто тако политичар демократски настројен и мада припада генерацији политичара из преткумановске Србије. Међутим, Лапчевић није у фокусу његовог интересовања првенствено из разлога што су корени његове демократске оријентације у идеологијама туђим ондашњој србијанској средини, идеологијама које су из других средина пресађене на наше тле. Наиме, идеје и ставови о демократији Драгише Лапчевића потицали су са других изворишта, из идеологије међународног социјалистичког и радничког покрета, а што значи да нису поникли у нашој средини као идеје Љубомира Давидовића, Милорада Драшковића, Лазара Пачуа, Стојана Протића и Јаше Продановића. Сви су они били демократски настројени, али преваходно у духу који је владао у преткумановској Србији. На пример, када пише о томе како је Милорад Драшковић као министар народне привреде у влади самосталних радикала, на чијем се челу налазио Љубомир Стојановић, поднео два законска предлога – *Закон о заштити стоке* и *Закон о обезбеђењу усева противу града* – који су оба у парламенту били прихваћени без већих проблема, он наводи и то да је „социјалистички посланик“ Драгиша Лапчевић критиковао оба та закона. По Лапчевићу, како вели господин Протић, „буржоазија, да би се додворила сељацима“, усвајањем ова два закона, показала је да води више рачуна „о сељачкој стоци и њеном осигурању, него што се брине о осигурању радника“ (с. 171). Да с овим у вези приметимо да се Драгиша Лапчевић и у првој Југославији налазио, заједно са Живком Топаловићем, на челу Социјалистичке партије Југославије, у којој су обојица, као и сама Социјалистичка партија Југославије, стајали на идеолошким позицијама Карла Кауцког и Друге интернационале, по којој владавина демократије у грађанским државама чини диктатуру пролетаријата непотребном на путу ка остварењу не само бољег економског и социјалног положаја радничке класе у савременим развијеним друштвима него и самог социјализма као крајњег циља. Та демократска оријентација Лапчевићева сасвим сигурно није имала никакве везе са српском демократском традицијом која је своје најдубље корене имала у преткумановској Србији за време владавине Петра I. Из тих разлога господин Протић није писао о Драгиши Лапчевићу, али је писао о Живојину Балугџићу, који је, како бележи, исто тако био социјалиста и марксиста, али се уз Петра Карађорђевића сврстао међу политичаре који су се нападали са демократских изворишта преткумановске Србије. За Живојина Балугџића господин Протић бележи и један занимљив податак с тим у вези, а тај је да је чак „и онда кад је престао да буде марксист“ задржао „сентименталан однос“ према Марксу; то јест до краја живота је на свом радном столу држао Маркову фотографију. Да с овим у вези и ми узгредно поменемо да је, колико се сећамо,



Балугџић имао и једну оригиналну фотографију Фридриха Енгелса, коју смо видели код његовог унука а нашег доброг другара покојног Благоја-Баће Илића, новинара *Политике*. Тога би требало да се сећа и господин Протић као Илићев рођак. Иначе, Лапчевића и социјал-демократе из преткумановске Србије помиње господин Протић и у есеју о Јаши Продановићу. Наиме, за време Продановићевог министровања био је донет *Закон о радњама* (1910. године), који је „ишао међу најнапредније законе у Европи“ (с. 206), али против кога су, супротно Продановићевим и очекивањима других, гласали управо социјалдемократски посланици. Приказујући овај *Закон у Радничким новинама*, социјалисти су га објашњавали као „резултат борбе радничке класе за боље услове рада“ и тумачили га „као уступак који је буржоазија била присиљена да учини“ (с. 206) радничкој класи. Та идеолошка доктринарност свакако да није била својствена оном демократском духу који је владао у преткумановској Србији. Кад смо поменули Ж. Балугџића, да узгред кажемо и то да је господин Протић својим есејом учинио несумњиво врло много да се измени мишљење о овом нашем политичару, а које се уврежило последњих година код наших недовољно упућених читалаца после појаве *Ембахада* Милоша Црњанског.

Господин Протић је изванредно добро разумео политичке ставове, понашање и поступке политичара о којима пише, и, како смо већ навели, углавном налазио оправдање за њих. Наравно да ова констатација важи понајвише кад пише о Љубомиру Давидовићу, о коме је мислио најафирмативније. Доказ за то је што у есеју није речено баш ништа што би Давидовића приказало у негативном светлу. Есеј о Давидовићу је најобимнији у књизи. Господин Протић је, као убеђени демократа, поштовалац и следбеник Љубомира Давидовића. Али то је у првом реду стога што је овај наш политичар своја демократска убеђења можда више од свих осталих изградио на демократској традицији из преткумановске Србије. Љубомир Давидовић је био не само њен најсјајнији изданак, него и светао узор српским демократама све до нашег времена.

Заслуга господина Протића такође је што је пружио довољно убедљивих аргумената да се из основа измени суд о Милораду Драшковићу, кога су комунистички властодршци бесомучно нападали због његовог антикомунизма, и приписивали му чак и оно за шта он није могао да буде одговоран. Кад ово кажемо имамо у виду то да је господин Протић јасно разграничио појаву *Обзнане*, чији је иницијатор и творац био Милорад Драшковић, од *Закона о заштити државе*, који је „дефинитивно забрањивао сваку комунистичку активност“ (с. 191), али који је донет после Драшковићевог убиства. Изношењем чињеница које се односе на случај Милорада Драшковића,

господин Протић је изванредно осветлио све оно што се тада дешавало. Указавши на Драшковићеву приврженост демократији, он је документовано и уверљиво доказао потребу да наша представа о њему мора да буде промењена. И не само кад је у питању био Милорад Драшковић. Он је исто тако убедљив и кад пише о осталим нашим политичарима који су у фокусу његовог интересовања. У господину Протићу удружени су његова велика ерудиција, изванредно познавање чињеница и његов изразити таленат за ову врсту стваралаштва, и он је све то ставио у службу превредновања, односно поновног вредновања политичког рада и политичког дела политичара који су се као политичари изнедрили из демократских традиција преткумановске Србије.

Желели бисмо да нашим читаоцима посебно скренемо пажњу на странице где аутор пише о опредељењу Јаше М. Продановића за сарадњу с новом комунистичком влашћу и о природи његовог учествовања у њој. То је један од изванредних пасажа у овој књизи. Он у овом есеју расправља о једном изразито српском политичару такође израслом на демократским традицијама преткумановске Србије, који сарађује с комунистичком влашћу у периоду који је та власт обележила злочином, отвореном бруталношћу, искључивошћу, безобзирношћу и силецијством. Једино што је господин Протић можда пропустио да помене, јесте да су тој сарадњи врло много кумовали браћа Станоје и Владимир Симић као и још неки из редова бивше Југословенске републиканске странке. Да с овим у вези наведемо податак да је Владимир Симић био један од ретких грађанских политичара који се још пре Другог светског рата писаном речју залагао за владу Народног фронта, чији је инспиратор била Коминтерна и интернационални комунизам, а у Југославији је за њу била КПЈ.

Сматрамо да је потребно да се на крају посебно осврнемо, макар у неколико речи, и на први есеј у овој књизи посвећен владавини краља Петра I Карађорђевића. Господин Протић је у њему изванредно описао раздобље у српској историји од свргавања и убиства последњег Обреновића до почетка балканских ратова и Првог светског рата. Међутим, он у том есеју даје и политички портрет, и то врло успео, Петра Карађорђевића као краља у тој преткумановској Србији. Ондашњу Србију и њеног владара насликао је мајсторским потезима, и та слика остаје читаоцима као можда најупечатљивија из целе књиге. Његова завршна реченица да Петар Карађорђевић и ако није био „највећи краљ кога је икад било“, несумњиво је био „најслободоумнији владар који је икад владао Србијом“ (с. 40), као да је написана да би се памтила.

По нашем дубоком уверењу, књига господина Предрага Протића *Између самообмана и заблуда*, Политички есеји II, заслужује

сваку похвалу и остаће незаобилазна у проучавању политичара о којима је у њој реч, али и средине и доба у којима су они поникли и деловали. Из тог разлога ову књигу најтоплије препоручујемо нашим читаоцима.

Александар А. Миљковић

*Легенде Београдског универзитета, Хуго Клајн*  
(Београд, 2006)

У једној од последњих свезака *Анала Правног факултета у Београду* писали смо о „каталозима“<sup>1</sup> који су пратили изложбе у Универзитетској библиотеци „Светозар Марковић“ посвећене појединим знаменитим наставницима Београдског универзитета, а које су аутори назвали „легендама“. На досадашњим изложбама и у „каталозима“ о којима смо тада писали приказани су живот, рад и дело математичара Михаила Петровића, чувеног „Мике Аласа“, затим наставника на класичним студијама и хеленисткиње Анице Савић-Ребац, хистолога и сексолога Александра Ђ. Костића и архитекте Александра Дерока. Пошто је већ био објављен осврт на ове „каталоге“, приређена је у међувремену још једна изложба. Она је била посвећена Хугу Клајну, нашем знаменитом неуропсихијатру, психоаналитичару и психологу, преводиоцу и позоришном раднику који се бавио и режијом, и позоришном критиком, и драматизацијама, и шекспирологијом, и педагошким радом. И поводом ове изложбе појавио се такође „каталог“, који је, у свему као и претходни „каталози“; пребогат подацима систематски сређеним, који пружају потпуну и поуздану информацију о Клајну. И у овом се „каталогу“, као и у ранијима, налази бројна и разноврсна документација; дају се фотографије, изгледи насловних страна књига, затим подаци о признањима, библиографија чланака и радова његових и о њему; у ствари, све оно што нам открива Хуга Клајна као човека и ствараоца. Дизајн овог „каталога“ исти је као и ранијих, а и овог пута аутор дизајна је Мирјана Пиштало-Глигоријевић.

У овом „каталогу“ објављена су два изврсна огледа о Клајну: Бора Драшковића *Клајнов систем* и Жарка Требјешанина *Хуго Клајн*

---

<sup>1</sup> Реч „каталог“ ставили смо између знакова навода, јер ту публикацију тако називају аутори. У ствари, то су у сваком погледу изванредно приређене публикације које остају као писани траг о изложби и њеном садржају, али које, по речима аутора, представљају „облик дестилованог пресека кроз животни и радни пут одабране личности“.

– психоаналитичар. Међутим, аутори свих осталих текстова у „каталогу“<sup>2</sup> – а то практично значи читавог „каталога“ – су Марија Вранић-Игњачевић и Дубравка Милошевић, сараднице Универзитетске библиотеке „Светозар Марковић“. Све што је о Клајну требало да се изнесе да би се упознао његов живот и рад, оне су поделиле у два одељка којима су дале наслове *Приватност* и *Професионални пут*. Под првим насловом ауторке дају податке о његовом животу, пореклу, породичним приликама, школовању, политичким опредељењима, а под другим информишу о Клајну као психијатру, психоаналитичару и психологу, позоришном раднику и преводиоцу. На самом завршетку књиге, под насловом *Писали су о Клајну*, дале су исцрпну библиографију објављених написа о њему. Библиографије и Клајнова и о њему, као и оне које се налазе у ранијим „каталозима“, представљају посебну вредност свих ових публикација, јер могу да послуже као основа за сва изучавања личности о којима је у њима реч. Ласкава оцена коју заслужују и овај као и претходни „каталози“, свакако представља признање и ауторима и издавачу, Универзитетској библиотеци „Светозар Марковић“.

На крају приказа ове публикације сугерисали бисмо организатору, а посебно ауторима, да у свом програму под насловом „Легенде Београдског универзитета“ предвиде изложбе и каталоге и о нашим знаменитим наставницима из области правних и друштвених наука, и то како оним из предратног и окупацијског, тако и из послератног периода.<sup>3</sup> Тиме би ова манифестација наишла на још шири одзив.

Александар А. Миљковић

### *Легенде Београдског универзитета, Зборник предавања* (Београд, 2005)

Организатори изложби под називом „Легенде Београдског универзитета“ замислили су да се у току њиховог трајања одржавају предавања о наставнику коме је изложба посвећена и да се та предавања штампају у посебној публикацији, *Зборнику предавања*, који би се објављивао сваке друге године. Прошле године изашла је из

---

2 Који обимом износи 56 страна.

3 Довољно је, подсећања ради, поменути имена Слободана Јовановића, Ђорђа Тасића и Михаила Илића из периода до Шестоаприлског рата 1941. године, и Михаила Константиновића, Радомира Лукића и Драгаша Денковића који су свој наставнички рад започели у предратно време, а продужили у послератном.

штампе прва свеска овог *Зборника*, у којој се налазе предавања о нашим великанима којима су биле посвећене досадашње изложбе (осим последње): Михаилу Петровићу, Аници Савић-Ребац, Александру Ђ. Костићу и Александру Дероку. Посебно истичемо да се ова књига појавила на стогодишњицу Београдског универзитета.

По замисли организатора, ова предавања није требало да буду „сува и строго академска валоризација научног доприноса“ наставника којима су посвећене изложбе, већ пре свега „топло људско присећање“ оних који су најпозванији да о њима говоре, у првом реду њихових сарадника, ученика и пријатеља. Да одмах овде кажемо и то да се та замисао у нашим приликама остварила с ретком доследношћу. Са изузетком Михаила Петровића, који је умро 1943. године, и чији сарадници, пријатељи и ученици који су га лично познавали такође нису више међу живима – о осталим наставницима којима су биле посвећене досадашње изложбе имала је прилике да на овим предавањима говори већина оних који су с њима сарађивали, лично их познавали, учили од њих и који их памте. Од бројних излагача, одабрали смо да поменемо Љиљану Црепајац која је у једном од своја два предавања, кроз сећања на однос Анице Савић-Ребац према њој у време кад је била студент на класичним студијама, исказала своју дубоку приврженост својој наставници, као и своју захвалност за поверење које јој је поклонила. У другом предавању о Аници Савић-Ребац Љ. Црепајац је показала дубоко разумевање за мисаона трагања своје наставнице, изложивши историју идеје Ероса у њеним делима, почев од њене докторске дисертације (*Предплатонска еротологија*).

По тој личној ноти коју је унела у своја предавања Љиљана Црепајац није изузетак међу предавачима чија се излагања објављују у овој књизи. Готово да нема учесника који није навео неко своје сећање на личност о којој говори. Та сведочења представљају изванредан документациони материјал о овим нашим великанима, и то је можда најдрагоценије што нам ова књига пружа. Успоставља се непосредна мисаона и људска веза онога што су предавачи радили и раде с идејама и истраживањима њихових учитеља и инспиратора. Но и када су предавачи у својим излагањима стављали акценат на лични однос, то није представљало сметњу да и директније расправљају о њиховом доприносу наукама и струкама којима су се били посветили, а и ширим областима културе и јавног деловања за које су се они занимали. А сви они о којима се говорило на овим изложбама били су у пуном смислу људи пространог духа и широког интересовања. Верујемо да није потребно посебно истичати да је математичар Михаило Петровић био исто толико познат и цењен по својим путописима колико и по својим математичким расправама. О Александру Ђ. Костићу предавачи су говорили као о хистологу и

сексологу, једном од оснивача Медицинског факултета у Београду и оснивачу Хистолошког института и Фотофилмског завода, о његовом раду на *Медицинском речнику* и другим његовим расправама из области медицине. Такође су говорили и о његовом фотографском и археолошком раду, о њему као композитору и пијанисти.

Међутим, независно од „присећања“ на личности, излагања многих предавача представљају значајне прилоге о доприносима ових наших великана науци и култури, па и уметностима, о значају и вредности њиховог дела и у нашим и у европским размерама. И то не само о доприносима уопште, него и о појединачним и конкретним доприносима. Подсећамо на анализе превода Анице Савић-Ребац на енглески Његошеве *Луче микрокозма*, о чему је говорило неколико предавача.

Војислав Јовановић,<sup>1</sup> који је врло лепо говорио о археолошким истраживањима Александра Дерока Царичиног града код Лебана и смедеревске тврђаве, изнео је и податке о својим истраживањима остатака цркве светог Јована у селу Затон код Бијелог Поља, за која је добио подстицај у Дероковом чланку *На светим обалама Лима*, а који је Дероко објавио у *Гласнику Скопског научног друштва* 1932. године. Овом приликом говорио је и о својим узгредним сазнањима, заправо о једном прастаром обичају који је још постојао у тамошњем народу. Наиме, за време његових истраживања ове цркве из пренемањићког раздобља упознао је породицу једног од радника који су учествовали у ископавањима остатака, а у којој се, у недостатку мушких потомака, једна од његових млађих кћери заветовала на целибат и тако постала „остајница“, „вирцина“ или „тобелија“.<sup>2</sup> Но Војислав Јовановић је у вези с овим својим истраживањем испричао и то како су послератне комунистичке кабадахије безобзирно уништавале нашу историјску и културну баштину. „Убрзо после рата“, прича В. Јовановић, „један локални првоборац приморао је, под претњом пиштоља, неколицину заробљених четника да крамповима сруше преостале зидове“ ове цркве, „да би од добијеног камена обновили две или три ‘партизанске’ куће у Затону које су спалили италијански окупатори“. Тако су били „изгубљени драгоцени подаци за проучавање и обнову једне од најстаријих цркава на нашем тлу“.

У вези са изношењем овог податка, рекли бисмо да делује помало чудно да су предавачи сразмерно мало говорили о погубним

---

1 Војислава Јовановића, после његове недавне смрти, сећамо се овом приликом с пијететом и другарском љубављу.

2 Под називом „тобелија“, ову појаву спомиње Тихомир Р. Ђорђевић у чланку *Целибат и брак у нашем народу (Наш народни живот, у издању Српске књижевне задруге, Београд, 1923, стр. 64).*

деловањима комунистичке државе на стваралаштво наших знаменитих наставника у послератном раздобљу. Чак и кад су говорили о Александру Ђ. Костићу, који је био жртва комунистичког дивљања у буквалном смислу, готово да нико није ни споменуо ту чињеницу. Због тога смо хтели посебно да укажемо на овај прилог Војислава Јовановића у коме се отворено говори о деловању комуниста које је било директно усмерено на уништавање наше православне културно-историјске и уметничке баштине. Као да су аутори ових предавања хтели да избегну спомињање негативности како, ваљда, не би кварили свечану атмосферу која је владала на овим предавањима.

Излагање Николе Милошевића о Аници Савић-Ребац представља на извештан начин изузетак у том погледу међу осталим предавањима. Већ на почетку свог излагања рекао је да је још у својим „раним годинама“ за њега било „право духовно освежење (...) ишчитавати текстове Анице Савић-Ребац“, „зато што су то били текстови против струје“. Образложио је то своје уверење врло аргументовано. По њему се ова наша хеленисткиња у предговору свог послератног превода Лукреција Кара фактички поставила насупрот тадашњим владајућим, то јест марксистичко-лењинистичким тумачењима појаве овог римског филозофа и песника, али на један прикривен начин. За такву интерпретацију њених ставова Милошевић се позива на једно Ничеово поређење из његовог последњег списа (*Ессе homo*), у коме каже да се може „играти у оковима“, „али да није свако кадар да у оковима игра“. Штета је што више предавача није на овај већма критички начин сагледало стваралаштво и дело наших великана.

Кад већ спомињемо Аницу Савић-Ребац, морамо да приметимо да се није нашао нико да говори о њој као песникињи. Истина је да се она бавила поезијом само у једном сразмерно кратком периоду свог живота, али је чињеница да је своје песме објављивала у најугледнијим књижевним часописима тог доба, а објавила је и збирку песама у посебној књизи коју је насловила *Вечери на мору*. Да њена поезија није без вредности и да заслужује да се о њој говори, потврђује се, поред осталог, и тиме што је Миодраг Павловић уврстио три њене песме у своју репрезентативну *Антологију српског песништва*.<sup>3</sup>

Осврнули бисмо се овом приликом посебно на извесне констатације Драгана Трифуновића. У првом излагању о Михаилу Пе-

<sup>3</sup> То су песме: *Праксителу, Ромео и Јулија* и *Magia naturalis – Solstitium*. При руци нам је прво издање ове *Антологије* из 1964. године, по којој наводимо овај податак.

тровићу он с правом истиче да је овај наш великан створио своју „школу“.<sup>4</sup> Међутим, упоређујући Михаила Петровића с нашим другим великанима, он тврди да „Јован Цвијић нема ниједног ђака“, а да ни Милутин Миланковић „нема ниједног ученика“. Мишљења смо да се ове тврдње не заснивају на чињеницама. Наиме, уз сва уважавања излагача, не бисмо могли да се сложимо с констатацијом да Цвијић није имао своју „школу“. Чак и кад су у питању његови ученици који су наставили његово дело као наставници на универзитету, можемо да наведемо антропогеографа Војислава Радовановића и географа Петра Јовановића, који су на Филозофском факултету у Скопљу деловали као наставници до 1941. године, а после рата на катедрама антропогеографије и географије Београдског универзитета. У извесном смислу, и етнопсихолошка истраживања Јужносрбијанаца, која је вршио Душан Недељковић док је у Скопљу, у периоду између два светска рата био наставник на Филозофском факултету, била су у духу Цвијићевих идеја. Међутим, познато је да је Цвијић окупио бројне сараднике, међу којима је био немали број његових ђака, на својим пројектима на којима је радио у оквиру Српске краљевске академије, а међу којима је од посебног значаја био пројекат истраживања насеља и порекла становништва. Цвијић је чак израдио и директна упутства за рад својих сарадника и следбеника на пројектима у области којом се бавио. Да узгредно напоменемо да се, док је био у животу, рад на тим пројектима одвијао под његовим непосредним надзором. А што се тиче Милутина Миланковића, остао је писмени траг о томе да су у раду на његовом делу *Небеска механика* учествовала два наша математичара, Владимир Жардечки и Антон Билимовић. У *Небеској механици*, одајући им признање за сарадњу, Миланковић наводи њихова имена, осврћући се у тексту опширно на конкретан допринос Антона Билимовића. А и приказивач ове Миланковићеве књиге у *Српском књижевном гласнику*<sup>5</sup> спомиње чак и експлицитно београдску школу у вези с овим делом нашег великог научника. Но, кад је реч о „школама“, потребно је подсетити да се после рата, у комунистичкој Југославији, није могла стварати никаква школа готово ни у једној научној и наставној области, и то једноставно због тога што су о наследницима наших великана на њиховим катедрама одлучивали не они сами већ искључиво кадровске комисије и кадровици као експоненти КПЈ, односно СКЈ и партијске државе. Нема потребе да наводимо, а могли бисмо, појединачне примере асистената који су били директно наметнути

4 Као аргумент наводи да је код њега докторирало једанаест математичара – „читава школа“.

5 Испод овог приказа стоји потпис „Ал. Билимовић“.



појединим наставницима Београдског универзитета против њихове воље, а који су касније преузели њихове катедре, а да саме наставнике нико није питао да ли су с овим избором сагласни.

Али без обзира на понеку замерку која би могла да се стави овом или оном предавачу, а можда и организатору, појаву *Зборника предавања* у целини, а и кад су у питању бројна појединачна излагања, треба поздравити као значајан допринос нашим наукама и нашој култури. Међутим, оно што је најдрагоценије кад је о овој првој књизи *Зборника предавања* реч, јесте то што су у њој на достојан начин осветљени живот, рад и дело наших великана Михаила Петровића, Анице Савић-Ребац, Александра Ђ. Костића и Александра Дерока.

На завршетку нашег излагања да још једном подсетимо на оно што смо напред написали поводом изласка из штампе „каталога“ посвећеног Хугу Клајну. Колико смо обавештени, наредна изложба у циклусу под насловом „Легенде Београдског универзитета“ биће посвећена Веселину Чајкановићу. Надамо се да ће врло брзо после тога уследити и изложбе посвећене нашим великанима из области правних и друштвених наука, за које су наш часопис и његови читаоци посебно заинтересовани.

Поменимо на крају да је и *Зборник предавања* изванредно дизајнирала Мирјана Глигоријевић.

Александар А. Миљковић

## Загорка Голубовић

### *Поуке и дилеме минулог века*

Философско-антрополошка размишљања о главним идејама нашег времена (Београд, Филип Вишњић, 2006, стр. 294)

„Филип Вишњић“, издавач који већ неколико деценија припада елитној култури Србије и претходне Југославије – одређивао се за објављивање дела домаћих и страних аутора из области философије и друштвене теорије, која имају различита полазишта, а садрже значајне идеје о својој епохи или о трајним проблемима људских друштава. Књига философа Загорке Голубовић *Поуке и дилеме минулог века* представља изазов за размишљање, отварајући многа питања на која ауторка не даје коначан одговор и, како у наслову стоји, разматрајући отворене дилеме о идејама и процесима од којих многи нису завршени у прошлом веку, већ се настављају и у 21. веку. Загорка Голубовић је у својој личности спојила завидно

философско дело с великим искуством политичког деловања, раније као дисидент у Социјалистичкој Југославији, а после 1990. године као активан учесник стварања цивилног друштва, радом у синдикату и невладиним организацијама и активним истраживачким и теоријским радом. Синтеза философског промишљања 20. века и њене личне политичке праксе представљају темељ најновије студије Загорке Голубовић. Као и у претходним радовима, она се према реалитету света у глобализацији одређује као *критичар свега постојећег*.

Отуд полазни став аутора да на почетку 21. века статус човека није бољи у односу на претходни век, већ је сложенији и у много чему тежи. У овој студији се настоји да укаже на најважније сукобе идеја, на могуће правце разрешавања сукоба. У методолошком смислу, студија је *теоријска синтеза*, која се не одриче темељног принципа хуманизма и просвећености: *да образује читаоце*. Такав циљ и напор да се створи виши ниво друштвене свести заслужује најширу пажњу научне и стручне јавности, политичара, невладиних организација. Задатак који је ауторка себи поставила двоструко је тежак: *прво*, острашћеност политичких актера у свету не дозвољава објективну оцену учинка главних идеолошких парадигми у протеклом веку, *друго*, противречно деловање процеса глобализације и брза промена друштвених феномена отежавају доношење ваљаних судова које пракса неће оспорити у кратком временском периоду.

Књига је подељена на једанаест поглавља. У првом поглављу „Шта је донео који је за нама“ указује се на амбивалентности протеклог века, међу њима нарочито на следеће: свест о демократији као друштвеној вредности и истовремена сумња у њену делотворност, развој науке и њена злоупотреба. У другом поглављу „Појава нових идеологија“ посебно се истиче значај марксизма, као теоријског утемељења социјализма, затим фашизма/нацизма и, као најновије, неолиберализма. Теоријска промишљања 20. века нужно су обухватила развој социологије и антропологије с критичким освртом на потребу поновног преиспитивања хуманистичке суштине марксизма и идеје о промени друштва. Централни део студије посвећен је дилеми да ли је човек објект или субјект историје. Поглавља од осмог до једанаестог садрже иста питања, конкретизована у статусу индивидуе, положају културе, улози интелектуалаца, кризи идентитета у савременом свету, односу индивидуализма и колективизма. Праве дилеме о демократији и могућностима даљег развоја отварају се на почетку 21. века у искуству процеса транзиције. Професорка Голубовић оправдано поставља питање јесу ли људи постали уморни од искушења 20. века. Анализа идеја и процеса који су обележили 20. век показује да одустајање од марксистичке парадигме

истраживања друштва није отворило процес плуралистичке дебате различитих теоријских праваца о могућностима и перспективама развоја друштва у 21. веку, агресивни наступ неолиберализма искључује дијалог, који по дефиницији подразумева толеранцију супротстављених аргумената. Неолиберализам оспорава сваку вредност колективизму, социјалној држави и солидарности. Његови савремени критичари су Џон Ролс, заступник идеје дистрибутивне правде, и М. Волцер.

Ролс прихвата тржишну привреду и друштво засновано на неједнакости као датост. Он сматра да је могућа корекција система применом *принципа правде*, сматрајући да овај принцип, „ако је стварно ефикасан и јавно признат, може боље него други да трансформише нашу перспективу о друштвеном свету и да нас усагласи с диспозицијама природног поретка у условима људског живота. Он критикује конзервативне писце који држе да је тенденција ка једнакости израз зависности, који на тај начин дискредитују тај тренд, приписујући му колективно штетне импулсе“ (стр. 90).

Другачија критика неолиберализма потиче од оних аутора који заступају принцип *комунитаризма*, односно заједничког добра као примарног принципа. Либерализам се заснива на индивидуалним преференцијама и новцу као једином добру, истичу заступници теорије комунитаризма. Неолиберална теорија, истиче Загорка Голубовић, *није аутентични настављач* либералне теорије, проистекле из темељног захтева за демократијом и људском слободом, већ се заснива на врло суженом схватању економских слобода. Ово становиште заступа, без теоријских коректива, Милтон Фридман и цела чикашка школа економије, док Фридрих Хајек заступа нешто умереније становиште. По Фридману, основна слобода је слобода уговора између предузетника и радника. Слобода запосленог састоји се у томе што он, уколико је незадовољан, може да се запосли у другом предузећу. За потребе најсиромашнијих слојева друштва довољни су фондови за помоћ које оснивају богати донатори. Привидна једноставност ове теорије садржи замке поједностављеног схватања друштва, али и свесно заобилажење проблема и резултата у развоју европских друштава у другој половини 20. века, са искуством социјалне државе и корективних механизма, који су уграђени у оснивачке документе и принципе Европске уније (Повеља о социјалним правима усвојена је 1996. године, дограђује се и даље).

Раст богатства и благостања и развој технологије не само да се нису проширили на већину друштава у свету већ је у последњих 15 година евидентно сиромашење средњег слоја у најразвијенијим земљама, тако да се сиромаштво у свету шири.

Неолиберално схватање демократије најпрецизније је дефинисао Фридрих фон Хајек, као „вероватно најбољи метод да се по-

стигне неки циљ мирним путем“ (стр. 104). У пракси, појединац је све више изложен деловању супротних сила, са честим осећањем немоћи: ђудима тржишта (посебно тржишта рада), неефикасности политичких и правних институција, претећем тероризму и верском фанатизму, загађењу природних ресурса. Ако је 20. век започео вером у моћ науке која ће победити сиромаштво, ратове и тешке болести, 21. век почиње сумњом у резултате развоја остварене у претходном друштву. Загорка Голубовић истиче низ општих (планетарних) проблема и неразрешених односа: масовно потрошачко друштво које деградира богатство личности свдећи је на „срећног и незаситог потрошача“, несигурност и страх од неизвесности као последицу сталних ратова, политички агностицизам и његову последицу – псеудоеманципацију људи, те фетишизам оног сегмента науке који прагматично опслужује велике компаније. Целина свих ових феномена, закључује ауторка, битно је утицала на ретроградне процесе и окретање човека данашњице у прошлост. Одговор на глобализацијске процесе постоји и у активнијем и организованом облику: као антиглобалистички, односно алтерглобалистички покрет.

Међутим, ти покрети не могу да угрозе моћне групације међународног капитала, повезане различитим спрегама с политичким центрима моћи, верским организацијама и (оним што ауторка не помиње у студији) са организованим криминалом. На индивидуалном плану тако се реализује теза психоаналитичког аутора Карин Хорнај, да појединац још има само илузију о својој уклопљености у стварност путем куповине стално нових ствари. У таквом отуђеном масовном друштву не остварује се свест грађанина да се *слобода осваја*. Човек је *играч улога* у односима који не остављају довољно простора за индивидуалну иницијативу, истиче се у разматрању положаја појединца у савременом свету. Анализом појединачних феномена – улоге културе у савременом свету, проблема друштва у транзицији, а посебно и транзиционих проблема у српском друштву, које назива „ауторитарном демократијом“, Загорка Голубовић дала је велики допринос разумевању света у процесу глобализације.

Као философ хуманистичког опредељења, она је међу малобројним ауторима који доследно критикују глобализацију, аргументовано и увек с темељне позиције да је „корен човеку човек“.

Студија *Поуке и дилеме минулог века* је синтеза њене вишеденцијске, како теоријске, тако и политичке борбе за слободу и достојанство човека, а пре свега за слободу људске мисли. Ово није стандардна студија коју треба „препоручити читаоцима“, већ једна од можда последњих правих синтеза из области антрополошких истраживања света, која је настала у Србији.

Питање које ми се отвара као дилема после читања овог дела је следеће: 20. век је створио механизме за уништавање личности, при том их остављајући у животу. Ипак, то није уништило жељу за слободом и интегритет бројних појединаца у борби против тоталитаризма. Стварање виртуелног света у коме не постоје начелни морални принципи и норме, већ једино принцип утилитаризма, отвара питање да ли ће људима у 21. веку слобода бити потребна и да ли ће им уопште недостајати.

Ово питање захтева озбиљна, нова философска и социолошка истраживања човека и друштва.

Дубравка Стајић

Epaminondas Spiliotopoulos

*Greek Administrative Law*

(Ant. N. Sakkoulas (Athens) – Bruylant (Brisel), 2004 (strana 502))

У заједничком издању издавачке куће Ant. N. Sakkoulas из Атине и издавачке куће Bruylant из Брисела, објављено је капитално дело *Greek Administrative Law*, професора Епаминондаса Спилиотопулоса, професора емеритуса Атинског универзитета, члана Атинске академије, почасног доктора Темпл универзитета и почасног члана Универзитетског колеџа из Лондона.

Предговор овом уџбенику грчког управног права на енглеском написао је професор Џефри Џовел (Jeffrey Jowell, QC), професор Универзитетског колеџа из Лондона и британски члан Савета Европске комисије за демократију путем права (тзв. Венецијанска комисија). У свом Предговору професор Џовел, између осталог, истиче да се донедавно сматрало да национални системи јавног права постоје изоловано од других, а да смо, међутим, у протеклих неколико година научили да ниједна земља више не може да постоји као недоступно острво: „Професор Спилиотопулос је увек веровао у вредности упоредних студија. Водећи грчки ауторитет у области јавног права био је у прилици да излаже његове карактеристике страним слушаоцима не само захваљујући сопственој елоквенцији већ и захваљујући широком знању о систему у својој земљи, као и у другим земљама“.

Уџбеник је систематизован у Увод и три дела с регистром појмова и додатком.

У Уводу (стр. 1–9) обрађују се теме: Правни поредак, Појам органа управе и Правно лице.

У првом делу „Правни положај органа управе“ (стр. 9–158), обрађују се теме Управно право (Појам управног права, Извори управног права, Основни принципи управног деловања); Управни акт (Појам управног акта, Органи који доносе управни акт, Надлежност органа управе, Доношење управних аката, Важење управног акта); Управни уговор; и Одговорност јавне управе за штету.

У другом делу „Организација јавне управе“ (стр. 159–260), обрађују се теме: Облици организације; Организација јавне управе (Централни државни органи – председник Републике; кабинет; председник Владе; министри; подсекретари, генерални секретари и други централни органи; Врховни управни суд, Државни правни савет, Независна управна тела – Национални радио-дифузни савет, Комисија за конкуренцију, Омбудсман, Агенција за заштиту личних података итд.); Регионални државни органи; Локална самоуправа (Први ниво локалне власти; Други ниво локалне власти); Јавна правна лица с посебним овлашћењима (Општи принципи; Врсте – Правна лица која подлежу принципима управног права, Правна лица која подлежу принципима приватног права, Јавна предузећа, Црквена правна лица, Мешовита предузећа, Концесионарна јавна служба).

Трећи део „Контрола управе“ (стр. 261–432), обрађује теме: Основни појмови; Посебни Врховни суд; Државни савет; Финансијски суд; Управни судови.

Уџбеник садржи Регистар појмова (стр. 433–439), као и Додатак, односно Устав Грчке (стр. 441–502).

Може се рећи да уџбеник професора Спилиотопулоса обрађује све нивое државне управе – од централне преко регионалне, па до локалне. У време када многи недржавни субјекти располажу јавним овлашћењима, анализе појма управног акта и овлашћених субјеката за његово доношење битно доприносе идентификацији и стандардизацији управних институција, посебно управног поступка и судске контроле управе. У уџбенику се читаоцима концизно износе методе и процедуре остваривања високих стандарда управног права, што укључује и парламентарну контролу јавне управе, контролу путем поступка медијације од стране омбудсмана, као и судску контролу управе која укључује финансијску контролу, контролу од стране државног савета и специјалног Врховног суда, као и контролу јавне управе од стране управних судова у управном спору.

У условима када се остварују основни принципи Европског управног права од стране Европског суда правде, овај је рад значајан не само у смислу приказивања управног права у Грчкој већ и због тога што често даје и упоредне приказе теорије и праксе управног права у другим европским земљама, посебно у Француској.

Примера ради, а то може бити посебно занимљиво за нашу стручну јавност, нарочито за правнике који се баве управним правом, овом приликом осврнућемо се на део уџбеника професора Спилиотопулоса који се односи на „Изворе управног права“ (стр. 21–49). Тако, „У грчком правном поретку хијерархија писаних односно општих правних норми у односу на, с једне стране, хијерархију органа од којих потичу и, с друге, у односу на правну снагу јесте следећа: (а) норме права Европске заједнице (које се непосредно примењују); (б) уставне норме, допуњене уставним обичајем и општим принципима уставности; (ц) опште прихваћене норме међународног права и норме које су утврђене међународним уговорима, а које су санкционисане законом и ратификоване у складу с међународним правом; (д) законске норме које су, у складу са Уставом, ступиле на снагу; (е) законске норме; (ф) норме делегираног законодавства као последице овлашћења добијеног непосредно на основу посебних одредаба Устава (...). (стр. 23). „Значај и домашај стварања правних норми на основу судске одлуке зависе од одговарајућег правног поретка. (...) У оквирима грчког правног поретка, у области управног права, судијске норме (*case-law norms*) су формулисане одлукама Државног савета на исти начин као и у Француској, иако у ограниченом обиму. Стварање судских норми управног права у Грчкој у одређеној мери је ограничено када се упореди с Француском, с обзиром на то да је добар део ових норми из Француске, у одређеном периоду инспирисао грчког законодавца да пропише истоветне или сличне писане норме. Тако су, на пример, разлози ништавости у Француској формулисани у оквиру судског права, што је случај и са изузецима од могућности вођења управног спора“ (стр. 42, 43–44).

Уџбеник *Greek Administrative Law*, професора Епаминондаса Спилиотопулоса представља изузетно вредан допринос разумевању грчког управног права од стране управних правника и стручњака у другим, посебно европским земљама. У том смислу, упознавање с грчким управним правом, нарочито у контексту повезаности с традиционалним административним институтима француског управног права, с једне стране, као и упоредни осврти на савремене тенденције развоја административних институција у европским оквирима, с друге, може бити не само корисно већ и веома инспиративно за науку управног права у Србији.

Стеван Лилић

Херман Канторович  
*Борба за правну науку*  
(Досије, Београд, 2006. год. 120 стр.)

У библиотеци *Парерга* издавачке куће *Досије* нашла се књига *Борба за правну науку* Хермана Канторовича, познатог немачког правног теоретичара. Књигу је с немачког превео проф. др Данило Баства, уосталом као и друге књиге немачких и аустријских аутора у оквиру ове библиотеке.

Канторович је рођен у Познању 1877. год. Студирао је правне науке, филозофију и националну економију у Берлину, докторирао је у Хајделбергу, а 1908. је хабилитован код Рихарда Шмита у Фрајбургу за кривично право, историју правне науке и правну филозофију. Због својих јавно изношених критичких ставова катедру је добио тек 1927. год. у Килу, и то на лично залагање Густава Радбруха. Отпуштен је 1933. год. из политичких разлога, јер је био јеврејског порекла. Тада је емигрирао најпре у Њујорк, а затим у Кембриџ, где је и умро 1940. год., у жеку немачких ваздушних напада на Британију.

Ову књигу чине три значајне расправе објављене између 1906. и 1910. год. Прву расправу по којој је и насловљена књига Канторович је објавио под псеудонимом Gnaeus Flavius и захваљујући њој постао је, уз Еугена Ерлиха и Ернеста Фухса, један од главних представника покрета слободног права.

Канторович слободно право види као природно право двадесетог века, а покрет слободног права као правну филозофију која се као таква умногоме разликује од Пуфендорфове и Волфове правне филозофије. Разлика се огледа у томе што слободно право није непроменљиво, већ се стално мења и развија, док с друге стране, иза слободног права увек стоји нека власт, нека воља или неко признање (ова друга разлика произилази из прихватања ставова Историјске школе која тврди да се свако право као такво признаје само ако је позитивно, јер не постоји никакво право које важи по природи).

По Канторовичу, слободно право живи независно од државног права, али не и државно од слободног. „Слободно право је тле из којег произлази државно право: скоро све законодавне идеје претходно су постојале као прописи слободног права. Свака критика државног права, из које израста његова даља изградња, мора по нужности појма своје мерило узети од слободног права (у шта за критичара спада и туђе државно право)“ (стр. 12).

Канторович жестоко критикује правни позитивизам и на основу те критике показује да, поред државног, паралелно егзистира



слободно право. Наиме, заблуда правног позитивизма лежи у схватању да се из закона, коришћењем логичке дедукције, може извући решење за сваки конкретан случај. У свом изразу Канторович је изузетно оштар, али и сликовит, те каже да уз догматске правнике још само надрилекари и свештеници увек имају решење за све стварне или измишљене проблеме. Закон врло ретко нуди јасан одговор на неко конкретно питање, штавише, законске норме су најчешће и саме неодређене и недовољно прецизне, а за многе случајеве оне и не нуде решења. Канторович сматра да правне празнине могу бити попуњене само слободним правом, јер су његова решења спонтана, а садржина јасна и опипљива, с обзиром на сваки појединачни правни случај. Јер ако се оспори постојање слободног права, онда се не може бранити став о постојању правних празнина – „тамо где закон не даје никакво решење, увек треба да уследи одбијање тужбе или ослобађајућа пресуда“ (стр. 13).

Требало би скренути пажњу и на Канторовичев став да јуриспруденција треба да се отргне од своје духовне сроднице – теологије. Гледано с материјалне стране, јуриспруденција се већ ослободила теологије, а Канторович је претпоставио да ће двадесети век донети коначно ослобођење јуриспруденције од духа теологије.

Друга расправа која носи наслов *Прилог учењу о исправном праву* објављена је 1908. год. У њој Канторович оштро напада Штамлерово учење, иако признаје да је Штамлер један од најзаслужнијих мислилаца за нови полет правне филозофије. Наиме, Рудолф Штамлер је идеју метода сазнања природног права с променљивом садржином овако дефинисао: „Наша је намера да откријемо само један *општеважећи формални* метод којим се нужно променљива грађа емпиријски условљених правних одредаба тако обрађује, дотерује и одређује да та грађа добија својство *онога што је објективно исправно*“ (стр. 45). Штамлер је тврдио да је за сазнање права потребно одговорити на три питања – *о појму* права, *оправданости правне принуде* и *исправној садржини* неког права (стр. 46). Штамлерови одговори на ова питања нашли су се под ударом беспощадне Канторовичеве критике. Посебно је интересантан и плодотворан начин на који Канторович критикује Штамлерово учење о исправном праву и ту показује да Штамлер уопште није поштовао основни методолошки став сваког научног учења – реална дефиниција нема научну вредност ако није допуњена номиналном дефиницијом објекта који треба дефинисати. С друге стране, ни одвојено посматране, Штамлерова реална и номинална дефиниција исправног права логички нису коректне. Ову расправу Канторович је закључио речима да се Штамлеру мора признати заслуга што је први покушао да оствари идеју релативизма (идеју општеважећег метода за сазнавање

права које је исправно сваки пут у датом положају (стр. 76)), али да су његови методи и појмови неприменљиви и неподесни за остварење ове идеје.

Последња расправа у књизи под насловом *Правна наука и социологија* објављена је 1910. год. У тој расправи Канторович снажно наглашава важност социологије за правну науку. Социологију Канторович види као науку „која укупност социјалног живота посматра у његовом потпуном обиљу, и, далеко од механичког сумирања резултата појединачних социјалних наука, особеним синтетичким истраживањем поново уједињује оно што те науке из техничких разлога морају да изолују“ (стр. 80). Истражујући значај социологије и, посебно, социологије права за правну науку, Канторович се, као и у првој расправи, осврће на тадашње стање у оквиру правне науке или, још прецизније, догматске правне науке. Закон свакако није аутомат у који се убаци случај, а из њега изађе решење и није само коришћење логичких правила начин на који се случајеви могу решавати. Дакле, јуриспруденција не би требало да се бави искључиво тумачењем утврђених речи, већ би требало да представља вредносну науку која се налази у *служби сврха социјалног живота*. Да би то објаснио Канторович наводи познати члан 1. швајцарског Грађанског законика који каже да ако се решење неког случаја не може наћи ни у закону ни у обичајном праву, судија треба да одлучи по правилу које би он поставио да је законодавац. Овим законским чланом призната је форма права која није ни законско ни обичајно право, већ слободно право. Да би судија пронашао одређени пропис слободног права за неки случај, по Канторовичу он мора да се придржава у народу владајућих вредносних судова. Док се вредновањем као премисе пресуде не претворе у норму слободног права, ти судови су чињенице социјалног живота, а за сазнање тих чињеница неопходно је познавање социологије.

Канторович на два места одређује социологију права – „*о социологији права* говорим онда када се социјални живот истражује с обзиром на његов однос према правним нормама“ (стр. 80) и *социологија права* је једна теоријска наука која уопштавајући обрађује стварност социјалног живота с повезаношћу са културном вредношћу сврхе права (стр. 102). На крају ове расправе, Канторович, поред значаја социологије права за правну догматику и примену права, наглашава њен значај и за правноисторијско истраживање.

Канторовичев стил је јасан и прецизан. Све три расправе обилују интересантним примерима и илустрацијама и чини се да ни после сто година од када су написане нису изгубиле много од своје актуелности. Због ширине својих сагледавања Канторович може бити једнако интересантан правним филозофима, јер нуди особену

замисао природног права, социолозима права, јер разложно аргумен-тује значај социологије права за правну науку, позитивистима, јер указује на мањкавости уверења да не постоји друго право осим онога које је прописала држава, свима који се баве правном методо-логијом и логиком права, јер образлаже значај, али и ограничења примене логике у праву и уопште свима који желе да унапреде своја сазнања из области права.

Напоследку, треба истаћи да су наше правништво, као и шира читалачка публика, по први пут у прилици да се на српском језику упознају с главним идејама Хермана Канторовича, једног од најзна-чајнијих представника покрета слободног права.

Милош Здравковић

Жика Бујуклић

### ПРОФ. ДР ЈЕЛЕНА ДАНИЛОВИЋ (1921–2006)

Док су несносне августовске врућине топиле београдски асфалт, тихо и нечујно напустила нас је професорка Јелена Даниловић, зашавши у девету деценију свога живота. На достојанственој сахрани на Новом гробљу у Београду окупили су се они до којих је та тужна вест успела некако да доспе. Међутим, многи њени поштоваоци, пријатељи и колеге за њену смрт сазнали су тек када су се с отпочињањем школске године опет отворила врата њене друге куће, Правног факултета у Београду. Мада је од пензионисања професорке Даниловић прошло већ две деценије, она је својим делом, научном оставштином, интелектуалним духом и даље на њему била присутна. Као професор Римског права, успевала је да ту изузетно тешку материју приближи студентима и да постане појам предавача коме је славна „Петица“ (највећи амфитеатар на Правном факултету) увек била претесна. Својом ерудицијом, широким познавањем правне материје и ефектним излагањем, пуним духа, али и духовитости, поставила је високе стандарде који су другима били подстицај и изазов.

Потичући из типичне грађанске породице, понела је темељно образовање које је укључивало учење светских језика, свирање клавира, познавање сликарства, једном речју култ умног и лепог. Свој таленат за језике исказала је већ као дете, када је лако научила словеначки језик и на њему завршила основно школовање и неколико разреда гимназије (јер јој је отац, као официр краљевске војске, добио премештај у Љубљану). Правни факултет у Београду завршила је „историјске“ 1948. године, радећи повремено у државној служби (филмској индустрији, Министарству спољне трговине). Као интелектуалац и хуманиста била је наклоњена напредним идејама левице, а у родном Зрењанину је пред крај рата и активно помагала снагама антифашистичког покрета. Ипак, грађанско порекло не само да јој није била посебна препорука у данима послератне комунистичке диктатуре, већ је представљало и разлог за њено хапшење. Тек пошто је утврђено да се „није компромитовала у сарадњи са окупатором нити са домаћим издајницима“ (како то стоји у првом

реферату о њој), примљена је 1952. године за асистента на Правном факултету у Београду, и тиме започела своју блиставу професорску каријеру. Докторирала је 1958, а у звање редовног професора Римског права промовисана 1970. године. Тиме постаје прва жена која је стекла професорско звање из ове области у целој бившој Југославији. Доајен правноисторијске катедре, професор Драгомир Стојчевић је у њој пронашао најбољег сарадника, и са својим наследницима они су временом створили научнички ауторитет који је привлачио магистранте и докторанте из целе Југославије. Може се слободно рећи да је створена „београдска романистичка школа“, у којој је стасао научнички подмладак који је данас израстао у најугледнија професорска имена на Правним факултетима у Скопљу, Подгорици, Сарајеву, Бања Луци, Загребу, Сплиту, Ријечи итд. На многим од њих је, док нису стасали кадрови, професорка Даниловић годинама држала комплетну наставу, што је био случај и у Србији (Нови Сад, Крагујевац, Ниш, Приштина), тако да је и оснивање већине ових установа везано за њено прегнуће.

Свој научни ангажман започела је радом у дубровачком архиву, где је палеографским ишчитавањем оригиналних латинских докумената (нотарских књига) долазила до драгоцених података о трговачким и правним односима у овој средњовековној комуни. Из те материје била је и њена докторска дисертација („Облигациони уговори у средњовековном дубровачком праву“), коју је бриљантно одбранила пред професорским величинама Михаилом Константиновићем, Бориславом Благојевићем и Албертом Вајсом. Желећи да утврди степен преузимања (рецепције) римског права у тој градској средини, дошла је до многих оригиналних ставова, који ће будућим истраживачима представљати неизоставно полазиште за даља проучавања. У наредним деценијама наставила је да се интензивно бави правном историјом Дубровника и из те области објавила драгоцене радове о репресалијама, залози, установи „аптаги“ и трговачким обичајима у том граду. Професорка Даниловић је и сама увела плејаду кадрова у област изучавања статутарних права и довела их до објављивања студија везаних за питања правног уређења средњовековног Загреба (М. Апостолова-Маршевелски), Ријеке (А. Петрановић), Сплита (Ж. Радић), Дубровника (М. Шарац), Котора (Н. Богојевић), Будве (Ж. Бујуклић).

Свој најзначајнији допринос Јелена Даниловић дала је ипак у материји Римског права, како у педагошкој сфери (скрипта, практикуми), тако и у научној. Као ђак најеминентније фигуре у свету романистике, чувеног професора Макса Казера, код кога је била на двогодишњој специјализацији у Хамбургу (као стипендиста Хумболтове фондације), и после научног усавршавања у Италији, Фран-

цуској, Холандији и другим европским универзитетским центрима, професорка Даниловић је изградила свој препознатљив егзегетички метод, приступ доминантно заснован на нормативној анализи. У римском праву његова примена доступна је само врским познаваоцима античких правних извора и латинског језика, што је професорка Даниловић свакако била. Поред бројних чланака из те области (посвећених римском судском поступку, одговорности код уговора о делу, поморском превозу робе, средњовековној рецепцији у Болоњи, утицају римског права на Српски грађански законик др.), аутор је и обимне студије о тзв. популарним тужбама („*Actio popularis* од римског до савременог права“, Београд, 1968). У овом раду дошао је до пуног изражаја њен научнички кредо, по коме изучавање тековина античке баштине није само себи циљ, већ је пут ка бољем упознавању времена у коме живимо. Током вишедеценијског проучавања различитих правноисторијских тема, увек је следила нит која ју је водила од римске правне традиције, преко средњовековне рецепције, како на Западу, тако и на византијском Истоку, па све до појава асимиловања древних установа у модерним правним системима. Њена научна радозналост довела је и до проучавања упоредних правних система, шеријатског права, англосаксонског, до изучавања научног доприноса Хуга Гроцијуса. Објавила је радове о рударском праву у средњовековној Србији, обичајном праву Паштровића, о значају Законика књаза Данила, о Валтазару Богишићу (од којих је већина сабрана у књизи „Историјско правне студије“, Подгорица, 2002). На основу необјављене архивске грађе, написала је и део драгоцене монографије о историјату Правног факултета у Београду.

Изузетно владање језицима (француски, немачки, руски, енглески, италијански, мађарски, словеначки) омогућавало јој је да боље упозна достигнућа романиста из различитих културних средина, као и да на научним конгресима резултате својих истраживања излаже углавном на језику домаћина скупа. Отуда је лако комуницирала са правним историчарима из целог света и остала позната по својим виспреним запажањима и коментарима, које је износила без зазирања од ауторитета, што је временом и сама постала. То је довело до чланства у највећим међународним научним асоцијацијама, у Бриселу (*Société Internationale d'Histoire des Droits de l'antiquité* и *Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des Institutions*) и Паризу (*Société d'Histoire de Droit français et étrangere*). У својој средини доживела је посебно признање пријемом у Научно друштво Србије 2002. године.

На свом Факултету професорка Даниловић се посебно ангажовала у раду клуба љубитеља античке историје *Forum Romanum*, који већ дуже од 35 година окупља студенте права жељне нових сазнања,

која се на том месту стичу кроз посебна тематска предавања, научне екскурзије, као и награђивањем најбољих студентских радова. Својим ентузијазмом и специфичним даром за непосредну комуникацију са студентима била је увек стожер окупљања младих људи. Многи њени студенати остали су на Факултету и постали научни радници, захваљујући између осталог и њој. Имао сам част да пре три деценије будем један од њих, штавише, да postanем и њен асистент. Живети и радити са професорком Даниловић била је велика привилегија, јер се од ње имало шта научити, не само из области науке, већ и о односу према људским вредностима, раду и поштењу. Никада није бирала лакши пут нити је до циља долазила двојним моралним начелима, партијским пречицама, нити звучним универзитетским титулама. Презирала је нерад, лицемерство, лажне величине, а себе, па и људе око ње, приморавала на поштовање високих вредносних критеријума. Била је перфекциониста, чак до претеривања, и ко зна колики би још њен научни опус био да су многи рукописи угледали светло дана, и да су њена чувена предавања претворена у универзитетске приручнике. Али, можда баш зато, она је била и остала институција за себе, узор који обавезује. Представити се на светским конгресима као њен ђак, била је увек посебна привилегија, али и „почасно звање“ које се морало оправдати. Када се због позних година све мање појављивала у свету романиста, сви су се распитивали за њу и њено здравље. Вест о смрти Јелене Даниловић дубоко их је погодила, а велика имена романистике, професори Hans Ankum (Амстердам), Pierangelo Catalano, Mario Talamanca (Рим), Alan Watson (САД), Gerhard Thür (Грац) и многи други, изразили су дубоку жалост за изгубљеним пријатељем, колегиницом којој су се дивили и поштовали је.

Ових дана Правни факултет у Београду слави 165 година од свог оснивања, а у темељима те традиције остаће неизбрисив траг једне професорске величине као што је била Јелена Даниловић. Она је бројним генерацијама својих студената, али и свима нама, оставила најлепши пример како се свој позив воли и поштује.

Антун Маленица

ПРОФ. ДР ЈЕЛЕНА ДАНИЛОВИЋ  
(1921–2006)

Уважене колеге и драги пријатељи<sup>1</sup>,

Са осећањем дубоке жалости желим да вас обавестим да наша колегиница Јелена Даниловић од месеца августа више није са нама.

Професорка Даниловић била је ученик Макса Казера. Читав живот и сву своју енергију посветила је изучавању римског права и својим студентима. Била је редовни професор Правног факултета у Београду, али је наставу римског права држала и у Подгорици (Црна Гора) и на нашем факултету у Новом Саду.

Професорка Даниловић била је међу оним професорима које су студенти обожавали. Дошли су у Београд на сахрану наше драге професорке многи њени студенти, дипломирани правници. Неки су њена предавања слушали почетком шесте деценије, а други крајем осме деценије прошлог века. Међу присутнима били су и министри у садашњој влади и они који су на том положају раније били.

Професорка Даниловић била је привржени члан Међународног удружења правних историчара *Fernand de Vissher* и учесник наших конгреса – последњи пут је наступала у Амстердаму. Била је полиглота. Беспрекорно је говорила неколико светских језика. Више пута је председавала седницама нашег конгреса. Подносила је бројна саопштења и активно учествовала у дискусијама. Врло динамична и драга, имала је много добрих пријатеља међу романистима у многим земљама.

---

<sup>1</sup> Реч проф. Антуна Маленице (Правни факултет у Новом Саду) на завршној седници LX конгреса Међународног удружења *Fernand de Vissher* за историју античких права (*Société Internationale d'Histoire des Droits de l'antiquité*), Комотини / Грчка, 29. септембар 2006. године.



Њен истраживачки рад најчешће је био везан за историју рецепције римског права у средњем веку. Деценијама је проучавала документе богатог архива у Дубровнику, који је вековима био слободна градска република. Објавила је чланке у свим најважнијим романистичким часописима.

Скоро сви романисти у Србији, укључујући и мене, били су ученици професорке Даниловић. Остаје трајно у нашим сећањима као колегиница, врхунски професор и искрени пријатељ.

## АУТОРИ

- Др Ратко Марковић, редовни професор Правног факултета у Београду.
- Мр Игор Вуковић, асистент Правног факултета у Београду.
- Др Стеван Ђорђевић, редовни професор Правног факултета у Београду, у пензији.
- Др Будимир Кошуткић, редовни професор Правног факултета у Београду.
- Др Слободан Марковић, редовни професор Правног факултета у Београду.
- Др Гашо Кнежевић, редовни професор Правног факултета у Београду.
- Др Петар Опалић, редовни професор Филозофског факултета у Београду.
- Др Маринка Цетинић, ванредни професор Правног факултета у Београду.
- Др Милена Полојац, доцент Правног факултета у Београду.
- Др Виолета Беширевић, доцент Правног факултета универзитета Унион у Београду.
- Ирена Петерлин, дипломирани правник из Љубљане.
- Др Сима Аврамовић, редовни професор Правног факултета у Београду.
- Владимир Ђерић, адвокат из Београда.
- Др Сима Ђирковић, редовни професор Филозофског факултета у Београду, у пензији.

Др Данило Н. Баста, редовни професор Правног факултета у Београду.

Мр Бојан Милисављевић, асистент Правног факултета у Београду.

Др Александар Миљковић, виши научни сарадник Института за социјалну политику у Београду, у пензији.

Др Дубравка Стајић, виши научни сарадник Института за политичке студије у Београду.

Др Стеван Лилић, редовни професор Правног факултета у Београду.

Милош Здравковић, асистент-приправник Правног факултета у Београду.

Др Жика Бујуклић, ванредни професор Правног факултета у Београду.

Др Антун Маленица, редовни професор Правног факултета у Новом Саду.

**TABLE OF CONTENTS**

**ARTICLES**

|   |    |
|---|----|
| Ratko Marković, 2006 Constitution of the Republic of Serbia –<br>a critical appraisal -----                 | 5  |
| Igor Vuković, Certain Questions Arising in the Application of Theory<br>of Conditions in Criminal Law ----- | 47 |

**REVIEW ARTICLES**

|  |     |
|--|-----|
| Stevan Đorđević, Codification of the Law of International Treaties --                  | 60  |
| Budimir Košutić, Multilinguality – Advantage or Curse of the<br>European Union? -----  | 80  |
| Slobodan Marković, Global Administrative Crisis of the Patent<br>System -----          | 93  |
| Gašo Knežević The Law and its Changes: ADR –Change in the Law –                        | 122 |
| Petar Opalić, Informal and Formal Social Control over the<br>Mentally Ill -----        | 151 |
| Marinka Cetinić, Self-defence in Continental and Anglo-saxon Law<br>Criminal Law ----- | 166 |
| Milena Polojac, Roman Societas in the Recent Publications -----                        | 177 |
| Violeta Beširević, The Gods Must be Crazy: on Constitution and<br>Bioethics -----      | 205 |
| Irena Peterlin, Importance of Lobbying the European Union -----                        | 230 |

---

## DEBATE

- Sima Avramović, Constitutionality of teaching religion in state schools –  
*res iudicata* ----- 251
- Vladimir Đerić, A reply to the text of Kosta Čavoški “Elementary  
ignorance and dishonorable distortion” ----- 258

## OCCASIONS

- Sima Ćirković, On the book *Bibliography on the Emperor Dusan’s  
Code* by Gordana Radojčić Kostić ----- 261
- Danilo N. Basta, Anniversary of Kelsen’s birthday ----- 264
- Danilo N. Basta, On introducing *Selected papers of Miodrag Jovičić*,  
member of the Academy, SANU November 28, 2006. ----- 269
- Bojan Milosavljević, Parliamentary Assembly of the Council of  
Europe ----- 274

## BOOK REVIEWS AND NOTES

- Slobodan Jovanović, *Messages*, (Belgrade 2006) (Aleksandar A.  
Miljković) ----- 281
- Svetislav Stefanović, Political papers of Svetislav Stefanović – *Old  
ways or new ways, selected political papers (1899–1943)*,  
P. Puzić (ed.), Novi Sad 2006 (Aleksandar A. Miljković) --- 287
- Svetislav Stefanović, Political papers of Svetislav Stefanović –  
*Rebellious songs*, P. Puzić (ed.), Novi Sad 2005  
(Aleksandar A. Miljković)----- 292
- Predrag Protić, *Between self-delusion and misconceptions*, Political  
Essays II, Belgrade 2006 (Aleksandar A. Miljković) ----- 294
- Legends of the University of Belgrade, Hugo Klajn* (Belgrade 2006)  
(Aleksandar A. Miljković) ----- 299
- Legends of the Belgrade University, Collection of Lectures*  
(Belgrade 2005) (Aleksandar A. Miljković)----- 300
- Zagorka Golubović, *Lessons and dilemmas of the past century*,  
Philosophical-anthropological thoughts on the main ideas of  
our time (Belgrade, Filip Višnjić, 2006, 294 pages)  
(Dubravka Stajić) ----- 305

---

|  |     |
|--|-----|
| Epaminondas Spiliotopoulos, <i>Greek Administrative Law</i> , Brussels 2004<br>(502 pages) (Stevan Lilić)-----                 | 309 |
| Herman Kantorowicz, <i>Der Kampf um die Rechtswissenschaft</i> (Dosije,<br>Belgrade, 2006, 120 pages) (Miloš Zdravković) ----- | 312 |
| <b>OBITUARIES</b>  |     |
| Žika Bujuklić, Prof. Jelena Danilović (1921–2006)-----   | 316 |
| Antun Malenica, Prof. Jelena Danilović (1921–2006) -----   | 320 |
| <b>AUTHORS</b> -----   | 322 |

CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

34

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис  
за правне и друштвене науке / главни уредник Данило  
Н. Баста. – Год. 1, бр. 1 (1953) – . – Београд : Правни  
факултет Универзитета у Београду, 1953– (Београд :  
Досије). – 24 cm

Доступно и на: [http://www.ius.bg.ac.yu/Anali/A2005-1/  
anali.htm](http://www.ius.bg.ac.yu/Anali/A2005-1/anali.htm)

ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду  
COBISS.SR-ID 6016514